

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI, DIRITTI E TUTELE
XXVII° CICLO

Settore concorsuale di afferenza: 12/B2

Settore scientifico disciplinare: IUS/07

LA TUTELA DEI LAVORATORI A TEMPO DETERMINATO IN ITALIA, FRANCIA E
SPAGNA, CON SPUNTI PER UN'ANALISI COMPARATA

Presentata da: Fabio Orazio Antonio Pulvirenti

Coordinatore Dottorato:

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marcello Pedrazzoli

Esame finale anno 2015

INDICE

Introduzione	5
---------------------------	---

CAPITOLO I

**IL CONTRATTO DI LAVORO A TERMINE
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

1. Evoluzione storica	9
1.1 La temporaneità dei vincoli obbligatori nella codificazione ottocentesca.....	9
1.2 Le leggi impiegate e l'art. 2097 del codice civile: la «specialità del rapporto» come requisito legittimante l'apposizione del termine	12
1.3 La riforma del 1962 e l'elencazione tassativa delle ipotesi di assunzione a termine.	14
1.4 L'art. 23 della legge n. 56/1987: il contratto a tempo determinato come strumento di politica occupazionale.	18
1.5 La trasposizione della Direttiva 1999/70: il D. lgs. n. 368/2001 ed il c.d. "causalone" del lavoro a termine.	21
1.6 L'esonero dall'obbligo di giustificazione del primo rapporto a tempo determinato nella legge di riforma del 2012	25
2. L'impatto del decreto legge n. 34/2014 (c.d. "riforma Poletti") sulla disciplina vigente	28
2.1 L'art. 1, primo comma, del D. lgs. n. 368/2001: l'abbandono definitivo del principio di causalità del termine.	28
2.2 Gli attuali limiti all'utilizzo del lavoro a tempo determinato	28
2.2.1 La minore incisività degli oneri formali di cui all'art. 1, comma secondo, D. lgs. n. 368/2001...31	
2.2.2 I casi in cui non è ammessa l'apposizione di una scadenza al contratto di lavoro subordinato ...36	
2.2.3 Il comma 4- <i>septies</i> dell'art. 5, D. lgs. n. 368/2001: l'introduzione di una sanzione amministrativa per l'inosservanza dei limiti percentuali.....	37
2.2.4 Il nuovo regime della proroga: il superamento del principio della specificazione della causale giustificatrice	40
2.2.5 La residua compatibilità rispetto all'accordo-quadro comunitario: la durata massima totale dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi.....	44
2.2.6 I profili di potenziale difformità con il diritto dell'Unione Europea	48
3. Il trattamento economico e normativo. Il divieto di non discriminazione dei lavoratori assunti a tempo determinato	50
4. La tutela spettante in conseguenza dell'invalidità del termine	54
4.1 La c.d. conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato: natura ed operatività della sanzione	54
4.2 Il regime delle decadenze per l'impugnazione del contratto	59
4.3 Gli effetti risarcitori: il carattere esaustivo dell'indennità dovuta nei casi di conversione del rapporto.....	61
5. L'evoluzione del lavoro a termine nel pubblico impiego	66
5.1 L'art. 36, comma secondo, del D.lgs. n. 165/2001: la necessaria ricorrenza della causale giustificatrice del termine	67
5.2. Le misure di contrasto alla reiterazione abusiva di rapporti a tempo determinato. Il rinvio al D.lgs. n. 368/2001 (art. 36, comma 5- <i>ter</i> , D.lgs. n. 165/2001).	68
5.3 L'apparato sanzionatorio: esclusione della stabilizzazione del rapporto di lavoro e tutela risarcitoria	70

CAPITOLO II

IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN FRANCIA

1. Excursus storico: dal principio di libertà a quello di tassatività delle ragioni legittimanti il contratto a tempo determinato	76
2. Le fattispecie previste dal <i>Code du travail</i>	79
2.1 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni oggettive	79
2.2 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni soggettive	84
3. I limiti all'utilizzo dei <i>contrats de travail à durée déterminée</i>	86
3.1 Le prescrizioni formali: atto scritto <i>ad substantiam</i> e contenuto obbligatorio del contratto di assunzione	86
3.2 Il sistema dei divieti	88
3.3 I vincoli alla prosecuzione del primo rapporto a termine	89
3.3.1 L'esigua possibilità di proroga del contratto	90
3.3.2 Protrazione <i>ultra tempus</i> e trasformazione automatica del rapporto a tempo indeterminato	91
3.3.3 Le misure dissuasive alla successione di contratti a termine sullo stesso posto di lavoro	92
4. Il divieto di non discriminazione in base alla durata della relazione lavorativa	94
5. Illegittimità del termine e conseguenze sanzionatorie derivanti dal rinvio alla disciplina del licenziamento	96
6. I rapporti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: la distinzione tra <i>fonctionnaires</i> ed <i>agents contractuels</i>	99
6.1 L'elencazione dei motivi obiettivi di apposizione del termine nelle tre <i>fonctions publiques</i>	100
6.2 I vincoli all'utilizzo dei <i>contrats de travail à durée déterminée</i>	103
6.2.1 Gli oneri formali	103
6.2.2 I limiti di durata	105
6.3 L'apparato sanzionatorio: divieto di <i>requalification</i> e tutela per equivalente	107

CAPITOLO III

IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN SPAGNA

1. Evoluzione della disciplina	110
2. L'art. 15 dell'<i>Estatuto de los trabajadores</i>: il principio di tassatività dei motivi di ricorso al termine	112
2.1 <i>Contrato para obra o servicio determinado</i>	112
2.2 <i>Contrato eventual por circunstancias de la producción</i>	114
2.3 <i>Contrato de interinidad</i>	116
3. I rapporti a tempo determinato speciali: <i>contratos para el fomento del empleo</i> e <i>contratos formativos</i>	119
4. Le regole comuni alle fattispecie di lavoro a termine	123
4.1 La flessibilità degli oneri formali: l'atto scritto <i>ad probationem</i>	123

4.2 Proroga espressa e tacita: il meccanismo della c.d. <i>denuncia</i>	125
4.3 L'art. 15.5 dell' <i>Estatuto de los trabajadores</i> : l'introduzione del limite di durata alla successione di contratti a tempo determinato	127
4.4 Le prerogative individuali e collettive. Rinvio alla disciplina del contratto a tempo indeterminato e disposizioni specifiche sul contratto a termine	131
4.5 La sanzione della <i>conversión</i> in contratto a tempo indeterminato: presupposti ed effetti.....	134
5. Il contratto a termine nel pubblico impiego: la bipartizione tra dipendenti in regime di diritto pubblico e diritto comune	139
5.1 Gli artt. 10 ed 11 dell' <i>Estatuto básico del empleado público</i> : i motivi di ricorso al rapporto a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni.....	140
5.2 Le conseguenze sanzionatorie dell'illegittima apposizione del termine.	144
5.2.1 La tutela dei <i>funcionarios interinos</i>	144
5.2.2 Le vicende del <i>personal laboral</i>	145

CAPITOLO IV

GLI ORDINAMENTI IN COMPARAZIONE

1. All'origine delle continue riforme normative: l'intreccio costante tra la disciplina del lavoro a tempo determinato e quella del licenziamento	152
2. Il superamento del principio di causalità nell'ottica comparata	158
3. Il confronto tra i sistemi sanzionatori e le differenze valoriali: la centralità della tutela reale nell'esperienza italiana	162
4. Il filo conduttore della regolamentazione del lavoro a tempo determinato alle dipendenze della P.A.: la lacunosità dei presupposti legittimanti l'apposizione del termine	163
4.1 ...e dei meccanismi rimediali.....	164
5. I diritti dei lavoratori a termine: il difficile compromesso tra la durata della relazione lavorativa ed i benefici economici e normativi derivanti dall'anzianità di servizio	165
6. Il contenzioso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale momento di sintesi delle differenze	166
6.1 Le caratteristiche del contenzioso comunitario in materia di lavoro a tempo determinato	166
6.2 L'oggetto delle controversie. Delimitazione del campo di indagine.....	168
6.2.1 L'interpretazione in materia di divieto di non discriminazione.....	169
6.2.2 L'obbligo di prevedere misure idonee a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.....	172
6.3 L'effetto conformativo delle pronunce della Corte europea	175
6.4 Il valore ermeneutico del principio di stabilità dell'impiego: il potenziale impulso alla tutela dei lavoratori a termine.....	177
Riferimenti bibliografici	180
Elenco delle abbreviazioni	197

INTRODUZIONE

Gli studi sul contratto a termine rappresentano, secondo la dottrina, “un tradizionale momento esegetico nella cultura giuslavoristica italiana”¹. L’istituto in questione ha sempre giocato un ruolo importante nella struttura del rapporto di lavoro subordinato, dalla primordiale funzione di garanzia della libertà personale e negoziale² a quella attuale di contrasto alla disoccupazione, passando per quella, che ne ha spesso contraddistinto l’utilizzo, di aggiramento delle tutele spettanti ai lavoratori a tempo indeterminato³.

L’evoluzione sinteticamente tratteggiata è oggetto della prima parte della presente ricerca. Dopo l’*excursus* storico-introduttivo, il capitolo iniziale focalizza la sua attenzione sulle modifiche recentemente apportate alla disciplina del lavoro a tempo determinato dal decreto legge n. 34/2014 (c.d. “Decreto-Poletti”). In particolare, trattandosi di una riforma che interviene “a macchia di leopardo” su alcuni punti dell’ordito normativo preesistente, senza rivedere *funditus* il quadro regolativo dell’istituto, si è proceduto ad analizzare in dettaglio il suo impatto sul D. lgs. n. 368/2001. Come è noto, la modifica più rilevante consiste nell’allentamento definitivo dei vincoli di matrice causale, dopo la sperimentazione inaugurata nel 2012 con l’introduzione di un primo rapporto a termine privo di motivazione obiettiva. Oltre a riflettersi sul tradizionale rapporto di specialità rispetto alla forma comune di assunzione a tempo indeterminato, l’eliminazione *tout court* dell’obbligo di giustificazione comporta un “effetto-domino” sugli altri vincoli, formali e sostanziali, che circondano l’apposizione del *dies ad quem*, come la modifica al regime dei limiti quantitativi, divenuti obbligatori per legge.

Gli ulteriori paragrafi del capitolo sono dedicati alle prerogative spettanti ai dipendenti assunti a tempo determinato, specie in ordine alla tutela derivante dalla contestazione in sede giurisdizionale dell’inosservanza dei presupposti formali e sostanziali che legittimano l’apposizione

¹ Così L. MENGHINI, *Introduzione a Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni Ottanta*, Milano, 1980.

² Secondo l’art. 1628 del codice civile del 1865 «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa». La circostanza di “non impegnarsi a vita”, ricorda la dottrina, rappresenta “il superamento dei rapporti servili” (L. GAETA, X^a lezione Biagi-D’Antona, “*Stabilità e precarietà nel diritto del lavoro in trasformazione*”, Bologna, 16 maggio 2012, testo dattiloscritto). Il divieto di subordinazione perpetua consente, altresì, al lavoratore di poter collocare la propria opera ove sia adeguatamente retribuita, adattando in maniera più idonea il proprio salario al costo della vita. Quanto alle conseguenze del divieto, trattandosi di una norma di ordine pubblico, la sua violazione era sanzionata “col più intransigente degli automatismi che un codice civile permetta di azionare: l’invalidità assoluta del contratto istitutivo” (U. ROMAGNOLI, *Ed è subito ieri (a proposito di precarietà del rapporto di lavoro)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 1, pag. 116).

³ Sull’intima correlazione tra la disciplina del licenziamento e quella del contratto a termine v. P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Napoli, 2013, pagg. 15-24.

del termine. In merito a quest'ultimo aspetto, verranno messe in luce le principali questioni interpretative emerse dal dibattito dottrinario e giurisprudenziale, come la possibilità di ricavare in via sistematica un meccanismo sanzionatorio generale di “conversione” del rapporto a tempo indeterminato, e la natura del rimedio risarcitorio collegato alla trasformazione della relazione lavorativa.

L'ultima parte del primo capitolo affronta la tematica del pubblico impiego. La peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione suggerisce già di per sé una trattazione separata rispetto alla disciplina del settore privato. Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato, poi, sono presenti ulteriori profili di specificità, che vanno dal rafforzamento del principio di necessaria giustificazione dell'apposizione del termine al differente trattamento sanzionatorio delle irregolarità compiute dal datore di lavoro pubblico.

I capitoli II° e III° hanno per oggetto l'analisi della regolamentazione del contratto di lavoro a tempo determinato negli ordinamenti francese e spagnolo. Si tratta di due Paesi che fanno un grandissimo uso di tale fattispecie, che nei fatti è divenuta il principale canale di ingresso nel mondo del lavoro. Nel 2014, infatti, l'84,2% di nuove assunzioni in Francia è avvenuta a termine⁴, in Spagna addirittura il 91%⁵, a fronte del 70% registrato in Italia⁶. Il confronto è stimolato non solo dall'analoga situazione del mercato del lavoro, ma anche dalle reciproche influenze tra i sistemi normativi, a partire dall'originaria ed omogenea disciplina ottocentesca della locazione di opere⁷. Nonostante queste affinità, vi sono anche molti aspetti divergenti, a partire dal grado di stabilità delle discipline di riferimento⁸, proseguendo con il diverso ruolo svolto dalla contrattazione

⁴ Fonte: statistiche sui movimenti di manodopera del secondo trimestre 2014, *Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques* (Dares) del Ministero del Lavoro, reperibile da <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/2014-088.pdf>. Globalmente, la percentuale di assunti a tempo determinato è pari al 15% dei lavoratori, cresciuti di circa il 2% nell'ultimo decennio.

⁵ Fonte: statistiche sul *Movimiento laboral registrado* da gennaio a novembre 2014, pubblicate sul sito del Ministero del Lavoro <http://www.empleo.gob.es/series/>. In totale, i lavoratori a termine rappresentano il 24% del totale dei lavoratori occupati, ma prima della crisi economica la percentuale si assestava intorno al 34%.

⁶ Fonte: statistiche sull'attivazione dei rapporti di lavoro del terzo trimestre 2014, reperibile da <http://www.cliclavoro.gov.it/Barometro-Del-Lavoro/Pagine/Andamento-Mercato-Lavoro.aspx>. Si tratta, in totale, di circa il 13,5% dei dipendenti occupati con un contratto di lavoro.

⁷ Il *Code Napoleon* del 1804, al quale si ispirano direttamente la codificazione italiana del 1865 e quella spagnola, datata 1889, stabilisce per primo la regola secondo cui la *locatio operarum* deve contenere necessariamente un termine finale, esplicito o implicito. Lo “spirito” che anima i codici, secondo BARASSI, è “unico: l'avversione per i vincoli che inceppano la libera commerciabilità dei fattori economici” (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ristampa anastatica dell'edizione del 1901 a cura di M. Napoli, Milano, 2003, pag. 70).

⁸ La legislazione lavoristica spagnola, oggetto di continui movimenti riformatori, vive ormai da decenni in “uno stato permanente di provvisorietà” (così J. CRUZ VILLALÓN, *Alcune chiavi di lettura della riforma del mercato del lavoro in Spagna*, in G. LOY (a cura di) *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Roma, 2011, pag. 111. Per quanto riguarda la disciplina del contratto a tempo determinato del settore privato, contenuta nell'art. 15 dell'*Estatuto de los trabajadores* del 1980, è stata modificata 9 volte nel periodo compreso tra il 1984 ed il

collettiva⁹, fino ad arrivare al processo di permeabilità all'*acquis communautaire* che presenta, soprattutto in Italia ed in Spagna, rilevanti profili di criticità. Inoltre, tutti e tre gli Stati ricorrono al contratto a tempo determinato per fini di politica occupazionale ma, come verrà evidenziato nei rispettivi capitoli, gli ordinamenti francese e spagnolo adottano tecniche normative differenti dal nostro per conseguire il medesimo risultato di bilanciamento dell'interesse all'incremento dei posti di lavoro con quello di contenimento di una tipologia negoziale derogatoria rispetto alla forma normale di assunzione a tempo indeterminato¹⁰.

Per ciascun ordinamento verranno prese in considerazione le regole finalizzate alla tutela dei diritti dei lavoratori a termine, nonché gli orientamenti giurisprudenziali che hanno contribuito, specie in materia di non discriminazione, ad implementare il livello di protezione della posizione dei lavoratori stessi. Un paragrafo specifico è destinato, sia nel secondo che nel terzo capitolo, alla disciplina del lavoro a termine nel pubblico impiego. In entrambi i Paesi si è in presenza di un sistema apparentemente molto restrittivo, improntato al principio di tassatività delle ipotesi legittimanti l'assunzione a termine. L'eccessiva genericità delle espressioni impiegate dai rispettivi legislatori ha, in realtà, consentito alle Pubbliche Amministrazioni un uso a dir poco disinvolto delle fattispecie di lavoro a tempo determinato, cui non è ancora seguita una risposta efficace da parte degli organi giurisdizionali, come testimoniano le vicende degli *agents contractuels* francesi e dei lavoratori c.d. *indefinidos no fijos*, destinatari di una tutela ancora approssimativa e scarsamente dissuasiva nei confronti dell'ampia discrezionalità del proprio datore di lavoro.

La conclusione del progetto di ricerca è affidata ad un'analisi di tipo comparatistico, al fine di esaminare le continue "manipolazioni" della disciplina del contratto a tempo determinato alla luce delle differenti soluzioni adottate in contesti culturali e giuridici affini al nostro¹¹. La comparazione può rivelarsi proficua nel giudicare da una diversa prospettiva le drastiche misure

2012. Ancor peggio ha fatto l'ordinamento italiano, dato che il D. lgs. n. 368/2001 ha conosciuto in poco più di un decennio un frenetico susseguirsi di interventi normativi, ben 13. Solo in Francia la materia del lavoro a termine ha conservato praticamente intatto l'impianto regolativo derivante dall'*Accord national interprofessionnel relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire* del 24 marzo 1990.

⁹ Come si vedrà nel corso della trattazione, i sistemi normativi italiano e spagnolo hanno ritagliato all'autonomia sindacale un ruolo molto più incisivo di quello previsto dall'ordinamento francese.

¹⁰ Al pari dell'Italia, anche in Spagna ed in Francia il contratto a termine è oggetto tanto di significative limitazioni quantitative e qualitative -in quanto eccezione alla forma comune di impiego- quanto di un ampio utilizzo, come strumento per creare nuovi posti di lavoro e diminuire il tasso di disoccupati. Per un'analisi in chiave comparatistica dell'evoluzione dei rispettivi ordinamenti, v. M. RABOTEAU-DUVAL, *Le droit des contrats de travail à durée déterminée en droit espagnol et en droit française*, Aix en Provence, 2004, pagg. 15-21.

¹¹ Come ha affermato la dottrina, "in presenza di piani interpretativi e progettuali non perfettamente collimanti, si può suggerire che spetti ad un'attenta e scrupolosa indagine comparata colmare il divario, in modo da mettere in evidenza le lacune degli ordinamenti nazionali, ma anche gli spazi aperti all'innovazione" (D. GOTTARDI, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2007, n. 52, pag. 24).

attuato dal c.d. “Decreto Poletti” come l’eliminazione del requisito causale dai presupposti legittimanti l’apposizione del termine e la calibratura su base percentuale del rapporto con il contratto a tempo indeterminato. Ed ancora, il paragone tra i rimedi risarcitori approntati dai rispettivi ordinamenti offre lo spunto per rivalutare il modello di forfetizzazione del danno introdotto dal legislatore italiano nel 2010 ed oggetto di un contenzioso così vasto da coinvolgere tutte le più alte magistrature.

Il confronto tra opzioni regolamentari alternative per il perseguimento dei medesimi obiettivi è alla base anche del sistema di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Questo meccanismo circolare, in cui le problematiche originate dal singolo sistema giuridico vengono metabolizzate a livello sovranazionale per essere ricontestualizzate in ambito locale, ha in sé il pregio di favorire l’armonizzazione verso l’alto delle garanzie spettanti ai prestatori di lavoro a tempo determinato.

L’ultimo paragrafo della tesi, partendo dalla disamina delle questioni interpretative generate dagli ordinamenti oggetto di comparazione, si propone di valutare le potenzialità espansive del contenzioso comunitario in un ideale percorso di livellamento delle tutele che, storicamente, ha sempre stentato a prendere forma¹². L’elemento “aggregante” che viene individuato dall’analisi dei *dicta* della Corte è il principio di stabilità dell’impiego, definito come un “elemento portante” dell’accordo quadro del 18 marzo 1999. Anche se la natura compromissoria della fonte da cui è ricavato non consente di elevarlo alla stregua di un “principio generale di diritto”, avente forza cogente, si tratta di un valore trasversale agli ordinamenti interni, specie quelli messi a confronto nel presente lavoro, che si ritiene possa assumere un rilievo centrale nel guidare l’attività produttiva ed interpretativa delle norme giuridiche nazionali.

¹² Le proposte di direttive comunitarie degli anni Ottanta e dei primi anni Novanta si incentravano, a differenza dell’accordo-quadro del 1999, più sul profilo precettivo che su quello funzionale. Ad esempio, la proposta formulata dalla Commissione europea nel 1982, relativa ai lavori temporanei (comprensivi dei rapporti a termine e di quelli interinali), prevedeva un insieme di regole dal contenuto analitico, come quelle relative alle causali giustificatrici del termine, alla forma del contratto di assunzione ed alla sanzione della trasformazione in rapporto a tempo indeterminato (artt. 15 e 16; il testo è reperibile su *Riv. it. dir. lav.*, 1982, n. 3, pagg. 632-658). Sull’evoluzione del processo di integrazione sociale europea, v. L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Torino, 2012, pagg. 19-26.

CAPITOLO I

IL CONTRATTO DI LAVORO A TERMINE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica.- 1.1 La temporaneità dei vincoli obbligatori nella codificazione ottocentesca.- 1.2 Le leggi impiegate e l'art. 2097 del codice civile: la «specialità del rapporto» come requisito legittimante l'apposizione del termine.- 1.3 La riforma del 1962 e l'elencazione tassativa delle ipotesi di assunzione a termine.- 1.4 L'art. 23 della legge n. 56/1987: il contratto a tempo determinato come strumento di politica occupazionale.- 1.5 La trasposizione della Direttiva 1999/70: il D. lgs. n. 368/2001 ed il c.d. «causalone» del lavoro a termine.- 1.6 L'esonero dall'obbligo di giustificazione del primo rapporto a tempo determinato nella legge di riforma del 2012.- 2. L'impatto del decreto legge n. 34/2014 (c.d. «riforma Poletti») sulla disciplina vigente.- 2.1 L'art. 1, primo comma, del D. lgs. n. 368/2001: l'abbandono definitivo del principio di causalità del termine.- 2.2 Gli attuali limiti all'utilizzo del lavoro a tempo determinato.- 2.2.1 La minore incisività degli oneri formali di cui all'art. 1, comma secondo, D. lgs. n. 368/2001.- 2.2.2 I casi in cui non è ammessa l'apposizione di una scadenza al contratto di lavoro subordinato.- 2.2.3 Il comma 4-*septies* dell'art. 5, D. lgs. n. 368/2001: l'introduzione di una sanzione amministrativa per l'inosservanza dei limiti percentuali.- 2.2.4 Il nuovo regime della proroga: il superamento del principio della specificazione della causale giustificatrice.- 2.2.5 La residua compatibilità rispetto all'accordo-quadro comunitario: la durata massima totale dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi.- 2.2.6 I profili di potenziale difformità con il diritto dell'Unione Europea.- 3. Il trattamento economico e normativo. Il divieto di non discriminazione dei lavoratori assunti a tempo determinato.- 4. La tutela spettante in conseguenza dell'invalidità del termine.- 4.1 La c.d. conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato: natura ed operatività della sanzione.- 4.2 Il regime delle decadenze per l'impugnazione del contratto.- 4.3 Gli effetti risarcitori: il carattere esaustivo dell'indennità dovuta nei casi di conversione del rapporto.- 5. L'evoluzione del lavoro a termine nel pubblico impiego.- 5.1 L'art. 36, comma secondo, del D.lgs. n. 165/2001: la necessaria ricorrenza della causale giustificatrice del termine.- 5.2 Le misure di contrasto alla reiterazione abusiva di rapporti a tempo determinato. Il rinvio al D.lgs. n. 368/2001 (art. 36, comma 5-*ter*, D.lgs. n. 165/2001).- 5.3 L'apparato sanzionatorio: esclusione della stabilizzazione del rapporto di lavoro e tutela risarcitoria.

1. Evoluzione storica.

1.1 La temporaneità dei vincoli obbligatori nella codificazione ottocentesca.

Una delle pochissime norme che il codice civile del 1865 dedica alla materia dei rapporti di lavoro (*rectius* «locazione delle opere») stabilisce che «nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per un determinata impresa»¹. Il divieto di perpetuità dei rapporti obbligatori, in quel preciso momento storico, rappresentava la garanzia più importante nei confronti

¹ Art. 1628, pedissequamente ispirato al codice napoleonico del 1804, secondo cui «*on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée*» (art. 1780, reperibile su <http://gallica.bnf.fr>).

del pericolo di un asservimento totale della forza lavorativa di un individuo². La circostanza di non impegnarsi a vita consentiva, infatti, ai prestatori di lavoro di collocare liberamente le proprie energie ove fossero meglio retribuite, affrancandosi dai pregiudizi di natura feudale che ancora caratterizzavano lo schema giuridico della *locatio operarum*³. Quanto alle conseguenze del divieto, trattandosi di una norma di ordine pubblico, la sua violazione era sanzionata con l'invalidità assoluta del contratto istitutivo⁴. Ben presto, tuttavia, il contesto socio-economico fa emergere l'eccessivo rigore della regola *de qua*. La transizione da un sistema prevalentemente agricolo-artigianale al capitalismo industriale, in cui il datore di lavoro ha la necessità di impiegare e conservare maestranze sempre più specializzate, fa sì che nella prassi commerciale si diffondano rapporti di lavoro senza predeterminazione di durata⁵. La mancata fissazione di una scadenza al contratto di opere rischia però di entrare in conflitto, a livello normativo, con il divieto di patti perpetui di cui all'art. 1628. Tutto ciò viene evitato attraverso un'operazione ermeneutica consistente nell'estensione analogica della regola di cui all'art. 1609 del codice civile, che garantiva a ciascun contraente di una locazione di cose priva di un termine finale di «dare la licenza» alla controparte rispettando l'obbligo di preavviso⁶. La libera recedibilità dal sinallagma, attribuendo al

² Nel 1865 l'indeterminatezza del rapporto di lavoro era ancora considerata incompatibile con la libertà di disporre delle proprie energie lavorative, in quanto conduceva "facilmente ai capricci, all'arbitrio del conduttore" (così L. BARASSI, *op. ult. cit.*, pag. 77).

³ Nella concezione derivante dal diritto romano, la situazione di chi prestava la propria attività lavorativa dietro retribuzione degradava l'uomo libero alla stessa condizione dello schiavo, a differenza del lavoro più elevato, che veniva prestato a titolo di mandato gratuito. Per questo motivo, secondo la dottrina, la *locatio operarum* "fu considerata analoga alla locazione avente per oggetto gli schiavi" (U. BORSI- F. PERGOLESI, *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1938, pag. 94). Di diverso avviso è stata un'altra parte della dottrina, secondo cui il contratto di locazione rappresentava lo strumento normativo che consacrava il "desiderio" del codice napoleonico "di affermare il primato della volontà dell'individuo" (così B. VENEZIANI, *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in *Giorn. Dir. lav. rel. ind.*, 1996, n. 69, pag. 51). Al sistema romanistico, invero, sarebbe stato del tutto estraneo il concetto di attribuzione in godimento delle *operae*, in quanto lo schema della *locatio-conductio* si risolveva semplicemente nella trasmissione temporanea di cose (schiavi compresi) a prescindere dal motivo della *datio*, irrilevante sul piano causale e quindi per l'identificazione del tipo contrattuale. Sul punto, v. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Napoli, 1967, pagg. 76-94.

⁴ Cfr. L. BARASSI, *op. ult. cit.*, pagg. 69-71. Secondo l'A., la nullità poteva essere opposta da ambo le parti, trattandosi di una sanzione posta a presidio di un interesse generale. La tesi opposta, secondo cui la nullità poteva essere fatta valere solo su iniziativa del lavoratore, è stata sostenuta da E. PACIFICI-MAZZONI in *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, 1927, II, pag. 187, ed in seguito da L. MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, II, pag. 902.

⁵ Anche per il lavoratore l'instaurazione di un rapporto duraturo attribuiva un beneficio economico, ossia il diritto ad una progressione retributiva dovuta all'anzianità, che garantiva un migliore sostentamento della propria famiglia. Si crea, quindi, quella "feconda collaborazione che fa del personale un gruppo stretto intorno al capo e proteso verso le finalità aziendali" (così L. BARASSI, *Elementi di diritto del lavoro*, Milano, 1954, pag. 107).

⁶ «Se la locazione è fatta senza determinazione di tempo, non può alcuna delle parti contraenti dare licenza all'altra, senza osservare i termini stabiliti dalla consuetudine dei luoghi». Secondo la coeva dottrina gli artt.

locator operarum il potere di scongiurare una situazione di soggezione forzatamente indefinita, rende così compatibile l'indeterminatezza della relazione lavorativa con il divieto di perennità dei vincoli contrattuali. Il declino della necessaria temporaneità dei rapporti di lavoro si accentua verso la fine del XIX° secolo, a causa non solo di mutamenti economici, ma anche sociali e scientifici. La cultura giuridica, spinta dal dibattito gius-socialista⁷ e dallo sviluppo della legislazione sociale⁸, si allontana definitivamente dalla concezione economicistica del lavoro come “merce alla stregua degli altri fattori di produzione”⁹, elevandolo ad una delle principali manifestazioni della personalità umana. Si determina, così, lo scollamento dallo schema locatizio e dalla codificazione ottocentesca basata sulla concezione del contratto come effetto di un incontro tra volontà libere ed eguali¹⁰. Il tessuto normativo viene innervato di nuove regole che, lungi dal garantire alle parti l'autonomia di decidere il contenuto del rapporto di lavoro subordinato, si prefiggono di correggere l'asimmetria di potere contrattuale inerente al rapporto stesso¹¹. Il referente ideale di questa

1628 e 1609 del codice esprimevano un principio, quello della temporaneità, comune ai due tipi di locazione (cfr. F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opera a tempo determinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, pagg. 389-398).

⁷ La cui critica all'ordinamento vigente viene condotta a partire dall'idea che il lavoro, “anima del moderno ambiente sociale” è alla base di un “nuovo Diritto” che “intenderà tutelare la persona umana nell'impiego della sua attività di lavoro” (G. VADALÀ PAPALE, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, Roma, 1893, pagg. 60-61). I diversi contributi della dottrina c.d. “neoterica”, tuttavia, pur prospettando variegate ricostruzioni dei rapporti di lavoro, incontrarono il limite di non mettere mai esplicitamente in discussione il riferimento codicistico alla locazione (v. L. CASTELVETRI, *Il diritto del lavoro delle origini*, Milano, 1994, pag. 242).

⁸ Alla fine del XIX secolo scoppia la c.d. “questione sociale”, la tumultuosa reazione al degrado ed alla povertà derivanti dallo sfruttamento del proletariato. La spinta dei movimenti operai e l'influenza del cristianesimo (Enciclica *Rerum Novarum* del 1891) determinano la fine dell'astensionismo dei legislatori europei: vengono così fissate nuove regole protettive, specie per quanto riguarda gli orari di impiego, il lavoro minorile e delle donne, l'igiene e la sicurezza degli ambienti. Sul punto v. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, pagg. 105-107.

⁹ L'espressione è di L. MENGONI, *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, pag. 210. Il BARASSI, nella seconda edizione del “Contratto di lavoro” dimostra di essersi affrancato dalla tendenza della scienza economica a parificare il lavoro ai beni materiali: “il lavoro non è una merce [...] il creditore non ha che un diritto, di natura puramente obbligatoria all'adempimento della prestazione. Nessuna presa, dunque, sulla personalità tutta quanta del lavoratore, e ciò, si noti, in virtù del rapporto contrattuale limitante nei confini qui segnati il vincolo di subordinazione” (L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1915, pag. 623).

¹⁰ Le dottrine sociali, spiega VENEZIANI, “sottolineavano il coinvolgimento del lavoratore come persona, nella misura in cui le energie non potevano essere scisse dall'individuo che le produce” (B. VENEZIANI, *op. cit.*, pag. 62). Al contrario, la concezione locatizia del rapporto di lavoro conduceva a “considerare il lavoratore come strumento passivo nelle mani dell'imprenditore” (così U. BORSI- F. PERGOLESI, *op. cit.*, pag. 97).

¹¹ Cfr. O. KAHN-FREUND, *Labour and the law*, Londra, 1977, pag. 6. La mancanza tra le parti di tale contratto di una posizione di eguaglianza sostanziale fa sì che il diritto del lavoro si proponga di rafforzare la posizione del contraente che “se dovesse valersi soltanto degli strumenti dell'autonomia privata, si troverebbe, com'è storicamente provato, a dover «vendere» la propria «merce» (l'attività di lavoro) in condizioni di inferiorità” (G. BALZARINI, *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Padova, 1965, pagg. 41-42). Anche la dottrina dell'epoca metteva in luce “le preoccupazioni costanti del

disparità giuridica ed economica è il lavoratore a tempo indeterminato, il cui prolungato assoggettamento al potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro richiede una maggiore tutela da parte dell'ordinamento¹².

1.2 Le leggi impiegate e l'art. 2097 del codice civile: la «specialità del rapporto» come requisito legittimante l'apposizione del termine.

All'inizio del XX° secolo, la normalità della prassi dei rapporti a tempo indeterminato si tramuta in una chiara preferenza del legislatore verso tale categoria di contratti. In occasione del riconoscimento legislativo del diritto di «licenziamento» degli impiegati del settore privato assunti *sine die* e della speculare facoltà di «disdetta» a favore di questi ultimi, il Decreto Luogotenenziale del 2 settembre 1917, n. 1448, sancisce l'applicabilità delle disposizioni in esso contenute anche ai contratti di impiego a tempo determinato, «qualora l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del contratto stesso ed apparisca invece fatta per eludere le disposizioni relative al rapporto d'impiego»¹³. Si tratta di un passaggio fondamentale nella ricostruzione della relazione tra durata determinata ed indeterminata del contratto di lavoro: poiché l'apposizione del termine costituisce una deroga rispetto alla forma comune di assunzione senza fissazione di durata, deve essere giustificata in base alla peculiare natura della relazione lavorativa. La norma viene riprodotta inizialmente nell'art. 1, comma secondo, del D. lgt. 9 febbraio 1919, n. 112, per essere poi trasfusa nel capoverso dell'art. 1 della legge sull'impiego privato (R.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825), subito dopo la regola secondo cui il contratto impiegatizio è «normalmente a tempo indeterminato»¹⁴. Il legislatore non offre ulteriori spunti ermeneutici, lasciando agli interpreti il compito di definire la

legislatore sotto forma di una legislazione sociale intesa a temperare gli effetti di quel dominio sul lavoro altrui che può degenerare in uno sfruttamento illecito" (L. BARASSI, *op. ult. cit.*, pag. 617).

¹² V. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, pag. 106: "originariamente al *locator operarum* si era pensato come al domestico ed all'operaio a giornata, e non già all'operaio della grande industria, per il quale si pongono i peculiari problemi della stabile dipendenza da un imprenditore (e non per il compimento di lavori determinati) e dell'inserimento in grossi complessi, con speciali esigenze di protezione ed organizzazione".

¹³ Art. 15, comma secondo (il testo è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia del 14 settembre 1917, n. 218, pag. 3938, reperibile dalla banca dati Automazione Gazzetta Ufficiale Storica augusto.digitpa.gov.it).

¹⁴ La formula legislativa, sebbene chiara nel sancire la preferenza verso il tempo indeterminato, non soppesce tuttavia il dibattito circa l'utilità del contratto a durata delimitata: per PERETTI-GRIVA "codesto sfavore della legge per il contratto a termine è di discutibile fondamento" (D. R. PERETTI-GRIVA, *La specialità del rapporto giustificante l'apposizione del termine*, in *Mass. giur. lav.*, 1933, pag. 280). Anche la giurisprudenza continua ad affermare che "l'apposizione di un termine di scadenza al contratto individuale debba ritenersi una condizione più favorevole al prestatore d'opera; viene con tal condizione assicurata, infatti, al lavoratore la illicenziabilità ed inamovibilità per un precisato periodo di tempo" (così Magistr. del lavoro di Brescia, 16 dicembre 1936, in *Mass. giur. lav.*, 1938, pag. 188, con nota contraria di L. RIVA SANSEVERINO).

nozione di «specialità del contratto»¹⁵. A fronte dell'atteggiamento più rigoroso della prevalente giurisprudenza di merito, secondo cui l'apposizione del termine sarebbe stata giustificata soltanto in presenza del carattere obiettivamente precario e transitorio dell'impresa datrice di lavoro¹⁶, la Corte di Cassazione ha adottato un'impostazione più flessibile, basata sulle "peculiarità intrinseche ed immanenti del rapporto" e non solamente sul "dato esteriore della durata dell'impresa"¹⁷, spostando quindi il problema della definizione del concetto di «specialità» su quello della relazione tra la prestazione lavorativa svolta e le esigenze di organizzazione tecnica o amministrativa dell'impresa assuntrice. Ciò ha comportato una valutazione caso per caso dell'effettiva giustificazione del termine, in quanto pure i "compiti di carattere comune potrebbero in una data azienda presentare un carattere di straordinarietà"¹⁸: ne è derivata una discrezionalità interpretativa dei giudici così ampia da apparire aleatoria, a discapito della certezza delle situazioni giuridiche. Nonostante la sua genericità, il requisito della «specialità» viene riprodotto nel codice civile del 1942, che all'art. 2097 stabilisce una presunzione legale di indeterminatezza del rapporto di lavoro, valida tanto per gli operai quanto per gli impiegati¹⁹, salvo che l'apposizione del *dies ad quem* non sia giustificata «dalla specialità del rapporto o da atto scritto»²⁰. La formula disgiuntiva non solo non ha dissipato i dubbi relativi alla delucidazione del concetto di «specialità del rapporto», ma ne ha aggiunto degli altri. Secondo un'esegesi più aderente alla lettera della legge, l'utilizzo della congiunzione «o» avrebbe dissociato i due requisiti, formale e sostanziale, escludendone il cumulo. A tale interpretazione si è obiettato che in presenza di un contratto scritto non contenente la motivazione del ricorso alla clausola del termine sarebbe gravato esclusivamente sul dipendente l'onere di dimostrare l'eventuale intento fraudolento del datore di lavoro²¹. Secondo un altro orientamento,

¹⁵ La specialità si ha, secondo C. ASSANTI, "in due ipotesi; quando l'interesse a ricevere la prestazione è temporaneo e non normale del datore di lavoro, e se la prestazione è richiesta al fine di conseguire un risultato determinato" (C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958, pag. 105).

¹⁶ Cfr. Pret. Bari, sez. lavoro, 10 ottobre 1932, in *Mass. giur. lav.*, 1933, pagg. 280 e ss., con nota contraria di D. R. PERETTI-GRIVA, *La specialità cit.*, secondo cui la tesi affermata dal Pretore violerebbe la lettera della legge impiegatizia, che si riferisce alle peculiari circostanze che connotano il rapporto di lavoro, e non alla natura, precaria o permanente, dell'azienda datrice di lavoro.

¹⁷ V. Cass. civ. 15 febbraio 1944, n. 97, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, pagg. 74-75, con nota adesiva di A. TORRENTE, *In tema di specialità del rapporto che giustifica l'apposizione del termine*.

¹⁸ Così P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, pag. 136.

¹⁹ Prima della codificazione del 1942, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato degli operai era rimessa interamente alla contrattazione collettiva, mentre la legge impiegatizia del 1924 trovava applicazione solo in via analogica. Sul punto, v. P. GRECO, *op. cit.*, pag. 138.

²⁰ Art. 2097 cod. civ.: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto. In quest'ultimo caso l'apposizione del termine è priva di effetto, se è fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato. Se la prestazione di lavoro continua dopo la scadenza del termine e non risulta una contraria volontà delle parti, il contratto si considera a tempo indeterminato».

²¹ In tal senso, v. C. ASSANTI, *op. cit.*, pag. 91; M. SCORZA, *Condizioni di validità della apposizione del termine nel contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav.*, 1954, II, pag. 173, nota contraria a Trib. Biella 24 ottobre 1954, in *Dir. lav.*, 1954, II, pagg. 37. Secondo SCORZA la scissione tra i due elementi rispondeva

pertanto, l'atto scritto non sarebbe stato sufficiente a legittimare l'apposizione del *dies ad quem*, essendo necessaria la prova della giustificazione obiettiva delle peculiari caratteristiche del rapporto, con onere a carico del datore di lavoro²². La novella codicistica mostra tutti i suoi limiti quando nell'immediato dopoguerra si diffonde nuovamente il lavoro industriale e con esso la prassi consistente nella reiterazione di contratti scritti aventi breve durata allo scopo di eludere i maggiori oneri derivanti dall'anzianità di servizio e dalle norme applicabili al contratto a tempo indeterminato, soprattutto al momento dell'estinzione del sinallagma²³, cosicché l'intera materia è oggetto di un radicale riesame da parte della legge di riforma n. 230 del 1962.

1.3 La riforma del 1962 e l'elencazione tassativa delle fattispecie di contratto di lavoro a termine.

La ricerca di una diversa regolazione del rapporto di lavoro a tempo determinato allo scopo di reprimerne l'uso degenerato che la "scheletrica" disciplina codicistica non era riuscita a fronteggiare, dimostrandosi "carente, soprattutto sul piano della tutela giudiziale"²⁴, sfocia nell'adozione di una legge speciale incentrata sul sistema di tipizzazione dei motivi giustificativi l'apposizione del termine (sistema della "lista chiusa")²⁵. La novella legislativa si caratterizza

all'intento del legislatore di evitare "una formalità del tutto superflua" in quei casi in cui è insita nel rapporto di lavoro l'apposizione di un termine finale.

²² Cfr. L. RIVA SANSEVERINO, *Comm. al codice civile* diretto da SCIALOJA e BRANCA, Libro V, sub art. 2097, Bologna, 1943, pag. 214; L. BARASSI, *Elementi cit.*, pagg. 106-107; L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, pagg. 909-910. Per una panoramica completa degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, v. A. MATTARELLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1970, pagg. 53-61.

²³ La successione di brevi rapporti a termine consentiva, in particolare, di evitare l'erogazione dell'indennità di anzianità introdotta dal R.d.l. n. 1825/1924 che, secondo la giurisprudenza prevalente di legittimità, non spettava in caso di assunzione a tempo determinato, in cui, a differenza del rapporto *sine die* (ove non è possibile prevedere la scadenza del sinallagma), non vi era alcuna esigenza di protezione dei lavoratori da un'eventuale recesso anticipato del datore di lavoro (cfr. Cass. 7 aprile 1930, in *Mass. giur. lav.*, 1930, pag. 168; *contra*, R. CONSOLE, in *Il contratto di impiego privato a termine prestabilito nel diritto positivo italiano*, Milano, 1934, pag. 137, secondo cui, tanto l'esegesi dell'art. 10, comma 4, R.d.l. n. 1825/1924 -che attribuisce il diritto all'indennità "in ogni caso", a prescindere quindi dal diritto al preavviso di licenziamento- quanto il carattere di esclusiva previdenza dell'indennità "inducono a sostenere che l'indennità di anzianità di servizio debba essere corrisposta anche nei contratti a termine prestabilito"). In aggiunta all'indennità di anzianità, non va dimenticato, che il licenziamento individuale ritenuto ingiustificato dal Collegio di conciliazione ed arbitrato istituito dall'art. 1 dell'Accordo Interconfederale del 18 ottobre 1950 avrebbe potuto comportare per il datore di lavoro un'ulteriore penale in alternativa al ripristino del rapporto di lavoro.

²⁴ Le espressioni sono tratte dalla Relazione ministeriale ai progetti di legge sulla disciplina del contratto a tempo determinato del 22 luglio 1961, reperibile dal sito internet http://legislature.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/18930002.pdf.

²⁵ Prima dell'approvazione della legge 18 aprile 1962, n. 230, erano stati presentati altri cinque disegni legislativi, non tutti erano improntati alla fissazione *ex ante* delle ragioni giustificatrici. Le proposte n. 812 del 12 aprile 1954 (http://www.camera.it/_dati/leg02/lavori/stampati/pdf/08120001.pdf) e n. 132 del 22 luglio 1958 (http://legislature.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/01320001.pdf), a differenza delle altre, prevedevano ancora la tecnica delle clausole generali (la proposta di legge n. 812 fa riferimento alla

anche per la fissazione di una regolamentazione molto restrittiva della proroga del termine²⁶ e per la dettagliata disciplina degli intervalli temporali in caso di successione di rapporti²⁷, degli effetti della prosecuzione *ultra tempus*²⁸ e degli oneri probatori²⁹. L'altro caposaldo della legge del 1962 è costituito dall'allineamento economico e normativo rispetto al contratto a tempo indeterminato, in modo da disincentivare la stipulazione di contratti di breve durata per aggirare i benefici connessi alla maturazione dell'anzianità di servizio³⁰. Fanno eccezione alla rigorosa disciplina i rapporti di lavoro in agricoltura³¹, quelli puramente occasionali di durata non superiore a 12 giorni e quelli con i dirigenti³².

Le ragioni giustificatrici, in assenza delle quali «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato» (art. 1, comma 1°, legge 18 aprile 1962, n. 230), sono: il carattere stagionale

“natura speciale dell'attività”) o, più semplicemente, la fissazione di una durata massima del contratto pari a sei mesi (cfr. proposta di legge n. 132). Le ragioni prevalse nel dibattito parlamentare (riassunto efficacemente da MENGHINI, in *Il lavoro cit.*, pagg. 27-51) sono state quelle di restringere il più possibile i casi, ritenuti eccezionali, di legittima apposizione del termine, favorendo altresì la proliferazione di rapporti di lavoro stabili. Non mancarono, tuttavia, aspre critiche ad un “*monstrum* giuridico” con il quale il legislatore si arrogava funzioni proprie della magistratura (così il deputato Nencioni, le cui opinioni sono riportate nell'*op. ult. cit.*, pagg. 47-48).

²⁶ Consentita «non più di una volta e per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale», purchè «sia richiesta da esigenze contingenti ed imprevedibili e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato» (art. 2, comma primo).

²⁷ La riassunzione a tempo determinato è consentita solo se venga rispettato un periodo di intervallo (pari a quindici o trenta giorni a seconda che il contratto scaduto abbia durata inferiore o superiore a sei mesi), pena la conversione del rapporto a tempo determinato. Lo stesso effetto si produce, altresì, qualora le assunzioni successive a termine, pur rispettando gli intervalli temporali, siano effettuate in frode alla legge (art. 2, comma terzo).

²⁸ Rispetto alla precedente disciplina codicistica, il rapporto di lavoro prorogato tacitamente oltre la sua naturale scadenza si considera a tempo indeterminato a prescindere dalla diversa volontà delle parti (art. 2, comma secondo).

²⁹ Art. 3, legge n. 230/1962: «l'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle condizioni che giustificano sia l'apposizione di un termine al contratto di lavoro sia l'eventuale temporanea proroga del termine stesso è a carico del datore di lavoro».

³⁰ V. art. 5, legge n. 230/1962: «al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori regolamentati con contratti a tempo indeterminato, in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine. Alla scadenza del contratto verrà corrisposto al lavoratore un premio di fine lavoro proporzionato alla durata del contratto stesso, e pari alla indennità di anzianità prevista dai contratti collettivi». Secondo GHERA questa norma era la vera “chiave di volta” della nuova disciplina (E. GHERA, *Intervento*, AA.VV., *Atti delle giornate di studio Aidlass “Il lavoro a termine”* (Sorrento, 14/15 aprile 1978), Milano, 1979, pag. 108). Anche MATTARELLA mette in risalto l'importanza del diritto alla parità di trattamento, quale espressione del principio costituzionale di uguaglianza e “quale mezzo di eliminazione della frode”, a presidio dei quali è predisposta una sanzione di natura penale (cfr. A. MATTARELLA, *op. cit.*, pagg. 162-165).

³¹ Settore in cui la legge 15 agosto 1949, n. 533 si ispira al principio opposto allo spirito della legge del 1962, in quanto favorisce la stipulazione di contratti a termine fra i datori di lavoro ed i salariati fissi di durata almeno biennale (art. 1). Cfr. G. PETRACCONE, *La nuova legge sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, Il nuovo diritto*, 1963, pag. 346.

³² L'assunzione a termine di dirigenti amministrativi e tecnici non soggiaceva a vincoli contenutistici, incontrando solo il limite temporale dei cinque anni, con diritto di recesso del dirigente trascorso un triennio.

dell'attività svolta (art. 1, comma 2°, lett. *a*), la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto, il cui nome va indicato nel contratto di assunzione insieme alla causa della sostituzione (lett. *b*), l'esecuzione di un'attività precisa e delimitata nel tempo, avente natura straordinaria od occasionale (lett. *c*), lo svolgimento nelle lavorazioni a fasi successive di compiti complementari o integrativi per i quali non vi sia continuità di impiego in azienda (lett. *d*) ed infine l'assunzione di personale artistico e tecnico nel settore degli spettacoli (lett. *e*).

I primi tre casi, oltre ad essere i più frequenti, hanno dato luogo alle maggiori problematiche interpretative, poiché rinviano a concetti privi di una precisa definizione normativa, come «assenza con diritto alla conservazione del posto», attività «stagionale» o «straordinaria». Per quanto riguarda l'ipotesi *sub a*), il carattere stagionale è stato riconosciuto solamente alle attività comprese nell'elenco ministeriale di cui al D.P.R. n. 1525/1963 che si svolgono in periodi fissi dell'anno, escludendo le punte di più intenso lavoro derivanti da maggiore richiesta di mercato o da altre esigenze di carattere produttivo³³.

Con riferimento alla lettera *b*), almeno due questioni sono state oggetto di importanti dubbi ermeneutici. La prima attiene all'ammissibilità della c.d. sostituzione "a cascata", ossia la possibilità di sostituire il dipendente assente mediante lo spostamento di un lavoratore già in servizio e di rimpiazzare il posto resosi vacante con un'assunzione temporanea. Una parte minoritaria della giurisprudenza, infatti, ha ritenuto illegittima per contrasto con l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori l'eventuale adibizione del neo-assunto a mansioni inferiori a quelle del lavoratore sostituito³⁴, in disaccordo con l'opinione prevalente che ha ammesso lo "scorrimento" dei dipendenti in organico a prescindere dalla regola dell'equivalenza delle mansioni³⁵. L'altra

³³ V., tra le altre, Cass. civ. 5 marzo 1982, n. 1354, in *Giust. civ.*, 1982, n. 1, pag. 1176 ss., nt. PAPALEONI, secondo cui "nel concetto di attività stagionale possono comprendersi soltanto situazioni aziendali collegate ad attività stagionali in senso stretto ossia ad attività preordinate ed organizzate per un espletamento temporaneo". La diversa opinione era stata proposta da un'autorevole dottrina, secondo cui tanto nella situazione delle "aziende stagionali", aventi apertura in "periodi fissi dell'anno", quanto in quella delle industrie ad esercizio continuo soggette a variazioni di produzione "domina un identico fattore: le esigenze stagionali; ma in modo vario, cioè con assai maggiore intensità (come si capisce) nelle industrie stagionali" (cfr. L. BARASSI, *Elementi cit.*, pag. 112). Più recentemente, G. BALZARINI ha ritenuto insussistente "una differenza sostanziale fra attività puramente stagionali (rientranti *sub* lett. *a*) ed intensificazione dell'attività produttiva in conseguenza di un andamento stagionale" (G. BALZARINI, *Intervento*, in AA.VV., *Atti delle giornate cit.*, pag. 104).

³⁴ V. Pret. Milano 18 settembre 1976, in *Riv. giur. lav.*, 1977, pag. 512.

³⁵ In tali circostanze l'imprenditore utilizza semplicemente un dipendente che, per il grado di esperienza acquisita in azienda, è in grado di sviluppare adeguatamente i compiti del sostituito, senza alcun intento fraudolento rispetto alle tutele derivanti dalla disciplina del lavoro subordinato. Dal punto di vista economico, poi, il datore di lavoro non realizza alcun vantaggio: pone il neo-assunto nel posto con mansioni inferiori, assegnando però un dipendente già in forza a quelle superiori svolte dal lavoratore assente. In giurisprudenza, tra le altre, v. Pret. Taranto 14 gennaio 1974, in *Orient. giur. lav.*, 1975, pag. 1037; Pret. Milano 22 dicembre 1979, in *Orient. giur. lav.*, 1980, pag. 64; Cass. civ. 23 febbraio 1987, n. 1919, in *Orient. giur. lav.*, 1987, pag. 393.

questione ha riguardato la definizione delle circostanze che concretizzano il requisito dell'«assenza con diritto alla conservazione del posto». La Cassazione, in particolare, ha sempre ritenuto illegittima l'apposizione del termine ai contratti stipulati per sostituire dipendenti in ferie, non rinvenendo nell'ipotesi *de qua* il presupposto essenziale del diritto alla conservazione del posto, ossia la temporanea ed eccezionale quiescenza del rapporto di lavoro, che nel caso della fruizione delle ferie non è oggetto di sospensione alcuna³⁶.

La fattispecie che ha dato origine ai maggiori contrasti interpretativi, il cui rilievo è stato amplificato dalla frequenza dei casi giudiziari e dal numero dei soggetti interessati, è quella di cui alla lettera *c*). L'applicazione in funzione integrativa dell'ipotesi *sub a*) ha diviso profondamente la giurisprudenza, anche in seno alla stessa Corte di Cassazione, fino all'intervento risolutivo ad opera delle Sezioni Unite. Un primo orientamento ha ritenuto che fosse possibile ricorrere all'assunzione a termine per far fronte alle c.d. punte stagionali, ossia alle intensificazioni periodiche dell'ordinaria attività d'impresa cui non sia possibile sopperire con il normale organico, ben potendo concretizzare il requisito del «carattere straordinario» di cui alla lettera *c*)³⁷. All'interpretazione estensiva è stato sempre obiettato che ciò che per sua natura è «ripetitivo e prevedibile non può essere straordinario od occasionale»³⁸. Il varo del decreto-legge 3 dicembre 1977, n. 276, che ha appositamente disciplinato la fattispecie delle punte stagionali³⁹, e l'autorevole *decisum* delle Sezioni Unite del 1983 hanno definitivamente dato ragione all'obiezione *de qua*, confermando la

³⁶ Cass. civ. 3 giugno 1976, n. 2010, in *Giur. it.*, 1976, I, pag. 1247; Cass. civ. 24 ottobre 1980, n. 5733, in *Giur. it.*, 1981, I, pag. 747. Per una ricognizione degli orientamenti favorevoli e contrari, si v. F. PIRELLI, *Stabilità o precariato: problemi e prospettive nell'evoluzione della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, pagg. 285-288.

³⁷ Secondo una parte della dottrina «le impennate di attività produttiva costituiscono quantitativamente un'evenienza eccezionale rispetto al trend dei normali livelli di produzione» (A. MARESCA, *Le innovazioni legislative in materia di contratti a termine*, in *Il diritto del lavoro nell'emergenza (la legislazione degli anni 1977-1978)*, Napoli, 1979, pag. 374); in giurisprudenza, v. Cass. civ. 10 marzo 1982, n. 1564, in *Mass. giur. lav.*, 1982, pag. 187 e ss. Favorevole alla tesi della riconducibilità dell'ipotesi delle punte di super-lavoro alla disposizione contenuta nella lettera *c*) era anche il Ministero del Lavoro, che con Circolare n. 35 del 14 gennaio 1964 aveva addirittura redatto un elenco integrativo rispetto al D.P.R. 1525/1963 di 19 attività caratterizzate da «curve di maggiore o minore intensità» della produzione aziendale.

³⁸ L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro a termine nell'alternativa fra uso rigido o flessibile della forza lavoro: un modello normativo da superare? Bilancio di un'esperienza e riflessioni critiche*, in AA.VV., *Atti delle giornate cit.*, pag. 20; in giurisprudenza, v. Cass. civ. 2 luglio 1981, n. 4319, in *Foro it.*, 1981, I, pag. 2665. Per un'esauritiva panoramica del contrasto giurisprudenziale si rinvia a L. MENGHINI, *I problemi interpretativi in materia di lavoro a termine nella recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, n.1, pagg. 152-161.

³⁹ Il decreto legge in questione, convertito nella legge 3 febbraio 1978, n. 18, si riferisce alle aziende operanti nei settori del commercio e del turismo. Nato come provvedimento «a scadenza», è stato successivamente reso definitivo per «tutti i settori economici» dall'art. 8*bis* del d.l. 29 gennaio 1983, n. 17, convertito in legge 25 marzo 1983, n. 79. Esso prevedeva un duplice controllo amministrativo-sindacale: l'assunzione a termine era subordinata, infatti, alla preventiva valutazione di legittimità dell'Ispettorato provinciale del lavoro, previo parere (obbligatorio ma non vincolante) delle organizzazioni sindacali provinciali di categoria. Sul punto v. A. MARESCA, *Le innovazioni cit.*, pagg. 384-385, nonché M. D'ANTONA, *I contratti a termine per «punte stagionali» tra delegificazione e rilegificazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, n. 1, pag. 99 e ss.

tesi restrittiva secondo cui l'ipotesi in questione, prima dello specifico intervento legislativo, era estranea al gruppo di motivi tipici originariamente previsti dalla legge n. 230/1962⁴⁰.

Durante la sua vigenza quasi quarantennale, la legge in questione ha subito poche modifiche, che non ne hanno intaccato il nucleo essenziale. Si è trattato, infatti, di interventi destinati a specifici settori merceologici, come la modifica alla lettera e)⁴¹ e l'introduzione della lettera f)⁴²; solo un'innovazione ha avuto portata generale, ossia l'attenuazione del regime sanzionatorio nel caso della prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza convenuta⁴³.

1.4 L'art. 23 della legge n. 56/1987: il contratto a tempo determinato come strumento di politica occupazionale.

Gli interventi legislativi di fine anni Settanta accendono il dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa l'effettiva "tendenza legislativa ad abbandonare l'incondizionato sfavore

⁴⁰ Secondo le Sezioni Unite gli aggettivi «straordinario» ed «occasionale» potevano riferirsi anche ad un'attività lavorativa "qualitativamente identica a quella normale esercitata dall'impresa", ma ciò solo se l'incremento del volume produttivo non fosse stato preventivabile ed "affrontabile da una sia pur funzionale ed efficiente organizzazione", a differenza delle punte di più intensa attività che sottintendono un'esigenza produttiva che si ripresenta costantemente in un dato periodo dell'anno (Cass. sez. un. civ., 29 settembre 1983, n. 5739, in *Mass. giur. lav.*, 1983, pag. 221 e ss.).

⁴¹ La legge 23 maggio 1977, n. 266 consente esplicitamente di impiegare a termine tutti i lavoratori operanti nel settore dello spettacolo e della radiotelevisione, e non solo il personale artistico e tecnico, come avveniva in precedenza, purché l'assunzione sia riferita a specifici spettacoli o programmi (radiofonici o televisivi). Dottrina e giurisprudenza pressoché unanimi hanno interpretato in modo rigoroso il requisito della "specificità", sottolineando "la necessità dell'individuazione concreta dello spettacolo nonché la sua predeterminazione nel tempo" (da ultimo, v. Trib. Roma sez. lav. 29 settembre 2013, n. 10239, in Banca dati *De Jure*) ed evidenziando la rilevanza del nesso di causalità tra "le caratteristiche del programma" e l'apporto peculiare ed occasionale" del prestatore di lavoro a tempo determinato (A. MARESCA, *Le innovazioni cit.*, pag. 381). Il contributo del lavoratore, in definitiva, "deve essere dotato di un'impronta distintiva e caratterizzante, espressione di un'acquisita capacità tecnica o professionale non reperibile presso altri prestatori impiegati con continuità nel programma" (Cass. 25 settembre 2008, n. 24049, con nota adesiva di S. NAIMOLI, *Il lavoro a termine nel settore dello spettacolo*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, pagg. 390-394).

⁴² La legge 25 marzo 1986, n. 84, esonera le aziende del settore aeroportuale dall'autorizzazione amministrativa relativa alle punte stagionali, ammettendole direttamente all'assunzione a termine per sei o per quattro mesi, in coincidenza del periodo estivo, nella percentuale massima del 15% del normale organico al 1° gennaio dell'anno di riferimento, ponendo così fine alla dialettica intercorsa in quegli anni tra magistratura ed ispettorati del lavoro (v., ad esempio, Pret. Roma 26 gennaio 1986, in *Riv. giur. lav.*, 1986, n. 1, pag. 99 e ss., nt. D'ANTONA, *I contratti a termine per «punte stagionali» tra delegificazione e rilegificazione*).

⁴³ L'art. 12 della legge n. 196/1997 riscrive integralmente la disciplina in questione, istituendo un "periodo di tolleranza", variabile a seconda della durata del termine iniziale o prorogato, entro il quale non si produce l'effetto automatico della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, ma è dovuta al lavoratore semplicemente una maggiorazione della retribuzione da graduare in proporzione alla durata della prestazione resa oltre la scadenza.

verso il contratto a termine”⁴⁴. La crisi economica che ha dato origine alle modifiche normative, oltre ad una sensibile trasformazione delle imprese⁴⁵ ed una profonda contrazione dell’offerta di lavoro⁴⁶, si ripercuote anche sul sistema di relazioni industriali, non più imperniato sulla stabilità e la continuità dell’occupazione⁴⁷. Inizia, sebbene in modo contingente, ad affacciarsi una diversa concezione dei rapporti temporanei, intesi come utili strumenti di incentivo all’occupazione e/o alla formazione⁴⁸. Il comune denominatore della normativa del periodo, tuttavia, è la mancanza di organicità e sistematicità, nonostante non manchi qualche proposito di “riordino”⁴⁹. L’incapacità del

⁴⁴ Così la sentenza della Cass. sez. lav. del 4 settembre 1980, n. 5098, in *Mass. giur. lav.*, 1980, pag. 740; *contra*, v. MENGHINI, secondo cui, per i limiti e le cautele poste, le nuove prospettive legislative in tema di flessibilità controllata non si discostavano di molto dalla legge del 1962 (L. MENGHINI, *Il lavoro cit.*, pag. 305). Anche MONTUSCHI non riconosce alcuna tendenza legislativa incline alla flessibilità, considerato il “limitato rilievo riconosciuto alle c.d. punte stagionali” rispetto al “carattere ed alla veste eccezionale” della legge 230, destinata a reprimere l’uso fraudolento del termine (L. MONTUSCHI, *Questioni vecchie e nuove in materia di contratto a termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, I, pagg. 75-76).

⁴⁵ Muta la struttura dell’impresa, un tempo statica e compatta, “che faceva pensare ai rapporti di lavoro come linee tendenzialmente indefinite, ed apparire del tutto eccezionali, e tassativamente identificabili i casi di segmenti di occupazione, ammessi dall’art. 1, 2° comma, legge n. 230, in presenza di specifiche ragioni giustificatrici” (M. DALL’OLIO, *Tavola rotonda con giuristi e sindacalisti a confronto: prospettive nell’evoluzione legislativa del contratto a termine*, in AA. VV., *Il futuro del contratto a termine, Atti del convegno di Amalfi*, 7-9 ottobre 1983, Milano, 1984, pag. 268).

⁴⁶ Il tasso di disoccupazione arriva a raddoppiare nel decennio 1970-1979, passando dal 3,6% al 7,2%, così come in Gran Bretagna (dal 3,1% al 5,8%) ed in Francia (dal 2,5% al 5,2%); si quadruplica, invece in Spagna (dal 2,2% al 9%) e si quintuplica in Germania (dal 0,6% al 3,2%) (fonte: OECD *Economic Outlooks*, reperibili su <http://www.oecd-ilibrary.org>).

⁴⁷ L’evoluzione del sistema industriale fa venire meno la centralità dell’azienda nella dinamica contrattuale, provocando lo spostamento del baricentro dell’azione sindacale verso il mercato del lavoro. L’obiettivo del sindacato, attraverso il metodo della concertazione politica con imprenditori e pubblici poteri, diventa “quello di conciliare esigenze assai diverse, per non dire inconciliabili: conservazione del «garantismo» individuale dei lavoratori occupati e mantenimento dell’occupazione [...] difesa, e magari aumento, delle retribuzioni reali e creazione di nuovi posti di lavoro” (M. RUSCIANO, *Contratto collettivo ed autonomia sindacale*, Torino, 2003, pagg. 151-152).

⁴⁸ La prima legge che promuove l’assunzione di giovani di età compresa tra i 15 e i 22 anni (elevati a 24 per le donne e i diplomati e a 29 per i laureati) è la n. 285 del 1 giugno 1977, che al suo art. 7 istituisce il contratto di formazione, stipulabile per una durata non superiore a 12 mesi (non rinnovabili) e caratterizzato dall’alternanza lavoro-formazione esterna volta “ad assicurare al giovane il raggiungimento di adeguati livelli formativi al termine del rapporto” (art. 8). L’anno dopo l’art. 7 del d.l. n. 351/1978 conferma l’impianto premiale della legge n. 285 (incentivo pari a lire 200 orarie), elevando tuttavia la durata massima del rapporto a 24 mesi non rinnovabili e modificando la platea degli interessati (giovani di età compresa tra 15 ai 26 anni, elevabili a 29 per donne e laureati). La legge istituisce, infine, un altro (e diverso) tipo di contratto a termine, di durata non superiore a sei mesi, rinnovabili una sola volta, con giovani iscritti nelle liste speciali di collocamento e genericamente “impegnati in attività formative” (inciso aggiunto in sede di conversione all’art. 24 del decreto legge) e non, come nel C.F.L., titolari di uno specifico diritto all’istruzione tecnico- professionale. Sul punto, si v. A. MARESCA, *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, n. 3, pagg. 485-489.

⁴⁹ L’art. 2 comma 1 della legge n. 18/78 ipotizzava una “nuova disciplina in materia di occupazione” a testimonianza, secondo MONTUSCHI, di “una diffusa volontà politica orientata verso la ricerca di un modello omnicomprensivo, che consenta di raccordare e coordinare organicamente il controllo, l’impiego e l’utilizzo della forza lavoro, con le forme possibili di uso del contratto a termine” (L. MONTUSCHI, *Il contratto cit.*, in AA.VV., *Atti delle giornate cit.*, pag. 29). V. anche MARESCA, secondo cui “il contratto a tempo determinato, sempre che venga inserito in un organico e adeguato disegno legislativo volto a

legislatore di ri-disegnare il modello regolativo del lavoro a tempo determinato fa sì che venga conferito ai contratti collettivi stipulati dai sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative il potere di integrare le fattispecie di cui alla legge n. 230/1962, individuando ulteriori ipotesi di apponibilità del termine anche disomogenee rispetto a quelle legali⁵⁰. Il nuovo sistema attribuisce al sindacato una funzione di grande rilievo, che testimonia la fiducia del legislatore nei confronti della fonte collettiva, capace di entrare rapidamente in contatto con le realtà produttive ed apporre eventuali modifiche rispetto al modello generale ed astratto⁵¹. Si tratta di una facoltà di intervento molto ampia: secondo l'interpretazione prevalente, fatta propria anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il rinvio legale conferisce all'autonomia sindacale "poteri di indubbia e penetrante incisività" tale da configurare una vera e propria "delega in bianco", svincolata da alcun onere contenutistico⁵². L'art. 23 non specifica il livello di contrattazione abilitato a negoziare l'ampliamento della casistica dei contratti a tempo determinato, cosicché, nel silenzio della norma, è stato ritenuto ammissibile anche il contratto collettivo aziendale⁵³. Tuttavia, per bilanciare il rischio di una moltiplicazione smisurata di fattispecie di lavoro a tempo determinato, la legge 56 prevede due tipi di limiti. Il primo riguarda la natura degli agenti legittimati a stipulare gli accordi collettivi: la particolare funzione derogatoria attribuita dal legislatore non può che essere affidata alle strutture sindacali esterne all'azienda (locali o nazionali) in quanto, essendo meno contigue ad essa, garantiscono una valutazione più distaccata, oltre che generale, degli interessi da tutelare⁵⁴. Il secondo vincolo ha natura quantitativa: l'operatività della funzione derogatoria è subordinata all'obbligo, gravante sulle parti sociali, di indicare, di volta in volta, la percentuale dei lavoratori da

promuovere una politica attiva della manodopera, può concorrere efficacemente a realizzare un programma di sviluppo dell'occupazione", al contrario di "qualsiasi intervento-tampone che, pur potendo dare nel breve periodo risultati positivi in termini numerici, non appare in grado di imporre una stabile inversione di tendenza" (A. MARESCA, *Il contratto cit.*, pag. 480).

⁵⁰ Art. 23, legge 28 febbraio 1987, n. 56: «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, oltre che nelle ipotesi di cui all'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modifiche e integrazioni, nonché all'art. 8 bis del d.l. 29 gennaio 1983, n. 17, convertito con modificazioni dalla legge 23 marzo 1983, n. 79, è consentita nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale».

⁵¹ La dottrina non ha esitato a definirla "un'apertura di credito di grande rilievo" (in L. MONTUSCHI, *La riforma del contratto a termine (un caso di bricolage normativo)*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, n. 1, pag. 29).

⁵² I virgolettati sono tratti dalla sentenza 2 marzo 2006, n. 4588, in *Lav. giur.*, 2006, n. 8, pag. 781 e ss., nt. NODARI.

⁵³ V. , ad esempio, Cass. sez. lav. 18 maggio 2006, n. 11655, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 1, pag. 119 e ss., con nota adesiva di M. G. GRECO, *Agenti negoziali e livelli contrattuali nella disciplina del contratto a termine dell'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56*.

⁵⁴ V. nota precedente.

assumere a tempo determinato rispetto al numero dei dipendenti «impegnati a tempo indeterminato»⁵⁵.

L'autonomia sindacale è stata, in definitiva, destinataria di un ruolo molto delicato, ossia realizzare un equilibrato contemperamento di interessi teoricamente antitetici come l'esigenza di elasticità organizzativa e la tutela della stabilità del posto di lavoro. Oltre a stabilire soglie di contingentamento numerico, la contrattazione collettiva ha spesso fissato anche dei limiti minimi o massimi di durata del contratto di lavoro, allo scopo di garantire una prospettiva minimale di impiego, rendendo non più occasionale ma strutturale la funzione occupazionale del lavoro a termine⁵⁶ quale veicolo di tutela e promozione delle fasce più deboli di lavoratori⁵⁷.

1.5 La trasposizione della Direttiva 1999/70: il D. lgs. n. 368/2001 ed il c.d. “causalone” del lavoro a termine.

Il “sistema parallelo” costituito dalle due leggi del 1962 e del 1987 cessa la sua operatività all'inizio del nuovo millennio. L'occasione per innovare la materia è data dalla trasposizione della Direttiva n. 70/1999, che recepisce l'accordo quadro europeo in materia di lavoro a tempo determinato⁵⁸. La situazione di “anticipata conformazione” al diritto comunitario stabilita dalla Corte Costituzionale⁵⁹ faceva presagire un intervento alquanto modesto nel nostro ordinamento, ma

⁵⁵ “La determinazione del punto di equilibrio tra occupazione stabile ed occupazione flessibile implica [...] la cura di un interesse non più particolare (anche se collettivo), ma dotato di un'intrinseca valenza generale” (così M. RUSCIANO, *op. cit.*, pag. 196).

⁵⁶ Sul punto v. A. BOLLANI, *Lavoro a termine e autonomia collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pagg. 160-161, secondo cui, ultimata la fase della rigidità normativa degli anni Sessanta e quella patologica di rilancio dell'occupazione della fine degli anni Settanta, “la maggiore fruibilità del lavoro a termine” derivante dall'art. 23 della legge n. 56/1987, ha continuato ad “incentivare la crescita della domanda e [...] soddisfare particolari segmenti dell'offerta”.

⁵⁷ Si v. l'art. 8, comma secondo, legge n. 223/1991, relativo all'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità per un massimo di 12 mesi; l'art. 11, comma secondo, legge n. 68/1999, inerente all'assunzione a termine concordata nell'ambito di una convenzione diretta a favorire l'inserimento lavorativo dei disabili ed infine l'art. 75, commi primo e secondo, legge n. 388/2000, diretto a promuovere “l'occupabilità dei lavoratori anziani”.

⁵⁸ Le otto clausole dell'accordo collettivo, precedute da un “Preambolo” e da 12 “Considerazioni generali”, prescrivono agli Stati membri due obiettivi principali da raggiungere, garantire il rispetto del principio di non discriminazione nonché creare un quadro normativo di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti, rimettendo ai legislatori nazionali il compito di attuare discrezionalmente i principi espressi. La *ratio* ispiratrice della Direttiva consiste nel promuovere i contratti a tempo indeterminato quale “forma comune del rapporto di lavoro” (comma secondo del Preambolo e punto 6 delle Considerazioni generali) “senza accogliere le spinte più pressanti in favore di una liberalizzazione delle assunzioni a termine” (M. ROCCELLA- T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, 2012, pag. 261). Si tratta, comunque, di un testo avente un contenuto “alquanto elastico e compromissorio tale da lasciare ampi margini di manovra alle legislazioni nazionali, segnalando per lo più soluzioni alternative e concorrenti” (così G. FERRARO, in *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2009, pag. 41).

⁵⁹ Cfr. sentenza n. 41 del 7 febbraio 2000, pubblicata sul sito <http://www.giurcost.org/decisioni/2000/0041s-00.html>.

la discrezionalità di cui godono gli Stati Membri nell'attuazione delle Direttive ha comunque consentito di apportare una modifica sostanziale di grande impatto. Il riferimento è alla sostituzione del modello del *numerus clausus* di cui alla legge del 1962 con la diversa tecnica normativa della devoluzione all'autonomia individuale del potere di individuare in concreto le condizioni giustificatrici dell'apposizione del *dies ad quem* all'interno del c.d. "causalone" costituito dalle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (art. 1, comma primo, D. lgs. 6 settembre 2001, n. 368)⁶⁰. L'elencazione tassativa viene invece utilizzata per definire i casi nei quali è vietata la pattuizione di una scadenza al rapporto di lavoro, quale "contrappeso all'ampliamento della possibilità di stipulare il contratto a termine"⁶¹. Un altro tratto distintivo della nuova disciplina è il superamento delle forme di assunzione c.d. "delegate" ex art. 23, legge n. 56/1987. L'utilizzo del lavoro a tempo determinato allo scopo di favorire l'impiego di particolari categorie di soggetti, inammissibile ai sensi del predetto comma 1 del Decreto n. 368, rimane pertanto circoscritto alle specifiche ipotesi già esistenti⁶². Il ruolo del sindacato viene fortemente ridimensionato, in quanto la contrattazione collettiva non è più chiamata a regolare *ex ante* le condizioni di apposizione del termine, ma solo ad imporre limiti di carattere quantitativo⁶³. La *deminutio* di tutela viene compensata dall'obbligo di necessaria formalizzazione e puntualizzazione delle ragioni giustificatrici del contratto a tempo determinato, al fine di agevolare l'eventuale verifica in sede di contenzioso. Il secondo comma dell'art. 1, infatti considera «priva di effetto» la pattuizione del

⁶⁰ La modifica ha fatto dubitare una parte della dottrina sull'eventuale riduzione del livello di tutela dei lavoratori a termine, in violazione della clausola di non regresso contenuta nella clausola 8.3 dell'accordo quadro. Secondo M. LOZITO, ad esempio, tale violazione è evidente, posto che "il più ampio accesso per i datori di lavoro al contratto a tempo determinato mina [...] la fondamentale tutela della «stabilità» dell'impiego" (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, n. 1, pagg. 198-199). In senso analogo, v. L. ZAPPALÀ: "è chiara la violazione della citata clausola da parte del decreto di riforma [...] che liberalizzando il ricorso al lavoro a termine, nonché trasformando in regola quella che fino ad ora stata un'eccezione, elimina completamente la precedente disciplina vincolistica esistente nell'ordinamento italiano riducendo il livello generale di tutela dei prestatori di lavoro" (L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si recepisce una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, n. 3, pag. 647). La tesi contraria è fatta propria da M. DE LUCA, secondo cui la clausola generale di cui all'art. 1 del D. lgs. n. 368 consente "l'adattabilità del tipo contrattuale [...] alle esigenze sia dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori", non riducendone pertanto le garanzie (M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2002, parte V[^], pagg. 104-105).

⁶¹ Così L. DI PAOLA- I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2011, pag. 227. Per un commento alle singole ipotesi, si rinvia al paragrafo 2.2.2.

⁶² In seguito alla riforma del mercato del lavoro del 2003 verrà introdotta una fattispecie *ad hoc* di lavoro a termine con funzione di sostegno all'occupazione, il c.d. contratto di inserimento, per la quale l'art. 58 del D. lgs. n. 276/2003 disponeva l'applicazione, per quanto compatibili, delle disposizioni del D. lgs. n. 368/2001.

⁶³ V. art. 10, comma 7, D. lgs. n. 368/2001: «la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

termine non risultante «da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1»⁶⁴. Il passaggio da un sistema di controllo della libertà contrattuale di tipo preventivo (legislativo o sindacale) ad uno di tipo successivo ed eventuale, rimesso all'autorità giudiziaria, ha fatto riemergere il pericolo, già verificatosi durante la vigenza dell'art. 2097 del codice civile, dell'eccessiva discrezionalità della magistratura⁶⁵. L'incertezza si è acuita nel corso degli anni a seguito delle continue modifiche al testo originario del D. lgs. n. 368/2001, alcune delle quali giudicate incostituzionali dalla Consulta⁶⁶. L'innovazione più importante è stata introdotta dalla legge n. 247/2007, che ha stabilito la nozione di rapporti a termine «successivi», intendendosi per tali quelli intervenuti «tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore» «per lo svolgimento di mansioni equivalenti», ed ha individuato nel limite temporale di 36 mesi la soglia di tolleranza massima all'utilizzo reiterato del lavoro a termine⁶⁷.

Per quanto concerne la disposizione fondamentale del Decreto (il c.d. "causalone"), essa è rimasta indenne al tentativo di abrogazione da parte dell'Esecutivo nel 2006⁶⁸ ed è stata successivamente oggetto di variazioni nel 2007 e nel 2008, a mente delle quali mentre «il contratto

⁶⁴ Dall'esame della giurisprudenza affiora una discordanza di opinioni sull'ampiezza del potere di verifica; accanto ad interpretazioni rigorose che richiedono un'esplicitazione precisa ed univoca delle ragioni giustificatrici (si v. Cass. sez. lav. 27 aprile 2010, n. 10033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, pag. 50, secondo cui sul datore di lavoro grava l'onere di "indicare in modo circostanziato e puntuale, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro [...] la prestazione a tempo determinato"), si rinvengono orientamenti più flessibili sulla portata dell'onere datoriale di delucidazione dei motivi sottesi alla stipulazione del contratto a termine (v., ad esempio, la sentenza del Trib. Pavia, sez. lav., 12 aprile 2005, che ha ritenuto valida una causale estremamente generica consistente nell'"accresciuto numero di servizi temporanei dovuto ai ben conosciuti accadimenti internazionali" (in *Arg. dir. lav.*, 2006, n. 1, pag. 260 e ss. con nt. contraria di G. LUDOVICO). Per una disamina delle varie posizioni giurisprudenziali si rinvia a G. LEONE, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del lavoro a tempo determinato*, in M. G. GAROFALO- G. LEONE (a cura di) *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, 2009, pagg. 50-53 ed a S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. dir. lav. dir. rel.*, 2007, n. 115, pagg. 469-471.

⁶⁵ Secondo FERRARO si è trattato di un "autentico boomerang", che "ha aperto la strada ad una sindacabilità giudiziaria a tutto campo: sulla adeguatezza della motivazione adottata, talvolta persino sulla sua opportunità, sino ad un rigoroso controllo della sua correttezza applicativa" (G. FERRARO, *Tipologie cit.*, pag. 37).

⁶⁶ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 4-bis del D. lgs. 6 settembre 2001, n. 368, inserito dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, che introduceva un regime indennitario specifico nei casi di nullità del termine derivanti dalla mancanza di forma scritta, di ragioni oggettive o per violazione della disciplina dei divieti, circoscritto ai giudizi pendenti alla data del 22 agosto 2008. La Corte Costituzionale ha ritenuto irragionevole la differenziazione operata dalla norma in quanto basata sulla "circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro" (sentenza n. 214 del 14 luglio 2009, in *Lav. prev. oggi*, 2010, n. 1, pag. 70 e ss., nt. CORAZZA).

⁶⁷ Art. 5, comma 4-bis del D. lgs. n. 368/2001, oggetto di specifica disamina al paragrafo 2.2.5.

⁶⁸ Nelle "Linee guida per una riforma del contratto a termine" del 3 novembre 2006, l'allora Ministro del Lavoro Cesare Damiano auspicava il superamento del sistema basato sulla clausola generale, promuovendo invece l'"individuazione di sintetiche causali tipicizzate adatte alle odierne esigenze di mercato" (dal testo riportato dal Dossier Adapt n. 6 del 6 marzo 2007, reperibile da www.bollettinoadapt.it).

di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»⁶⁹, quello a tempo determinato richiede la sussistenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»⁷⁰. Tali modifiche non hanno sopito il dibattito inerente alla necessità del carattere oggettivamente temporaneo delle condizioni giustificatrici del contratto⁷¹. Secondo una prima teoria, a fronte dell'ampia libertà attribuita all'autonomia delle parti nell'individuare le circostanze legittimanti l'apposizione del termine, non sarebbe più necessaria un'esigenza datoriale di natura transeunte, essendo sufficiente l'esistenza di una motivazione non arbitraria o fraudolenta⁷². In base ad un diverso orientamento, accolto dalla prevalente giurisprudenza⁷³, l'eliminazione dell'elencazione minuziosa delle causali non avrebbe fatto venir meno il discrimine tra la forma di assunzione normale a tempo indeterminato e quella speciale a tempo determinato, che rimane ontologicamente subordinata alla presenza di esigenze aziendali transitorie, sprovviste dei caratteri di stabilità e continuità che contraddistinguono il ricorso all'ordinario contratto di lavoro⁷⁴. Altrettanto problematica è stata la ricostruzione giuridica delle conseguenze sanzionatorie in caso di insussistenza o mancata corrispondenza delle ragioni adottate rispetto al successivo svolgimento del rapporto. L'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, riassunto da un'importante pronuncia della Corte di Cassazione del 2008, ha ricavato in via sistematica la sanzione della conversione del rapporto: una volta "depurato" dell'illegittima pattuizione del termine, il contratto di lavoro conserva pienamente la sua efficacia e si considera *ab origine* instaurato senza alcuna scadenza. Secondo tale impostazione, la prevalenza della normativa in materia di durata indeterminata del contratto di lavoro scaturirebbe dalla sua

⁶⁹ Art. 1, comma 39, legge 24 dicembre 2007, n. 247, che antepone tale disposizione all'art. 1, primo comma del D. lgs. n. 368/2001, creando un nuovo comma 01.

⁷⁰ Art. 21, comma 1, decreto-legge n. 112/2008, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133.

⁷¹ Prima dell'entrata in vigore del D. lgs. n. 368/2001 il dibattito in questione era assolutamente marginale. La temporaneità delle situazioni giustificatrici, sotto il vigore della legge n. 230/1962, costituiva un "mero «elemento descrittivo» presente in tutti i casi indicati dalla legge" (così L. ANGELINI, *La riforma del contratto a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, pag. 101). In precedenza, il concetto di temporaneità era apparso presso la dottrina e la giurisprudenza di fine anni Cinquanta (cfr. App. Brescia 12 aprile 1956, in *Riv. giur. lav.*, 1956, II, pag. 256 e soprattutto C. ASSANTI, *op. cit.*, pag. 105, secondo cui "la specialità in relazione alla durata è esattamente individuata nella necessaria temporaneità originaria dell'interesse soddisfatto dal datore di lavoro").

⁷² Cfr. A. VALLEBONA- C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pagg. 21-28; F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 1, pagg. 48-51; G. SANTORO-PASSARELLI, *Note introduttive al commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pagg. 26-27. Aderisce a tale ricostruzione anche la Circolare ministeriale n. 42 dell'1 agosto 2002.

⁷³ Secondo la Cassazione la valenza derogatoria del lavoro a termine obbliga il datore di lavoro a motivare puntualmente "la specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare" (così Cass. sez. lav. 27 aprile 2010, n. 10033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, pag. 41 e ss., con nota adesiva di E. RAIMONDI).

⁷⁴ V. SPEZIALE, *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, n. 91, 3, pagg. 379-390; per un'esaustiva ricostruzione del dibattito dottrinale si rinvia a G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, pagg. 220-223.

natura inderogabile ed opererebbe quale “conformazione reale del rapporto concreto al modello prescritto- per via di sostituzione o integrazione della disciplina pattuita con quella legale ovvero per via del disconoscimento di effetti alla sola disposizione contrattuale illegittima”⁷⁵.

1.6 L’esonero dall’obbligo di giustificazione del primo rapporto a tempo determinato nella legge di riforma del 2012.

La riforma del mercato del lavoro del 2012, pur riaffermando la centralità del contratto a tempo indeterminato quale «forma comune di rapporto di lavoro»⁷⁶, semplifica notevolmente l’instaurazione dei rapporti a termine. La legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. “Monti-Fornero”), introduce un nuovo comma *1bis* all’interno dell’art. 1 del Decreto n. 368, prevedendo una fattispecie di lavoro a tempo determinato c.d. “a-causale”, svincolata dall’esistenza di motivazioni obiettive relativamente al primo rapporto di lavoro tra datore e lavoratore, sia diretto che nella forma della somministrazione tramite agenzia⁷⁷. Un’ulteriore apertura nei confronti del lavoro a

⁷⁵ Il virgolettato è tratto dalla decisione della Sezione lavoro del 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, pag. 903 e ss. Secondo un diverso filone interpretativo, rimasto isolato in giurisprudenza, l’invalidità della clausola temporale per contrasto con la norma imperativa che esige la giustificazione dell’apposizione del termine (art. 1 del D. lgs. n. 368/2001) si sarebbe dovuta estendere all’intero contratto di lavoro qualora ne fosse stata provata l’essenzialità per i contraenti *ex art.* 1419, co. 1, cod. civ.. Fanno propria tale impostazione, A. VALLEBONA-C. PISANI, *op. cit.*, pagg. 35-36 ed in giurisprudenza Trib. Palermo, sez. lavoro, 6 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 3, pagg. 395-402, secondo cui “la mancata riproposizione nel nuovo testo normativo di una disposizione analoga all’art. 1, primo comma, l. n. 230/1962 e la limitazione della conversione ai soli casi appena citati costituiscono sicuro indice della volontà del legislatore di sopprimere la norma che prevedeva che il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, tanto più che non pare possibile sostenere che essa, pur non incorporandosi più in alcun testo di legge, continuerebbe ad essere desumibile, appunto quale norma, dai principi generali dell’ordinamento giuslavoristico” (pag. 399). A tale conclusione è stato obiettato che la nullità dell’intero regolamento d’interessi, con conseguente estinzione del rapporto, andrebbe paradossalmente a peggiorare la posizione del contraente a favore del quale è stata dettata la norma inderogabile, in contrasto con quanto affermato in materia dalla Corte Costituzionale n. 210/1992 (sul punto V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pagg. 405-407). Si è inoltre osservato come sarebbe “insopportabilmente incoerente che la protrazione di fatto *ultra tempus* del rapporto [...] e la riassunzione anticipata implicino trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, con diversa decorrenza a seconda dei casi, e non la implichi il difetto *ab initio* delle condizioni” (L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, parte V[^], pag. 39). Infine, se obiettivo e soprattutto obbligo del legislatore nazionale in attuazione della direttiva comunitaria è quello di assicurare ai lavoratori tutele non meno efficaci del regime precedente, pena la violazione della clausola di non regresso, “non può non ravvisarsi un abbassamento secco del tasso di garanzia laddove l’apposizione illegale del termine vulneri la stessa esistenza del vincolo contrattuale (e quindi faccia cadere l’opportunità d’impiego concessa al lavoratore con quel negozio)” (L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, pag. 40; nello stesso senso, v. anche Trib. Roma sez. lavoro 8 gennaio 2008, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 4, pagg. 903-909). Un’esaustiva ricostruzione del dibattito è presente in F. MARINELLI, *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore*, *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2009, n. 89, pagg. 8-17.

⁷⁶ Art. 1, comma 01, del D. lgs. n. 368/2001.

⁷⁷ Il comma *1bis*, introdotto dall’art. 1, comma 9, lett. *a*) della legge 28 giugno 2012, n. 92, esonera dall’obbligo di giustificazione dei motivi di ricorso al contratto di lavoro a termine «nell’ipotesi del primo

termine è data dall'ampliamento dei periodi c.d. "cuscinetto" entro cui la protrazione temporale della prestazione oltre la scadenza del termine non produce la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro⁷⁸. Il *favor* così esplicito nei confronti del lavoro a termine è stato solo parzialmente compensato dall'aumento (pari a l'1,4%) del suo costo per le aziende e dalla riforma della disciplina dei rinnovi, caratterizzata dall'innalzamento degli intervalli temporali tra contratti successivi al fine di scoraggiare l'uso ripetuto dei rapporti temporanei⁷⁹. Il riferimento al «primo rapporto a tempo determinato» è stato oggetto di diverse interpretazioni: secondo alcuni l'assunzione con il contratto "a-causale" sarebbe impedita da una qualsiasi precedente esperienza lavorativa presso lo stesso datore di lavoro, tenuto conto che tale contratto è diretto "ad una migliore verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento in uno specifico contesto lavorativo"⁸⁰; secondo altri, invece, la preclusione opererebbe solo in caso di un preesistente contratto di lavoro subordinato⁸¹ o, seguendo un'interpretazione strettamente letterale, solo di un antecedente rapporto di lavoro a termine⁸².

L'obiettivo perseguito dal legislatore del 2012 è quello di favorire il più possibile la crescita dell'occupazione, semplificando al massimo la fase dell'instaurazione del rapporto di lavoro e prolungando quella della prova attraverso una tipologia negoziale contenutisticamente "libera", prodromica al consolidamento definitivo della relazione lavorativa⁸³. Lo strumento utilizzato è quello della sterilizzazione dei motivi giustificativi dell'apposizione del termine, tecnica normativa che prima del 2012 era stata impiegata solamente per fattispecie particolari, finalizzate ad

rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansioni, sia nella forma del contratto a tempo determinato sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato».

⁷⁸ I periodi in questioni sono stati ampliati dall'art. 1, comma 9, lett. e), a 30 e 50 giorni (invece che 20 e 30) a seconda che il contratto abbia una durata inferiore o superiore a sei mesi.

⁷⁹ Elevati a 60 giorni (anziché 10) per contratti inferiori a sei mesi, e 90 giorni (anziché 20) per contratti superiori a sei mesi.

⁸⁰ Così si esprime la Circolare del Ministero del Lavoro del 18 luglio 2012, n. 18, pag. 2 (reperibile da http://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Circolare_MLPS_18_luglio_2012_n.18.pdf). Propendono per la tesi dell'incompatibilità tra il primo contratto "a-causale" e una qualsiasi pregressa esperienza lavorativa intercorsa tra le parti V. SPEZIALE, in *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, n. 153, pag. 7, nonché G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012, n. 92, Guida lav.*, 2012, n. 3 suppl., pag. 28.

⁸¹ La citata Circolare ministeriale limita l'incompatibilità all'ipotesi in cui il lavoratore abbia già intrattenuto un "primo rapporto lavorativo di natura subordinata".

⁸² Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pag. 19.

⁸³ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma cit.*, pag. 7: "a me sembra che essa abbia la finalità di garantire [...] l'accesso ad una prima occupazione presso un determinato datore di lavoro, diventando un surrogato del patto di prova". V. altresì L. MENGHINI: "nell'attuale e nota situazione occupazionale si è pensato di provare a smuovere le acque stagnanti del mercato del lavoro consentendo una prima esperienza lavorativa nella speranza che la stessa contribuisca ad aumentare le possibilità di un successivo rapporto stabile" (da *Contratti, ammortizzatori sociali, politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, n. 33 suppl., pag. 94).

incentivare il reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti deboli⁸⁴. Il rischio di una simile generalizzazione, tuttavia, è quello di una sovrapposizione rispetto alla «forma comune di rapporto di lavoro», qualora la clausola di durata venga utilizzata in circostanza in cui “vi sia la necessità di assumere una risorsa a tempo indeterminato”⁸⁵: sul punto, non vi è unanimità di vedute presso la comunità scientifica⁸⁶. Secondo una parte della dottrina vi è inoltre il pericolo di un indebolimento della posizione del lavoratore, posto che non è possibile più sindacare le ragioni sottese alla stipulazione del contratto a termine e non esiste alcuna protezione dell’aspettativa al consolidamento del rapporto precario⁸⁷. Meno condivisibile è invece l’opinione secondo cui l’acausalità del primo contratto di lavoro a termine possa favorire l’abuso dell’istituto, in contrasto con gli obiettivi comunitari⁸⁸: sin dalle primissime pronunce in materia, la Corte di Giustizia ha circoscritto l’obbligo di giustificazione del termine finale, laddove stabilito da uno Stato membro, solamente alla successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, e non al primo o unico contratto a termine⁸⁹.

⁸⁴ Sulle quali si rinvia alla nota *sub* 55.

⁸⁵ Così A. SERRA, *La riforma “Fornero-Monti” e il nuovo contratto a tempo determinato*, da *Nel Merito* del 28 giugno 2012, reperibile su www.nelmerito.com.

⁸⁶ Parte della dottrina si è mostrata favorevole alla “piena “fungibilità” con il contratto a tempo indeterminato, nel senso che anche la nostra disciplina nazionale consente oramai, come già quella comunitaria, che il primo rapporto di lavoro tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore possa indifferentemente essere instaurato sia a tempo indeterminato che a termine” (così G. PROIA, *I “cortocircuiti” tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, pag. 784). Di diverso avviso è V. SPEZIALE, in *La riforma cit.*, pag. 6, secondo cui la volontà sia dell’Esecutivo che del Parlamento è quella di “non assimilare le due tipologie contrattuali e di considerare il termine come una ipotesi derogatoria rispetto a quella ordinaria”.

⁸⁷ “Un argomento a sostegno della scelta legislativa può consistere tuttavia nell’auspicio, o la speranza, che il datore di lavoro ritenga, all’esito di un’esperienza a suo avviso favorevole, di far proseguire il rapporto di lavoro, così realizzandosi una situazione favorevole per il lavoratore e, sotto il profilo dell’interesse generale, un incremento dell’occupazione. Ma è un argomento piuttosto fragile, essendo più probabile che il datore di lavoro decida alla scadenza del termine di liberarsi del lavoratore, sostituendolo eventualmente con un nuovo assunto, e sottrarsi così al paventato vincolo della prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato” (R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, pag. 793).

⁸⁸ “Da un lato una lettura della direttiva non limitata all’art. 5 può far ritenere che il contratto a termine (anche il primo) debba essere ricondotto a un’esigenza non ordinaria di incremento dell’attività di impresa, dall’altro una disposizione come quella della l. n. 92/2012 può condurre al verificarsi di abusi, perché consente al datore di lavoro [...] di ricoprire un posto di lavoro stabile esclusivamente con lavoratori assunti a termine” (C. ALESSI, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2012, n. 93, pag. 9). L’opinione opposta è espressa da L. DI PAOLA in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, pag. 25, nonché P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2012, n. 154, pag. 4; in giurisprudenza, v. Trib. Milano 9 maggio 2013, n. 1170, da *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 1, pag. 20 e ss., con nota adesiva di F. IAQUINTA *Il contratto a termine acausale: una prima applicazione concreta al vaglio della giurisprudenza di merito*.

⁸⁹ Sentenza *Mangold* del 22 novembre 2005, causa C-144/04, punti da 41 a 43, sentenza *Angelidaki*, del 23 aprile 2009, cause da C-378/07 a C-380-07, punto 90.

Per quanto riguarda il secondo capoverso del comma *Ibis*, la riforma del 2012 autorizza nuove forme di assunzione a tempo determinato, affidate all'autonomia sindacale nell'ambito di un processo organizzativo «per l'avvio di una nuova attività, il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, il rinnovo o la proroga di una commessa consistente», limitatamente ad una quota di assunzioni non superiore al 6% dei lavoratori occupati nell'unità produttiva⁹⁰. La norma non ha avuto una sorte benevola: a meno di un anno dalla sua introduzione, il decreto legge n. 76/2013, convertito in legge 9 agosto 2013, n. 99, ne ha ridisegnato completamente i presupposti, abilitando la contrattazione collettiva, anche a livello aziendale, ad individuare nuove ipotesi di lavoro a termine, anche a-causali, senza rispettare alcun vincolo inerente al processo organizzativo ed alla percentuale di contingentamento⁹¹. Nel marzo dell'anno successivo, infine, è stata definitivamente abrogata dal primo atto del c.d. “Jobs act” (decreto legge n. 34/2014).

2. L'impatto del decreto legge n. 34/2014 (c.d. “riforma Poletti”) sulla disciplina vigente.

2.1 L'art. 1, primo comma, del D. lgs. n. 368/2001: l'abbandono definitivo del principio di causalità del termine.

L'ultima riforma del mercato del lavoro costituisce il punto più estremo del *trend* legislativo, cui si è accennato nel precedente paragrafo, consistente nell'utilizzo del contratto a tempo determinato allo scopo di creare nuovi posti di lavoro. L'art. 1 del decreto-legge n. 34/2014, convertito in legge 16 maggio, n. 78, sostituisce il parallelismo di fattispecie introdotto dal legislatore del 2012 (commi 1 ed 1-*bis* dell'art. 1, D. lgs. N. 368/2001) generalizzando solo uno dei due regimi, quello dell'”a-causalità”. Il decreto, infatti, abroga il comma 1-*bis* e riscrive quasi integralmente il primo comma, consentendo «l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di

⁹⁰ Fattispecie introdotta dall'art. 1, comma 9, lettere *b*) ed *h*), della l. n. 92/2012. Nel commentare la novella legislativa, la dottrina ha immediatamente rilevato come, rispetto all'esperienza di cui alla legge n. 56/1987, quella del 2012 rappresenta una “novità assoluta perché l'autonomia collettiva viene chiamata non a “flessibilizzare” la legge (riducendo la sua rigidità), ma ad integrare l'autonomia individuale già... totalmente libera” (così V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pag. 13).

⁹¹ Si tratta, secondo P. SARACINI, “di un'ipotesi in cui palesemente viene leso il rispetto del contenuto essenziale del contratto a termine, all'insegna di un'esasperazione dell'interesse dell'impresa e dell'interesse all'occupazione” (P. SARACINI, *Contratto cit.*, pag. 112).

somministrazione a tempo determinato». Dal tenore letterale della norma si evince come l'indicazione di una specifica ragione giustificatrice del termine non costituisce più un presupposto di validità del sinallagma, ma si pone al di fuori di esso, potendo svolgere solo funzioni residuali connesse all'esonero contributivo o alla disapplicazione dei limiti percentuali di contingentamento fissati dalla legge o dai contratti collettivi⁹². La legge non specifica se l'"a-causalità" vada limitata, come nell'abrogato comma 1-*bis*, al primo rapporto di lavoro: la mancata riproduzione dell'inciso deve far propendere l'interprete verso l'irrelevanza delle precedenti esperienze lavorative tra le stesse parti⁹³. Nonostante l'abbandono del principio di necessaria giustificazione del ricorso al lavoro a tempo determinato, sono rimasti in vigore gli altri vincoli all'utilizzo del contratto a termine, ossia l'obbligo della forma scritta, i divieti, i limiti alla proroga⁹⁴ ed alla successione di rapporti ed infine le soglie percentuali di ricorso a tale tipologia negoziale⁹⁵. Viene esplicitamente stabilito, inoltre, un limite di durata massima del singolo rapporto di lavoro a tempo determinato: in tal senso si comprende l'inciso inserito al comma 1 dell'art. 1 relativo alla «durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe»⁹⁶. In via generale, il D. lgs. n. 368/2001 continua ad escludere la piena fungibilità tra assunzione a termine ed a tempo indeterminato, coerentemente con il suo *incipit*⁹⁷, anche se è innegabile che in un sistema di libera apposizione del termine è difficile che le aziende si orientino ancora verso «la forma comune di rapporto di lavoro» valutando preventivamente le loro reali esigenze organizzative⁹⁸.

⁹² Ai sensi dell'art. 10, comma 7, del D. lgs. n. 368/2001, sono esenti da limitazioni quantitative, tra gli altri, i contratti a tempo determinato stipulati per regioni sostitutive o di stagionalità. In tali ipotesi, inoltre, il datore di lavoro non è tenuto al versamento del contributo addizionale pari all'1,4% della retribuzione imponibile previsto dall'art. 2, comma 28, legge n. 92/2012. È previsto, infine, uno sgravio contributivo del 50% nelle aziende con meno di 20 dipendenti per sostituire lavoratrici/lavoratori in congedo (art. 4 del d.lgs. n.151/2001). Ai fini della fruizione delle agevolazioni, ha precisato l'Inps, è necessario che i datori di lavoro continuino "a dare notizia della particolare tipologia assuntiva" (messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014).

⁹³ In senso opposto, ma senza alcuna argomentazione, v. COSIO, secondo cui si tratterebbe dell'"elevazione da dodici a trentasei mesi della durata del primo rapporto di lavoro a tempo determinato" (R. COSIO, *Il Decreto Poletti. La dubbia conformità all'ordinamento dell'Unione Europea*, Relazione al convegno "Diritto del lavoro tra presente e futuro. Linee di sviluppo tra continuità e cesura", Milano, 13 ottobre 2014, <http://www.giuslavoristi.it/upload/lombardia/formazione2014/scuolasuperioremagistratura/ssmrelcosio.pdf>).

⁹⁴ Otto, divenute cinque in sede di conversione del decreto-legge.

⁹⁵ Originariamente costituita dal 20% dell'organico aziendale complessivo, poi divenuto "numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1 gennaio dell'anno di assunzione", in base alla modifica apportata in sede di conversione dalla legge 16 maggio 2014, n. 78.

⁹⁶ La previsione di una durata massima per il singolo contratto a tempo determinato costituisce una novità, in quanto prima del 2014 lo stesso poteva avere una durata superiore a tre anni. Sul punto, v. F. SCHIAVETTI-S. CAIROLI, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *Jobs act e contratto a tempo determinato. Atto I* (a cura di G. Santoro-Passarelli), Torino, 2014, pag. 12, nonché Circ. Min. Lav. n. 18/2014, pag. 11.

⁹⁷ Il Decreto Poletti non ha modificato, infatti, il comma 01 dell'art. 1, del Decreto legislativo n. 368/2001, secondo cui «il contratto di lavoro subordinato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro».

⁹⁸ Una parte della dottrina ritiene che la novella del 2014 abbia realizzato una parificazione tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, rendendo del tutto "evanescente" la formulazione del comma 01 dell'art. 1 (M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 3,

La *ratio* ispiratrice della novella del 2014 consiste nel rendere il contratto a tempo determinato il principale canale d'ingresso nel mondo del lavoro⁹⁹, eliminando i pericoli legati all'imprevedibilità del contenzioso giudiziario¹⁰⁰. Il perseguimento di un tale, legittimo, obiettivo non è bastato ad attenuare il dissenso praticamente unanime della comunità scientifica nei confronti del provvedimento legislativo. Una parte consistente della dottrina ritiene che la mancanza di predeterminazione dei motivi giustificativi dell'apposizione del termine possa comportare un grave arretramento delle garanzie predisposte a favore dei prestatori di lavoro¹⁰¹. È stato evidenziato, in particolare, come l'eccessiva reiterabilità di rapporti a tempo determinato, mal compensata dalla mancanza d'incentivi alla stabilizzazione o di divieti di stipulazione di contratti a termine a catena, potrebbe tradursi in una comoda elusione della regola della forma comune di assunzione *sine die*¹⁰². Nell'attuale impianto normativo, infatti, non esiste alcun limite giuridico al continuo ricambio o *turnover* di lavoratori a termine entro la soglia del 20% degli assunti a tempo indeterminato¹⁰³.

pag. 570; E. GRAGNOLI, *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pag. 681).

⁹⁹ Nel 2011 il 68% dei nuovi contratti di lavoro è stato a tempo determinato, a fronte del 18,6% di nuove assunzioni a tempo indeterminato, l'8,5% di collaborazioni ed il 2,8% di contratti di apprendistato (dati riportati da E. SBARRA, *C'era davvero bisogno di questa riforma?*, in AA.VV. *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (Ancona, 26-27 ottobre 2012), Torino, 2013, pag. 91). Il dato si è mantenuto costante nell'arco di un triennio, in quanto nel primo trimestre del 2014 il 67% delle assunzioni è avvenuta con contratti a termine (dati CGIL, riportati dal sito www.ildiariodellavoro.it).

¹⁰⁰ Secondo M. MISCIONE “la semplificazione è totale, perché tutti i contratti a termine saranno legittimi, eliminando un contenzioso enorme quanto anomalo” (M. MISCIONE, «Jobs Act» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *Lav. giur.*, 2014, n. 4, pag. 311).

¹⁰¹ “Si evita la disciplina limitativa dei licenziamenti ed in particolare si evita il famoso art. 18 dello Statuto dei lavoratori, con l'unico limite dei trentasei mesi. Alla fine il lavoratore andrà via per scadenza del termine, non per licenziamento, senza possibilità di impugnare” (M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 310). E. GRAGNOLI, invece, sottolinea come la libertà di stipulazione del contratto possa accentuare il “potere negoziale del datore di lavoro, in grado di condizionare le scelte del potenziale dipendente e di metterlo in una condizione di rilevante soggezione psicologica e organizzativa”, creando le premesse per una “strutturale e poco rimediabile sotto-protezione professionale, con il plausibile degradare verso ambiti di emarginazione sociale” (E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, pag. 434). Secondo un altro A., l'a-causalità potrebbe causare “la marginalizzazione/esclusione sociale delle persone dotate di minore professionalità e, dunque, di persone aventi, probabilmente, diversa ed inferiore origine sociale e ricchezza”, determinando una violazione del fondamentale principio di uguaglianza (P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2014, n. 198, pag. 34).

¹⁰² V. la riflessione di MARIUCCI: “Che succede se al termine del triennio il lavoratore non viene assunto con un contratto a tempo indeterminato dallo stesso datore o viene riassunto a termine per mansioni non equivalenti? Si ricomincia un altro triennio precario, di modo che il lavoro temporaneo non è più un modo di entrare o ri-entrare nel mercato del lavoro, ma diventa un ghetto definitivo” (L. MARIUCCI, *Un decreto da cambiare, che contraddice il job act annunciato da Renzi*, in *Lavoro Welfare*, 2014, n. 4, pag. 27, da www.lavorowelfare.it).

¹⁰³ L'unico diritto di precedenza nelle assunzioni, ripristinato dalla legge n. 247/2007 prima che la sentenza n. 44/2008 della Corte Costituzionale ne ritenesse illegittima per eccesso di delega legislativa la rimozione ad opera del D. lgs. n. 368/2001, è attualmente circoscritto alle successive assunzioni a tempo indeterminato

Solo una parte assolutamente minoritaria della dottrina ha messo in luce i possibili vantaggi dell'eliminazione dell'obbligo di necessaria giustificazione del termine, tra cui la certezza per il datore di lavoro di non dover subire eventuali azioni legate all'insufficiente motivazione delle esigenze tecniche, organizzative e produttive sottostanti l'apposizione del termine¹⁰⁴.

2.2 Gli attuali limiti all'utilizzo del lavoro a tempo determinato.

2.2.1 La minore incisività degli oneri formali di cui all'art. 1, comma secondo, D. lgs. n. 368/2001.

Contrariamente al principio generale della libertà di forma del rapporto di lavoro subordinato, il D.Lgs. n. 368/2001 prescrive necessariamente la stipulazione per iscritto del contratto a tempo determinato (art. 1, comma secondo). Tale garanzia costituisce il più antico presidio a tutela dei prestatori di lavoro, essendo stata introdotta dal R.D. n. 1825 del 13 novembre 1924¹⁰⁵. La regola è stata in seguito trasfusa nell'art. 2097 del codice civile, con l'ulteriore precisazione che la mancata o tardiva formalizzazione della clausola di durata¹⁰⁶ priva quest'ultima

che il datore di lavoro decidesse di effettuare entro dodici mesi per lo svolgimento delle stesse mansioni espletate da un lavoratore a tempo determinato per un periodo superiore a sei mesi. Oltre a questi limiti, il diritto in questione non è assistito da alcun incentivo fiscale o contributivo né da adeguati meccanismi sanzionatori, posto che secondo la giurisprudenza il mancato rispetto del diritto del lavoratore può comportare a suo favore solo il risarcimento del danno, e non la costituzione autoritativa del rapporto di lavoro, in quanto “il diritto in questione rimane comunque un diritto obbligatorio ad essere preferito nell'assunzione e non si traduce in un diritto al posto di lavoro” (così G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 4, pag. 674). Secondo una parte della dottrina l'attuale diritto di precedenza andrebbe sostituito da “un vero e proprio diritto di prelazione, maturato grazie alla pur precaria esperienza lavorativa di lunga durata [...] diretto ad ottenere un contratto a tempo indeterminato” (v. L. ZOPPOLI, *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2014, n. 213, pag. 22).

¹⁰⁴ Solo MENGHINI mette in luce i possibili vantaggi del Decreto n. 34, come la semplificazione dell'istituto, la diminuzione del contenzioso, l'aumento di “investimenti esteri” e “maggior certezza alle imprese e maggiori occasioni di lavoro (se pur precario) agli attuali tantissimi disoccupati” (L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 6, pag. 1241).

¹⁰⁵ «In mancanza di atto scritto l'assunzione si presume fatta a tempo indeterminato», recitava il comma terzo dell'art. 4. La prevalente giurisprudenza di merito ed autorevole dottrina propendevano per il carattere *juris tantum* della presunzione stabilita dal legislatore, argomentando a partire dall'espressione usata (si presume), con cui si è semplicemente “voluto invertire l'onere della prova come sanzione dell'obbligo stesso imposto dall'atto scritto” (così la sentenza della Mag. lav. di Milano del 21 gennaio 1931, la cui parte motiva è riportata da R. CONSOLE, *op.cit.*, pagg. 81-82). La tesi opposta, ossia della previsione dell'atto scritto *ad substantiam actus* quale sanzione di una norma categoricamente imperativa (qualità desunta dalle parole “dovrà risultare”), con esclusione di qualsiasi prova in contrario della fissazione del termine, era sostenuta dall'unanime giurisprudenza di legittimità e da altra parte della dottrina. Per un'ampia disamina del dibattito in questione, si v. R. CONSOLE, *op. cit.*, pagg. 74-82 e L. MONTUSCHI, *In merito cit.*, pag. 908.

¹⁰⁶ Essendo il requisito formale richiesto per la validità del contratto di lavoro a tempo determinato, l'apposizione scritta del termine deve precedere l'inizio della prestazione lavorativa (o esserne contestuale). L'esecuzione del contratto in carenza dello scritto “fa quindi scattare la sanzione dell'inefficacia prevista per

di ogni efficacia giuridica ed il contratto di lavoro in cui è inserita si considera *ab origine* a tempo indeterminato, senza possibilità di prova contraria¹⁰⁷.

L'obbligo della forma scritta è stato altresì irrobustito da alcuni importanti corollari, funzionali a garantire la piena certezza e conoscenza del contratto concluso. Il primo riguarda la bilateralità della sottoscrizione: secondo la giurisprudenza è pacifico che l'incontro dei consensi possa risultare da uno scambio di corrispondenza, anziché da un documento unico¹⁰⁸, oppure dalla produzione in giudizio dell'atto sottoscritto dalla controparte¹⁰⁹. Con espressione "alquanto oscura"¹¹⁰ il legislatore del 2001 ha ammesso che l'apposizione del termine possa risultare "direttamente o indirettamente" da atto scritto. La dottrina, sul punto, è divisa tra l'interpretazione

il vizio di forma della stipulazione. Dire diversamente significa negare il carattere appunto *ad substantiam* del requisito" (così L. DE ANGELIS, *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 3, pag. 772; nello stesso senso V. SPEZIALE, *La nuova cit.*, pag. 395). La giurisprudenza, soprattutto di legittimità, si è mostrata molto rigorosa nel valutare il requisito della contestualità della stipula; sul punto, si v. L. MENGHINI, *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pag. 169 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁷ L'art. 2097 del codice civile, infatti, sanziona esplicitamente con la trasformazione a tempo indeterminato i rapporti a termine non risultanti da atto scritto. Dall'espressione usata («il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato») i commentatori hanno argomentato il valore costitutivo della forma scritta relativa alla clausola di durata, come ad esempio, C. ASSANTI, *op. cit.*, pag. 99, secondo cui "in applicazione del codice civile del 1942 la forma scritta per l'apposizione del termine nel contratto di lavoro è essenziale perché ciò risulta dalla sanzione espressa che il contratto si considera a tempo indeterminato". A tale conclusione gli interpreti sono pervenuti anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 230/1962 (v. art. 1, comma 1, secondo cui "l'apposizione del termine è priva di effetto se esso non risulta da atto scritto"): il carattere essenziale ed imperativo della forma viene ricavato dall'"eccezionalità del rapporto di lavoro a tempo determinato" e "dal rigore che ispira la relativa disciplina", ragion per cui "non è revocabile in dubbio che il contratto a termine postuli *ad substantiam*, circa la clausola in questione, il consenso espresso per iscritto da entrambe le parti" (così Cass. sez. lav. 2 febbraio 1988, n. 1004, reperibile dalla banca dati *De Jure*). Anche in seguito all'entrata in vigore del D. lgs. n. 368/2001, che riproduce la prescrizione della legge n. 230/1962, "è indubbio che il requisito di forma sia richiesto a fini sostanziali e non di mera prova, attesa la sanzione dell'inefficacia prevista per la sua violazione" (così S. CIUCCIOVINO in *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 49). L'unica eccezione all'obbligo della forma scritta, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 1 del D. lgs. n. 368/2001 (che riproduce anche in questo caso una norma della legge n. 230/1962, l'art. 1, comma quinto), è prevista nel caso di rapporti occasionali aventi durata inferiore a dodici giorni.

¹⁰⁸ Si v. Cass. 2 febbraio 1988, n. 1004, reperibile dalla banca dati *De Jure*: in ogni contratto dove la forma scritta sia imposta *ad substantiam* questa può consistere "anche in documenti separati, circa le dichiarazioni espressive del consenso delle parti, anziché in un documento formalmente unico dove si incorpori l'"*in idem placitum consensus*".

¹⁰⁹ V. C. ASSANTI, *op. cit.*, pag. 100 e la giurisprudenza ivi citata. Secondo la Cassazione costituisce un principio consolidato quello secondo cui "l'eventuale mancanza della sottoscrizione di una di esse può essere sostituita dalla inequivocabile manifestazione di volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta e, in particolare, dalla produzione in giudizio del documento, fatta dalla parte che non l'ha sottoscritto allo scopo di giovare dei suoi effetti negoziali" (così Cass. 12 novembre 1992, n. 12166, reperibile dalla banca dati *De Jure*). L'intenzione di assumere il prestatore di lavoro a tempo determinato è stata altresì desunta dalla richiesta di nulla osta inoltrata all'ufficio del collocamento (v. Pret. Milano 14 giugno 1949, in *Riv. giur. lav.*, 1950, II, pag. 96; *contra* la prevalente giurisprudenza di legittimità, che ritiene non surrogabile il requisito della sottoscrizione mediante adempimenti estrinseci al contratto, come la richiesta di avviamento o la comunicazione di assunzione; sul punto, si v. L. MENGHINI, *Gli orientamenti cit.*, pag. 170 e la giurisprudenza ivi citata).

¹¹⁰ Così E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, pagg. 437-438.

dell'inciso in questione come facoltà d'individuare l'esistenza del termine attraverso il riferimento ad un evento futuro di certa verifica (c.d. *dies incertus*)¹¹¹ oppure come possibilità di soddisfacimento del requisito della forma solenne tramite produzione di documenti diversi dal contratto di lavoro o prove testimoniali ulteriori e diverse rispetto a quelle ammesse dall'art. 2725 cod. civ. in caso di forma *ad substantiam actus*¹¹². Per far sì che il lavoratore possa controllare rapidamente la genuinità del negozio posto in essere, è previsto a carico del datore di lavoro un ulteriore obbligo di consegna del contratto a tempo determinato, la cui violazione, tuttavia, non ne inficia la validità¹¹³.

Per evitare, infine, che il formalismo imposto dall'ordinamento potesse essere svuotato di significato tramite la conclusione di contratti sostanzialmente privi di giustificazione- ossia senza l'indicazione del profilo di specialità sotteso all'utilizzo del termine finale¹¹⁴- erano prescritti anche alcuni oneri contenutistici. Il sistema previgente alla generalizzazione dell'a-causalità dell'apposizione del termine, infatti, sanciva un preciso obbligo di specificazione delle ragioni giustificatrici¹¹⁵, a pena di nullità della clausola di durata "per difetto di un elemento essenziale di

¹¹¹ Aderiscono a tale impostazione S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*, pag. 49, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, n. 1, pag. 6, F. LUNARDON, *op. ult. cit.*, pagg. 45-46.

¹¹² In tal senso, v. L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, pag. 765-768, L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, pag. 48, E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, pag. 438.

¹¹³ La giurisprudenza è concorde nell'escludere qualsiasi sanzione a carico del datore di lavoro che non abbia rispettato la disposizione di cui all'art. 1, terzo comma, legge n. 230/1962 (successivamente riprodotta nell'art. 1, comma quarto, D. lgs. n. 368/2001, che aggiunge il termine di cinque giorni entro cui effettuare la consegna), trattandosi di un adempimento "del tutto estrinseco ai requisiti essenziali del contratto" (così Cass. sez. lav. 6 maggio 1998, n. 4582, reperibile dalla banca dati *De Jure*). Dello stesso avviso è la dottrina prevalente, secondo cui la mancata consegna può costituire al massimo "un indizio sulla mancanza della forma scritta" (così V. SPEZIALE, *La nuova cit.*, pag. 396; *contra* M. PAPALEONI, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: il D. lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 3, pag. 689, secondo cui andrebbe colpita con l'inefficacia della pattuizione del termine anche la violazione dell'obbligo di fornire copia dello scritto, sulla base della particolare pregnanza del "collegamento funzionale intercorrente tra il momento della formazione dell'accordo contrattuale e la successiva consegna della relativa copia, in quanto finalisticamente preordinato ad evitare arbitrarie modifiche successive").

¹¹⁴ Come avveniva sotto la vigenza dell'art. 2097 del codice civile, il quale consentiva "un largo margine nell'apposizione del termine" legittimando la pattuizione del *dies ad quem* del contratto di lavoro derivante semplicemente da atto scritto, senza alcun obbligo di specificazione delle circostanze giustificative (l'espressione tra virgolette è tratta dalla Relazione ministeriale ai progetti di legge sulla disciplina del contratto a tempo determinato del 22 luglio 1961, reperibile dal sito internet della Camera dei Deputati http://legislature.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/18930002.pdf, pag. 8).

¹¹⁵ L'art. 1, comma secondo, del D. lgs. n. 368/2001 imponeva, infatti, l'enunciazione per iscritto delle ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive, mentre il legislatore del 1962 richiedeva tale onere soltanto nell'ipotesi di sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (in tutte le altre ipotesi, secondo la giurisprudenza, la forma scritta "*ad substantiam*" era "richiesta solo per l'apposizione del termine di durata del rapporto di lavoro, ma non anche per le particolari situazioni di fatto che, secondo la stessa legge, giustificano il ricorso ai contratti a termine", v. Cass. sez. lav. 26 marzo 1980, n. 2022, dalla banca dati *De Jure*). Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza la specificità prevista dal D.lgs. n. 368/2001 ha agito in senso compensativo rispetto alla disciplina precedente: l'"accresciuto rigore formale [...] costituisce un temperamento del passaggio dalle ipotesi specifiche alla più

carattere formale della fattispecie tipica delineata dal legislatore”¹¹⁶. Il principale difetto della tecnica legislativa *de qua*, tuttavia, consisteva nella mancanza di un’indicazione normativa sull’ampiezza dell’obbligo in questione, e del correlativo potere di verifica in sede di contenzioso, aumentando così il rischio di un’eccessiva variabilità delle soluzioni giurisprudenziali¹¹⁷. Una volta

ampia clausola generale” (A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, pag. 6; nello stesso senso Trib. Ariano Irpino, 3 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, n. 12, pag. 558, secondo cui “la necessaria specificazione delle «ragioni» di fatto bilancia l’allargamento della giustificazione del termine contenuto nella fonte legale”). Altri Autori hanno posto in maggior rilievo lo scopo dell’obbligo in questione che, essendo riferito “al momento del sinallagma genetico”, “è finalizzato alla verifica della legittimità dell’accesso a tale sottotipo contrattuale” (E. RAIMONDI, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, pagg. 44-45; v. anche V. SPEZIALE, *La nuova cit.*, pag. 394, secondo cui “la formulazione della norma [...] dimostra che una motivazione specifica è un requisito di validità dell’atto”).

¹¹⁶ Le espressioni tra virgolette sono tratte dalla sentenza del Trib. di Milano del 3 aprile 2007, est. Di Leo, da *Orient. giur. lav.*, 2007, n. 56, fasc. 3, pag. 474 e ss. La mancata o insufficiente menzione degli elementi obbligatori del contratto, secondo costante giurisprudenza, è equiparabile all’assenza di forma scritta e comporta le stesse conseguenze. Si v. il seguente passo, tratto dalla sentenza del Tribunale di Reggio Calabria del 10 marzo 2006, n. 422: “è causa di inefficacia della clausola appositiva del termine non solo la carenza radicale dell’atto scritto, ma anche la carenza di uno dei due elementi che questo deve contenere, cioè il termine e le ragioni di accesso al contratto temporaneo. Ulteriore corollario del principio è che al contratto a termine in cui non siano indicate le ragioni produttive che lo autorizzano, va equiparata l’ipotesi in cui le ragioni produttive ovvero organizzative adottate siano fittizie, ovvero non rispondenti al reale e diverso utilizzo dell’assunto a termine: la condizione del lavoratore che si trova a prestare la propria attività per ragioni diverse da quelle indicate in un contratto scritto, è del tutto assimilabile a quella di chi operi per un (diverso) contratto a termine non formalizzato” (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

¹¹⁷ V. nota *sub* 62. Buona parte del contenzioso ha riguardato la necessità dell’indicazione del nome del lavoratore sostituito, obbligatoria fino all’abrogazione della legge n. 230/1962. Il contrasto fra una parte della giurisprudenza (specie di merito), favorevole alla specifica individuazione dell’assente, ed altra (specie di legittimità) più incline a rendere flessibile l’obbligo di giustificazione, escludendo, nelle realtà aziendali complesse, la necessità della nominatività, ha coinvolto anche le supreme Corti, sia nazionale che comunitaria. Dalle due pronunce rese dalla Corte Costituzionale (sentenza 14 luglio 2009, n. 214, in *Lav. e prev. oggi*, 2010, n. 1, pag. 70 e ss., con nota di L. CORAZZA e sentenza 29 maggio 2013, n. 107, in *Lav. giur.*, 2013, n. 8-9, pag. 813 e ss. con nota di V. DE MICHELE) e dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 24 giugno 2010 nella causa C-98/09, si può ragionevolmente affermare la razionalità di un sistema basato su “criteri alternativi di specificazione” diversi da quello dell’identificazione nominativa del sostituito, purché “ancorati a dati di fatto oggettivi”. In particolare, secondo la sentenza n. 107/2013, “anche quando ci si trovi – come ha rilevato la Corte di Cassazione – di fronte ad ipotesi di supplenza più complesse, nelle quali l’indicazione preventiva del lavoratore sostituito non sia praticabile per la notevole dimensione dell’azienda o per l’elevato numero degli avvicendamenti, la trasparenza della scelta dev’essere, nondimeno, scrupolosamente garantita” (punto 2.3.1). “Il criterio di specificazione in concreto adottato, anche se alternativo a quello primario dell’indicazione nominativa del lavoratore sostituito, dev’essere, comunque, talmente preciso da garantire appieno la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione adottata a fondamento della clausola appositiva del termine, già all’atto della stipulazione del contratto” (punto 3.3.2). Secondo la Corte di Giustizia UE, inoltre, il passaggio dall’indicazione preventiva del lavoratore assente al più ampio obbligo di specificazione delle ragioni sostitutive non costituisce una regressione di tutela ai sensi della clausola 8.3 della Direttiva 1999/70/CE poiché la minore protezione è ristretta ad una “categoria circoscritta di lavoratori con un contratto a tempo determinato” (punto 47), ossia “coloro che ne abbiano concluso uno al fine di sostituire un altro lavoratore” (punto 43). La sentenza del 24 giugno 2010 nella causa C-98/09 è reperibile da *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 4, pagg. 1042 e ss., con nota contraria 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*. Sul punto, si v. anche T. VETTOR, *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza, tra orientamenti comunitari ed applicazioni interne*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 4, pag. 617: in entrambi i contributi si dubita della ragionevolezza del criterio meramente quantitativo

venuta meno l'esigenza di delucidare i motivi di cui all'art.1 del decreto n. 368/2001, che non rilevano più ai fini della validità dell'apposizione del termine (salvo che in ordine ai casi di esclusione ex art. 3, D. lgs. n. 368/2001), l'onere di esplicita menzione delle causali è funzionale solo dal punto di vista contributivo o di esonero dalle percentuali di contingentamento¹¹⁸. Secondo la Circolare del Ministero del Lavoro 30 luglio 2014, n. 18, la precisazione delle ragioni giustificatrici avverrebbe in tali ipotesi ai "soli fini di trasparenza"¹¹⁹, senza determinare la perdita dei benefici in questione¹²⁰. Un nuovo obbligo è stato infine introdotto dall'art. 1 della legge 16 maggio 2014, n. 78, che richiama le parti ad indicare esplicitamente la possibilità di fruire dei diritti di precedenza di cui ai commi 4-*quater* e 4-*quinquies* dell'art. 5 del D. lgs. n. 368/2001. L'eventuale mancata informativa, tuttavia, non pare ostativa alla possibilità di esercizio di tale diritti, come non appare idonea ad incidere sulla validità del termine, trattandosi di un'irregolarità estranea ai presupposti legali di legittimità del contratto¹²¹.

2.2.2 I casi in cui non è ammessa l'apposizione di una scadenza al contratto di lavoro subordinato.

Nonostante l'art. 1 del decreto-legge n. 34/2014 abbia sancito l'irrelevanza dei motivi di ricorso al lavoro a tempo determinato, rimangono in vigore delle ipotesi in cui il legislatore attribuisce rilevanza alle esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro. Si tratta delle

utilizzato dalla Corte comunitaria, che costringe il giudice nazionale a ricorrere a dati statistici non facilmente reperibili e certificabili. Viene altresì evidenziato come, in realtà, la "porzione" di lavoratori a tempo determinato assunti con causale sostitutiva, specie nel settore postale da cui scaturiva la controversia, non sia affatto esigua.

¹¹⁸ Ai sensi dell'art. 10, comma 7, del D. lgs. n. 368/2001, sono esenti da limitazioni quantitative, tra gli altri, i contratti a tempo determinato stipulati per regioni sostitutive o di stagionalità. In tali ipotesi, inoltre, il datore di lavoro non è tenuto al versamento del contributo addizionale pari all'1,4% della retribuzione imponibile previsto dall'art. 2, comma 28, legge n. 92/2012. Sul punto, cfr. E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, pag. 437.

¹¹⁹ Reperibile da <http://www.lavoro.gov.it/Strumenti/normativa/Pages/default.aspx>.

¹²⁰ Sul punto v. la dura critica di DE MICHELE: "Cosa vieterebbe al datore di lavoro [...] di indicare per ogni contratto a tempo determinato la causale sostitutiva [...] evitando sia i limiti di contingentamento sia la maggiorazione contributiva? Nulla, nessuna sanzione né comportamento giuridicamente censurabile, realizzandosi così la frode contrattuale con l'avallo della frode legislativa" (V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta il Jobs Act n. 1: la precarietà diventa regola sociale...a termine*, in *Lav. prev. oggi*, 2014, vol. 41, fasc. 7/8, pag. 396).

¹²¹ V. in tal senso anche la citata Circolare, pag. 13: "la mancata informativa sui diritti di precedenza non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli, né appare specificatamente sanzionata". *Contra*, M. BROLLO, in *La nuova flessibilità cit.*, secondo cui "la violazione, nel silenzio della legge, dovrebbe comportare la conversione a tempo indeterminato".

interdizioni stabilite dall'art. 3 del D. lgs. n. 368/2001, mutate dall'art. 4, legge 24 giugno 1997, n. 196, relativa al lavoro interinale:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, in quanto, come già argomentato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale, l'assunzione di altri lavoratori in luogo di quelli scioperanti "si risolverebbe in un pregiudizio, ancorché temporaneo" dell'astensione di questi ultimi ed, in buona sostanza, nella vanificazione delle "forme di pressione collettiva" aventi copertura costituzionale¹²²;
- b) per le unità produttive che abbiano disposto nei sei mesi precedenti licenziamenti collettivi di lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato¹²³;
- c) per le unità produttive in cui sia operante l'integrazione salariale¹²⁴;
- d) per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi, allo scopo di promuovere il più possibile la sicurezza nei confronti dei dipendenti con minore familiarità ed esperienza con l'ambiente lavorativo¹²⁵. In base al tenore letterale della norma, non integrano gli estremi del divieto eventuali inadempienze relative all'inadeguatezza della valutazione dei rischi, "purché formalmente effettuata"¹²⁶.

Visto il silenzio del legislatore sul punto, il problema più spinoso ha riguardato gli effetti derivanti dall'inosservanza dell'art. 3. Al riguardo, l'orientamento prevalente ritiene che l'apposizione del termine in spregio delle interdizioni legali sia, al pari del requisito della forma

¹²² I virgolettati sono tratti da Cass. sez. lav. 16 novembre 1987, n. 8401, in *Mass. giur. lav.*, 1987, pag. 464. L'interdizione riguarda, ovviamente, soltanto le forme legittime di astensione collettiva, "mentre esula dal divieto il lavoro a termine per sostituire lavoratori aderenti a scioperi illegittimi, come quelli pericolosi per le persone o gli impianti oppure lesivi dei diritti degli utenti dei servizi pubblici essenziali" (così G. RIGANO, in *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 3*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 58).

¹²³ Non si tratta di un limite assoluto: il legislatore ha previsto la possibilità di assumere con contratto a termine qualora ciò avvenga per una durata iniziale non superiore a tre mesi, per la sostituzione di lavoratori assenti o per l'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità.

¹²⁴ Tale ipotesi, al pari della precedente, è finalizzata ad escludere comportamenti imprenditoriali fraudolenti che, enfatizzando le condizioni di crisi aziendale, provvedano a sostituire i dipendenti a tempo indeterminato con altri assunti a termine ed anche in questa ipotesi il divieto opera nei confronti delle assunzioni che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la sospensione. Sul punto, v. V. SPEZIALE, *La nuova cit.*, pag. 392, nonché M. PAPALEONI, *op. cit.*, pagg. 691-692.

¹²⁵ Sul punto, v. MONTUSCHI: "l'uso del contratto a termine in chiave flessibile costituisce per l'impresa un'opportunità, un'utilità in sé: come accade per gli incentivi concessi per incrementare l'occupazione che sono revocati quando il beneficiario violi le regole antinfortunistiche [...] l'aver omesso l'adempimento più importante e non delegabile priva il datore di lavoro della facoltà di concludere contratti a termine" (L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole cit.*, pag. 51).

¹²⁶ Così A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, pag. 16. Dello stesso avviso L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, pag. 52.

scritta, affetta da nullità per contrasto con norme imperative, con la conseguente riconduzione *ab origine* del rapporto di lavoro ad un contratto a tempo indeterminato¹²⁷.

2.2.3 Il comma 4-*septies* dell'art. 5, D. lgs. n. 368/2001: l'introduzione di una sanzione amministrativa per l'inosservanza dei limiti percentuali.

La fissazione di quote di contingentamento dei rapporti a tempo determinato rappresenta una peculiarità dell'ordinamento italiano semi-sconosciuta all'interno del panorama europeo¹²⁸. Lo scopo perseguito dal legislatore, sin dalle origini dell'istituto, è stato quello di impedire la diffusione incontrollata dei contratti a termine, rafforzandone il carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla forma ordinaria di rapporto di lavoro costituita dai contratti a tempo indeterminato¹²⁹.

Il primo intervento normativo contenente una limitazione quantitativa dei rapporti a termine risale alla metà degli anni Ottanta, ed ha carattere settoriale, essendo circoscritto alle aziende di trasporto aereo ed esercenti i servizi aeroportuali¹³⁰. In seguito il contingentamento numerico viene

¹²⁷ Per una recente applicazione, si v. Cass. sez. lav. 2 aprile 2012, n. 5241, reperibile da www.ediesseonline.it, secondo cui in presenza della violazione del divieto ex art. 3, D. lgs. n. 368/2001 (nel caso di specie omessa valutazione dei rischi) la nullità della clausola del termine di durata al contratto di lavoro apposto in divieto di norma imperativa "comporta la nullità dell'opzione contrattuale scelta dalla parti contraenti verso l'ipotesi derogatoria (del lavoro a termine) e la validità del contratto di lavoro, stipulato *inter partes*, secondo la regola generale del rapporto a tempo indeterminato" (punto 39 della motivazione) "senza che rilevi, in alcun modo, la mancanza di una norma sanzionatoria espressa" (punto 49 della motivazione). In dottrina, L. MONTUSCHI evidenzia la contraddizione di tale soluzione nel caso di cui all'art. 3, lett. b), in quanto la conversione del contratto a termine si comporta la violazione del diritto di precedenza all'assunzione, spettante ex art. 8, comma 1, legge n. 223/91, ai lavoratori in mobilità (L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, pag. 52: "per ragioni non solo di coerenza e di eleganza, bensì sostanziali, è da dubitare che il contratto a termine concluso in ispregio del divieto legale possa essere sostanzialmente convertito in uno a tempo indeterminato, anche perché quando il legislatore ha voluto far ricorso alla conversione, lo ha espressamente sancito"; *contra*, G. RIGANO, *op. cit.*, pag. 61, secondo cui la violazione del diritto di precedenza determina solo conseguenze di tipo economiche, "esponendo il datore di lavoro al risarcimento del danno patito dal pretermesso").

¹²⁸ L'unico ordinamento che ha previsto la possibilità di introdurre quote di contingentamento è quello spagnolo, su cui si dirà oltre.

¹²⁹ V. l'opinione di L. MENGHINI in *Gli orientamenti cit.*, pag. 186: "i limiti percentuali costituiscono il nuovo strumento escogitato dal legislatore per evitare che il personale in pianta stabile sia sottodimensionato, con conseguente abuso dell'istituto". Cfr., da ultimo, Cass. civ. 19 marzo 2013, n. 6787, secondo cui la finalità della legge n. 56/1987 è quella di "circoscrivere, con la previsione di un limite quantitativo in funzione antielusiva, la possibilità di un uso indiscriminato della tipologia contrattuale" (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *De Jure*). Di diverso tenore è la riflessione di A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, pagg. 16-17, secondo cui la funzione del limite quantitativo, tanto nella legge n. 56/1987 quanto nel D. lgs. n. 368/2001, sarebbe quella di bilanciare l'allargamento delle causali giustificative (operato prima con la delega all'autonomia collettiva e dopo con l'introduzione di una clausola generale) temperando "la facoltà di utilizzare, per ragioni obiettive non arbitrarie o illecite, il lavoro a termine in alternativa al lavoro a tempo indeterminato".

¹³⁰ L'articolo unico della legge 25 marzo 1986, n. 84, aggiungendo la lett. f) all'elenco di casi contenuto nell'art. 1 della legge n. 230 del 1962, consentiva il ricorso alla clausola del termine da parte delle predette imprese entro un limite percentuale del 15% dell'organico aziendale complessivamente adibito ai servizi

esteso a tutti gli ambiti produttivi attraverso la tecnica del rinvio alla contrattazione collettiva, a cui il legislatore affida il delicato compito di stabilire, per ciascun settore merceologico, le dimensioni percentuali di assunzione a termine «rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato»¹³¹. Il D. lgs. n. 368/2001 ha riprodotto sostanzialmente la disciplina esistente, con alcune modifiche finalizzate a rendere uniformi le esenzioni e garantire una maggiore certezza nell'individuazione degli agenti negoziali. A differenza dell'art. 23 della legge n. 56/1987, che abilitava alla pattuizione delle clausole di contingentamento i «sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale», l'art. 10, comma 7, del D. lgs. n. 368/2001 autorizza solo i «contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi» a fissare i predetti limiti quantitativi. La stessa norma, infine, individua un elenco tassativo di casi in cui non si applicano le soglie percentuali stabilite in via convenzionale, alcuni dei quali sono attualmente in vigore (assunzioni a termine per ragioni sostitutive o stagionali, per l'avvio di nuove attività o per specifici programmi/spettacoli radiofonici o televisivi).

Il sistema di contenimento dell'utilizzo dei rapporti a tempo determinato è stato recentemente rivisto dal legislatore. L'art. 1 del «Decreto Poletti» stabilisce un limite percentuale obbligatorio, pari al 20% dei lavoratori stabili¹³², facendo tuttavia salve le statuizioni collettive

aeroportuali e di trasporto aereo alla data del 1 gennaio dell'anno cui si riferiscono le assunzioni a tempo determinato.

¹³¹ V. art. 23, comma primo, legge 28 febbraio 1987, n. 56. Nonostante il silenzio della legge circa l'obbligatorietà o la facoltatività dell'intervento delle parti sociali, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno interpretato la disposizione in questione come una «vera e propria imposizione del legislatore, tale da prefigurare una sorta di clausola necessaria» (così M. ROCCELLA, *Commento sub art. 23*, in T.TREU-F.LISO-M.NAPOLI (a cura di), *Commentario alla legge 28 febbraio 1987, n. 56*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, pag. 764; si v. anche L. MENGHINI in *Gli orientamenti cit.*, pag. 186, e la giurisprudenza ivi citata).

¹³² «Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di rapporti di lavoro costituiti da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo, non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1 gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato» (art. 1, comma 1, D. lgs. n. 368/2001, ultima parte). In sede di conversione del d.l. n. 34/2014 è stato precisato il criterio di computo della base occupazionale sulla quale applicare il limite del 20%: la percentuale deve essere calcolata sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno in cui avviene l'assunzione. In sede di prima interpretazione, si ritiene che vadano esclusi dalla base occupazionale i rapporti che già non vengono conteggiati da specifiche disposizioni di legge (come i lavoratori somministrati a tempo indeterminato ex art. 22, comma 5, D. lgs. n. 276/2003, e gli apprendisti, a mente del disposto dell'art. 7, comma 3, del D. Lgs. n. 167/2011), al contrario dei lavoratori intermittenti e di quelli a tempo indeterminato in *part-time*, da computarsi in proporzione all'orario svolto (ex art. 39, D. lgs. n. 276/2003 ed art. 6, D.lgs. n. 61/2000). La Circolare del Ministero del Lavoro del 30 luglio 2014, n. 18, si è espressa in modo diverso a proposito dei contratti di apprendistato, ritenendo che vadano inseriti nella base di calcolo, poiché l'esclusione sancita dall'art. 7, comma 3, D. lgs. n. 167/2011 non ha carattere generale e definitivo, ed è funzionale soltanto ad incentivare l'assunzione degli apprendisti.

vigenti che fissino una percentuale inferiore o superiore alla soglia legale¹³³. Di conseguenza, il tetto del 20% si applicherà in via residuale solo a quei settori in cui non è stata stipulata a livello nazionale una specifica pattuizione sulle clausole di contingentamento¹³⁴. Rispetto al tessuto normativo preesistente, la novità più rilevante è costituita dall'introduzione di un illecito amministrativo per la violazione dei limiti percentuali di fonte legale o convenzionale. La legge di conversione n. 78/2014 ha introdotto nell'art. 5 D. lgs. n. 368/2001 il comma 7-*septies*, contenente una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione del lavoratore assunto oltre soglia, per ciascun mese (o frazione superiore ai 15 giorni) di durata del rapporto¹³⁵. La sanzione ammonta invece al 50% della retribuzione se la violazione riguarda più di un lavoratore. In passato, a fronte della mancanza di un rimedio specifico, la tesi maggioritaria in dottrina ed in giurisprudenza propendeva per la tutela civilistica consistente nella conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine eccedenti i limiti quantitativi¹³⁶. È ragionevole ipotizzare, vista la mancanza di chiarezza

¹³³ Secondo l'orientamento del Ministero del Lavoro l'intervento della contrattazione collettiva (nel caso di specie di prossimità) non può "rimuovere del tutto i limiti quantitativi previsti dalla legislazione o dalla contrattazione nazionale ma esclusivamente prevederne una diversa modulazione" (risposta ad interpello n. 30 del 2 dicembre 2014, da http://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Interpello_n.30_2014.pdf). Le clausole di contingentamento previste dai contratti collettivi attualmente in vigore oscillano da un minimo percentuale del 7% (art. 16, comma quarto, CCNL settore elettrico 18.02.2013) ad un massimo del 35% di rapporti di lavoro a termine (art. 48 comma 3, CCNL logistica, trasporto e spedizioni 01.08.2013). Resta ferma, altresì, la facoltà di modificare discrezionalmente l'arco temporale di riferimento ai fini della determinazione della base di calcolo della percentuale (nei CCNL citati si tratta, ad esempio, di una media annua dei lavoratori a tempo indeterminato occupati nell'impresa datrice di lavoro).

¹³⁴ È il caso, ad esempio, del contratto collettivo nazionale di lavoro del settore dell'industria metalmeccanica (rinnovato nel dicembre 2012 per il triennio 2013-2015), tra i pochi a non aver contemplato ancora limiti di contingentamento dei contratti a tempo determinato. Il tetto legale del 20% non si applica, in ogni caso, alle ipotesi elencate all'art. 10, comma 7, del D. lgs. n. 368 del 2001, tra le quali le più rilevanti sono: le attività stagionali (da intendersi individuate ai sensi dell'art. 5, comma 4 *ter*, dello stesso d. lgs. n. 368 del 2001), le fasi di avvio di nuove attività, come individuate dai contratti collettivi nazionali di lavoro, le assunzioni nelle imprese c.d. *start-up* innovative quelle per ragioni sostitutive. La legge di conversione del d. l. n. 34/2014 ha aggiunto a queste ipotesi i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa (art. 5, comma 5-*bis*, D. lgs. n. 368/2001).

¹³⁵ La retribuzione oggetto del calcolo, secondo l'interpretazione ministeriale, è quella mensile lorda spettante al lavoratore assunto in eccedenza (Circ. Min. Lav. 30 luglio 2014, n. 18, pag. 7). In caso di pluralità di lavoratori, la base di calcolo della sanzione è rappresentata dalla somma delle retribuzioni lorde mensili di tutti i dipendenti assunti in violazione della soglia percentuale.

¹³⁶ Il limite quantitativo è stato considerato, al pari della forma scritta, dei divieti e della causale giustificativa quale elemento essenziale e costitutivo della fattispecie del contratto a tempo determinato, la cui inosservanza avrebbe comportato la nullità della clausola appositiva del termine e l'automatica sostituzione con la disciplina inderogabile della durata *sine die* ex art. 1419 cod. civ., comma 2° (cfr. M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI- M. NAPOLI (a cura di) *Il lavoro cit.*, pagg. 96-97, nonché E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, pag. 436; in giurisprudenza, si v. Cass. sez. lav. 19 gennaio 2010, n. 839, in *Dir. rel. ind.*, 2010, n. 4, pag. 1132; Trib. Trento 20 settembre 2012, est. Beghini, da www.dirittisocialitrentino.it). Di diverso avviso M. ROCCELLA, *op. cit.*, pag. 762: "la strada della conversione in sede giudiziale [...] sembra questa volta sbarrata, stante l'impossibilità di

sul punto da parte del legislatore, una duplice interpretazione della natura dell'illecito amministrativo, e cioè se rappresenti un rimedio esclusivo¹³⁷ o meramente aggiuntivo rispetto a quello già desumibile dal sistema normativo¹³⁸.

2.2.4 Il nuovo regime della proroga: il superamento del principio della specificazione della causale giustificatrice.

Nella disciplina vigente fino al decreto-legge n. 34/2014 il termine finale del contratto a tempo determinato poteva essere prorogato, con il consenso del lavoratore, per una sola volta e nell'ambito della stessa attività lavorativa, purché il contratto iniziale avesse una durata inferiore a tre anni e sussistessero ragioni oggettive a sostegno della proroga stessa. La norma rappresentava già “una vera e propria liberalizzazione dell'istituto”¹³⁹ rispetto alla normativa precedente: il legislatore del 1962, infatti, richiedeva ai fini della legittimità della proroga che sopraggiungessero

individuare il titolare del diritto in tutti quei casi (probabilmente i più frequenti) in cui le assunzioni a termine siano avvenute contestualmente”.

¹³⁷ Si tratta della tesi sostenuta dai lavori preparatori, in particolare dall'ordine del giorno della Commissione lavoro del Senato n. G/1464/22/11, secondo cui la sanzione opera “soltanto sul piano amministrativo, comportando l'esborso pecuniario a carico del datore di lavoro ed escludendosi qualsiasi sanzione ulteriore sul piano civilistico” (da <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/764813.pdf>, pag. 21).

¹³⁸ Il silenzio del legislatore come mantenimento del tradizionale rimedio civilistico della conversione è valorizzato da G. ZILIO GRANDI- M. SFERRAZZA: “nutriamo dubbi sul fatto che la conclusione della sostituzione della sanzione civile (conversione rapporto di lavoro) con la sanzione amministrativa (ammenda) trovi valido e preciso sostegno normativo. Manca, infatti, qualsiasi riferimento, diretto o indiretto che sia, al superamento del sistema della conversione” (da *La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine*, in *Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, a cura di F. CARINCI e G. ZILIO GRANDI, *Adapt labour studies, e-book series* 2014, n. 30, pag. 19, reperibile da <http://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=86>). Alla stessa conclusione giunge un'altra parte della dottrina, secondo cui dalla disciplina transitoria “che vieta di stipulare nuovi contratti fino a quando non si rientri nel limite percentuale (art. 2-bis del d.l. n. 34/2014 aggiunto in sede di conversione), risulta chiaramente che il limite quantitativo del 20% costituisce un presupposto di validità dell'apposizione del termine, mancando il quale vi deve essere la conversione del contratto, che per primo eccede tale soglia in rapporto a tempo indeterminato sin dalla sua stipulazione in aggiunta alla sanzione amministrativa. L'ammissibilità della conversione del contratto, peraltro, “restituisce all'*incipit* del decreto (art. 1, comma 01) un valore effettivo, e non di mera «clausola di stile», e al contratto a tempo indeterminato il ruolo di regola nelle assunzioni” (G. LEONE, *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pag. 741). L'opinione opposta è sostenuta da M. BROLLO, che evidenzia il rischio di irrazionalità del sistema di conversione che consente di stabilizzare “il lavoratore entrato per ultimo, anziché quello che lavora a termine in azienda da maggior tempo, con una discrasia tra sanzione e interesse lesa” (*op. cit.*, pag. 582). Secondo altra parte della dottrina, inoltre, “potrebbe rilevarsi che il superamento della percentuale non debba necessariamente riverberare i suoi effetti sul versante del rapporto individuale di lavoro, attesa la finalizzazione di tali clausole a realizzare un interesse di tipo collettivo rappresentato dal controllo sui flussi di occupazione temporanea” (S. CIUCCIOVINO, *Il contratto cit.*, pag. 493).

¹³⁹ Così V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pag. 400.

“esigenze contingenti ed imprevedibili”¹⁴⁰ e che la durata del prolungamento del contratto non fosse superiore alla scadenza inizialmente pattuita¹⁴¹. Con il decreto legge n. 34/2014 viene ridisegnata la fattispecie *de qua*, in quanto, in conseguenza della soppressione delle causali giustificatrici l’apposizione del termine iniziale, non è più richiesto il requisito della motivazione oggettiva del prolungamento del primo rapporto a tempo determinato. Si introduce, invece, un nuovo elemento, la possibilità di prorogare fino a cinque volte il contratto a termine¹⁴². Quest’ultima facoltà, secondo i primi commentatori della novella legislativa, rischia di generare una “notevole precarizzazione”¹⁴³ dei rapporti di lavoro, incidendo negativamente sulla condizione dei dipendenti che debbano “conquistare e conservare la perdurante fiducia dell’impresa”¹⁴⁴ senza alcuna certezza sulla eventuale stabilizzazione al raggiungimento del limite massimo dei trentasei mesi.

L’ammissibilità della proroga, dopo le modifiche del 2014, dovrà essere valutata sulla base dei rimanenti presupposti di legittimità contemplati dall’art. 4 del D. lgs n. 368/2001. L’elemento principale è costituito dalla «stessa attività lavorativa» per la quale il prestatore di lavoro è stato inizialmente assunto. Nel contesto normativo preesistente l’espressione è stata interpretata come “identità” rispetto all’attività per la quale è stato stipulato il primo contratto a tempo determinato¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Intese dalla giurisprudenza come “esigenze comunque diverse” oppure “ontologicamente diverse da quelle iniziali” non integranti “una situazione che, al momento della stipulazione del contratto a termine, l’imprenditore possa - anche in via di mera probabilità - rappresentarsi, secondo *l’id quod plerumque accidit*, quale sviluppo della situazione esistente” (Cass. sez. lav. 16 aprile 2008, n. 9993, reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

¹⁴¹ Art. 2, comma 1°, legge n. 230/1962. La legge in questione, a sua volta, si poneva in antitesi rispetto alla larghissima libertà di rinnovazione del termine consentita dal sistema previgente che non contemplava la necessità di una giustificazione della proroga contrattuale. Era sufficiente l’inserzione nel testo negoziale di una clausola di proroga automatica del contratto per evitare che l’eventuale prosecuzione *ultra tempus* della prestazione lavorativa comportasse la conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato ex art. 2097, comma terzo, cod. civ.. Sul punto si rinvia ad A. MATTARELLA, *op. cit.*, pagg. 70-72. Secondo L’A. una più attenta applicazione dei principi legislativi avrebbe potuto frenare queste prassi: “un contratto a tempo determinato, in cui è inserita la clausola di rinnovazione o proroga alla scadenza, contiene indubbiamente una manifestazione di volontà incompatibile con il contratto a termine, venendo a palesarsi l’assoluta mancanza delle condizioni di provvisorietà che dovrebbero caratterizzare la prestazione lavorativa a giustificazione dell’apposizione del termine”.

¹⁴² La legge di conversione del decreto ha diminuito il numero massimo delle proroghe da otto a cinque (art. 1, comma 1, lett. b) ed ha opportunamente soppresso il secondo comma dell’art. 4 del D. lgs. n. 368/2001, che regolava la disciplina dell’onere della prova relativo all’esistenza delle ragioni oggettive. Tutte le novità introdotte dal decreto legge in materia di proroghe trovano applicazione unicamente per i contratti a tempo determinato sottoscritti dall’entrata in vigore del decreto legge, ossia dal 21 marzo 2014 (*ex art. 2-bis* del decreto legge n. 34/2014, anch’esso inserito in sede di conversione).

¹⁴³ In tal senso G. SANTORO-PASSARELLI, in *Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014*, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro, da www.quotidianogiuridico.it del 20 maggio 2014: “il lavoratore assunto per sei mesi, infatti, potrebbe legittimamente vedersi prorogare il contratto di 6 mesi in 6 mesi fino a 3 anni senza alcuna garanzia di stabilizzazione”.

¹⁴⁴ Così E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.*, pag. 434.

¹⁴⁵ Così Cass. sez. lav. 16 aprile 2008, n. 9993 e Cass. sez. lav. 16 maggio 2005, n. 10140, reperibili dalla Banca dati *De Jure*: “la stessa attività lavorativa [...] assume una dimensione oggettiva, riferibile alla destinazione aziendale del lavoro [...] Poiché nell’ambito di questa oggettiva destinazione ben può il datore

L'identità, a sua volta, viene intesa dalla giurisprudenza non come rigida invariabilità delle mansioni, ma come possibilità di mutamento all'interno della regola dell'equivalenza sancita dall'art. 2103 cod. civ.¹⁴⁶. L'opzione ermeneutica è confermata anche a livello testuale dall'inclusione della proroga all'interno dell'istituto della «successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti» (art. 5, comma 4-*bis*, D. lgs. n. 368/2001)¹⁴⁷. Quanto alle conseguenze sanzionatorie relative allo svolgimento di una diversa attività lavorativa rispetto a quella iniziale, non vi sono stati chiarimenti da parte del legislatore. In assenza di applicazioni giurisprudenziali in materia, è ragionevole ipotizzare che la reazione dell'ordinamento rispetto alla conclusione di un accordo nullo per difetto del requisito sostanziale dell'identità dell'attività svolta consista nella trasformazione a tempo indeterminato del contratto illegittimamente prorogato ex art. 1419, secondo comma, cod. civ.¹⁴⁸.

Il prolungamento della scadenza iniziale, inoltre, può avvenire al massimo cinque volte all'interno dell'arco temporale complessivo dei tre anni ed «indipendentemente dal numero dei rinnovi». Con quest'ultimo inciso, inserito in sede di conversione del d.l. n. 34/2014, il legislatore ha voluto chiarire in modo non certo perspicuo che il computo delle cinque proroghe vada effettuato anche nel caso di più contratti a termine rinnovati per le stesse mansioni o per mansioni equivalenti¹⁴⁹. L'eventuale sfioramento del limite temporale, in questo caso, potrebbe condurre

assegnare al lavoratore (nei limiti dell'art. 2103 cod. civ.) altre mansioni, che non mutano la natura del contratto, la «stessa attività lavorativa» non è riducibile alle mere specifiche contingenti mansioni del lavoratore, né alla lavorazione cui è il dipendente era stato specificamente e contingentemente addetto».

¹⁴⁶ V. nota prec. In giurisprudenza si intendono equivalenti quelle mansioni che “siano aderenti alla competenza professionale specifica del dipendente” (Cass. sez. lav. 4 marzo 2014, n. 4989, reperibile dalla Banca dati *De Jure*), gli garantiscano lo svolgimento delle proprie capacità ed offrano “occasioni di sviluppo della sua professionalità” (Cass. sez. lav. 27 giugno 2014, n. 14600, reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

¹⁴⁷ Sul punto, v. G. LEONE, *Le declinazioni cit.*, pag. 55: “includendo nella successione dei contratti che consente la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato anche la proroga, la presunta immutabilità delle mansioni viene ridimensionata, poiché si ammette, almeno in via di principio, che esse possano essere variate sebbene, esplicitamente, nei limiti della dedotta equivalenza”. La diversa opinione è espressa da M. PANCI: “per stessa attività lavorativa devono presumibilmente intendersi le stesse mansioni, con esclusione delle mansioni equivalenti. Quando il legislatore ha voluto riferirsi alla nozione di equivalenza ex art. 2103 c.c., infatti, lo ha fatto espressamente” (M. PANCI, *Proroga, continuazione di fatto e rinnovi*, in *Jobs act cit.*, pag. 23).

¹⁴⁸ In dottrina si perviene alla medesima conclusione in base ad una diversa argomentazione: posto che il rapporto di lavoro a termine concluso in assenza dei requisiti previsti dal comma primo dell'art. 4 “presenta tutti i connotati che permettono di qualificarlo come un nuovo contratto a tempo determinato, avente un oggetto distinto rispetto a quello ormai scaduto”, l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato rappresenterebbe la logica conseguenza della mancanza di forma *ad substantiam* dell'illegittima prosecuzione del rapporto o, qualora il patto di proroga fosse stato redatto per iscritto, della successione di due contratti a termine senza soluzione di continuità ex art. 5, ultimo comma, D. lgs. n. 368/2001 (così S. BELLOMO, *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 4*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 69 e la dottrina ivi citata). Sul punto v. anche L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pagg. 249-250.

¹⁴⁹ Qualora, invece, la riassunzione sia relativa a mansioni non equivalenti, “le eventuali precedenti proroghe non dovranno essere contabilizzate” (Circ. Min Lav. n. 18/2014, pag. 11). Sul punto, v. M. PANCI, *op. cit.*, pag. 24.

all'applicazione dei meccanismi sanzionatori previsti dall'art. 5, ossia l'applicazione di una maggiorazione retributiva all'interno dei periodi di tolleranza¹⁵⁰, superati i quali il contratto si considera a tempo indeterminato¹⁵¹, fatta salva la possibilità di stipulare un accordo derogatorio nelle forme consentite dal comma 4-*bis* del medesimo articolo 5.

Il patto di proroga è infine subordinato alla manifestazione del consenso del lavoratore, con cui esprime la disponibilità all'individuazione di un nuovo termine di scadenza del rapporto. Al pari dell'iniziale accettazione inerente l'apposizione della clausola di durata, il consenso del dipendente deve essere intervenire anteriormente o contestualmente all'inizio dell'attività lavorativa che viene ad essere prolungata e può essere esternato anche tramite un comportamento concludente. A differenza di quanto stabilito per l'originaria stipulazione del contratto, infatti, non è prevista la forma *ad substantiam actus*, anche se il silenzio del legislatore sul punto non ha impedito ad una parte della giurisprudenza di ricavare in via sistematica la necessità dell'atto scritto ai fini della validità del prolungamento del rapporto iniziale¹⁵². La non obbligatorietà della forma solenne rende comunque più incerta l'individuazione del momento in cui è stato espresso il consenso al prolungamento del contratto, specie nel nuovo regime che contempla una possibile pluralità di proroghe: il ricorso all'atto scritto potrebbe quindi rivelarsi, nella nuova disciplina, molto utile al fine di provare, in un'eventuale fase contenziosa, l'esistenza della proroga anziché di una protrazione di fatto del rapporto ed evitare l'applicazione delle maggiorazioni del 20 e 40% o la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

¹⁵⁰ Il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 5, comma primo, è obbligato a corrispondere una maggiorazione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% per i primi dieci giorni successivi alla scadenza del termine (eventualmente prorogato) e una maggiorazione del 40% per ciascun giorno ulteriore. Dal lessico utilizzato dal legislatore si evince la natura retributiva, e non risarcitoria, della dazione dovuta dal datore di lavoro, pensata "come diritto riconosciuto al lavoratore per lo svolgimento della prestazione in periodo di durata legalmente differita" (così L. DE ANGELIS, *Contratto a termine e sanzioni tra diritti speciali e diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, p. 3; *contra*, altra parte della dottrina che ritiene si tratti di una "sanzione economica atipica, somministrata a fronte di un comportamento lecito, ma solo tollerato, quale limitata licenza" (L. MONTUSCHI, *La riforma cit.*, pag. 40). La natura di "sanzione esclusivamente risarcitoria" è sostenuta anche dai lavori preparatori dell'art. 12, legge 196/1997, da cui la norma discende. Sul punto, cfr. A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, pag. 165.

¹⁵¹ Nel caso di sfioramento del limite dei tre anni il rapporto a termine si può protrarre per ulteriori trenta o cinquanta giorni, a seconda che la durata del contratto sia inferiore o superiore a sei mesi, decorsi i quali si applica la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato (art. 5, co. 2°, D. lgs. n. 368/2001).

¹⁵² Si v., ad esempio, Trib. Bolzano 24 aprile 2006: "manifestandosi la proroga come uno sviluppo del contratto, la sua apposizione, a seguito di previo accordo bilaterale fra lavoratore e datore di lavoro, deve quindi necessariamente rivestire forma scritta" (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *De Jure*). Sul punto v. S. BELLOMO, *op. cit.*, pag. 68 e la giurisprudenza ivi citata.

2.2.5 La residua compatibilità rispetto all'accordo-quadro comunitario: la durata massima totale dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

Il contrasto alla reiterazione indiscriminata di contratti a termine ha costituito da sempre uno dei punti più critici della disciplina in materia di lavoro a tempo determinato. Al legislatore spetta, infatti, il delicato compito di trovare una sintesi equilibrata tra l'interesse imprenditoriale a valersi in modo continuativo di manodopera c.d. "flessibile" e quello dei lavoratori a non tollerare indebite riduzioni di tutela a fini di mera convenienza economica, come l'elusione dei maggiori oneri derivanti dal ricorso al lavoro a tempo indeterminato¹⁵³. La produzione normativa si è sviluppata lungo due direttrici fondamentali, solo all'apparenza confliggenti, in quanto finalizzate allo stesso obiettivo di prevenzione della precarizzazione degli impieghi temporanei. Da una parte, si è tentato di avvicinare il trattamento normativo dei lavoratori a termine a quello dei dipendenti a tempo indeterminato, scoraggiando la prassi delle fittizie assunzioni a termine basate sul risparmio dei costi della manodopera: in tale direzione l'art. 5 della legge n. 230/1962 ha rappresentato la prima disciplina anti-discriminatoria nel panorama europeo. Dall'altro lato, sono stati introdotti nuovi tratti distintivi tra le due tipologie negoziali, funzionali ad impedire l'utilizzo dei contratti temporanei per far fronte ad esigenze organizzative permanenti ed ordinarie. Oltre al regime della proroga, regolamentato dalla predetta riforma del 1962, è stata disciplinata la materia dei rinnovi contrattuali, con l'introduzione di specifiche garanzie formali e sostanziali. La vigente normativa rappresenta il punto di arrivo di una lenta ma costante evoluzione, su cui ha influito in modo decisivo anche la necessità di attuare l'obiettivo di prevenzione degli abusi da reiterazione di assunzioni a termine stabilito a livello comunitario¹⁵⁴.

Nella sua iniziale versione l'art. 5 del D. lgs. n. 368/2001 riproduce la tecnica normativa introdotta dalla riforma del 1962 (c.d. "stop and go")¹⁵⁵, consistente nel subordinare i rinnovi

¹⁵³ Il sistema di reiterazione dei rinnovi, pur consentendo una certa continuità nell'occupazione, impediva il conseguimento dell'anzianità lavorativa cui erano connessi importanti benefici contrattuali ed economici.

¹⁵⁴ V. clausole n. 1 e n. 5 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP in materia di lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, recepito dalla Direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, in base alle quali è fatto obbligo agli Stati Membri, d'accordo con le parti sociali, di introdurre, in assenza di norme preventive equivalenti, almeno una delle misure elencate dalla clausola n. 5, punto 1 (ragioni obiettive per la giustificazione dei rinnovi; durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; numero massimo di rinnovi). Il punto 2, invece, prevede la facoltà di stabilire a quali condizioni i contratti a termine devono essere considerati "successivi" e quando devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato

¹⁵⁵ Il testo finale dell'art. 2, legge n. 230/1962, a sua volta, è il frutto delle modifiche intervenute presso le Commissioni Giustizia e Lavoro della Camera dei Deputati: nel d.d.l. di origine governativa (n. 1893), infatti, non erano previste regole relative alla successione di rapporti a termine. I concorrenti disegni di legge accoglievano ulteriori soluzioni, come ad esempio quella della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto stipulato entro tre mesi dalla scadenza di un precedente contratto a termine (d.d.l. n. 132, art. 4,

contrattuali al rispetto di precise scadenze temporali entro cui tali riassunzioni si presumono illecite in quanto finalizzate all'utilizzo della clausola del termine per sopperire ad esigenze continuative tipiche del contratto di lavoro *sine die*¹⁵⁶. Non viene ripristinata, invece, la "clausola di chiusura"¹⁵⁷ prevista dall'art. 2 della legge 230/1962, contenente la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato nell'ipotesi delle «assunzioni successive a termine intese ad eludere le disposizioni della presente legge»¹⁵⁸. Il sistema così congegnato poneva comunque forti dubbi di compatibilità rispetto allo scopo principale della Direttiva 1999/70 di prevenire la ripetizione abusiva di contratti a tempo determinato: sarebbe bastato riassumere osservando gli intervalli previsti dalla legge per prolungare senza limiti la catena di rapporti temporanei¹⁵⁹. L'unico modo di preservare la conformità dell'ordinamento interno a quello europeo era rappresentato dal ricorso all'istituto della frode alla legge previsto in via generale dall'art. 1344 del codice civile¹⁶⁰. La disposizione in questione, che sancisce la nullità del contratto qualora questo rappresenti il mezzo

ultimo comma, reperibile da http://legislature.camera.it/_dati/leg03/lavori/stampati/pdf/18930002.pdf, pag. 20).

¹⁵⁶ L'art. 5, comma terzo, del D.lgs. 368/2001 lascia inalterati i periodi dilatori stabiliti dall'art. 12, legge n. 196/1997 in 10 e 20 giorni successivi alla scadenza del precedente contratto a termine di durata, rispettivamente, pari (o inferiore) a sei mesi oppure superiore ai sei mesi. Gli intervalli temporali sono stati elevati a 30 e 50 giorni dalla riforma del 2012, per essere riportati nuovamente a 10 e 20 giorni dal d.l. n. 76/2013. Sotto il vigore dell'art. 2, legge n. 230/1962, gli intervalli minimi erano invece pari a 15 e 30 giorni. Una rilevante eccezione alla disciplina in questione è prevista dall'art. 28, comma terzo, del d.l. n. 18 ottobre 2012, n. 179, a favore delle imprese c.d. *start-up* innovative, aventi per oggetto sociale "sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad altro valore tecnologico".

¹⁵⁷ Così O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, pag. 343; la norma è stata abrogata ad opera dell'art. 12 della legge 24 giugno 1997, n. 196.

¹⁵⁸ Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza si trattava di una fattispecie di frode di carattere oggettivo, che prescindeva dall'intenzionalità e consapevolezza dell'elusione, essendo sufficiente la frequenza e la durata dei singoli contratti quale prova della "sussistenza di una continuativa esigenza della prestazione lavorativa oggetto dei successivi contratti a termine (così Cass. sez. lav. 30 maggio 1997, n. 4787, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, n. 1, pag. 141; cfr. altresì L. MENGHINI, *Gli orientamenti cit.*, pag. 196 e la giurisprudenza ivi citata).

¹⁵⁹ Nella sua formulazione originaria il D. lgs. n. 368/2001 affidava la prevenzione degli abusi da reiterazione di contratti a termine alla prima delle misure elencate dalla clausola n. 5 della Direttiva, «le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti». Secondo una parte della dottrina, il decreto delegato, "limitandosi a prescrivere in termini generali l'obbligatorietà di una motivazione tecnico-produttiva, di per sé inidonea a giustificare la reiterazione dei contratti a termine, tanto più in mancanza di un limite temporale [...] oppure numerico", non aveva tenuto "adeguatamente conto" della problematica della successione abusiva dei rapporti a tempo determinato (così G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pag. 653; *contra*, v. A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, D. lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 3, pagg. 301-302, secondo cui il legislatore "aveva compiutamente ottemperato alla direttiva, scegliendo, come poteva correttamente fare, una sola delle tre misure indicate").

¹⁶⁰ L'eventuale inapplicabilità dell'art. 1344 cod. civ. - misura anti-fraudolenta volta a reprimere il fenomeno della reiterazione dei contratti a termine contenente le condizioni in base alle quali i contratti a tempo determinato «devono essere ritenuti a tempo indeterminato» (ai sensi della clausola n. 5.2, lett. b), della Direttiva 1999/70/CE)- avrebbe potuto comportare la violazione del divieto di non regresso del livello generale di tutela di cui alla clausola n. 8.3 dell'accordo quadro europeo (P. LAMBERTUCCI, *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 1*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 77).

per «eludere l'applicazione di una norma imperativa», poteva essere utilmente invocata per censurare il cumulo di assunzioni a termine che, nonostante la conformità alla legge dei singoli rapporti, avesse rivelato l'intento frodatorio consistente «nell'articolazione dei vari contratti al fine di evitare la formazione di un contratto a tempo indeterminato»¹⁶¹.

Nel tentativo di realizzare un contrasto più efficace alle pratiche elusive¹⁶² la griglia di tutele normative viene integrata nel 2007 con la previsione di un tetto massimo di 36 mesi alla reiterazione di rapporti a tempo determinato stipulati tra le medesime parti per lo svolgimento di mansioni equivalenti, superato il quale la relazione lavorativa si trasforma in contratto a tempo indeterminato (art. 5, comma 4-*bis*, D. lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, comma 40, lett. *b* della legge n. 247/2007)¹⁶³. I 36 mesi sono «comprensivi di proroghe e rinnovi», e vanno considerati come lavoro effettivo, senza considerare le pause intervenute tra un rapporto e l'altro («indipendentemente dai periodi di interruzione intercorrenti tra un contratto e l'altro»). Quanto al concetto di mese, bisogna far riferimento ad una nozione univoca, derivata secondo l'interpretazione ministeriale dal criterio previdenziale dell'equivalenza a 30 giorni¹⁶⁴. I rapporti, per definirsi «successivi», devono avere ad oggetto «mansioni equivalenti», espressione che evoca lo *jus variandi* del datore di lavoro *ex art.* 2013 cod. civ., oggetto di una consolidata interpretazione giurisprudenziale¹⁶⁵. La sommatoria dei periodi, a differenza di quanto previsto, ad esempio, dall'ordinamento spagnolo¹⁶⁶, non avviene all'interno di un determinato arco temporale, con la conseguenza che non verrà mai azzerata neanche da un intervallo di tempo molto lungo tra un

¹⁶¹ Così G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pag. 666.

¹⁶² L'Esecutivo all'epoca in carica aveva più volte espresso l'intenzione di ridurre la precarietà connessa alla diffusione del contratto a tempo determinato. Sulla genesi della legge, oggetto di concertazione con le parti sociali, si rinvia a V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 2, pagg. 183-187.

¹⁶³ Oltre a limitare la possibile sequenza di rapporti a termine, un'ulteriore funzione della disciplina introdotta nel 2007 sarebbe, secondo la dottrina, quella di «stimolare il datore di lavoro all'assunzione a tempo indeterminato» di una risorsa ormai pienamente collaudata, sollecitandolo altresì a «valutare bene le conseguenze derivanti dalla rinuncia ad avvalersi di quel lavoratore» (A. MARESCA, *op. ult. cit.*, pag. 304).

¹⁶⁴ Circolare Ministero del Lavoro n. 13 del 2 maggio 2008, pag. 4.

¹⁶⁵ In giurisprudenza si intendono equivalenti quelle mansioni che non solo «siano aderenti alla competenza professionale specifica del dipendente» (Cass. civ. 4 marzo 2014, n. 4989, reperibile dalla Banca dati *De Jure*), ma che consentano «la piena utilizzazione o l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore» (Cass. civ. 26 luglio 2006, n. 17022, reperibile dalla Banca dati *De Jure*). In dottrina si è precisato che il concetto di equivalenza andrebbe «ricostruito con maggiore elasticità [...] giacché, quanto più elastico è lo stesso, parallelamente si rafforza la possibilità che il lavoratore venga definitivamente stabilizzato nello stesso posto di lavoro» (G. FERRARO, *Tipologie cit.*, pag. 62).

¹⁶⁶ L'art. 15.5 dello Statuto dei lavoratori, contenente la disciplina dei limiti temporali alla successione di contratti, prevede la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato qualora, entro un arco temporale di 30 mesi, la reiterazione di assunzioni a termine, con o senza soluzione di continuità, si protragga per più di 24 mesi.

contratto a termine e l'altro¹⁶⁷. Sono esplicitamente esclusi dal computo i contratti per attività stagionali e quelli oggetto di eventuale e specifica contrattazione delle parti sociali¹⁶⁸; di recente la legge ha aggiunto l'ipotesi della somministrazione di lavoro a termine¹⁶⁹. L'alternanza tra fattispecie computabili ai fini della successione ed altre esenti dal limite triennale può costituire, secondo la dottrina, una residua ipotesi di frode *ex art. 1344 cod. civ.*, finalizzata all'aggiramento della soglia legale¹⁷⁰.

Quanto agli effetti dello sfioramento di tale soglia, il comma 4-*bis* stabilisce che «il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2». Secondo l'orientamento prevalente, la trasformazione avverrebbe non già al momento del superamento del 36° mese, ma solo se l'ultimo rapporto della sequenza contrattuale si dovesse protrarre oltre il periodo massimo di tolleranza stabilito dallo stesso comma secondo, cioè dopo aver superato il trentesimo giorno¹⁷¹. Il rinvio al comma secondo chiarisce, altresì, che l'effetto legale della trasformazione si produce *ex nunc* dal superamento dei limiti stabiliti, per cui è “imprecisa l'espressione frequentemente utilizzata secondo cui i contratti a termine verrebbero convertiti o trasformati in un unico contratto a tempo indeterminato”¹⁷². Il comma 4-*bis* introduce, infine, importanti segmenti di flessibilità all'interno della disciplina testé descritta. Innanzitutto, è concessa ai contraenti la facoltà di derogare alla durata massima, apponendo un ulteriore termine al rapporto di lavoro, purché ciò

¹⁶⁷ La soluzione, conforme al dettato normativo che reputa ininfluenti i periodi di interruzione, è osteggiata da una parte della dottrina, secondo cui i contratti “dislocati in periodi completamente diversi [...] non possono essere considerati né temporalmente né funzionalmente in successione” (G. FERRARO, *Tipologie cit.*, pag. 60; *contra*, v. L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 279, per i quali non sussiste “una valida *ratio* che annienti il dato letterale della disposizione, con la quale si mira anche a redistribuire le occasioni di lavoro tra lavoratori”).

¹⁶⁸ V. art. 5, comma 4-*ter*. Ai sensi dell'art. 10, comma quarto, del D. lgs. n. 368/2001 sono altresì esclusi dal campo di applicazione dell'articolo 5, comma 4-*bis*, i contratti stipulati dai dirigenti, cui si applica il limite massimo di cinque anni.

¹⁶⁹ V. art. 1, comma 9, legge 28 giugno 2012, n. 92.

¹⁷⁰ “La stretta successione temporale tra contratti tra loro collegati può costituire indice della volontà di aggirare il limite imposto dalla legge”, secondo V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pag. 205. Dello stesso avviso è anche altra parte della dottrina: “il fatto che le parti abbiano utilizzato contratti a termine legittimi e potenzialmente «cumulabili» tra loro non esclude l'accertamento del carattere fraudolento dello scopo perseguito” (G. BOLEGO, in *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, pag. 149). L'art. 1344 cod. civ. potrebbe essere altresì invocato qualora tra le parti vi sia una successione di rapporti con adibizione a mansioni fittiziamente diverse (v. ancora V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pag. 203) oppure si realizzi un'apparente trasferimento di azienda *ex art. 2112 cod. civ.* al fine di alterare l'identità soggettiva richiesta dall'art. 5, comma 4-*bis* (sul punto v. G. FRANZA, *op. cit.*, pag. 247).

¹⁷¹ Cfr. V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, pag. 215, che sottolinea la “finalità originaria” del secondo comma dell'art. 5 del D. lgs. n. 368/2001, ossia “impedire che un errore nel prolungamento di fatto del rapporto oltre la scadenza potesse penalizzare il datore di lavoro con l'automatica conversione in un contratto a tempo indeterminato”. Nello stesso senso, v. anche A. MARESCA, *op. ult. cit.*, pagg. 323-325, e la Circolare del Ministero del Lavoro n. 13 del 2 maggio 2008, pag. 4; *contra*, G. FERRARO, secondo cui il rinvio “è riferibile al meccanismo sanzionatorio ivi adottato («si considera a tempo indeterminato»), non già al procedimento di prosecuzione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine, che non ha alcun motivo di essere richiamato nella fattispecie in esame” (G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pag. 665).

¹⁷² G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pag. 665.

avvenga rispettando la procedura amministrativa predisposta dal legislatore, pena l'automatica trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato¹⁷³. L'autonomia collettiva, inoltre, è destinataria di un ampio margine di discrezionalità nel rimodulare i requisiti legali della successione di contratti a tempo determinato. La prima parte del comma in questione, infatti, contiene una sorta di "delega in bianco" a favore delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, abilitate a negoziare a tutti i livelli di contrattazione (anche aziendale) le possibili, diverse declinazioni degli elementi della fattispecie legale¹⁷⁴. L'ampiezza di tale delega, come verrà evidenziato nel paragrafo seguente, rende attualmente problematica la compatibilità rispetto all'obiettivo dell'accordo-quadro di prevenire gli abusi derivanti dalla reiterazione di rapporti a termine, in quanto rischia di attenuare i caratteri di effettività e vincolatività del limite della durata massima dei contratti a termine successivi.

2.2.6 I profili di potenziale difformità con il diritto dell'Unione Europea.

Fino alla riforma del 2012 la disciplina del primo contratto a termine privo di giustificazione oggettiva poteva ben definirsi "coerente con il "diritto vivente" della Corte di Giustizia"¹⁷⁵. La totale obliterazione del principio di causalità operata dal legislatore del 2014 apre, invece, nuovi scenari in merito all'aderenza della nuova regolamentazione del contratto a tempo determinato rispetto alla normativa sovranazionale. Il profilo più problematico riguarda la conformità del D. lgs. n. 368/2001 alla clausola 5.1 della Direttiva 1999/70, relativa alla reiterazione abusiva di contratti di lavoro a tempo determinato. La disposizione impone agli Stati Membri di adottare in modo vincolante almeno una delle misure preventive da essa elencate (giustificazione oggettiva, durata totale di rapporti a termine successivi e numero massimo dei rinnovi)¹⁷⁶. Fino al Decreto Poletti, la compatibilità della legislazione italiana era garantita dalla duplice previsione della necessaria

¹⁷³ La stipula deve avvenire presso la Direzione provinciale del lavoro territorialmente competente, con l'intervento di una delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale. Secondo la Circolare ministeriale n. 13 del 2 maggio 2008 si tratta di un procedimento che garantisce la correttezza formale del contenuto del contratto e la genuinità del consenso prestato dal lavoratore, senza spingersi alla verifica dei presupposti di ammissibilità previsti dalla legge, come ad esempio l'equivalenza delle mansioni. Nel silenzio della norma sembra possibile che l'accordo derogatorio intervenga sia prima che dopo lo spirare del tetto massimo dei 36 mesi (v. per tutti, v. A. MARESCA, *op. ult. cit.*, pagg. 333-334).

¹⁷⁴ La contrattazione collettiva potrebbe intervenire, ad esempio, sulla disciplina delle mansioni equivalenti, oppure modificare il tetto massimo dei 36 mesi, allungandolo, riducendolo oppure disapplicandolo. Quest'ultima opzione è stata seguita raramente: per un'applicazione, si v. l'art. 3 CCNL lavoro giornalistico del 26.03.2009, che subordina l'inoperatività del limite triennale all'attivazione di intese a livello aziendale "finalizzate ad individuare percorsi di stabilizzazione dei rapporti a tempo determinato".

¹⁷⁵ Così V. SPEZIALE, *La riforma cit.*, pag. 5. Il riferimento è alle sentenze citate alla nota *sub* 101.

¹⁷⁶ La giurisprudenza della Corte, sul punto, è eloquente: "gli Stati membri dispongono di un margine di discrezionalità nell'attuazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, dato che possono scegliere di ricorrere ad una o più tra le misure enunciate al n. 1, lett. a)-c), di tale clausola, o, ancora, a norme equivalenti in vigore" (sentenza *Angelidaki*, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, punto 93).

causalità dell'apposizione del termine e del limite massimo di durata dei contratti successivi stabilito in 36 mesi dalla riforma del 2007. L'abbandono della necessità della motivazione dei rapporti a termine, anche successivi al primo contratto, rischia però di inficiare la tenuta complessiva del sistema. La disciplina del tetto massimo triennale, infatti, è caratterizzata da una coerenza parziale, potendo essere derogata senza limiti contenutistici dai contratti collettivi di qualsiasi livello, purché sottoscritti «con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 5, comma 4-*bis*, del D. lgs. n. 368/2001). Per scongiurare il contrasto con la normativa comunitaria è necessario, pertanto, che le parti sociali, cui è riconosciuto un «ruolo di spicco» nell'attuazione dell'accordo-quadro (v. 12° considerando), vincolino l'eventuale rimozione della durata massima dei 36 mesi all'operatività di ulteriori limiti che fungano da equivalenti funzionali alla prevenzione della reiterazione indiscriminata di rapporti a termine¹⁷⁷.

Altrettanto delicato è l'aspetto riguardante la riduzione generale di tutela derivante dall'impossibilità di contestare in sede giurisdizionale i motivi legittimanti l'apposizione del termine, in contrasto con il principio di non regresso di cui alla clausola 8.3 dell'accordo-quadro comunitario¹⁷⁸. La Corte europea, in sede di interpretazione del precetto *de qua*, ha chiarito che non va inteso come un principio di immutabilità *in pejus* delle tutele: le modifiche peggiorative sono, infatti, sempre ammissibili se riferite a categorie ristrette di lavoratori oppure se sono strumentali al conseguimento di un obiettivo diverso da quello consistente nel garantire l'attuazione dell'accordo-quadro nell'ordinamento interno¹⁷⁹. Il superamento della causalità del contratto a termine coinvolge chiaramente la totalità dei dipendenti a tempo determinato del settore privato, mentre è meno nitido il collegamento con l'applicazione dell'accordo-quadro, in quanto l'articolo 1 della legge n. 78/2014, oltre a contenere un richiamo generico alla Direttiva 1999/70, giustifica le modifiche al testo che ha trasposto la Direttiva in base alla «perdurante crisi occupazionale», all'«incertezza dell'attuale quadro economico» ed alla futura revisione della disciplina dei rapporti di lavoro incentrata sulla figura del contratto a tempo indeterminato «a protezione crescente»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ La tesi dell'attuale non conformità del limite massimo di durata con la clausola 5.1 è fatta propria da V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in Riv. giur. lav., 2014, n. 4, pagg. 722-723.

¹⁷⁸ La clausola in questione prevede che «l'applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per diminuire il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

¹⁷⁹ Cfr. sentenza *Angelidaki*, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, punti 133 e 141, reperibile dal sito della Corte *curia.europa.eu*.

¹⁸⁰ La violazione della clausola di non regresso è stata denunciata l'1 aprile 2014 alla Commissione UE dall'Associazione Nazionale Giuristi Democratici (il testo della denuncia è reperibile dal sito internet dell'associazione http://www.giuristidemocratici.it/post/20140401200444/post_html). Si v. anche R. COSIO, *Il Decreto cit.*, pagg. 7-9).

Da ultimo, è stato evidenziato il rischio di un “cortocircuito normativo” che si verrebbe a creare se vi fosse la possibilità di stipulare per periodi molto lunghi contratti a termine senza una ragione oggettiva, venendosi di riflesso a svuotare di contenuto il «diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato» di cui all’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea ed all’art. 24 della Carta sociale europea (che garantisce «il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo»)¹⁸¹. La Corte di Giustizia non ha ancora elaborato una propria giurisprudenza in materia, ma potrebbe iniziare proprio dal nostro ordinamento, verificando la compatibilità con il diritto dell’Unione di un sistema in cui è possibile la rimozione, ad opera delle parti sociali, del residuo limite alla reiterazione abusiva di contratti a termine, in spregio dell’obiettivo di “evitare che una persona assunta nell’ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria e [...] sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato”¹⁸².

3. Il trattamento economico e normativo. Il divieto di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato.

Come accennato nel precedente paragrafo, sin dalla legge n. 230/1962 il legislatore italiano ha perseguito l’obiettivo di equiparare il più possibile le condizioni di lavoro dei dipendenti a tempo determinato a quelle dei colleghi assunti *sine die*. Il D. lgs. n. 368/2001, nel recepire la clausola n. 4 della Direttiva 1999/70, relativa al principio di non discriminazione¹⁸³, riprende la tecnica normativa già utilizzata dall’art. 5, legge 18 aprile 1962, n. 230, individuando una serie di attribuzioni minime

¹⁸¹ Cfr. la *Denuncia della Cgil alla Commissione Europea contro la nuova disciplina sul contratto a tempo determinato*, pagg. 37-41, reperibile da http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_929442410.pdf. In dottrina, v. P. SARACINI, *Contratto cit.*, pagg. 88-89. Le premesse logico-argomentative da cui scaturisce l’affermazione dell’A. della violazione del diritto comunitario sono: 1) il parallelismo funzionale tra la disciplina dell’apposizione del termine e quella del licenziamento, posto che in entrambi i casi, sia pure con differenti modalità tecniche, il datore persegue il medesimo risultato di provocare l’estinzione del rapporto di lavoro; 2) la specularità di tutela rappresentata da un lato dalla necessaria giustificazione del ricorso al lavoro a tempo determinato e dall’altro dall’obbligo di motivazione del licenziamento individuale; 3) l’interpretazione estensiva dell’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, inteso come divieto generale di libero arbitrio delle scelte datoriali- ivi compresa l’insindacabilità della pattuizione della clausola temporale- e non solo come mero divieto di licenziabilità *ad nutum*.

¹⁸² Così al punto n. 34 delle conclusioni dell’Avvocato Generale JÄÄSKINEN presentate il 15 settembre 2011 nel procedimento C-313/10, *Jansen c. Land Nordrhein*, su cui non vi è stata pronuncia della Corte per la sopravvenuta conciliazione della causa e conseguente cancellazione dal ruolo.

¹⁸³ La clausola 4 prescrive che i lavoratori a tempo determinato non siano «trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili», a meno che le differenze di trattamento non siano giustificate da motivazioni obiettive.

dovute *ex lege* ai lavoratori a termine, come ferie, gratifica natalizia e trattamento di fine rapporto¹⁸⁴. Si tratta di un elenco lasciato “opportunamente aperto” dal legislatore¹⁸⁵, poiché ogni altro trattamento erogato ai dipendenti a tempo indeterminato è suscettibile di estensione ai lavoratori a tempo determinato a meno che, come recita l’art. 6 del D. lgs. n. 368/2001, non sia obiettivamente «incompatibile con la natura del contratto a termine». La genericità della formula normativa ha lasciato ampio margine di manovra all’interpretazione della magistratura: la compatibilità rispetto all’assunzione temporanea è stata, ad esempio, esclusa in ragione del carattere selettivo e meritocratico dell’elemento retributivo, come nel caso dei premi di produttività subordinati ai requisiti della “continuità e della pienezza di partecipazione all’attività aziendale”¹⁸⁶ oppure degli scatti stipendiali acquisiti “non solo per gli anni passati in servizio ma anche per il positivo apprezzamento dell’attività lavorativa”¹⁸⁷. L’applicazione pratica dimostra, pertanto, l’inesistenza, a livello retributivo, di un obbligo di “automatica ed assoluta parità di trattamento”¹⁸⁸, che contrasterebbe con il principio di autonomia contrattuale, da cui discende la discrezionalità del datore di lavoro di riconoscere trattamenti economici differenziati ai propri dipendenti¹⁸⁹. Più in generale, e non solo avuto riguardo agli aspetti salariali, la concreta applicazione del divieto di non discriminazione non può comportare una “miope conformazione” degli istituti normativi, che invece “devono essere modulati, di volta in volta, alla luce della durata limitata del rapporto”¹⁹⁰. Così, in materia di infortunio, malattia, gravidanza, puerperio e servizio militare (artt. 2110-2111 del codice civile) se il lavoratore assunto a tempo determinato incorre in una delle predette situazioni, il rapporto di lavoro resta sospeso, ma si estingue ugualmente alla scadenza del termine pattuito, senza alcuna possibilità di proroga¹⁹¹. Un altro esempio della peculiarità della disciplina del contratto a

¹⁸⁴ La violazione di tale principio concreta un inadempimento contrattuale, tale da fondare una richiesta di risarcimento dei danni, oltre che un illecito amministrativo (*ex art. 12, D. lgs. n. 368/2001*). Sul t.f.r. si v. Cass. sez. lav. 25 settembre 2002, n. 13934, che ha confermato la spettanza dell’indennità a tutti i lavoratori a tempo determinato, anche per rapporti di lavoro inferiori a 15 giorni, in quanto il principio di parità di trattamento impedisce di effettuare arrotondamenti verso il basso tali da escludere il godimento del diritto in questione (la sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, n. 2, pagg. 320-325, con nota adesiva di E. ROSSI).

¹⁸⁵ L’espressione è tratta da L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 310.

¹⁸⁶ Cfr. Cass. sez. lav. 3 marzo 2014, n. 4911, dalla Banca dati *De Jure*; Trib. Varese 4 aprile 2012, anch’essa da *De Jure*, che riconosce il compenso incentivante al dipendente a termine impiegato con continuità per diversi anni in virtù di successive assunzioni.

¹⁸⁷ V. Trib. Velletri sez. lav. 7 febbraio 2012, dalla Banca dati *De Jure*.

¹⁸⁸ Così si esprime la sentenza del Trib. di Ravenna, sez. lav., 11 luglio 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, n. 2, pag. 379.

¹⁸⁹ Sul punto, v. A. LEPORE, *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 6*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pagg. 82-83.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pag. 87.

¹⁹¹ Non esiste, infatti, alcuna norma che contempra la proroga del contratto. Al contrario, con riferimento alla maternità, il legislatore prevede espressamente l’ipotesi della «risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine» (art. 54, comma terzo, lett. c) del D. lgs. 26.03.2001, n. 151) ed il prolungamento, in via eccezionale, dell’indennità di maternità nel caso in cui la scadenza del termine sopraggiunga durante il

termine è dato dall'ipotesi del recesso anticipato: ai rapporti a tempo determinato non si applicano le norme relative al licenziamento per giustificato motivo, che sono riferite soltanto ai contratti di lavoro *sine die*¹⁹², per cui il recesso *ante tempus* può avvenire solo in presenza di giusta causa (art. 2119 cod. civ.), impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1464 cod. civ.) o mutuo consenso delle parti (art. 1372 cod. civ.)¹⁹³.

Il legislatore si preoccupa, altresì, di promuovere l'aspettativa dei dipendenti assunti a tempo determinato ad un'inserzione duratura all'interno dell'impresa datrice di lavoro, attraverso alcune specifiche disposizioni. Innanzitutto è previsto un diritto alla formazione finalizzato all'ampliamento della professionalità dei lavoratori a termine, alla promozione della loro carriera e al miglioramento della mobilità occupazionale (art. 7, secondo comma, D. lgs. n. 368/2001). La norma, tuttavia, non è dotata di immediata precettività, essendone rimessa la concreta attuazione all'intervento della contrattazione collettiva nazionale, che sul punto non può definirsi particolarmente incisiva¹⁹⁴.

L'art. 9 del D. lgs. n. 368/2001 attribuisce, inoltre, ai lavoratori a tempo determinato un diritto all'informazione sui posti vacanti che si dovessero rendere disponibili nell'impresa, «in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi al pari degli altri lavoratori». Anche in questo caso è previsto un rinvio alla contrattazione collettiva, circoscritto alle sole modalità tramite

periodo di astensione anticipata (art. 24, comma 1, del predetto Decreto). Per un'applicazione giurisprudenziale, riferita al servizio militare, si v. Cass. sez. lav. 10 novembre 1998, n. 11335: «la prestazione del servizio militare di leva vale a sospendere il rapporto ed a conservare il rapporto di lavoro fino alla scadenza, ma non determina la proroga» (la sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, parte II, pagg. 629-632, nt. FALERI).

¹⁹² Si tratta di un principio costante presso la giurisprudenza: le norme della legge n. 604/1966 concernono, in virtù dell'art 1 della legge stessa, solo il licenziamento. Sul punto, v. Cass. sez. lav. 10 febbraio 2009, n. 3276, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, parte II, pagg. 600-602: «il rapporto di lavoro a tempo determinato, al di fuori del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ., può essere risolto anticipatamente non già per un giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, ma soltanto in presenza delle ipotesi di risoluzione del contratto previste dagli artt. 1453 e ss. cod. civ. Ne consegue che, qualora il datore di lavoro proceda ad una riorganizzazione del proprio assetto produttivo, non può avvalersi di tale fatto per risolvere in anticipo un contratto di lavoro a tempo determinato». V. anche Trib. Bologna, est. Benassi, sentenza del 20 luglio 2011, inedita a quanto consta, secondo cui «ove venga addotto come motivo del recesso *ante tempus* una riorganizzazione dell'assetto produttivo, deve necessariamente farsi riferimento alle normali regole dei contratti, in forza delle quali non è consentito ad una delle parti contraenti assumere iniziative che eventualmente rendano non più (o meno) utile la prestazione della controparte. In altri termini, se in un rapporto per il quale non sia previsto preventivamente un limite di durata e sia assistito dalla garanzia di una stabilità (più o meno intensa), può pensarsi che sopravvengano delle ragioni, che rendano oggettivamente non più conveniente mantenere in vita il rapporto, ciò non vale quando la durata sia limitata nel tempo, soprattutto se è il datore che, in considerazione di particolari sue esigenze, si avvalga dello strumento del contratto a termine».

¹⁹³ Quest'ultima ipotesi è presa in considerazione anche dalla legislazione speciale (v. art. 4, comma 17, legge 18 luglio 2012, n. 92, relativo alla procedura di convalida della «risoluzione consensuale» del rapporto di lavoro).

¹⁹⁴ Molti accordi collettivi si limitano a riprodurre espressioni generiche relative alla fruizione di «adeguati interventi formativi/informativi» (ad esempio, art. 19, comma quinto, CCNL attività ferroviarie del 28.06.2012 oppure art. 16, ottavo comma, CCNL settore elettrico del 18.02.2013) oppure rinviano, a loro volta, alla contrattazione aziendale (v. art. 18 CCNL industrie alimentari rinnovato in data 27.10.2012).

cui devono essere rese note ai lavoratori le predette informazioni. Il diritto all'informazione, infatti, è già riconosciuto direttamente in capo ai lavoratori, “senza mediazioni di sorta”¹⁹⁵. Oggetto della garanzia, in ogni caso, nonostante l'infelice espressione legislativa, non è la *chance* di ottenere un posto di lavoro stabile, ma soltanto il diritto a ricevere l'informazione circa l'eventuale disponibilità di un posto a tempo indeterminato in azienda¹⁹⁶.

Il diritto ad essere preferiti in caso di assunzione a tempo indeterminato è invece esplicitamente disciplinato dall'art. 5, commi 4-*quater* e 4-*quinquies* del D. lgs. n. 368/2001¹⁹⁷. In particolare, il comma 4-*quater* contempla l'ipotesi del lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi: la legge gli attribuisce, in tal caso, un diritto di prelazione qualora il datore di lavoro entro i successivi 12 mesi decida di assumere a tempo indeterminato, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine. Sono espressamente fatte salve le diverse disposizione di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale¹⁹⁸. La seconda ipotesi (art. 5, comma 4-*quinquies*) riguarda il lavoratore assunto a tempo determinato per lo svolgimento di attività stagionale. In questo caso, la precedenza riguarda le nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per la medesima attività stagionale. In entrambi i casi il diritto di precedenza può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro. Ciò deve avvenire, nell'ipotesi di cui al comma 4-*quater*, entro il termine di sei mesi dalla cessazione del rapporto, che si riducono a tre nelle attività stagionali. Si discute, in dottrina ed in

¹⁹⁵ Così D. MEZZACAPO, *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, sub art. 9*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 98.

¹⁹⁶ A differenza, quindi, del rapporto di lavoro a tempo parziale (art. 5, comma terzo, D. lgs. n. 61/2000), il datore di lavoro non è tenuto a “prendere in considerazione” eventuali richieste di trasformazione del rapporto di lavoro avanzate dai dipendenti in seguito all'informativa.

¹⁹⁷ Il D. lgs. n. 368/2001 inizialmente aveva affidato ai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi l'individuazione di un diritto di precedenza esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a termine per le ipotesi già previste dall'art. 23, comma 2°, della legge n. 56/87 (art. 10, comma nono). La norma, tuttavia, è stata giudicata costituzionalmente illegittima in quanto emanata in assenza di delega, trattandosi di un aspetto, quello della tutela dei lavoratori stagionali, non coperto dall'ambito di operatività della Direttiva 1999/70 recepita nell'ordinamento interno dal D. lgs. n. 368/2001 (sentenza 4 marzo 2008, n. 44, in *Giust. civ.*, 2008, n. 1, pag. 561 e ss.). La disciplina attuale è il frutto dell'intervento legislativo del 2007 (art. 1, comma 40, lett. b) della legge n. 247/2007) che, con una formulazione più ampia e di maggior tutela del diritto di precedenza, ha previsto che lo stesso non sia più rimesso esclusivamente alla contrattazione collettiva, ma operi per espressa previsione legislativa. Sul punto, v. G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pagg. 667-676.

¹⁹⁸ Così, ad esempio, il CCNL del settore del turismo e dei pubblici esercizi dell'1.08.2012 conferisce il diritto di precedenza al dipendente che abbia prestato la sua opera negli ultimi 36 mesi per un periodo superiore a 12 mesi, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 6 mesi. Il diritto in questione può essere esercitato solo con riferimento alle mansioni già espletate nei rapporti a termine ed a condizione che il lavoratore abbia manifestato la propria volontà per iscritto entro 15 giorni dalla data di cessazione del rapporto a termine (art. 44).

giurisprudenza, circa le conseguenze dell'eventuale violazione del diritto di precedenza. Secondo la tesi prevalente, l'inosservanza delle disposizioni previste dall'art. 5, commi 4-*quater* e 4-*quinqües* non potrebbe esporre il datore di lavoro alla costituzione automatica del rapporto di lavoro con il lavoratore pretermesso, ma solo ad un risarcimento del danno, trattandosi di "un diritto obbligatorio ad essere preferito nell'assunzione" che "non si traduce in un diritto al posto di lavoro"¹⁹⁹.

4. La tutela spettante in conseguenza dell'invalidità del termine.

4.1 La c.d. conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato: natura ed operatività della sanzione.

L'inosservanza dei requisiti di legittimità del lavoro a termine comporta la reazione da parte dell'ordinamento giuridico, tradizionalmente affidata ai congegni sanzionatori del diritto civile, cui si sono affiancati nel tempo i rimedi propri della legislazione speciale. Sulla base delle norme generali dettate in materia di obbligazioni, l'assenza di requisiti del negozio giuridico può determinarne l'inesistenza o l'invalidità²⁰⁰; inoltre, secondo la graduazione effettuata dalla legge, il contratto invalido può essere del tutto nullo ed improduttivo di effetti oppure semplicemente annullabile²⁰¹. Nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, ove la regolazione del contenuto pattizio è sottratta alla *par condicio contrahentium* per essere fissata in via inderogabile dal legislatore, "appare inevitabile il ricorso alla sanzione della nullità"²⁰². I caratteri tipici di tale sanzione²⁰³, tuttavia, si sono rivelati ben presto inadeguati al sistema giuslavoristico, ove prevale, a differenza del diritto privato, la necessità di tutelare il contraente più debole e garantirgli, ove

¹⁹⁹ Così G. FERRARO, *Il contratto cit.*, pag. 674. Si v. anche Cass. sez. lav. 26 agosto 2003, n. 12505 (reperibile su http://www.giuffre.it/age_files/diritto_contratti/05%2012505%20del%202003.doc), secondo cui "si tratta - non già di un diritto, sia pure condizionato, alla stipulazione di un contratto di lavoro - ma soltanto del diritto ad essere preferito, come contraente, nel caso in cui il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni, definendone tipologia contrattuale e contenuto. In coerenza con i principi generali - in tema di prelazione obbligatoria [...] il prospettato inadempimento del datore di lavoro - che si perfeziona, appunto, con l'assunzione di soggetti diversi da quelli che hanno diritto di precedenza - non può che dar luogo (ai sensi degli art. 1218 ss. c.c.) al risarcimento del danno".

²⁰⁰ Sul punto si v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ristampa 2002, pagg. 241-244, nonché C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, ristampa 2004, pagg. 613-616.

²⁰¹ Il criterio discrezionale tra le due forme di invalidità viene tradizionalmente rinvenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella differente natura, pubblica o privata, generale o particolare, degli interessi tutelati rispettivamente dalla nullità e dall'annullabilità (cfr. C. M. BIANCA, *op. cit.*, pag. 613 ed A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, n. 2, pag. 165 e ss.).

²⁰² Così F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, n. 3, pag. 658. La contrarietà ad una norma imperativa, infatti, rappresenta una delle cause di nullità (c.d. virtuale) introdotta dal codice del 1942. Inderogabilità ed imperatività, nell'elaborazione dottrinale dell'epoca, erano concetti omologhi: "nei lavori preparatori e in alcuni progetti preliminari si parlava infatti indifferentemente di norme imperative, proibitive, inderogabili o, più in generale, cogenti" (cfr. A. ALBANESE, *op. cit.*, pag. 165).

²⁰³ Totale improduttività di effetti, insanabilità, imprescrittibilità dell'azione, rilevanza d'ufficio ed assolutezza della legittimazione ad agire.

possibile, il beneficio della stabilità del rapporto²⁰⁴. Il rimedio sanzionatorio funzionale a tale necessità è stato individuato nella conservazione del contratto, in applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, che da meccanismo condizionato alla volontà dell'autonomia negoziale²⁰⁵ assurge nella pratica giudiziaria delle controversie di lavoro a “regola generale, prevalente sulla intenzione delle parti”²⁰⁶. La legislazione speciale ha via via rafforzato tale tendenza, stabilendo delle ipotesi in cui la violazione dei requisiti legali previsti per l'apposizione del termine finale determina la prosecuzione delle reciproche obbligazioni sotto forma di un normale rapporto di lavoro *sine die*²⁰⁷. L'attività esegetica è andata anche oltre, ricavando in via sistematica la sanzione in questione pure in assenza di una specifica disposizione normativa²⁰⁸. Malgrado ciò, la natura e gli effetti della riqualificazione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato sono ad oggi controversi. Dal punto di vista dogmatico si fronteggiano diverse teorie, ma nessuna riesce a spiegare compiutamente le ragioni tecniche poste alla base del rimedio *de qua*.

²⁰⁴ La prospettiva astratta del codice civile, improntata sulla garanzia dell'eguaglianza formale delle parti, si riflette nella previsione di una disciplina generale e unitaria della nullità, applicabile indipendentemente dagli aspetti legati alle qualità soggettive dei contraenti. La graduazione degli effetti della sanzione della nullità rispetto al prestatore di lavoro viene operata per la prima volta con riferimento alla violazione dell'art. 1628 del codice civile del 1865. Dottrina e giurisprudenza dell'epoca ritenevano, infatti, che la trasgressione del divieto di perpetuità dei rapporti di lavoro non comportasse una “inesistenza totale, completa di tutto il contratto”, che avrebbe danneggiato le classi lavoratrici, ammettendo “che il nocciolo di questo, e cioè l'intenzione di prestare dei servizi e di compensarli, sopravvive, in quanto le parti diano corpo a questa intenzione” (cfr. L. BARASSI, *Il contratto cit.*, pag. 74).

²⁰⁵ Il richiamo all'accertamento della comune intenzione delle parti rispetto alla conservazione del contratto è contenuto nella disposizione del codice civile secondo cui “la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità” (art. 1419, comma primo, cod. civ.).

²⁰⁶ Così P. GRECO, *op. cit.*, pagg. 200-201. La previsione di correttivi alla sanzione della nullità è stata significativamente avallata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 210 dell'11 maggio 1992, secondo cui “la disciplina degli effetti della contrarietà del contratto a norme imperative trova in questo campo [...] significativi adattamenti volti appunto ad evitare la conseguenza della nullità del contratto. Ciò in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere” (la sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1992, I, pagg. 323 e ss.).

²⁰⁷ Il riferimento è al D. lgt. n. 1448 del 1917, che sancisce l'applicazione della disciplina del contratto a tempo indeterminato qualora l'apposizione del termine, non giustificata dalla specialità del rapporto, avvenga a scopo fraudolento (art. 15, secondo comma) ed al R. D. 13 novembre 1924, n. 1825, che introduce la presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro qualora l'assunzione a termine non risulti da atto scritto (art. 4). Tali regole vengono sostanzialmente trasfuse nell'art. 2097 del cod. civ., che aggiunge l'ulteriore ipotesi della prosecuzione *ultra tempus* del rapporto di lavoro. La trasformazione del contratto in rapporto *sine die* è utilizzata ampiamente anche dalla legge 18 aprile 1962, n. 230 la quale, oltre ai casi già previsti dal codice civile, sanziona con tale meccanismo anche la reiterazione di contratti a termine effettuata a scopi elusivi ovvero senza rispettare i periodi di intervallo tra un'assunzione e l'altra.

²⁰⁸ Come è stato evidenziato nei paragrafi precedenti, la mancanza di una norma che sanzioni il mancato rispetto della disciplina dei divieti, della proroga, dei limiti percentuali e, prima della riforma del 2014, della sussistenza e specificazione delle causali giustificatrici, non ha impedito alla dottrina ed alla giurisprudenza di estrapolare dal sotto-sistema normativo il congegno rimediale consistente nella c.d. conversione del contratto di lavoro, cui sia illegittimamente apposto un termine finale, in un rapporto a tempo indeterminato.

L'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza ritiene che il principio della trasformazione del rapporto sia immanente al sistema codicistico e derivi dall'applicazione dell'art. 1419, secondo comma, cod. civ.: la clausola di durata, nulla per contrasto con la disciplina legale che autorizza l'apposizione del termine, verrebbe sostituita dalla regola inderogabile dell'indeterminatezza del rapporto di lavoro subordinato "con un effetto automatico che non richiede alcuna esplicita previsione"²⁰⁹. La generalizzazione del meccanismo sostitutivo è messa in discussione da altra dottrina secondo cui il subentro da parte delle norme imperative è subordinato all'esistenza di una disciplina specifica, situazione non riscontrabile, ad esempio, nel caso della violazione di un divieto di stipulazione o di una clausola di contingentamento, che "non esprimono alcuna regola in grado di integrare il regolamento contrattuale"²¹⁰.

Secondo una diversa interpretazione, la questione delle conseguenze sanzionatorie della violazione delle regole imperative relative alla pattuizione della clausola di durata "pare un falso problema"²¹¹, dovendosi constatare semplicemente che, a seguito del venir meno delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine, quest'ultimo si dissolve, privo di efficacia, con "riespansione del contratto a tempo indeterminato"²¹². La tesi dell'inefficacia è sostenuta anche da chi ritiene che l'inosservanza dei limiti legali all'utilizzo del rapporto di lavoro a tempo determinato "non consentirebbe in radice l'accesso al tipo contrattuale"²¹³, determinando solo un mutamento della

²⁰⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La nuova cit.*, pag. 407; aderiscono a tale impostazione anche G. SANTORO-PASSARELLI, *Note introduttive cit.*, pag. 27 e L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, n. 4, pagg. 707-711; in giurisprudenza, si v. Cass. sez. lav. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, pag. 903 e ss., Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in *Arg. dir. lav.*, 2005, n. 2, pag. 615 e ss., Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, n. 12, pag. 3142 e ss., Trib. Genova 14 novembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, n. 4, pag. 693 e ss. e Trib. Milano 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, n. 56, 3, pag. 474 e ss.

²¹⁰ F. LUNARDON, *Le nullità cit.*, pag. 667. Va menzionato, inoltre, un orientamento minoritario che invoca l'applicazione del primo, e non del secondo, comma dell'art. 1419 cod. civ. in tutti quei casi in cui manchi una disciplina legale sostitutiva dell'autonomia privata. Pertanto, non è da escludere che la nullità della sola clausola appositiva del termine contraria a norma imperativa possa propagarsi all'intero programma negoziale in virtù della possibilità per il datore di lavoro di "allegare tempestivamente e comprovare, secondo l'onere su di lui gravante trattandosi di un'eccezione al principio di conservazione del contratto, la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo, con la conseguente nullità dell'intero contratto di lavoro" (A. VALLEBONA, *La nuova cit.*, pag. 21).

²¹¹ L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, n. 1, p. 121.

²¹² Così Trib. Reggio Calabria sez. lav. 10 marzo 2006, n. 422, dalla Banca dati *De Jure*. V. anche Trib. Roma 28 settembre 2010: "non si tratta di convertire, in ossequio ad una sanzione disposta dal legislatore, un rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato, quanto di prendere atto della circostanza che il termine si considera come non apposto, per cui sin dall'inizio il rapporto era sorto a tempo indeterminato" (in *Foro it.*, 2011, parte I[^], pag. 1768). Dello stesso tenore è la riflessione di una parte della dottrina: "caduto l'elemento accidentale resta semplicemente il contratto con le sue caratteristiche tipiche di rapporto a tempo indeterminato" (F. BALESTRIERI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato: controllo sulle causali ed effetti della nullità*, in *Dir. lav.*, 2006, n. 1, pag. 60).

²¹³ Così S. CIUCCIOVINO in *Commentario cit.*, pag. 49: "il problema, dunque, non sarebbe quello di individuare una sanzione per l'atto illegittimo (l'apposizione del termine), bensì di qualificare il tipo; qualificazione che, come noto, non è nella disponibilità delle parti ma è effetto della inderogabilità degli

qualificazione giuridica del negozio, senza coinvolgere il piano sanzionatorio. La critica mossa a questi orientamenti si basa sulla condivisibile obiezione secondo cui una clausola appositiva del termine stipulata in violazione di norme imperative limitative dell'autonomia individuale rivela un carattere antigiusuridico tale da non poter essere considerata meramente inefficace, ma è necessariamente affetta da nullità²¹⁴. La trasformazione del rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato è stata spesso definita in giurisprudenza come un'ipotesi di "conversione" in senso tecnico²¹⁵. Non si tratta, infatti, della fattispecie tratteggiata dall'art. 1424 del codice civile, della quale mancano importanti presupposti, come sottolineato in modo pressoché unanime dagli interpreti²¹⁶. L'uso costante di questa terminologia, tuttavia, ha indotto una parte della dottrina civilistica a rinvenire una forma di speciale di conversione legale, valida solo nell'ipotesi di applicazione in chiave sanzionatoria della regola generale della durata indeterminata del contratto di lavoro²¹⁷. La recente codificazione della voce «conversione» nell'art. 32, comma quinto, del c.d.

schemi contrattuali in cui può essere dedotta la prestazione lavorativa". L'orientamento sembra riecheggiare quanto affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale 11 maggio 1992, n. 210, secondo cui la nullità per difetto di forma o delle condizioni sostanziali di ammissibilità delle figure contrattuali diverse dall'ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato "non è comunque idonea a travolgere integralmente il contratto, ma ne determina la c.d. conversione in un «normale» contratto di lavoro (o meglio, la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale) senza che vi sia spazio per l'indagine - oggettiva o soggettiva - circa la comune volontà dei contraenti in ordine a tale esito" (la sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1992, I, pagg. 323 e ss.).

²¹⁴ Sul punto si v. F. MARINELLI, *op. cit.*, pagg. 15-17, e A. DE FELICE, *op. cit.*, pagg. 164-165. La distinzione concettuale tra invalidità ed inefficacia, secondo il tradizionale insegnamento civilistico, è molto chiara: la prima dipende da un vizio, più o meno grave del contratto, cui consegue la mancanza di effetti giuridici. L'inefficacia assume un rilievo autonomo, e non derivato, solo in caso di integrità del negozio. Sul punto si v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine cit.*, pag. 241 e pag. 259.

²¹⁵ Tra le tante, si v. ad esempio la sentenza del Tribunale di Genova, sez. lav., del 14 novembre 2006, nella parte in cui afferma che "una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 1 del D.Lgs. 368/2001 impone di interpretare la norma nel senso che dispone la conversione automatica del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato in qualunque ipotesi di invalidità della clausola appositiva del termine" (da *Riv. giur. lav.*, 2007, n. 4, pag. 698).

²¹⁶ L'istituto della conversione legale presuppone, infatti, la nullità totale del contratto, mentre nel caso dell'invalidazione della clausola del termine, l'invalidità investe solo una parte di esso. La conservazione del regolamento negoziale, inoltre, produce effetti meno ampi rispetto a ciò che le parti avevano originariamente programmato, a causa del rapporto di continenza formale e sostanziale del contratto nullo rispetto a quello oggetto di conversione: questo è difficile da affermare per il contratto di lavoro a tempo indeterminato che costituisce un vincolo certamente più intenso rispetto a quello a termine (cfr. C. ASSANTI, *op. cit.*, pagg. 102-103, A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Stud. iuris*, 2009, n. 11, pagg. 1192-1193). Secondo una parte della dottrina, inoltre, il meccanismo della conversione sarebbe da escludere in quanto il contratto a tempo indeterminato non può essere definito come "contratto diverso" ai sensi dell'art. 1424 cod. civ., trattandosi dello stesso modello negoziale (L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, pag. 121).

²¹⁷ "Se la regola generale del contratto di lavoro subordinato è quella della sua durata a tempo indeterminato, deve valutarsi se tale norma non possa assurgere addirittura a principio generale in senso tecnico. Se così fosse infatti si potrebbe concludere che il diritto del lavoro qui marcherebbe la propria autonomia: sarebbe cioè si un diritto speciale, ma un diritto speciale dotato di propri principi generali e dunque autonomo (ancorché non autosufficiente): e l'esistenza di un tale principio potrebbe legittimare una soluzione tutta interna al diritto del lavoro" (così A. PLAIA, *op. cit.*, pag. 1190).

Collegato lavoro, ha alimentato ulteriormente il dibattito sulla portata di tale congegno sanzionatorio²¹⁸. In particolare, la Corte di legittimità ha ritenuto che la formula generale «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato» sottintenda il meccanismo sostitutivo-conservativo incentrato sul disposto di cui all'art. 1419, comma secondo, cod. civ.²¹⁹. L'ampiezza del concetto di conversione è desunta anche dal tipo di pronuncia adottata dal giudice: l'espressione usata dal legislatore («ricostituzione del rapporto di lavoro») comprende, secondo la Cassazione, «non solo provvedimenti di natura dichiarativa del rapporto, ma anche di natura costitutiva». La Suprema Corte, inoltre, ammette che le ipotesi di conversione possano essere ricavate in via interpretativa dal «sistema normativo generale», oltre che da espresse previsioni di legge, avallando in questo modo l'orientamento favorevole alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato a prescindere dall'esplicito intervento del legislatore²²⁰. Si tratta di un'affermazione di notevole rilievo anche dal punto di vista sovranazionale: pur non derivando dal diritto comunitario²²¹, e soprattutto dall'accordo-quadro sul lavoro a termine²²², un obbligo per gli Stati

²¹⁸ La norma in questione stabilisce che «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore 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'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604». Va ricordata anche la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012, secondo cui l'indennità «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

²¹⁹ Si v. Cass. sez. lav. 17 gennaio 2013, n. 1148: «l'espressione “conversione”, in materia di contratti a tempo determinato, viene utilizzata in dottrina e giurisprudenza per descrivere il meccanismo in base al quale la nullità della clausola di apposizione del termine, non comporta la nullità dell'intero contratto, ma la sua elisione, secondo il meccanismo delineato dall'art. 1419, secondo comma, c.c. con conseguente trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato» (da *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 2, pagg. 332-333). Secondo i giudici di legittimità l'ampiezza della nozione fatta propria dal legislatore consente addirittura di estendere l'art. 32, comma quinto, a tutte le tipologie contrattuali a tempo determinato, come ad esempio la fornitura di lavoro temporaneo. L'orientamento è stato da ultimo confermato da Cass. sez. lav. dell'8 settembre 2014, n. 18861, dalla Banca dati *De Jure; contra*, v. Trib. Roma 21 febbraio 2013 ed App. Roma 5 marzo 2013, n. 2142, in *Riv. giur., lav.*, 2013, n. 2, pagg. 195-196, secondo cui la norma in discorso è stata dettata esclusivamente nei confronti dei rapporti a termine illegittimi e non può essere estesa in via analogica ad altre tipologie negoziali solo in apparenza omogenee, come la somministrazione irregolare di lavoro, in cui, a differenza del contratto a tempo determinato, il rapporto che si instaura a seguito di pronuncia giudiziale tra prestatore ed utilizzatore si costituisce *ex novo* tra due parti inizialmente estranee ad alcun vincolo giuridico.

²²⁰ Secondo tale impostazione il fenomeno della “conversione” si produce in tutti i casi di inosservanza di precetti contenenti divieti o presupposti, ed a maggior ragione in presenza della violazione delle condizioni stabilite dall'art. 5 del D. lgs. n. 368/2001, in virtù dell'espressione usata dal legislatore «il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato» (v. L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 392).

²²¹ L'art. 249 co. 3 del Trattato CE riserva infatti agli Stati membri la facoltà di scegliere i mezzi ritenuti più adeguati per garantire il rispetto delle direttive ed il raggiungimento degli obiettivi da esse fissati.

²²² In numerose pronunce la Corte di Giustizia UE ha stabilito che “la clausola 5 dell'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in un contratto a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di

membri di adottare una sanzione predeterminata come quella della conversione del contratto²²³, l'esistenza di un meccanismo repressivo di carattere generale immanente all'ordinamento giuslavoristico può configurare, in astratto, una tutela sufficientemente adeguata e dissuasiva nei confronti dei potenziali illeciti in materia di lavoro a tempo determinato²²⁴.

4.2 Il regime delle decadenze per l'impugnazione del contratto.

L'art. 32, comma 3, lett. a), legge n. 183/2010, il c.d. Collegato lavoro, ha esteso al contratto a tempo determinato la disciplina relativa all'impugnazione stragiudiziale e giudiziale del licenziamento (art. 6, legge n. 604/1966). Prima della riforma del 2010 si fronteggiavano due diverse opzioni ermeneutiche. Secondo l'orientamento maggioritario, in caso di violazione della disciplina concernente l'apposizione del termine, sarebbe stata applicabile la tutela di diritto comune derivante dalla qualificazione dell'invalidità come nullità parziale del contratto di lavoro, con conseguente imprescrittibilità dell'azione ed obbligo retributivo retroattivo a carico del datore decorrente dall'offerta della prestazione lavorativa, detratto l'*aliunde perceptum e percipiendum*²²⁵. In base ad una diversa ricostruzione, invece, la logica conseguenza dell'operatività del meccanismo della conversione legale, secondo cui il rapporto di lavoro si considera *ab origine* a tempo indeterminato, sarebbe dovuta essere quella dell'applicazione dell'intera disciplina di quest'ultimo,

discrezionalità in materia" (cfr. ordinanza *Affatato* dell'1 ottobre 2010, causa C-3/10, punto n. 38, ed i precedenti ivi citati).

²²³ Alla soluzione opposta era giunta, invece, la proposta della Commissione Ue del 1982 sul lavoro temporaneo, in base alla quale in caso di violazione delle disposizioni relative alle causali legittimanti l'apposizione del termine "si ritiene che il contratto di lavoro sia stato stipulato a tempo indeterminato" (art. 15, paragrafo 3; la proposta è pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, n. 3, pagg. 632-658).

²²⁴ La giurisprudenza comunitaria ha più volte ribadito che, fermo restando un certo margine di scelta sull'*an* ed il *quomodo* dei rimedi sanzionatori, le misure repressive "devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro" (così al punto 94 della sentenza *Adelener* del 4 luglio 2006, causa C-212/04, reperibile dal sito internet della Corte di Giustizia dell'Unione Europea curia.europa.eu). Sul punto, v. l'opinione critica di A. DE FELICE che, sottolineando la presenza di un cospicuo contenzioso relativo alla mancata ripresa del rapporto di lavoro in seguito alla pronuncia giudiziale di conversione a tempo indeterminato, ritiene improbabile che "la generalizzazione del rimedio della conversione automatica possa ancora costituire un deterrente contro future elusioni" (A. DE FELICE, *op. cit.*, pag. 167).

²²⁵ Secondo tale impostazione la scadenza del termine invalidamente apposto non produce alcun effetto risolutivo del rapporto di lavoro, che continua tra le parti a tempo indeterminato fino a che non intervenga una diversa causa di estinzione. Si ammette, di conseguenza, il diritto del lavoratore di riprendere la sua attività lavorativa, mettendo le proprie energie lavorative a disposizione dell'imprenditore ed il correlativo dovere di quest'ultimo di corrispondergli la retribuzione, anche nel caso in cui preferisse non avvalersi più delle sue prestazioni. Dalla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro deriva che "il dipendente che cessi l'esecuzione delle prestazioni alla scadenza del termine previsto non ha diritto alla retribuzione finché non provveda ad offrire le sue prestazioni lavorative, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro" (così Cass. sez. lav. 17 ottobre 2001, n. 12697, Cass. sez. lav. 25 maggio 2009, n. 12011, entrambe reperibili dalla Banca dati *De Jure*; l'orientamento, minoritario fino agli anni Ottanta, è stato inaugurato da Cass. sez. lav. 14 giugno 1979, n. 3362; sul punto, v. L. MENGHINI, *Il lavoro cit.*, pag. 419 e ss., e le ampie citazioni di dottrina e giurisprudenza).

compreso lo speciale regime decadenziale e quello risarcitorio automatico del licenziamento, senza necessità di previa messa in mora del datore di lavoro²²⁶. In entrambi i casi, poi, sarebbe sorto, a carico di quest'ultimo, l'obbligo di riammissione in servizio del dipendente illegittimamente assunto a tempo determinato²²⁷. Il legislatore del Collegato lavoro sembra aderire alla prima

²²⁶ La parificazione del termine nullo al licenziamento era argomentata a partire dall' "esclusiva riconducibilità alla volontà del datore di lavoro" dell'interruzione del sinallagma funzionale, venuto meno alla scadenza del termine illegittimamente apposto (in tal senso, v. Cass. sez. lav. 30 luglio 1979, n. 4499, Cass. sez. lav. 15 maggio 1989, n. 2384, Cass. sez. lav. 15 dicembre 1997, n. 12665, reperibili dalla Banca dati *De Jure*). La dottrina obiettava, tuttavia, che si trattasse di uno schematismo "di comodo", ottenuto "senza valutare con realistico equilibrio la situazione pregressa o successiva" (così L. MONTUSCHI, *Questioni cit.*, pag. 62): l'allontanamento del lavoratore veniva ricondotto ad un atto di recesso implicito, mai formalizzato e non surrogabile dall'eventuale comunicazione dell'approssimarsi del termine, che adempie solo ad una funzione di correttezza e non di esternazione della volontà di estinzione del rapporto. A ben vedere, invece, il sinallagma funzionale viene meno non per un atto o comportamento unilaterale del datore di lavoro, ma per atti o comportamenti propri di entrambe le parti: la cessazione del contratto potrà essere addebitata al datore nel momento in cui venga accertata la nullità della clausola, "ma è chiaro che fino a quel momento le parti si comportano in un certo modo perché consapevoli della scadenza del termine" (così L. MENGHINI, *Il lavoro cit.*, pag. 441). Anche secondo la giurisprudenza "non è dato indentificare la fattispecie del licenziamento a causa del solo fatto dell'interruzione o della cessazione stessa, occorrendo invece, a tal fine, che l'una o l'altra si accompagnino ad un contesto di circostanze che palesino in modo non equivoco una vera e propria volontà imprenditoriale di porre definitivamente termine al rapporto di lavoro" (Cass. sez. lav. 28 ottobre 1981, n. 5655, dalla Banca dati *De Jure*). Il contrasto in seno alla sezione lavoro è stato risolto per due volte dalle sentenze rese a Sezioni Unite n. 7471 del 6 luglio 1991 e n. 14831 dell'8 ottobre 2002, che hanno escluso che la cessazione della funzionalità di fatto del rapporto dipenda da un'iniziativa del datore di lavoro, il quale non pone in essere un licenziamento anche se richiama formalmente la scadenza del termine (le sentenze sono reperibili dalla Banca dati *De Jure*). In consapevole contrasto con l'opinione delle Sezioni Unite, si v. Trib. Milano 30 ottobre 2007 (in *D&L- Riv. crit. dir. lav.*, 2008, n. 1, pag. 135 e ss.), secondo cui "la disdetta del datore- ancorché effettuata senza la consapevolezza in fatto che il rapporto si deve considerare a tempo indeterminato, ma non certo senza la responsabilità giuridica che non si può non attribuirgli dell'illegittima apposizione del termine in mancanza dei relativi presupposti- è agevolmente qualificabile come licenziamento, posto che la dichiarazione del datore è sicuramente orientata a porre fine al rapporto".

²²⁷ Pur escludendo che sia configurabile l'ordine di reintegrazione di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300, la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato comporta "egualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno qualora ciò gli venga negato" (Cass. civ. sez. un. 8 ottobre 2002, n. 14381, reperibile dalla Banca dati *De Jure*). La riammissione in servizio deve avvenire nel luogo e nelle mansioni originarie, residuando comunque al datore lo "*ius variandi*" di cui all'art. 2103 c.c., con la conseguente possibilità, in presenza di sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, di trasferimento da una ad altra unità produttiva (v. Trib. Milano sez. lav. 19 agosto 2013, in *Lav. giur.*, 2013, n. 12, pag. 1130; Cass. sez. lav. 16 maggio 2013, in *Lav. giur.*, 2013, n. 7, pag. 735). Rimane sempre dibattuta la questione delle conseguenze dell'inottemperanza del datore di lavoro all'obbligo di ripresa del servizio, trattandosi secondo l'opinione prevalente di un obbligo di fare coattivamente inesequibile "perché richiede "un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo – funzionale, consistente, tra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione" (così Cass. sez. lav., 11 gennaio 1990., n. 46, in *Foro it.*, 1990, parte I[^], pag. 2908), peraltro escluso dal meccanismo sanzionatorio pecuniario ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c., primo comma. Per una ricognizione degli strumenti di coercizione indiretta degli obblighi di fare infungibili (sanzione penale, risarcimento del danno non patrimoniale, nomina di un commissario *ad acta*) si rinvia a M. PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica dei diritti del lavoratore*, in BARBIERI M.- MACARIO F.- TRISORIO LIUZZI G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno organizzato da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia e dal Centro Nazionale Studi

conclusione, prevedendo un doppio termine di decadenza all'azione giudiziale che qualifica espressamente come di "nullità del termine"²²⁸. La norma si riferisce, tuttavia, soltanto alle azioni esperite per far valere l'illegittimità dell'apposizione del termine per contrasto con gli artt. 1, 2 e 4 del D.lgs. n. 368/2001. La mancata estensione della decadenza alle ipotesi di cui agli artt. 3 e 5 ha diviso gli interpreti, riscontrandosi una prima impostazione, più consona allo scopo della legge di accelerare eventuali contenziosi futuri, favorevole all'allargamento del nuovo regime, ed una lettura totalmente diversa, che nega l'applicazione estensiva sulla base della lettera della legge, della natura eccezionale delle regole contenenti delle decadenze e della presenza di "ulteriori valori in gioco", come la rilevanza comunitaria della reiterazione abusiva di contratti a termine o quella costituzionale degli interessi sottesi alla disciplina dei divieti²²⁹.

4.3 Gli effetti risarcitori: il carattere esaustivo dell'indennità dovuta nei casi di conversione del rapporto.

L'altra novità del "Collegato lavoro" riguarda il profilo risarcitorio connesso ai casi di conversione del contratto a tempo indeterminato, che viene differenziato sia da quello del licenziamento che da quello del diritto comune delle obbligazioni. L'art. 32, comma quinto, legge n. 183/2010 introduce un sistema standardizzato di quantificazione del pregiudizio patrimoniale oscillante tra un parametro minimo ed uno massimo²³⁰. L'opinione prevalente tra gli interpreti,

di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Milano, 2004, pagg. 165-217.

²²⁸ Il termine, inizialmente fissato in 60 giorni, per l'impugnazione in via stragiudiziale è stato raddoppiato dalla legge n. 92/2012, al fine di consentire al lavoratore di usufruire della tutela giurisdizionale dopo aver atteso un ragionevole lasso di tempo nella speranza di una nuova assunzione. L'impugnazione è inefficace se non sia seguita entro i successivi 180 giorni (decadenza anch'essa modificata nel 2012, ed originariamente fissata in 270 giorni) dal deposito del ricorso giurisdizionale nella cancelleria del tribunale competente ovvero dalla richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato.

²²⁹ Il virgolettato è tratto da P. SARACINI, *Contratto cit.*, pag. 131, cui si rinvia per una compiuta ricostruzione del dibattito. Per una recente applicazione giurisprudenziale, si v. Trib. Cosenza, sez. lav., 13 dicembre 2013, secondo cui il legislatore avrebbe chiaramente limitato "il perimetro di operatività" della disciplina delle decadenze alle sole ipotesi esplicitamente previste (da *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 2, pag. 338 e ss., con nota adesiva di E. VILLA).

²³⁰ I commi 5 e 6 dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, stabiliscono che «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore 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'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. In presenza di contratti ovvero 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 comma 5 è ridotto alla metà». I criteri indicati nell'art. 8, l. n. 604/1966, sono: numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, anzianità di servizio del prestatore di lavoro ed infine comportamento e condizioni delle parti. Dalla prassi applicativa si evince una grande discrezionalità da parte dei giudici nel commisurare l'importo alle peculiarità del caso concreto, tale da creare significative disparità di trattamento. Ad esempio, sono state

basata sui lavori preparatori e sull'interpretazione letterale, ha qualificato il sistema in questione alla stregua di una liquidazione anticipata ed esaustiva del danno, slegata dai principi civilistici che regolano la materia, ossia la prova del pregiudizio, l'offerta della prestazione e la detrazione dell'*aliunde perceptum e percipiendum*²³¹. Un altro orientamento ha sostenuto il carattere aggiuntivo della tutela introdotta dal legislatore del 2010 rispetto a quella derivante dal diritto comune, ossia la corresponsione delle retribuzioni maturate dalla data di offerta della prestazione lavorativa: diversamente ragionando, infatti, si rischierebbe di penalizzare il lavoratore, privandolo dell'integrale ristoro del pregiudizio subito, soprattutto nel caso in cui la pronuncia giudiziale di conversione del rapporto di lavoro intervenga molto in là nel tempo²³². I contrasti interpretativi sono

riconosciute quattro mensilità di retribuzione ad un lavoratore assunto per meno di un mese in violazione delle quote di contingentamento (Trib. Taranto 30 marzo 2011, da *Foro it.*, 2001, parte I[^], pagg. 1753-1757) e ben otto mensilità nel caso di un contratto di lavoro di soli due mesi illegittimo per genericità della causale giustificativa (Trib. Napoli 18 dicembre 2013, da *Foro it.*, 2014, parte I[^], pag. 586 e ss.), mentre in un'ipotesi di reiterazione seriale di contratti a termine per un periodo di quasi quattro anni e mezzo, aventi tutti la stessa generica dizione giustificativa del termine, sono state liquidate soltanto sei mensilità (Trib. Reggio Emilia 28 aprile 2011, da *Foro it.*, 2011, parte I[^], pagg. 1749-1753).

²³¹ Cfr. Cass. sez. lav., 28 gennaio 2011, n. 2112, in base alla quale “l'espressione onnicomprensiva adoperata dal legislatore acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio” (da *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 3, pag. 784). V. anche Trib. Taranto 30 marzo 2011: “si tratta di una vera e propria penale legale che liquida anticipatamente il danno ed opera a prescindere dalla prova” (da *Foro it.*, 2001, parte I[^], pag. 1757). In dottrina, si v. E. GRAGNOLI, *Il sistema sanzionatorio nel rapporto di lavoro a tempo determinato e la proposizione della domanda giudiziale*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 8-9, pag. 774, che reputa “evidente il carattere esclusivo e, quindi, sostitutivo e non aggiuntivo dell'indennità”. V. anche L. MENGHINI, secondo cui la tesi dell'indennità forfettaria, che predetermina e non accresce l'entità dei risarcimenti, sia fondata “sulla piana *ratio* e lettera della legge” (L. MENGHINI, *Il regime delle impugnazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, n. 1, pag. 141). Lo scopo perseguito dalla novella legislativa è quello di limitare, in deroga alla disciplina generale delle obbligazioni, l'imprevedibilità degli importi dei risarcimenti dovuti in caso di accoglimento della domanda di conversione del rapporto a lunga distanza dalla scadenza del termine invalidamente apposto al contratto di lavoro (cfr. L. ZAPPALÀ, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 3, pagg. 788-796).

²³² V. la Relazione tematica Ufficio del Massimario Corte di Cassazione 12 gennaio 2011, n. 2, pag. 57: “tale interpretazione [...] appare la sola interpretazione comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele” (il testo è reperibile da http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_civile_2_11.pdf). Nello stesso senso, v. S. GIUBBONI: “nel caso in cui non si ritenesse di dover accogliere la lettura correttiva e costituzionalmente orientata, [...] 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” (S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183/2010*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2011, n. 115, pag. 23). In giurisprudenza, si v. Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010: “un'interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario impone di interpretare la disposizione dell'art. 32, 5° comma, nel senso di tutela aggiuntiva e non «alternativa» a quella ordinaria risarcitoria” (da *Foro it.*, 2011, parte I[^], pag. 1778); v. anche Trib. Reggio Emilia 28 aprile 2011, secondo cui “il carattere onnicomprensivo dell'indennità ex art. 32, 5° comma, non interferisce affatto – precludendolo – col diritto alla retribuzione, data la diversità di presupposti

proseguiti nonostante la Corte Costituzionale si sia pronunciata a favore della prima soluzione, escludendo in prima battuta l'irragionevolezza del "trattamento indennitario forfetizzato" introdotto dall'art. 32²³³ e non accogliendo la censura relativa alle "presunte disparità di trattamento" derivanti dalla durata del processo o dalla circostanza che in caso di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato di altre tipologie contrattuali resta fermo il diritto dei lavoratori al ristoro integrale dei pregiudizi subiti²³⁴. Alcuni giudici di merito, sulla scorta di argomentazioni condivise anche in

dei due rimedi: l'uno di reazione ad un illecito e teso ad attuare una fattispecie di responsabilità, l'altro fondato sul titolo contrattuale e teso ad attuare il sinallagma" (da *Foro it.*, 2011, parte I[^], pag. 1753).

²³³ La Corte, dopo aver ricordato che la regola generale dell'integralità del risarcimento non gode di copertura costituzionale, ha ritenuto l'indennità forfetizzata oggetto di scrutinio "adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta". La fissazione di un criterio di liquidazione del danno "di più agevole, certa ed omogenea applicazione", per altro verso, assicura al datore di lavoro "la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso" (sentenza n. 303 dell'11 novembre 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pagg. 252 e ss.). Secondo una parte minoritaria della dottrina, si tratta di una sentenza-"inno alla certezza", contro "le intollerabili incertezze cui dava luogo l'applicazione del regime risarcitorio di diritto comune" (A. VALLEBONA, *La vittoria della certezza*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, n. 3, pagg. 535-536). La posizione opposta era stata affermata dal giudice remittente, secondo cui la forfetizzazione del risarcimento rende la norma "irrazionale ed irragionevole", nella misura in cui non solo non rimuove gli ostacoli alle disuguaglianze di fatto, ma anzi ne promuove delle altre finendo per pregiudicare ancora di più la posizione del lavoratore, negandogli "ciò che, in applicazione dei principi generali del nostro ordinamento giuridico, aveva diritto a riceversi come ogni altro soggetto negoziale" (cfr. Trib. Trani, ord. 20 dicembre 2010, in *Foro it.*, 2011, parte I[^], pag. 1773). Un orientamento intermedio è sostenuto da L. MENGHINI, secondo cui non è possibile stabilire aprioristicamente se le nuove norme possono essere definite migliorative o peggiorative: "se non è contestabile che il principio della integralità del ristoro non abbia rango costituzionale, si tratta però di vedere se nel singolo caso l'indennità non superiore a 12 mesi possa dirsi adeguata: rispetto a una situazione, ad esempio, in cui il lavoratore si sia prontamente attivato in giudizio e questo si sia chiuso con la conversione dopo alcuni anni, una simile adeguatezza va decisamente negata, essendosi rotto, in questo caso, l'equilibrio tra gli interessi delle parti" (L. MENGHINI, *L'indennità ex art. 32 della legge, n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, pag. 41).

²³⁴ Secondo i giudici costituzionali l'eccessiva durata delle controversie è un effetto pregiudizievole indesiderato ma puramente eventuale ed indipendente dalla legge, essendo "il processo neutro rispetto alla tutela offerta". Quanto alla possibile disparità di trattamento rispetto a qualunque altro lavoratore o, più in generale, creditore che in base alle regole civilistiche ha diritto ad aver risarcito il danno effettivamente subito, la Corte si limita ad evidenziare la disomogeneità della situazione consistente nella violazione influente su una sola clausola come quella appositiva del termine e quelle che comportano l'aggiramento "obiettivamente più grave" della disciplina del lavoro subordinato, come in caso di utilizzazione fraudolenta della collaborazione continuativa e coordinata, di cessione illegittima del rapporto di lavoro e di somministrazione irregolare. Sul punto, v. la critica puntuale della dottrina, secondo cui "l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale pone il lavoratore in una situazione di sostanziale svantaggio rispetto alla controparte: ogni richiesta o istanza avanzata dallo stesso per necessità processuali, qualora accolta, determinerebbe, a suo carico, un effetto, per definizione, pregiudizievole. Esattamente opposta la situazione processuale del datore di lavoro, avvantaggiato da ogni sua richiesta o istanza che avesse buon esito" (P. SARACINI, *Contratto cit.*, pag. 141-142). Inoltre, la verifica della ragionevolezza del dettato legislativo avrebbe imposto un giudizio meno sbrigativo "sulla idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto di una disposizione che, fissando in maniera riduttiva e predefinita l'ammontare del danno risarcibile, differenzia la posizione contrattuale del lavoratore a termine da quella di un qualsiasi altro debitore che gode

dottrina, hanno anticipato il *dies ad quem* del risarcimento forfetizzato, spostandolo dalla data della pronuncia di conversione a quella del deposito del ricorso giurisdizionale e facendo quindi decorrere dalla proposizione della domanda l'obbligo retributivo a carico del datore di lavoro²³⁵.

La legge n. 92/2012, per evitare l'acuirsi delle divergenze ermeneutiche, è intervenuta con una "chiara norma di interpretazione autentica"²³⁶, definendo con precisione l'arco temporale di operatività dell'indennità *ex art. 32*, ponendolo tra la cessazione del rapporto di lavoro e la sentenza che accerta l'illegittimità del termine ad esso apposto²³⁷. Secondo la giurisprudenza, la forfetizzazione assorbe il danno subito dal dipendente a causa dell'allontanamento dal proprio posto di lavoro; l'espressione «onnicomprensiva» adoperata dal legislatore non riguarda, invece, i periodi lavorati, per cui non copre, ad esempio, la quantificazione degli aumenti periodici di anzianità²³⁸. La riformata tutela per equivalente è stata oggetto di nuove valutazioni da parte della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La prima, investita della problematica della riduzione del livello generale di tutela come possibile violazione della clausola 8.3 dell'accordo quadro in materia di lavoro a tempo determinato, ha statuito, in conformità all'interpretazione comunitaria sul divieto di non regresso²³⁹ che la clausola in questione non è

del diritto ad essere integralmente risarcito per il danno subito" (L. ZAPPALÀ, *La Consulta e la ponderazione degli interessi nel contratto a termine: stabilizzazione versus indennità risarcitoria forfetizzata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pag. 279).

²³⁵ Cfr. Trib. Napoli, sez. lav. 16 novembre 2011, da *Lav. giur.*, 2012, n. 3, pagg. 259-264; App. Torino sez. lav. 20 dicembre 2011 ed App. Roma 14 febbraio 2012, da *Lav. giur.*, 2012, n. 7, pag. 669 e ss. Il correttivo ermeneutico consistente nella diminuzione del periodo c.d. "intermedio" (così definito dalla Consulta nella sentenza n. 303/2011) è funzionale allo scopo di evitare che il tempo necessario all'accertamento giudiziale delle ragioni del lavoratore non vada a suo detrimento rendendo iniquo ed inadeguato il risarcimento del danno. In particolare, secondo la prima delle sentenze citate, la neutralità del processo può essere garantita soltanto consentendo "alla parte che ha ragione di ottenere una tutela ripristinatoria analoga a quella che avrebbe ottenuto ove avesse avuto ragione nel momento della proposizione del giudizio (analogamente come avviene in ogni altro settore del diritto civile ordinario)" (da *Lav. giur.*, 2012, n. 3, pag. 263).

²³⁶ Così Cass. sez. lav. 7 settembre 2012, n. 14996, da *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 3, pag. 651.

²³⁷ Ai sensi dell'articolo 1, comma 13, della legge n. 92/2012, l'art. 32 del Collegato deve essere interpretato nel senso che l'indennità da esso prevista «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

²³⁸ Cassaz., sez. lav., sentenza 12 gennaio 2015, n. 262: "i diritti relativi a questi periodi non possono essere intaccati ed inglobati nell'indennizzo forfetizzato del danno causato dal non lavoro. Per questi periodi non vi è niente da risarcire ed il risarcimento mediante indennizzo non può, in una sorte di eterogenesi dei fini, risolversi nella contrazione di diritti legati da un rapporto di corrispettività con la prestazione lavorativa effettuata" (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

²³⁹ La Consulta richiama tutti i precedenti della Corte di Giustizia in materia di non regresso delle tutele, dalle quali è agevole ricavare l'esatta portata della clausola in questione, che non si sostanzia in un "obbligo di *stand still*, o se si preferisce, di irreversibilità regolativa *in pejus*, che consentirebbe sempre e soltanto uno sviluppo delle tutele nazionali verso l'alto", ma un obbligo di trasparenza, in base al quale è data agli stati Membri la "facoltà di ridefinire nel tempo il regime regolativo relativo ad una determinata materia disciplinata da una direttiva anche in senso peggiorativo", purché sia giustificata dalla realizzazione di un obiettivo diverso da quello consistente nella mera attuazione della direttiva (i virgolettati sono tratti da B.

utilmente invocabile qualora il legislatore persegua scopi distinti da quelli dell'attuazione del diritto comunitario, come nel caso delle riforme del 2010 e 2012, dirette ad imporre un "meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno" nonché a "scoraggiare ulteriore contenzioso"²⁴⁰.

La Corte comunitaria, invece, ha escluso che il meccanismo di forfetizzazione del risarcimento introdotto nei confronti dei lavoratori a tempo determinato costituisca ai sensi della clausola n. 4 della Direttiva 1999/70 una disparità di trattamento rispetto alle diverse e più favorevoli conseguenze economiche dell'illecita risoluzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato²⁴¹. A detta dei giudici europei, infatti, non è possibile comparare le differenti situazioni dell'interruzione di un contratto conforme alla legge e della scadenza di un contratto invalido in seguito all'illegittima apposizione di un termine finale, negando così un'operazione logica peraltro recessiva nel nostro ordinamento ma, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, posta alla base della disciplina dei sistemi risarcitori vigenti in Francia ed in Spagna²⁴².

VENEZIANI, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 103, fasc. 3, pagg. 535 e ss.).

²⁴⁰ Sentenza n. 226 del 25 luglio 2014, reperibile dal sito internet della Corte Costituzionale www.cortecostituzionale.it. La dottrina è di diverso avviso: "la finalità perseguita potrebbe non rientrare tra le legittime finalità di politica sociale che consentono la regressione delle tutele [...], posto che la disposizione pone a carico della parte che ha ragione i tempi, anche non brevi, del processo, rendendo così ipotizzabile la violazione del principio del giusto processo" (P. COPPOLA, *I recenti cit.*, pag. 25).

²⁴¹ V. sentenza del 12 dicembre 2013, C- 361/12, *Carratù*, punto 44; v. anche sentenza del 30 aprile 2014, C- 89/13, *D'Aniello*, punto 30, reperibili dal sito della Corte di Giustizia UE curia.europa.eu.

²⁴² Ai sensi del combinato disposto delle clausole 4, punto 1, e 8, punto 1, della Direttiva 1999/70 resta ferma la facoltà degli ordinamenti nazionali di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, parificandone la tutela risarcitoria a quella prevista per il recesso ingiustificato dal contratto a tempo indeterminato (sentenza C- 361/12, *Carratù*, punto 47). Ciò, secondo la giurisprudenza, consente ai lavoratori che hanno promosso i relativi giudizi prima dell'entrata in vigore della legge n. 183/2010 di godere della maggior tutela spettante dall'applicazione del regime risarcitorio ordinario (v. Trib. Napoli 18 dicembre 2013, in *Foro it.*, 2014, parte I[^], pag. 586 e ss: "fino all'entrata in vigore della l. 183/10, che ha introdotto l'art. 32, 7° comma, le due situazioni sono equiparabili, per scelta interna, e rientranti dell'ambito di applicazione della clausola 4, per cui l'assetto normativo interno, ferma restando la sua successiva modificabilità nei limiti di cui alla clausola 8, punto 3, non può essere modificato con effetto retroattivo, andando ad incidere su una situazione giuridica coperta dalla tutela di cui alla clausola 4 e dunque sulla operatività della stessa"). Anche secondo la dottrina una norma successiva con efficacia retroattiva, quale il comma 7 dell'art. 32, che estende ai processi in atto l'eliminazione dell'equiparazione effettuata in precedenza dal legislatore tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, andrebbe a incidere su di un principio fondamentale del diritto comunitario, "implicando la necessità di rimuovere o non applicare tutte le disposizioni di legge successive al d.lgs. n. 368 del 2001 che impediscono l'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro" (S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 3, pag. 671 e ss.). Sul punto v. anche L. MENGHINI, secondo cui il divieto di applicazione retroattiva dell'art. 32 si spiegherebbe, a maggior ragione, dal fatto che la Corte (punto 49 della sentenza *Carratù*) abbia ritenuto superfluo rispondere alla sesta questione proposta dal giudice *a quo* relativa alla non conformità al diritto europeo dell'art. 32, comma settimo (L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, pag. 455 e ss.).

5. L'evoluzione del lavoro a termine nel pubblico impiego.

L'utilizzo del lavoro a termine presso le pubbliche amministrazioni è stato da sempre oggetto di contrastanti opinioni interpretative e contraddizioni legislative. Ciò deriva essenzialmente da due fattori. Il primo potrebbe essere definito come la "specificità dell'ambiente"²⁴³ in cui si innesta la disciplina del lavoro subordinato di matrice privatistica: le regole inerenti la prestazione lavorativa individuale, infatti, vanno temperate con le peculiarità organizzative e regolative dell'organizzazione in cui sono inserite, non di rado funzionali alla realizzazione di precetti di rilievo costituzionale²⁴⁴. Il secondo elemento è costituito dalla politicità degli interessi sottesi alla regolazione degli impieghi flessibili presso la pubblica amministrazione; l'esigenza di sopperire alle carenze d'organico, infatti, si scontra da "tempo immemorabile"²⁴⁵ con la necessità di contenere l'uso distorto, spesso di matrice clientelare, della normativa di stampo privatistico. Il risultato è stato un "andamento schizofrenico"²⁴⁶ degli orientamenti legislativi, efficacemente riassunto dall'immagine di un "pendolo" che oscilla tra movimenti di avvicinamento alle regole dettate per il lavoro privato e drastiche spinte verso la differenziazione dei due settori²⁴⁷.

Semplificando al massimo l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, si può indicare una prima fase in cui, sebbene fosse presente una disciplina *ad hoc* sull'utilizzo del contratto a tempo determinato presso la pubblica amministrazione²⁴⁸, lo stesso Consiglio di Stato mostrava notevole incertezza sull'applicabilità o meno della legge n. 230/1962 al pubblico impiego²⁴⁹. I dubbi

²⁴³ L'espressione è tratta da A. VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 137, 1, pag. 55.

²⁴⁴ Basta accennare, in questa sede, alla problematica relativa alla costituzione dei rapporti di lavoro, vincolata al rispetto del principio del concorso pubblico dall'art. 97 Cost. oppure ai vincoli di compatibilità finanziaria connessi al bilancio pubblico.

²⁴⁵ Così G. FERRARO, *Tipologie cit.*, pag. 39.

²⁴⁶ *Ibidem*, pag. 40.

²⁴⁷ Immagine evocata da B. CARUSO in *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, da *Lav. pubbl. amm.*, 2008, n. 3-4, pag. 465 e ss.

²⁴⁸ A mente del D. lgs. C.P.S. del 4 aprile 1947, n. 207, erano ammesse presso le amministrazioni statali assunzioni a termine di personale non di ruolo «di carattere eccezionale e straordinario di breve durata» (art. 12, comma 1). In senso ancora più restrittivo, il D.P.R. 31 marzo 1971, n. 276, subordinava l'assunzione temporanea di personale definito «straordinario» alla presenza di «esigenze indilazionabili e determinate nella durata» (art. 1, comma 1, lett. a) per un periodo di tempo complessivamente inferiore a 90 giorni (art. 1, comma 1, lett. b).

²⁴⁹ La prevalente giurisprudenza amministrativa riteneva applicabili le regole previste dal codice civile e dalla legge n. 230/1962, facendo leva sulla mancanza di una specifica normativa contraria e dell'esplicito rinvio operato al settore pubblico dall'art. 2129 cod. civ. (v. Cons. St., Ad. Plen. 21 giugno 1968, n. 15). Dagli anni '90, in poi, tuttavia, il Consiglio di Stato ha cambiato il proprio orientamento, ritenendo che le specifiche disposizioni sul personale non di ruolo delle pubbliche amministrazioni impedissero l'applicazione delle regole dettate per il settore privato, in particolare sulla convertibilità dei rapporti a termine illegittimi in contratti a tempo indeterminato, "con la precisa intenzione di sradicare il fenomeno delle assunzioni *contra legem* che appesantiscono il bilancio pubblico e creano a volte elefantiasi burocratica

permangono anche a seguito della c.d. privatizzazione del lavoro alle dipendenze delle P.A., fino alla novella legislativa del 1998, che espressamente richiama le fonti in materia di fattispecie contrattuali flessibili²⁵⁰. L'effetto ampliativo dell'area di ricorso al lavoro a termine, agevolato anche dall'entrata in vigore della nuova normativa generale del D. lgs. n. 368/2001, viene frenato dal legislatore del 2006 come reazione al "degenerato uso"²⁵¹ della flessibilità da parte delle pubbliche amministrazioni. Il punto di arrivo dell'ipertrofica produzione normativa è la soluzione di compromesso individuata dal legislatore del 2013, che dichiara applicabili in via generale tutte le disposizioni del settore privato, eccezion fatta per quelle inerenti le condizioni di ammissibilità dell'apposizione del termine finale e la possibilità di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato²⁵².

5.1 L'art. 36, comma secondo, del D.lgs. n. 165/2001: la necessaria ricorrenza della causale giustificatrice del termine .

La tendenza all'utilizzo restrittivo del lavoro a termine presso la pubblica amministrazione è stata seguita più volte dal legislatore, che ha alternato nel tempo la tecnica delle causali giustificatrici e quella della fissazione di un limite massimo di durata dei contratti a tempo determinato²⁵³. La versione attuale dell'art. 36, comma secondo, del Testo unico del pubblico impiego subordina l'assunzione a tempo determinato alla ricorrenza di esigenze di carattere «esclusivamente temporaneo o eccezionale», pena la nullità del rapporto e la responsabilità erariale dei dirigenti che lo abbiano stipulato²⁵⁴. La formula evoca quella già sperimentata dal legislatore del

e fermenti sociali" (così Ad. Plen. n. 6 del 1991; l'orientamento è stato ribadito nelle successive pronunce dell'Adunanza Plenaria nn.ri 1, 2, 5, 6 del 1992).

²⁵⁰ V. art. 22, comma 1, D. lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che modifica l'art. 36 del D. lgs. n. 29/1993, aggiungendo il settimo comma, a tenore del quale «le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale [...] si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa».

²⁵¹ Così si esprime la Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 3 del 19 marzo 2008, pag. 4.

²⁵² Art. 4 della legge n. 125 del 30 ottobre 2013, conversione in legge del d.l. 31 agosto 2013, n. 101.

²⁵³ Non sono mancate anche tecniche volte alla combinazione dei due elementi: il D.P.C.M. 30 marzo 1989, n. 127, cui rinviava la formulazione originaria dell'art. 36 del D. lgs. n. 29/1993, prevedeva la costituzione di rapporti a termine «di durata non superiore ad un anno, prorogabile per eccezionali esigenze a due anni» (art. 1) e soltanto «per qualifiche funzionali non superiori alla settimana» nell'ambito di specifici settori» (art. 2). Anche l'art. 36, commi primo e terzo, del D. lgs. n. 165/2001, nella versione modificata dalla legge finanziaria del 2008, disponeva che il lavoro a termine potesse essere utilizzato «solo per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi» oppure per «esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile» (art. 3, comma 79, legge n. 244/2007).

²⁵⁴ Art. 4, comma 1, legge n. 125/2013.

2006²⁵⁵, con la precisazione che i due aggettivi non devono ricorrere simultaneamente, ben potendo sussistere un'esigenza transeunte priva del connotato dell'eccezionalità²⁵⁶. L'inserimento dell'avverbio «esclusivamente» è diretto a rimarcare il principio secondo cui il ricorso al lavoro a termine da parte delle P.A. deve costituire una deroga rispetto all'assunzione a tempo indeterminato²⁵⁷. L'estremo rigore delle esigenze legittimanti l'apposizione del termine rende altresì piuttosto angusti i margini di manovra dell'autonomia collettiva, cui viene comunque demandata la regolamentazione della materia²⁵⁸. È sicuramente applicabile l'art. 1, comma secondo, del D. lgs. n. 368/2001, per cui la ragione giustificatrice del termine deve emergere dal testo contrattuale o da altri specifici documenti menzionati *per relationem*²⁵⁹.

5.2 I limiti alla reiterazione di rapporti a tempo determinato. Il rinvio al D. lgs. n. 368/2001 (art. 36, comma 5-ter, D. lgs. n. 165/2001).

Al pari del settore privato, anche nel pubblico impiego il legislatore ha dovuto fronteggiare fenomeni di utilizzo indiscriminato del contratto a tempo determinato, causati a volte dalle stesse

²⁵⁵ Si v. l'art. 4 della legge 9 marzo 2006, n. 80, che introduce all'art. 36 del D. lgs. n. 165/2001 il comma *l-bis*, a mente del quale «le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi».

²⁵⁶ In tal senso si v. la Circolare n. 5 del 21.11.2013 del Dipartimento della Funzione Pubblica, secondo cui la sostituzione della congiuntiva “e” con la disgiuntiva “o” è funzionale alla correzione di una precedente discrasia in ordine all'ammissibilità delle ragioni sostitutive, per loro natura transitorie, “ma non necessariamente di carattere eccezionale, giacché molto spesso prevedibili e programmabili” (il testo è reperibile dal sito http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1115955/circolare_n_5_2013_precariato.pdf). La dottrina aveva a suo tempo segnalato la possibile sovrapposizione dei due requisiti in relazione alle ipotesi sostitutive, proponendo di interpretare l'espressione “eccezionalità” non come “straordinarietà” od “occasionalità”, ma come “imprevedibilità” (cfr. G. FRANZA, *op. cit.*, pagg. 370-371).

²⁵⁷ Sul punto, v. M. RUSSO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego*, in *Jobs act cit.*, pag. 130.

²⁵⁸ Sul punto la dottrina prevalente ritiene che un intervento delle parti sociali coerente con l'esigenza che ricorrano esigenze temporanee o eccezionali possa essere solo di tipo integrativo-specificativo, ma non derogatorio (cfr. L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 533 e gli A. ivi citati; *contra* G. FRANZA, *op. cit.*, pag. 370, secondo cui non ha senso riconoscere un potere “meramente specificativo” della contrattazione collettiva in presenza di una norma specifica come quella dell'art. 36, ragion per cui l'unica soluzione rispettosa del ruolo dell'autonomia collettiva è quella che le riconosce una facoltà derogatoria rispetto alle causali di matrice legale).

²⁵⁹ La giurisprudenza ha ammesso che la specificazione delle ragioni giustificatrici del termine possa risultare “anche indirettamente nel contratto di lavoro e da esso *per relationem* in altri testi scritti accessibili alle parti, in particolare nel caso in cui, data la complessità e la articolazione del fatto organizzativo, tecnico o produttivo che è alla base della esigenza di assunzioni a termine, questo risulti analizzato in documenti specificatamente ad esso dedicati per ragioni di gestione consapevole e/o concordata con i rappresentanti del personale” (Cass. civ. n. 2279 del 01 febbraio 2010, dalla Banca dati *De Jure*).

scelte normative²⁶⁰. Nonostante ciò, le misure di contrasto degli abusi derivanti dalla reiterazione di contratti a termine per sopperire ad esigenze di personale stabili ed ordinarie si sono rivelate tutt'altro che dissuasive²⁶¹. Una delle cause della loro inefficacia è costituita dall'incessante e spesso imperfetta produzione normativa, idonea a produrre ancor più incertezza di quanta ne possa eliminare. Nel breve volgere di un anno, ad esempio, si è passati da una tecnica restrittiva, consistente nel divieto assoluto di rinnovo dei contratti a termine²⁶², ad un "estetico e spuntato obbligo di informazione"²⁶³, passando per il sistema del tetto massimo di durata dei rapporti flessibili, parallelo a quello stabilito nel settore privato dall'art. 5, comma 4-*bis* del D. lgs. n. 368/2001²⁶⁴.

Da ultimo, la legge n. 125 del 2013 ha previsto l'applicabilità congiunta delle tutele dell'art. 36 del D. lgs. n. 165/2001 e del D. Lgs. n. 368/2001, ammettendo l'integrazione della disciplina speciale ad opera di quella generale²⁶⁵. Di conseguenza, possono essere applicate al lavoro pubblico tutte le misure anti-elusive progressivamente predisposte nel settore privato, come la disciplina della proroga (art. 4)²⁶⁶, della riassunzione (art. 5, commi 3 e 4)²⁶⁷ e della durata massima della

²⁶⁰ I vincoli economici imposti dalle leggi finanziarie e la politica del blocco delle assunzioni hanno fatto in modo che il contratto a termine sia stato utilizzato "anche (se non soprattutto) per soddisfare esigenze permanenti di lavoro" (cfr. G. FRANZA, *op. cit.*, pagg. 360-361).

²⁶¹ Secondo GAROFALO "il legislatore ha preferito concentrarsi essenzialmente sulla fase genetica del rapporto, nulla cambiando, invece, in ordine alla tutela del lavoratore in caso di violazione da parte delle pubbliche amministrazioni dei limiti in tema di assunzioni a termine. Una normativa esclusivamente prevenzionistica non garantisce l'effettività della tutela dei lavoratori, laddove l'apparato sanzionatorio non sia idoneo a fungere da deterrente" (così R. GAROFALO, *Lavoro pubblico, abuso di contratto a termine e tutela risarcitoria*, in M. D'ONGHIA-M. RICCI (a cura di) *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, pag. 155).

²⁶² Art. 36, comma 3, D. lgs. n. 165/2001, nella versione riformulata dall'art. 3, comma 79, legge n. 244/2007: «in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale».

²⁶³ Il virgolettato è tratto da A. M. PERRINO, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv giur. lav.*, 2001, n. 4, pag. 511. L'A. allude all'art. 36, comma 3, D. lgs. n. 165/2001, come risultante dalle modifiche di cui all'art. 17, comma 26, d.l. n. 78 dell'1 luglio 2009, conv. in l. 3 agosto 2009, n. 102, secondo cui «al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno [...] le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate».

²⁶⁴ Il limite di utilizzo triennale nell'arco temporale di un quinquennio era stato previsto dall'art. 49 del d. l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 ed è rimasto in vigore fino al luglio 2009. Tale articolo, «al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile», obbligava le amministrazioni a non «ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio».

²⁶⁵ Il comma 5-*ter* dell'art. 36 del D. lgs. n. 165/2001 afferma esplicitamente che «le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni».

²⁶⁶ Il nuovo regime della proroga, congegnato sull'a-causalità dell'apposizione del termine, pone qualche dubbio di compatibilità rispetto all'obbligo di giustificazione previsto dall'art. 36, comma 2, D. lgs. n. 165/2001: al fine di non eludere tale obbligo, è necessario, pertanto, che ciascuna delle eventuali proroghe sia riconducibile ad un'esigenza di lavoro temporanea o eccezionale.

²⁶⁷ Secondo il parere reso in data 19.09.2012 dal Dipartimento della Funzione Pubblica, "il superamento di un nuovo concorso pubblico a tempo determinato da parte del soggetto che ha già avuto un rapporto di

successione contrattuale (art. 5, comma 4-*bis*)²⁶⁸. Riguardo a quest'ultimo limite, il tetto dei 36 mesi non si applica al settore scolastico ed a quello della sanità, ove prevale l'esigenza di garantire l'erogazione costante delle attività didattiche e delle prestazioni assistenziali²⁶⁹. Tale esclusione, come ha recentemente statuito la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, non legittima in ogni caso la reiterazione illimitata di contratti a termine se ciò avvenga "al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole"²⁷⁰.

5.3 L'apparato sanzionatorio: esclusione della stabilizzazione del rapporto di lavoro e tutela risarcitoria.

La divaricazione tra settore pubblico e privato riemerge in merito alle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'inosservanza della disciplina del ricorso al lavoro a termine: al pubblico impiego, infatti, non si applica il principale rimedio operante nell'ambito privato, ossia la trasformazione del contratto a tempo determinato illegittimo in rapporto *sine die*. L'art. 36, comma quinto, D. lgs. n. 165/2001, esclude che «la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori» mediante forme contrattuali flessibili possa comportare «la costituzione di rapporti a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni», fermo restando

lavoro a termine con l'amministrazione consente di azzerare la durata del contratto precedente ai fini del computo del limite massimo dei 36 mesi previsto dal d.lgs. 368/2001, nonché la non applicabilità degli intervalli temporali in caso di successione di contratti" (pag. 4, il testo del parere è reperibile da <http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1006387/parere%20alla%20ccaatorino.pdf>).

²⁶⁸ L'estendibilità del comma 4-*bis* dell'art. 5 era già sostenuta dalla dottrina a partire dalla necessità di riempire la lacuna venutasi a creare a seguito dell'eliminazione del limite alla reiterazione dei contratti a termine di cui al precedente testo del comma 3 dell'art. 36 del D.lgs. n. 165/2001 (v. L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pagg. 529-530 e L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con la p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. giur.*, 2011, n. 12, pag. 1243).

²⁶⁹ V. art. 10, commi 4-*bis* e 4-*ter*, D. lgs. n. 368/2001, introdotti, rispettivamente, dall'art. 9, comma 18, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e dall'art. 4, comma 5, del d.l. 13 settembre 2012, n. 158.

²⁷⁰ Così al punto n. 100 della motivazione della sentenza del 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, da www.curia.europa.eu. Ai giudici di Lussemburgo si sono rivolti, in ordine cronologico, il Tribunale di Napoli e la Corte Costituzionale, al fine di valutare la conformità rispetto alla clausola 5 dell'accordo quadro del 1999 in materia di prevenzione e sanzione degli abusi da successione di contratti a termine del sistema di conferimento di supplenze annuali al personale docente ed amministrativo fino allo svolgimento del concorso per l'immissione in ruolo (il testo delle due ordinanze di rimessione è reperibile da *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 2, pag. 341 e ss., nt. M. L. VALLAURI, *I "precari" della scuola arrivano davanti alla Corte di Giustizia*). Tale sistema -stabilito dall'art. 4, comma 1, legge n. 124/1999, la cui vigenza è fatta salva dall'art. 70, comma 8, D. lgs. n. 165/2001- era stato giudicato "compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro" dalla decisione della Sezione lavoro della Corte di Cassazione del 20 giugno 2012, n. 10127: nonostante la ripetizione necessaria degli incarichi, gli stessi "rimangono temporanei e collegati ciascuno alla specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico" (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *De Jure*). La Corte comunitaria, invece, ha confermato la tesi dei giudici *a quo*, escludendo che la copertura dei posti vacanti mediante reiterazione di rapporti di natura temporanea, in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alle supplenze ed in mancanza di una sanzione adeguata in caso di prolungato rinnovo dei contratti, costituisca una valida modalità di ricorso al rapporto a tempo determinato.

«il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione lavorativa». La legge n. 125/2013 ha aggiunto una disposizione *ad hoc* per il rapporto a termine, il comma 5-*quater*, secondo cui l'inosservanza delle norme di legge che regolano tale istituto (tanto la disciplina speciale dettata dall'art. 36 quanto la disciplina generale richiamata dal comma 5-*ter*) determina la nullità dell'intero contratto, oltre alla responsabilità erariale del dirigente responsabile²⁷¹.

La preclusione della conversione costituisce un tradizionale corollario della predetta nullità, ed è funzionale alla tutela del principio costituzionale di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. La sua *ratio*, secondo la Corte Costituzionale, è quella di porre un "freno ad assunzioni senza concorso, indiscriminate, clientelari, destinate a trasformarsi in assunzioni a tempo indeterminato con pregiudizio per la p.a. e per l'erario"²⁷². L'attuale ed esplicita formulazione del divieto, operata dal D. lgs. n. 80/1998, è stata nuovamente oggetto di scrutinio costituzionale nel 2003, ma anche in tale occasione la Consulta ha escluso l'esistenza della violazione del principio di uguaglianza, stante la strutturale diversità del profilo genetico del contratto che, salvo eccezioni, nel pubblico impiego soggiace alle peculiari esigenze di selezione concorsuale dei dipendenti²⁷³.

La scelta di differenziare le conseguenze sanzionatorie tra lavoro pubblico e privato è stata vagliata anche dalla Corte di Giustizia che l'ha ritenuta compatibile con il diritto comunitario sulla base dell'ampia discrezionalità di cui godono gli Stati Membri nello stabilire a quali casi e condizioni applicare la sanzione della trasformazione, purché, anche in assenza di tale rimedio, la normativa nazionale contenga un'altra misura, come la tutela per equivalente monetario, che sia idonea a contrastare efficacemente una ripetizione indiscriminata di contratti a tempo determinato²⁷⁴. La mancanza di parametri normativi di quantificazione del danno fa sì che la

²⁷¹ La norma riecheggia le formule già utilizzate dall'art. 3 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 («salve le eccezioni previste dal presente decreto, l'assunzione agli impieghi senza il concorso prescritto per le singole carriere è nulla di diritto e non produce alcun effetto a carico dell'Amministrazione») oppure dall'art. 4, del D.P.R. 31 marzo 1971, n. 276 («le assunzioni temporanee effettuate in violazione delle norme di cui ai precedenti articoli sono nulle di diritto, ferma restando la responsabilità del funzionario che le ha disposte»). Secondo la dottrina, con il comma 5-*quater* il legislatore avrebbe rafforzato ulteriormente il divieto di conversione del contratto a termine, escludendo la nullità della sola clausola temporale che avrebbe potuto consentire la conservazione del restante contratto in base ai principi civilistici (cfr. M. RUSSO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego*, in *Jobs act cit.*, pag. 133).

²⁷² Sentenza n. 40 del 3 marzo 1986, reperibile dal sito www.giurcost.org.

²⁷³ Sentenza 13 marzo 2003, n. 89, reperibile dal sito www.giurcost.org. Secondo la dottrina, "piuttosto che sulla necessità costituzionale del rispetto del principio concorsuale, le motivazioni della diversità dell'apparato sanzionatorio dell'art. 36 d.lgs. 165/01 [...] poggiano sulla necessità di contenimento, controllo e razionalizzazione della spesa pubblica" (così P. CHIECO, *I contratti "flessibili" della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, n. 3-4, pag. 498; nello stesso senso anche P. SARACINI, *op. cit.*, pagg. 174-175, che sottolinea come il limite principale della sentenza è quello di non aver considerato che anche il reclutamento del personale a termine è soggetto a "procedure selettive pubbliche, dirette ad individuare i più capaci e meritevoli").

²⁷⁴ L'idoneità e l'effettività del rimedio risarcitorio nel prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti a tempo determinato non può che essere

responsabilità della ricerca di un'interpretazione conforme al diritto europeo gravi interamente sui giudici di merito nazionali, i quali però “faticano a trovare un comune denominatore”²⁷⁵. Vi è, innanzitutto, un filone giurisprudenziale minoritario, circoscritto all'ipotesi della successione di rapporti a termine, propenso ad escludere la compatibilità tra l'art. 36, comma 5, D. lgs. n. 165/2001 e la clausola n. 5 della Direttiva 1999/70/CE a causa della mancanza di parametri uniformi e determinati di quantificazione del danno che impedisce di garantire una tutela efficace nei confronti dei lavoratori²⁷⁶. Dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno ribadito, tuttavia, la necessità di mantenere fermo il divieto di stabilizzazione, a presidio non solo del principio del reclutamento tramite concorso, ma anche delle esigenze di programmazione del personale e di contenimento dei costi, scongiurando ampliamenti abnormi degli organici²⁷⁷. Secondo un orientamento, la fattispecie prevista dall'art. 36 costituisce un'ipotesi speciale “non classificabile secondo i paradigmi civilistici tradizionali della responsabilità”²⁷⁸, giacché è diretta sia a “compensare l'inapplicabilità delle tecniche di conversione o trasformazione del contratto di lavoro nullo operanti nel settore privato”²⁷⁹ che a svolgere “una fondamentale funzione dissuasiva per l'ente pubblico”²⁸⁰. Altre

valutata dal giudice interno, essendo sprovvisti i giudici comunitari di competenza sull'interpretazione del diritto interno (punto n. 54 della sentenza *Marrosu-Sardino*, causa C-53/04, pubbl. in *Foro it.*, 2007, IV, pag. 72 e ss.).

²⁷⁵ Così L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 542. Le citate disposizioni di razionalizzazione delle P.A. (legge 30 ottobre 2013, n. 125) hanno perso l'ulteriore occasione di dare certezza al regime risarcitorio, mantenendo in vigore un sistema “blando” ed “indeterminato nel *quantum*” (v. B. CARUSO, *op. cit.*, pag. 478), foriero di dubbi ed incertezze applicative. La vicenda relativa all'art. 36, secondo FERRANTE, “val bene a chiarire quali possano essere le conseguenze che discendono dalla necessità di conformare l'ordinamento interno alle direttive comunitarie, soprattutto quando il legislatore abbia ad omettere ogni seria attività di trasposizione, affidando interamente alla giurisprudenza la soluzione di questioni che, invece, imporrebbero un preciso esercizio del potere legislativo” (V. FERRANTE, *Tutela multilivello, norme ambigue, definizione dei ruoli. Il caso del contratto a termine*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 2-3, pag. 423).

²⁷⁶ La stabilizzazione del rapporto diviene secondo tale orientamento l'unica misura idonea a prevenire e sanzionare la reiterazione abusiva di contratti a termine (condividono questa soluzione Trib. Siena, sez. lavoro, 27 settembre 2010, dalla Banca dati *De Jure*; Trib. Trani, sez. lavoro, 15 marzo 2012, n. 1545, reperibile dal sito internet <http://www.giustiziadellavoro.it/public/sentenzaTrani.pdf>; Trib. Livorno, sez. lavoro, 25 gennaio 2011, n. 428, dal sito internet http://www.dirittoscolastico.it/files/tribunale_di_livorno_-_sentenza_del_25-01-11.pdf; Trib. Napoli, 18 giugno 2011, reperibile dal sito internet http://www.giuffre.it/it-it/products/60015/R010351103_internet.pdf). In via di *obiter*, anche la Sezione lavoro della Corte di Cassazione ha riconosciuto la conversione del rapporto “dopo trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario” quale eventuale misura volta a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (sentenza del 23 dicembre 2014, n. 27363, reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

²⁷⁷ Cfr. L. MENGHINI, *La conversione cit.*, pag. 1240; L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pagg. 536-537 e gli ampi richiami di dottrina e giurisprudenza ivi contenuti.

²⁷⁸ Così L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 2007, IV, pag. 348. In giurisprudenza, definisce la norma “speciale in ragione di un proprio specifico regime sanzionatorio” la sentenza della Cass. sez. lav. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pag. 143.

²⁷⁹ I virgolettati sono tratti da C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, n. 2, pag. 486. Parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la tutela risarcitoria compensativa della stabilizzazione del rapporto operi soltanto nell'ipotesi, “coperta” dall'accordo-quadro

impostazioni qualificano la responsabilità *de qua* come contrattuale²⁸¹ oppure precontrattuale²⁸². Una diversa opzione interpretativa ritiene, invece, che il danno risarcibile rientri nell'alveo della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ. come conseguenza dell'"abusivo utilizzo da parte della P.A. di una prestazione lavorativa" e non della "violazione di clausole pattizie"²⁸³.

L'altro *punctum dolens* è rappresentato dalla liquidazione delle poste risarcitorie, su cui permangono notevoli divergenze applicative. L'unica certezza, tra gli interpreti, è che il danno derivante dalla prestazione lavorativa non possa coincidere solo con le retribuzioni maturate in forza dell'art. 2126 cod. civ.²⁸⁴. Le tesi prevalenti ammettono la risarcibilità di ulteriori somme al fine di "eguagliare gli effetti di una conversione del rapporto"²⁸⁵ o compensare i pregiudizi sofferti

europeo, dell'abusivo ricorso ad una successione abusiva di contratti a termine (G. FRANZA, *op. cit.*, pagg. 384-385). Al contrario, qualora sia impugnato un primo o unico contratto a termine (estraneo all'ambito di operatività dell'accordo-quadro) il risarcimento per equivalente "non è chiamato a soddisfare i principi comunitari di effettività ed equivalenza, ossia a costituire una misura idonea a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (misura che deve essere appunto effettiva e dissuasiva), e, al contempo, non meno favorevole di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna" (così Trib. sez. lav. Firenze 27 gennaio 2011, reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

²⁸⁰ Così App. Firenze, sez. lav., 16 ottobre 2013, n. 1054, reperibile dalla Banca dati *De Jure*. Di recente, anche la giurisprudenza di legittimità ha valorizzato la peculiarità del rimedio risarcitorio, inteso come una "sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro" ed "unico vero strumento che può consentire alla P.A. datrice di lavoro, dopo la condanna subita, di agire nei confronti del dirigente responsabile a titolo di colpa grave" (così Cass. sez. lav. 23 gennaio 2015, n. 1260, reperibile dalla Banca dati *De Jure*).

²⁸¹ Aderisce a tale ricostruzione P. SARACINI, *op. cit.*, pagg. 181-182: l'illecita apposizione del termine, secondo l'A., non impedisce che "un rapporto giuridico su base contrattuale si sia comunque instaurato". La responsabilità contrattuale derivante da contatto sociale qualificato, quale quello intercorrente di fatto tra la P.A. ed il lavoratore illegittimamente assunto a tempo determinato, è affermata invece da Trib. Trapani 15 febbraio 2013 (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *Unico lavoro- Il Sole 24 ore*).

²⁸² Cfr. C. ZOLI, *op. cit.*, pag. 486, secondo cui l'azione risarcitoria introdotta dall'art. 36 presenta "molti elementi in comune con la fattispecie generale di cui all'art. 1338 cod. civ."

²⁸³ Così Trib. Foggia sez. lav. 6 novembre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, n. 4, pag. 915. In proposito la dottrina osserva come la soluzione in questione esporrebbe il lavoratore a maggiori difficoltà sul piano probatorio ed alla riduzione a cinque anni del termine prescrizione, potendolo tuttavia avvantaggiare dal punto di vista della liquidazione del danno, "potendo attingere ad una casistica risarcitoria molto ampia" (L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pag. 554). Dal punto di vista teorico, poi, è stato rilevato che se è vero che la violazione da parte della P.A. di norme poste a tutela dell'interesse generale "trascende gli specifici aspetti intersoggettivi", è "altrettanto vero che nel diritto del lavoro la norma imperativa non è affatto estranea alla regolamentazione degli interessi propri di una relazione contrattuale" (P. SARACINI, *op. cit.*, pagg. 180-181).

²⁸⁴ Tali somme rimangono acquisite al lavoratore sulla base della loro "natura retributiva e non risarcitoria" (v. S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, D. lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pag. 150).

²⁸⁵ Così L. MENGHINI, da *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della corte di Giustizia del 2006*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, n. 6, pag. 1125: secondo l'A. il risarcimento dovrebbe tendenzialmente comprendere le mancate retribuzioni per gli eventuali intervalli non lavorati, nonché le retribuzioni che sarebbero state corrisposte se il rapporto fosse proseguito oltre la scadenza del termine, con detrazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*. In giurisprudenza, v. la sentenza del Tribunale di Trapani del 15 febbraio 2013, che quantifica in via equitativa il risarcimento del danno sulla base di tutte le retribuzioni percepibili negli anni lavorativi residui fino al raggiungimento dell'età pensionabile (la sentenza è reperibile dalla Banca dati *Unico lavoro- Il Sole 24 ore*). Il problema di tale impostazione, come evidenziato dallo stesso MENGHINI, risiede però nel carattere eccessivamente ipotetico

a causa dell'interruzione di una relazione lavorativa che abbia avuto un'esecuzione prolungata nel tempo²⁸⁶. È controverso, in dottrina ed in giurisprudenza, se la tutela per equivalente *ex art. 36*, comma quinto, D. lgs. n. 165/2001, presupponga la dimostrazione delle specifiche circostanze che comportano la lesione degli interessi del lavoratore, oppure se sia configurabile un danno *in re ipsa*, coincidente con l'evento stesso della prestazione lavorativa²⁸⁷. In una prospettiva di semplificazione degli oneri probatori, non sono mancati tentativi di forfetizzazione del meccanismo risarcitorio. Il parametro maggiormente in uso è stato individuato nelle 15 mensilità di retribuzione attribuite dall'art. 18 della legge n. 300/70 al dipendente che, avendo diritto alla reintegra nel posto di lavoro, vi rinunci²⁸⁸. Molte pronunce si basano sullo stesso articolo per elevare il risarcimento a 20 mensilità²⁸⁹; altre ritengono utilizzabile l'art. 8 della legge n. 604/1966²⁹⁰; altre ancora richiamano

del calcolo del probabile periodo lavorativo successivo all'ultimo contratto a termine. Secondo un'altra parte della dottrina "il danno da mancata conversione è una piccola genialata dei giudici, che hanno fatto dire alla legge qualcosa che la legge neanche si sognava di dire", in quanto il risarcimento "riguarda solo la prestazione- come dice la legge- ed è un risarcimento per il periodo lavorato, non per il mancato consolidamento del posto" (cfr. M. MISCIONE, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico cit.*, pagg. 185-186).

²⁸⁶ Si v. ancora C. ZOLI, *op. cit.*, pag. 486: "la disposizione in esame si manifesta estremamente ricca di potenzialità poiché il danno può attenersi alla dignità, all'immagine, alla reputazione, alla professionalità, alla perdita di ulteriori occasioni di lavoro".

²⁸⁷ Secondo un primo orientamento il danno "si produce per il fatto stesso della relazione contrattuale" e quindi "è sempre e comunque dovuto", anche in assenza di specifiche allegazioni (v. P. SARACINI, *op. cit.*, pag. 182; App. Genova 19 novembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, n. 12, pag. 2973 e ss., nt. CIRIELLO; da ultimo, Cass. sez. lav. 23 gennaio 2015, n. 1260, reperibile dalla Banca dati *De Jure*, secondo cui il lavoratore è esonerato "dalla prova di un danno effettivamente subito"). L'opposta interpretazione ritiene invece che "debba essere fornita prova del danno subito in concreto" (così S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, pag. 150; C. ZOLI, *op. cit.*, pag. 488; A. M. PERRINO, *op. ult. cit.*, pag. 528; in giurisprudenza, si v. App. Napoli 24 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, pag. 1591 e ss.; Cass. civ. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pag. 138 e ss.). Per un'esauritiva panoramica degli orientamenti si rinvia a L. DI PAOLA- I. FEDELE, *op. cit.*, pagg. 544-549, nonché ad E. ALES, *Contratto a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 1, pagg. 86-95. Di recente, il Tribunale di Aosta (ordinanza del 3 gennaio 2012) ha richiesto alla Corte di Giustizia la valutazione di conformità al diritto comunitario dell'interpretazione che subordina il risarcimento del danno alla prova concreta, anche indiziaria, ma comunque precisa, della perdita di migliori occasioni di lavoro. La pronuncia della Corte UE (ordinanza *Papalia* del 12 dicembre 2013, causa C-50/13, in *Foro it.*, 2014, parte IV[^], pag. 73 e ss., con nota adesiva di A. M. PERRINO *La Corte di Giustizia come panacea dei precari?*) ha confermato l'incompatibilità, rispetto all'accordo quadro in materia di lavoro a tempo determinato, di un eventuale regime probatorio che abbia "come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione" (punto 34), rimettendo al giudice nazionale l'accertamento e la verifica di tale circostanza, specie alla luce dell'argomentazione del governo italiano secondo cui il ricorso ad elementi indiziari gravi, precisi e concordanti agevolerebbe l'onere della prova a carico del danneggiato (punto 33).

²⁸⁸ Rappresentando, per l'ordinamento, la "misura oggettiva del valore di un posto di lavoro a tempo indeterminato" (App. Firenze, sez. lav., 16 ottobre 2013, n. 1054, reperibile dalla Banca dati *De Jure*; Trib. Genova sez. lav., 14 maggio 2007, che risolve la controversia che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sfociato nella sentenza del 7 settembre 2006 *Marrosu-Sardino*; in dottrina, v. P. SARACINI, *op. cit.*, pag. 185, secondo cui si tratterebbe di una "sorta di valore minimo garantito al lavoratore").

²⁸⁹ Ottenute sommando le cinque mensilità pari alla misura minima prevista dal comma 4 dell'art. 18, della legge n. 300/1970 (ante riforma del 2012) e le quindici mensilità corrispondenti all'indennità sostitutiva della

il sistema introdotto nel settore privato dall'art. 32 del c.d. "Collegato lavoro"²⁹¹. Rimane ineludibile, pertanto, un ennesimo intervento legislativo che individui un criterio di valutazione omogeneo per la quantificazione del danno derivante dall'esecuzione di una prestazione lavorativa a tempo determinato *contra legem*.

reintegra prevista dal comma 5 dell'art. 18 (v. App. L'Aquila 03 luglio 2013, reperibile dalla Banca dati *De Jure*; App. Genova 19 novembre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, n. 12, pag. 2973 e ss., nt. CIRIELLO).

²⁹⁰ V. Cass. sez. lav. 23 gennaio 2015, n. 1260, reperibile dalla Banca dati *De Jure*. In base a tale norma l'entità del risarcimento può variare da «un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», con la possibilità di maggiorarla «fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro».

²⁹¹ Cass. sez. lav. 21 agosto 2013, n. 19371, che applica d'ufficio lo *ius superveniens* costituito dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, senza riportare alcuna motivazione su tale scelta (la sentenza è pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 1, pagg. 82-84; v. anche Trib. Chieti 30 marzo 2012, in *Notiz. riv. giur. lav.*, 2012, n. 2, pag. 17; *contra*, v. Cass. sez. lav. 23 gennaio 2015, n. 1260, reperibile dalla Banca dati *De Jure*, che giudica "ingiustificato e riduttivo il ricorso al sistema indennitario omnicomprensivo previsto dalla l. 183 del 2010"). L'applicazione estensiva dell'art. 32 agevolerebbe sul piano probatorio la posizione del lavoratore e porrebbe fine alle divergenze interpretative in ordine ai criteri di liquidazione del danno. In dottrina, si v. PERRINO, che sottolinea i vantaggi di questa "intelaiatura comune di tutela" tra lavoro privato e lavoro pubblico: il lavoratore-creditore non dovrebbe dare prova del danno subito, né provarne la gravità, né avrebbe necessità della messa in mora (A.M. PERRINO, *La Corte cit.*, pag. 91 e ss). Ancora più netta l'approvazione di ALES, secondo cui "la quantificazione "forfetizzata" o "indennitaria" del danno sembra risultare l'unica soluzione plausibile per far sì che l'apparato sanzionatorio considerato consistente nel solo diritto al risarcimento del danno risulti in linea con i parametri richiesti dal diritto comunitario" (E. ALES, *op. cit.*, pag. 93).

CAPITOLO II

IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN FRANCIA

SOMMARIO: 1. *Excursus* storico: dal principio di libertà a quello di tassatività delle ragioni legittimanti il contratto a tempo determinato.- 2. Le fattispecie previste dal *Code du travail*.- 2.1 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni oggettive.- 2.2 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni soggettive.- 3. I limiti all'utilizzo dei *contrats de travail à durée déterminée*.- 3.1 Le prescrizioni formali: atto scritto *ad substantiam* e contenuto obbligatorio del contratto di assunzione. - 3.2 Il sistema dei divieti.- 3.3 I vincoli alla prosecuzione del primo rapporto a termine.- 3.3.1 L'esigua possibilità di proroga del contratto.- 3.3.2 Protrazione *ultra tempus* e trasformazione automatica del rapporto a tempo indeterminato.- 3.3.3 Le misure dissuasive alla successione di contratti a termine sullo stesso posto di lavoro.- 4. Il divieto di non discriminazione in base alla durata della relazione lavorativa.- 5. La tutela spettante in conseguenza dell'invalidità del termine.- 6. I rapporti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: la distinzione tra *fonctionnaires* ed *agents contractuels*.- 6.1 L'elencazione dei motivi obiettivi di apposizione del termine nelle tre *fonctions publiques*.- 6.2 I vincoli all'uso dei *contrats de travail à durée déterminée*.- 6.2.1. Gli oneri formali.- 6.2.2. I limiti di durata.- 6.3 L'apparato sanzionatorio: divieto di *requalification* e tutela risarcitoria.

1. *Excursus* storico: dal principio di libertà a quello di tassatività delle ragioni legittimanti il contratto a tempo determinato.

Per quasi due secoli l'ordinamento francese ha mantenuto in materia di durata del contratto di lavoro un'unica regola, il divieto di obbligarsi «se non a tempo o per un'impresa determinata»¹. Dalla fine degli anni '70 in poi, si è assistito, invece, ad un continuo mutamento della normativa in materia, quale riflesso dell'alternanza delle diverse compagini governative del periodo, fino alla definitiva stabilità che ha caratterizzato i decenni successivi². La disciplina dei *contrats à durée*

¹ «On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée» (art. 1780 del *Code civil*, datato 1804, ed art. 20 del *Code du travail* del 1910, reperibili da <http://gallica.bnf.fr>). La necessità di un'alienazione limitata e predeterminata dell'uso delle proprie energie mentali e fisiche discendeva direttamente dal principio fondamentale di libertà personale del lavoratore, e fungeva da deterrente contro le servitù consuetudinarie dell'*ancien régime*. La norma discende, tra gli altri, dal pensiero del ROUSSEAU, il cui “Contratto sociale” del 1762 ripugnava la schiavitù come “diritto nullo”, “illegittimo”, “assurdo” ed “insignificante” (Cap. IV, Libro I°, passi riportati da M. ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Madrid, 1979, pag. 77). Con espressioni che richiamano quasi letteralmente il ROUSSEAU, anche KANT nei suoi “Principi metafisici della Dottrina del diritto” del gennaio del 1797 si schierava apertamente contro il servilismo: “il contratto con cui una parte rinuncia a tutta la sua libertà a beneficio altrui, cessando, quindi, di essere una persona, è una contraddizione. Tale contratto è quindi nullo e privo di effetti” (Cap. II, Parte I, pagg. 110-111, riportate da M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pag. 98).

² L'impianto attuale della disciplina risale, infatti, alla riforma del 1990, e solo nel 2002 il legislatore è intervenuto per apportarvi “alcuni ritocchi”, in particolare per quanto riguarda la lotta al ricorso abusivo alla successione di rapporti a termine, che rappresenta lo scopo perseguito dalla Direttiva comunitaria 1999/70/CE, clausola n. 5 (cfr. I. DAUGAREILH, *L'esperienza francese: tra il miglioramento dello «statut»*

déterminée (CDD) del settore privato è interamente contenuta all'interno del codice del lavoro: l'unica fattispecie extra-codicistica, il c.d. *CDD à objet défini*, ha cessato la sua sperimentazione il 26 luglio 2014, in attesa dell'eventuale "*perennisation*", che comporterebbe "il solenne ingresso nel *Code du travail*"³.

La prolungata neutralità del legislatore è dovuta a due fattori. Il primo è il rispetto della libertà contrattuale delle parti, considerata la fonte principale nella determinazione della durata delle relazioni di lavoro⁴, solo eccezionalmente oggetto di limitazione da parte del legislatore⁵ o degli organi giurisdizionali⁶. Il secondo fattore è la fiducia riposta nella capacità della magistratura di tutelare efficacemente la parte più debole del rapporto⁷. La prima disciplina del CDD, inserita nel

del lavoratore e il contrasto alla precarizzazione dei lavori, in A. GARILLI – M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, pagg. 269-271).

³ L'espressione è di M. V. BALLESTRERO, da *Flexicurity à la française: l'accordo di gennaio 2008 sul mercato del lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, n. 2, pag. 247. Il contratto in questione è stato introdotto a titolo sperimentale per cinque anni dall'art. 6 della legge n. 596 del 25 giugno 2008. Si tratta di un contratto di lavoro subordinato di durata variabile da un minimo di 18 a un massimo di 36 mesi, non rinnovabile, legato alla realizzazione di un progetto definito, e riservato ad ingegneri e quadri. Per una disamina esaustiva della fattispecie, si rinvia ad ANTONMATTEI P.H., DERUE A., FABRE D., FRANCOIS G., JOURDAN D., MORAND M., VACHET G., VERKINDT P., *Le contrat de travail à durée déterminée*, Wolters Kluwer, 2012, pagg. 117-129.

⁴ La conoscenza del carattere provvisorio del rapporto e libertà di scelta rispetto alla pattuizione della clausola di durata sono i criteri principali utilizzati dalla giurisprudenza più risalente al fine di distinguere il contratto a tempo indeterminato dal contratto a termine (v. G. POULAIN, *La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée*, Parigi, 1971, pagg. 24-26 e le pronunce ivi citate).

⁵ L'unica limitazione all'autonomia delle parti contemplata dal *Code du travail* è, fino al 1979, di natura formale (art. 22, sull'obbligo di forma scritta per contratti superiori ad un anno).

⁶ La giurisprudenza francese ha da sempre adottato un'interpretazione rigorosa del concetto di "impresa determinata". Così, ad esempio, se nel lavoro a cottimo non fosse stato predeterminato all'atto dell'assunzione il numero di pezzi da produrre, l'eventuale pattuizione del termine avrebbe perso ogni giustificazione, ed il rapporto di lavoro sarebbe stato ricondotto nell'alveo del contratto a tempo indeterminato (v. *Cass. soc.* 7 gennaio 1943, in G. POULAIN, *La distinction cit.*, pag. 29 e P. DURAND, *Traité de droit du travail*, Parigi, 1950, pag. 314). Altrettanto restrittiva era l'interpretazione dei giudici di legittimità francesi sul c.d. *contrat de chantier*, in cui la durata del rapporto era stabilita in funzione della realizzazione dei lavori in un cantiere. Secondo la Corte, infatti, soltanto in presenza di un preciso collegamento tra le opere specifiche da svolgere e la data di fine lavori il rapporto di lavoro si sarebbe potuto svolgere nella forma del contratto a tempo determinato (v. *Cass. soc.*, 11 maggio 1964, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr e citata anche da G. POULAIN in *La distinction cit.*, pag. 33). Quest'orientamento è ormai consolidato nel tempo, in quanto la *Court de Cassation* ritiene tutt'oggi che "*le contrat de travail conclu pour la durée d'un chantier est, en principe, un contrat à durée indéterminée*" (*Cass. soc.* 2 giugno 2010, n. 09-41416, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). Analogamente, la Corte ha ritenuto illegittimi i contratti a termine stipulati "per la durata di una società" (*Cass. soc.* 5 maggio 1959, citata da F. SARAMITO in *Le contrat de travail a durée déterminée*, in *Droit ouvrier*, 1966, pag. 228) o "per il periodo in cui la società continuerà a stampare un giornale" (*Cass. soc.* 2 febbraio 1943, citata da F. SARAMITO in *Le contrat cit.*, pag. 228).

⁷ Si pensi all'orientamento inaugurato alla fine degli anni Cinquanta dalla giurisprudenza che, preso atto della mancanza di tutela dell'aspettativa del lavoratore di proseguire il rapporto contrattuale giunto a scadenza, estende il proprio sindacato ai motivi del mancato rinnovo dei contratti a durata delimitata (c.d. *droit de non renouvellement*) attraverso l'applicazione analogica della norma dettata in materia di recesso pregiudizievole dal contratto a tempo indeterminato, l'art. 1780 del *code civil*. In particolare, si v. *Cass. soc.* 30 maggio 1958, in *Dr. soc.*, 1958, pag. 616, citata da F. SARAMITO, *Le contrat cit.*, pag. 232, e da G.

Code du travail dalla legge 3 gennaio 1979, n. 11, promuoveva l'utilizzo di tale fattispecie contrattuale, senza stabilire alcuna preferenza o gerarchia tra il lavoro a termine e quello a durata indeterminata⁸. Di segno diametralmente opposto è la riforma del 1982, che abbandona il principio quasi bicentenario della libertà di scelta della durata del rapporto di lavoro e considera il contratto a durata determinata un'ipotesi eccezionale⁹, limitata ai soli casi tassativamente contemplati dal legislatore¹⁰, alcuni dei quali soggetti ad autorizzazione amministrativa¹¹ e circoscritti nel tempo¹². I successivi mutamenti di governo provocano dei cambiamenti alla disciplina del 1982¹³, fino al

POULAIN, *La distinction cit.*, pag. 211. La controversia scaturiva dal mancato rinnovo di un contratto stagionale nel settore termale dopo sette anni di pacifica applicazione della regola stabilita dal contratto collettivo di settore che attribuiva al prestatore di lavoro un diritto di riconferma annuale. La Cassazione aderisce all'interpretazione del giudice di primo grado, sentenziando che, pur godendo anche il datore di lavoro di un diritto di non rinnovo del contratto, nel caso di specie tale diritto era stato utilizzato in modo abusivo, in quanto fondato unicamente sulla discriminazione del lavoratore stagionale. Il primo A., ricorda, tuttavia, le difficoltà di ordine pratico comunque incontrate dai lavoratori che intendevano dimostrare la carenza di legittimità della decisione datoriale di non prolungare il rapporto venuto a naturale scadenza, essendo gravati dell'onere della dimostrazione dell'*abus de droit* esercitato dal proprio datore di lavoro.

⁸ Il provvedimento aveva ampliato il ricorso ai casi di rapporti a termine con *dies incertus*, come il c.d. "contratto di cantiere", stipulato per la variabile ed incerta durata di un cantiere, in precedenza osteggiato dalla giurisprudenza (v. nota n. 5; cfr. G. POULAIN, *La loi n. 79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de de travail à durée déterminée*, in *Dr. soc.*, 1979, n. 3, pagg. 69-71 e G. LYON-CAEN, *Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, in *Dr. soc.*, 1980, n. 9-10, pag. 10). Ciò aveva determinato un sensibile aumento della forza-lavoro precaria, passata nel settore industriale e commerciale dall'1,4% dell'aprile 1977 al 3% dell'aprile 1980 (dati contenuti nel preambolo dell'*Ordonnance* n. 82-130 del 5 febbraio 1982 e riportati da F. SARAMITO, *Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée?*, *Dr. ouvr.*, 1982, n. 412, pag. 403).

⁹ "La scelta tra una durata determinata o indeterminata [...] non è più lasciata discrezionalmente al solo gioco della libertà contrattuale" (F. SARAMITO, *op. ult. cit.*, pag. 404): in virtù dell'art. L. 121-5 del *Code du travail*, introdotto dall'*Ordonnance* n. 82-130 del 5 febbraio 1982, "*le contrat de travail est conclu sans détermination de durée*", e l'assunzione a termine, in quanto deroga alla forma comune di rapporti di lavoro, è ammessa nei casi ed alle condizioni tassativamente enumerati dalla legge. La novella del 1982 va letta, secondo la dottrina, insieme alla coeva modifica del lavoro interinale, nel quadro di un più ampio progetto legislativo di aumento del costo della manodopera temporanea, di limitazione dei casi di assunzione della stessa e di lotta alla discriminazione, allo scopo di "distogliere gli imprenditori da tali tipi contrattuali" (G. POULAIN, *La réforme du contrat de travail à durée déterminée*, in *Dr. soc.*, 1982, n. 4, pag. 368).

¹⁰ I casi previsti dall'*Ordonnance* n. 82-130 del 5 febbraio 1982 sono (artt. L. 122-1 e L.122-3 del *Code du travail*): 1) sostituzione di lavoratori assenti; 2) aumento eccezionale e temporaneo di attività; 3) svolgimento di attività occasionale, precisamente definita e non permanente; 4) attività di carattere stagionale; 5) attività per le quali non via sia l'uso costante di ricorrere al contratto a tempo indeterminato, in ragione della natura dell'attività o del carattere temporaneo del lavoro (c.d. *contrats d'usage*).

¹¹ L'autorizzazione del Direttore dipartimentale del lavoro era prevista dall'art. L. 122-1-1 del codice in due casi: 1) l'aumento eccezionale di attività, comprese le esportazioni, tali da richiedere l'utilizzo di manodopera temporanea per più di sei mesi e 2) la sostituzione di un lavoratore a tempo indeterminato, il cui posto non poteva essere rimpiazzato da un altro lavoratore stabile a causa di sospensioni di attività o cambiamenti nelle tecniche di produzione, previa consultazione del *Comité d'entreprise*.

¹² Nei casi n° 2) e n° 3) la durata legale massima è rispettivamente di sei e dodici mesi; nelle altre ipotesi il legislatore ritiene non necessario fissare un tetto massimo, trattandosi di attività per loro natura temporanea oppure, come nel caso della sostituzione di lavoratore assente, variabile a seconda del motivo dell'assenza stessa.

¹³ L'*Ordonnance* n. 86-948 dell'11 agosto 1986 opera una scelta diversa rispetto al legislatore del 1982, elencando in maniera tassativa solo le ipotesi in cui non è richiesta una scadenza precisa, ossia sostituzione

definitivo consolidamento del modello garantista, avvenuto nel 1990 con il recepimento di un Accordo confederale sui contratti interinali ed a tempo determinato¹⁴. La legge n. 613 del 12 luglio 1990 è incentrata su tre punti fondamentali: il ritorno alla tecnica normativa della lista limitativa dei casi di ricorso al contratto di lavoro a termine, l'ampliamento delle presunzioni assolute di indeterminatezza del rapporto e l'introduzione di fattispecie di reato a presidio delle prescrizioni relative alla disciplina dei *CDD*. Il carattere eccezionale del rapporto a tempo determinato è confermato dalla sua nuova definizione legale, secondo cui «non può avere né per oggetto né per effetto di occupare durevolmente un posto di lavoro legato all'attività normale e permanente dell'impresa» e non «può essere concluso se non per l'esecuzione di un compito preciso e temporaneo»¹⁵.

2. Le fattispecie previste dal *Code du travail*.

2.1 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni oggettive.

L'elenco delle causali giustificatrici dell'apposizione del termine è rimasto sostanzialmente inalterato dal 1990 in poi; le ipotesi contemplate dalla legge sono:

- a) la sostituzione di dipendenti assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro (c.d. *contrat de remplacement*)¹⁶;
- b) l'aumento imprevedibile dell'attività di impresa (c.d. *contrat pour l'accroissement temporaire de l'activité*)¹⁷;

di personale, contratti stagionali e *d'usage*. Negli altri casi, l'art. L. 122-1 prescriveva alle parti unicamente la fissazione di una data esatta di estinzione del contratto, nonché di non superare la durata massima di 24 mesi comprensiva di eventuali (due) rinnovi.

¹⁴ Nel Preambolo dell'Accordo tali forme contrattuali vengono considerate strumenti di “innegabile utilità economica” per fronteggiare “esigenze momentanee di manodopera” e contribuire “all’inserimento o al riadattamento professionale delle persone prive di impiego”. Il testo completo dell'*Accord national interprofessionnel relatif aux contrats à durée déterminée et au travail temporaire*, datato 24 marzo 1990, è disponibile sul sito dell'Unione delle industrie metallurgiche <http://uimm.fr/textes-conventionnels/accords-nationaux-interprofessionnels>.

¹⁵ Art. L. 122-1 del *Code du travail*, attualmente L. 1242-1 ed L. 1242-2.

¹⁶ Art. L. 1242-2, n° 1, del *Code du travail* (art. L.122-1, prima della nuova numerazione avvenuta nel 2008). Nel 2003 la *loi* n° 721 del 1 agosto ha inserito l'ulteriore fattispecie dell'assunzione a termine per integrare la prestazione di un lavoratore a seguito della trasformazione del suo contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. L'intervento legislativo è stato osteggiato all'unanimità dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in quanto, a rigore, la mera riduzione delle ore di lavoro non rientra nel concetto di “assenza” (sul punto v. J. PELISSIER- A. SUPIOT- A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Parigi, 2008, pag. 423; in giurisprudenza, v. *Cass. soc.* 12 luglio 1999, n. 96-45473, da www.legifrance.gouv.fr).

¹⁷ L'attuale art. L. 1242-2, n°2, del *Code du travail* ricalca l'originaria previsione introdotta nel 1982, parzialmente modificata nel 1990 con l'eliminazione dell'aggettivo “*exceptionnel*” riferito all'”*accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise*”. Rispetto all'originaria previsione, che limitava la durata massima del contratto a sei mesi (art. L. 122-1), la stessa *loi* n. 613/1990 ha innalzato il limite

- c) lo svolgimento di attività temporanee per consuetudine (c.d. *contrats d'usage*) o per natura, in quanto eseguibili solo in determinati periodi dell'anno (c.d. *contrats saisonniers*)¹⁸.

a) *Contrat de remplacement*.

Per quanto concerne la prima ipotesi, l'ampia formula usata dal legislatore comprende quasi tutte le cause di sospensione o assenza dal lavoro¹⁹, salvo il caso dell'esercizio del diritto di sciopero, che è vietato dall'art. L. 1242-6. Il *Code du travail* richiede ai fini della validità del contratto la menzione del nominativo e della qualifica professionale del lavoratore sostituito, nonché la durata minima del *contrat de remplacement*²⁰. Non è previsto, invece, un limite di durata massima, che può variare in base al momento del ritorno in servizio del dipendente assente²¹. La giurisprudenza ha inoltre ammesso il *remplacement en cascade*, ovvero la possibilità di adibire alle mansioni del sostituito un lavoratore già presente nell'organico aziendale e di rimpiazzare il posto resosi vacante con un nuovo assunto a tempo determinato²². Non è ammessa, invece, la sostituzione di una pluralità di lavoratori, pena la riqualificazione del rapporto a termine in contratto *sine die*²³.

massimo a 18 mesi, comprensivi dell'eventuale proroga (art. L. 122-1-2, comma secondo, divenuto art. L. 1242-8 con la numerazione del 2008).

¹⁸ Art. L. 1242-2, n° 3, del *Code du travail*; si tratta in entrambi i casi di fattispecie ampiamente conosciute nella prassi, e codificate dal legislatore del 1982. Le branche di attività tradizionalmente contraddistinte da rapporti temporanei sono il settore audiovisivo, degli spettacoli, dell'insegnamento, della ristorazione, della cantieristica navale e dello sport professionale. Il richiamo agli usi, ricorda POULAIN, affonda la sua genesi nell'art. 21 del vecchio *Code du travail* del 1910, che rinviava alle prassi locali o professionali per stabilire la durata della locazione di servizi (v. G. POULAIN, *Les contrats de travail à durée déterminée*, Parigi, 1994, pag. 153). La giurisprudenza, inoltre, era solita giustificare i contratti di breve durata per la realizzazione di un'opera, di un film o di una rivista, in quanto rientranti nella "pratica corrente di certe professioni" (cfr. F. SARAMITO, *Le contrat cit.*, pag. 232 e la pronunce ivi citate). Per un'esauritiva ricostruzione storica dell'istituto si rinvia a P. BAILLY, *À propos du contrat à durée déterminée «d'usage»*, in *Rev. jurispr. soc.*, 2004, n. 1, pag. 7 e ss.

¹⁹ L'utilizzo del contratto a termine è ammesso pure nel caso di attesa di entrata in servizio di un lavoratore assunto a tempo indeterminato, oppure in quello di temporanea copertura di un posto di lavoro di natura permanente oggetto di soppressione da parte del datore di lavoro. Ai sensi dell'art. L. 1242-2, numeri 4 e 5, è possibile persino ricorrere al contratto a tempo determinato per sostituire non già un dipendente, ma il titolare di un'impresa artigiana, industriale, commerciale o agricola oppure un professionista o un suo associato o un congiunto che partecipi all'attività professionale in modo abituale.

²⁰ Art. L. 1242-12 del codice; la mancanza di uno solo di questi elementi, secondo l'esegesi della *Court de Cassation*, determina l'impossibilità di definire il motivo legittimante l'assunzione a termine e la conseguente la sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato. Sul punto, v. *Cass. soc. formation plénière*, 30 aprile 2003, n. 01-40937, in *Dr. soc.*, 2003, n. 7-8, pag. 716, relativamente alla menzione della qualifica professionale del lavoratore sostituito; *Cass. soc.* 24 febbraio 1998, n. 95-41420, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, relativamente all'esigenza di specificazione del nome del lavoratore sostituito, che nel caso di specie mancava in quanto il *contrat de remplacement* era stato stipulato per sopperire genericamente alle assenze di personale dovute a malattia o congedi.

²¹ V. art. 1242-7, ultimo comma, del *Code du travail*: «il a pour terme la fin de l'absence de la personne remplacée».

²² *Cass. soc. formation plénière*, 30 aprile 2003, n. 01-40937, in *Dr. soc.*, 2003, n. 7-8, pag. 716.

²³ La giurisprudenza è costante, sul punto; da ultimo, v. *Cass. soc.*, 18 gennaio 2012, n. 10-16926, dalla

b) Contrat pour l'accroissement temporaire de l'activité.

In merito alla seconda tipologia di rapporto a termine causale, va sottolineato innanzitutto come la legge imponga un limite massimo di durata di 18 mesi, a prescindere dalla ricorrenza dell'esigenza oggettiva dell'*accroissement temporaire de l'activité*²⁴. L'attenzione degli interpreti si è concentrata soprattutto sulla nozione di "aumento del volume produttivo", se comprenda una diversità solo quantitativa o anche qualitativa rispetto all'ordinaria attività aziendale. La prima soluzione è assolutamente dominante, e si fonda sulla lettera della legge²⁵. Meno concordi, invece, le opinioni circa la prevedibilità o meno della variazione quantitativa del ciclo produttivo: un primo orientamento ha ritenuto legittimo il ricorso al lavoro a termine solamente in caso di inopinata intensificazione dell'attività d'impresa, a fronte di un'esegesi più estensiva del concetto di "variazione", compatibile con aumenti di domanda prevedibili ed abituali²⁶. Sebbene la formula legislativa risulti molto generica, la giurisprudenza francese ha interpretato in senso molto restrittivo le situazioni legittimanti l'incremento produttivo, negando costantemente l'uso del *contrat à durée déterminée* per far fronte all'apertura di un nuovo negozio²⁷ oppure al lancio di un

banca dati www.legifrance.gouv.fr.

²⁴ La durata massima è stabilita dall'art. 1242-8 del *Code du travail*. In dottrina, sul punto, v. VIGNEAU: "in questo modo il diritto stabilisce una nozione giuridica del concetto di "aumento temporaneo di lavoro". Superati i 18 mesi, il legislatore considera che l'aumento di lavoro, anche se temporaneo, non costituisce una causa per l'uso di contratti a tempo determinato" (C. VIGNEAU, *Le nuove forme di flessibilità in Francia*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, n. 1, pag. 55).

²⁵ L'art. L.1242-5 del *Code du travail* vieta l'assunzione a termine per incremento di attività ai datori di lavoro che abbiano effettuato licenziamenti per motivi economici nei sei mesi precedenti, anche nel caso di aumento riferito all'attività normale dell'impresa. Ne discende la sostanziale indifferenza del legislatore rispetto al requisito della natura dell'attività oggetto di intensificazione, posto che si avrà un legittimo *accroissement temporaire* anche nel caso di semplice incremento dell'ordinario ciclo produttivo.

²⁶ Questa impostazione è prevalsa a seguito dell'eliminazione, avvenuta ad opera della legge del 12 luglio 1990, del requisito dell'eccezionalità dell'*accroissement temporaire d'activité* introdotto dall'ordinanza del 1982: a meno di stravolgere il dettato normativo, afferma POULAIN, niente può permettere di affermare che il sovrappiù di attività debba intendersi condizionato a circostanze aleatorie o insolite (v. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 63). Anche la Corte di Cassazione, a seguito della modifica legislativa, ha ritenuto compatibile con il concetto di "incremento temporaneo" anche le "variazioni cicliche di produzione", senza necessità di "carattere eccezionale" e senza un obbligo di adibizione specifica del lavoratore allo svolgimento dei compiti oggetto di assunzione a termine (*Cass. soc.* 3 giugno 2009, n. 08-40448, da www.legifrance.gouv.fr). Altra dottrina, tuttavia, rileva come il riferimento a tutte le possibili ipotesi di aumento del ritmo normale di lavoro dell'impresa, sia esso "regolare o irregolare, abituale o eccezionale, dilati eccessivamente l'accesso al contratto a tempo determinato" (cfr. J. PELISSIER- A. SUPIOT- A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pag. 425).

²⁷ Si v. *Cass. soc.* 16 marzo 2005, n. 03-41771, *Cass. soc.* 5 luglio 2005, n. 04-40229, *Cass. soc.* 19 gennaio 2009, n. 07-43388, *Cass. soc.* 5 maggio 2010, n. 08-44562 (reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). L'incertezza sulla futura produttività dell'attività intrapresa, e del relativo bisogno di manodopera, possono essere invece invocate nel caso di concomitante apertura cinque nuovi negozi, come stabilito da *Cass. soc.* 29 ottobre 1996, n. 93-40787, che tuttavia considera illegittima la seconda proroga del contratto a termine stipulato dalla lavoratrice ricorrente, in quanto intervenuta a più di un anno dalla sua assunzione, motivo per cui il suo impiego non poteva più essere considerato di natura sperimentale, ma legato ad un posto di lavoro ormai normale e permanente.

nuovo prodotto²⁸, e valutando in modo rigoroso l'onere della prova in ordine alla reale sussistenza dell'aumento di attività aziendale²⁹.

c) *Contrats saisonniers/contrats d'usage.*

L'ultima categoria di *CDD* si riferisce a tutti quei lavori che, per natura o consuetudine, si svolgono solamente in specifici periodi dell'anno o in maniera sporadica, motivo per cui un'assunzione *sine die* in tali situazioni si rivelerebbe eccessivamente gravosa sia dal punto di vista organizzativo che economico. In entrambi le circostanze, il contratto di lavoro deve essere concluso per una durata minima, ed ha per scadenza "la realizzazione del compito per il quale è stato concluso"³⁰. In mancanza di definizioni legislative, è prevalso l'orientamento in base al quale si considerano "stagionali" tutte le attività limitate a frazioni anche piuttosto lunghe dell'anno solare³¹ e caratterizzate da una ciclicità costante e regolare³², al contrario delle variazioni

²⁸ Contrariamente all'opinione espressa dalla Corte d'Appello di Besançon, la *Chambre sociale* della *Court de Cassation* ha ritenuto nella sentenza n. 07-43482 resa il 5 maggio 2009 "che il solo fatto del lancio di nuovi prodotti non basta a caratterizzare un incremento temporaneo dell'attività d'impresa" (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

²⁹ Ad esempio mediante la valutazione della proporzione tra dipendenti assunti a tempo indeterminato e lavoratori temporanei (*Cass. crim.* 2 marzo 1999, n. 98-80862, da www.legifrance.gouv.fr: nella specie il datore di lavoro dall'ottobre 1993 al novembre 1994 aveva sottoscritto, a fronte di un organico di soli 70 dipendenti a tempo indeterminato, 930 contratti di lavoro a termine o interinali). Anche la giurisprudenza di merito ha adottato un approccio molto rigoroso; si v. ad esempio la *Court d'Appel Angers*, sentenza n. 11/01006 del 19 febbraio 2013, che ha ritenuto illegittimo il ricorso al contratto a termine di un dipendente di una società di vigilanza basato su un "incremento di attività presso il Centro Expo di Angers", a fronte dello svolgimento, in concreto, di mansioni di controllo degli accessi e di guardiania notturna senza che fosse provata alcuna variazione del volume di attività nel periodo di svolgimento della prestazione lavorativa (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

³⁰ Così recita l'art. L. 1242-7 del *Code du travail*. L'indicazione della durata minima è ritenuta essenziale ai fini della validità del contratto, secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, che ne equipara l'assenza alla mancanza della ragione giustificatrice l'apposizione del termine (v., di recente, *Cass. soc.*, 25 giugno 2014, n. 11-26446, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che conferma la decisione di secondo grado di riqualificazione a tempo indeterminato di una serie di sette contratti stagionali iniziata con la stipulazione di un rapporto a termine privo della menzione della durata minima ex art. L. 1242-12, n. 3).

³¹ L'arco temporale di riferimento non può essere definito in modo univoco, a causa dell'eterogeneità dei settori produttivi, ciascuno dei quali caratterizzato da una propria e specifica collocazione temporale. Secondo G. POULAIN il carattere intermittente dell'impiego fa sì che il contratto stagionale possa durare "fino ad un massimo di 8-10 mesi" (in *Les contrats cit.*, pag. 136). La *Court de Cassation* ha mantenuto anche nei confronti del contratto stagionale la propria interpretazione restrittiva sui presupposti di ammissibilità della clausola di durata: essa può essere validamente apposta al *contrat saisonnier* purché quest'ultimo contenga una data finale certa oppure "una scadenza precisa conosciuta dal lavoratore" (così la sentenza della *Chambre social* del 2 maggio 1967, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr che accoglie il ricorso di un dipendente assunto "in qualità di operaio stagionale per la stagione di produzione della birra del 1965", il cui rapporto di lavoro "non può che essere considerato a tempo indeterminato in mancanza di indicazione della sua scadenza precisa alla fine della stagione"). È ugualmente riqualificata come *sine die* la relazione lavorativa stagionale che si svolge lungo tutto l'anno rivelando la sua connessione con esigenze aziendali permanenti (v., ad esempio, *Cass. soc.*, 7 aprile 1998, n. 95-43091, in *Dr. soc.*, 1998, n- 9-10, pag. 802: nel caso di specie la suprema Corte ha respinto il ricorso della compagnia di volo *Air liberté* contro la sentenza della Corte D'Appello di Parigi dell'11 maggio 1995 che aveva riqualificato a

imprevedibili ed episodiche che legittimano il ricorso alla diversa figura del contratto a termine per aumento temporaneo di attività³³. Anche nel caso dei *contrats d'usage* si tratta di lavori aventi carattere oggettivamente temporaneo nell'ambito di settori produttivi elencati in modo esaustivo da decreti ministeriali o contratti collettivi, nei quali è d'uso costante non ricorrere a contratti a tempo indeterminato³⁴. La prassi applicativa ha fatto emergere, tuttavia, un uso distorto della figura contrattuale, impiegata allo scopo di coprire posti di lavoro permanenti in contrasto con la stessa definizione codicistica di *contrat à durée déterminée*³⁵.

tempo indeterminato i contratti stagionali stipulati da uno steward e quattro hostess occupati in realtà, anche se in modo intermittente, per tutto l'anno).

³² La Circolare del Ministero del Lavoro del 23 febbraio 1982, applicativa dell'*Ordonnance* n. 82-130 del 5 febbraio 1982, definisce i lavori stagionali come “quelli destinati a ripetersi ogni anno a date grosso modo fisse, in funzione del ritmo delle stagioni o degli stili di vita collettivi” (la Circolare è reperibile dal *Journal officiel de la republique française* del 13 marzo 1982, pag. 835, da www.legifrance.gouv.fr). Nel concetto di stagionalità vengono altresì incluse le “punte” di maggior lavoro (“*pointes de caractère saisonnier*”): in alcuni settori, come quello del turismo o dei trasporti, secondo il Ministero, l'aumento di attività dipendente da cicli stagionali costituisce una “sotto-stagione”. Secondo la dottrina, “*il s'agit d'emplois qui, dans certains branches d'activités, existent temporairement, de façon répétitive et régulière, à certains moments de l'année*” (così F. SARAMITO, in *Le régime du contrat de travail à durée déterminée*, in *Dr. ouvr.*, 1987, n. 2, pag. 43). La giurisprudenza ha fatto propria la definizione ministeriale ed ha affermato chiaramente che la stagionalità non è un attributo esclusivo di alcune aziende, in quanto “qualsiasi settore di attività può conoscere impieghi a carattere stagionale” (così *Cass. soc.* 10 gennaio 1991, n. 87-45059, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). È legittimo, pertanto, il ricorso al lavoro a termine per fare fronte a variazioni cicliche e prevedibili di attività: *Cass. soc.*, 12 ottobre 1999, n. 97-40915, ad esempio, accoglie il ricorso della società di gestione della *Tour Eiffel*, confermando il carattere stagionale del contratto di lavoro di un cassiere, assunto ogni anno per periodi di cinque o sei mesi, ossia marzo-settembre od aprile-settembre, in coincidenza con il maggiore afflusso di turisti.

³³ La *Circulaire ministère du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle* del 30 ottobre 1990 (http://conseillerdusalarie.free.fr/Docs/TextesFrance/19901030Circulaire_DRT_90_18_du_30_octobre_1990_CDD_Travail_temporaire.htm) distingue esplicitamente le due ipotesi in base al triplice criterio della “regolarità, prevedibilità e ciclicità” dell'aumento produttivo. Se l'aumento di attività è solo sporadico oppure aleatorio (la Circolare fa l'esempio del lancio di una nuova campagna promozionale) la figura contrattuale più opportuna è il *contrat de accroissement temporaire*. La distinzione tra le due fattispecie si ripercuote dal punto di vista pratico, poiché rileva ai fini della percezione dell'indennità di fine contratto, che non è dovuta ai lavoratori stagionali ed a quelli impiegati con *contrats d'usage*. Tale disparità di trattamento, definita “criticabile” dalla dottrina per il suo “carattere discriminatorio” (cfr. J. PELISSIER- A. SUPLOT- A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pag. 438) è stata recentemente oggetto di scrutinio di costituzionalità: il *Conseil constitutionnel*, adito dalla *Chambre social* della Corte di Cassazione n. 14-40009 del 15 aprile 2014, non ha ravvisato tuttavia alcuna violazione del principio di uguaglianza, ritenendo giustificato il diverso trattamento di fine rapporto in quanto non derivante da una “situazione personale del lavoratore” ma dalla “particolarità dell'impiego”, per sua natura temporaneo, a differenza del contratto per aumento di attività, in cui l'assunzione è strettamente dipendente da un elemento discrezionale come la “scelta delle risorse nella gestione dell'attività dell'impresa” (sentenze n. 401 e 402 del 13 giugno 2014, da http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank/download/2014401QPCccc_401_402qpc.pdf).

³⁴ La definizione è contenuta nell'art. L. 1242-1, n°3, del codice.

³⁵ Per limitare i rischi di abuso, l'orientamento prevalente in seno alla Suprema Corte considera doveroso, da parte del giudice, verificare se i contratti *d'usage*, sebbene stipulati nell'ambito di settori compresi nell'articolo 121-2 del *Code du travail*, siano impiegati per lo svolgimento di lavori di carattere temporaneo oppure per coprire posti legati all'attività normale e permanente dell'impresa (così, ad esempio, *Cass. soc.* 26 maggio 1994, n. 90-43840, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, relativamente alla successione decennale di contratti di un animatore turistico o, più di recente, *Cass. soc.* 23 gennaio 2008, n.

2.2 Le ipotesi di contratto a termine basate su ragioni soggettive.

Il *Code du travail* prevede, altresì, un secondo gruppo di fattispecie di lavoro a tempo determinato, slegate dalle esigenze aziendali e relative unicamente alle caratteristiche soggettive dei destinatari, ossia disoccupati e lavoratori in cerca di reimpiego o di formazione professionale³⁶. Le tipologie negoziali in questione vengono sinteticamente definite come “*contrats aidés*”, in quanto sono “assistite” da cospicue agevolazioni statali³⁷. Si tratta, in particolare, dei seguenti contratti:

- a) *Contrat de professionalisation*³⁸;
- b) *Contrat emploi-jeune*³⁹;

06-44197, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che ha valutato come illegittima l'occupazione di un professore di educazione artistica che aveva occupato il medesimo posto di lavoro per 14 anni). L'impostazione minoritaria, invece, sostiene che il sindacato giurisdizionale non può spingersi fino a valutare se il contratto ha per oggetto o effetto di provvedere in maniera permanente ad un posto di lavoro legato all'attività normale dell'impresa, dovendosi limitare alla verifica, di natura formale, dell'appartenenza dell'impresa stessa ad uno dei settori enumerati nell'art. 121-2 del codice in cui vi sia un uso costante, per quel tipo di lavoro, di contratti a termine (*Cass. soc.* 29 novembre 2006, n. 04-47792, da www.legifrance.gouv.fr; *Cass. soc.* 26 novembre 2003, nn. 01-42977, 01-44263, 01-443812 e 01-47035, pubblicate in *Dr. ouvr.*, 2003, n. 670, pag. 217 e ss. e in *Dr. soc.*, 2004, pag. 629 e ss., con nota di C. ROY-LOUSTAUNAU).

³⁶ Art. L. 1242-3 del *Code du travail*: «oltre ai casi previsti dall'art. 1242-2, un contratto a tempo determinato può essere concluso in base alle disposizioni legali destinate a favorire l'assunzione di certe categorie di persone senza lavoro o quando il datore di lavoro si impegni ad assicurare un complemento di formazione».

³⁷ In dottrina, v. ANTONMATTEI P.H., DERUE A., FABRE D., FRANCOIS G., JOURDAN D., MORAND M., VACHET G., VERKINDT P., *op. cit.*, pag. 49; M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pag. 138.

³⁸ Art. L. 6325-1 del *Code du travail* (art. L. 981-1, fino alla nuova numerazione avvenuta nel 2008). Il contratto si rivolge tanto ai giovani tra i 16 ed i 25 anni che intendono completare la formazione iniziale quanto ai disoccupati (da 26 anni in poi) alla ricerca di un reinserimento professionale. Può essere stipulato sia a tempo determinato (con durata compresa tra un minimo di sei mesi ed un massimo di dodici, elevabili in casi particolari a ventiquattro) che a tempo indeterminato, e deve comportare obbligatoriamente lo svolgimento di attività formative per un periodo complessivo compreso tra il 15 ed il 25% della durata del contratto e comunque non inferiore a 150 ore (art. L. 6325-13). Le sue origini risalgono al *contrat emploi-formation* introdotto dal Decreto n. 76-289 del 31 marzo 1976, che rappresenta il primo esempio di fattispecie negoziale a termine oggetto di incentivo da parte dello Stato. Tra le regole principali del Decreto vi erano l'ambito di applicazione limitato solo ai giovani di età compresa tra i 17 ed i 25 anni (art. 1), il divieto di stipulazione da parte delle agenzie di lavoro interinale (art. 11), e la duplice modalità di erogazione della formazione (art. 9): per una durata massima di sei mesi ed un monte-ore di formazione da 120 a 500 ore (*contrat de insertion*) e per una durata massima di dodici mesi ed un totale di ore formative compreso tra 500 e 1200 ore (*contrat recherche et qualification*). Per un approfondimento sul punto, si v. F. PATE, G. BEZ, P. KOEPP, M. TARDIEU, *Les pactes nationaux pour l'emploi des jeunes*, in *Rev. trav. et empl.*, 1980, n. 6, pag. 20.

³⁹ Art. L. 5134-1 del *Code du travail*. Il contratto si rivolge ai giovani di età compresa tra i 18 ed i 25 anni, elevabili a 30 se portatori di handicap, e comporta lo svolgimento di attività di utilità sociale. Va obbligatoriamente stipulato per iscritto e può essere a durata determinata o indeterminata: nel primo caso non può eccedere i cinque anni (art. L. 5134-14). La peculiarità della fattispecie in questione risiede nel fatto che, con una previsione che ibrida la disciplina del contratto a termine con quella del rapporto a tempo indeterminato, l'art. L. 5134-15 del codice legittima il datore di lavoro a recedere alla fine di ogni anno per

- c) *Contrat unique d'insertion*⁴⁰;
- d) *Contrat senior*⁴¹.

È controversa, in dottrina e giurisprudenza, la natura di queste fattispecie di lavoro a termine, ed in particolare la sussumibilità all'interno dell'attuale definizione codicistica del rapporto a tempo determinato come contratto di lavoro concluso «per l'esecuzione di un compito preciso e temporaneo» (art. L. 1242-2) che, «qualunque sia il motivo per cui viene stipulato, non può avere né per oggetto né per effetto di occupare durevolmente un posto di lavoro legato all'attività normale e permanente dell'impresa» (art. L. 1242-1). In particolare, un primo orientamento ha ritenuto inapplicabile l'art. 1242-1 del *Code du travail* in virtù della peculiarità di tali forme contrattuali, finalizzate alla lotta alla disoccupazione ed al pieno reinserimento di soggetti svantaggiati: l'eventuale controllo giudiziario non dovrebbe, pertanto, spingersi fino alla valutazione del carattere temporaneo o permanente dell'attività svolta⁴². Una parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità più recente, invece, ritengono che la regola stabilita dal suddetto articolo non subisca

un motivo *réel et sérieux*. Sul punto, v. J. SAVATIER, *L'aide aux emploi-jeunes*, in *Dr. soc.*, 1997, n. 11, pag. 914.

⁴⁰ Il contratto, finalizzato al reinserimento di lavoratori privi di occupazione, prende a sua volta la denominazione di *contrat d'accompagnement dans l'emploi*, se riferito al settore non commerciale, oppure di *contrat initiative emploi*, se stipulato nell'ambito commerciale (art. L. 5134-19-3 del *Code du travail*). In entrambi i casi non può avere una durata inferiore a sei mesi e superiore a due anni, elevabili a cinque per i lavoratori portatori di handicap o di età superiore a 50 anni (art. L. 5134-25-1 ed art. L. 5134-69). Prima della stipulazione del *contrat unique d'insertion*, che deve necessariamente avvenire per iscritto, il datore di lavoro deve concludere un'apposita convenzione con lo Stato con cui si impegna a favorire il reinserimento dei dipendenti assunti con tale modalità di impiego a fronte dei benefici contributivi o retributivi concessi dalla P.A. (art. L. 5134-21 ed art. L. 5134-66). L'assenza di convenzione, secondo la giurisprudenza, non influisce sulla natura giuridica del contratto di lavoro stipulato, che rimane un rapporto a termine regolato dalle norme dettate per la specifica tipologia scelta dalle parti, ma determina per il datore di lavoro la perdita delle agevolazioni finanziarie connesse all'attivazione della convenzione (*Cass. soc.* 18 maggio 1999, n. 97-40375, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

⁴¹ Il contratto in questione è stato introdotto dall'*Accord national interprofessionnel* del 13 ottobre 2005, consultabile da http://www.cftc.fr/e_upload/pdf/ani_emploi_seniors.pdf. Esso si rivolge ai lavoratori aventi un'età pari a 57 anni che si trovano in stato di disoccupazione da almeno tre mesi (art. D. 1242-2 del *Code du travail*). La durata minima è di 18 mesi, allungabili fino a 36 allo scopo di arrivare fino all'età pensionabile (art. D. 1242-7 del *Code du travail*). A differenza di tutti gli altri contratti stipulati nell'ambito delle politiche di contrasto alla disoccupazione, è l'unica ipotesi in cui alla scadenza del termine è dovuta al prestatore di lavoro l'indennità di fine contratto (art. 1 dell'Accordo interprofessionale aggiuntivo del 9 marzo 2006, da http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/bocc/pdf/2006/0023/CCO_20060023_0023_0014.pdf). Sul punto, v. ANTONMATTEI P.H., DERUE A., FABRE D., FRANCOIS G., JOURDAN D., MORAND M., VACHET G., VERKINDT P., *op. cit.*, pagg. 130-135.

⁴² V. *Cass. soc.* 16 maggio 1999, in *Dr. soc.*, 1999, n. 6, pag. 553; *Cass. soc.* 18 novembre 2003, n. 01-46408, reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr. In dottrina, v. C. ROY-LOUSTAUNAU, secondo cui le forme contrattuali *de qua* rappresentano un'eccezione al principio di temporaneità in quanto dirette a soddisfare esigenze della collettività che rivestono normalmente carattere di stabilità, tra cui quella di agevolare il reinserimento nel mercato di persone svantaggiate, anche e soprattutto su posti di lavoro permanenti (C. ROY-LOUSTAUNAU, *La lutte contre le precariat des emplois: une réforme du CDD discrète mais non sans importance*, in *Dr. soc.*, 2002, n. 3, pagg. 305-306).

alcuna eccezione, e pertanto anche i contratti *aidés* non possono essere utilizzati per coprire posti di lavoro stabili⁴³. Il dibattito, pertanto, è ancora lungi dall'essersi sopito.

3. I limiti all'utilizzo dei *contrats de travail à durée déterminée*.

3.1 Le prescrizioni formali: atto scritto *ad substantiam* e contenuto obbligatorio de contratto di assunzione.

La garanzia inerente la forma del contratto a tempo determinato risale alla primordiale codificazione del diritto del lavoro. Il *Code du travail* del 1910 vietava, infatti, la stipulazione verbale dei rapporti recanti un termine finale superiore ad un anno⁴⁴. L'evoluzione dell'ordinamento francese ha comportato una notevole valorizzazione dei requisiti di natura formale, considerata la loro funzione di rendere edotte le parti dei reciproci obblighi e diritti che in più punti si differenziano da quelli scaturenti dall'ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato⁴⁵. Prima della riforma operata dall'art. 6 della *loi* n. 613 del 12 luglio 1990, il *Code du travail* stabiliva, nel caso di mancanza dell'atto scritto, una presunzione *juris tantum* di indeterminatezza del rapporto, superabile mediante la dimostrazione del comune volontà di apporre una scadenza al contratto di lavoro subordinato⁴⁶. Il riordino del regime sanzionatorio in materia di *CDD* ha comportato la modifica in *irréfragable*, cioè assoluta, della presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro a termine stipulato in forma orale⁴⁷. Oltre a rilevare sul piano civilistico, l'assenza della forma scritta concreta altresì un illecito di natura penale⁴⁸. L'incontro dei consensi può risultare anche da

⁴³ Cfr. RICHARD P., *Loi de modernisation sociale et contrat à durée déterminée*, in *Sem. Jurid.- Enterprise et affaires*, 2002, n. 12, pag. 490 e ss.; in giurisprudenza, v. *Cass. soc.* 15 febbraio 2012, n. 10-20607, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr: nel caso di specie, la Corte ha censurato la decisione della Corte D'Appello di Saint-Denis de la Réunion che non aveva verificato se un lavoratore assunto presso una stazione di servizio con un *contrat d'accès à l'emploi* fosse stato impiegato per coprire un posto di lavoro riferito all'attività normale e permanente dell'impresa, in contrasto con quanto stabilito dall'art. L. 1241-1 del *Code du travail*.

⁴⁴ V. art. 22: «*L'engagement d'un ouvrier ne peut excéder un an, à moins qu'il ne soit contremaître, conducteur de autres ouvriers ou qu'il n'ait un traitement et des conditions stipulée par un acte exprès*».

⁴⁵ Sul punto v. anche I. DAUGAREILH: “si tratta da una parte di aiutare operazioni di informazione e di controllo e per altro verso facilitare la prova degli impegni rispettivi delle parti” (I. DAUGAREILH, *op. cit.*, pag. 274).

⁴⁶ V. art. L. 122-3-1, in origine art. L. 122-1, comma secondo, introdotto dalla legge n. 11 del 3 gennaio 1979: «*le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit. Le contrat qui n'est pas constaté par écrit est présumé conclu pour une durée indéterminée*».

⁴⁷ Art. L. 1242-12, comma primo: «*le contrat de travail à durée déterminée est établi par écrit et comporte la définition précise de son motif. A défaut, il est réputé conclu pour une durée indéterminée*». Secondo la *Court de Cassation* “in assenza di contratto scritto il datore di lavoro non può superare la presunzione legale producendo la prova dell'esistenza di un contratto verbale concluso per una durata determinata” (v. *Cass. soc.* 12 novembre 1997, n. 95-41746, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

⁴⁸ L'art. 127 della *loi de modernisation sociale* n. 73 del 17 gennaio 2002 estende anche alla violazione dell'obbligo della forma scritta l'ammenda di 3.500 euro e, in caso di recidiva, l'ammenda di 7.500 euro e la reclusione fino a sei mesi (v. art. L. 1248-6 del *Code du travail*).

uno scambio di corrispondenza, anziché da un documento unico⁴⁹, ed è fondamentale per il lavoratore, al fine di controllare rapidamente la genuinità del negozio, riceverne una copia entro due giorni dall'inizio del rapporto⁵⁰. Secondo il *Code du travail* il contratto di assunzione deve contenere obbligatoriamente una serie di elementi, utili a verificarne la conformità alle prescrizioni legali, dovendosi in caso contrario ritenere a tempo indeterminato⁵¹. L'esame della giurisprudenza dimostra, anche in questo caso, un approccio molto rigoroso nei confronti degli oneri contenutistici, specie qualora si tratti dell'inquadramento professionale del lavoratore sostituito, la cui specificazione è funzionale alla verifica dell'obbligo della parità di trattamento tra dipendenti a termine e lavoratori assunti a tempo indeterminato⁵² oppure della descrizione dei motivi che giustificano l'apposizione del *dies ad quem* al contratto di lavoro subordinato⁵³.

⁴⁹ Secondo una pronuncia della Corte d'Appello di Bordeaux “un contratto di lavoro a durata determinata è concluso validamente qualora lo scambio di corrispondenza delle due parti costituisca la prova di un'offerta e di un'accettazione che ricadono su tutti gli elementi essenziali” (*Chambre soc.*, 21 aprile 1992, n° Juris Data 1992-042342, reperibile dalla banca dati *Lexis Nexis Juris Classeur*).

⁵⁰ L'obbligo di consegna del contratto al lavoratore entro due giorni dall'inizio del rapporto è stato introdotto dalla *loi* n. 613 del 12 luglio 1990, e la sua violazione non è espressamente sanzionata da alcuna norma (cfr. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pagg. 221-222). L'inasprimento sanzionatorio si deve ad un'interpretazione elaborata per la prima volta nel 2005 dalla *Court de Cassation*, secondo cui la “trasmissione tardiva equivale all'assenza di forma scritta che comporta la riqualificazione della relazione lavorativa in contratto a tempo indeterminato” (*Cass. soc.* sentenza 17 giugno 2005, n. 03-42596; l'orientamento è stato confermato da ultimo dalla sentenza n. 11-25442 del 2 aprile 2014, da www.legifrance.gouv.fr). In seguito, l'art. 127 della *loi de modernisation sociale* n. 73 del 17 gennaio 2002 ha inserito l'illecito *de qua* nel novero delle violazioni aventi rilevanza penale: l'art. L. 152-1-4 del *Code du travail*, divenuto con la nuova numerazione art. L. 1248-7, prevede infatti l'ammenda di 3.500 euro e, in caso di recidiva, l'ammenda di 7.500 euro e la reclusione fino a sei mesi.

⁵¹ È Il legislatore del 1982, allo scopo di rendere più efficace la protezione dei lavoratori, a rendere obbligatorio “un minimo di precisione quanto al contenuto del contratto” (così F. SARAMITO, *Vers un déclin cit.*, pag. 415). Il combinato disposto degli articoli L. 122-3-1 e D. 121-3 del *Code du travail* stabilisce un nucleo di elementi da indicare necessariamente all'atto dell'assunzione, quali la definizione precisa dell'oggetto della prestazione, il nome e la qualifica del lavoratore sostituito, la data di fine contratto, l'indicazione del posto di lavoro e l'eventuale durata del periodo di prova. Nel corso degli anni sono stati aggiunti, altresì, la menzione del contratto collettivo applicabile, della retribuzione pattuita e dell'eventuale fondo pensione complementare (art. L. 1242-12, comma secondo, numeri da 1 ad 8). La sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro è prevista esplicitamente solo in caso di mancata indicazione della ragione giustificatrice del *contrat à durée déterminée* (art. L. 1242-12, primo comma, ed art. L. 1245-1 del *Code du travail*). Questo non ha impedito alla giurisprudenza di superare l'interpretazione strettamente letterale delle norme e far scattare ugualmente la *requalification-sanction* nei casi più gravi di violazione dell'obbligo in questione (cfr. J. PELISSIER- A. SUPLOT- A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pag. 432 e P. LYON-CAEN, *Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée: faut-il modifier la jurisprudence?*, in *Dr. soc.*, 2003, n. 7-8, pagg. 713-715 e la giurisprudenza citata.). La mancata indicazione della causale giustificatrice del contratto è punita, al pari della mancanza di forma scritta, anche a livello penale (v. art. L. 1248-6 del *Code du travail*: “*le fait de ne pas établir par écrit le contrat de travail à durée déterminée et de ne pas y faire figurer la définition précise de son motif, en méconnaissance du premier alinéa de l'article L. 1242-12, est puni d'une amende de 3.750 euros*”).

⁵² V. *Cass. soc. form. plén.* 30 aprile 2003, in *Dr. soc.*, 2003, n. 7-8, pag. 716.

⁵³ V. *Cass. soc.* 19 gennaio 2012, n. 10-15756, che ha ritenuto insufficiente e generica l'esigenza di “far fronte ad una missione puntuale”, oppure *Cass. soc.* 23 gennaio 2008, n. 06-41536, che nega la “doppia causale” in quanto il contratto a termine non può comportare “*qu'un seul et unique motif précis*” ed infine

3.2 Il sistema dei divieti.

Fino al 1982 l'ordinamento francese non prevedeva restrizioni all'utilizzo del contratto a termine. Il primo divieto è stabilito dall'*Ordonnance* n. 130 del 5 febbraio 1982, che impedisce la sostituzione dei dipendenti scioperanti mediante *contrat de remplacement*, rifacendosi a quanto già previsto in materia di lavoro interinale dalla *loi sur le travail temporaire* n. 1 del 3 gennaio 1972⁵⁴.

In seguito, la legge n. 613 del 12 luglio 1990 ha aggiunto ulteriori interdizioni alla stipulazione di contratti a tempo determinato, nei casi di:

- lavori particolarmente pericolosi, espressamente individuati da un regolamento ministeriale (art. L. 122-3 del *Code du travail*, divenuto con la nuova numerazione L. 1242-6)⁵⁵;
- aumento temporaneo di attività per le imprese che abbiano effettuato licenziamenti per motivi economici nei sei mesi precedenti, salvo che il contratto abbia una durata inferiore a tre mesi, oppure sia motivato da una commessa eccezionale legata ad un'esportazione tale da richiedere l'utilizzo di mezzi di produzione quantitativamente e qualitativamente superiori a quelli ordinari (art. L. 122-2-1 del *Code du travail*, divenuto con la nuova numerazione L. 1242-5).

Un'interdizione di carattere generale è, infine, rinvenibile dalla stessa nozione legislativa del *CDD*, che non può essere utilizzato per coprire in modo duraturo posti di lavoro legati all'attività normale e permanente dell'impresa⁵⁶. Il divieto in questione si è rivelato indispensabile nella pratica

Cass. soc. 27 febbraio 2001, n. 98-45428, che ritiene inammissibile la modificazione postuma delle ragioni giustificatrici rivelatesi insufficienti; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

⁵⁴ Art. L. 122-1, attualmente L. 1242-6, n. 1, del *Code du travail*. Si tratta di un principio di ordine pubblico applicabile anche agli Enti pubblici economici come le Poste (cfr. *Cass. civ.* 19 maggio 1998, n. 97-13916, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). L'espressione usata dal legislatore (agitazione collettiva) comprende anche forme di protesta diverse dall'astensione dal lavoro in senso stretto (in dottrina, sul punto, v. M. GOLESTANIAN, *Les limites du remplacement par contrats à durée déterminée des salariés temporairement absent*, in *Dr. ouvr.*, 2001, n. 631, pag. 103). Il tenore letterale della norma (sostituzione di un lavoratore il cui contratto è sospeso a seguito di agitazione collettiva) farebbe ipotizzare la legittimità di sostituzioni "a cascata", in cui i *CDD* vengono stipulati per rimpiazzare lavoratori non scioperanti a loro volta adibiti alle mansioni svolte dai colleghi astenutisi dalla prestazione lavorativa. Tuttavia, secondo la dottrina, tale interpretazione si scontra con lo scopo perseguito dal legislatore, che è quello di impedire di utilizzare il contratto a termine per paralizzare l'efficacia dell'astensione collettiva dal lavoro (cfr. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 113 e J. PELISSIER- A. SUPIOT- A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pag. 427). Non è possibile, infine, estendere la portata dell'art. L. 1242-6 a forme contrattuali diverse dal *contrat à durée déterminée* (per un'applicazione concreta, v. *Cass. soc.* 11 gennaio 2000, n. 97-22025, che nega l'applicazione del divieto in questione alla collaborazione spontanea dei produttori di latte nel suo trasporto in sostituzione degli autisti scioperanti).

⁵⁵ Il divieto è giustificato dalla presunzione di inadeguata conoscenza da parte dei dipendenti a termine dei maggiori rischi connessi alle lavorazioni pericolose, aggravata dal minor livello di formazione sulla sicurezza rispetto ai colleghi assunti a tempo indeterminato (v. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 57).

⁵⁶ Art. L. 1242-1 del *Code du travail*.

giudiziaria per arginare, in mancanza di un limite legale massimo di durata dei rapporti successivi a termine, il fenomeno della reiterazione indiscriminata di *contrats à durée déterminée*⁵⁷.

La violazione delle norme relative ai divieti comporta la sanzione penale dell'ammenda o dell'arresto in caso di recidiva (art. L. 1248-1 ed art. L. 1248-3), e quella civile della trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato⁵⁸.

3.3 I vincoli alla prosecuzione del primo rapporto a termine.

Per quasi un secolo, in mancanza di un intervento legislativo sul punto, la questione relativa all'imposizione di eventuali vincoli al prolungamento del termine inizialmente pattuito dalle parti è stata rimessa interamente alla giurisprudenza. Ciò ha comportato notevole incertezza in merito alle regole applicabili ed all'esito delle possibili controversie⁵⁹. Dal 1979 in poi, il legislatore ha provato ad arrestare l'incertezza interpretativa attraverso la redazione di regole chiare "di grande precisione giuridica costituenti per il datore come per il lavoratore un fattore di sicurezza"⁶⁰. Le norme *de qua* si riferiscono, in particolare, alla disciplina della proroga, della prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza originaria e delle successive riassunzioni a termine.

⁵⁷ Si v., ad esempio, la sentenza della *Chambre sociale* della Corte di legittimità del 4 dicembre 1996, n. 93-41891, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che annulla la decisione di merito che aveva negato la riqualificazione in contratto a tempo indeterminato ad un lavoratore a termine impiegato per 4 anni con ben 94 *contrats de remplacement* senza cambiare qualifica e salario, a prescindere quindi dall'inquadramento dei diversi colleghi sostituiti. In senso analogo, v. la pronuncia del *Conseil de Prud'hommes* di Laon del 21 giugno 1999, che trasforma a tempo indeterminato una successione di 80 *CDD*, di cui 70 per ragioni sostitutive, di durata variabile da uno a ventitré giorni, stipulati con un'addetta al servizio postale nell'arco di meno di due anni (da *Dr. ouvr.*, 2000, n. 622, pagg. 240-241, nt. LION). Più di recente, v. *Cass. soc.* 9 ottobre 2013, n. 12-17882, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che conferma la decisione dei giudici d'appello di Versailles di trasformare a tempo indeterminato una relazione lavorativa lunga diciassette anni e composta da *contrats d'usage* aventi scadenza mensile praticamente costante.

⁵⁸ Art. L. 1245-1: la sanzione è esclusa nel solo caso previsto dall'art. L. 1242-5, in cui la violazione del divieto di sostituzione del personale licenziato con lavoratori a tempo determinato potrà, eventualmente, riflettersi sulla fondatezza del licenziamento per motivi economici intimato nell'arco dei sei mesi precedenti.

⁵⁹ Paradigmatica, in tal senso, è la vicenda delle proroghe contrattuali: prima della netta presa di posizione del legislatore del 1979- che consente una sola possibilità di prosecuzione dell'originario rapporto a termine- la giurisprudenza oscillava tra un orientamento meno indulgente, che riconduceva nell'alveo del contratto a tempo indeterminato la successione di rapporti a termine oggetto di plurime proroghe, ed un'impostazione più permissiva, secondo cui la natura temporanea della relazione lavorativa non era alterata da eventuali rinnovi di breve durata. Si v. ad esempio la vicenda risolta dalla *Chambre sociale* della *Court de Cassation*, che annulla il giudizio della Corte D'Appello di Parigi che aveva ritenuto legittime le molteplici proroghe a breve termine intercorse nell'arco di sei anni tra un giornalista e la società di radiodiffusione nazionale (*Cass. soc.* 19 aprile 1972, n. 71-40279; nello stesso senso, *Cass. soc.* 3 marzo 1976, n. 75-40025, che censura la decisione della Corte D'Appello di Besançon secondo cui non costituiva un rapporto a tempo indeterminato la successione di nove *CDD* costantemente prorogati dalle parti; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). Per una ricostruzione del dibattito presso la dottrina e la giurisprudenza dell'epoca, si rinvia a G. POULAIN, *La distinction cit.*, pagg. 92-106.

⁶⁰ Così J. PELISSIER, da *Le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée après la loi du 3 janvier 1979*, in *Dr. soc.*, 1980, n. 9-10, pag. 48.

3.3.1 L'esigua possibilità di proroga del contratto.

Le poche norme dettate in materia di proroga del *CDD* non contengono alcuna definizione dell'istituto. Secondo la definizione prevalente presso la giurisprudenza, il c.d. *renouvellement* consiste unicamente nella modificazione della scadenza originaria del rapporto a termine; esso non comporta la conclusione di un nuovo contratto e non autorizza il datore di lavoro ad apportare alcuna modifica unilaterale al contenuto delle obbligazioni in precedenza pattuite⁶¹. La facoltà di proroga è soggetta ad una serie di condizioni, di natura formale e sostanziale. In particolare:

- possono esserne oggetto solo i *CDD* che recano una data precisa di scadenza e non quelli con un termine finale impreciso (c.d. *dies incertus*) che cessano con il rientro in servizio del lavoratore assente/sospeso o con la conclusione nell'opera/servizio dedotti in contratto (art. L. 1242-7, ultimo comma, del *Code du travail*)⁶²;

- il contratto a termine può essere prorogato una sola volta, purché non vengano superati i limiti massimi di durata stabiliti dall'art. 1242-8 del *Code du travail*⁶³;

- il patto di proroga dovrà essere stipulato per iscritto, all'interno del contratto o di un suo allegato, prima della data di scadenza del rapporto di lavoro a termine⁶⁴.

La mancanza di uno dei requisiti contemplati dall'art. L. 1242-13 è causa di trasformazione del rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato secondo quanto disposto dall'art. L. 1245-1 del *Code du travail*. Si tratta, altresì, di un'illegittimità penalmente rilevante⁶⁵.

3.3.2 Protrazione *ultra tempus* e trasformazione automatica del rapporto a tempo indeterminato.

⁶¹ Cfr. Cass. soc. 1 febbraio 2000, n. 97-44100, pubblicata nella banca dati www.legifrance.gouv.fr: “*le renouvellement du contrat de travail à durée déterminée, qui a seulement pour objet d'aménager le terme initial de la relations contractuelle, ne se confond pas avec la conclusion d'un nouveau contrat et n'autorise pas l'employeur à modifier unilatéralement le contrat*”.

⁶² Poiché la proroga è giustificata dalla mancata (e non preventivata) realizzazione dell'oggetto del contratto, essa non può trovare applicazione in tutti quei casi in cui il *dies ad quem* coincida con l'evento che determina la cessazione delle esigenze oggettive che legittimavano l'apposizione del termine (cfr. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 75).

⁶³ I *CDD* recanti un *dies certus* non possono superare in via generale i 18 mesi. Fanno eccezione le ipotesi di impiego a termine in attesa dell'entrata in servizio di un dipendente assunto a tempo indeterminato o per la realizzazione di lavori urgenti legati alla sicurezza (durata massima di 9 mesi), e quelle di impiego temporaneo prima della soppressione di un posto di lavoro o per l'esecuzione di una commessa eccezionale legata ad un'esportazione (durata massima elevata a 24 mesi).

⁶⁴ In mancanza di sottoscrizione da parte del lavoratore, la prosecuzione di fatto *ultra tempus* determina la trasformazione automatica del rapporto in contratto a tempo indeterminato in base alla regola stabilita dall'art. L. 1243-11, comma primo, del *Code du travail*. Sul punto, v. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 77.

⁶⁵ Art. 1248-10 del *Code du travail*: «*le fait de renouveler le contrat de travail à durée déterminée en méconnaissance de l'article L. 1243-13 est puni d'une amende de 3 750 euros. La récidive est punie d'une amende de 7 500 euros et d'un emprisonnement de six mois*».

Qualora il termine iniziale non venga prorogato, la prosecuzione di fatto della relazione lavorativa è sanzionata dall'art. L. 1243-11 del *Code du travail* con la trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato⁶⁶. La norma risale all'*Ordonnance* n. 130 del 5 febbraio 1982, ma si tratta della codificazione di un principio consolidato in dottrina ed in giurisprudenza sin dagli arbori del '900⁶⁷. Essa si applica a tutte le tipologie contrattuali a tempo determinato, ivi comprese quelle basate su ragioni soggettive⁶⁸ o quelle caratterizzate da un termine finale non predefinito⁶⁹. Non è prevista alcuna deroga, eccezion fatta per il *contrat de remplacement*, nel quale, secondo l'art. 1243-7, è possibile un prolungamento del rapporto a termine di due giorni rispetto al rientro del lavoratore sostituito. Prima dell'intervento del legislatore, si discuteva del carattere assoluto o meno della presunzione di indeterminatezza del rapporto a termine protrattosi oltre la scadenza originaria. La soluzione ritenuta più ragionevole presso gli interpreti era quella di ammettere la prova contraria rispetto alla presumibile rinuncia alla clausola del termine derivante dal comportamento posto in essere con la continuazione di fatto del rapporto⁷⁰. Questa impostazione è stata abbandonata a seguito dell'entrata in vigore della regola stabilita dall'attuale art. L. 1243-11: la *requalification* del contratto discende dal carattere sanzionatorio della previsione normativa, per cui la trasformazione a tempo indeterminato avverrà automaticamente al momento della protrazione

⁶⁶ «*Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée*».

⁶⁷ Per una ricostruzione storica della c.d. *reconduction de fait*, cfr. G. POULAIN, *La distinction cit.*, pagg. 85-90.

⁶⁸ Trattasi, secondo la *Chambre sociale* della Corte di Cassazione, di una norma di "applicazione generale qualunque sia la natura dell'impiego" (*Cass. soc.* 14 giugno 2000, n. 99-43279; v. anche *Cass. soc.* 15 gennaio 2014, n. 12-27457, che ritiene a tempo indeterminato il *contrat de professionnalisation* stipulato da una segretaria il 27 novembre 2007 per la durata di un anno e continuato fino al gennaio 2009; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

⁶⁹ In questi casi la giurisprudenza è molto rigorosa nella valutazione della scadenza del termine iniziale: recentemente è stato riqualificato a tempo indeterminato un contratto di lavoro agricolo stipulato dalle parti "per la stagione 2008" e proseguito fino al 16 gennaio 2009 (*Cass. soc.* 5 novembre 2014, n. 13-19608, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). L'effetto riqualificante si produce, secondo la giurisprudenza, anche in presenza di clausole automatiche di reimpiego stagionale per l'anno seguente che, lungi dall'assicurare un semplice diritto di prelazione ai sensi dell'art. L. 1244-2 del *Code du travail*, prorogano a tempo indefinito la relazione contrattuale (cfr. *Cass. soc.* 16 novembre 2004, n. 02-46777, in *Dr. ouvr.*, 2005, n. 687, pag. 429; ancora più esplicita è la sentenza della Corte del 19 giugno 2013, n. 11-17580, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che dichiara nulla una clausola di rinnovo automatico inserita nel contratto di lavoro di uno sportivo carente di qualsiasi giustificazione obiettiva e contraria alla disciplina di ordine pubblico relativa alla proroga).

⁷⁰ Sul punto v. G. POULAIN, *La distinction cit.*, pagg. 87-88, e la giurisprudenza ivi citata: la prova contraria del mantenimento del carattere provvisorio della relazione lavorativa poteva essere dedotta dall'eventuale avviso comunicato al lavoratore prima della scadenza del termine iniziale contenente una proposta di proroga del contratto.

ultra tempus della prestazione lavorativa e non è ammessa, per il giudice, la possibilità di indagare l'eventuale diversa volontà delle parti⁷¹.

3.3.3 Le misure dissuasive alla successione di contratti a termine sullo stesso posto di lavoro.

Il fenomeno della successione indiscriminata di rapporti a termine si pone all'attenzione degli interpreti a seguito della modifica della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali avvenuta nel 1973⁷². La previsione di vincoli più stringenti al potere di recesso datoriale, infatti, determina la proliferazione di assunzioni a tempo determinato allo scopo di eludere il nuovo sistema di tutela contro la risoluzione ingiustificata del rapporto di lavoro⁷³. Per contenere i rischi di abuso il legislatore del 1982 introduce un duplice deterrente. Il primo è di natura prettamente economica: allo scopo di ridurre il risparmio di costi derivante dalla stipulazione dei *contrats de travail à durée déterminée* e disincentivarne l'utilizzo laddove non esista una reale necessità, viene stabilita un'indennità supplementare rispetto alle spettanze di fine rapporto (c.d. *indemnité de fin contrat*), attualmente pari al 10% della retribuzione lorda percepita dal dipendente nel corso del rapporto lavorativo, che è dovuta tanto nel caso di cessazione definitiva del legame contrattuale quanto nel caso di riassunzione a tempo determinato⁷⁴. La seconda misura consiste nell'imposizione

⁷¹ In tal senso, v. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pag. 197, nonché Cass. soc. 20 ottobre 1988, n. 85-42436; *contra*, Cass. soc. 8 novembre 1989, n. 86-43851, che legittima la prosecuzione di fatto di un contratto a termine effettuata consensualmente dalle parti al fine di consentire il rimpatrio del dipendente inviato in missione in Grecia. Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

⁷² Prima dell'avvento della legge n. 73-680 del 13 luglio 1973, il contratto a tempo determinato garantiva una maggiore stabilità del rapporto *sine die*, dal quale ciascuna delle parti poteva recedere liberamente rispettando solo i termini di preavviso stabiliti dalla legge del 19 febbraio 1958 e dall'ordinanza del 13 luglio 1967. L'unico deterrente alla risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro a tempo indeterminato era costituito dalla possibilità, prevista dall'art. 1780 del *code civil*, del risarcimento dei danni alla controparte ("*la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts*") in caso di "abuso pregiudizievole" della facoltà di recesso (v. J. RIVERO- J. SAVATIER, *Droit du travail*, Parigi, 1970, pag. 516). Sul punto, v. anche G. H. CAMERLYNCK- G. LYON-CAEN, in *Precis de droit du travail*, Parigi, 1965, pag. 118, che sottolineano il differente "clima psicologico" in cui si sviluppano le due forme contrattuali, l'uno (il contratto a tempo indeterminato) "contrassegnato per sua natura dal marchio dell'instabilità", l'altro (il contratto a tempo determinato) implicante "una fiducia delle parti che si legano irrevocabilmente durante il periodo scelto".

⁷³ Dopo l'emanazione della disciplina limitativa del potere di recesso la sanzione della conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato - che in precedenza si risolveva unicamente nell'obbligo di preavviso e nell'infrazionabilità dell'anzianità di servizio- diventa molto più onerosa, in quanto l'imprenditore non può, come prima, disfarsi facilmente del lavoratore assunto illegittimamente a termine. Il *Code du travail*, infatti, assoggetta il licenziamento individuale alla sussistenza di una causa *réelle et sérieuse*, basata su fatti oggettivi e sufficientemente gravi da rendere inevitabile il ricorso alla risoluzione del rapporto di lavoro (art. L. 1232-1). Sul punto, v. J. PELISSIER, *Le renouvellement cit.*, pag. 47.

⁷⁴ V. art. L. 1242-8 del *Code du travail*, in origine L. 122-3-5. Sulla natura e l'origine dell'istituto, cfr. F. SARAMITO, *Vers un déclin cit.*, pagg. 422-423. L'ammontare dell'indennità è stato innalzato al 10% dall'art. 125 della *loi de modernisation sociale* n. 2002-73 del 17 gennaio 2002, ed in precedenza era pari al 6%, a differenza dei contratti interinali, ai quali si applicava già la misura del 10%.

di una soluzione di continuità obbligatoria tra due o più assunzioni a termine per ricoprire lo stesso posto di lavoro, il c.d. *délai de carence*, entro cui il rapporto si presume *à durée indéterminée*. Questo intervallo temporale deve essere pari almeno ad un terzo della durata totale del contratto, se essa è superiore a 14 giorni, oppure alla metà, se la durata è inferiore a 14 giorni⁷⁵. Il computo del periodo “cuscinetto”, a seguito della modifica dell’art. L. 1244-3 del *Code du travail*, si effettua considerando solo i giorni di apertura dell’azienda datrice di lavoro⁷⁶, a loro volta da intendersi come giorni di attività in generale, e non di sola apertura alla clientela o ai fornitori⁷⁷.

Il mancato rispetto del *délai de carence* comporta la riqualificazione del contratto a tempo indeterminato⁷⁸, oltre ad esporre il datore di lavoro a sanzioni penali⁷⁹. Il divieto in questione ha natura relativa, in quanto sono contemplate dal codice rilevanti eccezioni, come ad esempio nelle ipotesi di sostituzione di lavoratori assenti, di *contrats d’usage*, di lavori stagionali e di *CDD* stipulati nell’ambito degli incentivi all’occupazione ed alla formazione professionale⁸⁰. Nelle situazioni appena richiamate, pertanto, è possibile un uso sistematico dei contratti a tempo determinato per soddisfare un bisogno strutturale di manodopera, con carattere surrogatorio rispetto al ricorso all’ordinario rapporto a tempo indeterminato. In tali casi, non esistendo un limite massimo di durata alla successione di rapporti a termine, l’unico argine contro la reiterazione

⁷⁵ Art. L. 1244-3 del *Code du travail*. La seconda ipotesi, riferita ai *CDD* di durata inferiore a 14 giorni, è stata inserita dal legislatore nel 2002, al fine di combattere la prassi consistente nella reiterazione a brevissima distanza di rapporti a tempo determinato (art. 126 della *loi de modernisation sociale* n. 2002-73 del 17 gennaio 2002).

⁷⁶ La modifica si è resa necessaria al fine di combattere la prassi consistente nel far coincidere il *délai de carence* tra le riassunzioni a termine con un periodo di chiusura dell’attività imprenditoriale, come i fine settimana. Sul punto, v. M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pag. 328.

⁷⁷ V. Circolare ministeriale n. 8 del 2 maggio 2002, punto 1.3.2, reperibile da <http://travail-emploi.gouv.fr/publications/picts/bo/20062002/A0110006.htm>.

⁷⁸ Art. L. 1245-1 del *Code du travail*, che punisce la trasgressione delle regole sancite dagli articoli L. 1244-3 e L. 1244-4.

⁷⁹ Art. 1248-11 del *Code du travail*: «*le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 1244-3, relatives à la succession de contrats sur un même poste, est puni d'une amende de 3 750 euros. La récidive est punie d'une amende de 7 500 euros et d'un emprisonnement de six mois*».

⁸⁰ Art. L. 1244-4 del *Code du travail*. Secondo l’interpretazione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, il periodo di vacanza non è obbligatorio solo se si cumulano tra tipologie contrattuali esplicitamente escluse dal campo di applicazione della norma in questione (cfr. M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pag. 330; *Cass. soc.* 30 settembre 2014, n. 13-18162: “l’art. L. 1244-4 esclude l’applicazione dell’art. L. 1244-3, che impone il rispetto di un termine di carenza prima della conclusione di un nuovo contratto a durata determinata, solo nelle situazioni esplicitamente menzionate”). Pertanto, se ad un primo contratto, come quello per aumento temporaneo di attività, che impone il rispetto del *délai de carence*, segue una fattispecie esonerata da tale obbligo, come il contratto stagionale oppure il *contrat de remplacement*, è necessario osservare il periodo di vacanza stabilito dall’art. L. 1244-3, pena la riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato (v. *Cass. soc.* 10 maggio 2006, n. 04-42076, relativamente al contratto stagionale, e *Cass. soc.* 30 settembre 2014, n. 13-18162, con riferimento alla sostituzione di lavoratori assenti; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

abusiva di *CDD* è costituito dal divieto generale di ricorrere alla clausola del termine per far fronte ad esigenze permanenti e durevoli dell'impresa (art. L. 1242-1 del *Code du travail*)⁸¹.

4. Il divieto di non discriminazione in base alla durata della relazione lavorativa.

Durante tutta la durata del rapporto, ai lavoratori a termine spettano gli stessi diritti, individuali e collettivi, dei dipendenti assunti a tempo indeterminato⁸². Il principio di uguaglianza, già previsto dal 1972 in materia di lavoro interinale, è stato esteso al *contrat à durée déterminée* a partire dal 1979⁸³. Si tratta di un principio di ordine pubblico, non derogabile da parte dell'autonomia individuale o collettiva⁸⁴, che può essere limitato, però, dalla fissazione di requisiti minimi di anzianità di servizio⁸⁵. Emblematica, in tal senso, è la vicenda del diritto alle ferie, la cui maturazione era subordinata alla permanenza in servizio per almeno un mese, fino alla pronuncia della Corte di Giustizia U.E. che ha costretto il legislatore ad eliminare ogni riferimento alla durata minima del rapporto di lavoro⁸⁶. Per quanto concerne la retribuzione, l'ordinamento stabilisce che il

⁸¹ Il giudice potrà, pertanto, censurare la successione di contratti formalmente validi, ma nella sostanza funzionali a soddisfare un "bisogno strutturale di manodopera" (così si esprime *Cass. soc.* 26 gennaio 2005, *Juris-Data* n. 2005-026768, in *Trav. prot. soc.*, 2005, n. 4, pag. 109; la Corte, nel caso di specie, rigetta il ricorso proposto dalla società Autostrade per la Francia che aveva stipulato con un dipendente 104 contratti per ragioni sostitutive nell'arco di due anni). Diversa, invece, la soluzione in caso di reiterazione di contratti stagionali: la ripetizione costante, anche pluridecennale, di *contrats saisonniers* limitati ad una stagione, salvo il caso in cui il lavoratore sia impiegato per tutta la durata di apertura o funzionamento dell'impresa datrice di lavoro, non giustifica la riqualificazione in rapporto a tempo indeterminato (v. *Cass. soc.* 15 ottobre 2002, n. 00-41759; *Cass. soc.* 26 ottobre 2011, n. 09-43205, reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr: nell'ultimo caso si trattava di un addetto al confezionamento del mais impiegato per 16 anni nello stesso posto di lavoro nei soli periodi compresi tra metà luglio e metà settembre).

⁸² Art. L. 1242-14, *Code du travail*: «salvo disposizioni legislative espresse, e con esclusione delle disposizioni concernenti la risoluzione del rapporto di lavoro, le disposizioni legali e contrattuali, così come che risultano dagli usi, applicabili ai lavoratori assunti con contratto di lavoro a durata indeterminata, si applicano ugualmente ai lavoratori a termine».

⁸³ L'art. L. 122-3-4 del *Code du travail* nell'originaria redazione del 1979 prevedeva che «salvo le disposizioni legislative concernenti la risoluzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i lavoratori a termine beneficiano di tutti i vantaggi riconosciuti dalla legge, dagli accordi collettivi e dagli usi ai lavoratori assunti a tempo indeterminato». L'espressione "vantaggi" è stata sostituita con "disposizioni applicabili" dall'*Ordonnance* n. 130/1982 in quanto foriera di interpretazioni restrittive, limitanti la portata del principio ai soli benefici sociali (cfr. F. SARAMITO, *Vers un déclin cit.*, pag. 417). Sull'evoluzione del principio di parità di trattamento nell'ordinamento giuslavoristico francese, si v. P.Y. VERKINDT, *L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires*, in *Dr. soc.*, 1995, n. 11, pagg. 870-876.

⁸⁴ In particolare, non è possibile alcuna modifica *in pejus* da parte della contrattazione sindacale: v. *Cass. crim.* 14 maggio 1985, n. 84-91215, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che dichiara l'illegittimità di una clausola che negava il pagamento dei giorni festivi ai lavoratori assunti a tempo determinato.

⁸⁵ Cfr. J. PELISSIER- A. SUPLOT- A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pag. 435. Per evitare che i lavoratori a termine siano esclusi dai fondi di previdenza aziendali la legge ha limitato a soli 3 mesi l'anzianità minima di servizio esigibile per accedere a tali prestazioni (art. L. 3342-1 del *Code du travail*).

⁸⁶ La restrizione penalizzava ingiustificatamente i lavoratori assunti con contratti di breve durata. La Corte, nella sentenza del 24 gennaio 2012, causa C-282/10, ha giudicato tale condizione incompatibile con l'art. 7.1 della Direttiva 2003/88, che "non consente agli Stati membri di escludere la nascita stessa di un diritto espressamente conferito a tutti i lavoratori", ma solo ed eventualmente di differirne l'esercizio (punto n. 19

trattamento economico erogato ai lavoratori a tempo determinato non possa essere inferiore a quello degli altri dipendenti dell'impresa con la medesima qualifica professionale⁸⁷.

Una norma particolare riguarda il diritto alla formazione professionale continua: considerata la difficoltà, per i lavoratori a tempo determinato, di un reinserimento immediato nel mercato del lavoro alla cessazione del rapporto, il legislatore ha creato un congedo *ah hoc*, finalizzato alla partecipazione a stages di perfezionamento o di acquisizione di competenze professionali, usufruibile anche prima della scadenza del contratto⁸⁸.

Ancor più specifica è la disciplina del recesso *ante tempus*, che si differenzia da quella relativa al rapporto a tempo indeterminato in quanto garantisce una maggiore stabilità: il lavoratore, infatti, può essere licenziato prima della scadenza del termine solo in caso di grave inadempimento (*faute grave*), forza maggiore ed incapacità fisica sopravvenuta⁸⁹.

Riguardo ai diritti collettivi, essi sono pienamente fruibili dai lavoratori a termine, secondo quanto stabilito in generale per tutti i lavoratori dalla Costituzione francese⁹⁰. Inoltre, sono esplicitamente considerati ai fini della partecipazione alle elezioni delle istituzioni rappresentative del personale in base all'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro (*pro rata temporis*)⁹¹. Gli stessi dipendenti *à durée déterminée* sono pienamente eleggibili, purché abbiano un'anzianità di servizio

della motivazione). L'attuale formulazione dell'art. L. 3141-3 del *Code du travail*, modificata dalla legge n. 387 del 22 marzo 2012, pertanto, recita testualmente: «il lavoratore ha diritto al congedo per ferie di due giorni e mezzo lavorativi per mese di lavoro effettivo presso lo stesso datore di lavoro».

⁸⁷ Art. L. 1242-15 del *Code du travail*. La violazione di tale norma comporta l'applicazione di una sanzione penale a carico del datore di lavoro (art. L. 1248-8). Sono state giudicate illecite- in quanto non giustificate da ragioni obiettive diverse dalla durata del rapporto di lavoro- le differenze di maggiorazione retributiva per lavoro domenicale o prestato nei giorni festivi (*Cass. soc.* 11 marzo 2009, n. 07-42181) o la diversa quantità (l'1,5% dello stipendio totale anziché il 7,5% spettante ai lavoratori a tempo indeterminato) di un premio di produttività (*Cass. soc.* 25 marzo 1998, n. 96-45688).

⁸⁸ Art. 6322-29 del *Code du travail*: «l'azione di formazione inizia al più tardi dodici mesi dopo il termine del contratto. Tuttavia, su domanda del lavoratore, la formazione può essere eseguita, previo accordo con il datore di lavoro, in tutto o in parte, prima della scadenza del contratto di lavoro».

⁸⁹ Art. L. 1243-1 del *Code du travail*: «*sauf accord des parties, le contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave, de force majeure ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail*». Non basta, quindi, a differenza della risoluzione del contratto a tempo indeterminato, la presenza di una causa *réelle et sérieuse*, ma deve concretarsi un comportamento tale da rendere impossibile la prosecuzione del rapporto di lavoro oppure un evento esterno alle dinamiche imprenditoriali e dotato del requisito dell'imprevedibilità, come nel caso di incendio, inondazione o tempesta. Se il recesso è illegittimo, il datore di lavoro è obbligato a corrispondere al dipendente un risarcimento almeno pari alle retribuzioni dovute fino alla scadenza del contratto oppure, in caso di *dies incertus*, in misura stabilita in modo equitativo dal giudice. Sul punto, v. ad ANTONMATTEI P.H., DERUE A., FABRE D., FRANCOIS G., JOURDAN D., MORAND M., VACHET G., VERKINDT P., *op. cit.*, pagg. 81-90, e la giurisprudenza ivi citata.

⁹⁰ V. l'art. 8 del Preambolo: «ogni lavoratore partecipa, tramite i delegati, alla determinazione collettiva delle condizioni di lavoro così come alla gestione delle imprese».

⁹¹ Art. L. 1111-2, n° 2, ed art. L. 1111-3 del *Code du travail*. Sono esclusi dalla base di calcolo i lavoratori a termine con *contrat de remplacement* (poiché continuano ad essere computati i dipendenti sostituiti) e quelli assunti con *contrats aidés*, al fine di non limitare indirettamente il loro utilizzo. Sul punto, v. M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pag. 291.

di almeno un anno (art. L. 2314-16), ottenibile, secondo la giurisprudenza, anche mediante il cumulo di *CDD* intervallati nel tempo⁹². Infine, quando un lavoratore delegato o candidato alle funzioni di delegato è assunto a termine, la cessazione del suo legame contrattuale è subordinata alla constatazione, da parte dell'ispettorato del lavoro, della mancanza di discriminazione nei suoi confronti⁹³.

5. La tutela spettante in conseguenza dell'invalidità del termine.

Dall'originaria mancanza, a livello normativo, di specifici rimedi in caso di violazione dei presupposti legittimanti l'apposizione del termine, cui ha supplito l'interpretazione giurisprudenziale⁹⁴, l'ordinamento giuslavoristico francese è passato in breve tempo alla previsione di misure sanzionatorie precise e rigorose, riconoscendo anche una rilevanza penale all'inosservanza delle regole in materia di *CDD*⁹⁵. Dal punto di vista civilistico, la violazione delle

⁹² Così l'interpretazione della *Chambre sociale* della *Cour de Cassation*, sentenza 15 maggio 1991, n. 90-60310, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

⁹³ Art. L. 2412-1 del *Code du travail*. La regola si applica a prescindere dalla durata del contratto (così *Cass. soc.* 11 dicembre 2001, n. 99-43799); l'ispettorato del lavoro va interpellato dal datore di lavoro almeno un mese prima della scadenza del contratto, tranne se la candidatura del lavoratore interviene oltre tale termine di preavviso (*Cass. soc.* 28 maggio 2003, n. 02-60006); le sentenze sono reperibili da www.legifrance.gouv.fr.

⁹⁴ L'azione di "*requalification*" volta alla dichiarazione di indeterminatezza del rapporto di lavoro viziato dall'apposizione illegittima della clausola del termine viene codificata dal legislatore solamente nel 1982, ma era ampiamente praticata nelle aule giudiziarie quale proiezione processuale del tradizionale diritto di ciascuna delle parti di chiedere al giudice il suo intervento in ordine all'interpretazione della volontà dei contraenti (cfr. C. ROY-LOUSTAUNAU, *Contrat de travail à durée déterminée: requalification-sanction et qualification*, in *Dr. soc.*, 2003, n. 5, pag. 466) ed aveva consentito ai tribunali di "migliorare la protezione dei lavoratori, specie in caso di rinnovi successivi del termine" (così J. SAVATIER, *La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers*, in *Dr. soc.*, 1987, n. 5, pag. 407). Come già ricordato *supra* (v. nota n. 292) la tecnica sanzionatoria consistente nel ristabilire la *véritable qualification* del rapporto oggetto di controversia tra datore e prestatore di lavoro veniva adottata con successo anche nei casi di carenza di specificazione della scadenza del contratto a tempo determinato. Anche secondo la coeva dottrina "il fatto che si ignori quando sopraggiungerà la scadenza e se sopraggiungerà un giorno, conferisce alla durata di esecuzione del contratto un carattere indeterminato" (F. SARAMITO, *Le contrat cit.*, pag. 228). Secondo G. H. CAMERLYNCK la situazione di incertezza derivante dalla mancata individuazione del termine finale costituisce un rischio d'impresa che non può non ricadere sul datore di lavoro ("*le salarié n'a pas a supporter une indétermination relative qui constitue un risque d'entreprise*", da *L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus* in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, Parigi, 1974, pag. 105).

⁹⁵ A partire dal 1990, il *Code du travail* ha esteso la tutela penale, già prevista dall'ordinamento in materia di lavoro interinale (v. art. 33 della legge n. 1 del 3 gennaio 1972), alla violazione delle regole inerenti la stipulazione dei *contrats à durée déterminée*, tra cui la loro conclusione fuori dai casi di ricorso autorizzati dalla legge (art. L. 152-1-4, attualmente art. L. 1248-1 e ss.). Secondo una parte della dottrina la sanzione penale è sproporzionata rispetto alle possibili violazioni di legge in materia di contratto a tempo determinato, che in alcuni casi sono di natura più formale che sostanziale (così C. ROY-LOUSTAUNAU, *La lutte cit.*, pag. 311; v. anche J. MICHEL, *Quelque réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail*, in *Dr. soc.*, 2004, n. 9-10, pag. 818: "un approccio più realistico alla sanzione penale, consistente nel riservarla alle violazioni più gravi ed inaccettabili ai diritti fondamentali dei lavoratori, permetterebbe senza dubbio di garantire più efficacemente l'effettività del diritto del lavoro").

norme che stabiliscono i requisiti formali e sostanziali del contratto a termine comporta, la c.d. *requalification* del contratto a tempo determinato, cioè quest'ultimo “*si reputa*” -così recita l'art. L. 1245-1 del *Code du travail*- a tempo indeterminato. La dottrina pressoché unanime concorda sul fatto che si tratti di una forma di sanzione, riconducibile alle nullità c.d. “di protezione”, diversa dall'attività di riqualificazione vera e propria, intesa come interpretazione e ricostruzione in forma giuridica della volontà delle parti⁹⁶. È controversa la questione relativa alla possibilità, da parte del giudice, di rilevare *ex officio* la nullità del *CDD* stipulato in violazione delle disposizioni che ne disciplinano l'utilizzo⁹⁷. L'azione si propone mediante ricorso diretto al *Conseil des Prud'hommes*, organo giurisdizionale composto in egual numero da giudici non professionali, chiamati consiglieri, eletti dalle categorie professionali dei datori di lavoro e dei dipendenti, che si pronuncia entro il termine di un mese⁹⁸. Oltre all'interessato, può agire in giudizio una qualsiasi organizzazione sindacale, anche senza averne ricevuto mandato da parte del lavoratore, al quale però il sindacato deve essere comunicato per raccomandata la propria intenzione di proporre il ricorso, in modo da consentirgli un'eventuale opposizione nei successivi 15 giorni⁹⁹. L'onere di provare la reale

⁹⁶ La formula utilizzata dal legislatore (*est réputé*), differente dall'espressione adottata fino al 1990 in materia di carenza di forma scritta (*est presumé*), nonché l'impossibilità di addurre la prova contraria, ha fatto propendere la dottrina pressoché unanime per la natura eminentemente sanzionatoria della *requalification* (cfr. J. SAVATIER, *op. cit.*, pagg. 407-408 e C. ROY-LOUSTAUNAU, *Contrat cit.*, pag. 469, secondo cui la sanzione in questione è riconducibile alla categoria della nullità c.d. relative, in quanto l'eventuale inefficacia della clausola illegittima può essere invocata solo dal lavoratore). Dello stesso tenore è la giurisprudenza, compatta nell'affermare che le disposizioni codicistiche inerenti ai presupposti di legittimità del contratto a termine “sono state emanate con lo scopo di proteggere il lavoratore che è il solo a potersi avvalere della loro inosservanza” (orientamento inaugurato da *Cass. soc.* 16 luglio 1987, n. 85-45258 e costantemente ribadito, anche di recente, ad esempio in *Cass. soc.* 23 ottobre 2013, n. 12-23722, da www.legifrance.fr). Anche la giurisprudenza di merito ha fatto propria l'interpretazione secondo cui la sanzione prevista dalla norma in questione “*est une variété de nullité relative conçue dans l'intérêt du salarié*” (così il *Trib. de grande instance* di Parigi, 18^a chambre del 22 marzo 1990, in *Sem. jurid.*, ediz. *Entr. et aff.*, 24 maggio 1990, n°21, act. 19929).

⁹⁷ La Corte di Cassazione francese ha ribadito costantemente la non automaticità del potere del giudice in assenza di domanda del lavoratore. L'orientamento è stato inaugurato da *Cass. soc.*, 16 luglio 1987, n. 85-45258, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr e ribadito di recente dalla sentenza della stessa *Chambre sociale* del 20 febbraio 2013, n. 11-12.262, reperibile da *Sem. jurid. soc.* 2013, n. 28, pag. 1293, secondo cui “le disposizioni previste dagli articoli L. 1242-1 e seguenti del *Code du travail* sono stati emanati per uno obiettivo di protezione del lavoratore che è il solo a poterne usufruire”.

⁹⁸ La specialità (e velocità) della procedura consiste nel fatto che viene saltata la fase conciliativa davanti al *Bureau de conciliation*. Sul punto, v. G. POULAIN, *Les contrats cit.*, pagg. 212-213.

⁹⁹ Art. L. 1247-1 del *Code du travail*: l'opposizione del lavoratore, ha precisato la giurisprudenza, non pregiudica una sua successiva azione nei termini prescrizionali, all'interno della quale potrà partecipare nuovamente anche il sindacato. Quest'ultimo interviene in giudizio personalmente mediante un'azione di sostituzione e non in rappresentanza dei lavoratori, ragion per cui “non è tenuto di indicare nella dichiarazione di ricorso nome, professione e domicilio dei soggetti in favore dai quali agisce” (*Cass. soc.*, 1 febbraio 2000, n. 98-46201, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). Il termine prescrizionale è di due anni in base alla regola stabilita dall'art. 1471-1 del *Code du travail*, secondo cui tutte le azioni che vertono sull'esecuzione o la cessazione del contratto di lavoro si prescrivono in due anni a partire dal giorno in cui l'interessato ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti che gli permettono di esercitare il suo diritto.

sussistenza dei motivi in base ai quali è stato stipulato il contratto a tempo determinato grava, secondo la giurisprudenza, sul datore di lavoro¹⁰⁰.

L'effetto principale della pronuncia di riqualificazione è costituito dalla dichiarazione della natura indeterminata della relazione lavorativa, cui consegue l'applicazione delle tutele inerenti a quest'ultima tipologia contrattuale. L'eventuale scadenza del rapporto a termine stipulato in violazione dei requisiti previsti dalla legge è equiparata ad un licenziamento illegittimo, intimato senza alcuna giustificazione e senza alcun rispetto delle norme procedurali: il rinvio alla disciplina del recesso ingiustificato operato a partire dalla *loi* n. 613/1990 consolida, in tal senso, un tradizionale orientamento giurisprudenziale¹⁰¹. L'attuale art. L. 1245-2 del *Code du travail* aggiunge alle conseguenze sanzionatorie discendenti dalla risoluzione del rapporto una specifica indennità, c.d. di *requalification*, il cui importo non può essere inferiore ad una mensilità¹⁰². Tale importo, secondo costante giurisprudenza, non muta anche nel caso di trasformazione a tempo indeterminato di una successione di *CDD*¹⁰³. Il lavoratore, in linea di principio, potrà rivendicare

¹⁰⁰ Si tratta di un principio consolidato presso la giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito (v. *Cour d'appel* di Angers, sentenza n. 11/01006 del 19 febbraio 2013, *Cass. soc.* 29 novembre 2007, n. 06-42400, reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁰¹ L'applicazione in via analogica delle norme dettate in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato risale, secondo la dottrina, alla pronuncia della *Chambre sociale* della Corte di Cassazione del 30 maggio 1958 (su cui v. nota n. 293), confermata qualche anno dopo dalla sentenza del 23 novembre 1966 (reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr) che, dopo aver riqualificato a tempo indeterminato una pluralità di contratti a breve termine (di uno o due mesi), stipulati senza soluzione di continuità, ordina al datore di lavoro il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso stabilita dalla legge del 19 febbraio 1958 in caso di risoluzione del rapporto di lavoro a durata indeterminata. Si v. anche *Cass. soc.* giugno 1987, n. 84-45379 (reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr) che conferma la decisione di primo grado di condanna del datore di lavoro al versamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, oltre al risarcimento dei danni da licenziamento illegittimo derivanti dalla cessazione di un rapporto a tempo determinato recante un termine finale eccessivamente generico in contrasto con l'obbligo -previsto dall'allora vigente art. L. 122-1 del *Code du travail*- di fissare una scadenza precisa alla durata del contratto di lavoro.

¹⁰² Si v. l'art. L. 1245-2, comma secondo (nella precedente numerazione L. 122-3-13): «*Lorsque le conseil de prud'hommes fait droit à la demande du salarié, il lui accorde une indemnité, à la charge de l'employeur, ne pouvant être inférieure à un mois de salaire. Cette disposition s'applique sans préjudice de l'application des dispositions du titre III du présent livre relatives aux règles de rupture du contrat de travail à durée indéterminée*». Secondo la Corte di Cassazione la domanda di riqualificazione comporta automaticamente la richiesta di tutte le eventuali spettanze dovute a seguito dell'ingiustificata rottura del rapporto di lavoro a durata indeterminata, ossia il pagamento delle ferie residue e di tutte le indennità dovute in base all'anzianità di servizio, cioè indennità di preavviso, indennità di licenziamento e risarcimento dei danni per licenziamento *sans cause réelle et sérieuse* (v. *Cass. soc.*, 7 aprile 1998, n. 95-43091, in *Dr. soc.*, 1998, n. 9-10, pag. 802: "se la domanda di riqualificazione di un contratto a durata determinata in contratto a durata indeterminata è avanzata direttamente in giudizio, essa si estende non solo al pagamento dell'indennità che è la conseguenza di questa riqualificazione, ma anche al pagamento delle indennità che risultano dalla risoluzione del contratto di lavoro"). Le indennità in questione si possono anche cumulare a quella di fine contratto, che rimane acquisita al lavoratore per il solo fatto della cessazione del rapporto di lavoro, anche se lo stesso, a rigore, è oggetto di trasformazione in un ordinario contratto a tempo indeterminato (in tal senso, v. le pronunce della *Cass. soc.* 30 marzo 2005, n. 03-42667, in *Dr. ouvr.*, 2005, n. 689, pag. 542 e della *Cour d'Appel* Basse-Terre del 10 settembre 2012, n. 11/01066, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁰³ V. *Cass. soc.* 25 maggio 2005, n. 03-43146, ed anche *Cass. soc.* 28 aprile 2011, n. 09-42790: nonostante la pluralità di contratti analizzati, la relazione lavorativa oggetto di riqualificazione deve essere considerata

solo pretese aventi natura patrimoniale: la riammissione in servizio è generalmente esclusa in base alla disciplina del recesso ingiustificato¹⁰⁴, fatta eccezione per i casi di nullità del licenziamento espressamente contemplati dalla legge oppure conseguenti alla violazione di un diritto fondamentale¹⁰⁵. L'orientamento restrittivo, tuttavia, non è mai stato pacifico all'interno della dottrina, che ha provato a stigmatizzare gli ostacoli tradizionalmente opposti alla reintegrazione¹⁰⁶. Di recente, inoltre, con specifico riferimento al lavoro a termine, una parte degli interpreti ha rilevato come dalla rilevanza penale attribuita dall'ordinamento all'intera disciplina dei *contrats à durée déterminée* debba discendere necessariamente la nullità dell'interruzione del sinallagma e la conseguente reintegrazione del dipendente che agisce per la riqualificazione del rapporto¹⁰⁷.

6. I rapporti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: la distinzione tra *fonctionnaires* ed *agents contractuels*.

La regolazione del lavoro a termine nel pubblico impiego presenta un'importante analogia con la disciplina del settore privato. In entrambi i casi si tratta di un modello fortemente

unica, e non dà luogo al cumulo delle indennità. Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁴ In assenza di causa *réelle et sérieuse*, il *Conseil des Prud'hommes* può proporre la reintegrazione del lavoratore nell'impresa ma, nel caso in cui una delle parti rifiuti la reintegrazione, potrà soltanto condannare il datore di lavoro al versamento di un'indennità non inferiore a sei mesi di retribuzione (art. L. 1235-3 del *Code du travail*). Tuttavia, se il lavoratore ha meno di 2 anni d'anzianità o è addetto in un'impresa con meno di 11 dipendenti, l'ammontare dell'indennità è fissata discrezionalmente dal giudice in base all'entità del pregiudizio subito (art. L. 1235-5). In generale sugli effetti del licenziamento ingiustificato, si v. J. PELISSIER, E. DOCKÉS, G. AUZERO, *Droit du travail*, Parigi, 2012, pag. 468 e ss.

¹⁰⁵ Ad esempio, se la cessazione del rapporto a termine illegittimo costituisce una ritorsione a seguito di un ricorso per riqualificazione intentato dal lavoratore o da un'associazione sindacale, la condotta del datore di lavoro verrà sanzionata con la reintegrazione per violazione del diritto fondamentale di agire in giudizio (v. *Cour D'Appel* Parigi 15 settembre 2011, in *Dr. ouvr.*, 2011, n. 761, pagg. 702-705, nt. POIRIER; *Cass. soc.* 6 febbraio 2013, n. 11.11740, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). In tutti gli altri casi, la domanda volta ad ottenere la reintegrazione del lavoratore non può essere accolta: si v., per tutte, *Cass. soc.* 19 maggio 2010, n. 09-41464, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr: “il datore di lavoro che, alla scadenza di un contratto a durata determinata ulteriormente riqualificato in contratto a durata indeterminata, non fornisce più il lavoro e non paga gli stipendi, è responsabile dell'interruzione del rapporto, che viene analizzata come un licenziamento, da cui consegue il diritto, se dovuto, alle indennità di rottura senza che si possa esigere, in assenza di una disposizione di legge o in mancanza di violazione di una libertà fondamentale, la reintegrazione nell'impresa”.

¹⁰⁶ V. già nel 1955 D. AUTIE, secondo cui il rischio che la riammissione in servizio di un lavoratore licenziato possa turbare le relazioni all'interno dell'ambiente lavorativo ed indebolire il potere gerarchico dell'imprenditore non deve essere enfatizzato al punto da impedire la reintegrazione nelle grandi aziende nelle quali non esistono rapporti personali con il datore di lavoro (cfr. D. AUTIE, *La rupture abusive du contrat du travail*, Parigi, 1955, pagg. 150-151).

¹⁰⁷ In tal senso, v. M. HENRY, *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvr.*, 1995, n. 362, pag. 383; M. POIRER, nota a *Cour d'Appel* Parigi 15 settembre 2011, in *Dr. ouvr.*, 2011, n. 761, pag. 709; P. HENRIOT, *La cessation de la fourniture de travail et du paiement des salariés en réponse à l'action en requalification du CDD: conséquences et sanction*, *Dr. ouvr.*, 2011, n. 761, pag. 701.

centralizzato, “sottoposto al primato della legge”¹⁰⁸, su cui la contrattazione collettiva ha una scarsa incidenza¹⁰⁹. Le condizioni normative dei pubblici dipendenti sono contenute in una legge generale che costituisce lo *Statut général de la fonction publique*¹¹⁰, valevole per tutte le branche della P.A. Attualmente il sistema amministrativo francese è suddiviso in funzione pubblica centrale, territoriale ed ospedaliera¹¹¹. Il reclutamento del personale avviene, di norma, tramite concorso pubblico, basato sull'accertamento delle conoscenze e delle capacità dei candidati¹¹². Accanto ai funzionari titolari, le leggi sulle tre funzioni pubbliche prevedono la possibilità di assumere lavoratori non stabili mediante il ricorso a contratti a tempo determinato, anche nel quadro di politiche di promozione dell'occupazione, mediante selezione diretta dei candidati¹¹³.

6.1 L'elencazione dei motivi obiettivi di opposizione del termine nelle tre *fonctions publiques*.

Al pari del settore privato, i lavoratori pubblici possono essere assunti a termine solo in base a specifiche situazioni predeterminate dal legislatore, rispondenti ad esigenze di carattere oggettivo; a differenza della disciplina contenuta nel *Code du travail*, la Pubblica Amministrazione può

¹⁰⁸ Così L. BORDOGNA- S. NERI, *La regolazione del lavoro pubblico in Italia ed in Francia: convergenze e divergenze*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 127, pag. 457.

¹⁰⁹ Dal 1983 è stata riconosciuta all'autonomia collettiva (art. 8, legge n. 634 del 13 luglio 1983) una forma di partecipazione, nella veste di negoziazioni preliminari, alla determinazione delle retribuzioni, ma i trattamenti salariali possono essere definiti a livello governativo anche a prescindere dagli esiti della trattativa sindacale (cfr. L. BORDOGNA- S. NERI, *op. cit.*, pagg. 475-476).

¹¹⁰ Emanato nel 1946, modificato nel 1959 e completamente riformato ad opera della legge n. 634 del 13 luglio 1983 (fonte: sito ufficiale della Pubblica Amministrazione <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/statut-general-fonction-publique.html>).

¹¹¹ La prima è costituita dai Ministeri e dagli Enti pubblici non economici; la seconda, istituita nel 1984, ricomprende i funzionari di 26 regioni, 100 dipartimenti e 36.500 comuni, mentre la terza è costituita dal personale amministrativo e medico degli ospedali pubblici. Sul punto, v. L. BORDOGNA- S. NERI, *op. cit.*, pag. 464; v. anche *Il sistema di contrattazione collettiva in Francia*, Aran newsletter, 2005, n. 1-2, pagg. 1-3, da www.aranagenzia.it.

¹¹² Art. 19, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 36, legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 29, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera. Derogano alla regola del concorso esterno le assunzioni per la copertura di posti inquadrati nella categoria C (ausiliari amministrativi), le assunzioni di lavoratori appartenenti alle categorie protette e, sempre per la categoria C, di giovani di età compresa tra i 16 ed i 25 anni privi di qualificazione professionale (c.d. PACTE, ossia “*parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et d'État*”, introdotto dal Decreto n. 902 del 2 agosto 2005; sul punto, v. il sito internet del Ministero del Lavoro <http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/formation-professionnelle,118/pacte-parcours-d-acces-aux,2733.html>).

¹¹³ Secondo l'ultimo studio pubblicato dall'Istituto nazionale di statistica e studi economici (INSEE) riferito all'anno 2012, la percentuale dei funzionari non titolari è pari al 17% del totale dei pubblici dipendenti (cfr. *L'emploi dans la fonction publique en 2012*, da *Insee première*, aprile 2014, n. 1496, da www.insee.fr/fr/mobile/etudes/document.asp?ref_id=ip1496). La percentuale si è abbassata, grazie all'ultimo intervento di stabilizzazione dei lavoratori a termine intervenuto nel 2005. Sul punto, v. L. BORDOGNA- S. NERI, *op. cit.*, pag. 466. I contratti finalizzati al sostegno dell'occupazione (c.d. *aidés*) rappresentano, invece, il 3% del totale dei lavoratori pubblici.

ricorrere ai c.d. *agents contractuels* anche per coprire posti di lavoro permanenti, nelle seguenti ipotesi:

- a) assenza di incaricati in grado di assicurare una determinata funzione¹¹⁴;
- b) assenza di dipendenti appartenenti alla categoria A (impiegati di concetto, quadri e dirigenti), qualora la copertura del posto di lavoro sia necessitata dalla natura delle funzioni o dei servizi richiesti¹¹⁵.

Il contratto a termine, inoltre, può essere stipulato per soddisfare esigenze di carattere transitorio, anch'esse tassativamente elencate dal legislatore:

- a) indisponibilità di uno specifico lavoratore, assente per malattia o congedo¹¹⁶;
- b) temporanea vacanza d'organico in attesa dell'espletamento delle procedure pubbliche di assunzione¹¹⁷;
- c) incremento temporaneo di attività¹¹⁸;
- d) esigenze stagionali¹¹⁹.

¹¹⁴ Art. 4 della legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 9, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera, che specifica ulteriormente le situazioni in cui può trovarsi l'amministrazione procedente, ossia la presa in carico di nuovi compiti oppure la necessità di competenze tecniche altamente specializzate. V. anche art. 3.3 della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale, che a tale ipotesi aggiunge anche la possibilità, per i Comuni al di sotto dei mille abitanti, di assumere a tempo determinato sia il proprio segretario comunale, che altri dipendenti, purché a tempo parziale non inferiore al 50%. Infine, ai Comuni con meno di 2000 abitanti ed ai raggruppamenti di Comuni di meno di 10000 abitanti è data la facoltà di coprire con contratti a termine posti di lavoro la cui creazione o soppressione dipendono da concomitante decisione di un'altra autorità pubblica sulla creazione, modificazione o soppressione di un servizio pubblico.

¹¹⁵ V. nota precedente; la casistica giurisprudenziale, in tale ambito, è molto vasta, trattandosi di definizioni molto ampie e generiche. Il *Conseil d'Etat*, ha giudicato, ad esempio, legittime le assunzioni a tempo determinato di due ingegneri informatici in occasione dell'ampliamento del proprio sistema informatico (*Cons. Et.*, 27 febbraio 1995, n. 150631) e quella di un'addetta alla gestione del personale preceduta da una selezione pubblica rivelatasi infruttuosa (*Cons. Et.*, 16 dicembre 1996, n. 121295), ma non quella di un ingegnere gestionale, le cui funzioni potevano essere svolte da un dirigente comunale (*Cons. Et.*, 17 ottobre 1997, n. 152913). Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹¹⁶ Art. 6-*quater*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3.1 della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 9.1, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera.

¹¹⁷ Art. 6-*quinquies*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3.2 della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 9.1, comma secondo, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera. Secondo la giurisprudenza amministrativa la successiva assegnazione del posto di lavoro temporaneamente coperto mediante contratto a termine non concreta automaticamente una causa di risoluzione del predetto rapporto a tempo determinato, in quanto la P.A. datrice di lavoro è obbligata da "un principio generale di diritto cui si ispirano tanto le disposizioni del codice del lavoro relative alla soppressione degli impieghi quanto le regole dello Statuto generale della funzione pubblica" ad adibire il dipendente ad altre mansioni corrispondenti al livello professionale del lavoratore (*Conseil d'Etat*, 25 settembre 2013 n. 365139, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹¹⁸ Art. 6-*sexies*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3, n. 1, della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 9.1, comma terzo, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera.

¹¹⁹ Art. 6-*sexies*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3, n. 2, della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale.

Il personale a termine è sottoposto ad un regime pubblicistico, ed è escluso dall'applicazione del *Code du travail* e dalla giurisdizione ordinaria¹²⁰. Salvo esplicite previsioni legali o regolamentari, non sussiste un obbligo generale di parità di trattamento rispetto ai dipendenti a tempo indeterminato¹²¹. Tramite i Decreti attuativi dei tre Statuti della funzione pubblica sono state estese agli *agents contractuels* alcune delle prerogative spettanti ai funzionari titolari, come i congedi per malattia o per formazione professionale, subordinate in alcuni casi ad un'anzianità minima di servizio¹²². Per quanto concerne la retribuzione, secondo l'interpretazione assolutamente dominante presso la giurisprudenza, la pubblica amministrazione gode della facoltà discrezionale di determinare, volta per volta, la remunerazione spettante agli *agents contractuels*, potendosi basare sia sulle condizioni economiche applicate ai funzionari titolari che su altri criteri, come il livello d'istruzione e l'esperienza professionale¹²³. Altrettanto pacifico è l'orientamento secondo cui la differenza di trattamento tra le due classi di dipendenti non costituisce una violazione del principio di uguaglianza, in quanto fondata su una differente posizione giuridica, derivante dalle diverse responsabilità e dalla diversa natura dei compiti loro affidati, e non sulla semplice durata della

¹²⁰ Sul punto, v. M. HEINIS, *Les critères du contrat à durée indéterminée dans la jurisprudence administrative*, in *Dr. soc.*, 1994, n. 12, pagg. 995-1101. Il *Conseil d'Etat*, organo di vertice della giurisprudenza amministrativa, cui sono le devolute tutte le controversie relative al pubblico impiego, ha da tempo escluso l'applicazione del Codice del lavoro agli *agents publics*: v. sentenza del 28 settembre 1984, n. 41486, relativamente all'inapplicabilità della prima legge sul lavoro a tempo determinato del settore privato (legge 3 gennaio 1979, n.11), e sentenza 14 marzo 1990, n. 70400, sull'inapplicabilità della successiva riforma del *CDD* del 1982 (l'*Ordonnance* n. 130 del 5 febbraio 1982). Si v. anche la sentenza della *Cour administrative d'appel* di Marsiglia (n. 00MA02049 del 25 maggio 2004), che ha negato l'estendibilità dell'art. L. 122-3-10 (attuale L. 1243-11) del *Code du travail*, relativo alla protrazione di fatto del rapporto a termine oltre la scadenza iniziale con la seguente motivazione: "non risulta da nessun testo legislativo o regolamentare, né da nessun principio generale del diritto, che gli *agents* assunti dalle collettività territoriali a termine abbiano, in caso di rinnovi successivi dei loro impieghi a durata determinata, diritto a vederli riqualificati in un contratto a durata indeterminata". L'orientamento è condiviso anche dalla giurisprudenza ordinaria (cfr. *Cass. soc.* 16 novembre 2010, n. 09-42519) e soprattutto dall'organo competente a dirimere i conflitti di attribuzione tra le due branche della magistratura, il *Tribunal des conflits*, secondo il quale: "*sauf dispositions législatives contraires, les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi*" (sentenza 25 marzo 1996, n. 03000; sentenza 12 marzo 2001, n. 03224, sentenza 14 maggio 2012, n. C3870). Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹²¹ L'equivalenza del trattamento è prevista, ad esempio, in materia di prestazioni sociali (art. 7, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale, art. 10, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera).

¹²² Per i congedi parentali, ad esempio, è prevista un'anzianità minima di un anno (v. art. 19 Decreto n. 83 del 17 gennaio 1986, relativo alla funzione pubblica centrale; art. 14 Decreto n. 145 del 15 febbraio 1988, relativo alla funzione pubblica territoriale; art. 18 Decreto n. 155 del 6 febbraio 1991, relativo alla funzione pubblica ospedaliera).

¹²³ V. *Cons. Et.* 28 luglio 1995, n. 168605; *Cour administrative d'appel* di Marsiglia del 9 aprile 2013, n. 11MA00840, reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

relazione lavorativa¹²⁴. Tale conclusione, in realtà, riecheggia l'interpretazione del principio di uguaglianza elaborata dalla magistratura ordinaria nell'ambito del settore privato, secondo cui è ammessa la derogabilità dell'obbligo della parità di trattamento stabilito dall'art. L. 1242-14 del *Code du travail*, purché basata su ragioni obiettive, delle quali è compito del giudice “verificare la concretezza e la pertinenza”¹²⁵.

6.2 I vincoli all'utilizzo dei *contrats à durée déterminée*.

6.2.1. Gli oneri formali.

Le leggi sulle tre funzioni pubbliche, ed i relativi decreti attuativi, contemplano ulteriori requisiti di legittimità dei rapporti a termine, allo scopo di contenerne la stipulazione e soprattutto il rinnovo indiscriminato, che può dar luogo a fenomeni di precarizzazione degli impieghi contrastanti con il principio di legalità e legittimità dell'azione amministrativa.

Il contratto di assunzione deve essere redatto per iscritto, e contenere una serie di importanti informazioni, come la ragione per la quale è stato stipulato, la data di cessazione, nonché la descrizione del posto di lavoro occupato e le condizioni d'impiego, retributive e non, applicate¹²⁶. Se l'apposizione del termine è giustificata dalla sostituzione di un lavoratore assente, dalla copertura di un posto vacante in organico, dall'aumento temporaneo di attività, o da un lavoro di carattere stagionale, il contratto deve contenere “una definizione precisa del motivo”¹²⁷. Le conseguenze, in caso di inosservanza di tali vincoli, non sono determinate dalla legge. La giurisprudenza, sul punto, è divisa. In difetto di una specifica sanzione, un primo orientamento ha ricavato in via interpretativa un semplice obbligo di sanatoria delle irregolarità gravante sulla P.A.

¹²⁴ V. *Cons. Et.* 29 dicembre 2006, n. 283860, reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che rigetta il ricorso di un consigliere dell'Agenzia nazionale dell'impiego che contestava il differente inquadramento professionale tra *agents contractuels* e *fonctionnaires* titolari.

¹²⁵ Così *Cass. soc.* 15 maggio 2007, n. 05-42894 (reperibile da www.legifrance.gouv.fr): nel caso di specie la Corte accoglie il ricorso di un gruppo di docenti a tempo indeterminato che contestavano le differenze di salario rispetto ai colleghi assunti occasionalmente e meglio retribuiti, in quanto il giudizio di merito non aveva accertato, se non in modo generico, la sussistenza di ragioni obiettive materialmente verificabili rispetto alla differenza di remunerazione. Anche secondo la Corte di Giustizia UE la nozione di «ragioni oggettive» richiede che la disparità di trattamento “sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive ed in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria” (sentenza del 13 settembre 2007, causa C-307/05, punti 58-59).

¹²⁶ Art. 4 del Decreto n. 83 del 17 gennaio 1986, relativo alla funzione pubblica centrale; art. 3 del Decreto n. 145 del 15 febbraio 1988, relativo alla funzione pubblica territoriale; art. 4 del Decreto n. 155 del 6 febbraio 1991, relativo alla funzione pubblica ospedaliera.

¹²⁷ V. art. 4, 4° comma, del Decreto n. 83/1986, relativo alla funzione pubblica centrale, inserito nel 2014 dall'art. 6 del Decreto n. 364 del 21 marzo 2014.

datrice di lavoro¹²⁸, mentre alcune pronunce hanno considerato irrilevante la mancata specificazione del motivo di ricorso¹²⁹ o l'assenza di forma scritta¹³⁰. Solo una parte minoritaria della giurisprudenza ha ritenuto che la mancanza dei requisiti legali, come l'atto scritto o l'indicazione della durata, possa essere sanzionata con la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato¹³¹.

¹²⁸ V. ad esempio la sentenza della *Cour administrative d'appel* di Marsiglia del 5 marzo 2013, n. 11MA03167, che, pur disconoscendo la necessità, da parte di un ospedale, di assumere un dipendente di categoria A (nella fattispecie un direttore del servizio di rieducazione) in mancanza di un numero sufficiente di posti-letto, obbliga il datore di lavoro soltanto alla regolarizzazione della posizione del lavoratore, anche attraverso un'eventuale diversa collocazione all'interno della struttura, fatto salvo il suo diritto al risarcimento degli eventuali danni subiti. Si v., altresì, *Cons. Et.* 16 novembre 2005, n. 266227, secondo cui "se un *agent contractuel* è assunto con un contratto, anche verbale, che non contiene alcuna indicazione della sua durata, l'amministrazione deve regolarizzare la sua situazione, proponendogli un contratto scritto". Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹²⁹ V. *Cour administrative d'appel* di Bordeaux del 31 marzo 2014, n. 12BX03128, secondo cui l'assenza dei motivi di ricorso al contratto a termine di un'impiegata amministrativa, che non aveva realmente sostituito alcun collega indisponibile, non costituisce causa di illegittimità del successivo mancato rinnovo deciso dal datore di lavoro: "le irregolarità allegare non influiscono sulla qualificazione giuridica da dare a questi contratti e non potrebbero avere per conseguenza, contrariamente a ciò che si sostiene, di riqualificare i contratti [...] in contratto a durata indeterminata". V., anche *Cour administrative d'appel* di Marsiglia, 22 luglio 2007, n. 05VE01168, sugli effetti della protrazione *ultra tempus* del contratto iniziale: "la circostanza che un contratto a durata determinata è stato prorogato tacitamente non può avere per effetto di conferirgli una durata indeterminata; il mantenimento in servizio di un *agent contractuel* alla scadenza del suo contratto iniziale, se traduce la comune intenzione delle parti di proseguire la loro collaborazione, ha solamente per effetto di dare origine ad un nuovo contratto, concluso anch'esso anche per un periodo determinato la cui durata è pari a quella del contratto iniziale" (orientamento confermato anche da *Cour administrative d'appel* di Marsiglia dell'8 luglio 2010, n. 08MA02920; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹³⁰ L'orientamento più recente del *Conseil d'Etat* non ritiene la forma scritta un requisito di validità del contratto: v. sentenza del 24 dicembre 2004, n. 256057: "la circostanza che un contratto sia stato concluso verbalmente non può avere legalmente l'effetto di conferirgli una durata indeterminata" (la sentenza è tratta da www.legifrance.gouv.fr).

¹³¹ V., ad esempio, la sentenza della *Cour administrative d'appel* di Parigi del 3 marzo 2012, n. 10PA01924, secondo cui "il contratto verbale concluso da una persona giuridica pubblica in vista del reclutamento di un *agent contractuel* deve essere considerato, nell'assenza di elementi contrari, come un contratto a durata indeterminata". Nello stesso senso, v. *Cons. Et.* 7 febbraio 1990, n. 99664 e *Cons. Et.* 23 dicembre 1994, n. 151631; *Cour administrative d'appel* di Marsiglia del 22 febbraio 2005, n. 03MA00640. In mancanza di una concreta specificazione relativa alla scadenza del termine apposto, un orientamento risalente riteneva che il contratto potesse essere considerato a tempo indeterminato: v. *Cons. Et.* 14 novembre 1980, n. 12322; *Cons. Et.* 10 giugno 1983, n. 36837, secondo cui, in presenza di una clausola di rinnovo tacito, il contratto di lavoro si considera senza scadenza al pari del rapporto a durata indeterminata. L'impostazione prevalente, inaugurata alla fine degli anni Novanta, ritiene invece che la clausola di rinnovo tacito o di *reconduction* non possa avere per effetto di trasformare la relazione lavorativa, e dia origine solamente ad un nuovo contratto, concluso anch'esso anche per un periodo determinato avente, in mancanza di una diversa indicazione, durata pari a quella iniziale (*Cons. Et.* 27 ottobre 1999, n. 178412; *Cons. Et.* 23 aprile 2001, n. 199152; *Cour administrative d'appel* di Nancy 20 giugno 2000, n. 96NC00950; *Cour administrative d'appel* di Bordeaux n. 00BX01869 del 21 giugno 2004; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr). Sul punto, in dottrina, v. M. HEINIS, *op. cit.*, pagg. 997-998, e M. DAÏOGLU, *Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement: les conséquences de la qualification*, in *Act. jurid. fonct. pubbl.*, 2004, n. 1, pagg. 42-47.

6.2.2. I limiti di durata.

I tre Statuti sulla funzione pubblica stabiliscono, inoltre, limiti specifici di durata, diversi in base a ciascuna tipologia contrattuale. I rapporti a tempo determinato per ragioni sostitutive cessano con il rientro in servizio del funzionario assente, in base ad una regola vigente anche nel settore privato¹³². Se il *contrat de remplacement* è stato concluso in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali finalizzate alla copertura di una vacanza in organico, il limite di durata è pari un anno, prorogabile al massimo fino a due¹³³. I contratti a termine basati sulle altre ragioni temporanee hanno limite di durata più breve: quelli stagionali, che possono essere attivati solo nell'ambito delle *fonctions publiques* statale e territoriale, possono essere stipulati al massimo per sei mesi entro un arco temporale di 12 mesi¹³⁴, mentre quelli per *accroissement temporaire de l'activité* al massimo per 12 mesi entro la cornice temporale di 18 mesi¹³⁵. Infine, i *CDD* stipulati per far fronte ad esigenze durature hanno una scadenza triennale obbligatoria, elevabile, mediante proroghe espresse, fino a sei¹³⁶. In nessun caso è dovuta alla scadenza del contratto l'indennità di fine contratto stabilita nel settore privato¹³⁷.

Prima della tardiva trasposizione della Direttiva europea sul lavoro a tempo determinato, avvenuta nel 2005, non esisteva la soglia dei sei anni: ciò determinava la proliferazione di lunghe “catene contrattuali” su posti di lavoro permanenti, in contrasto con l'obiettivo di prevenzione degli abusi stabilito dalla fonte comunitaria, così come rilevato puntualmente dalla giurisprudenza¹³⁸. Il

¹³² Art. L. 1242-9 del *Code du travail*.

¹³³ Art. 6-*quinquies*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3.2 della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 9.1, comma secondo, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera.

¹³⁴ Cfr. art. 7 del Decreto n. 83/1986, relativo alla funzione pubblica centrale, così come modificato nel 2014 dall'art. 8 del Decreto n. 364 del 21 marzo 2014. Gli stessi limiti valgono nella funzione pubblica territoriale ex art. 3, legge n. 53 del 26 gennaio 1984.

¹³⁵ V. nota precedente; per quanto riguarda la funzione pubblica ospedaliera lo stesso limite è imposto dall'art. 9.1, comma terzo, legge n. 33 del 9 gennaio 1986.

¹³⁶ Art. 6-*bis*, legge n. 16 dell'11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale; art. 3.3 della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale; art. 9, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera.

¹³⁷ Cfr. *Cons. Et.*, sentenza 13 gennaio 1995, n. 147235, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr, che ritiene inapplicabile la disciplina prevista dal *Code du travail* al personale in regime di diritto pubblico (nel caso di specie un cassiere del *Crédit municipal*, soggetto al regime di diritto pubblico in virtù della natura dei servizi erogati).

¹³⁸ Nel 2003, nel suo Rapporto annuale, il *Conseil d'Etat* mostra le sue perplessità intorno a tale pratica, “nella misura in cui sembra direttamente contraria alle disposizioni della Direttiva del 1999” (*Rapport public “Perspective pour la fonction publique”*, reperibile dal sito internet del Consiglio di Stato <http://www.conseil-etat.fr/content/download/378/1162/version/1/file/rapportpublic2003.pdf>, pag. 289). È la *Cour administrative d'appel* di Parigi che per la prima volta giudica illegittimo il sistema di reclutamento degli *agents contractuels* su posti di lavoro permanenti previsto dalla legge sulla funzione pubblica centrale prima delle modifiche intervenute nel 2005, in quanto non prevedeva “né una durata massima totale di contratti di lavoro a durata determinata successivi né il numero di rinnovi di questi contratti”, né una

capitolo III° della legge n. 843 del 26 luglio 2005, significativamente denominato “lotta alla precarietà”, ha fissato il predetto limite massimo di durata, scaduto il quale la prosecuzione del rapporto non può che avvenire «per decisione esplicita e per una durata indeterminata»¹³⁹. La formulazione della norma è sufficientemente chiara nell’escludere ogni automatismo sanzionatorio al raggiungimento del tetto dei sei anni, riservando alla P.A. datrice di lavoro la discrezionalità nel procedere alla stabilizzazione del rapporto¹⁴⁰. Se lo stesso, però, prosegue di fatto senza che intervenga alcuna deliberazione dell’amministrazione, l’*agent contractuel* in servizio da oltre sei anni può agire in giudizio per vedere riconosciuta la natura indeterminata della propria relazione lavorativa¹⁴¹. Per quanto riguarda la decisione dell’amministrazione, essa è soggetta ad un iter procedurale, stabilito dai Decreti attuativi delle leggi sulle tre funzioni pubbliche. In particolare, è previsto un obbligo di preavviso a carico del datore di lavoro, variabile in funzione della durata del

giustificazione dei rinnovi basata “sull’esistenza di elementi sufficientemente concreti ed obiettivi tenendo conto della natura delle attività esercitate e delle condizioni del loro esercizio” (sentenza del 20 novembre 2007, n. 06PA02869). Nello stesso senso, con riferimento alla funzione pubblica territoriale, v. la decisione della *Cour administrative d’appel* di Marsiglia del 30 novembre 2010, n. 08MA02395: nel caso specifico si trattava di una successione ininterrotta di *CDD* dal 1991 al 2004, ritenuta incompatibile con l’interpretazione della clausola n. 5 della Direttiva n. 1999/70 derivante dalla sentenza della Corte di Giustizia UE *Adelener* del 4 luglio 2006, che impone al giudice nazionale, in caso di tardiva attuazione di una Direttiva ed in mancanza di efficacia diretta delle disposizioni di quest’ultima, di interpretare il diritto interno al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest’ultima, ossia prevenire e sanzionare una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro. Per una diversa ma errata ricostruzione, v. *Cour administrative d’appel* di Douai del 22 marzo 2012, n. 10DA01255, che nega l’obbligo di interpretazione comunitariamente orientata, nonostante la mancanza di carattere *self-executing* della Direttiva 1999/70: nel caso di specie la ricorrente era stata impiegata dal 1990 al 2004, in qualità di insegnante, con 14 contratti a termine. Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹³⁹ Così recitano, dopo le modifiche apportate dalla *loi* n. 843/2005 (*portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique*), l’art. 6-bis, legge n. 16 dell’11 gennaio 1984, relativa alla funzione pubblica centrale, l’art. 3.3, ultimo comma, della legge n. 53 del 26 gennaio 1984, sulla funzione pubblica territoriale, l’art. 9, legge n. 33 del 9 gennaio 1986, concernente la funzione pubblica ospedaliera.

¹⁴⁰ Il mancato rinnovo intervenuto entro il tetto massimo dei sei anni non è censurabile in giudizio da parte del lavoratore: il solo fatto di aver stipulato una serie ininterrotta di *CDD* per fare fronte ad esigenze permanenti della P.A., infatti, non crea alcun diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico (per un’applicazione di tale principio, v. *Cour administrative d’appel* di Marsiglia, 2 marzo 2010, n. 08MA01870, relativamente ad un insegnante impiegato senza soluzione di continuità per 5 anni e 5 mesi prima del mancato rinnovo del contratto, oppure *Cour administrative d’appel* di Nancy, 3 maggio 2012, n. 11NC01118, che conferma la decisione di mancato rinnovo ad una reiterazione di rapporti a tempo determinato intercorsi con un docente supplente dal 16 settembre 2000 al 30 giugno 2006; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁴¹ Si v., per un’applicazione recente, la pronuncia della *Cour administrative d’appel* di Marsiglia del 24 giugno 2014, n. 13MA02785, che, preso atto della natura indeterminata di un rapporto di lavoro protrattosi ininterrottamente dal 15 febbraio 2001 al 31 luglio 2007, condanna il Ministero dell’educazione alla riqualificazione del contratto e, nel caso di specie, alla sua retrodatazione, in quanto nel 2012 il ricorrente era stato nuovamente assunto a tempo indeterminato (la sentenza è reperibile da www.legifrance.gouv.fr).

contratto¹⁴², la cui inosservanza, tuttavia, è stata ritenuta ininfluenza sulla validità dell'eventuale deliberazione di diniego del rinnovo contrattuale: l'orientamento giurisprudenziale, sul punto, è costante¹⁴³. In caso di trasformazione a tempo indeterminato della relazione lavorativa, si è posto il dubbio se debbano essere mantenute tutte le condizioni contrattuali inerenti il precedente rapporto. Il tradizionale orientamento della giurisprudenza amministrativa, che stabilisce un divieto di *reformatio in pejus* dei trattamenti economici e normativi applicati al contratto oggetto di stabilizzazione¹⁴⁴, è stato confermato, da ultimo, dalla Corte di Giustizia europea, cui si era rivolta il *Tribunal administratif* di Rennes¹⁴⁵.

6.3 L'apparato sanzionatorio: divieto di *requalification* e tutela per equivalente.

Come si è visto *supra*, la giurisprudenza amministrativa esclude in linea di massima “che possano essere imposti alla Pubblica Amministrazione contratti a tempo indeterminato che la stessa non intenda concludere”¹⁴⁶. Fatta salva la circostanza in cui il contratto dell'*agent contractuel*,

¹⁴² In base al combinato disposto degli articoli 5 e 45 del Decreto n. 83/1986, al lavoratore deve essere notificata la decisione di rinnovo (o mancato rinnovo) entro i seguenti termini di preavviso: 8 giorni, se si tratta di un *agent contractuel* assunto per una durata inferiore a sei mesi; 1 mese, se l'assunzione è avvenuta per almeno sei mesi e non oltre due anni; 2 mesi, per contratti di durata uguale o superiore a due anni; 3 mesi, se si tratta di rapporti suscettibili di essere rinnovati solo a tempo indeterminato. Gli stessi termini di preavviso sono stabiliti dall'art. 38 del Decreto n. 145/1988, relativo alla funzione pubblica territoriale, e dall'art. 41 del Decreto n. 155/1991, relativo alla funzione pubblica ospedaliera.

¹⁴³ “La violazione del termine di preavviso previsto dalle disposizioni regolamentari, pur suscettibile di determinare la responsabilità dell'amministrazione, non comporta l'illegalità della decisione di non rinnovo del contratto” (così *Cour administrative d'appel* di Lione del 29 giugno 2010, n. 08LY02678, relativamente alla funzione pubblica centrale; *Cour administrative d'appel* di Bordeaux del 25 ottobre 2011, n. 11BX00155, e 17 aprile 2014, n. 12BX02060, con riferimento all'art. 38 del Decreto n. 145/1988 sulla funzione pubblica territoriale; le sentenze sono tratte dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁴⁴ Cfr. *Cons. Et.* 25 novembre 1998, n. 151067, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr e, più di recente, *Trib. administr.* di Cergy-Pontoise 9 marzo 2010, n. 0606943, da *Act. jurid. dr. adm.*, 2012, n. 41, pag. 2276.

¹⁴⁵ La questione pregiudiziale era stata posta nell'ambito della controversia insorta tra il sig. Huet, dipendente nel ruolo di ricercatore, e l'Università della Bretagna, dopo che quest'ultima, in seguito ad una successione di rapporti a termine stipulati ininterrottamente per sei anni consecutivi, aveva trasformato l'ultimo contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato con decurtazione della retribuzione di circa il 20%. I giudici europei hanno ritenuto, nonostante la clausola n. 5 della Direttiva n. 1999/70 non preveda espressamente, in caso di trasformazione a tempo indeterminato di una reiterazione di contratti a termine, l'immutabilità delle clausole del contratto, che gravi comunque sulle autorità nazionali il dovere di verificare se eventuali modifiche apportate alle clausole principali del contratto di lavoro possano pregiudicare, in senso globalmente sfavorevole, la condizione del lavoratore quanto all'oggetto del suo incarico ed alla natura delle sue funzioni (punto n. 45 della sentenza dell'8 marzo 2012, C-251/11, in *Dir. lav. merc.*, 2012, n. 2, pag. 397, nt. S. CIUCCIOVINO- C. AMATO). Nel successivo giudizio di merito, pertanto, il *Tribunal administratif* di Rennes ha accolto la domanda del ricorrente, annullando la decisione dell'Università di modificare il trattamento economico spettante al sig. Huet ed obbligandola a rivedere le condizioni del contratto di lavoro (sentenza n. 0804504 del 30 agosto 2012, da *Act. jurid. dr. adm.*, 2012, n. 41, pagg. 2277-2278, nt. L. MARECHAL).

¹⁴⁶ L'espressione è di J. Y. KERBOURC'H, ed è tratta da *Le contrat à durée déterminée irrégulier en droit privé et en droit public: des problèmes communs aux solutions contrastées*, in *Dr. soc.*, 1995, n. 12, pag. 990.

stipulato per esigenze permanenti, si sia protratto oltre la soglia massima dei sei anni, non sussiste alcun dovere di riqualificazione in capo al datore di lavoro pubblico che abbia illegittimamente assunto a termine¹⁴⁷. La violazione dei presupposti di legittimità del ricorso alla clausola di durata, secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, obbliga l'amministrazione alla regolarizzazione postuma della relazione lavorativa oppure a proporre al dipendente un diverso impiego, e l'eventuale diniego del lavoratore ad una nuova collocazione può determinarne il licenziamento¹⁴⁸. Qualora il rapporto di lavoro sia già cessato alla data della pronuncia giudiziale, non è possibile ottenere la reintegrazione in servizio, in base al principio generale secondo cui il giudice non può ingiungere all'amministrazione alcun "facere"¹⁴⁹. L'unico, residuo, meccanismo di tutela consisterà nel risarcimento dei pregiudizi subiti a seguito dell'accertata illegittimità dell'azione amministrativa per violazione di legge o eccesso di potere¹⁵⁰; manca, tuttavia, un'indicazione legislativa sui criteri di quantificazione del danno che ne renda uniforme la liquidazione in sede giurisdizionale¹⁵¹.

¹⁴⁷ La violazione dei tetti massimi di durata stabiliti per le altre tipologie contrattuali non è stata ritenuta sufficiente, in giurisprudenza, a riqualificare il rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato. V., ad esempio, *Cour administrative d'appel* di Lione del 18 ottobre 2011 (sentenza n. 11LY00591), che conferma la decisione di primo grado che aveva respinto il ricorso diretto alla trasformazione del proprio rapporto di lavoro di un dipendente stagionale impiegato oltre il limite dei sei mesi fissato dalla legge n. 26/84, in quanto "la circostanza che alcuni contratti avrebbero superato la durata massima di sei mesi fissata dalle disposizioni della legge del 26 gennaio 1984 non permette da sola di stabilire che l'impiego sul quale l'interessato è stato reclutato costituiva in realtà un impiego permanente del Comune". Si v., altresì, la sentenza del Consiglio di Stato n. 334584 del 23 dicembre 2011 che annulla la decisione del Dipartimento del Nord di assumere a tempo indeterminato un impiegato amministrativo assunto per far fronte a temporanei aumenti di attività attraverso una successione di contratti protrattisi ben oltre la soglia stabilita dall'art. 3, comma primo, legge n. 26/1984. La legge in questione, secondo i giudici, prevede la stabilizzazione del rapporto a termine solo nei casi esplicitamente contemplati dall'art. 4 (attuale art. 6-bis), e non può essere applicata in via analogica a situazioni diverse. Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹⁴⁸ L'orientamento, inaugurato nel 2008 (sentenza n. 283256), è stato costantemente ripreso dal Consiglio di Stato (v., da ultimo, sentenze n. 329903 del 21 novembre 2012 e n. 343039 del 30 maggio 2012) e dai giudici di merito (cfr., da ultimo, *Cour administrative d'appel* di Parigi del 24 novembre 2014, n. 13PA00647; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁴⁹ Si tratta di un principio consolidato in giurisprudenza: cfr., ad esempio, *Cons. Et.*, sentenza del 10 giugno 1983, n. 37337; *Cons. Et.*, sentenza dell'11 febbraio 1994, n. 109785, dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr.

¹⁵⁰ Per un'applicazione concreta, v. *Cour administrative d'appel* di Marsiglia 20 dicembre 2011, n. 11MA01849, secondo cui la decisione della P.A. datrice di lavoro di non rinnovare il contratto a termine di un lavoratore tutto-fare in forza dal 1998 al 2009 "non aveva per fondamento l'interesse del servizio, ma la sola preoccupazione di non concludere un contratto a durata indeterminata con l'interessato che aveva lavorato già sei anni con contratti a durata determinata successivi [...] e così di aggirare le disposizioni stabilite della legge n° 2005-843 del 26 luglio 2005". La Corte procede, in assenza di reintegrazione, a liquidare equitativamente i pregiudizi economici e morali subiti dal lavoratore a causa della mancata prosecuzione del rapporto, stimati in complessive 15.000 euro (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁵¹ Oltre al caso di cui alla nota precedente, si v., ad esempio, *Cour administrative d'appel* di Versailles del 5 luglio 2012, n. 10VE02451, che riconosce e liquida complessivamente in 5.000 euro il danno da perdita di *chance* ed il "pregiudizio morale e di carriera" derivante dalle dimissioni di un ingegnere assunto a tempo determinato per la durata di sei mesi su un posto di lavoro permanente per il quale non sussistevano le

In dottrina è stato obiettato, pertanto, come la disciplina del lavoro a termine nel settore pubblico esponga i lavoratori del settore ad un'ingiustificata riduzione di tutela ma anche ad una disparità di trattamento tra i datori di lavoro, posto che quelli in regime di diritto privato sono puniti sia in sede civile che in sede penale praticamente in tutti i casi di violazione delle norme relative alla disciplina del contratto a termine¹⁵². Il ristretto ambito di applicazione della sanzione della trasformazione del contratto a tempo indeterminato, infine, fa dubitare dell'efficacia dissuasiva del sistema, in contrasto l'obbligo comunitario di prevedere adeguate misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo dei rapporti a tempo determinato¹⁵³.

ragioni per ricorrere ad un'assunzione a termine. V. anche la pronuncia della *Cour administrative d'appel* di Parigi del 3 marzo 2012, n. 10PA01924, che sanziona con la riqualificazione a tempo indeterminato la mancata assunzione mediante atto scritto, riconoscendo altresì alla lavoratrice ricorrente 10.000 euro a titolo di danni morali: “considerando, in primo luogo, le condizioni in cui è stata assunta, senza contratto scritto, mantenuta in questa situazione mentre, a più riprese, ha chiesto al suo datore di lavoro di regolarizzare tale situazione [...] la Sig.ra M. può fondatamente sostenere che il Centro Ospedaliero Santa-Anne ha commesso ripetutamente degli errori, negando di porre fine alla situazione irregolare nella quale si trovava e, più in generale, nella gestione della sua situazione professionale” (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.legifrance.gouv.fr).

¹⁵² Cfr. J. Y. KERBOURC'H, *op. cit.*, pag. 989.

¹⁵³ Cfr. C. VIGNEAU, *Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, in *Dr. soc.*, 2007, n. 1, pag. 97, secondo cui “la Francia fornisce a questo riguardo l'illustrazione di una legislazione nazionale che non sembra in grado di prevenire realmente l'utilizzazione abusiva nella funzione pubblica dei contratti a durata determinata”. Di diverso avviso è il *Conseil d'Etat*, secondo cui la facoltà di stabilizzazione del rapporto a termine, nonostante sia limitata al superamento della soglia massima dei sei anni, abbia reso la disciplina del lavoro a tempo determinato nella *fonction publique* pienamente compatibile con la Direttiva n. 70/1999 (sentenza n. 347406 del 12 giugno 2013, da www.legifrance.gouv.fr).

CAPITOLO III

IL LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN SPAGNA

SOMMARIO: 1. Evoluzione della disciplina.- 2. L'art. 15 dell'*Estatuto de los trabajadores*: il principio di tassatività dei motivi di ricorso al termine.- 2.1 *Contrato para obra o servicio determinado*.- 2.2 *Contrato eventual por circunstancias de la producción*.- 2.3 *Contrato de interinidad*.- 3. I rapporti a tempo determinato speciali: *contratos para el fomento del empleo* e *contratos formativos*.- 4. Le regole comuni alle fattispecie di lavoro a termine.- 4.1 La flessibilità degli oneri formali: l'atto scritto *ad probationem*.- 4.2 Proroga espressa e tacita: il meccanismo della c.d. *denuncia*.- 4.3 L'art. 15.5 dell'*Estatuto de los trabajadores*: l'introduzione del limite di durata alla successione di contratti a tempo determinato.- 4.4 Le prerogative individuali e collettive. Rinvio alla disciplina del contratto a tempo indeterminato e disposizioni specifiche sul contratto a termine.- 4.5 La sanzione della *conversión* in contratto a tempo indeterminato: presupposti ed effetti.- 5. Il contratto a termine nel pubblico impiego: la bipartizione tra dipendenti in regime di diritto pubblico e diritto comune.- 5.1 Gli artt. 10 ed 11 dell'*Estatuto básico del empleado público*: i motivi di ricorso al rapporto a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni.- 5.2 Le conseguenze sanzionatorie dell'illegittima apposizione del termine.- 5.2.1 La tutela dei *funcionarios interinos*.- 5.2.2 Le vicende del *personal laboral*.

1. Evoluzione della disciplina.

Con una percentuale di poco superiore al 23%, la Spagna è il secondo Paese europeo per utilizzo di lavoratori a tempo determinato, preceduta solo dalla Polonia¹. Il dato si spiega agevolmente tenendo conto della consolidata tendenza ad utilizzare il contratto a tempo determinato come modalità fisiologica di assunzione, piuttosto che per fare fronte a specifiche e transitorie esigenze di manodopera². Ciò, come si vedrà in seguito, è reso ancora più agevole dall'imperfetta redazione dei testi legislativi, contenenti disposizioni normative molto spesso prive di univocità interpretativa. In origine la legge poneva su un piano di sostanziale parità i contratti di lavoro, con o

¹ Fonte: *European Union Labour force survey, Annual results 2013*, dal database Eurostat <http://ec.europa.eu/eurostat>. Fino al 2009, tuttavia, la percentuale si attestava intorno al 30%, ed era di gran lunga la più alta negli Stati dell'Unione. La media europea oscilla, invece, tra il 14 ed il 15%.

² La dottrina spagnola ha parlato di un vero e proprio "culto della temporaneità" (così F. VALDÉS DAL-RÉ, *La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español*, *Nueva rev. der. trab.*, 1999, n. 93, pagg. 26-27), visto che fino alla metà degli anni '90 la percentuale di contratti a termine si aggirava intorno al 35% ed ancora oggi il "prototipo (contratto a tempo indeterminato) appare come un'eccezione" (così A.V. SEMPERE NAVARRO, Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.I. PÉREZ CAMPOS, *Contratos temporales estructurales*, in A.V. SEMPERE NAVARRO e R. MARTÍN JIMÉNEZ (a cura di), *El contrato de trabajo*, Cizur Menor, 2011, Vol. III, pag. 131).

senza fissazione di durata, lasciando ampia libertà all'autonomia individuale³. Non mancavano, comunque, fonti secondarie ed interpretazioni giurisprudenziali inclini a favorire un altro principio fondamentale, quello della stabilità del posto di lavoro⁴. L'esigenza di una regolamentazione più puntuale del contratto a tempo determinato, sollecitata dall'ambiente accademico dell'epoca⁵, ha spinto il legislatore a modificare il rapporto regola/eccezione, precisando i motivi che giustificano la deroga al principio generale secondo cui il rapporto di lavoro si presume normalmente a tempo indeterminato⁶.

³ Art. 27 della *Ley de contrato de trabajo* del 26 gennaio 1944: «*El contrato de trabajo podrá celebrarse por tiempo indefinido, por tiempo cierto, ex profeso o tácito, o para obra o servicio determinado*»; sul punto, v. M. ALONSO OLEA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1973, pagg. 112-113.

⁴ La giurisprudenza spagnola già dagli anni '40 riteneva doveroso sindacare la tendenza all'occupazione di un posto di lavoro permanente attraverso la successione di contratti a termine, affermando che «la libertà contrattuale, senza alcuna limitazione, è contraria alla stabilità e continuità nel lavoro che è accolta dalla legislazione sociale» (v. sentenze del *Tribunal Supremo* del 12 marzo 1943, 7 aprile 1949, 4 giugno 1956, riportate da R. MARTINEZ EMPERADOR, *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Madrid, 1983, pagg. 48-51). In particolare, le «*reglamentaciones de trabajo*» (regolamenti adottati dal Ministero del Lavoro per stabilire le condizioni minime di lavoro di ciascun settore merceologico), contenevano numerose norme volte sia a restringere l'utilizzo dei contratti a termine -soprattutto per lo svolgimento dell'attività principale dell'impresa- sia a consolidare la posizione del prestatore di lavoro inizialmente assunto a termine (cfr. T. SALA FRANCO, *El contrato de trabajo a termino y el ordenamiento laboral español*, in *Rev. pol. soc.*, 1973, n. 99, pagg. 36-40 e R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pagg. 35-48). Anche il rinvio operato dall'art. 21 della *ley de contrato de trabajo* alle fonti collettive ed agli usi per la fissazione della durata minima legale del rapporto di lavoro contribuiva, secondo la dottrina, alla «progressiva estensione» della forma contrattuale a tempo indeterminato (cfr. M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *La relación de trabajo de duración determinada*, in *Rev. pol. soc.*, 1961, n. 50, pag. 43).

⁵ M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, pag. 41, nel suo scritto del 1961, auspicava un maggiore intervento del legislatore volto a limitare la libertà di fissare la durata del contratto, che spesso era strumentalizzata allo scopo di eludere la disciplina sui licenziamenti. Un decennio più tardi, anche OJEDA AVILÉS condivide la necessità di una regolamentazione statale del lavoro a termine, giudicando però la tecnica dell'elencazione tassativa delle causali giustificatrici come più incline alla rigidità, «alla sclerosi», rispetto ad un sistema che, rinviando a concetti come «necessità dell'impresa», «organizzazione del lavoro» e «necessità produttive», consenta di valutare la «giustificatezza sociale» dell'apposizione del termine e di riconoscere la buona fede dell'imprenditore che ricorre al contratto a tempo determinato per fare fronte ad un'occasione produttiva senza dover necessariamente attingere ai lavoratori stabili (cfr. A. OJEDA AVILÉS, *Los trabajadores temporales: (problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en derecho español)*, Siviglia, 1973, pagg. 141-142); la posizione dell'A. è criticata da un'altra parte della dottrina, secondo cui la terminologia usata da OJEDA AVILÉS risente eccessivamente degli influssi della legislazione e della dottrina tedesca sul licenziamento socialmente giustificato, introducendo elementi di natura soggettiva inconciliabili con un principio oggettivo come quello della necessaria giustificazione del termine (R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 61).

⁶ Si v. l'art. 14 della *Ley de relaciones laborales* dell'8 aprile 1976, n. 16: «*el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, sin más excepciones que las indicadas en el artículo siguiente*». Nel tentativo di razionalizzare le varie tipologie contrattuali emerse nelle norme settoriali, come le citate *Reglamentaciones de trabajo*, venivano distinte, alla stregua della legge italiana n. 230/1962, cinque ipotesi di assunzione a termine: a) per la realizzazione di un'opera/servizio determinati (c.d. *para obras o servicios determinados*); b) per lo svolgimento di attività che non abbiano carattere normale e permanente all'interno dell'impresa (c.d. *contratos eventuales por circunstancias de la producción*); c) per la sostituzione di un lavoratore avente diritto alla conservazione del posto (c.d. *contratos de interinidad*); d) per l'assunzione di personale artistico e tecnico nel settore degli spettacoli; e) per ogni altra prestazione che rivesta per sua natura il carattere di lavoro temporale e sia autorizzata dalla legge.

2. L'art. 15 dell'*Estatuto de los trabajadores*: il principio di tassatività dei motivi di ricorso al termine.

L'attuale normativa contenuta nell'*Estatuto de los trabajadores*, pur non contemplando esplicitamente il *favor* per il contratto a tempo indeterminato, conferma la regola secondo cui la pattuizione della clausola di durata è subordinata all'esistenza di una motivazione obiettiva⁷. Le tre ipotesi previste dall'art. 15 dello Statuto sono: il contratto per la realizzazione di un'opera o di un servizio determinato, il contratto per circostanze della produzione, ed il contratto per ragioni sostitutive.

2.1 *Contrato para obra o servicio determinado*.

La fattispecie in questione affonda le sue origini nell'ottocentesca locazione di opere contemplata dal *código civil*⁸ e rappresenta la modalità più diffusa di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento spagnolo⁹. La genericità del requisito dell'"opera o servizio determinato", che per molto tempo non è stato oggetto di ulteriori specificazioni, insieme alla mancanza di una precisa limitazione di durata¹⁰, ha agevolato da sempre un uso molto disinvolto del contratto in questione¹¹.

⁷ L'art. 15, comma 1, *Estatuto de los trabajadores*, afferma che il rapporto di lavoro può essere «*por tiempo indefinido o por una duración determinada*», aggiungendo nel secondo periodo che il contratto a termine può essere stipulato solo nei casi tassativamente elencati dalla legge.

⁸ Art. 1583: «*puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada*» (da <http://civil.udg.es/NORMACIVIL/estatal/CC/RD25071889.htm>).

⁹ Secondo i dati dell'Istituto nazionale di statistica (INE) del terzo trimestre del 2014, il contratto per opera/servizio determinato rappresenta il 40% del totale di contratti a tempo determinato stipulati, a fronte del 21% di contratti a termine per variazione di attività, del 12% di contratti stagionali e del 6,93% di contratti per ragioni sostitutive (fonte: *Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población activa*, da www.ine.es).

¹⁰ Solo nel 2010 è stato fissato dall'art. 1 della *ley n. 35 del 17 settembre 2010 (de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)* un limite massimo di durata di 36 mesi, prorogabili fino a 48 tramite accordo collettivo di settore.

¹¹ L'errore di impostazione della giurisprudenza spagnola consiste nel non aver accolto una nozione unitaria di "opera o servizio determinato", plasmandola invece di volta in volta a seconda dei casi concreti (così A. OLIVERI, *Il contratto a tempo determinato in Italia ed in Spagna: razionalità ed irrazionalità di sistema*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 2, pag. 290). Emblematica, ad esempio, è la vicenda delle assunzioni con *contratos de obra o servicio determinado* per lo svolgimento di prestazioni lavorative a seguito dell'aggiudicazione, da parte del datore di lavoro, di una gara di appalto: è evidente che si tratta dell'ordinaria attività dell'appaltatore, ossia l'esecuzione di servizi per conto terzi, che non può neanche definirsi a rigore come transitoria. In questi casi, pertanto, la giurisprudenza ha legittimato l'apposizione del termine non tanto sulla natura oggettiva dell'opera/servizio, ma sul requisito della conoscenza e dell'accettazione, da parte del lavoratore, dell'originaria limitazione temporale del rapporto di lavoro, che basterebbe a scongiurare eventuali abusi da parte datoriale (si v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, 15 febbraio 1997, RJ 99/1997; 20 novembre 2000, RJ 8450/2000; 22 ottobre 2003, RJ 6508/2003; 10 giugno 2008, RJ 3491/2008 e 2 luglio 2009, RJ 5166/2009, dalla banca dati www.poderjudicial.es). Fino alla metà degli anni Novanta, invece, era prevalso un diverso approccio, incline a negare il carattere di oggettiva autonomia della

Nel tentativo di dare maggiore pregnanza alla causale giustificativa, le riforme del lavoro del 1994 e del 1997 hanno individuato nella «sostanziale autonomia» rispetto all'attività ordinaria dell'impresa il tratto distintivo dell'opera o del servizio, ed hanno demandato alla contrattazione collettiva, anche aziendale, il compito di specificare ulteriormente i lavori per loro natura autonomi all'interno del ciclo produttivo¹². Il richiamo al concetto di "autonomia", tuttavia, non ha sortito gli effetti sperati, trattandosi anche in questo caso di una nozione molto generica, la cui concreta applicazione varia enormemente a seconda dei settori produttivi¹³. Il correttivo adottato, inoltre, ha paradossalmente acuito le divergenze interpretative sui presupposti di legittimità del *contrato para obra o servicio determinado* tanto in dottrina¹⁴ quanto in giurisprudenza¹⁵. Oltre alla durata massima dei 36 o 48

prestazione lavorativa a termine resa in base al rapporto commerciale con il committente e perfettamente coincidente all'ordinaria attività d'impresa (v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, 26 settembre 1992, RJ 19834/1992; 4 maggio 1995, RJ 7730/1995, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es). Il dibattito in questione è riassunto efficacemente in J. R. MERCADER UGUINA, *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1999, pagg. 28-33.

¹² Si tratta di una facoltà, e non di un obbligo: «gli accordi collettivi settoriali statali e di ambito inferiore, compresi gli accordi aziendali, potranno identificare quei lavori o compiti dotati di propria autonomia all'interno dell'attività normale dell'impresa che possono essere svolti con contratti di questa natura».

¹³ Su questo aspetto, cfr. J. I. GARCÍA NINET- A. VICENTE PALACIO, *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Valencia, 1998, pagg. 25-27 e F. VALDÉS DALRÉ, *op. ult. cit.*, pag. 33. La dottrina ha riscontrato come nella prassi la contrattazione collettiva, anziché restringere l'uso della fattispecie in questione, ne abbia esteso l'ambito applicativo, "forzando talvolta le previsioni legali e addirittura arrivando a distorcere il loro contenuto" (così C. GALIZIA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia ed in Spagna*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 4, pag. 1072) e facendo "rinascere" figure negoziali, come il *contrato de lanzamiento de nueva actividad*, che il legislatore aveva esplicitamente abrogato (si v., per esempio, il CCNL delle industrie delle carni del 19.11.2012, il cui art. 30 autorizza la conclusione di contratti per opera/servizio «per lanciare un nuovo prodotto, realizzare un nuovo servizio o aprire nuovi mercati o zone di distribuzione»; il testo è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 26 del 30.01.2013, reperibile da www.boe.es).

¹⁴ Secondo una parte della dottrina l'obiettivo delle riforme del 1994 e 1997 sarebbe stato quello di ridurre l'ambito di applicazione del contratto in questione, circoscrivendolo ai casi di svolgimento di opere/servizi di carattere eccezionale, estranei al ciclo produttivo ordinario. Di contro, il ricorso al *contrato de obra o servicio determinado* per l'esecuzione di compiti rientranti nell'attività principale del datore di lavoro sarebbe ammissibile solamente nei casi in cui intervenga il filtro garantistico ed autorizzativo della contrattazione collettiva all'uopo richiamata dal legislatore (cfr. J. PÉREZ REY, *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Valladolid, 2004, pagg. 287-292). La dottrina maggioritaria ritiene invece che, a prescindere dalla partecipazione dell'autonomia collettiva, il *contrato de obra o servicio determinado* abbia la funzione di soddisfare esigenze lavorative ordinarie, purché facenti capo ad imprese, come ad esempio quelle del settore edile o fieristico, caratterizzate da un ciclo produttivo fortemente incostante, in modo da adattare di volta in volta la propria forza-lavoro alle esigenze contingenti dettate dal mercato (cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO, Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.I. PÉREZ CAMPOS, *op. cit.*, pag. 136 e soprattutto J. I. GARCÍA NINET- A. VICENTE PALACIO, *op. cit.*, pagg. 40-41, secondo cui "esistono un'infinità di imprese che svolgono, con o senza carattere di esclusività, opere ed attività di durata temporanea [...] senza assumere lavoratori fissi, ma assumendo lavoratori *ad hoc* ogni volta che decidano di realizzare un'opera").

¹⁵ La giurisprudenza del *Tribunal supremo* oscilla tra la posizione più garantistica, volta a restringere l'applicazione della tipologia contrattuale *de qua* alle ipotesi di prestazioni lavorative qualitativamente differenti da quelle normali e permanenti dell'impresa datrice di lavoro, e la posizione più indulgente, che consente l'apposizione del termine anche nel caso di esecuzione di ordinarie attività aziendali, purché delimitate nel tempo. Si v., ad esempio, la sentenza del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 26

mesi, l'unico reale deterrente all'utilizzo intensivo dei contratti *de qua* è costituito dall'indennità dovuta al termine del rapporto, che il legislatore ha elevato di anno in anno allo scopo di ridurre la convenienza economica dell'instaurazione di rapporti a tempo determinato di breve durata finalizzata ad eludere le norme relative alla risoluzione del contratto di lavoro¹⁶.

2.2 *Contrato eventual por circunstancias de la producción.*

Anche la seconda ipotesi contemplata dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori è caratterizzata da una definizione ampiamente generica, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità interpretativa della giurisprudenza. Il *contrato eventual* è consentito, infatti, «quando lo richiedano le congiunture del mercato, l'accumulazione di lavori o un eccesso della domanda, pur trattandosi della normale attività dell'impresa»¹⁷. Esso può avere una durata massima di sei mesi nell'ambito di un arco temporale di 12 mesi, derogabili in senso ampliativo dalla contrattazione collettiva (tranne quella a livello aziendale) entro il periodo massimo di riferimento di 18 mesi e solo per ragioni legate alla stagionalità¹⁸. Il richiamo al carattere stagionale è ritenuto dalla dottrina come palesemente incongruo rispetto alla prima parte dell'art. 15, lett. b), e rischia di generare

ottobre 1999 (RJ 6710/1999, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es), che censura lo svolgimento dell'attività di insegnamento di materie obbligatorie, come tale rientrante nell'attività normale, quotidiana e permanente dell'istituto datore di lavoro. Si v. altresì la decisione del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 13 settembre 2011 (RJ 6770/2011, da www.poderjudicial.es) che converte a tempo indeterminato la relazione lavorativa intercorsa tra la ricorrente ed il Centro per l'impiego di Madrid -dal 2006 al 2008- mediante tre contratti a tempo determinato aventi per oggetto unicamente «compiti ordinari e corrispondenti con l'oggetto ed i fini del Centro per l'impiego». L'orientamento più permissivo è riassunto efficacemente dal seguente passo, tratto dalla sentenza del *Tribunal Supremo* del 18 dicembre 1998 resa *en unificación de doctrina* (RJ 7738/1998, in www.poderjudicial.es): «no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo».

¹⁶ V. art. 49, comma 1, lett. c) dell'*Estatuto de los trabajadores*, introdotto dall'art. 3, legge 9 luglio 2001, n. 12. Dagli iniziali 8 giorni di salario per ogni anno lavorato, l'indennità è salita a 9 giorni per i contratti stipulati nel 2012, per poi passare a 10 giorni per i contratti stipulati nel 2013, 11 giorni per quelli stipulati nel 2014 ed infine 12 giorni per quelli stipulati a partire dal 1 gennaio 2015. La contrattazione collettiva può anche aumentare l'importo dell'indennità: ad esempio il CCNL del settore del legno del 7.9.2012, che all'art. 30 prevede un'indennità pari a 20 giorni di salario per anno lavorato, equiparandola al costo dell'indennizzo dovuto in caso di licenziamento per motivi oggettivi (il testo è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 285 del 27.11.2012, reperibile da www.boe.es).

¹⁷ Art. 15, comma 1, lett. b). La formulazione della norma risale alla prima redazione dello Statuto dei Lavoratori del 1980, e consolida un orientamento del *Tribunal Central de Trabajo* di fine anni Settanta, favorevole all'estensione della causa *eventual* ai casi in cui lavori qualitativamente identici a quelli abituali determinino un aumento del volume di attività (cfr. R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pagg. 174-175).

¹⁸ «Per accordo collettivo di ambito settoriale statale o, in difetto, per accordo collettivo settoriale di ambito inferiore, potrà modificarsi la durata massima di questi contratti ed il periodo temporale entro cui possano stipularsi in relazione al carattere stagionale dell'attività svolta. In tale ipotesi, il periodo massimo di riferimento sarà di diciotto mesi, e la durata del contratto non potrà superare i tre quarti del periodo di riferimento stabilito né, al massimo, dodici mesi». Alla scadenza del contratto, è dovuta al lavoratore un'indennità uguale a quella stabilita per il *contrato de obra/servicio determinado*, per la quale si rimanda alla nota n.

un'indebita sovrapposizione tra le due fattispecie contrattuali¹⁹. I lavori stagionali, secondo l'orientamento prevalente, vanno inquadrati nella diversa categoria dei rapporti c.d. fissi-discontinui, caratterizzati da un'esigenza imprenditoriale "di carattere intermittente o ciclico", che si ripresenta ad "intervalli separati ma reiterati nel tempo e dotati di una certa omogeneità", a differenza delle occasioni lavorative imprevedibili ed episodiche, che legittimano il ricorso alla figura del contratto a termine *eventual*²⁰. Quanto alla nozione di *eventualidad*, la prassi applicativa ha fatto emergere un'interpretazione molto disinvolta dei pur generici presupposti applicativi, ben oltre le circostanze oggettive menzionate a titolo esemplificativo dalla legge. In particolare, ne è stata giustificata la stipulazione anche in situazioni derivanti da scelte puramente soggettive dei contraenti, come la sostituzione di personale in ferie²¹ oppure la necessità di coprire un generico

¹⁹ Sul punto, v. J. LOPEZ GANDIA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Valencia, 1997, pag. 36. La confusione concettuale in cui è incappato il legislatore ha come spiegazione il fatto che fino al 1984 il lavoro stagionale era incluso nella nozione legislativa dell'art. 15, comma 1, lett. b, come *species* del più ampio *genus* del *contrato eventual*, ed ancora prima dello Statuto dei lavoratori le antiche *Reglamentaciones de trabajo* identificavano spesso l'una figura (stagionalità) nell'altra (*eventualidad*), considerando "el empleo de temporada como tipico ejemplo de trabajo eventual" (così A. OJEDA AVILÉS, *op. cit.*, pagg. 54-57). Tali *Reglamentaciones* non hanno mai previsto, in realtà, una nozione unitaria di *eventualidad* a causa della loro ontologica settorialità. Ad esempio la prima *Reglamentación* dei trasporti su strada del 2 ottobre 1947 disciplinava la figura degli *eventuales* per la copertura di posti vacanti, al pari della *Reglamentación* relativa all'industria chimica del 26 febbraio 1946, mentre quella del settore bancario del 3 marzo 1950 distingueva dettagliatamente il personale *interino*, assunto per fare fronte ad assenze, e quello *eventual*, composto da lavoratori ausiliari, assunti per lavori straordinari di durata non superiore a sei mesi. Sul punto si v. l'analisi di R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pagg. 35-46.

²⁰ I virgolettati sono tratti dalla pronuncia del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, 26 maggio 1997, RJ 3679/1997. Si tratta di un orientamento consolidato, inaugurato da *Tribunal Supremo, Sala Social*, sentenza del 27 settembre 1988 (RJ 17071/1988), che riconduce al contratto fisso-discontinuo tutte le necessità lavorative di carattere "intermittente o ciclico", a differenza del *contrato eventual*, nel quale "la necessità straordinaria di lavoro è sporadica ed imprevedibile, estranea a qualunque sequenza temporale". Il contratto fisso-discontinuo è contemplato dall'art. 15, comma 8, dell'*Estatuto de los trabajadores* e non è, in base alla sua definizione, un contratto a termine, ma un rapporto a tempo indeterminato. Nella prassi applicativa, tuttavia, la sua distinzione con i rapporti a tempo determinato è molto sfumata. Secondo la pronuncia della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* dell'8 novembre 2005 (RJ 7673/2005), la modalità contrattuale *de trabajo fijo discontinuo* è separata dai contratti *eventuales* e da quelli *para obra/servicio determinados* da "una linea divisoria sottile", ossia la natura dell'esigenza lavorativa, occasionale, imprevedibile, sporadica oppure permanente. La stessa giurisprudenza si mostra discordante: paradigmatico è l'esempio dell'attività di estinzione degli incendi boschivi, a lungo inquadrata dal *Tribunal Supremo* all'interno del *contrato para obra o servicio determinado* (v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, sentenza del 10 giugno 1994, RJ 4504/1994) e successivamente ricondotta nell'alveo del lavoro fisso discontinuo in quanto inerente ad una "necessità lavorativa normale e permanente di carattere discontinuo che si reitera nel tempo, anche se per periodi limitati" (v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, sentenza del 3 marzo 2010, RJ 1432/2010). Le sentenze sono tratte dalla banca dati www.poderjudicial.es.

²¹ La giurisprudenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* ha costantemente affermato che la sostituzione di un lavoratore in ferie, poiché non comporta una vera e propria sospensione del contratto di lavoro con diritto alla conservazione del posto, non è sussumibile all'interno del *contrato de interinidad*, potendo determinare però un eccesso di lavoro a causa della carenza in organico, realizzando così uno dei presupposti del *contrato eventual* (si v. ordinanza del 6 giugno 2013, RJ 6499/2013, che richiama le precedenti pronunce a partire dai primi anni Novanta, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es).

sottodimensionamento dell'organico²². Come per il *contrato de obra/servicio determinado*, a nulla è valso il tentativo di delegare all'autonomia sindacale il compito di restringere il ricorso al contratto *eventual* mediante l'identificazione delle attività che legittimano l'assunzione di lavoratori *eventuales* e la fissazione di soglie di contingentamento numerico²³. La contrattazione collettiva, sul punto, si è contraddistinta per "l'incapacità di rispondere" al richiamo effettuato dal legislatore²⁴: nella pratica, infatti, si è limitata a riprodurre la definizione legale senza ulteriori specificazioni²⁵, avvalendosi solo sporadicamente della facoltà di contingentamento²⁶.

2.3 *Contrato de interinidad.*

L'art. 15.1, lett. c), *Estatuto de los trabajadores*, consente di ricorrere al contratto a tempo determinato al fine di rimpiazzare un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto

²² L'indulgente indirizzo giurisprudenziale, spiega MERCADER UGUINA, ha origine a metà degli anni Ottanta nella prassi delle P.A. e del servizio postale (che è stato privatizzato nel 1990) consistente nel fronteggiare mediante i c.d. *contratos eventuales «de refuerzo»* l'accumulazione di attività lavorativa dovuta ad un deficit di organico causato dal mancato espletamento delle procedure di reclutamento del personale o dalla mancata sostituzione di quello andato in pensione (cfr. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pagg. 39-43). Il *Tribunal Supremo* con originale motivazione ha fatto leva sul concetto di "sproporzione tra lavoro da realizzare e personale disponibile" sotteso alla nozione di "accumulazione di lavori" per distinguere poi le due ipotesi che determinano tale disequilibrio, ossia l'incremento di attività oppure la riduzione "*por diversas causas*" della manodopera utilizzabile (si v. ad esempio la sentenza *en unificación de doctrina* a favore dell'Organismo autonomo poste e telegrafi del 30 aprile 1994, RJ 3094/1994, reperibile dalla banca dati *www.poderjudicial.es*). L'orientamento si è ormai consolidato nel tempo (v. ancora ordinanza del 6 giugno 2013, RJ 6499/2013, ed i precedenti ivi richiamati).

²³ Art. 15, comma 1, lett. b, terzo cpv: «per accordo collettivo si potranno determinare le attività nelle quali possano assumersi lavoratori *eventuales*, come fissare criteri generali relativi all'adeguato rapporto tra il numero di questi lavoratori e l'organico totale dell'impresa».

²⁴ Così C. GALIZIA, *op. cit.*, pag. 1075. Sul punto, v. anche R. AGUILERA IZQUIERDO, *El principio de «causalidad» en la contratación temporal*, in *Rev. Min. Tr. As. Soc.*, 2002, n. 33, pagg. 115-117, secondo cui il mancato esercizio del potere di verifica delle situazioni legittimanti l'apposizione del termine, in uno con l'ampliamento della durata massima del contratto- facoltà invece esercitata ampiamente dalla contrattazione collettiva- ha contribuito alla "perdita totale di causalità dei contratti *eventuales*".

²⁵ Per un'eccezione, si v. la prima disposizione finale del contratto aziendale dell'impresa *Roca Sanitario* del 18 dicembre 2013, pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 40 del 15.02.2014 (da *www.boe.es*), a mente della quale «si considerano attività *eventuales*, senza pregiudizio di quelle considerate tali dalla legge, quelle derivate da un incremento dei programmi di produzione che richiedano un apporto di risorse umane addizionali [...] così come un'inadeguatezza delle risorse esistenti rispetto alle necessità sopraggiunte, benché ciò non supponga un aumento di organico. Saranno tali anche le attività richieste per l'avviamento di nuovi processi, linee, o incrementi della produzione, diretti o indiretti, non ancora consolidati».

²⁶ Le quote di contingentamento, ove siano state contrattate, si riferiscono di solito a tutti i contratti a termine, e quasi mai alla specifica figura del *contrato eventual*. Per un'eccezione, v. il contratto provinciale delle imprese alberghiere di Las Palmas del 24.10.2012 (pubblicato nel *Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas* n. 15 dell'1 febbraio 2013) che all'art. 33 fissa le percentuali di utilizzo di lavoratori *eventuales* in misura variabile a seconda che l'impresa occupi fino a 10 dipendenti (80% del personale fisso), fino a 30 dipendenti (50% del personale fisso) e oltre 30 dipendenti (40% del personale fisso); si v. anche il CCNL delle imprese di insegnamento privato del 19 giugno 2013 (pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 197 del 17.08.2013), il cui art. 17 stabilisce il limite del 25% di "*personal con contrato temporal*", escludendo però dal computo sia i lavoratori *para obra/servicio* che quelli assunti per ragioni sostitutive.

individuato specificamente all'atto assunzione, insieme alla causa della sostituzione²⁷. Per quanto riguarda i motivi che giustificano il *contrato de interinidad*, non sono ammesse le sostituzioni di personale in ferie²⁸ né di dipendenti in sciopero²⁹. È legittima, invece, la “*sustitución en cascada*”, ossia la facoltà di adibire alle mansioni dell'assente un altro dipendente già in servizio, in grado di sviluppare adeguatamente i compiti del sostituito, e di rimpiazzare il posto resosi vacante con un nuovo assunto con contratto *de interinidad*³⁰. Nonostante la maggiore univocità della formula legislativa dell'art. 15, lett. c), la prassi applicativa ha prodotto anche in questo caso originali forzature del dettato normativo. Il riferimento è alla controversa figura dell'*interinidad por vacante*, ossia del ricorso al contratto a termine per fronteggiare carenze d'organico in attesa dell'espletamento di procedure di assunzione. Dopo l'iniziale negazione di tale pratica da parte della giurisprudenza, motivata dalla sua estraneità rispetto all'intrinseca natura della ragione sostitutiva³¹, si è creato un contrasto di opinioni in seno alla *Sala Social del Tribunal Supremo*,

²⁷ La giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, adotta un'interpretazione flessibile dell'obbligo di specificazione del nome del lavoratore sostituito, ritenendola una formalità che non incide sulla validità del contratto, la cui natura temporanea può essere dimostrata *aliunde* dal datore di lavoro sul quale ricade l'onere probatorio. Si v., ad esempio, la sentenza n. 1688 della *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia* di Malaga del 20 ottobre 2011, secondo cui “la mancanza di sufficiente identificazione del lavoratore sostituito non determina automaticamente la qualificazione come contratto a tempo indeterminato, ma implica solamente la presunzione di tale carattere, presunzione che ammette prova contraria che dimostri la reale esistenza delle cause o circostanze” legittimanti il ricorso al *contrato de interinidad*. L'orientamento in questione è condiviso anche dalla giurisprudenza di legittimità: v. sentenza del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 10 luglio 2013, RJ 4404/2013 ed i precedenti ivi citati, nonché *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* sentenza del 18 giugno 1994, RJ 4727/1994, con riferimento al c.d. *contrato de interinidad por vacante*, secondo cui si l'identificazione del posto temporaneamente scoperto può essere ricavata, oltre che dai dati personali del lavoratore sostituito, anche dalla specificazione delle funzioni concretamente assegnategli nel contratto di assunzione. Le pronunce citate sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es.

²⁸ L'assenza per ferie non comporta -a differenza, ad esempio, della malattia o della maternità- una vera e propria sospensione del rapporto di lavoro. Si v., ad esempio, la massima contenuta nella decisione del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 2 giugno 1994, RJ 14694/1994, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es: “durante il periodo di ferie del lavoratore si produce una mera interruzione della prestazione di servizi che non dà luogo ad un'assenza propriamente detta, né a sospensione della relazione di lavoro con diritto alla conservazione del posto”.

²⁹ Il divieto di sostituzione del personale scioperante con altri lavoratori esterni è sancito dall'art. 6, comma quinto, del *Real Decreto Ley* n. 17 del 4 marzo 1977, ed è sanzionato dall'art. 8, comma decimo, del *Real Decreto Legislativo* n. 5/2000 (*Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social*), che classifica come infrazione “molto grave” «gli atti dell'imprenditore lesivi del diritto di sciopero consistenti nella sostituzione dei lavoratori scioperanti con altri lavoratori, salvo che nei casi giustificati dall'ordinamento».

³⁰ Si v. la sentenza del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 30 aprile 1994, RJ 3094/1994, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es. L'orientamento della giurisprudenza è stato recepito dal Regolamento di esecuzione dello Statuto dei lavoratori n. 2720 del 18 dicembre 1998, il cui art. 4, comma 2, lett. a) stabilisce che «il contratto dovrà identificare il lavoratore sostituito e la causa della sostituzione, indicando se il posto di lavoro da coprire sarà quello del lavoratore sostituito o quello di un altro lavoratore dell'impresa che passi a coprire il posto di quell'altro dipendente».

³¹ V. le pronunce adottate del *Tribunal central de trabajo* tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 citate da R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 190. Dello stesso avviso è la dottrina dominante, secondo cui, a differenza dell'assenza dovuta ad un fatto del lavoratore, nell'*interinidad por vacante* si

che ha visto prevalere l'orientamento estensivo volto ad affermare l'omogeneità delle due situazioni in quanto finalizzate alla stessa *ratio* di copertura di posti di lavoro disponibili³². Tale impostazione è stata, infine, ribadita a livello normativo dal regolamento n. 2546/1994³³. La differenza tra le due fattispecie, tuttavia, riemerge dalla disciplina del *dies ad quem*; nell'ipotesi tradizionale la durata del contratto coincide con l'arco temporale in cui sussiste il diritto del dipendente assente alla conservazione del suo posto di lavoro³⁴. Nel caso dell'*interinidad por vacante*, invece, la prestazione lavorativa si estende durante il periodo necessario per l'espletamento della procedura di selezione ma, allo scopo di evitare dilazioni pretestuose, tale periodo non può protrarsi oltre il limite dei tre mesi³⁵. In entrambi i casi, infine, la legge esclude che allo spirare del termine sia dovuta al lavoratore l'indennità di fine rapporto stabilita per le altre ipotesi di contratto a tempo determinato (art. 49, comma primo, lett. c) dell'*Estatuto de los trabajadores*), fatta salva la possibilità di deroga *in melius* da parte della contrattazione collettiva³⁶.

3. I rapporti a tempo determinato speciali: *contratos para el fomento del empleo e contratos formativos*.

Accanto alle ipotesi c.d. *estructurales*, legate alle esigenze imprenditoriali, l'ordinamento spagnolo contempla ulteriori fattispecie di lavoro a tempo determinato finalizzate all'inserimento nel

assiste ad un fenomeno esattamente opposto, cioè un vuoto in organico dovuto ad un fatto del datore di lavoro, assimilabile più ad una condizione risolutiva che ad un termine. Sul punto, v. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pagg. 44-52.

³² V. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 27 marzo 1992, RJ 2674/1992, reperibile dalla banca dati *www.poderjudicial.es*, secondo cui la "*ratio legis*" è quella di permettere ai datori di lavoro "di fare di fronte a quelle particolari situazioni in cui un determinato posto di lavoro dell'impresa non è effettivamente occupato, per un periodo di tempo limitato, dalla persona cui spetta legalmente; al fine di evitare i danni che deriverebbero dal mancato svolgimento di quel lavoro, si autorizza un contratto temporaneo *de interinidad* in virtù del quale un terzo sviluppa l'attività propria di quella postazione mentre non è occupata dal titolare".

³³ L'art. 4, primo comma, del *Real Decreto* n. 2546 del 29 dicembre 1994, considera *contrato de interinidad* sia «quello celebrato per sostituire un lavoratore dell'impresa con diritto alla riserva del posto di lavoro in virtù di norma, accordo collettivo o accordo individuale» che quello stipulato «per coprire temporaneamente un posto di lavoro durante il processo di selezione o promozione per la sua copertura definitiva».

³⁴ Art. 4, comma 2, lett. b), *Real Decreto Ley* 18 dicembre 1998, n. 2720; v. anche art. 8, comma 1, del Decreto in questione, secondo cui il contratto di estingue nei casi seguenti: 1) rientro in servizio del lavoratore sostituito; 2) scadenza del termine legale o convenzionale stabilito per il rientro in servizio; 3) estinzione della causa che ha dato luogo alla sospensione del posto di lavoro.

³⁵ Art. 4, comma 2, lett. b), ed art. 8, comma 1, del *Real Decreto Ley* 18 dicembre 1998, n. 2720: il tetto massimo dei tre mesi non si applica al lavoro alle dipendenze della P.A., in cui il rapporto a termine può prolungarsi durante tutto il tempo necessario all'espletamento della procedura di copertura definitiva del posto di lavoro.

³⁶ V., ad esempio, il CCNL delle industrie estrattive, del vetro e della ceramica del 15 aprile 2014, che all'art. 75 estende l'indennità di fine contratto, pari a 12 giorni di salario per ogni anno di lavoro, ai lavoratori assunti per ragioni sostitutive impiegati per almeno due anni (il testo dell'accordo è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 136 del 5 giugno 2014, reperibile da *www.boe.es*).

mercato del lavoro di soggetti in cerca di un'occupazione (*contratos para el fomento del empleo*) o dell'acquisizione di competenze professionali (*contratos formativos*). Ad essi si applica la disciplina comune prevista dall'*Estatuto de los trabajadores*, ove non derogata da disposizioni specifiche, dettate allo scopo di realizzare le predette finalità. Un primo ordine di casi riguarda i contratti a tempo determinato per ragioni occupazionali, detti anche *coyunturales* in quanto, almeno in origine, avevano un carattere eccezionale ed una vigenza limitata nel tempo³⁷. Essi sono:

a) Contrato temporal para el fomento del empleo.

La fattispecie in questione ha rappresentato per molti anni il principale strumento di stimolo all'occupazione, anche se l'estrema duttilità della normativa che la regolava ha finito per incentivarne l'utilizzo allo scopo di adattare gli organici aziendali alle congiunture del mercato, piuttosto che creare nuovi posti di lavoro a favore di soggetti deboli³⁸. Le riforme succedutesi tra la fine degli anni Novanta e l'inizio del nuovo secolo hanno, pertanto, ridotto notevolmente l'ambito di applicazione del rapporto *para el fomento del empleo*, circoscrivendolo ai soli lavoratori disabili con un grado di incapacità uguale o superiore al 33%³⁹. Questi potranno essere assunti a tempo determinato a prescindere dalla natura, permanente o transitoria, dell'impiego coperto, per una durata minima di 12 mesi fino ad un massimo di 36 mesi⁴⁰. Alla scadenza del contratto è dovuta

³⁷ Cfr. M. ALONSO OLEA, *Los principios de la contratación temporal*, in AA. VV., *La contratación temporal*, Madrid, 1981, pag. 13; R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 120. Ad esempio, l'art. 11 del *Real Decreto-Ley* dell'8 ottobre 1976, n. 18, che consentiva di stipulare *contratos eventuales* con soggetti disoccupati o in cerca di primo impiego di durata non superiore a sei mesi, qualunque fosse la natura dell'incarico svolto, aveva una vigenza limitata al 31 marzo 1977.

³⁸ L'esigenza di un'autorizzazione amministrativa per i licenziamenti collettivi, il maggior costo della risoluzione del rapporto a tempo indeterminato rispetto alla scadenza dei contratti a termine e la possibilità di impiegare i lavoratori a prescindere da ogni giustificazione causale fecero in modo che l'offerta di lavoro si spostasse rapidamente verso la *contratación para el fomento del empleo* (sul punto, v. F. CAVAS MARTINEZ, *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*, in *Rev. Min. Tr. As. Soc.*, 2005, n. 58, pagg. 115-116).

³⁹ Cfr. comma primo della *Disposición adicional primera* della *ley* 29 dicembre 2006, n. 43, reperibile da <https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/30/pdfs/A46586-46600.pdf>. In precedenza, il *Real Decreto-Ley* n. 8/1997 aveva soppresso il *contrato temporal para el fomento del empleo*, sostituendolo con quello *para el fomento della contratación indefinida*, fattispecie negoziale a tempo pieno ed indeterminato, fortemente incentivato dal punto di vista contributivo e divergente dalla tipologia standard per due aspetti: i lavoratori che potevano stipularlo (giovani in età compresa tra 16 e 30 anni, disoccupati da almeno 6 mesi, lavoratori invalidi, lavoratori di età superiore a 45 anni ed infine titolari di contratti di lavoro a termine o formativi) ed il regime di estinzione (in caso di licenziamento per motivi oggettivi dichiarato illegittimo l'indennizzo dovuto dal datore di lavoro si riduceva dai 45 giorni di retribuzione per anno di lavoro a 33 giorni per anno); v. sul punto A. LOFFREDO, *L'accordo interconfederale spagnolo di aprile 1997 sulla estabilidad del empleo*, in *Lav. dir.*, 1998, n. 2, pagg. 207-210 e A. LO FARO, *Così fan tutti? Politica e politica del diritto nelle riforme dei governi conservatori in Italia e in Spagna*, in *Lav. dir.*, 2002, n. 3, pagg. 519-524.

⁴⁰ Comma secondo della predetta norma. L'assunzione è vietata per le imprese che abbiano effettuato nei dodici mesi precedenti riduzioni di personale mediante licenziamenti collettivi o individuali (questi ultimi solo se dichiarati ingiustificati).

un'indennità compensatrice della cessazione della relazione lavorativa, pari a 12 giorni di retribuzione per ogni anno di servizio⁴¹.

b) *Contrato de primer empleo joven.*

È il contratto di sostegno all'occupazione più recente, essendo stato introdotto nel 2013. Può essere stipulato con soggetti privi di impiego di età inferiore a 30 anni che abbiano un'esperienza lavorativa uguale o inferiore a tre mesi⁴². L'acquisizione di una prima occasione professionale costituisce, per esplicita definizione legislativa, la causa del rapporto *de primer empleo joven*⁴³. La durata minima del contratto è fissata in tre mesi, mentre quella massima è di sei mesi, prolungabili dall'autonomia collettiva fino ad un massimo di dodici⁴⁴. Come per il *contrato temporal para el fomento del empleo* vige il divieto di assunzione in caso di precedenti riduzioni di personale, ma cambia l'arco temporale di riferimento (sei mesi, anziché dodici). Oltre a queste specifiche regole, il *Real Decreto-ley* n. 4/2013 rinvia alla disciplina prevista per il *contrato eventual*⁴⁵, rendendo quindi applicabile l'istituto dell'indennità di fine rapporto stabilita per tale tipologia negoziale dall'*Estatuto de los trabajadores*.

c) *Contrato de relevo.*

Si tratta di una peculiare forma di “staffetta” (“*relevo*”) tra dipendenti, in forza della quale viene assunto a tempo determinato o indeterminato un lavoratore disoccupato oppure già in forza presso l'impresa con contratto a termine al fine di svolgere una parte della prestazione di un altro dipendente che inizia al contempo a beneficiare del trattamento pensionistico anticipato (c.d. *jubilación anticipada*) oppure rimane in forza nonostante il compimento dell'età pensionabile (c.d. *jubilación diferida*)⁴⁶. Nel primo caso, se stipulato a termine, il contratto *de relevo* deve avere una durata minima almeno uguale al tempo che manca al lavoratore sostituito per compiere 65 anni e si estinguerà al momento in cui si perfeziona il diritto alla pensione di vecchiaia⁴⁷. Nell'altra ipotesi,

⁴¹ V. comma terzo della *Disposición adicional primera* della *ley* 29 dicembre 2006, n. 43.

⁴² Art. 12, primo comma, *Real Decreto-ley* n. 4 del 22 febbraio 2013.

⁴³ «*Se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional*» (art. 12, comma secondo, lett. a).

⁴⁴ Così, ad esempio, l'art. 26 del contratto collettivo del settore alberghiero della provincia di Siviglia del 12.09.2013 prevede una durata massima pari a nove mesi (l'accordo è pubblicato *Boletín Oficial de la provincia de Sevilla* n. 241 del 17.10.2013, da <http://www.dipusevilla.es/bop/>).

⁴⁵ Art. 12, secondo comma, *Real Decreto-ley* n. 4 del 22 febbraio 2013.

⁴⁶ Art. 12, commi sesto e settimo, dell'*Estatuto de los trabajadores*. In dottrina, v. G. L. BARRIOS BAUDOR e J. DEL VALLE DE JOZ, *Contrato de relevo*, in A.V. SEMPERE NAVARRO e R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, pag. 759-760.

⁴⁷ Art. 12, comma settimo, lett. b): «la durata del contratto *de relevo* come conseguenza di una pensione anticipata dovrà essere indefinita o come minimo uguale al tempo che manchi al lavoratore sostituito per raggiungere l'età di sessanta cinque anni. Se, compiendo detta età, il lavoratore pensionato dovesse continuare a lavorare nell'impresa, il contratto *de relevo* a tempo determinato si potrà prorogare mediante

invece, è prevista una durata minima annuale, e resta ferma la regola della cessazione al momento del definitivo pensionamento del lavoratore sostituito⁴⁸.

Un secondo ordine di casi concerne i rapporti a tempo determinato aventi contenuto formativo, ove l'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro è accompagnato da ulteriori momenti di addestramento teorico-pratico:

a) *Contrato de trabajo en prácticas.*

Il contratto in questione è finalizzato a far acquisire «una pratica professionale adeguata» ai lavoratori in possesso di un titolo universitario o di un titolo che abiliti all'esercizio di una professione⁴⁹. Per tale motivo, esso deve essere concluso entro un arco temporale ben definito, ossia entro cinque anni dall'ottenimento del titolo qualificante, elevati a sette per i lavoratori disabili⁵⁰. La legge devolve ampi poteri all'autonomia sindacale in merito all'individuazione dei profili professionali per i quali è possibile stipulare i contratti in questione ed in merito alla determinazione della retribuzione, che comunque, per il primo anno di vita del rapporto, non potrà essere inferiore al 60 per cento della retribuzione che sarebbe dovuta al termine del periodo formativo ed al secondo anno non potrà essere inferiore al 75%⁵¹.

La durata minima del rapporto è di sei mesi e quella massima di due anni: entro tali vincoli è riconosciuta alla contrattazione collettiva la facoltà di stabilire discrezionalmente la durata del contratto più congeniale al settore di riferimento⁵². Al termine dei due anni non è possibile ricorrere

accordo delle parti per periodi annuali, estinguendosi, in ogni caso, terminato il periodo corrispondente all'anno nel quale si verifica il totale pensionamento del lavoratore sostituito».

⁴⁸ Art. 12, comma settimo, lett. b), secondo capoverso: «nel caso del lavoratore pensionato parzialmente dopo avere compiuto sessanta cinque anni, la durata del contratto per sostituire la parte di giornata lasciata libera potrà essere indefinita o annuale. In questo secondo caso, il contratto si prorogherà automaticamente per periodi annuali, estinguendosi nella forma indicata nel paragrafo anteriore».

⁴⁹ Art. 11, comma 1, lett. a), *Estatuto de los trabajadores*. Il titolo abilitante, secondo la giurisprudenza, presuppone necessariamente lo svolgimento di un ciclo di studi e non può consistere nel riconoscimento di competenze di scarso contenuto teorico (si v. sentenza del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 29 giugno 1994, RJ 5002/1994, che nega la legittimità del *contrato en prácticas* stipulato per lo svolgimento della professione di guardia giurata; v. anche *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso* del 15 novembre 1996, RJ 6391/1996, che giunge alla medesima conclusione sull'abilitazione alla guida del taxi, ed infine *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso* 20 febbraio 1998, RJ 1161/1998, con riferimento a quattro laureati assunti *en prácticás* per lo svolgimento di funzioni di natura ausiliaria totalmente estranee al concetto di pratica professionale. Le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

⁵⁰ Il *Real Decreto-ley* del 22 febbraio 2013, n. 4, autorizza la stipulazione dei contratti *en prácticas* anche oltre i limiti suddetti, purché si tratti di giovani con meno di 30 anni (art. 13, comma primo).

⁵¹ V. art. 11, comma 1, lett. e), *Estatuto de los trabajadores*. Per un'applicazione concreta, si v. il CCNL delle imprese di insegnamento privato del 19 giugno 2013 (pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 197 del 17.08.2013), il cui art. 16 prevede una retribuzione pari all'80% per il primo anno ed al 90% per il secondo.

⁵² Art. 11, comma 1, lett. b), *Estatuto de los trabajadores*. Ad esempio, l'art. 15 del CCNL dei servizi alle persone prive di autonomia del 16.03.2012 prevede una durata minima di 12 mesi prorogabili entro il tetto massimo dei 24 mesi. Viene fissato, inoltre, un limite di contingentamento numerico pari al 5% dell'organico

nuovamente al *contrato en prácticas* con riferimento allo stesso titolo abilitante: il divieto è assoluto, e vale per qualsiasi successivo datore di lavoro, secondo quanto stabilito dall'art. 11, comma primo, lett. c), dell'*Estatuto de los trabajadores*⁵³. Si discuteva, invece, sulla possibilità di stipulare un nuovo contratto in base ad un diverso titolo, operazione consentita dall'interpretazione *a contrario* della predetta norma, che tuttavia aveva generato un'indebita parcellizzazione delle conoscenze sottese a ciascun titolo abilitante allo scopo di allungare la durata del rapporto di lavoro⁵⁴. Il legislatore, pertanto, è dovuto intervenire nuovamente nel 2013, fissando la regola per cui è vietato l'impiego *en prácticas* «nella stessa impresa per lo stesso posto di lavoro per un tempo superiore a due anni, benché si tratti di un distinto titolo di studio o certificato professionale»⁵⁵.

b) *Contrato de trabajo para la formación y el aprendizaje.*

A differenza della prima ipotesi, il contratto *de qua* si rivolge a soggetti di età compresa tra 16 e 25 anni⁵⁶, privi di titoli abilitanti all'esercizio di una professione, allo scopo di far acquisire loro una preparazione teorica e pratica. Può essere stipulato per una durata non inferiore ad un anno e non superiore a tre anni, e solo se il lavoratore non sia già stato impiegato in precedenza sullo stesso posto per più di dodici mesi⁵⁷. L'oggetto del contratto consiste in un'alternanza tra momenti educativi e lavorativi: il tempo dedicato all'insegnamento non può essere inferiore al 25% della durata della giornata lavorativa per il primo anno del rapporto, ed al 15% per i successivi, limiti questi ampliabili dalla contrattazione collettiva⁵⁸. La formazione teorica può essere impartita anche

aziendale (il testo è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 119 del 18.05.2012, reperibile da www.boe.es).

⁵³ «*Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad.*»

⁵⁴ Sul punto, v. J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 415, che già prima della riforma del 2013 proponeva un'interpretazione estensiva del divieto *de qua* qualora l'allargamento del periodo di pratica, formalmente legittimo perché basato su diversi titoli abilitanti, avesse comportato in concreto l'adibizione del lavoratore agli stessi compiti precedentemente svolti.

⁵⁵ Art. 11, comma 1, lett. c), secondo capoverso, *Estatuto de los trabajadores*, introdotto dalla *Disposición final segunda* della legge del 26 luglio 2013, n. 11.

⁵⁶ Art. 11, comma 2, lett. a), *Estatuto de los trabajadores*: non esistono limiti di età nei confronti dei lavoratori disabili.

⁵⁷ Art. 11, comma 2, lett. b) e c), *Estatuto de los trabajadores*. La durata massima non è derogabile da parte della contrattazione collettiva, mentre quella minima può essere ridotta a sei mesi qualora ciò sia richiesto dalle esigenze organizzative o produttive delle imprese (v., ad esempio, il contratto collettivo del settore alberghiero delle Isole Baleari del 25.06.2014, il cui art. 9 abbassa la durata minima a sei mesi a causa delle necessità specifiche legate alla stagionalità; il testo è reperibile dal *Boletín Oficial de las Islas Baleares* del 31.07.2014, fascicolo n. 179, da <http://www.caib.es/eboibfront/es>).

⁵⁸ Art. 11, comma 2, lett. f), *Estatuto de los trabajadores*. Per esempio, l'art. 17 del contratto collettivo provinciale dell'industria siderurgica di Almería del 28.11.2013 eleva al 20% la percentuale di attività formative da svolgere dopo il primo anno di contratto (il testo dell'accordo è pubblicato nel *Boletín Oficial de la Provincia de Almería* n. 3 del 07.01.2014, da www.bop.almeria.es). La competenza della contrattazione collettiva si estende anche alla determinazione della retribuzione, escludendosi in ogni caso che essa possa essere più bassa del *Salario Mínimo Interprofesional*.

all'interno dell'azienda, se dispone del personale e delle strutture all'uopo qualificate, altrimenti va effettuata presso i competenti Centri formativi pubblici (art. 11, comma 2, lett. *d*), *Estatuto de los trabajadores*). Nel caso in cui il datore di lavoro ometta totalmente di erogare la formazione teorica contrattualmente dovuta, il rapporto di lavoro si considera «*de carácter común y ordinario*», senza possibilità di prova contraria⁵⁹. Prima dell'entrata in vigore del meccanismo sanzionatorio, la trasformazione in ordinario contratto a tempo indeterminato era stata ricavata in via interpretativa dalla giurisprudenza che reputava l'inadempimento dell'obbligo formativo come una causa di alterazione della natura del *contrato para la formación y el aprendizaje*⁶⁰.

4. Le regoli comuni alle fattispecie di lavoro a termine.

4.1 La flessibilità degli oneri formali: l'atto scritto *ad probationem*.

Tutti i contratti a termine previsti dall'ordinamento spagnolo sono soggetti ad alcuni vincoli formali, tra cui il più importante è l'obbligo di stipulare per iscritto il contratto di assunzione⁶¹. L'unica eccezione è prevista per i *contratos eventuales* non superiori a quattro settimane, che possono essere conclusi anche verbalmente⁶². In ogni caso, l'atto scritto è richiesto *ad probationem*, con la conseguenza che l'eventuale inosservanza dell'obbligo di formalizzazione non comporta automaticamente la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, essendo consentito al datore di lavoro di addurre la prova contraria in sede processuale⁶³. Oltre a rilevare sul

⁵⁹ V. art. 22, quarto comma, del *Real Decreto* 27.03.1998, n. 488, regolamento di esecuzione dell'art. 11 dell'*Estatuto de los trabajadores*. Fino al 2011 anche lo stesso art. 11 conteneva una presunzione di indeterminatezza del rapporto in caso d'inadempimento totale dell'obbligazione di formazione da parte dell'imprenditore (comma 2°, lett. *k*), introdotto dalla *ley* 26.12.1997, n. 63).

⁶⁰ Così, ad esempio, secondo la decisione del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, 19 febbraio 1996, RJ 1043/1996, l'obbligo gravante sull'imprenditore di alternare in modo proporzionale l'insegnamento teorico e l'addestramento pratico “*se integra en el área esencial de la naturaleza de este contrato. Por consiguiente, si el empresario no cumple tal exigencia y no facilita a aquél las pertinentes enseñanzas, salvo supuestos excepcionales que nada tienen que ver con esta litis, el nexo contractual se desnaturaliza, perdiendo su condición de contrato para la formación*”. In dottrina, sul punto, v. P. BELLOCH SANZ e P. CHARRO BAENA, *Contratos formativos*, in A.V. SEMPERE NAVARRO e R. MARTÍN JIMÉNEZ *op. cit.*, pag. 422-424.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 8, comma secondo dell'*Estatuto de los trabajadores*, la forma scritta è obbligatoria, oltre ai casi in cui è prescritta esplicitamente dalla legge, per tutti i rapporti a tempo parziale, e per i contratti *en prácticas, para la formación y el aprendizaje, fijos-discontinuos, de relevo, para obra o servicio determinado*, ed *eventuales* con durata superiore a quattro settimane. Non figura nell'elenco il *contrato de interinidad*, per il quale comunque l'obbligo della forma scritta è previsto dall'art. 6 del *Real Decreto* n. 2720 del 18 dicembre 1998, di esecuzione dello Statuto.

⁶² Cfr. art. 8, comma secondo, *Estatuto de los trabajadores*, ed art. 6, comma primo, del Regolamento di esecuzione.

⁶³ La regola della presunzione *juris tantum* d'indeterminatezza del rapporto («*salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal*»), prevista dall'art. 8, comma secondo, Statuto dei lavoratori, era già stabilita dall'art. 15, comma secondo, della *ley* 8 aprile 1976, n. 16, c.d. *ley de relaciones laborales*. La

piano civilistico, l'assenza della forma scritta può dar luogo a sanzioni amministrative⁶⁴. Il contratto deve definire con «precisione e chiarezza» l'oggetto della prestazione lavorativa e la sua durata⁶⁵. La mancata o insufficiente menzione degli elementi obbligatori, secondo l'impostazione prevalente in giurisprudenza, è equiparabile all'assenza di forma scritta e, come tale, determina soltanto una presunzione relativa di indeterminatezza del rapporto di lavoro⁶⁶. La prova contraria della natura temporanea della relazione lavorativa, secondo la dottrina, è resa più agevole dall'esistenza di numerose «zone grigie» tra le diverse fattispecie⁶⁷, che consente al datore di lavoro la correzione *a posteriori* del tipo di contratto a tempo determinato originariamente posto in essere⁶⁸. Non mancano, tuttavia, sentenze di merito che ritengono inammissibile la prova contraria della temporaneità del rapporto qualora il difetto di specificazione si riferisca al motivo legittimante l'apposizione del termine, ritenendo tale anomalia così grave da ritenere automaticamente provata la frode alla legge ed il carattere indeterminato del rapporto di lavoro⁶⁹.

presunzione è stabilita anche per i contratti formativi (v. art. 22, comma 1, del *Real Decreto* 27 marzo 1998, n. 488).

⁶⁴ Il fatto di non aver formalizzato «per iscritto il contratto di lavoro quando questo requisito sia esigibile o quando l'abbia sollecitato il lavoratore» costituisce un'infrazione definita «grave» dall'art. 7 del *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo n. 5 del 4 agosto 2000)*, passibile di multa da 626 fino a 6.250 euro (art. 40, comma 1, lett. b).

⁶⁵ Cfr. art. 2, comma secondo, lett. a), art. 3, comma secondo, lett. a) del Regolamento n. 2720/1998, relativamente al *contrato para obra/servicio* ed al *contrato eventual*. Nel caso del *contrato de interinidad*, vanno invece identificati obbligatoriamente il lavoratore sostituito, la causa della sostituzione ed il posto di lavoro occupato oppure in attesa di copertura definitiva (art. 4, comma secondo, Regolamento n. 2720/1998).

⁶⁶ Si v., ad esempio, la pronuncia del *Tribunal Supremo* redatta dal magistrato *Martinez Emperador*: “se la totale inosservanza della forma scritta produce la menzionata presunzione, non risulta logico attribuire maggiori conseguenze ai difetti formali di minor entità”. In mancanza della prova contraria, “il contratto a termine in cui non vengono precisate le circostanze concrete che giustificano la clausola di durata comporta la nullità di tale clausola e il carattere indeterminato del rapporto di lavoro” (*Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 21 settembre 1993, RJ 6087/1993, in *Rel. lab.*, 1994, n. 1, pag. 617 e ss.).

⁶⁷ L'espressione è tratta da S. CAIROLI, *Sull'elevato tasso di impiego a tempo determinato in Spagna: la centralità della sanzione applicata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, pag. 661.

⁶⁸ Un originale orientamento del *Tribunal Supremo*, inaugurato verso la metà degli anni Novanta, ha consentito al datore di lavoro, specie pubblico, di invocare la figura dell'errore di diritto per motivare l'inadeguato inquadramento giuridico delle condizioni giustificatrici del termine, ad esempio nel caso di contratti *de obra o servicio determinados* utilizzati per fronteggiare carenze di personale. L'errata qualificazione, secondo il ragionamento dei giudici, “implica una mera irregolarità formale” che “non può avere l'effetto di provocare la trasformazione a tempo indeterminato di un contratto temporaneo per la copertura di posti vacanti” (v. sentenza del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 2 novembre 1994, RJ 7069/1994). La dottrina, dal canto suo, ha duramente criticato l'atteggiamento “così indulgente” dei giudici, tale da rendere intercambiabili i motivi di ricorso al contratto a tempo determinato (J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 116). Secondo PÉREZ REY è opinabile, inoltre, “che l'errore di diritto possa essere invocato dalla parte più forte del contratto e per questo motivo unica responsabile della sua redazione” (J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 103).

⁶⁹ “É necessaria la determinazione dell'opera o servizio da realizzare, in difetto della quale il contratto di trasforma in una frode alla legge, con le conseguenze di indeterminatezza della relazione lavorativa che ciò comporta, senza possibilità di prova contraria” (così la sentenza della *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia* di *Castilla-La Mancha* del 15 aprile 1997, citata da J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 112).

Il datore di lavoro è altresì tenuto ad iscrivere il dipendente assunto a tempo determinato nei ruoli della previdenza sociale entro il periodo di prova⁷⁰ ed a trasmettere ai rappresentanti dei lavoratori una copia del contratto entro dieci giorni dalla sua formalizzazione (art. 8, comma terzo, *Estatuto de los trabajadores*)⁷¹. In entrambi i casi non si tratta di adempimenti che incidono direttamente sulla validità del contratto, essendo sempre possibile provarne la durata delimitata⁷²; la loro inosservanza costituisce, invece, un illecito amministrativo ai sensi del *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁷³.

4.2 Proroga espressa e proroga tacita: il meccanismo della c.d. denuncia.

L'ordinamento spagnolo lascia un'ampia libertà alle parti in ordine alla possibilità di prorogare il termine inizialmente fissato. Il solo contratto oggetto di restrizioni è, infatti, il *contrato eventual* che, ai sensi dell'*Estatuto de los trabajadores* e del Regolamento di esecuzione, può essere oggetto di una sola proroga, a condizione che sussista l'accordo delle parti e che la durata complessiva del rapporto non superi il limite massimo fissato dalla legge o dalla contrattazione collettiva⁷⁴. Nel silenzio della norma, è toccato agli interpreti ricavare un ulteriore presupposto di efficacia, ossia la permanenza delle ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine originario. Si tratta di un requisito che era stato esplicitamente previsto dalla *Ley de relaciones laborales*⁷⁵ e non è stato riprodotto all'interno dello Statuto dei lavoratori: ciò non ha impedito, tuttavia, alla

⁷⁰ V. art. 15, comma secondo, *Estatuto de los trabajadores*, art. 9, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998, ed art. 22, comma secondo, *Real Decreto* n. 488/1998, relativamente ai contratti formativi. In dottrina, v. J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 143, secondo cui si tratta di un obbligo "decorativo", avente scarsa incidenza sulla tutela dei lavoratori; *contra*, J. M. M. CORREA, che lo ritiene un valido "incentivo psicologico" per i rapporti di breve durata dove è più frequente l'omissione dell'iscrizione alla previdenza sociale (cfr. J. M. M. CORREA, *La duración del contrato*, *Civitas*, 2000, n. 100, pag. 496).

⁷¹ Nel caso in cui non sussista l'obbligo della forma scritta (es. rapporti *eventuales* di durata inferiore a quattro settimane), il datore di lavoro è comunque tenuto ad informare i rappresentanti dei lavoratori sulla stipulazione dei contratti a tempo determinato (art. 15, quarto comma, *Estatuto de los trabajadores* ed art. 10 *Real Decreto* n. 2720/1998).

⁷² V. art. 9, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998: «acquistirà la condizione di lavoratore a tempo indeterminato chiunque, a prescindere dalla tipologia di contratto, non sia stato iscritto alla previdenza sociale una volta trascorso il termine legalmente fissato per il periodo di prova, a meno che dalla natura delle attività o dei servizi prestati si deduca chiaramente la durata temporanea».

⁷³ L'inosservanza degli obblighi di iscrizione e di trasmissione costituisce un'infrazione «grave» ai sensi dell'art. 15, comma quarto, e dell'art. 22, comma secondo, del predetto *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (*Real Decreto Legislativo* n. 5 del 4 agosto 2000), sanzionabile con una multa da 626 fino a 6.250 euro a seconda della minore o maggiore gravità della violazione (art. 40, comma 1, lett. b).

⁷⁴ V. art. 15. 1, lett. b) ed art. 3.2 lett. d) del *Real Decreto* n. 2720/1998: «en caso de que el contrato eventual se concierte por un plazo inferior a la duración máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima».

⁷⁵ L'art. 15, comma terzo, legge 8 aprile 1976, n. 16, ammetteva una sola proroga, per un periodo massimo di un anno, a patto che sussistessero le stesse circostanze giustificative dell'apposizione del termine iniziale.

giurisprudenza di affermare che la pattuizione di una scadenza al contratto di lavoro “non pregiudica il ricorso alla proroga quando la durata prefissata non supera il limite massimo e sussiste una necessità di impiego temporaneo”⁷⁶. Dal punto di vista formale, invece, è previsto soltanto che il datore di lavoro comunichi entro dieci giorni all’Agenzia pubblica per l’impiego il prolungamento del rapporto di lavoro (art. 16 dell’*Estatuto de los trabajadores*): la mancata trasmissione, tuttavia, non si riverbera sulla validità del contratto, trattandosi di un adempimento esterno al sinallagma con funzione di mera pubblicità⁷⁷.

Oltre all’ipotesi di proroga espressa, il legislatore ha previsto un meccanismo generale di tacita prosecuzione del contratto a tempo determinato, valevole per tutte le fattispecie di lavoro a termine. In base a tale sistema, la scadenza del rapporto avente una durata inferiore a quella massima non comporta né la risoluzione del contratto, né la sua trasformazione a tempo indeterminato, ma il prolungamento fino al limite massimo di durata, salvo che intervenga una dichiarazione unilaterale recettizia, denominata «denuncia», finalizzata ad evitare la proroga del contratto⁷⁸. Trattandosi di un atto meramente dichiarativo, e non costitutivo di una certa situazione giuridica, secondo dottrina e giurisprudenza unanimi non è necessario che rivesta una forma particolare, purché giunga a conoscenza della controparte⁷⁹. Qualora, infine, il rapporto continui nonostante sia stata superata la durata massima e non sia intervenuta denuncia di risoluzione entro i termini stabiliti, esso si presume tacitamente prorogato a tempo indeterminato⁸⁰. Si tratta,

⁷⁶ Così *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 4 febbraio 1999, RJ 674/1999, da *Rel. lab.*, 1999, n. 11, pagg. 76-77, nt. LAHERA FORTEZA. Il principio, elaborato in riferimento ad un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, è stato successivamente applicato anche ai rapporti a termine stipulati direttamente con l’impresa utilizzatrice (v. *Tribunal Supremo Sala Social* sentenze del 17 ottobre 2006, RJ 6925/2006; 15 novembre 2007, RJ 7690/2007; 17 gennaio 2008, RJ 98/2008; 25 luglio 2014, RJ 3840/2014, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es). In dottrina, v. A.V. SEMPERE NAVARRO, Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, A.I. PÉREZ CAMPOS, *op. cit.*, pag. 191, secondo cui tale interpretazione si rivela indispensabile al fine di prevenire gli abusi consistenti nella stipulazione di *contratos eventuales* di brevissima durata, soggetti a proroghe costanti.

⁷⁷ Cfr. M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pag. 319.

⁷⁸ Cfr. art. 49, comma primo, lett. c), *Estatuto de los trabajadores*: «los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios». La norma è ripresa pedissequamente sia dall’art. 8, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998 (relativo ai contratti a termine “classici”) sia dall’art. 19 del *Real Decreto* n. 488/1998, inerente i rapporti aventi contenuto formativo. Secondo la dottrina si tratta di una norma posta a tutela di entrambe le parti, poiché “consente di fugare i dubbi sul momento di scadenza del vincolo contrattuale” (v. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Cuestiones generales sobre contratación temporal*, in A.V. SEMPERE NAVARRO e R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, pag. 69).

⁷⁹ V., sul punto, M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *La relación cit.*, pag. 52; R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 142, e la giurisprudenza ivi citata.

⁸⁰ La legge stabilisce che la denuncia debba intervenire entro i 15 giorni precedenti la scadenza del contratto, qualora lo stesso abbia una durata superiore ad un anno (art. 49, comma primo, lett. c) *Estatuto de los*

comunque, di una presunzione *iuris tantum*, che può essere vinta dimostrando la temporaneità della relazione lavorativa⁸¹. Si discute, in dottrina ed in giurisprudenza, sugli effetti di un'eventuale denuncia tardiva: alla soluzione più indulgente del *Tribunal Supremo*, secondo cui un ritardo di pochi giorni non fa scattare alcuna presunzione di indeterminatezza del contratto⁸², si contrappone un'opinione dottrinale più restrittiva, contraria alla "tolleranza interpretativa" dei giudici, che toglie certezza ad un sistema normativo già di per sé notevolmente flessibile⁸³.

4.3 L'art. 15.5 dell'*Estatuto de los trabajadores*: l'introduzione del limite di durata alla successione di contratti a tempo determinato.

La reiterazione di contratti di lavoro subordinato di breve durata costituisce da sempre il sistema più diffuso per aggirare le tutele garantite dal rapporto a tempo indeterminato, specie in materia di recesso⁸⁴. Nonostante ciò, il legislatore spagnolo ha iniziato a preoccuparsi del fenomeno degli abusi derivanti dalla successione di rapporti a termine soltanto in occasione del recepimento della Direttiva 1999/70/CE. In precedenza, è stato merito della giurisprudenza l'aver riconosciuto ai lavoratori la possibilità di denunciare il frazionamento fittizio di una prestazione sostanzialmente unitaria in una pluralità di assunzioni a tempo determinato⁸⁵. La magistratura, in

trabajadores, art. 8, comma terzo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 21, comma primo, *Real Decreto* n. 488/1998).

⁸¹ Art. 49, comma primo, lett. c) dell'*Estatuto de los trabajadores*, art. 8, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 20 *Real Decreto* n. 488/1998, a mente dei quali allo spirare della durata massima o della proroga espressa del contratto *eventual*, del contratto *en prácticas* e di quello *para la formación*, oppure eseguita l'opera o servizio dedotti in contratto, o verificatasi la causa di estinzione del *contrato de interinidad*, se non interviene la denuncia espressa ed il lavoratore continua a prestare i suoi servizi, il contratto si considera prorogato tacitamente a tempo indefinito, salvo prova contraria che dimostri la natura temporanea della prestazione. "È chiaro che tale prova deve dimostrare l'esistenza di una motivazione obiettiva che giustifichi la natura temporanea della prestazione, ammissibile solo nei casi previsti dall'art. 15, comma primo, dello Statuto" (così R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 143).

⁸² Cfr. *Tribunal Supremo Sala Social*, sentenza del 27 ottobre 1994, RJ 6916/1994, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es.

⁸³ Si tratta dell'opinione di J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 121. Secondo l'A., il criterio quantitativo introdotto dal *Tribunal Supremo*, cioè il numero dei giorni di tolleranza rispetto alla tardività della denuncia, non solo non è presente nella norma, ma rischia di produrre soluzioni contraddittorie, basate unicamente sulla soggettività del giudice.

⁸⁴ L'assunzione a termine ha consentito a lungo ai datori di lavoro di determinare anticipatamente la risoluzione del contratto di lavoro senza dover addurre alcuna motivazione. Non va dimenticato, infatti, che a fronte di una specifica disciplina sulle causali del licenziamento, vigente già dal 1931 (l'art. 89 della *Ley de Contrato de Trabajo* contiene l'elenco di tali ragioni, come l'assenza reiterata ed ingiustificata dal lavoro, la disobbedienza, le offese verbali o fisiche, la diminuzione continuata e volontaria del rendimento e la forza maggiore), l'ordinamento spagnolo non ha previsto (almeno fino al 1976) alcun obbligo di giustificazione dell'apposizione di una scadenza al contratto di lavoro subordinato.

⁸⁵ Sin dagli anni '40 la giurisprudenza riteneva doveroso sindacare la tendenza alla copertura di posti di lavoro permanenti attraverso la reiterazione di contratti a termine, affermando che "la libertà contrattuale, senza alcuna limitazione, è contraria alla stabilità e continuità nel lavoro che è accolta dalla legislazione sociale" (v. sentenze del *Tribunal Supremo* del 12 marzo 1943, 7 aprile 1949, 4 giugno 1956, riportate da R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pagg. 48-51).

tali circostanze, ha fatto largo uso delle categorie civilistiche della frode alla legge⁸⁶ o dell'abuso di diritto⁸⁷, talvolta anche congiuntamente⁸⁸, allo scopo di superare l'apparente legittimità delle catene contrattuali a termine e “valutare in modo inquisitivo la verità materiale”⁸⁹, ossia l'utilizzo della libertà contrattuale in senso contrario ai principi della stabilità e continuità dell'impiego, allo scopo di “eludere con astuzia i diritti riconosciuti ai lavoratori”⁹⁰.

La prima regola specifica in materia di successive assunzioni a termine risale al 2001: si tratta della devoluzione all'autonomia collettiva del compito di stabilire misure idonee a prevenire

⁸⁶ L'*Estatuto de los trabajadores* si limita a contemplare la figura della frode alla legge, senza definirne caratteristiche e presupposti (art. 15, comma terzo: «*se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley*»). Per far ciò, bisogna riferirsi all'art. 6, quarto comma, del codice civile: «gli atti che perseguano un risultato proibito per l'ordinamento giuridico, o ad esso contrario, si considereranno compiuti in frode alla legge e non ostacoleranno la dovuta applicazione della norma che si è cercato di eludere». Secondo la prevalente giurisprudenza, la norma *de qua* presuppone sia un elemento obiettivo, cioè la realizzazione di un risultato vietato dall'ordinamento, che un elemento soggettivo, consistente nell'intenzione di occultare il risultato finale attraverso condotte apparentemente lecite (“*para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico, persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento [...] en la propia naturaleza del fraude de ley está la creación de una apariencia de realidad con el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitirían*”, così la sentenza del *Tribunal Supremo, Sala Social*, 14 maggio 2008, RJ 2344/2008, ed i precedenti ivi citati).

⁸⁷ Anche in questo caso lo Statuto non specifica il concetto di abuso di diritto, prevedendo solo che l'esercizio della facoltà di estinzione del rapporto di lavoro a tempo determinato possa costituire “manifesto abuso di diritto da parte dell'imprenditore” (art. 49, comma 1°, lett. b). È necessario, pertanto, far riferimento all'articolo 7, comma secondo, del codice civile, il quale dispone che «ogni atto od omissione che per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze in cui si realizzi, oltrepassi apertamente i limiti normali dell'esercizio di un diritto, con danno per terzo, darà luogo alla corrispondente indennità ed all'adozione delle misure giudiziali o amministrative che ostacolano la persistenza dell'abuso». La giurisprudenza ha applicato spesso la teoria dell'abuso del diritto ai casi di successione di contratti a termine, quale prassi che “occulta la possibilità per l'impresa di licenziare il lavoratore quando lo creda opportuno” (così *Tribunal Supremo, Sala Social*, 20 gennaio 1978, RJ 1136/1978; 6 marzo 1978, RJ 888/1978, reperibili da www.poderjudicial.es).

⁸⁸ V., ad esempio, il seguente passo, tratto dalla pronuncia del *Tribunal Supremo, Sala Social*, del 5 marzo 1986, RJ 1074/1986: “*constituye fraude de ley y claro abuso del derecho los pactos por los que se van sucediendo respecto al mismo trabajador, sin solución de continuidad, contratos encadenados por tiempo cierto, cuando tienen por objeto funciones de carácter permanente de la empresa*” (la sentenza è reperibile da www.poderjudicial.es). In realtà, si tratta di due categorie concettuali differenti, poiché l'abuso si riferisce all'esercizio pregiudizievole di un diritto soggettivo nei confronti della controparte, mentre nella frode alla legge non si richiede la sussistenza di un danno, ma solo l'inosservanza di un dovere giuridico stabilito da una regola di diritto obiettivo (così J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 245-246). Nel caso della reiterazione di rapporti a termine, vi è chi ritiene più appropriato il ricorso alla figura della frode alla legge, in quanto si sarebbe in presenza dell'elusione del principio di stabilità del lavoro, e non dell'uso pregiudizievole della facoltà di stipulare contratti di lavoro subordinato aventi un termine finale (ancora J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 246). Di diverso avviso è OJEDA AVILÉS, secondo cui, invece, nell'ipotesi *de qua* si assiste ad un'alterazione delle norme che autorizzano esplicitamente l'utilizzo dei contratti a termine in danno agli interessi del lavoratore (A. OJEDA AVILÉS, *op. cit.*, pagg. 133-135).

⁸⁹ Cfr. A. OJEDA AVILÉS, *op. cit.*, pag. 132.

⁹⁰ Così B. HERRERO NIETO, *La simulación y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, Barcellona, 1958, pag. 307.

l'indiscriminata reiterazione di rapporti a tempo determinato⁹¹. La norma è stata oggetto di critiche da parte della dottrina a causa della sua scarsa precettività⁹², oltre che per l'estrema vaghezza⁹³ e la complessiva difformità dagli obiettivi della Direttiva comunitaria n. 70/1999⁹⁴. Nel 2006, pertanto, il legislatore decide di riscrivere il quinto comma dell'art. 15 dello Statuto⁹⁵. Per quanto riguarda il rinvio alla contrattazione collettiva, la diversa espressione usata («*establecerá*») in luogo di «*podrán establecer*») è indicativa del passaggio da una semplice esortazione ad un dovere giuridico⁹⁶. Si precisa, altresì, che i requisiti introdotti dagli accordi sindacali in funzione anti-fraudolenta si riferiscono unicamente alla reiterazione di contratti a tempo determinato sullo stesso posto di lavoro, con o senza soluzione di continuità⁹⁷. Per la prima volta, inoltre, la legge stabilisce un limite temporale alla successione di contratti a termine fra lo stesso datore e lo stesso prestatore sul medesimo posto di lavoro, pari a ventiquattro mesi entro un arco temporale di trenta

⁹¹ Art. 15, comma quinto, *Estatuto de los trabajadores*, introdotto dall'art. 1, comma decimo, della ley 9 luglio 2001, n. 12, *de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad*: «*los convenios colectivos podrán establecer requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal*».

⁹² La decisione di introdurre le misure in questione è rimessa alla libera ed incontrollata volontà degli agenti negoziali, “senza che, in caso negativo, si attivi alcuna regola legale di natura suppletoria” (così F. VALDÉS DAL-RÉ, *La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al derecho comunitario*, in *Rel. lab.*, 2004, n. 1, pag. 11).

⁹³ La dottrina ha criticato sia la mancata fissazione di criteri minimi ed uniformi cui debbano attenersi gli accordi collettivi, cui è lasciata un'amplissima discrezionalità, sia l'eccessiva genericità del rinvio, che non contiene alcuna indicazione relativamente al livello della contrattazione abilitata ad intervenire in materia di successione di rapporti a termine (J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 437-441).

⁹⁴ Si v. ancora F. VALDÉS DAL-RÉ, secondo cui “la trasposizione non garantisce nel sistema spagnolo di relazioni lavorative la realizzazione di uno dei due grandi obiettivi della norma comunitaria. L'adeguamento della nostra legislazione al diritto comunitario è invece un imperativo giuridico e sociale che deve essere reso effettivo senza alcuna dilazione” (F. VALDÉS DAL-RÉ, *op. ult. cit.*, pag. 12).

⁹⁵ L'art. 12, 2° comma, del *Real Decreto-ley* 9 giugno 2006, n. 5, *para la mejora del crecimiento y del empleo* così riformula l'art. 15, comma quinto, *Estatuto de los trabajadores*: «*sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo puesto de trabajo con la misma empresa, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos. Atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal*».

⁹⁶ Nello stesso senso, v. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Cuestiones cit.*, pag. 122, e M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo*, in *Rel. lab.*, 2010, n. 21-22, pag. 12.

⁹⁷ Si tratta del c.d. *encadenamiento objetivo*, cioè la successione di rapporti a termine con diversi lavoratori sullo stesso posto di lavoro; per un'applicazione concreta, v. il CCNL delle imprese di mediazione immobiliare del 28 aprile 2014 (pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 116 del 13.05.2014), il cui art. 32 sancisce la conversione a tempo indeterminato dell'ultimo rapporto di lavoro oggetto di *encadenamiento* qualora: 1) sia stato superato il limite di 30 mesi entro un arco temporale di 36 mesi; 2) l'ultimo contratto abbia durata uguale o superiore a tre mesi.

mesi, oltre i quali il rapporto si considera automaticamente a tempo indeterminato, senza alcuna possibilità di addurre prova contraria della temporaneità della relazione lavorativa⁹⁸. Fanno eccezione alla regola, e sono pertanto esclusi dal computo dell'art. 15, i contratti aventi contenuto formativo, quelli stipulati per ragioni sostitutive, quelli *de relevo* e quelli conclusi nell'ambito di progetti pubblici di inserimento nel mercato del lavoro. Dopo soli quattro anni la norma è stata oggetto di nuove modifiche⁹⁹. In particolare, ne è stato esteso l'ambito di applicazione alle ipotesi di successione di rapporti con un «gruppo d'impresa», allo scopo di evitare surrogazioni o novazioni soggettive del contratto di lavoro finalizzate al frazionamento del computo del limite legale¹⁰⁰. Viene ampliato, altresì, il presupposto oggettivo («*el mismo o diferente puesto de trabajo*»), con l'obiettivo di contenere la precarizzazione dei lavoratori temporanei e reprimere il c.d. *encadenamiento subjetivo*, ossia la reiterazione di contratti a termine con lo stesso dipendente per lo svolgimento di diversi compiti e mansioni¹⁰¹. L'esigenza di contenere con qualsiasi strumento la crisi occupazionale ha costretto, tuttavia, l'esecutivo guidato da Zapatero a stabilire nell'agosto 2011 la sospensione biennale dell'applicazione della sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, in seguito limitata dal governo Rajoy al 31 dicembre 2012 (art. 17 del *Real Decreto-ley* n. 3/2012)¹⁰².

⁹⁸ La contrattazione collettiva può anche modificare il predetto limite in senso migliorativo per il lavoratore: v., ad esempio, l'art. 15 del CCNL dei servizi alle persone prive di autonomia del 16.03.2012, che prevede una durata massima di 18 mesi nell'arco di 24 mesi (il testo è pubblicato nel *Boletín Oficial del Estado* n. 119 del 18.05.2012, reperibile da www.boe.es).

⁹⁹ Il testo risultante dalle modifiche apportate dalla legge 17 settembre 2010, n. 35, è il seguente: «*sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos*».

¹⁰⁰ Sul punto, si v. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Cuestiones cit.*, pagg. 101-103.

¹⁰¹ La locuzione «stesso posto di lavoro», a causa del suo carattere polisemico, si presta a diverse interpretazioni, a seconda che ci si riferisca al luogo fisico di prestazione lavorativa oppure alle funzioni svolte dal dipendente; in dottrina e giurisprudenza prevale quest'ultimo significato, che ha il pregio di evitare l'inapplicabilità del disposto di cui all'art. 15 dello Statuto qualora, pur svolgendo gli stessi compiti, il lavoratore venga semplicemente spostato da una postazione all'altra dell'impresa (v. A.V. SEMPERE NAVARRO, *Cuestiones cit.*, pag. 104-105; in giurisprudenza, v. *Tribunal Supremo, Sala Social*, 30 aprile 2013, RJ 2963/2013, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹⁰² Il Preambolo del *Real Decreto-ley* 26 agosto 2011, n. 10, giustifica la sospensione del precetto di cui all'art. 15, comma 5, *Estatuto de los trabajadores*, in quanto, «anziché fomentare la contrattazione a tempo indeterminato, sta producendo effetti indesiderati di non rinnovo dei contratti temporanei, colpendo negativamente il mantenimento degli impieghi».

4.4 Le prerogative individuali e collettive. Rinvio alla disciplina del contratto a tempo indeterminato e disposizioni specifiche sul contratto a termine.

Il diritto fondamentale all'uguaglianza e non discriminazione è sancito dall'art. 14 della Costituzione spagnola approvata nel 1978¹⁰³. Si tratta di un principio accolto in via generale anche dall'*Estatuto de los trabajadores*¹⁰⁴, ma a lungo inattuato per quanto riguarda la tutela dei lavoratori precari, dato che ai dipendenti assunti a tempo determinato sono state spesso applicate condizioni lavorative deteriori rispetto a quelli a tempo indeterminato¹⁰⁵. Solo a seguito delle pronunce rese dal *Tribunal Constitucional* si è consolidata la regola secondo cui la differenziazione di trattamento nei confronti di lavoratori che mancano di potere negoziale a causa della precarietà del loro impiego diventa solo un modo per imporre loro "condizioni lavorative ingiustificatamente peggiorative"¹⁰⁶. Le successive applicazioni giurisprudenziali hanno rivelato, tuttavia, la difficoltà dei giudici nel pervenire ad un orientamento uniforme e costante in materia di discriminazioni fondate sul requisito della durata del contratto di lavoro. Il principale "terreno di scontro" è rappresentato dagli istituti retributivi: accanto ad interpretazioni volte all'estensione di specifiche gratifiche o

¹⁰³ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Secondo M. RODRIGUEZ-PIÑERO il controllo di costituzionalità effettuato dal Supremo organo giudicante (il *Tribunal Constitucional*) su tale norma non è mai stato particolarmente rigoroso, limitandosi alla verifica della non manifesta irrazionalità delle eventuali disparità di trattamento (v. M. RODRIGUEZ-PIÑERO, *La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional*, in *Rel. lab.*, 1999, tomo II, pagg. 85-95).

¹⁰⁴ V. art. 17: «saranno nulle e senza effetto le norme regolamentari, le clausole degli accordi collettivi, i patti individuali e le decisioni unilaterali dell'impresa datrice di lavoro che danno luogo nell'impiego, così come in materia di retribuzioni, orario ed altre condizioni di lavoro, a situazioni di discriminazione diretta o indiretta per ragione di età o disabilità o a situazioni di discriminazione per ragione di sesso, origine, razza o etnia, stato civile, condizione sociale, religione o convinzioni, idee politiche, orientamento o condizione sessuale, affiliazione ai sindacati, vincoli di parentela con persone appartenenti o in relazione con l'impresa all'interno dello Stato spagnolo».

¹⁰⁵ I lavoratori assunti a termine percepivano spesso una retribuzione inferiore rispetto a quella corrisposta agli altri dipendenti assunti a tempo indeterminato, e non ricevevano il trattamento di fine rapporto (cfr. V. FERRANTE, *Stabilità del rapporto e lavoro a termine in Spagna: una riflessione comparata alla luce della direttiva europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pag. 238). Era frequente, inoltre, "l'esclusione dal campo soggettivo di applicazione dei contratti collettivi, frutto dell'insufficiente attenzione prestata alle loro particolari caratteristiche" (così R. ESCUDERO, *Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuale? Il caso spagnolo*, in *Lav. dir.*, 1987, n. 4, pag. 674).

¹⁰⁶ V. sentenza del 7 maggio 1987, resa su ricorso diretto (c.d. *de amparo*) della società pubblica *Iberia*, e sentenza del 22 luglio 1987, in cui il ricorrente era l'impresa privata *Bimbo S.A.* (in *Rel. lab.*, 1987, tomo II, pagg. 440-446, con nota di A. BAYLOS GRAU *Trabajo temporal y no discriminación*). Nel primo caso la disparità di trattamento consisteva nell'imposizione di condizioni salariali inferiori rispetto ai lavoratori assunti *sine die*, nel secondo erano completamente esclusi dal campo di applicazione delle tariffe collettive i soli lavoratori con *contrato eventual*. I giudici costituzionali hanno inevitabilmente reputato discriminatorie le clausole in questione per mancanza di una ragione obiettiva che le giustificasse. Sul punto v. anche M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.* pagg. 239-245.

maggiorazioni¹⁰⁷, vi sono posizioni giurisprudenziali tendenti a negare l'equiparazione tra dipendenti a tempo determinato ed indeterminato, specie riguardo al riconoscimento degli scatti di anzianità¹⁰⁸. Un altro esempio paradigmatico delle incertezze ermeneutiche è costituito dal fenomeno della c.d. "doppia scala salariale" (*doble escala salarial*), cioè la prassi consistente nell'applicazione di un trattamento economico inferiore nei confronti dei neo-assunti, che nella maggior parte dei casi sono lavoratori a termine¹⁰⁹. Chiamato a decidere sulla legittimità di tali pattuizioni, sovente contenute in accordi aziendali, il *Tribunal Supremo* si è diviso tra un'impostazione più indulgente, che ha fatto salva la libertà della contrattazione collettiva di valorizzare dal punto di vista retributivo la continuità dell'impiego presso lo stesso datore di lavoro¹¹⁰, ed una più restrittiva, che ha reputato ingiustificate e discriminatorie le differenze retributive basate sulla data di assunzione, che si traducono in una segregazione di un gruppo di dipendenti nonostante l'identità delle funzioni e dell'attività lavorativa prestata¹¹¹. La questione è stata analizzata anche dalla Corte Costituzionale, adita mediante ricorso diretto dei lavoratori o dei loro rappresentanti sindacali, che è giunta alla conclusione secondo cui "la data di assunzione, di per sé, non può giustificare una differente valutazione di un gruppo di lavoratori rispetto ad un

¹⁰⁷ La sentenza del *Tribunal Supremo, Sala Social*, del 15 luglio 1995 (RJ 4235/1995), qualifica come discriminatoria ed ingiustificabile l'esclusione dei dipendenti *eventuales* dalla fruizione delle maggiorazioni per lavoro domenicale e festivo riservate dal datore di lavoro a tutti gli altri colleghi. Allo stesso modo, la pronuncia del 27 settembre 2004, RJ 5960 censura la mancata corresponsione, da parte della società di gestione del servizio postale, degli incentivi legati alla produttività ai soli lavoratori *interinos* o *eventuales* (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹⁰⁸ La giurisprudenza, sul punto, si è divisa tra un'interpretazione favorevole alla corresponsione degli aumenti periodici di retribuzione ai lavoratori a tempo determinato, posto che i requisiti giustificativi del trattamento economico in questione, ossia "dedizione all'impresa" ed "esperienza nella prestazione lavorativa", "si verificano allo stesso modo nei dipendenti assunti a tempo indeterminato ed in quelli assunti a termine" (*Tribunal Supremo, Sala Social*, del 27 novembre 1991, RJ 6665/1991, dalla banca dati www.poderjudicial.es) ed un orientamento che invece esclude i lavoratori a termine (salvo patto o accordo collettivo contrario), in virtù della maggiore partecipazione nell'impresa dei dipendenti assunti *sine die* (*Tribunal Supremo, Sala Social*, del 31 ottobre 1997, RJ 6496/1997, dalla banca dati www.poderjudicial.es). Il contrasto è stato risolto dalle sentenze *en unificación de doctrina* del 7 e del 23 ottobre 2002 (pubbl. in *Rel. lab.*, 2003, tomo I, pagg. 1024-1032) che riconoscono il diritto al *complemento de antigüedad* a tutti i lavoratori a prescindere dalla loro tipologia contrattuale di assunzione, posto che l'anzianità di servizio, maggiore o minore che sia, non può ritenersi un tratto distintivo tale da escludere dal beneficio retributivo i lavoratori con ridotta permanenza all'interno dell'impresa.

¹⁰⁹ Sul punto, v. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 85 e ss., secondo cui la prassi *de qua* si basa sulla precisa strategia imprenditoriale di richiedere ai sindacati una contropartita in termini di costi del personale rispetto alla creazione di nuove opportunità di lavoro.

¹¹⁰ V. *Tribunal Supremo, Sala Social*, del 1 giugno 1996 (RJ 3347/1996), che giudica legittimo, in quanto "asettico ed obiettivo", il requisito della permanenza in servizio per sei anni stabilito dall'art. 58 del contratto aziendale del gruppo *Radiotelevisión española* (RTVE) al fine del riconoscimento di un premio di produttività denominato di "qualità e quantità di lavoro" (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹¹¹ Si vedano le due decisioni della *Sala Social* del 22 gennaio 1996 (RJ 239/1996 e 258/1996), che dichiarano la nullità delle clausole dei contratti collettivi aziendali delle società *Repsol* ed *Hertz España* che stabilivano un distinto salario tra il personale già in forza ad una certa data e quello assunto successivamente (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

altro”, potendo generare “un trattamento peggiorativo nei confronti di chi accede più tardi all’impiego” e si trova già in una situazione di difficoltà nell’inserimento nel mercato di lavoro e di minore capacità di negoziazione delle condizioni lavorative¹¹². Allo scopo di rafforzare la tutela anti-discriminatoria, il legislatore ha deciso di inserire una regola *ad hoc* all’interno dell’*Estatuto de los trabajadores*, in ciò sollecitato anche dall’entrata in vigore della Direttiva 1999/70/CE, che alla clausola n. 4 stabilisce che i lavoratori a tempo determinato non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto a quelli a tempo indefinito, salvo che sussista una giustificazione obiettiva¹¹³. La norma, secondo la dottrina, ha inaugurato “un nuovo scenario” giuridico fondato “sul massimo rispetto del principio di parità di trattamento”¹¹⁴, come testimoniano alcune pronunce che, sulla base della norma in questione, hanno adottato l’interpretazione più favorevole nei confronti dei dipendenti a tempo determinato¹¹⁵.

Per quanto riguarda tutti gli altri aspetti della relazione lavorativa, come ferie¹¹⁶, sicurezza sociale¹¹⁷, tutela della salute e della sicurezza¹¹⁸, sospensione del rapporto¹¹⁹, disciplina del

¹¹² I virgolettati sono tratti dal punto n. 6 della motivazione della sentenza 4 marzo 2004, n. 27 (tratta da <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/2004/27>), che accoglie il ricorso *de amparo* di un dipendente con contratto a tempo determinato cui era stato applicato da un contratto collettivo aziendale un trattamento economico discriminatorio a causa della minore anzianità di servizio e del tipo di contratto di assunzione. Nel 2011, invece, il *Tribunal Constitucional* ha reputato non discriminatoria la decisione (in questo caso unilaterale) del *British Council* di Valencia di adottare la doppia scala salariale. Secondo i giudici costituzionali, “il nuovo sistema retributivo è stato introdotto a partire da 1994 al fine di adeguarsi alla nuova situazione economica dell’impresa ed alla necessità di assumere lavoratori per ore e per prestare servizi un giorno determinato della settimana, in via prioritaria al sabato”. Il ricorso *de amparo* proposto dai tre delegati sindacali dei lavoratori viene, pertanto, respinto, essendo la decisione imprenditoriale sufficientemente giustificata, non irrazionale né arbitraria (v. sentenza 28 marzo 2011, n. 36, da <http://www.boe.es/boe/dias/2011/04/28/pdfs/BOE-A-2011-7625.pdf>).

¹¹³ Il comma sesto dell’art. 15 dell’*Estatuto de los trabajadores*, introdotto dalla *ley* del 9 luglio 2001, n. 12, di conversione del *Real Decreto-ley* n. 5/2001, riconosce ai lavoratori a termine gli stessi diritti spettanti ai dipendenti a tempo indeterminato «in maniera proporzionale, in funzione del tempo lavorato», fatte salve le disposizioni specifiche in materia di estinzione dei contratti formativi.

¹¹⁴ Così J. LAHERA FORTEZA, in *El ¿definitivo? reconocimiento del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales*, da *Rel lab.*, 2003, tomo I, pag. 819.

¹¹⁵ V., ad esempio, la pronuncia del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* dell’11 maggio 2005, RJ 3010/2005, che, modificando la precedente interpretazione sul requisito della permanenza in servizio senza soluzione di continuità ai fini dell’erogazione degli scatti di anzianità, estende il beneficio *de qua* anche ai dipendenti a tempo determinato che abbiano prestato la propria attività lavorativa con numerosi contratti a termine intervallati da periodi di inattività anche superiori a venti giorni (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹¹⁶ Le ferie spettano a tutti i lavoratori dipendenti in misura non inferiore a trenta giorni (art. 38, comma primo, dell’*Estatuto de los trabajadores*).

¹¹⁷ Il sistema di sicurezza sociale, secondo quanto stabilito dall’art. 2 della c. d. *Ley General de la Seguridad Social* (*Real Decreto Legislativo* 20 giugno 1994, n. 1), si fonda sui principi di «universalità, unità, solidarietà ed uguaglianza».

¹¹⁸ L’art. 28, comma primo, della legge 8 novembre 1995, n. 31, *Ley de prevención de riesgos laborales*, sancisce la parità di trattamento tra tutti i temporanei e gli altri dipendenti: «*los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La existencia de una relación de trabajo de las*

recesso¹²⁰ e diritti collettivi¹²¹, l'ordinamento spagnolo sancisce la piena equiparazione tra i lavoratori a tempo determinato e quelli assunti *sine die*, rinviando in alcune circostanze alla disciplina dettata per questi ultimi. Le uniche norme stabilite in modo esclusivo per il contratto a termine riguardano i diritti di informazione¹²² ed il computo ai fini delle elezioni degli organismi rappresentativi¹²³.

4.5 La sanzione della *conversión* in contratto a tempo indeterminato: presupposti ed effetti.

La trasformazione del *contrato temporal* in *contrato indefinido* è prevista dall'ordinamento spagnolo in cinque casi: assenza di forma scritta¹²⁴ o di iscrizione alla previdenza sociale¹²⁵, mancata denuncia di fine rapporto¹²⁶, frode alla legge¹²⁷ ed infine successione di contratti a termine

señaladas en el párrafo anterior no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores».

¹¹⁹ L'art. 7 del *Real Decreto* n. 2720/1998 richiama espressamente le cause di sospensione del rapporto di lavoro previste dagli articoli 45 e 46 dell'*Estatuto de los trabajadores*, precisando altresì che, salvo patto contrario, la sospensione non determina il prolungamento del termine finale del contratto.

¹²⁰ In assenza di una norma specifica, ed in mancanza di applicazioni giurisprudenziali sul recesso *ante tempus*, la dottrina reputa estendibili al contratto a termine le ipotesi di licenziamento individuale previste dall'*Estatuto de los trabajadores* (sul punto, v. M. RABOTEAU-DUVAL, *op. cit.*, pagg. 348-384).

¹²¹ Il diritto alla contrattazione collettiva e quello di scioperare sono garantiti a tutti i lavoratori dagli articoli 37 e 28 della Costituzione.

¹²² Art. 15, comma settimo, *Estatuto de los trabajadores*, sul diritto dei dipendenti a termine, inclusi gli assunti con contratti formativi, ad essere adeguatamente informati sui posti di lavoro a tempo indeterminato disponibili «*a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes*». La *Ley de prevención de riesgos laborales* obbliga, inoltre, il datore di lavoro all'informazione (ed alla formazione) continua relativamente ai rischi relativi al posto di lavoro occupato ed alle connesse misure di prevenzione e protezione. In entrambi i casi sono previste sanzioni amministrative per il mancato rispetto dei predetti obblighi (art. 6, comma quinto ed art. 12, comma undicesimo, del *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*).

¹²³ L'art. 72, comma secondo, lett. b), *Estatuto de los trabajadores*, stabilisce una regola particolare per i dipendenti assunti con contratto di durata infra-annuale, che vengono computati nel seguente modo: si cumulano tutti i giorni lavorati da tali dipendenti nell'anno precedente alle elezioni e si divide il totale per 200, ottenendo così un numero convenzionale di lavoratori a tempo determinato. Quelli con contratto superiore ad un anno vengono invece computati singolarmente. Si v. anche l'art. 9, comma quarto, del *Real Decreto* n. 1844 del 9 settembre 1994, con il quale si precisa che nel calcolo rientrano non solo le giornate effettivamente lavorate, ma anche riposi e ferie.

¹²⁴ Art. 8, comma secondo, *Estatuto de los trabajadores*, art. 9, comma primo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 22, comma primo, *Real Decreto* n. 488/1998 (relativamente ai contratti formativi).

¹²⁵ Art. 15, comma secondo, *Estatuto de los trabajadores*, art. 9, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 22, comma secondo, *Real Decreto* n. 488/1998 (relativamente ai contratti formativi).

¹²⁶ Art. 49, comma primo, lett. c), *Estatuto de los trabajadores*, art. 8, comma secondo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 20 *Real Decreto* n. 488/1998 (relativamente ai contratti formativi).

¹²⁷ Art. 15, comma terzo, *Estatuto de los trabajadores*, art. 9, comma terzo, *Real Decreto* n. 2720/1998 ed art. 22, comma terzo, *Real Decreto* n. 488/1998 (relativamente ai contratti formativi). La frode alla legge costituisce, altresì, illecito amministrativo «grave» ex art. 7, secondo comma, del *Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*.

oltre la soglia massima di durata¹²⁸. Nelle prime tre circostanze, come si è visto nei paragrafi precedenti, la legge stabilisce una presunzione relativa di indeterminatezza del rapporto di lavoro, superabile mediante la dimostrazione del carattere temporaneo della prestazione, mentre nell'ipotesi della frode e della violazione della durata massima non è possibile addurre alcuna prova contraria. Manca, invece, una sanzione esplicita qualora l'apposizione del termine sia resa illegittima dalla non conformità delle causali giustificatrici dedotte in contratto rispetto alle reali esigenze aziendali. Secondo l'impostazione prevalente in giurisprudenza, l'assenza di una ragione che legittimi il ricorso alla clausola di durata costituisce una “*fraude en la contratación, que conduce a la fijeza de la relación*”¹²⁹. La norma oggetto di elusione, in tali casi, sarebbe la regola generale secondo cui il rapporto a tempo determinato rappresenta una fattispecie contrattuale derogatoria rispetto alla forma comune di assunzione *sine die*, ed è eccezionalmente giustificabile solo in presenza delle situazioni stabilite dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori¹³⁰. Quanto all'elemento soggettivo (c.d. *animus fraudandi*), esso verrebbe soddisfatto dalla consapevolezza della mancanza di una situazione legittimante l'apposizione del termine¹³¹. La dottrina maggioritaria ha obiettato tuttavia come in tali situazioni il richiamo al concetto di frode è del tutto inconferente, trattandosi in realtà della semplice trasgressione di una disposizione normativa e non del raggiungimento di un obiettivo vietato dall'ordinamento attraverso strumenti giuridici leciti¹³². Inoltre, l'accertamento dei requisiti

¹²⁸ Art. 15, comma quinto, *Estatuto de los trabajadores*.

¹²⁹ Tale principio è espresso, tra le altre, dalle pronunce rese dal *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 27 luglio 1993, RJ 5762, del 15 luglio 2009, RJ 5889/2009 e del 9 settembre 2010, RJ 11700/2010, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es. V. anche la decisione della *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia di Castilla-La Mancha* del 15 aprile 1997 (riportata da J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 112), secondo cui la mancata identificazione della causa giustificatrice del ricorso al contratto a tempo determinato comporta automaticamente una frode alla legge, senza possibilità di prova contraria, “*con las consecuencias de indefinición de la relación contractual*”.

¹³⁰ Rispetto all'assunzione senza predeterminazione di durata, “*la duración determinada se contempla como excepción para los supuestos concretos que la propia disposición regula*” (così *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 6 maggio 2003, RJ 3087/2003, reperibile da www.poderjudicial.es). Secondo la giurisprudenza, nemmeno il “*cambio terminológico*” dell'art. 15, comma primo, dell'*Estatuto de los trabajadores* (la norma stabiliva fino alla riforma del 2004 una presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro, mentre nella sua versione attuale prevede in via alternativa che il contratto di lavoro «*podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada*»), ha modificato il favor dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato. Pertanto, la volontà delle parti non è affatto libera dai vincoli di contrattazione sanciti dal predetto art. 15, la cui violazione dà luogo alla conversione del contratto a termine nella tipologia più consona a tutelare il diritto alla stabilità del posto di lavoro (v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 15 luglio 2009, RJ 5889/2009, reperibile da www.poderjudicial.es).

¹³¹ V., ad esempio, *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 21 marzo 2002, RJ 9451/2002, a proposito di un *contrato eventual* carente di giustificazione obiettiva: “la frode non implica sempre un atteggiamento imprenditoriale censurabile da una prospettiva morale, sociale o legale, bensì la mera consapevolezza che la situazione lavorativa contemplata non implica alcuna temporaneità, essendo chiara manifestazione dello sviluppo normale ed abituale dell'attività imprenditoriale”.

¹³² Cfr. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 123, e J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 223-224. Secondo quest'ultimo A., l'utilizzo dell'istituto della frode alla legge in situazioni che richiedono un controllo limitato

della frode comporta per il lavoratore un notevole aggravio degli oneri probatori rispetto al mero riscontro di un'infrazione¹³³. Un diverso orientamento, pertanto, ritiene che l'assenza o l'insufficienza di una causa giustificativa concretizzino direttamente una violazione di legge, cui segue la sanzione della perdita del beneficio della limitazione temporale del rapporto di lavoro¹³⁴. La questione si pone negli stessi termini per quanto concerne i *contratos formativos*: l'inosservanza della disciplina speciale stabilita per tali rapporti non costituisce una frode, bensì un inadempimento di un dovere legale¹³⁵. Il ricorso all'istituto della frode, invece, si rivela efficace nei casi sia in

ad un solo contratto è più retorico che giuridico. I limiti causali, infatti, sono stati disposti in via imperativa dal legislatore, per cui l'attuazione in sede giurisdizionale di tali precetti comporta unicamente la sussunzione dei presupposti di fatto nelle fattispecie legali o, al contrario, la verifica della loro estraneità ad una delle ipotesi normative. In giurisprudenza, si v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 14 maggio 2008, RJ 2344/2008: “*el fraude de ley es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial*” (la sentenza è reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹³³ Sul punto, v. J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 225; R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pag. 117. Secondo quest'ultimo “non si dimentichi che la frode alla legge, in quanto originata dalla volontà interna del suo autore, non è sempre di facile accertamento, per cui la protezione che offre non risulta sempre sufficiente”. Per ovviare alle difficoltà probatorie del dipendente che agisce in giudizio, la dottrina più risalente aveva proposto di stabilire in determinati casi, come l'assenza della ragione giustificatrice del termine, una presunzione di frode a favore del lavoratore (v. M. RODRIGUEZ-PINERO, *La relación cit.*, pag. 56).

¹³⁴ V. J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 224: “la dichiarazione di indeterminatezza del contratto impugnato per l'inosservanza delle ragioni di temporaneità previste dalla legge sorge, allora, dalla sua aperta opposizione alla norma imperativa e non dal suo carattere fraudolento”. La mancata identificazione della causa giustificatrice del ricorso al contratto a tempo determinato, secondo la *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia di Canarias- Las Palmas* del 18 febbraio 1997, genera la nullità della clausola appositiva del termine “*deviniendo la relación como indefinida*” (la sentenza è riportata da J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 113-114). Si v. anche *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 20 febbraio 1997, RJ 1161/1997, del 13 ottobre 1999, RJ 6307/1999 e del 24 aprile 2006, RJ 3080/2006, in cui si afferma il principio di diritto secondo cui “un contratto a termine invalido per mancanza di causa o per violazione dei limiti stabiliti dalla disciplina legale inderogabile costituisce una relazione lavorativa a tempo indeterminato” (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹³⁵ Secondo la sentenza *en unificación de doctrina del Tribunal Supremo* del 30 giugno 1998, RJ 4359/1998, la mancata ottemperanza agli obblighi formativi da parte del datore di lavoro “snaturalizza la relazione contrattuale, perdendo la sua condizione di *contrato para la formación*”. V. anche *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 14 maggio 1992, RJ 3849/1992 che, relativamente alla mancanza del titolo abilitante alla stipulazione di un *contrato en prácticas*, afferma che la violazione di legge comporta la conversione del rapporto a tempo indeterminato in ogni caso, benché non sussista la frode, per il solo fatto della nullità della parte del contratto di lavoro che si riferisce al *contrato en prácticas*, rimanendo “valido per il resto, e completato col precetto che stabilisce la presunzione di indeterminatezza”. Ricorrono, invece, al concetto di frode alla legge la *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia dei Paesi Baschi* dell'1 ottobre 2002, RJ 4281/2002, secondo cui la divergenza della prestazione lavorativa dai contenuti necessari della tipologia contrattuale formativa “fa sì che esista una frode, ed il contratto di lavoro si converta in indefinito, garantendo al lavoratore tutti i diritti che gli spettano in una relazione ordinaria” e la *Sala Social del Tribunal Superior de Justicia dell'Andalusia* del 16 dicembre 2008, RJ 14821/2008, per la quale l'assunzione con un *contrato en prácticas* di una lavoratrice già in possesso della pratica professionale richiesta “raggiunge altri fini rispetto a quello previsto dalla norma di far acquisire proporzionalmente un'esperienza che si suppone

discussione la liceità di una serie di rapporti a tempo determinato, con o senza contenuti formativi, singolarmente legittimi dal punto di vista formale e sostanziale, ma complessivamente finalizzati all'aggiramento di una norma o all'ottenimento di benefici o agevolazioni indebite¹³⁶.

L'*Estatuto de los trabajadores* prevede un termine di decadenza molto stringente per l'impugnazione del contratto a termine, pari a 20 giorni decorrenti dall'avvenuta cessazione del rapporto¹³⁷. Si è discusso a lungo sul rispetto di tale regola qualora ad essere oggetto di impugnativa sia una successione di contratti. La giurisprudenza, dopo qualche oscillazione, ha confermato l'orientamento esegetico che consente di agire in giudizio a prescindere dall'intervenuta decadenza qualora il ricorso sia diretto all'accertamento della sussistenza di un'unica relazione lavorativa artificialmente suddivisa in una pluralità di rapporti a tempo determinato¹³⁸. L'interpretazione favorevole alla soluzione di continuità, definita "rigida e restrittiva", consente, infatti, di "mantenere i lavoratori in una situazione di impiego precario per anni utilizzando abusivamente le catene di contratti temporanei"¹³⁹.

Per quanto riguarda gli effetti dell'impugnazione del contratto a termine illegittimo (o di una reiterazione di rapporti a tempo determinato), la *conversión* a tempo indeterminato fa sì che l'interruzione del sinallagma per scadenza del termine sia equiparata al licenziamento, con applicazione della relativa disciplina. Tale assimilazione, in assenza di norme specifiche sul punto, è tradizionalmente ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base dell'ampia nozione di *despido* accolta dall'ordinamento spagnolo¹⁴⁰. La principale regola in materia è quella prevista

mancante, e ciò costituisce una frode alla legge" (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹³⁶ Si v., sul punto, la condivisibile riflessione di J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 228-229, secondo cui la funzione principale, e più genuina, della frode alla legge è quella di consentire all'interprete di prescindere da una visione individuale di ciascun contratto a termine per poter verificare, tramite l'esame complessivo della situazione concreta, se "il comportamento *prima facie* lecito ottiene, in realtà, l'aggiramento del principio della stabilità del posto di lavoro".

¹³⁷ Si tratta dello stesso termine stabilito per l'impugnazione del licenziamento: «*el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido*» (art. 59, comma terzo, *Estatuto de los trabajadores*).

¹³⁸ V. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 6 luglio 1998, RJ 4494/1998, che conferma l'orientamento tradizionale, espresso tra le tante dalla sentenza *en unificación de doctrina* del 29 marzo 1993, RJ 2098/1993, messo in discussione da alcune sentenze della metà degli anni Novanta (*Tribunal Supremo, Sala Social*, del 16 maggio 1994, RJ 14711/1994, *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 23 maggio 1994, RJ 3972/1994 e del 24 gennaio 1996, RJ 321/1996, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es), secondo le quali per ragioni di certezza del diritto non è possibile contestare la legittimità di successivi contratti a tempo determinato una volta spirato il termine decadenziale dei 20 giorni. Per un commento delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali, si rinvia a J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 405-410 e J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pagg. 130-136.

¹³⁹ Così si esprime la *Sala Social* del *Tribunal Superior de Justicia* dell'Andalusia, sentenza n. 697 del 29 febbraio 2012, reperibile da www.poderjudicial.es.

¹⁴⁰ Secondo giurisprudenza costante, la nozione di *despido* comprende "in generale qualunque tipo di cessazione unilateralmente imposta dall'imprenditore al lavoratore, benché motivata da cause diverse dall'inadempimento contrattuale", per cui "il licenziamento costituisce un concetto generico e

dall'art. 56 dell'*Estatuto de los trabajadores*, secondo cui il licenziamento privo di giustificazione o formalmente viziato (c.d. *improcedente*) comporta, a scelta del datore di lavoro, la riammissione del lavoratore nel posto di lavoro oppure il pagamento di un indennizzo pari a 33 giorni di retribuzione per anno di servizio, fino ad un massimo di 24 mensilità¹⁴¹. La misura dell'indennizzo si è notevolmente ridotta a seguito dell'ultima riforma del mercato del lavoro. Prima del 2012, infatti, era uguale a 45 giorni di retribuzione per anno di servizio, fino ad un massimo di 42 mensilità. Inoltre, erano sempre dovute al lavoratore le retribuzioni maturate dalla data della risoluzione del rapporto di lavoro fino alla sentenza che ne dichiara l'illegittimità (c.d. *salarios de tramitación*), mentre dopo la riforma le stesse vanno corrisposte solo in caso di *readmisión*, riducendo drasticamente la convenienza economica della reintegrazione in servizio¹⁴². Qualora, tuttavia, il licenziamento sia dichiarato nullo perché lesivo di diritti fondamentali il datore di lavoro è condannato direttamente alla *readmisión* del dipendente e al pagamento delle retribuzioni non percepite fino alla sentenza¹⁴³. Tale evenienza si verifica, ad esempio, quando il recesso datoriale è il frutto di una ritorsione rispetto alla richiesta del lavoratore dell'accertamento dell'illegittima apposizione del termine, in contrasto con la fondamentale garanzia (c.d. *de indemnidad*) ad ottenere piena ed incondizionata tutela dei propri diritti¹⁴⁴.

diversificabile, in ragione della sua causa, in specie distinte" (*Tribunal Supremo, Sala Social*, 26 febbraio 1990, RJ 1751/1990; 2 marzo 1994, RJ 14712/1994; 14 maggio 2007, RJ 4692/2007, reperibili da www.poderjudicial.es). In dottrina, v. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pagg. 97-98.

¹⁴¹ La scelta (c.d. *derecho de opción*) va effettuata, ai sensi dell'art. 56, comma primo, entro 5 giorni dalla notifica della sentenza che dichiara l'indeterminatezza del rapporto di lavoro.

¹⁴² Il *Real-Decreto Ley* del 10 febbraio 2012, n. 3, giustifica tale riduzione al fine di «migliorare l'efficienza del mercato del lavoro» ed avvicinare «i costi del licenziamento alla media dei paesi europei». Di contraria opinione è larga parte della dottrina spagnola; v., ad esempio, il commento di BAYLOS: «non v'è dubbio che il processo di riduzione del costo del licenziamento ingiustificato contraddica il dettato della convenzione ILO n. 158 sull'obbligo di risarcimento "adeguato" o "appropriato" nei confronti di operazioni illegittime del datore di lavoro in punto di estinzione unilaterale del contratto di lavoro e apra la via ad un possibile processo di discussione innanzi ai tribunali spagnoli in merito alla difficoltà di rendere compatibili tali prescrizioni con il rispetto del diritto al lavoro costituzionalmente riconosciuto all'articolo 35.2 della Costituzione» (A. BAYLOS, *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro in crisi: la riforma del lavoro spagnola del 2012*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 2, pag. 370). La riforma, tuttavia, ha passato indenne anche lo scrutinio di legittimità costituzionale: il *Tribunal Constitucional*, con ordinanza del 12 febbraio 2014, n. 43, ha rigettato la questione sollevata nell'aprile del 2012 dallo *Juzgado de lo Social* n. 30 di Madrid, non ravvisando alcuna discriminazione o arbitrarietà nel diverso sistema di calcolo delle retribuzioni a seconda del *derecho de opción* del datore di lavoro.

¹⁴³ V. art. 55, comma sesto, *Estatuto de los trabajadores* ed art. 113 della *Ley de procedimiento laboral* (*Real Decreto Legislativo* n. 2 del 7 aprile 1995): «*si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir*».

¹⁴⁴ Come ha stabilito il *Tribunal Constitucional*, qualsiasi decisione imprenditoriale conseguente all'esercizio da parte del lavoratore di un'azione giudiziale tendente al riconoscimento dei propri diritti deve essere qualificata come discriminatoria e radicalmente nulla per contrasto con il diritto fondamentale, garantito dall'art. 24, comma primo, della Costituzione, ad esercitare individualmente le azioni derivanti dal contratto di lavoro. Si v., ad esempio, le sentenze del 19 aprile 2004, n. 55 e n. 65 del 27 febbraio 2006, relative al mancato rinnovo di una serie di rapporti a termine in seguito alla denuncia effettuata da alcuni dipendenti all'Ispettorato del lavoro in ordine al riconoscimento del carattere indeterminato della propria relazione

5. Il contratto a termine nel pubblico impiego: la bipartizione tra dipendenti in regime di diritto pubblico e diritto comune.

Il ricorso al lavoro a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni è largamente diffuso nell'ordinamento spagnolo¹⁴⁵. Tale diffusione, da un punto di visto storico, è dovuta al progressivo ampliamento dei compiti e delle funzioni del potere Esecutivo, da cui è derivata l'esigenza di un reclutamento del personale più rapido e flessibile rispetto alle modalità previste dal diritto amministrativo¹⁴⁶. Così, la *Ley de funcionarios civiles* del 7 febbraio 1964 per la prima volta consente alle P.A. di stipulare di contratti a tempo determinato di diritto comune¹⁴⁷. Il sistema dualistico che si è venuto a creare è stato legittimato anche dalla Corte Costituzionale, che ha precisato come la scelta dei costituenti nel 1978 sia stata quella di porre in rapporto di regola-eccezione l'impiego di «*personal funcionarial*», in regime di diritto pubblico, e quello, c.d. «*laboral*», in regime di diritto privato¹⁴⁸. Nella prassi, tuttavia, si è assistito ad un uso massiccio dei rapporti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di eludere i costi connessi all'estinzione dei contratti a tempo indeterminato¹⁴⁹. Con il passare degli anni la situazione è andata persino peggiorando: l'accesso al pubblico impiego è stato costantemente inquinato da corruzione, favoritismi e clientelismi¹⁵⁰, fenomeni che la magistratura non è sempre riuscita a fronteggiare adeguatamente, perdendo anzi più volte la propria unità di azione e generando ulteriore insicurezza ed instabilità. Non sorprende, pertanto, che la *contratación temporal* nel pubblico impiego

lavorativa (le decisioni sono reperibili dal sito www.tribunalconstitucional.es). Per un'applicazione recente, si v. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* 14 maggio 2014, RJ 2565/2014, che accoglie il ricorso di una lavoratrice contro la decisione del datore di lavoro -qualificata come *improcedente* e non come nulla da giudice di merito- di non prolungare il rapporto di lavoro alla scadenza del termine (dicembre 2011) dopo che la dipendente in questione aveva più volte chiesto il riconoscimento di un contratto a tempo indeterminato, sollecitando anche un intervento dell'Ispettorato del lavoro.

¹⁴⁵ Secondo i dati pubblicati dall'*Instituto nacional de estadística*, la percentuale di lavoratori a termine alle dipendenze della P.A. si assesta intorno al 20% (20,6% nell'ultimo trimestre del 2014), ed ha conosciuto picchi fino al 27% tra il 2006 ed il 2008 (fonte: *Encuesta de población activa* da www.ine.es).

¹⁴⁶ Sul punto, v. A. OJEDA AVILÉS, *op. cit.*, pag. 61: “*el carácter vitalicio del funcionariado impedía la rápida adaptación y la fluidez de movimientos que el constante desarrollo de la Administración exigía*”.

¹⁴⁷ Questa possibilità, inizialmente limitata all'esecuzione di lavori manuali, è stata estesa dall'art. 15, comma primo, lett. c), della legge 2 agosto 1984, allo svolgimento di prestazioni aventi contenuto tecnico e specialistico, in mancanza di funzionari dotati di una preparazione specifica.

¹⁴⁸ “*Habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública*” (punto n. 3 della motivazione della sentenza del *Tribunal Constitucional* dell'11 giugno 1987, n. 99, da www.tribunalconstitucional.es).

¹⁴⁹ A. OJEDA AVILÉS nella monografia datata 1973 sottolinea la “*tendencia por parte de la Administración a establecer contratos a termino sin ninguna base objetivam no por temor a no poder romper quando necesario una relación a tempo indefinido (es posible), sino para evitar las indemnizaciones*” (*op. cit.*, pag. 120).

¹⁵⁰ Cfr. J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 137, che parla senza mezzi termini di un’“autentica piaga che minaccia di divorare le fondamenta stessa della funzione pubblica”.

costituisca uno dei problemi più spinosi del diritto del lavoro spagnolo ed abbia dato origine, insieme alla disciplina italiana, al maggiore contenzioso comunitario in materia di lavoro a tempo determinato.

5.1 Gli artt. 10 ed 11 dell’*Estatuto básico del empleado público*: i motivi di ricorso al rapporto a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni.

L’attuale disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è prevista dal c.d. *Estatuto básico del empleado público* (ley n. 7 del 12 aprile 2007), il cui titolo II° contiene un’analitica classificazione del personale sulla base delle funzioni svolte. Lo Statuto conferma la fondamentale distinzione tra i lavoratori in regime di diritto pubblico e quelli in regime di diritto privato¹⁵¹. L’art. 11, secondo comma, riserva alla legge il potere di stabilire i criteri distintivi tra le due categorie, purché venga rispettato il principio generale secondo cui lo svolgimento di «funzioni che implicano la partecipazione diretta o indiretta all’esercizio di potestà pubbliche o alla salvaguardia di interessi generali dello Stato» deve essere attribuito in via esclusiva ai dipendenti in regime di diritto amministrativo (art. 9, comma secondo)¹⁵². L’assunzione nell’ambito delle due classi di lavoratori può avvenire a tempo determinato o indeterminato. Per quanto concerne il «*personal funcionario*», l’apposizione di un termine al contratto di lavoro è consentita nei seguenti casi (art. 10, comma primo):

- a) sostituzione provvisoria di funzionari di ruolo (c.d. *funcionarios de carrera*);
- b) copertura di posti vacanti per mancanza di funzionari di ruolo¹⁵³;
- c) esecuzione di programmi di lavoro temporanei, aventi durata non superiore a tre anni,

¹⁵¹ In generale sulla bipartizione dei pubblici dipendenti, v. A. V. SEMPERE NAVARRO, *Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas*, in F. J. GARÁTE CASTRO (a cura di), *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Barcellona, 2004, pagg. 65-70.

¹⁵² Si tratta, come ha sottolineato la dottrina, dello stesso criterio utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria per giustificare la riserva di posti di lavoro ai soggetti aventi la cittadinanza di uno Stato Membro, ossia la svolgimento di funzioni riconducibili al nucleo essenziale dell’attività amministrativa (cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Comentario a la ley del Estatuto básico del empleado público*, Valladolid, 2008, pag. 91; Y. QUINTANILLA NAVARRO- A. V. SEMPERE NAVARRO, *La contratación laboral de duración determinada en las Administraciones públicas*, in A.V. SEMPERE NAVARRO e R. MARTÍN JIMÉNEZ, *op. cit.*, pag. 630). L’*Estatuto básico* utilizza volutamente espressioni generiche come «potestà pubbliche» o «interessi generali», in modo da salvaguardare la discrezionalità delle Comunità Autonome nel modulare il ricorso all’una o all’altra categoria di lavoratori (v. I. MARÍN ALONSO, *El empleo público laboral en el Estatuto básico del empleado público*, in *Rel. lab.*, 2009, n. 8, pag. 28).

¹⁵³ Secondo la dottrina, è il presupposto capace di generare maggiori irregolarità, essendo rimessa alla potestà discrezionale dell’Amministrazione la valutazione dell’urgenza e della necessità di assumere *funcionarios interinos* oppure procedere in via ordinaria alla copertura del posto di lavoro privo di titolare (M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pag. 96).

prorogabili in via legislativa fino a quattro¹⁵⁴;

- d) eccesso o accumulazione di lavoro, purché l'assunzione avvenga entro un periodo massimo di sei mesi nell'arco di un anno¹⁵⁵.

I dipendenti assunti a tempo determinato, denominati *interinos*, sono reclutati in base a procedure concorsuali più celeri di quelle previste per i funzionari di ruolo¹⁵⁶, ma ugualmente improntate ai criteri di uguaglianza, merito, capacità e pubblicità (art. 10, comma secondo). L'*Estatuto básico* consente, altresì, di derogare al principio della selezione pubblica per l'assunzione di personale scelto direttamente dagli organi di governo per lo svolgimento temporaneo di compiti e funzioni «di fiducia o assistenza speciale» (art. 12, comma primo)¹⁵⁷. Per quanto riguarda la posizione economica e normativa dei *funcionarios interinos*, si è discusso a lungo sull'esistenza o meno di un diritto alla parità di trattamento rispetto a quelli *de carrera*. La Corte Costituzionale spagnola, chiamata più volte a pronunciarsi sui ricorsi individuali (c.d. *de amparo*) per violazione del diritto fondamentale di uguaglianza, ha costantemente negato la piena equiparazione tra le due categorie, affermando che il differente regime giuridico è giustificato dal punto di vista obiettivo dai «caratteri di eccezionalità ed urgenza» della situazione dei *funcionarios interinos*¹⁵⁸, dai «distinti sistemi di accesso e selezione»¹⁵⁹ e dal «vincolo con l'Amministrazione, che nel caso del *personal interino* è «per definizione limitato nel tempo»¹⁶⁰. Di diverso avviso è stata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, inizialmente nell'ambito del settore sanitario¹⁶¹ e di quello scolastico¹⁶², e

¹⁵⁴ La lettera c) è stata introdotta nel 2014 dall'art. 28, comma primo, della legge n. 15 del 16 settembre, *ley de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa*. La norma è stata duramente contestata dalla dottrina, poiché la mancata specificazione del concetto di «programmi temporanei», unita all'ampia durata del rapporto di lavoro ed all'assenza di indicazioni sulle conseguenze del superamento del limite massimo, attribuiscono alle P.A. una facoltà praticamente incondizionata di coprire qualsiasi esigenza di personale aggiuntivo senza alcun limite causale (cfr. M. MIÑARRO YANINI, *Empleo público y contratos de «interinos»: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal*, in *Rev. trab. seg. soc.*, 2015, n. 384, pagg. 34-35). A ciò va aggiunta l'ampia flessibilità consistente nella possibilità di spostamento dei *funcionarios interinos* ad unità amministrative diverse da quella di designazione, purché siano interessate dal medesimo progetto (art. 10, introdotto dal secondo comma dell'art. 28 della citata legge n. 15/2014).

¹⁵⁵ Anche in questa ipotesi è prevista la mobilità interna, purché le unità di destinazione presentino necessità di personale a seguito dell'accumulazione di lavoro (art. 10, comma sesto, dell'*Estatuto básico del empleado público*).

¹⁵⁶ In base all'art. 61, comma sesto, dell'*Estatuto básico del empleado público*, i sistemi principali di selezione degli aspiranti sono la c.d. *oposición*, consistente nello svolgimento di prove attitudinali, ed il *concurso-oposición*, in cui vengono valutati anche i titoli di merito. Solo in via eccezionale può essere applicato il sistema del *concurso*, ossia della semplice valutazione dei titoli di merito.

¹⁵⁷ Si tratta del c.d. *personal eventual*, cui spetta, in quanto compatibile, il trattamento economico e normativo stabilito per i *funcionarios de carrera* (art. 12, ultimo comma, *Estatuto básico*).

¹⁵⁸ Così la sentenza del *Tribunal Constitucional* del 20 aprile 2009, n. 87.

¹⁵⁹ V. ordinanza n. 112 del 14 aprile 2008.

¹⁶⁰ Cfr. ordinanza del 9 maggio 2005, n. 183.

¹⁶¹ C. giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso c. Osakidetza* (pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 2, pag. 326 e ss., nt. ZAPPALÁ): la Corte, ricondotta la pretesa economica agli scatti di anzianità nella

successivamente con riferimento in generale al pubblico impiego, ha stabilito che la sola durata dei contratti di lavoro non è idonea di per sé a giustificare eventuali disparità di trattamento, in quanto non soddisfa alcuna “reale necessità”¹⁶³. L’autorevole intervento dei giudici europei ha indotto il legislatore dell’*Estatuto básico* a riconoscere, almeno sul piano retributivo, il principio di uguaglianza tra dipendenti di ruolo e temporanei¹⁶⁴. Per le altre condizioni di lavoro, l’ordinamento si limita a stabilire, “con formula criptica derivante dalla legislazione anteriore”¹⁶⁵, che sarà applicabile, in quanto compatibile, «il regime generale dei *funcionarios de carrera*»¹⁶⁶.

L’art. 11 dell’*Estatuto básico* riconosce, inoltre, alle Pubbliche Amministrazioni la possibilità di assumere direttamente a tempo determinato alla stregua di un normale datore di lavoro privato¹⁶⁷. Possono essere oggetto di stipulazione tutti i contratti a termine previsti dall’art. 15 dell’*Estatuto de los trabajadores*, i *contratos formativos* ed il *contrato de relevo*, purché ne siano rispettati i relativi requisiti formali e sostanziali. Le condizioni economiche e normative spettanti al c.d. *personal laboral* sono stabilite dalla contrattazione di settore, in virtù del rinvio contenuto nell’art. 27 dell’*Estatuto básico*. L’autonomia collettiva, nell’ottica di una progressiva

nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4 dell’accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70, non ravvisa alcuna giustificazione obiettiva nella differenziazione di trattamento retributivo tra lavoratori a termine ed a tempo indeterminato stabilita dalla normativa oggetto di contestazione (art. 44 della legge 16 dicembre 2003, n. 55, *Estatuto del personal estatutario de los servicios de salud*).

¹⁶² C. giust. 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gaviero Gaviero e Torres c. Consellería della Galizia* (pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, pag. 1294 e ss., nt. SIOTTO). Nel caso di specie, i giudici comunitari riconoscono a due insegnanti precarie il diritto alla percezione degli emolumenti triennali legati all’anzianità a partire dalla scadenza del termine per la corretta trasposizione della Direttiva n. 1999/70 (10 giugno 2001) e non dal giorno di entrata in vigore dell’*Estatuto básico* (13 maggio 2007), poiché, a detta della Corte UE, la clausola n. 4 dell’accordo-quadro in materia di lavoro a tempo determinato, contenente il divieto di non discriminazione, risulta incondizionata e sufficientemente precisa da essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro (punti 79 ed 87 della sentenza).

¹⁶³ Cfr. punti 73 e 74 della sentenza dell’8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*: la Corte ribadisce il suo orientamento secondo cui la differenza di trattamento tra impiegati di ruolo e *funcionarios interinos* deve essere ancorata a criteri oggettivi e trasparenti, relativi alle intrinseche caratteristiche delle mansioni svolte, o, eventualmente, “dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro” (la sentenza è reperibile dal sito della Corte *curia.europa.eu*).

¹⁶⁴ Si allude all’art. 25 dello Statuto: la norma riconosce ai *funcionarios interinos* le retribuzioni (di base e complementari) spettanti al gruppo o sub-gruppo professionale di appartenenza, adottando la stessa regola sancita per i *funcionarios de carrera* dall’art. 22 dell’*Estatuto básico*, e prevede esplicitamente il diritto agli scatti di anzianità (c.d. *trienios*).

¹⁶⁵ Così M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pag. 100. L’A. allude all’art. 105 del Decreto 7 febbraio 1964, n. 315, c.d. *ley de funcionarios civiles*, che disponeva l’applicazione in via analogica del trattamento normativo spettante ai *funcionarios de carrera* «en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, con excepción del derecho a la permanencia en la función, a niveles de remuneración determinados, o al régimen de clases pasivas».

¹⁶⁶ Cfr. art. 10, quinto comma, dell’*Estatuto básico del empleado público*.

¹⁶⁷ Qualora l’assunzione avvenga a tempo indeterminato, è fatto obbligo per le P.A. datrici di lavoro di osservare le procedure di selezione pubblica stabilite per i funzionari *de carrera* (art. 61, comma settimo, *Estatuto básico del empleado público*).

omogeneizzazione del regime giuridico dei pubblici dipendenti¹⁶⁸, si è orientata verso il riconoscimento degli stessi diritti, anche retributivi, spettanti al *personal funcionarial*¹⁶⁹. La giurisprudenza ha contribuito, sebbene in modo altalenante¹⁷⁰, a tale equiparazione, come testimonia il *revirement* operato dal *Tribunal Supremo* sull'erogazione degli scatti di anzianità al corpo docenti di religione¹⁷¹.

5.2 Le conseguenze sanzionatorie dell'illegittima apposizione del termine.

L'impiego di contratti a tempo determinato da parte delle Pubbliche Amministrazioni si è spesso contraddistinto per il suo sviamento dal sistema legale, a causa dell'inerzia nella definizione delle piante organiche o, nei casi più gravi, della preordinata elusione delle regole sull'accesso alla funzione pubblica. Nel corso del tempo si sono così sviluppate sacche preoccupanti di precariato, specie nelle Comunità Autonome e nei settori della sanità, della giustizia e dell'istruzione, senza

¹⁶⁸ Obiettivo, questo, che i sindacati perseguono con maggiore efficacia da quando la legge (art. 1, comma quarto, *ley* 20 giugno 2006, n. 21, ed art. 36, comma terzo, dell'*Estatuto básico*) ha riconosciuto loro la possibilità di una negoziazione comune alle due categorie di lavoratori (c.d. *Acuerdos Mixtos*). Sul punto, v. I. MARÍN ALONSO, *op. cit.*, pag. 30 e pag. 43.

¹⁶⁹ Si v., ad esempio, il contratto collettivo applicabile al *personal laboral* dell'*Administración General del Estado* del 31.07.2009, che adotta la stessa struttura retributiva dell'*Estatuto básico del empleado público* ed equipara, ai fini del computo dell'anzianità di servizio, i periodi lavorativi prestati in qualità di *funcionarios* o di *personal laboral* (art. 73; il testo è reperibile dal *Boletín Oficial del Estado* n. 273 del 12.11.2009, reperibile da www.boe.es)

¹⁷⁰ L'orientamento tradizionale in giurisprudenza, risalente ad alcune pronunce del *Tribunal Constitucional* degli anni '80, ritiene che il diverso regime retributivo tra le due categorie di lavoratori pubblici non costituisca una discriminazione, tenuto conto dell'esistenza di una generalizzata "differenza di regolazione" (v. sentenza del *Tribunal Constitucional* del 27 luglio 1982, n. 52) e dell'"ampio margine di discrezionalità" di cui gode il legislatore nel "configurare lo status del personale che presta servizio nelle Amministrazioni pubbliche" (cfr. *Sala Social* del *Tribunal Supremo*, sentenza del 18 dicembre 2009, RJ 8444/2009, da www.poderjudicial.es). Anche per quanto concerne le norme relative ai congedi parentali, il *Tribunal Supremo* ha confermato il differente regime giuridico del *personal laboral* rispetto a quello *funcionarial*. Infatti, pur avendo oggetto e finalità praticamente identici, le fonti regolatrici (*Estatuto de los trabajadores* da una parte, ed *Estatuto básico del empleado público* dall'altra) si rivolgono a due distinti destinatari (v. *Sala Social* del *Tribunal Supremo*, sentenza del 19 maggio 2009, RJ 4948/2009, da www.poderjudicial.es).

¹⁷¹ La prima sezione della *Sala Social* del *Tribunal Supremo*, adita dal sindacato indipendente dei lavoratori pubblici, nel 2012 ha modificato il precedente orientamento, riconoscendo il diritto alla percezione degli scatti retributivi legati alla permanenza in servizio in qualità di *personal laboral*. Il caso in questione nasce dal diniego, da parte della Comunità Autonoma di Madrid, di corrispondere ai professori di religione cattolica gli scatti di anzianità (c.d. *trienios*), in base all'esplicita esclusione dal campo di applicazione del contratto collettivo della Comunità Autonoma. I giudici, preso atto della formale equiparazione dei docenti *de qua* ai *funcionarios interinos* - stabilita dalla Comunità Autonoma e confermata anche dalla terza disposizione addizionale della legge statale organica sull'insegnamento (*ley* 3 maggio 2006, n. 2)- aderiscono alla tesi dei ricorrenti, che invocavano "il diritto all'uguaglianza di cui all'art. 14 della Costituzione e l'esigenza che l'Amministrazione si adatti alle conseguenze che derivano dai suoi atti come derivazione del principio di buona fede che presiede tutto il nostro ordinamento giuridico" (sentenza del 7 giugno 2012, RJ 4846/2012, confermata anche dalla sentenza del 1 luglio 2013, RJ 4359/2013 e dall'ordinanza del 27 novembre 2014, RJ 10087/2014, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

che a ciò il legislatore abbia dato risposte adeguate in termini di prevenzione e repressione¹⁷². Il fenomeno riguarda in modo trasversale sia il personale in regime di diritto amministrativo che quello in regime di diritto privato: in entrambe le ipotesi è ampiamente diffusa la prassi di prolungare *sine die* l'assunzione formalmente provvisoria. Nessun dubbio, in tali circostanze, sull'illegittimità del comportamento del datore di lavoro pubblico, ma la determinazione delle conseguenze sanzionatorie si è rivelata insoddisfacente, oltre che problematica.

5.2.1 La tutela dei *funcionarios interinos*.

Per quanto concerne i c.d. *funcionarios interinos*, le amministrazioni spagnole hanno spesso abusato dell'ampia discrezionalità loro spettante nella creazione, modificazione e soppressione delle dotazioni organiche¹⁷³. Nel silenzio del legislatore, che sul punto prevede soltanto una scarsa regolazione della cessazione dell'incarico dei predetti lavoratori¹⁷⁴, è stato compito della magistratura garantire il rispetto dei principi di stabilità dell'impiego e di non arbitrarietà dell'azione pubblica, divieto quest'ultimo avente natura costituzionale¹⁷⁵. Tuttavia, a fronte delle irregolarità commesse dalle amministrazioni datrici di lavoro, *in primis* la reiterazione pluriennale di contratti a tempo determinato sullo stesso posto di lavoro, la giurisprudenza non si è mai spinta al riconoscimento di un diritto soggettivo all'inquadramento definitivo nei ruoli del personale¹⁷⁶. A ciò

¹⁷² Sul punto si rinvia a M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, *Empleo y prestación de servicios en la Administración pública*, Valladolid, 2006, pagg. 280-281 ed a M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pag. 94.

¹⁷³ La discrezionalità delle P.A. è talmente ampia che la corrispettiva posizione giuridica dei funzionari pubblici non possa essere qualificata come un diritto, ma solamente come un'"aspettativa rispetto alle necessità e priorità che l'Amministrazione abbia definito nel legittimo esercizio della sua potestà di organizzazione" (così il *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso*, sentenza del 26 febbraio 2014, RJ 1163/2014, da www.poderjudicial.es).

¹⁷⁴ L'art. 12, comma terzo, *Estatuto básico del empleado público*, contiene un rinvio alle ipotesi di perdita dello *status* di *funcionario de carrera* (rinuncia all'incarico, perdita della nazionalità, pensionamento, licenziamento disciplinare, inabilitazione a seguito di condanna penale), cui si aggiunge la cessazione della causa giustificatrice del reclutamento in qualità di *interino*. Sul punto si rinvia a M. SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, pagg. 99-100, che sottolinea la mancata previsione di un indennizzo al termine del rapporto di lavoro, a differenza del settore privato.

¹⁷⁵ V. art. 9, comma terzo, della Costituzione: «*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*».

¹⁷⁶ Paradigmatico, in tal senso, il seguente passo tratto della terza sezione della *Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia* di Madrid: «a margine delle eventuali irregolarità che possa commettere l'Amministrazione consentendo la permanenza di un *interino* durante vari anni in un stesso posto di lavoro [...] tali irregolarità non permettono di dedurre che il funzionario in questione acquisisca un diritto soggettivo alla conversione in *funcionario de carrera*, o ad acquisire un posto di lavoro con carattere indefinito [...] perché ciò contrasterebbe direttamente con il carattere temporaneo di ogni nomina di funzionario *interino* ed inoltre, se si permettesse la trasformazione in *funcionario de carrera* a causa della durata del rapporto temporaneo, verrebbero vulnerati i principi di merito e capacità che regolano l'accesso alla Funzione Pubblica nel nostro paese in virtù del disposto dell'articolo 103.3 della Costituzione, secondo

va aggiunto che dal 1998 le sentenze della giustizia amministrativa relative all'estinzione del rapporto di lavoro dei dipendenti a termine non sono ricorribili in cassazione, stante la limitazione operata dalla legge regolatrice di tale giurisdizione alla cessazione del rapporto di lavoro dei soli *funcionarios de carrera*¹⁷⁷. La tutela apprestata, allo stato attuale, è circoscritta all'ipotesi in cui alla rimozione del dipendente *interino* sia seguita un'altra assegnazione temporanea dell'incarico, con evidente frustrazione del principio di legalità dell'*agere* amministrativo¹⁷⁸. Per prevenire la formazione di ulteriore precariato, l'*Estatuto básico del empleado público* ha stabilito delle scadenze temporali per la copertura degli impieghi transitori, che dovranno essere oggetto di cancellazione o attribuzione in via definitiva a seguito di procedure concorsuali, precedute ogni anno dalla c.d. *Oferta pública de empleo*, ossia la pubblicazione nel *Boletín Oficial del Estado* dei posti disponibili (art. 10, comma quarto), che, in ogni caso, non può essere procrastinata oltre il termine perentorio di tre anni¹⁷⁹.

5.2.2 Le vicende del *personal laboral*.

La necessità di far fronte alle croniche carenze di personale ha influenzato anche il ricorso alle fattispecie di lavoro a tempo determinato disciplinate dall'*Estatuto de los trabajadores*, dando sfogo ad un'inesauribile creatività giuridica, non di rado assecondata dagli organi giurisdizionali e dal legislatore. Esempio, in tal senso, è la vicenda della creazione di un sotto-tipo contrattuale di rapporto a termine con causale sostitutiva, denominato *contrato de interinidad por vacante*, con cui vengono giustificate infinite proroghe di contratti a tempo determinato al fine di coprire posti di lavoro presenti nella pianta organica ma sprovvisti di un titolare in attesa dello svolgimento delle

cui chi accede alla Funzione Pubblica deve fare superandolo i corrispondenti processi selettivi, *oposición e concurso-oposición*, che sono gli unici che garantiscono il rispetto ai riferiti principi" (sentenza n. 10266 del 7 marzo 2008, da www.poderjudicial.es: il collegio giudicante rigetta in base a tale argomentazione il ricorso presentato da una lavoratrice *funcionaria interina* impiegata alle dipendenze dell'Università Politecnica di Madrid dal 1991 al 2005 al fine del riconoscimento di un impiego stabile).

¹⁷⁷ V. art. 86, comma secondo, lett. a), legge 13 luglio 1998, n. 29, *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, che esclude la ricorribilità in cassazione delle sentenze dei giudici amministrativi concernenti il rapporto di lavoro del personale dipendente delle Amministrazioni pubbliche, «salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera». Per un'applicazione concreta, v. ordinanza del *Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso*, del 29 maggio 2000, RJ 2616/2000, da www.poderjudicial.es.

¹⁷⁸ In tali casi la cessazione del rapporto di lavoro è nulla in quanto disposta arbitrariamente in violazione dell'art. 9, 3° comma, della Costituzione, con conseguente riammissione del personale *interino* che stava occupando il posto di lavoro, anche in situazione di eccedenza se il posto è già stato occupato da un altro lavoratore e diritto alla percezione delle retribuzioni dovute dal giorno dell'illegittima estromissione dal servizio (cfr. sentenze del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 14 giugno 1993, RJ 4058/1993; del 29 gennaio 1994, RJ 366/1994 e del 29 marzo 1999, RJ 2187/1999, reperibili da www.poderjudicial.es).

¹⁷⁹ Cfr. art. 70, comma primo, ultimo periodo dell'*Estatuto básico*: «en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años».

procedure selettive¹⁸⁰. Le amministrazioni pubbliche hanno modificato anche le altre figure di contratto a termine, ricorrendo al *contrato para obra o servicio determinado* al fine di supplire temporaneamente alla mancanza di personale¹⁸¹ e dilatando i presupposti del *contrato eventual* per coprire deficit di organico anziché fronteggiare imprevedibili aumenti dei carichi di lavoro, sovrapponendosi in tal modo al neonato *contrato de interinidad por vacante*¹⁸². Non sono mancate, tuttavia, pronunce giurisdizionali meno indulgenti, che hanno duramente criticato il *modus procedendi* delle amministrazioni datrici di lavoro¹⁸³. La giurisprudenza ha faticato non poco, però, nell'individuazione della sanzione applicabile ai casi di illegittima apposizione del termine. Il problema che si è posto all'attenzione degli interpreti è stato quello di conciliare il principio di legalità dell'azione amministrativa, che esige la trasformazione del contratto a tempo indeterminato a tutela del dipendente irregolarmente assunto a termine - e quello di accesso al pubblico impiego, che impone alla P.A. di procedere alla copertura dei posti di lavoro stabili mediante concorso, al

¹⁸⁰ L'*interinidad por vacante* è stata giudicata legittima a partire dalla sentenza del *Tribunal Supremo, Sala Social*, del 24 aprile 1986, RJ 2044/1986, reperibile dalla banca dati www.poderjudicial.es. Il diritto vivente è stato successivamente recepito dal legislatore nel *Real Decreto* n. 2546/1994, nonostante le critiche mosse dalla dottrina, secondo cui la ragione sostitutiva si caratterizza per la sua estraneità alla volontà dell'imprenditore e per la certezza della scadenza del contratto a seguito della cessazione della causa della sostituzione, requisiti questi mancanti nella c.d. *interinidad por vacante*, dove la P.A. datrice di lavoro ricorre al rapporto a termine per supplire alla propria inerzia nella copertura dei posti di ruolo (cfr. F. J. SÁNCHEZ ICART, *Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable*, in *Rel. lab.*, 1994, tomo II°, pag. 162).

¹⁸¹ L'utilizzo del *contrato para obra o servicio determinado* per coprire dei vuoti in organico, inizialmente osteggiato dalla giurisprudenza, viene definitivamente ammesso a partire dalla decisione del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 18 luglio 1994, RJ 5539/1994, secondo cui non solo non è censurabile l'uso di una tipologia contrattuale al posto di un'altra, ma persino la mancata specificazione dell'impiego ricoperto costituisce una "*ligera irregularidad sin alcance bastante para dar al contrato un carácter indefinido*". Per una ricostruzione dell'altalenante percorso della giurisprudenza, si rinvia a J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pagg. 22-25. Per quanto riguarda la dottrina, è generalmente critica nei confronti dell'utilizzo di una fattispecie contrattuale che per definizione richiede una specifica delimitazione temporale per far fronte ad una carenza in organico legata ad un'esigenza lavorativa di carattere permanente (cfr. Y. QUINTANILLA NAVARRO- A. V. SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, pag. 641).

¹⁸² L'orientamento in questione è inaugurato dalla decisione del *Tribunal Supremo, Sala Social*, del 21 febbraio 1986, RJ 11035/1986, secondo cui l'"eccesso anormale del volume produttivo [...] può realizzarsi, legittimamente, anche con la diminuzione del personale disponibile". Per quanto concerne la distinzione rispetto al *contrato de interinidad por vacante*, la giurisprudenza adotta da sempre un criterio di natura quantitativa: un deficit di organico generico, relativo cioè a numerose posizioni lavorative, giustifica il ricorso al *contrato eventual*, mentre la scopertura riferita ad un posto specifico concreta la ragione sostitutiva dell'*interinidad por vacante* (cfr. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina*, 30 aprile 1994, RJ 3094/1994; le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹⁸³ Paradigmatica, in tal senso è la pronuncia del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 20 giugno 2000, RJ 5027/2000: chiamata a comporre un contrasto interpretativo sorto in seno alla *Sala Social* del *Tribunal Superior de Justicia* della Comunità autonoma di Castilla e León, la Suprema Corte annulla la sentenza di secondo grado che aveva rigettato il ricorso di una lavoratrice del Ministero della Difesa ancora in forza all'epoca della sentenza dopo una successione decennale di *contratos de interinidad* assolutamente carenti di motivazione obiettiva e persino dell'indicazione del posto di lavoro ricoperto. Secondo il *Tribunal Supremo*, la relazione lavorativa non può essere reputata a termine, "ma deve considerarsi come di carattere indefinito, in applicazione delle previsioni generali contenute negli articoli 8 e 15.3 dell'*Estatuto de los trabajadores* per i casi in cui si stipulano contratti a tempo determinato senza causa che li giustifichi".

fine di preservare la trasparenza e l'imparzialità nella selezione dei concorrenti¹⁸⁴. In un primo momento la questione è stata risolta dal *Tribunal Supremo* negando la possibilità di conversione del contratto viziato, per evitare che le irregolarità nella gestione dei rapporti contrattuali flessibili potessero, in spregio dei principi costituzionali di merito e capacità, servire “da trampolino” per l'accesso ad organici per i quali la legge esige il superamento di prove selettive¹⁸⁵. Dagli anni Novanta in poi si afferma la soluzione opposta, inizialmente minoritaria¹⁸⁶, che estende al datore di lavoro pubblico la sanzione della conversione del contratto a tempo indeterminato. I giudici, preso atto della già ampia benevolenza interpretativa adottata nei confronti delle amministrazioni¹⁸⁷, ritengono che le stesse non possano essere esentate *tout court* dal rispetto della normativa generale di diritto del lavoro, pena lo “scontro frontale con il principio costituzionale di legalità”¹⁸⁸. La continua ricerca del contemperamento di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nella problematica delle illegittime assunzioni a termine, ha dato luogo ad un terzo orientamento giurisprudenziale, in base al quale la violazione delle regole che disciplinano il ricorso alle fattispecie di lavoro a tempo determinato comporta la conversione del contratto a tempo

¹⁸⁴ Entrambi i principi hanno rango costituzionale: il principio di legalità è sancito dall'art. 9, comma primo, Cost. («i cittadini ed i poteri pubblici sono soggetti alla Costituzione ed al resto dell'ordinamento giuridico») e quello dell'accesso al pubblico impiego dagli artt. 23, comma secondo, Cost. («i cittadini hanno diritto ad accedere su basi di uguaglianza alle funzioni e alle cariche pubbliche, qualora possiedano i requisiti previsti dalla legge») e 103, comma terzo («la legge regolerà lo statuto dei pubblici funzionari, l'accesso alle funzioni pubbliche secondo criteri di merito e di capacità, le peculiarità del loro diritto a costituirsi in sindacato, il sistema delle loro incompatibilità e le garanzie d'imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni»).

¹⁸⁵ Secondo la dottrina, la corrente giurisprudenziale in questione cercava di arginare i fenomeni di clientelismo politico ed evitare “un curioso fenomeno di frode mediante altra frode”, ossia l'elusione dei principi di merito e capacità per l'accesso al pubblico impiego attraverso l'uso irregolare dei contratti a tempo determinato (così J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 218). Si v., ad esempio, il seguente passo tratto dalla sentenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* del 24 aprile 1986, RJ 12562/1986: “*las posibles irregularidades en la contratación de los actores o en las prórrogas de sus contratos podrían determinar responsabilidades a exigir a quienes resultarían responsables, pero en manera alguna ser un portillo para cubrir el acceso a la función pública, sin superar las pruebas de selección y capacidad requeridas para ello*” (la sentenza è reperibile da www.poderjudicial.es).

¹⁸⁶ Cfr. la sentenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* del 22 ottobre 1987, RJ 12562/1987, con la quale si condanna l'Istituto nazionale di salute pubblica (INSALUD) alla riammissione in servizio di un bibliotecario impiegato dal 1981 al 1986 presso una residenza sanitaria con svariati contratti *eventuales* in attesa della copertura definitiva del posto di lavoro, senza che fossero mai esistite circostanze urgenti e transitorie legate all'attività svolta. Si v. anche il principio di diritto elaborato da *Tribunal Supremo*, *Sala Social*, 7 marzo 1988, RJ 1568/1988, secondo cui gli “enti pubblici, quando agiscono come imprenditori ai sensi dell'articolo 1 dello Statuto dei Lavoratori, hanno l'obbligo di attenersi [...] alle norme generali o congiunturali che regolano la fattispecie concreta e detto obbligo viene imposto dal principio di legalità dell'Amministrazione prima invocato; d'altra parte, non esiste alcun divieto per le Amministrazioni pubbliche ad essere vincolate da un contratto lavorativo a tempo indefinito” (le sentenze sono reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹⁸⁷ Il riferimento è alla mancata repressione delle irregolarità formali commesse dalle P.A., nonché alla possibilità per le amministrazioni datrici di lavoro di utilizzare tutti gli strumenti giuridici per fare fronte alle carenze d'organico senza incorrere nella sanzione della conversione a tempo indeterminato per frode alla legge.

¹⁸⁸ Così la sentenza della *Sala Social* del *Tribunal Supremo* dell'8 marzo 1991, RJ 16623/1991, reperibile da www.poderjudicial.es.

indeterminato, ma non consente di equiparare i lavoratori che ottengono la trasformazione giudiziale del rapporto ai dipendenti stabili, i c.d. *fijos de plantilla*¹⁸⁹. Solo questi ultimi, infatti, godono del privilegio della stabilità ed inamovibilità dell'impiego, a differenza dei lavoratori *indefinidos* che, pur avendo un legame *sine die* con l'amministrazione, non ricoprono l'incarico in via permanente fino a quando non superino le selezioni che regolano l'accesso ai ruoli della funzione pubblica¹⁹⁰. La "sottile ad ambigua distinzione"¹⁹¹ ha generato sin da subito nuove difficoltà interpretative, acuite dal fatto che il legislatore dell'*Estatuto básico* ha formalmente riconosciuto il rapporto di lavoro *indefinido*, ma non ne ha disciplinato concretamente lo svolgimento¹⁹². I principali dubbi hanno riguardato la qualificazione della fattispecie¹⁹³, il regime

¹⁸⁹ V. *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 7 ottobre 1996, RJ 5360/1996, del 10 dicembre 1996, RJ 7054/1996, del 14 marzo 1997, RJ 1884/1997, e del 7 luglio 1997, RJ 4831/1997, reperibili dalla banca dati www.poderjudicial.es. V. anche la sentenza del *Tribunal Supremo, Sala Social*, 20 gennaio 1998, pubbl. in *Act. lab.*, 1999, n. 14, pag. 582 e ss., ed in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 2, pag. 241 e ss., con nota di M. TIRABOSCHI e C. AGUT GARCÍA, *Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: un recente revirement della giurisprudenza spagnola*.

¹⁹⁰ Il carattere *indefinido*, secondo la giurisprudenza, "non presuppone che il lavoratore consolidi la condizione di stabilità dell'impiego senza aver prima superato i procedimenti previsti dalle norme che regolano la selezione del personale di ruolo delle Amministrazioni Pubbliche. In virtù di queste norme, l'organismo pubblico non può attribuire la certezza dell'impiego tramite assegnazione definitiva del posto di lavoro, ma, al contrario, è obbligato ad adottare le misure necessarie per la regolare copertura dello stesso" (così il *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 27 maggio 2002, RJ 9166/2002, dalla banca dati www.poderjudicial.es).

¹⁹¹ Così la definisce J. R. MERCADER UGUINA, *op. cit.*, pag. 145.

¹⁹² Gli articoli 8 ed 11, comma primo, rubricati rispettivamente «*concepto y clases de empleados publicos*» e «*personal laboral*», classificano il personale in regime di diritto privato in «*fijo, por tiempo indefinido o temporal*», in funzione della durata del rapporto di lavoro. In modo più esplicito, invece, la *Ley de función pública* della Comunità autonoma della Galizia stabilisce che «il personale in condizione di *indefinido* a seguito di sentenza passata in giudicato [...] godrà degli stessi diritti del personale *laboral fijo*» (così la 16^a disposizione addizionale del *Decreto Legislativo* 13 marzo 2008, n. 1, reperibile dal sito del *Diario Oficial de Galicia* http://www.xunta.es/dog/Publicados/2008/20080613/Anuncio27D5A_gl.html).

¹⁹³ Secondo un primo orientamento, il distinguo effettuato dalla giurisprudenza non modifica la reale natura del rapporto di lavoro scaturente dalla pronuncia giudiziale- che rimane a tempo determinato- con la sola differenza del nuovo *dies ad quem*, coincidente con il momento in cui avviene l'assegnazione definitiva del posto di lavoro. Un'altra corrente interpretativa, basandosi su un inciso contenuto nella motivazione della sentenza del 7 ottobre 1996 ("il carattere indefinito non concerne la durata del contratto, ma la qualificazione della posizione soggettiva del lavoratore all'interno dell'amministrazione"), ritiene che per effetto del provvedimento giurisdizionale si produca un'effettiva trasformazione a tempo indeterminato della relazione lavorativa, pur rimanendo distinto lo *status* del dipendente che viene impiegato *sine die* quale riparazione del pregiudizio subito, e non in virtù del superamento di prove selettive. La giurisprudenza ha altresì coniato l'espressione "*indeterinos*" per indicare la peculiarità del personale che "non ha vincolo di permanenza nell'organico ma neanche un termine certo di estinzione della sua relazione lavorativa" (così la sentenza della *Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia* della Galizia n. 19 del 16 gennaio 2013, RJ 1/2013, da www.poderjudicial.es). Per un sunto delle diverse posizioni esegetiche, si v. J. M. GOERLICH PESET- J. VEGA LÓPEZ, *¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla (a propósito de las SSTs, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 abril y 7 de julio de 1997)*, in *Rel. lab.*, 1998, tomo I, pagg. 572-580.

giuridico applicabile¹⁹⁴, e soprattutto le conseguenze dell'eventuale cessazione dell'impiego per assegnazione tramite concorso pubblico o soppressione del posto di lavoro. Su quest'ultimo aspetto, infatti, continuano ad alternarsi diverse ipotesi ricostruttive, senza giungere mai ad un punto di arrivo definitivo. A fronte dell'opinione a lungo prevalente presso la giurisprudenza, secondo cui l'espletamento delle procedure concorsuali o l'eliminazione del posto occupato rappresentano una giusta causa di estinzione del sinallagma, senza alcun riflesso risarcitorio a favore del dipendente¹⁹⁵, si sono recentemente affermate due diverse opzioni ermeneutiche, accomunate dagli obiettivi di fornire maggiori tutele alla categoria degli *indefinidos no fijos de plantilla* e stabilire un apparato sanzionatorio compatibile con il diritto comunitario¹⁹⁶. Nel giro di un anno la *Sala de lo Social* del *Tribunal Supremo* è passata da un'estensione in via analogica del meccanismo indennitario previsto

¹⁹⁴ In assenza di un'indicazione legislativa sul punto, gli interpreti si sono orientati nel senso di estendere ai lavoratori che ottengono la trasformazione giudiziale del rapporto a termine le condizioni legali e convenzionali dettate per i dipendenti reclutati tramite concorso, fatta eccezione per gli istituti che sono intimamente connessi ai caratteri di stabilità ed inamovibilità derivanti dall'accesso previa selezione pubblica. Saranno, pertanto, giustificabili differenze di trattamento relative agli avanzamenti di carriera o alla partecipazione a concorsi di secondo grado che presuppongono il superamento di prove selettive (v. J. M. GOERLICH PESET- J. VEGA LÓPEZ, *op. cit.*, pagg. 581-582). Si è discusso, invece, circa l'applicabilità della regola stabilita dall'art. 96, comma secondo, dell'*Estatuto básico*, che obbliga la P.A. datrice di lavoro a riammettere in servizio, senza alcuna facoltà di scelta tra reintegra ed indennizzo, i dipendenti a tempo indeterminato illegittimamente licenziati per motivi disciplinari. In particolare, la *Sala Social* del *Tribunal Superior de Justicia* di Castiglia e León nel 2011 ha prospettato l'incostituzionalità della norma per disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori *indefinidos pero no fijos*, censura questa che la Corte Costituzionale ha rigettato confermando la legittimità del diverso regime giuridico derivante dall'inamovibilità di quei dipendenti che hanno superato le prove di accesso al pubblico impiego (ordinanza 13 dicembre 2001, n. 178, reperibile da www.tribunalconstitucional.es).

¹⁹⁵ Secondo l'orientamento inaugurato dalla pronuncia del *Tribunal Supremo* del 27 maggio 2002 *supra* citata, il rapporto di lavoro *indefinido no fijo* soddisfa le stesse esigenze temporanee di cui al *contrato de interinidad por vacante* e si estingue allo stesso modo, ossia con la realizzazione della condizione risolutiva legale consistente nella copertura del posto di lavoro rimasto senza titolare oppure nella sua soppressione, situazioni queste inquadrabili nell'ampio concetto di «cause contenute nel contratto» di cui all'art. 49, 1° comma, lett. b), dell'*Estatuto de los trabajadores*, relativo all'estinzione del contratto a tempo determinato. La sentenza contiene il voto contrario, detto *voto particular*, di tre magistrati, secondo cui la ricostruzione in termini di condizione risolutiva, da intendere come causa legale di estinzione del rapporto *indefinido no fijo*, contiene delle evidenti forzature, in quanto sia l'elemento accidentale della condizione che le «cause» di cui all'art. 49 hanno origine unicamente nella volontà contrattuale, e non in quella del legislatore. Il dibattito in questione è riassunto da J. LAHERA FORTEZA, *La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública, Rel. lab.*, 2002, tomo II°, pagg. 679-685, e da J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pagg. 220-221.

¹⁹⁶ Secondo la dottrina, l'esclusione di ogni forma di riparazione economica al momento della cessazione del rapporto *indefinido no fijo* consente alla P.A. che ha già agito illegalmente di prolungare di fatto la relazione lavorativa oltre ogni limite di durata senza subire alcuna sanzione (S. CAIROLI, *op. cit.*, pag. 660). Si crea, inoltre, una discriminazione rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato licenziati per ragioni oggettive consistenti nell'annullamento della procedura di selezione oppure nella carenza di fondi in bilancio (J. LAHERA FORTEZA, *La extinción cit.*, pag. 684-685). Qualora, infine, il rapporto *indefinido no fijo* derivi dal superamento del limite alla reiterazione di contratti a termine, la successiva risoluzione a costo zero risulterà incompatibile con l'obiettivo comunitario di prevenzione e repressione dell'utilizzo abusivo dei rapporti a tempo determinato (sul punto, v. Y. QUINTANILLA NAVARRO- A. V. SEMPERE NAVARRO, *op. cit.*, pag. 700, nonché J. LAHERA FORTEZA, *La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria, Rel. lab.*, 2007, n. 10, pagg. 39-45).

dall'art. 49 dell'*Estatuto de los trabajadores*¹⁹⁷ all'applicazione della disciplina relativa al licenziamento economico, con conseguente obbligo a carico della P.A. di mettere a disposizione del lavoratore una somma pari a 20 giorni di retribuzione per anno di servizio, sino ad un massimo di 12 mensilità (art. 53, 1° comma, lett. b), *Estatuto de los trabajadores*)¹⁹⁸. Il legislatore, dal canto suo, non ha mai offerto alcun aiuto alla risoluzione del problema, limitandosi a confermare l'effetto estintivo della relazione lavorativa, senza specificare le conseguenze giuridiche scaturenti dalla copertura del posto occupato¹⁹⁹. La questione, da ultimo, è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte di Giustizia UE che, nel confermare la propria giurisprudenza sulle misure alternative alla sanzione della conversione a tempo indeterminato, ha rinviato al giudice nazionale la valutazione della compatibilità del sistema indennitario elaborato dal *Tribunal Supremo* rispetto alla prevenzione e repressione degli abusi in materia di contratti a termine²⁰⁰. L'interpretazione più

¹⁹⁷ La pronuncia del *Tribunal Supremo en unificación de doctrina* del 22 luglio 2013 conferma quasi totalmente l'impostazione del 2002, secondo cui sia la copertura regolamentare del posto di lavoro che la sua soppressione operano "in maniera automatica sulla vigenza del vincolo contrattuale, determinando l'avveramento della condizione risolutiva cui è soggetto", senza alcuna necessità di osservare la disciplina del licenziamento. Tuttavia, per riparare ad una presunta disparità di trattamento tra lavoratori temporanei ed *indefinidos no fijos*, la Suprema Corte dichiara applicabile a questi ultimi l'indennità di estinzione del contratto a termine, pari a 12 giorni di salario per anno di servizio, stabilita dall'art. 49, primo comma, lett. c), dell'*Estatuto de los trabajadores*. Come nel 2002, la sentenza contiene il *voto particular* di cinque magistrati, che ritengono più corretta l'assimilazione al licenziamento per motivi obiettivi dell'atto amministrativo che estingue il posto occupato dal lavoratore *indefinido*. La dottrina, inoltre, ha messo in evidenza la grave incongruenza consistente nell'applicare analogicamente un'indennità esplicitamente esclusa dallo stesso articolo 49 per i *contratos de interinidad por vacante*, ossia i contratti ai quali il *Tribunal Supremo* equipara il rapporto *indefinido no fijo* (v. M. MIÑARRO YANINI, *op. cit.*, pag. 30).

¹⁹⁸ Si tratta delle sentenze del 24 giugno 2014 (RJ 3081/2014) e dell'8 luglio 2014 (RJ 3514/2014), con cui per la prima volta la maggioranza del collegio giudicante accoglie la tesi dell'equiparazione dell'atto amministrativo di modifica della dotazione organica (c.d. *Relación de puestos de trabajo, RPT*) ad una riorganizzazione aziendale, legittimante il ricorso alla riduzione di personale ai sensi degli articoli 51, 52 e 53 (oppure 56) dell'*Estatuto de los trabajadores*: "la decisión patronal de amortizar el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, operando para ello sobre la correspondiente RPT, ha de canalizarse a través de los preceptos sobre despido por causas objetivas o, en su caso, colectivo". Il principio di diritto elaborato vale, secondo i giudici, tanto nei confronti dei rapporti *de interinidad por vacante* quanto in quelli *indefinidos no fijos*, visto che in entrambi i casi si produce il medesimo effetto estintivo per soppressione del posto di lavoro coperto in via transitoria. La tesi *de qua* era già stata propugnata dalla dottrina (v. J. M. GOERLICH PESET- J. VEGA LÓPEZ, *op. cit.*, pagg. 584-585; J. LAHERA FORTEZA, *La extinción cit.*, pag. 684-685) e da una parte della giurisprudenza di merito (cfr. *Tribunal Superior de Justicia* di Castiglia e León, *Sala Social*, 14 gennaio 2009, RJ 1300/2009; 8 maggio 2013, RJ 2668/2013; *Tribunal Superior de Justicia* di Madrid, *Sala Social*, 14 dicembre 2012, RJ 16670/2012, tutte reperibili da www.poderjudicial.es).

¹⁹⁹ V. l'art. 1, comma sesto, della legge 17 settembre 2010, n. 35, che modifica la 15^a disposizione addizionale dello Statuto dei lavoratori, estendendo alla P.A. la sanzione della conversione a tempo indeterminato per superamento del limite massimo di durata della successione di rapporti a termine e stabilendo che «il lavoratore continuerà ad occupare il proprio posto fino a quando non si proceda alla sua copertura, momento in cui si verificherà l'estinzione della relazione lavorativa, a meno che quel lavoratore acceda all'impiego pubblico superando il corrispondente processo selettivo».

²⁰⁰ In applicazione della norma del Trattato che lascia agli Stati la libertà di scegliere le forme ed i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle Direttive (art. 249), la Corte di giustizia ribadisce che quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano accertati abusi nell'uso dei contratti a termine spetta al giudice *a quo* apprezzare l'effettività e la proporzionalità delle sanzioni

aderente al diritto dell'Unione, allo stato dell'arte, pare essere proprio quella che estende le tutele del licenziamento per motivi oggettivi alle ipotesi di variazioni sostanziali alle piante organiche del personale da cui derivi l'estinzione di rapporti di lavoro *indefinidos no fijos*. Essa, infatti, oltre a procedimentalizzare la fase risolutiva del sinallagma²⁰¹, garantisce ai lavoratori il livello di compensazione monetaria più alto previsto dall'ordinamento, specie nell'ipotesi in cui il recesso datoriale sia affetto da vizi e venga dichiarato *improcedente*. È auspicabile, pertanto, un suo "futuro consolidamento"²⁰², che pareva essersi avviato con le pronunce della Suprema Corte *en unificación de doctrina* del 29 ottobre e del 18 dicembre 2014²⁰³, salvo interrompersi in seguito alla sentenza, anch'essa *en unificación de doctrina*, del 26 gennaio 2015, che disattende l'ultimo indirizzo ermeneutico, applicando ai dipendenti *indefinidos no fijos* soltanto l'indennità *ex art. 49*, comma primo, lett. c), dell'*Estatuto de los trabajadores*²⁰⁴.

adottate dal diritto nazionale, procedendo anche ad un'interpretazione comunitariamente orientata al fine di garantire la piena efficacia dell'accordo quadro (punti 49 e 55 dell'ordinanza dell'11 dicembre 2014, C-86/14, *León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*, dal sito della Corte *curia.europa.eu*). La Corte non fornisce ulteriori precisazioni allo scopo di guidare il giudice rimettente nella sua interpretazione, ma condivide le sue conclusioni sull'incapacità dell'ordinamento spagnolo di prevenire in modo effettivo l'abuso derivante da una successione di rapporto a tempo determinato nel settore pubblico (punto n. 50). Nella fattispecie lo *Juzgado de lo Social* n°1 di Granada ha ritenuto inadeguata la tutela indennitaria introdotta dal *Tribunal Supremo* con la sentenza del 22 luglio 2013, definita irrazionale in quanto equipara due situazioni diseguali, quella di un contratto regolare e quella di una relazione lavorativa caratterizzata dall'operato illegittimo e fraudolento del datore di lavoro. Ancor meno idonea è, ovviamente, la soluzione che non riconosce alcun indennizzo al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro *indefinido no fijo de plantilla*, con cui si "promuovono situazioni abusive invece di evitarle", trasformando il lavoratore *de quo* nel "preario perfetto" (i virgolettati sono tratti dall'ordinanza di rimessione del 7 febbraio 2014, reperibile dalla banca dati *www.poderjudicial.es*).

²⁰¹ Il licenziamento individuale va comunicato necessariamente in forma scritta e deve contenere i motivi su cui è basato. Inoltre, l'art. 53 dello Statuto impone al datore di lavoro di concedere al lavoratore un termine di preavviso pari a 15 giorni. Per quanto riguarda i licenziamenti collettivi, l'art. 51 dell'*Estatuto de los trabajadores* prevede una procedura di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori, da espletarsi nel termine di 30 giorni (15 per le imprese con meno di 50 dipendenti), allo scopo di discutere la possibilità di evitare i licenziamenti, ridurre il numero, attenuarne le conseguenze sociali mediante misure di ricollocazione oppure ancora fissare i criteri di selezione dei lavoratori da estromettere.

²⁰² Così R. VEGA DÍAZ, *Una rectificación jurisprudencial esperada: el despido en los interinos por vacante del sector público – Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 24 de junio de 2014 – rec. Núm. 217/2013–*, in *Rev. trab. seg. soc.*, 2014, n. 380, pag. 188.

²⁰³ In entrambi i casi il *Tribunal Supremo* qualifica come *despido improcedente* l'atto amministrativo di soppressione del posto di lavoro del lavoratore *indefinido* e condanna la P.A. datrice di lavoro, a sua scelta, tra la riammissione in servizio del dipendente ed il pagamento dell'indennità dovuta dalla data del licenziamento *ex art. 56* dello Statuto dei lavoratori (sentenza del 29 ottobre 2014, RJ 4644/2014 e del 18 dicembre 2014, RJ 5647/2014, reperibili dalla banca dati *www.poderjudicial.es*).

²⁰⁴ Sentenza RJ 634/2015, da *www.poderjudicial.es*: i giudici richiamano testualmente la pronuncia del 22 luglio 2013, senza fare menzione alcuna del successivo *revirement* della *Sala de lo Social* del 2014. Di conseguenza, viene annullata la decisione di secondo grado del *Tribunal Superior de Justicia* di Madrid che nel 2012 aveva accolto la domanda della lavoratrice ricorrente, qualificando come licenziamento la decisione del Comune della città di Parla di revocare il posto, da lei occupato, di "técnico de grado medio".

CAPITOLO IV

GLI ORDINAMENTI IN COMPARAZIONE

SOMMARIO: 1. All'origine delle continue riforme normative: l'intreccio costante tra la disciplina del lavoro a tempo determinato e quella del licenziamento.- 2. Il superamento del principio di causalità nell'ottica comparata.- 3. Il confronto tra i sistemi sanzionatori e le differenze valoriali: la centralità della tutela reale nell'esperienza italiana.- 4. Il filo conduttore della regolamentazione del lavoro a tempo determinato alle dipendenze della P.A.: la lacunosità dei presupposti legittimanti l'apposizione del termine...- 4.1 ...e dei meccanismi rimediali.- 5. I diritti dei lavoratori a termine: il difficile compromesso tra la durata della relazione lavorativa ed i benefici economici e normativi derivanti dall'anzianità di servizio.- 6. Il contenzioso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale momento di sintesi delle differenze.- 6.1 Le caratteristiche del contenzioso comunitario in materia di lavoro a tempo determinato.- 6.2 L'oggetto delle controversie. Delimitazione del capo di indagine.- 6.2.1 L'interpretazione in materia di divieto di non discriminazione.- 6.2.2 L'obbligo di prevedere misure idonee a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.- 6.3 L'effetto conformativo delle pronunce della Corte europea.- 6.4 Il valore ermeneutico del principio di stabilità dell'impiego: il potenziale impulso alla tutela dei lavoratori a termine.

1. All'origine delle continue riforme normative: l'intreccio costante tra la disciplina del lavoro a tempo determinato e quella del licenziamento.

Sulla base della ricerca condotta nei capitoli precedenti è inevitabile che si provi a tracciare un confronto tra la disciplina italiana e quella francese e spagnola. Prima di entrare nel dettaglio della valutazione comparata, è opportuna una riflessione di carattere generale sulla circostanza che più colpisce l'interprete che si avvicina allo studio del contratto di lavoro a tempo determinato nei tre ordinamenti, ossia l'elevata quantità di modifiche legislative che ne hanno contraddistinto l'evoluzione. Una prima spiegazione delle continue stratificazioni della normativa in questione potrebbe essere data dall'avvicinarsi delle diverse, e non sempre coese, compagini politiche che hanno influenzato la produzione legislativa nel corso degli anni. Un'analisi più ragionata della lunga sequenza dei mutamenti regolativi dei tre ordinamenti mette in luce, altresì, un dato praticamente costante nella successione delle riforme in materia di contratto a termine, ossia la loro connessione con le vicende relative al regime del licenziamento.

Nella primordiale configurazione codicistica dei due istituti in Italia, Francia e Spagna, si assiste ad un perfetto parallelismo tra la predeterminazione della durata del contratto di lavoro e la possibilità di recedere dal rapporto qualora tale durata non sia stata fissata: in entrambi i casi le parti

sono libere di scegliere l'automatica estinzione del sinallagma¹. Nel momento in cui vengono introdotti dei vincoli, inizialmente solo economici², ed in seguito sostanziali³, al potere di licenziamento *ad nutum* da parte dell'imprenditore, diventa di riflesso necessario stabilire altrettante limitazioni alla possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro subordinato per evitare che si trasformi in un comodo strumento di elusione della disciplina in materia di risoluzione del rapporto a tempo indeterminato.

I tre ordinamenti si ispirano anche in questo caso al medesimo sistema regolativo, imperniato sulla tipizzazione restrittiva delle ipotesi di legittima apposizione della clausola di durata. La tecnica normativa della tassatività fa sì che le parti non possano stipulare contratti a tempo determinato non sorretti dalle causali prefissate dal legislatore, la cui funzione è anche quella di motivare anticipatamente la scadenza della relazione lavorativa. La legge n. 230/1962, quella spagnola *sobre relaciones laborales* del 1976 (trasfusa pochi anni dopo nell'*Estatuto de los trabajadores*) e l'*Ordonnance* n. 130/1982 costituiscono il tentativo più riuscito di armonizzazione della disciplina del rapporto a termine con quella del licenziamento, ottenuto garantendo lo standard di tutela più elevato ai lavoratori subordinati costituito dal principio di necessaria giustificazione, tanto dell'assunzione a tempo determinato quanto del recesso dal contratto *sine die*.

In seguito, l'aggravamento della crisi economica mette fortemente in discussione la tradizionale difesa della continuità del posto di lavoro, facendo emergere ulteriori esigenze come la tutela della produttività e dell'autonomia organizzativa delle imprese e la riduzione della disoccupazione, specie giovanile.

A fronte del mantenimento di un sistema di protezione della stabilità del rapporto di lavoro imperniato sulla sindacabilità del potere di risoluzione unilaterale, è la disciplina del contratto a tempo determinato ad evolversi come contropartita o bilanciamento della c.d. "flessibilità in uscita".

¹ L'unico vincolo era rappresentato dall'obbligo di preavviso, previsto in tutti e tre gli ordinamenti, a partire dal D. lgt. n. 1148/1917, dalla *loi* del 19 luglio 1928 e dal *Código de trabajo* del 1926.

² L'indennità c.d. di anzianità viene istituita in Italia nel 1924 (art. 10, comma 4°, R.d.l. n. 1825/1924) per proteggere il prestatore di lavoro a tempo indeterminato da un'eventuale risoluzione repentina del rapporto ad opera dell'imprenditore. In Spagna ed in Francia la previsione dell'indennità c.d. di licenziamento era rimessa all'autonomia collettiva, salvo eccezioni (*loi Brachard* del 29 marzo 1935 sui giornalisti). A partire dal 1967, nell'ordinamento francese viene fissato un parametro legale minimo (10 ore di salario per ogni anno di servizio, purchè vi sia stata una permanenza di almeno due anni consecutivi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, cfr. *Ordonnance* n. 67-581 del 13 luglio 1967).

³ Il passaggio dalla libertà alla causalità del licenziamento, attraverso la fissazione di un elenco di motivi legittimanti la risoluzione del rapporto di lavoro, avviene inizialmente in Spagna, ad opera della *Ley de Contrato de Trabajo* (datata 21 novembre 1931) e della *Ley de Jurados mixtos* del 27 novembre 1931. In Italia, prima della legge n. 604/1966, che introduce l'obbligo di giustificazione del licenziamento da parte del datore di lavoro, va segnalato l'Accordo interconfederale del 18 ottobre 1950, recepito con D.P.R. n. 1011 del 14 luglio 1960, che attribuiva ai lavoratori del settore industriale la possibilità di esperire una procedura conciliativa qualora ritenessero ingiustificato il licenziamento. In Francia, è la legge n. 73-680 del 13 luglio 1973 a subordinare il diritto di recesso datoriale all'esistenza di una *cause réelle et sérieuse*.

La relazione tra i due ambiti normativi è oggetto di importanti compromessi tra governi e sindacati degli Stati oggetto di comparazione, specie negli anni Ottanta e Novanta. Basti ricordare la legge n. 56/1987 e la *ley* n. 32/1984 ove, con metodologie differenti, si è realizzato un sensibile ampliamento dell'area di impiego dei contratti a termine. Nel nostro ordinamento è stata conferita alla contrattazione collettiva la facoltà di introdurre ipotesi ulteriori di apposizione del termine per rendere meno rigide le previsioni legislative precedenti, in cambio di una percentualizzazione dei lavoratori da assumere. In Spagna il compromesso ha assunto una forma diversa, quella della concertazione sui contenuti normativi (c.d. *Acuerdo Economico y Social*), tra cui la generalizzazione del ricorso al lavoro a tempo determinato come strumento di lotta alla disoccupazione⁴ e la creazione di un nuovo tipo di contratto funzionale all'apertura di una nuova attività (*contrato de lanzamiento de nueva actividad*)⁵.

Lo “scambio” tra flessibilità “in entrata” ed “in uscita” ha caratterizzato anche le intese sociali sottostanti alle riforme spagnole del 1994, nel 1997 e nel 2010. In ognuna di queste leggi, infatti, le misure finalizzate alla riduzione delle assunzioni a termine vengono compensate con il progressivo alleggerimento di costi e vincoli inerenti ai licenziamenti individuali e collettivi. La *ley* n. 11/1994 e il successivo *Acuerdo interconfederal para la estabilidad del empleo* del 28 aprile 1997 sono, in proposito, paradigmatici della relazione tra i due poli della flessibilità: il recupero della causalità del contratto a tempo determinato viene, infatti, “barattato” con l'esenzione dalla mediazione sindacale o amministrativa per i licenziamenti oggettivi che non rientrano nelle soglie dei licenziamenti collettivi e con la riduzione del risarcimento spettante in caso di *despido improcedente*⁶. Anche se meno marcata, in considerazione dell'ampio ventaglio di materie oggetto

⁴ La legge del 2 agosto 1984, n. 32, elimina le limitazioni precedentemente previste alla stipulazione del c.d. “*contrato para el fomento del empleo*” (contratto per la creazione di nuovi posti di lavoro) sotto forma di una soglia percentuale massima rispetto all'organico complessivo (art. 6 del *Real Decreto* del 25 giugno 1982, n. 1445). La tipologia contrattuale in questione trova i suoi antecedenti nelle fattispecie previste dall'art. 11 del *Real Decreto-Ley* n. 18/76 e dall'art. 3 del *Real Decreto* n. 1363/1981, ma il legislatore del 1984 non è più costretto ad “alcun richiamo retorico alle esigenze economiche e alla congiuntura del mercato [...] Per la legittimità di questi contratti il legislatore si limita a richiedere che si tratti di lavoratori disoccupati iscritti negli uffici di collocamento, e che la durata del contratto non sia superiore a tre anni, né inferiore a sei mesi” (F. DURÁN LÓPEZ, *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, n.1, pag. 229).

⁵ Il contratto, di durata non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, poteva essere stipulato nel caso di creazione di una nuova impresa o, per quelle già esistenti, nel caso di ampliamento dell'attività in conseguenza del lancio di una nuova linea di produzione, di un nuovo prodotto/servizio o, infine, nel caso di apertura di una nuova unità produttiva (art. 15, comma primo, lett. *d*) Statuto dei lavoratori come modificato dalla legge 2 agosto 1984, n. 32, ed art. 5, *Real Decreto* 21 novembre 1984, n. 2104).

⁶ In particolare, il legislatore del 1994 si prefigge di esentare il datore di lavoro dal pagamento delle retribuzioni spettanti a partire dal tentativo di conciliazione fino alla risoluzione giudiziale della controversia (c.d. *salarios de tramitación*) qualora in sede transattiva venga riconosciuta dall'imprenditore l'invalidità del recesso (art. 14, *ley* 19 maggio 1994, n. 11). La successiva legge n. 63/1997 riduceva, invece, il risarcimento dovuto dagli imprenditori in caso di licenziamento per motivi oggettivi di lavoratori assunti con *contrato para el fomento de la contratación indefinida* (indennità pari a 33 giorni di salario per ogni anno di lavoro,

di rivisitazione, la connessione tra le misure di contenimento dei contratti a termine e la disciplina dei licenziamenti è presente anche nella riforma del mercato del lavoro del 2010. Da un lato, il legislatore disincentiva il ricorso al rapporto a tempo determinato, aumentandone i costi con l'introduzione di una indennità di fine contratto ed irrigidendo le regole relative alla durata massima del *contrato para obra o servicio determinado* ed alla successione di rapporti sullo stesso o diverso posto di lavoro. Dall'altro lato, la ridefinizione delle cause legittimanti i licenziamenti per motivi economici amplia le ipotesi in cui il *despido* può essere valutato come *procedente*, offrendo una maggiore flessibilità al ceto imprenditoriale⁷.

L'intreccio tra la disciplina del contratto a termine e quella del licenziamento cambia radicalmente a seguito dell'avvento di nuove correnti di pensiero di matrice economica che, con l'attuale fase di recessione, hanno finito per influenzare le scelte politiche e legislative. Alla base di tali teorie vi è un assunto, ancora non dimostrato empiricamente⁸, secondo cui la rigidità del sistema di protezione contro il licenziamento sarebbe responsabile del mancato incremento occupazionale e soprattutto della segregazione di quanti non possono accedere a tale regime di tutela perché non assunti a tempo indeterminato (c.d. *outsiders*)⁹. L'altro caposaldo di questa politica del diritto consiste nel sostituire la discrezionalità del controllo giudiziario sulla fondatezza del recesso datoriale con un meccanismo predeterminato di compensazione monetaria (*firing cost*) che assicurerebbe alle aziende processi meno costosi e meno incerti¹⁰. Gli ostacoli normativi ed

anziché 45, con massimale di 24 mensilità, invece che 42, v. art. 4 della *disposición adicional primera* alla *ley* 26 dicembre 1997, n. 63).

⁷ In particolare, l'art. 2 della *ley* n. 35/2010, nel riscrivere l'art. 51 dello Statuto dei lavoratori, definisce le «cause economiche» che giustificano il ricorso al recesso datoriale allo scopo di «preservare o favorire la competitività dell'impresa nel mercato» qualora «dai risultati dell'impresa si desume una situazione economica negativa, consistente in perdite attuali o previste, o un calo persistente del fatturato che possa incidere sull'andamento dell'impresa o sulla capacità di mantenere il volume di impiego». La formula, particolarmente ambigua e complessa, apriva la strada alla qualificazione del licenziamento oggettivo come un normale strumento di «buona gestione», anziché un estremo tentativo di salvataggio dell'impresa, ed è stata abrogata dalla successiva riforma del 2012. Sul punto, cfr. M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *La reforma cit.*, pagg. 14-20.

⁸ La stessa OCSE ha affermato come non esistano evidenze empiriche sugli effetti della disciplina relativa ai licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione (cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 2, pag. 356, nota 47).

⁹ Secondo una nota teoria economica, le norme limitative della facoltà di licenziamento «non soltanto riducono la disponibilità del datore di lavoro ad assumere nuovi lavoratori, con conseguente compressione dei livelli occupazionali, ma determinano anche un incremento dei costi di sostituzione degli *insiders*, con conseguente riduzione della possibilità di concorrenza nei loro confronti da parte degli *outsiders*» (A. ICHINO- P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, n. 1, pag. 496).

¹⁰ Secondo la dottrina giuseconomica della «rottura efficace del contratto» (*efficient breach of contract*) ciascun individuo deve poter scegliere se violare o meno una determinata norma, sulla base del calcolo razionale ed utilitaristico derivante dalla conoscenza delle conseguenze monetarie della propria condotta. Sul

interpretativi alla “flessibilità in uscita” creerebbero, infatti, tutta una serie di inefficienze a carico delle imprese, su cui graverebbero maggiori costi del personale, a volte imprevisti, ma anche a carico dello Stato, a causa della maggiore durata dei sussidi di disoccupazione, con pesanti ricadute sul mercato del lavoro, reso sempre più “vischioso” e “sclerotico”¹¹. La traduzione giuridica di queste strategie economiche¹² avrebbe dovuto essere la creazione di un’unica tipologia negoziale capace di assorbire la funzionalità del contratto a termine e la struttura del rapporto a tempo indeterminato, favorendo la creazione di nuova occupazione mediante l’attenuazione dei vincoli relativi al licenziamento in una fase iniziale del rapporto di lavoro, strumentale alla verifica delle attitudini professionali dei neo-assunti¹³.

La trasposizione normativa, fin ora, lungi dal realizzare l’aggregazione delle forme contrattuali flessibili, si è arrestata solamente all’attenuazione del regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo ed all’introduzione di periodi di prova medio-lunghi che consentono al datore di lavoro di non giustificare l’estinzione della relazione lavorativa. L’ordinamento francese ha inaugurato per primo il tentativo di cumulare la flessibilità sia “in entrata” che “in uscita”, attraverso l’allungamento del periodo di prova da sei mesi a due anni, denominato *période de consolidation*, durante il quale il recesso datoriale può avvenire senza alcuna motivazione o procedura specifica, con i soli obblighi di preavviso e di versamento di un’indennità parametrata a quella prevista alla scadenza dei *contrats à durée déterminée*¹⁴. L’infausto esito della

punto, v. A. PERULLI in *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, Riv. giur. lav., 2012, n. 3, pag. 562 e ss.

¹¹ Così BLANCHARD O.- TIROLE J., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in Riv. it. dir. lav., 2004, n. 2, pag. 161.

¹² Sui controversi rapporti tra l’analisi economica del diritto e la scienza giuslavoristica si rinvia ai contributi di M. NOVELLA, *Analisi economica ed interpretazione nel diritto del lavoro*, Riv. it. dir. lav., 2002, n. 3, pagg. 311-344; P. LOI, *L’analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 1999, n. 21, pagg. 547- 585; R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, Giorn. dir. lav. rel. ind., 2001, n. 89, pagg. 3-45.

¹³ Sulle ragioni a favore e contro il c.d. «contratto unico» si rinvia a T. BOERI- M. ROCCELLA, *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *Micromega*, 2009, n. 1, pagg. 111-126. Per un riassunto delle diverse proposte legislative, cfr. A. RICCOBONO, *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY (a cura di) *Diritto cit.*, pagg. 172-179, ed anche P. TULLINI, *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, in Riv. dir. sic. soc., 2010, n.3, pagg. 488-498. In Francia la validità del «*contrat unique*» è sostenuta da P. MORVAN, *La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité*, in *Dr. soc.*, 2006, n. 11, pagg. 959-962 e da P. CAHUC- F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, reperibile da http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/8_cahuc_kramarz.pdf (testo del 2 dicembre 2004). Per la Spagna, si v. il manifesto sottoscritto nell’aprile 2009 da 100 economisti iberici la *Propuesta para la reactivación laboral en España*, da <http://documentos.fedea.net/pubs/pr/2009/pr-2009-01.pdf>; in dottrina, v. M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, *Sobre el contrato de trabajo “único”*, in *Rel. lab.*, 2009, n. 1, pagg. 111-124.

¹⁴ Si tratta del *contrat nouvelles embauches (CNE)* e del *contrat première embauches (CPE)*, istituiti rispettivamente dall’ordinanza 2 agosto 2005, n. 893 e dalla legge 31 marzo 2006, n. 396. Entrambi erano destinati ad incentivare la crescita degli impieghi, mediante l’esonero totale per il datore di lavoro dei

sperimentazione ha indotto, tuttavia, governo e parti sociali a riconsiderare per il momento il modello del *contrat unique*¹⁵.

Una misura ancora più drastica è stata attuata nell'ordinamento spagnolo, laddove l'ultima tipologia negoziale introdotta dalla riforma del mercato del lavoro, il c.d. *contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores*, a fronte della sua qualificazione come “*por tiempo indefinido*”, maschera un “contratto atipico a durata determinata”¹⁶ caratterizzato da un periodo di prova defiscalizzato pari ad un anno durante il quale il datore di lavoro può licenziare senza dover allegare alcun motivo, né dover preavvisare o pagare alcun indennizzo alla controparte¹⁷.

L'assunto secondo il quale una maggior flessibilità e la conseguente riduzione delle tutele dei lavoratori possa costituire un antidoto alla crisi e uno strumento per il rilancio della crescita e per la creazione di nuova occupazione ha aperto una breccia importante anche nel nostro ordinamento, ove, per la prima volta dalla codificazione ottocentesca, il c.d. *Jobs Act* coniuga la

contributi sociali in caso di assunzione di un lavoratore disoccupato da più di sei mesi, con l'unica differenza relativa all'ambito di applicazione. Il *CNE* si rivolgeva solo a datori di lavoro con organico al di sotto dei venti dipendenti, mentre il *CPE* era utilizzabile dalle imprese con più di venti dipendenti, unicamente per le assunzioni di giovani tra i sedici e i ventisei anni.

¹⁵ Nell'*Accord National Interprofessionnel* dell'11 gennaio 2008 sulla modernizzazione del mercato del lavoro le parti sociali riconoscono e difendono l'utilità del contratto a durata determinata, allo scopo di allontanare la “minaccia del contratto unico di lavoro” (così S. LAULOM, *Il diritto francese di fronte alla crisi*, in G. LOY (a cura di) *Diritto cit.*, pag. 146). Il *CNE* è rimasto in vigore tre anni, durante i quali sia la giurisprudenza di merito che di legittimità ne hanno rilevato il contrasto con i principi sanciti dalla Convenzione OIL n. 158 di necessaria giustificazione del licenziamento e di ragionevolezza della durata di eventuali periodi privi di protezione. La *Cour d'Appel* di Parigi, in particolare, nella sentenza del 6 luglio 2007 reputa “quanto meno paradossale incoraggiare le assunzioni facilitando i licenziamenti” (in *Boll. Adapt*, 23.7.2007, n. 29; su tali motivazioni, si v. C. ENRICO, *La Court D'Appel si pronuncia sul contrat nouvelles embauches. Quale impatto sulle recenti politiche francesi del lavoro?*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 4, pagg. 1278-1280). Il *CPE*, invece, non ha mai avuto validità: le reiterate manifestazioni di massa dei primi mesi del 2006 hanno costretto il Presidente della Repubblica Chirac ad annunciarne solennemente la sospensione (M.T. PIGNONI, *Il caso francese alla luce delle recenti rivolte contro la precarietà*, in *Quad. rass. sind.*, 2006, n. 3, pag. 133; M. DOLLÉ, *Francia. Riforme del mercato del lavoro e politiche contro la disoccupazione: i nuovi orientamenti*, in *Riv. pol. soc.*, 2007, n. 2, pagg. 137-138).

¹⁶ Così lo definisce lo *Juzgado de lo social* n° 23 di Madrid nel sottoporre alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità del periodo di libero recesso con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce e garantisce il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. La Corte, come avvenuto già in precedenza con il *contrat nouvelles embauches* (ordinanza *Polier*, causa C-361/07, da curia.europa.eu), ha declinato la propria competenza a conoscere della materia dei licenziamenti individuali, che non rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione (sentenza *Nisttahuz Poclava* del 5 febbraio 2015, causa C-117/14, reperibile da curia.europa.eu).

¹⁷ V. art. 4 del *Real Decreto-ley* n. 3/2012: il contratto è destinato alle imprese che occupano meno di 50 dipendenti, cioè il 99% delle imprese spagnole, e potrà essere utilizzato fino a quando il tasso di disoccupazione non si abbassi al 15%. In giurisprudenza ne è già stata prospettata la contrarietà rispetto all'art. 4, punto quarto, della Carta Sociale Europea del 1961, ratificata in Spagna nel 1980, per la mancanza di fissazione di un periodo ragionevole di preavviso e la mancanza di indennizzo al termine del periodo di prova (v. sentenza del 19 novembre 2013, n. 412 emanata dallo *Juzgado de lo social* n°2 di Barcellona, reperibile dal sito internet del sindacato U.G.T. http://www.ugt.es/actualidad/2013/diciembre/188951481-Sentencia_emprendedores.pdf, commentata in Italia da S. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *La Carta Sociale Europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pagg. 543-558).

facilitazione delle assunzioni con contratto di lavoro subordinato, con o senza scadenza finale¹⁸, ed il contestuale depotenziamento dell'apparato sanzionatorio di fronte al licenziamento illegittimo¹⁹. L'impressione che se ne ricava, in mancanza di impulsi produttivi e di una riforma globale dei servizi per l'impiego, è che la strategia politica messa in atto nel nostro ordinamento, senza raggiungere gli "estremismi giuridici" francesi e spagnoli, vada in una sola direzione, scaricando sui diritti dei lavoratori le inefficienze del sistema economico attuale²⁰.

2. Il superamento del principio di causalità nell'ottica comparata.

Una delle principali convergenze tra i Paesi oggetto di comparazione è costituita dall'affermazione del carattere derogatorio del contratto a termine rispetto alla forma normale e generale di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Ciò che cambia sensibilmente da Stato a Stato sono le modalità di realizzazione di tale principio, ossia le tecniche di contenimento del ricorso ai rapporti di lavoro a tempo determinato e la maggiore o minore flessibilità delle fonti regolatrici. Dalle statistiche elaborate dall'OCSE sulla rigidità delle normative inerenti i contratti temporanei, risulta che, tra i tre ordinamenti, la Francia abbia il coefficiente maggiore (3,63) e l'Italia quello minore (2,00), con in mezzo la Spagna (coefficiente 2,56)²¹. La classificazione è aggiornata al 2013, ed è destinata, per quanto riguarda il nostro Paese, ad essere rivista al ribasso nel momento in cui verrà considerata l'ultima riforma adottata con la legge n. 78/2014, che mette definitivamente da parte il tradizionale principio di causalità dell'apposizione del termine.

L'abbandono della definizione normativa della ragione giustificativa (vuoi analitica, sotto il vigore della legge n. 230/62, vuoi generale, come nella versione originaria del D. lgs. n. 368/2001), anche se non rappresenta un *unicum* nel panorama europeo²², si pone in netta controtendenza

¹⁸ Dal 1° gennaio 2015 le nuove assunzioni a tempo indeterminato, stipulate entro il 31 dicembre 2015, fruiranno per 36 mesi di un esonero contributivo a carico del datore di lavoro (per un massimo di € 8.060 annui), oltre alla detrazione Irap (art. 1, comma 118, legge n. 190/2014)

¹⁹ In attuazione dell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183/2014, il D. lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 rimodula le tutele spettanti ai lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato, rivedendo l'entità degli indennizzi, calcolati in funzione dell'anzianità di servizio, e riducendo fortemente la possibilità della reintegrazione del lavoratore, che viene esclusa per i licenziamenti economici e rimane circoscritta ai licenziamenti nulli, discriminatori ed in particolari casi di licenziamento disciplinare ingiustificato.

²⁰ Cfr., in una prospettiva comparata, le riflessioni di M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER in *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, Riv. giur. lav., 2013, n. 3, pag. 531, secondo cui gli approdi attuali dei legislatori europei consistono nella minore sicurezza giuridica dei lavoratori, "scambiata con la promessa di un futuro miglioramento della situazione economica che [...] è auspicata, ma non assicurata".

²¹ Fonte: OECD statistics, *Strictness of employment protection-temporary contracts*, reperibile da http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=EPL_OV.

²² Un approccio liberale al ricorso alle assunzione a tempo determinato si rinviene, per esempio, anche in Olanda, Irlanda ed Inghilterra. Sul punto, si rinvia a B. CARUSO- S. SCIARRA (a cura di), *Flexibility and Security in Temporary Work: A Comparative and European Debate*, Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo

rispetto alla Francia ed alla Spagna. Questi ultimi ordinamenti, infatti, rimangono saldamente ancorati al modello di cui il nostro legislatore è stato antesignano nel 1962, ispirato alla “regola d’oro” del principio di causalità quale “punto di equilibrio tra la libertà di fissare la durata del contratto di lavoro da un lato ed il regime protettivo del licenziamento dall’altro”²³.

Con l’eliminazione dell’obbligo di necessaria giustificazione della clausola temporale, tanto del contratto quanto della somministrazione a tempo determinato, il legislatore italiano prevede una svolta radicale nel microsistema dei rapporti di lavoro temporaneo, nell’ottica della «semplificazione» e del «rilancio dell’occupazione». Ne risulta un nuovo quadro di gestione della flessibilità “in entrata” fortemente incentrato sul rapporto legge-autonomia individuale, con esclusione della mediazione collettiva²⁴.

L’analisi comparata, sul punto, potrebbe aiutare a stigmatizzare la questione dell’erosione dei poteri di intervento nel mercato del lavoro dei soggetti sindacali, come dimostra l’esperienza francese, in cui, pur in assenza di un apporto decisivo delle fonti collettive, la legge ha raggiunto un buon compromesso tra le esigenze di flessibilità imprenditoriale e di protezione dei lavoratori.

La novella del 2014, tuttavia, non sembra preoccuparsi di raggiungere alcun equilibrio degli interessi coinvolti, assicurando priorità alla possibilità di assumere liberamente a termine a prescindere dalla natura transitoria della prestazione lavorativa, fino a mettere a repentaglio il principio informatore della materia secondo cui è il contratto a tempo indeterminato la «forma comune» di rapporto di lavoro.

Se si volge nuovamente lo sguardo all’esperienza francese e spagnola, ci si rende conto dell’eccesso dei mezzi approntati dal nostro ordinamento rispetto ai fini perseguiti. L’obiettivo di stimolare nuova occupazione, infatti, costituisce ormai da anni un caposaldo delle politiche del lavoro di entrambi gli Stati, ma ciò non ha mai condotto i rispettivi legislatori all’eliminazione del principio di causalità. Accanto al regime comune di apposizione del termine basato sulle circostanze giustificatrici, coesiste, in tali ordinamenti, una sorta di “eccezione dell’eccezione”, ossia un sistema sganciato dall’esistenza di ragioni obiettive e finalizzato all’accesso o al reinserimento nel mondo del lavoro di particolari categorie di soggetti (disabili, disoccupati, giovani sprovvisti di competenze professionali o in cerca di primo impiego e lavoratori più anziani). La

D’Antona.INT, 2007, n. 56, pagg. 1 e ss., ed al più recente M. BIASI, *La (a)causalità del contratto a termine in Europa*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, n. 3, pagg. 763-787.

²³ Così J. PÉREZ REY, *op. cit.*, pag. 256.

²⁴ La contrattazione collettiva, persa la funzione di specificazione delle condizioni giustificatrici del termine, è oggetto comunque di numerosi rinvii da parte del legislatore per quanto concerne la determinazione delle percentuali di contingentamento e dei lavori c.d. “extra” nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, nonché la possibilità di modulare/derogare la disciplina dei periodi di intervallo tra le riassunzioni a termine, quella della successione di rapporti, del diritto di precedenza ed infine della formazione-informazione dei lavoratori a tempo determinato.

generalizzazione dell'a-causalità del termine risulta, pertanto, sproporzionata rispetto allo scopo di cogliere una domanda di lavoro eventualmente (ancora) inespressa, poiché l'incremento dei livelli occupazionali non è una conseguenza diretta degli strumenti contrattuali utilizzati²⁵.

La libera apposizione del termine, di contro, appare ben più coerente con l'obiettivo di "eliminare un contenzioso enorme quanto anomalo"²⁶, nel quadro di una strategia più ampia, in atto già da alcuni anni, "di evitamento del controllo giudiziario sull'esercizio dei poteri datoriali"²⁷. Tale scelta, pur non essendo esente già di per sé da critiche²⁸, risulta ancora meno giustificata se si considera che l'eliminazione del substrato causale del termine non è stata contro-bilanciata da un generale rafforzamento della posizione dei dipendenti a tempo determinato nei confronti del datore di lavoro.

In occasione della modifica al D. lgs. n. 368/2001 il legislatore avrebbe potuto affinare la disciplina della reiterazione di rapporti a termine con lo stesso lavoratore, che attualmente consente di aggirare il tetto massimo del triennio attraverso l'assunzione con un diverso datore di lavoro o per mansioni non equivalenti. Il confronto con l'ordinamento spagnolo offre lo spunto per la migliore soluzione della questione, ossia la computabilità di tutti i contratti stipulati anche con gruppi di imprese a prescindere dal posto di lavoro occupato²⁹.

Avrebbe meritato senz'altro più attenzione anche il fenomeno della successione di lavoratori a tempo determinato per lo svolgimento delle stesse funzioni, allo scopo di prevenire un continuo *turnover* di manodopera allo scadere del limite temporale dei 36 mesi. La comparazione, anche in questo caso, fa emergere il diverso approccio del legislatore francese e di quello spagnolo, che si sono preoccupati di disciplinare l'ipotesi *de qua*, direttamente o tramite il rinvio alla contrattazione

²⁵ Rimanendo nell'ambito della letteratura comparata, già all'inizio degli anni Novanta D'ANTONA osservava come "la diffusione dell'occupazione flessibile e temporanea non compensa la disoccupazione di lungo periodo, che riguarda aree geografiche determinate, classi anagrafiche, gruppi professionali" (M. D'ANTONA, *Introduzione*, in *Politiche di flessibilità cit.*, pag. 17).

²⁶ M. MISCIONE, *op. cit.*, pag. 311.

²⁷ L'espressione è tratta da A. PERULLI, *op. cit.*, pag. 578. L'A., in particolare, si riferisce all'art. 30 della legge n. 183/2010, in base al quale «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge [...] contengono clausole generali» (e l'art. 1, comma 1, del D. lgs. n. 368/2001 nella versione precedente alla modifica del 2014 conteneva una clausola di tal genere), «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, 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».

²⁸ «Il legislatore italiano, invece di ridurre gli spazi alla giurisprudenza attraverso una redazione più sorvegliata delle norme ed una più scrupolosa osservanza della tecnica del *drafting* normativo, sembra lasciarsi andare a norme dettate [...] da puro rancore» (V. FERRANTE, *Tutela cit.*, pag. 428).

²⁹ Si tratta della nozione di successione di rapporti contenuta nell'art. 15.5 dell'*Estatuto de los trabajadores*: «*los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos*».

collettiva, imponendo il rispetto di intervalli temporali obbligatori o stabilendo dei limiti massimi di durata³⁰.

Con la generalizzazione della regola dell'a-causalità, è il limite quantitativo ad essere divenuto un autentico caposaldo della disciplina, forse il più importante nel garantire che il contratto a tempo indeterminato continui a rimanere la fattispecie ordinaria di assunzione. Questo spiega perché, a differenza di quanto avveniva in passato, la legge n. 78/2014 introduce una percentuale legale (20%) da applicare automaticamente qualora il contratto collettivo nazionale non abbia disposto nulla in materia. In Spagna ed in Francia, invece, vi è uno scarso utilizzo delle clausole di contingentamento.

Per quanto riguarda il legislatore transalpino, si tratta dell'unica tipologia di vincolo che non è contemplata dal *Code du travail*: ciò non stupisce, trattandosi di un istituto solitamente rimesso all'autonomia sindacale, che proprio in Francia, come già sottolineato in precedenza, assume un ruolo marginale nella regolazione del rapporto a tempo determinato³¹. Si tratta, in ogni caso, di una carenza che non altera il rigore di una disciplina già fortemente limitativa nei confronti dell'utilizzo del contratto a termine, basti pensare ai vincoli relativi agli oneri formali o alla proroga, a presidio dei quali sono state stabilite anche sanzioni di natura penale.

Nell'ordinamento spagnolo, invece, la mancata diffusione dei limiti percentuali si deve allo scarsa operatività sul punto da parte dei contratti collettivi, cui è rimessa la potestà discrezionale in ordine al loro utilizzo. Ciò costituisce un fattore di ulteriore indebolimento dei vincoli al ricorso al lavoro a tempo determinato. Non va dimenticato che, a differenza dell'Italia e della Francia, nell'ordinamento spagnolo manca una disciplina generale sia della proroga che dei divieti, e l'obbligo di stipulazione per iscritto del contratto di assunzione soffre un'importante eccezione nel caso di rapporti di lavoro *eventuales* aventi durata inferiore a 4 settimane, che le statistiche mostrano essere tutt'altro che infrequenti³². Infine, gli ampi rinvii del legislatore alla contrattazione collettiva, la cui competenza varia dalla definizione dei presupposti del *contrato para obra/servicio determinado* all'identificazione delle attività che legittimano l'assunzione di lavoratori *eventuales*, fino alla predisposizione di misure atte a prevenire l'indiscriminata reiterazione di contratti a termine, hanno generato un'eccessiva frammentazione della disciplina, a discapito dell'imperatività

³⁰ V. Cap. II°, paragrafo 3.3.3 e Cap. III°, paragrafo 4.3.

³¹ Il potere di intervento della contrattazione collettiva è, infatti, limitato alla possibilità di individuare i settori ove è costante il ricorso ai contratti a tempo determinato (c.d. *d'usage*).

³² Dei 636.000 dipendenti assunti con tale modalità contrattuale, 128.000 hanno lavorato con un contratto inferiore ad un mese, ossia il 20% (dati aggiornati al terzo trimestre 2014, fonte: *Instituto Nacional de Estadística, Encuesta de Población activa*, da www.ine.es).

e dissuasività dell'intero sistema di *contratación temporal*³³.

3. Il confronto tra i sistemi sanzionatori e le differenze valoriali: la centralità della tutela reale nell'esperienza italiana.

Oltre all'adeguata redazione delle norme che stabiliscono vincoli formali e sostanziali al ricorso al contratto a tempo determinato, il contrasto all'impiego irregolare di lavoratori a termine non può non passare per la costruzione di un efficace apparato sanzionatorio. Gli ordinamenti oggetto di confronto presentano, al riguardo, alcune criticità.

L'ordito normativo più rigoroso è quello francese, che considera penalmente rilevante la violazione di tutte le regole in materia di *contrats à durée déterminée*, in aggiunta alla trasformazione del rapporto in contratto di lavoro subordinato *sine die*. Al contrario, l'ordinamento spagnolo si caratterizza per una maggiore flessibilità, derivante dal mancato ricorso alle sanzioni penali³⁴ ed alla minore gravità delle conseguenze sanzionatorie connesse all'inosservanza dei vincoli formali e della disciplina della continuazione di fatto del rapporto *ultra tempus*. In tali ipotesi, infatti, non è prevista automaticamente la sanzione della conversione a tempo indeterminato, potendo sempre il datore di lavoro convenuto in giudizio dare dimostrazione del carattere transitorio della prestazione lavorativa svolta in concreto dal dipendente.

L'ordinamento italiano, a sua volta, pur non contemplando alcuna fattispecie di natura penale e prevedendo un rimedio più mite della conversione del rapporto nel caso di superamento della scadenza concordata tra le parti o successivamente prorogata³⁵, è l'unico a sancire l'automaticità della tutela reale nei confronti dei lavoratori illegittimamente assunti a tempo determinato, vale a dire il metodo di protezione più razionale e coerente con la regola civilistica secondo cui l'attuazione dei diritti avviene innanzitutto in forma specifica³⁶. In Francia e Spagna, invece, la reintegrazione del prestatore di lavoro costituisce un'eccezione, circoscritta ai casi di ingiustificatezza qualificata del licenziamento, a fronte del meccanismo rimediale ordinario consistente nell'alternativa, affidata alla decisione datoriale, tra la prosecuzione del rapporto di

³³ Cfr. F. VALDÉS DAL-RÉ, *La disciplina cit.*, pag. 33, che sottolinea come l'autonomia collettiva, chiamata a "riabilitare" il principio di stabilità dell'impiego, abbia paradossalmente finito con l'ampliare il ricorso al contratto a tempo determinato.

³⁴ L'unica fattispecie di natura penale eventualmente applicabile, qualora ne ricorrano i presupposti, può essere l'art. 311 del codice penale (*Ley orgánica* del 23 novembre 1995, n. 10), a mente del quale sono punibili con pena detentiva e con multa «coloro che, mediante inganno o abuso di situazione di necessità, impongono ai lavoratori al proprio servizio condizioni lavorative o previdenziali che pregiudichino, sopprimano o restringano i diritti loro riconosciuti da disposizioni legali, accordi collettivi o individuali».

³⁵ Consistente, come si è visto nel Cap. I°, par. 2.2.4, nella corresponsione di una maggiorazione retributiva variabile dal 20 al 40%.

³⁶ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Il valore ed il costo della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 3, pag. 389 e ss.

lavoro e la sua monetizzazione³⁷. Vi è di più. Nel nostro ordinamento la tutela indennitaria si aggiunge, e non sostituisce la riammissione in servizio a seguito della declaratoria giudiziale di indeterminatezza della relazione lavorativa, a differenza degli altri due Stati oggetto di confronto. Prima delle modifiche apportate dal c.d. Collegato Lavoro, vi era un'assoluta divergenza anche sul *quantum* del risarcimento, poiché la normativa italiana non prevedeva alcun meccanismo di liquidazione anticipata del danno e riconosceva il diritto alla percezione di tutte le retribuzioni maturate dalla scadenza del contratto impugnato all'effettiva riammissione del ricorrente. La riduzione del costo del risarcimento, circoscritto dall'art. 32 della legge n. 183/2010 ad una somma forfettaria compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto, ha notevolmente avvicinato l'apparato sanzionatorio a quello francese e spagnolo, in ordine alla prevedibilità dell'ammontare dell'indennità ed alla sua indifferenza rispetto alla durata del processo. Permane, tuttavia, un'importante differenza. In Italia è previsto un importo minimo che prescinde dall'anzianità di servizio del dipendente, al contrario degli ordinamenti francese e spagnolo, in cui la stima del risarcimento dipende integralmente da tale anzianità, a discapito dei contratti a termine di breve durata³⁸.

4. Il filo conduttore della regolamentazione del lavoro a tempo determinato alle dipendenze della P.A.: la lacunosità dei presupposti legittimanti l'apposizione del termine...

Se si volge lo sguardo al settore pubblico, le differenze tra Italia, Francia e Spagna si fanno meno marcate. Nonostante la diversità di regime giuridico applicato ai pubblici dipendenti, poiché nel nostro sistema i rapporti di diritto pubblico costituiscono un'eccezione rispetto ai contratti di diritto comune, mentre la regola esattamente contraria è dettata dagli ordinamenti francese e spagnolo, in tutti e tre gli Stati sono previste le stesse misure di contenimento del lavoro a tempo determinato, ossia la sussistenza di un'obiettiva giustificazione del termine e la previsione di limiti

³⁷ Sul punto è condivisibile l'opinione espressa dalla dottrina francese, secondo cui “la prospettiva di una riqualificazione gioca solamente un ruolo dissuasivo nei confronti del datore di lavoro” e garantisce al lavoratore esclusivamente la possibilità di essere indennizzato (M. HEINIS, *Les critères cit.*, pag. 992).

³⁸ Per esempio, un lavoratore illegittimamente assunto a termine per 6 mesi, con una retribuzione mensile pari a 1.500 euro, in Italia avrà diritto ad un risarcimento, in aggiunta alla conversione, come minimo pari a 2,5 mensilità (ossia 3.750 euro). In Spagna ed in Francia, invece, avrà diritto, in alternativa alla riammissione, ad un'indennità direttamente proporzionale alla durata della prestazione lavorativa. In Spagna essa sarà pari a 16,5 giorni di retribuzione (33 giorni/12 x 6 mesi, per un totale di 825 euro), mentre in Francia alla sommatoria di varie indennità (una mensilità a titolo di *requalification*, il 10% del totale degli stipendi ricevuti come indennità di fine contratto e l'*indemnité de licenciement*, pari ad 1/5 dell'ultima retribuzione per ogni anno lavorato) per un totale di 2.550 euro (1.500+900+150), a cui il giudice può aggiungere discrezionalmente l'indennità per licenziamento *sans cause réelle et sérieuse*, trattandosi di un contratto avente durata inferiore a due anni.

massimi di durata. Ancora una volta è la Francia ad aver adottato la disciplina più minuziosa, stabilendo vincoli di durata differenziati per ciascuna delle sei ipotesi di ricorso ai *contrats à durée déterminée*³⁹. Anche in Spagna i *funcionarios interinos* possono essere reclutati sulla base delle circostanze tassativamente elencate dal legislatore (4 casi) entro il tetto massimo di durata di un triennio, scadenza prorogabile entro cui l'amministrazione datrice di lavoro deve coprire definitivamente il posto di lavoro oggetto di impiego temporaneo. L'attuale disciplina italiana, frutto di costanti modifiche nel corso degli anni, contempla anch'essa il limite dei 36 mesi alla successione di rapporti a tempo determinato, ma si distingue dalle altre due oggetto di comparazione in quanto affida le restrizioni all'uso dei contratti a termine alla ricorrenza di ragioni giustificatrici non preventivamente individuate dal legislatore. La formula sintetica usata dall'art. 36, comma secondo, del D.lgs. n. 165/2001, per identificare il fondamento causale dell'apposizione del termine («esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale») sembra, in prima battuta, non avere alcun punto di contatto con la diversa tecnica di definizione analitica fatta propria dai sistemi francese e spagnolo. In realtà, vi è un'importante convergenza, ed è data dalla difficoltà di identificare con chiarezza le situazioni di legittima apposizione del *dies ad quem* a causa della genericità delle espressioni legislative. Nozioni come «natura delle funzioni e dei servizi richiesti»⁴⁰ o «esecuzione di programmi di lavoro temporanei»⁴¹ si rivelano, infatti, scarsamente selettive, consentendo alle amministrazioni datrici di lavoro di dilatare la propria discrezionalità nell'utilizzo del contratto a tempo determinato, favorendo così la dispersione delle ipotesi ammesse ed accrescendo lo spazio di intervento degli organi giudiziari in funzione retrospettiva⁴². Tutto ciò, per gli ordinamenti che adottano lo schema dell'elencazione tassativa dei motivi obiettivi (cioè Francia e Spagna), si pone in aperto contrasto con l'obiettivo perseguito da tale tecnica normativa, ossia conseguire un elevato grado di certezza del diritto ed orientare la giurisprudenza nell'attività applicativa.

4.1 ...e dei meccanismi rimediali.

Passando ai meccanismi rimediali, le analogie si accentuano ancora di più. Oltre ad essere tradizionalmente negata al lavoratore illegittimamente assunto a termine la conversione del rapporto a tempo indeterminato per i motivi già illustrati nel corso della trattazione dei singoli Stati, non

³⁹ Per la descrizione delle singole ipotesi, si rimanda al Cap. II°, paragrafo 6.1.

⁴⁰ V. Cap. II°, par. 6.1.

⁴¹ V. Cap. III°, par. 5.1.

⁴² Condivisibile, sul punto, la riflessione di LOPEZ GANDIA: «*ya no es fácil distinguir a priori qué trabajos son permanentes y habituales y cuáles temporales. Ello se agrava si se miden o valoran con criterios temporales amplios*» (J. LOPEZ GANDIA, *op. cit.*, pag. 15).

esiste in nessuno dei tre ordinamenti un'indicazione legislativa sui criteri di quantificazione del danno che ne renda uniforme l'applicazione in sede giurisdizionale. In Francia, ad esempio, prevale la liquidazione equitativa dei pregiudizi economici e morali derivanti dalla mancata prosecuzione del rapporto di lavoro, mentre in Italia la giurisprudenza è maggiormente orientata verso la forfetizzazione del risarcimento. La situazione spagnola è ancora più incerta. Per quanto riguarda i dipendenti in regime di diritto privato, l'intervento della magistratura ha colmato la lacuna normativa in ordine agli effetti sanzionatori delle irregolarità compiute dalla P.A., ammettendo la trasformazione del vincolo contrattuale in *indefinito*, e riconoscendo il diritto di continuare a svolgere l'attività lavorativa fino alla copertura definitiva del posto occupato o alla sua soppressione, evento quest'ultimo dal quale deriva il riconoscimento delle tutele spettanti in caso di licenziamento per motivi oggettivi. Più complicata è la situazione dei *funcionarios interinos*, che godono di una tutela molto limitata nei confronti della P.A. datrice di lavoro, non potendo allo stato attuale attivare alcun meccanismo rimediale nei confronti della reiterazione indiscriminata di contratti a tempo determinato, né in forma specifica né per equivalente⁴³.

5. I diritti dei lavoratori a termine: il difficile compromesso tra la durata della relazione lavorativa ed i benefici economici e normativi derivanti dall'anzianità di servizio.

L'uguaglianza fra lavoratori a tempo determinato ed indeterminato è affermata in via di principio da tutti e tre gli Stati. L'ordinamento italiano ha funto da antesignano nel panorama europeo, avendo sancito sin dal 1962 l'obbligo della parità di trattamento tra le due categorie di dipendenti. La Spagna, invece, ha atteso il 2001 per il formale riconoscimento del principio di non discriminazione, anche se lo stesso era stato ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza⁴⁴. Il varo della direttiva comunitaria n. 1999/70 ha reso necessario l'intervento del legislatore per conformare l'ordinamento interno a quello europeo: secondo la Corte di Giustizia, infatti, "una giurisprudenza nazionale, pur ammesso che sia consolidata [...] non può presentare la chiarezza e la precisione richieste per garantire la certezza del diritto"⁴⁵.

La parità di trattamento non vale in senso assoluto; le differenze tra le due tipologie di prestatori sono sempre ammissibili, purché, come si ricava dall'ampia casistica giurisprudenziale dei tre Paesi, non dipendano esclusivamente dalla data di assunzione o dalla durata del contratto, ma facciano riferimento a criteri oggettivi e concreti che contraddistinguono il rapporto di lavoro. Dal

⁴³ V. Cap. III°, par. 5.2.1.

⁴⁴ V. Cap. III°, par. 4.4.

⁴⁵ Sentenza 10 maggio 2001, C-144/99 (Commissione/Paesi Bassi), punto 21 della motivazione, reperibile dal sito internet della Corte di Giustizia dell'Unione Europea curia.europa.eu.

confronto delle legislazioni emerge il problema di conciliare il dovere di non discriminare i lavoratori assunti in via temporanea, specie per brevi periodi, e l'interesse, datoriale o sindacale, a limitare l'accesso a determinati benefici e prerogative solamente ai dipendenti con maggiore anzianità di servizio, presumibilmente più partecipi alle relazioni industriali ed al buon funzionamento dell'attività imprenditoriale. Le soluzioni di compromesso che ne derivano non sempre si rivelano razionali, come dimostrano le problematiche emerse in ciascuno degli ordinamenti giuridici oggetto di comparazione che hanno costretto i legislatori nazionali a rivedere le regole dettate in materia di percezione degli scatti di anzianità (Spagna)⁴⁶, di maturazione delle ferie (Francia)⁴⁷ e di computo ai fini dell'elezione degli organismi rappresentativi del personale (Italia)⁴⁸. La sensazione che proviene da queste esperienze è quella di una tendenziale riduzione dei vantaggi attribuiti in funzione della permanenza presso la medesima azienda. L'estensione ai rapporti di lavoro di breve durata degli stessi meccanismi finalizzati a valorizzare l'esperienza maturata non può che essere salutata con favore, in quanto consente di mitigare il più possibile gli effetti di una precarietà che nel contratto a tempo determinato, a differenza ad esempio di quello a tempo parziale, spesso viene “*a priori* subita dal lavoratore”⁴⁹.

6. Il contenzioso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea come momento di sintesi delle differenze.

6.1 Le caratteristiche del contenzioso comunitario in materia di lavoro a tempo determinato.

La conclusione dello studio comparato è dedicata all'analisi del contenzioso generato dinanzi alla Corte di Giustizia da Italia, Francia e Spagna, allo scopo di verificare se la funzione di orientamento dei giudici europei possa contribuire a colmare le lacune normative esistenti nei sistemi giuridici locali e favorire un processo di integrazione dei tre ordinamenti che, nonostante la

⁴⁶ Ci si riferisce al riconoscimento legislativo degli scatti di anzianità ai *funcionarios interinos*, avvenuto nel 2007, su cui si rinvia al Cap. III°, par. 5.1.

⁴⁷ V. la vicenda risolta dalla Corte di Giustizia UE, descritta al Cap. II°, par. 4.

⁴⁸ L'art. 8 del D. lgs. n. 368/2001 era già stato oggetto di procedura di infrazione per la sua difformità rispetto alla clausola 7 dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE (procedura n. 2010/2045), poiché escludeva dal computo delle soglie occupazionali necessarie per lo svolgimento dell'attività sindacale i lavoratori con contratto a termine di durata inferiore a nove mesi. L'art. 30 della legge n. 234 del 2012 ha, pertanto, modificato il criterio di calcolo, mutandolo nella media dei dipendenti a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro.

⁴⁹ Così I. DAUGAREILH, *L'esperienza cit.*, pag. 271. V. anche Corte di Giustizia, sentenza 6 novembre 2003, C-413/01, *Ninni-Orasche*, punto 43: “non sono rari i casi in cui il lavoratore non esercita alcuna influenza sulla durata e sul tipo di contratto di lavoro che può stipulare con un datore di lavoro”.

vicinanza geografica e culturale, presentano allo stato dell'arte notevoli diversità nella disciplina dei rapporti a tempo determinato.

Il primo dato da cui partire è quello numerico. Dal 2004 al 2014, ben 28 procedimenti sui 43 complessivi sono scaturiti da controversie riguardanti l'interpretazione della normativa italiana (in 17 occasioni) e spagnola (in 11 casi), a fronte dell'unica questione pregiudiziale sollevata con riferimento all'ordinamento francese. Ciò non sorprende, trattandosi di Paesi in cui, a differenza della Francia, si assiste ad un continuo movimento riformatore della normativa lavoristica, a discapito della stabilità normativa e della riduzione delle problematiche interpretative. Quasi tutte le cause, inoltre, trovano origine nel pubblico impiego: anche questa circostanza si spiega agevolmente, sol che si pensi che si tratta del settore ove si manifestano le maggiori lacune normative degli ordinamenti oggetto di analisi ed i maggiori rischi di abuso, in quanto le assunzioni a tempo determinato dipendono spesso da ragioni di ordine finanziario anziché produttivo-organizzativo⁵⁰.

Passando all'oggetto delle controversie, si riscontrano quasi in egual misura procedimenti relativi al principio di non discriminazione ed al divieto di utilizzazione abusiva di rapporti di lavoro a termine successivi. Solo il nostro ordinamento ha dato vita a procedimenti relativi all'interpretazione del principio di non regresso, essendo stato l'unico che, pur trovandosi una situazione di anticipata conformazione agli obblighi comunitari, ha introdotto modifiche sostanziali al regime di giustificazione obiettiva del termine.

Nell'affrontare la questione dell'eventuale riduzione delle tutele disposte dalla normativa italiana, la Corte di Giustizia ha adottato un'esegesi molto restrittiva della clausola 8.3 dell'accordo-quadro. In particolare, i giudici eurounitari hanno circoscritto il campo di applicazione della clausola *de qua* ai soli ambiti di incidenza della Direttiva (divieto di discriminazione e prevenzione degli abusi derivanti dai successivi rinnovi), con esclusione dell'iniziale apposizione del termine⁵¹. Inoltre, poiché l'eventuale *reformatio in pejus* deve avere ad oggetto il «livello generale di tutela» garantito ai lavoratori a tempo determinato, non si può definire «regresso» una modifica introdotta nel diritto nazionale in sede di recepimento della Direttiva o anche successivamente che riguardi

⁵⁰ Sul rischio che un'eccessiva libertà dei datori di lavoro del settore pubblico nel ricorrere ad una successione di rapporti a termine sulla base di considerazioni di bilancio sia idonea a consentire "pratiche illecite", si v. le conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen del 15 settembre 2011 nel procedimento C-313/10, punti 66-77 (reperibili dal sito della Corte curia.europa.eu).

⁵¹ Cfr. ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010, causa C-20/10, punto 48 (da *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 4, pag. 227 e ss.)

“una categoria circoscritta di lavoratori” oppure sia compensata dall’adozione di “altre garanzie o misure di tutela”⁵².

Lo Stato italiano può essere considerato, altresì, l’artefice della giurisprudenza europea in materia di misure anti-abusive, mentre quello spagnolo lo è stato per quanto riguarda il divieto di non discriminazione.

6.2 L’oggetto delle controversie. Delimitazione del campo di indagine.

Nel breve volgere di un anno, dal settembre 2006 al settembre 2007, la Corte di Giustizia ha elaborato un’interpretazione delle clausole 4 e 5 che si è via via consolidata in occasione delle controversie seguenti. Il riferimento è alle sentenze *Marrosu/Sardino* e *Vassallo*, inerenti la repressione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di rapporti a termine, ed alla pronuncia *Del Cerro Alonso*, relativa al principio di parità di trattamento.

Nelle prime, identiche nella motivazione, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che incombe sulle autorità nazionali il compito di adottare misure proporzionate, ma abbastanza effettive e dissuasive rispetto al contrasto degli abusi che possono derivare dal ricorso prolungato a contratti a termine⁵³. La Corte, tuttavia, “può fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione”⁵⁴. In particolare, il supremo organo di giustizia europeo ha convalidato la soluzione dello Stato italiano, consistente nel negare nel pubblico impiego la conversione a tempo indeterminato, per evitare che attraverso successive assunzioni si potessero incardinare rapporti di lavoro stabili senza il rispetto delle procedure selettive, e sostituire tale forma di garanzia con la tutela per equivalente monetario. Il compito del giudice *a quo* diventa quindi quello di appurare se una misura alternativa astrattamente idonea a “sanzionare adeguatamente gli abusi” sia in concreto sufficientemente ristoratrice da eguagliare gli effetti della trasformazione a tempo indeterminato⁵⁵.

⁵² Cfr. punto n. 48 della sentenza *Sorge* del 24 giugno 2010, C-98/09, pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 4, pagg. 1042 e ss., con nota contraria 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*.

⁵³ La clausola 5 dell’Accordo quadro/direttiva non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia, tale da poter anche differenziare le conseguenze sanzionatorie a seconda che i contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o pubblico (punti 47-48 della sentenza *Marrosu/Sardino c. Azienda Ospedaliera San Martino di Genova* e punto 33 della sentenza *Vassallo c. Azienda Ospedaliera San Martino di Genova*, del 7 settembre 2006, procedimenti C-53/04 e C-180/04, pubbl. in *Riv. giur. lav.*, 2006, n. 4, pag. 612 e ss., nt. GABRIELE).

⁵⁴ Così ai punti 54 e 39 rispettivamente delle sentenze *Marrosu/Sardino* e *Vassallo*.

⁵⁵ Punti 57 e 40 rispettivamente delle sentenze *Marrosu/Sardino* e *Vassallo*.

Nella causa *Del Cerro Alonso*, curiosamente scaturita come le precedenti dal settore sanitario, una lavoratrice si era vista negare gli scatti salariali maturati nei periodi antecedenti al suo passaggio di ruolo, durante i quali aveva prestato servizio in qualità di *funcionario interino*. Il collegio giudicante, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha sostenuto che il principio di non discriminazione relativo alle condizioni di impiego dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelle dei lavoratori a tempo indeterminato debba comprendere anche i trattamenti economici⁵⁶. Una volta definito il contenuto del divieto, la Corte di Giustizia procede nella valutazione della ragionevolezza della disparità di trattamento sofferta dalla lavoratrice *interina*. Le «ragioni obiettive» che ai sensi della clausola 4 dell'accordo-quadro consentono di derogare al principio di non discriminazione devono risultare “dalla particolare natura” o “dalle caratteristiche” delle funzioni cui è preordinato l'utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato oppure “dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro”, mentre non esiste alcuna giustificazione se le disparità di trattamento siano previste genericamente da una disposizione interna astratta quale una legge, un regolamento o un accordo collettivo⁵⁷.

Nelle successive pronunce la Corte di Giustizia non si è discostata dai principi fissati nei precedenti *dicta*, ma si è preoccupata, comunque, di affinare l'esegesi sul divieto di non discriminazione e di specificare gli indici di effettività delle misure sanzionatorie in materia di prevenzione degli abusi.

6.2.1 L'interpretazione in materia di divieto di non discriminazione.

L'applicazione della clausola 4 dell'accordo-quadro ha dato adito ad interpretazioni controverse, come sottolineato anche in un Rapporto della Commissione Europea del 2006⁵⁸, motivo per cui è stata oggetto di numerose pronunce da parte della Corte di Giustizia UE.

In primo luogo, i giudici comunitari hanno circoscritto l'ambito di applicazione del divieto *de qua* solamente al confronto con i lavoratori assunti *sine die*, sulla base di un'esegesi strettamente

⁵⁶ Al contrario dell'opinione espressa da Poiades Maduro nelle sue conclusioni del 10 gennaio 2007, il collegio giudicante ritiene necessario adottare un'interpretazione estensiva del concetto di condizioni di impiego: se è vero che in generale la competenza dell'Unione Europea non abbraccia la materia retributiva (art. 137, n. 5, del Trattato UE), è palese che sono proprio i trattamenti economici a costituire la principale fonte di discriminazione tra i prestatori di lavoro, per cui un'esegesi troppo restrittiva avrebbe frustrato lo scopo della Direttiva di impedire che il contratto a termine venga utilizzato per privare i lavoratori coinvolti dei diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato (cfr. punti 40-42 della sentenza del 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso c. Osakidetza*, pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 2, pag. 326 e ss., nt. ZAPPALÁ).

⁵⁷ Punti 57-59 della sentenza *Del Cerro Alonso*.

⁵⁸ SEC (2006) 1074, 11 agosto 2006, Commission Staff Working Document, Report by the Commission services on the implementation of Council Directive 1999/70/EC of 28 June 1999, reperibile da <http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2014/05/EN.-FA-of-fixed-term-contracts-2006-EC-implementation-report.pdf>.

letterale del disposto di cui alla clausola 4⁵⁹. Il diniego di competenza sulle disparità di trattamento tra diverse categorie di prestatori di lavoro a termine, tuttavia, non pare giustificato alla luce della stessa giurisprudenza della Corte, che ha spesso elevato il divieto in questione a “principio generale del diritto comunitario”⁶⁰.

Quanto alla cogenza del precetto anti-discriminatorio, in diverse occasioni il supremo organo di giustizia comunitario ha ribadito come si tratti di una regola incondizionata, categorica e sufficientemente chiara da essere invocata direttamente dai cittadini europei nei confronti di uno Stato membro dell’Unione, anche in qualità di datore di lavoro. Sulla scorta di tale “effetto diretto verticale”, due insegnanti spagnole assunte a tempo determinato hanno ottenuto il riconoscimento del proprio diritto alla percezione dei c.d. *trienios* (emolumenti legati all’anzianità) a partire dalla scadenza del termine per la corretta trasposizione della Direttiva n. 1999/70 (10 giugno 2001) e non dal giorno di entrata in vigore dell’*Estatuto básico* (13 maggio 2007)⁶¹.

Le vicende scaturite dal pubblico impiego spagnolo ed italiano hanno consentito alla Corte di approfondire ulteriormente concetti come «condizioni di impiego» e «lavoratore comparabile» ed inoltre fornire delucidazioni in merito all’interpretazione delle «ragioni obiettive» che giustificano eventuali disparità. Il risultato è stato quasi sempre favorevole ai lavoratori a tempo determinato, a dimostrazione del fatto che le Pubbliche Amministrazioni ed i legislatori di entrambi gli ordinamenti non hanno approntato i giusti correttivi alle discriminazioni ancora esistenti basate sulla durata del contratto di lavoro.

Solo nelle controversie *Carratù e D’Aniello* i giudici europei hanno adottato una soluzione contraria a quella proposta dall’organo nazionale remittente. Il Tribunale *a quo* si era rivolto alla Corte di Giustizia al fine di conoscere la compatibilità rispetto al diritto comunitario della disposizione della legge n. 183/2010 (l’art. 32, comma quinto) che introduce nei confronti dei lavoratori illecitamente assunti a termine un meccanismo indennitario forfetizzato slegato dalla durata del relativo procedimento giurisdizionale, a differenza della tutela risarcitoria piena prevista in generale dal codice civile e dalla disciplina del licenziamento ingiustificato. La prospettata violazione del divieto di non discriminazione non convince, tuttavia, la Corte eurounitaria: i trattamenti risarcitori in questione rientrano tra le condizioni di lavoro, in quanto corrisposti “a causa dell’impiego”, ma difetta il presupposto della comparabilità delle tutele. Le due situazioni (illecita stipulazione di un contratto a termine ed illecita interruzione di un rapporto di lavoro di

⁵⁹ V. ordinanza *Vino* dell’11 novembre 2010, causa C-20/10, punti 56 e 57 (da *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 4, pag. 227 e ss.)

⁶⁰ Così, ad esempio, nella sentenza *Del Cerro Alonso*, punto 27.

⁶¹ Punto n. 78 della sentenza del 22 dicembre 2010, procedimenti riuniti C-444/09 e C-456/09 *Gaviero Gaviero e Torres c. Conselleria de la Xunta de Galicia*, pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, pag. 1294 e ss., nt. SIOTTO.

durata indeterminata), non possono essere ritenute omogenee, concretandosi la prima in una deviazione dallo schema normativo, a differenza della seconda, che scaturisce dal comportamento arbitrario di una sola delle parti di un contratto di lavoro per il resto perfettamente valido⁶². La comparabilità sarebbe stata ardua anche nel caso di assimilazione dell'apposizione illegittima del termine al licenziamento ingiustificato: come messo in luce dall'Avvocato Generale Wahl vi sarebbero "diverse variabili", come la durata del processo o la percezione di un altro reddito *medio tempore*, che impediscono di fissare con certezza un parametro di riferimento oggettivo⁶³. La riduzione delle indennità risarcitorie non può avere, però, effetto retroattivo: non avrebbe alcun senso, altrimenti, il successivo richiamo della Corte al "combinato disposto" delle clausole 4 ed 8.1 dell'accordo-quadro, che consente agli Stati membri di elevare gli standard di trattamento dei dipendenti a tempo determinato fino all'assimilazione rispetto alle conseguenze economiche derivanti dal licenziamento illegittimo, evenienza questa che si è verificata nell'ordinamento italiano fino alla riforma del 2010⁶⁴.

Le altre sentenze finora pronunciate in materia di non discriminazione sono sempre state risolte a favore dei lavoratori a termine. Il riconoscimento degli aumenti retributivi periodici, inaugurato dalla sentenza *Del Cerro Alonso*, si è ormai consolidato, divenendo orientamento costante nel biennio 2011-2012, a seguito di ulteriori procedimenti innescati dal pubblico impiego spagnolo. Il riferimento è alle ordinanze del 18 marzo 2011 e del 9 febbraio 2012, nelle quali i giudici di Lussemburgo censurano rispettivamente l'esclusione dei ricercatori a tempo determinato dal supplemento retributivo legato all'anzianità⁶⁵ e dei professori *interinos* dalla percezione dell'indennità per la formazione continua (c.d. del sessennio) al pari degli insegnanti di ruolo⁶⁶. In entrambi i casi la Corte ha proceduto senza difficoltà al raffronto delle categorie di dipendenti sulla scorta della nozione di «lavoratore comparabile» contenuta nella clausola 3.2 dell'accordo-quadro («lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze»), rinvenendo l'identità di funzioni e di formazione accademica e l'unica, sostanziale differenza relativa alla durata della relazione lavorativa. La temporaneità di

⁶² V. sentenza del 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù*, punto 44; v. anche ordinanza del 30 aprile 2014, C-89/13, *D'Aniello*, punto 30, reperibili dal sito della Corte di Giustizia UE curia.europa.eu.

⁶³ Punti da 79 ad 83 delle conclusioni presentate il 26 settembre 2013, reperibili dal sito della Corte di Giustizia UE curia.europa.eu. Il ragionamento effettuato si basa sulla disciplina derivante dall'art. 18 della legge n. 300/70 *ante* riforme del 2012 e del 2015 che hanno, invece, progressivamente forfettizzato l'entità del risarcimento dovuto in caso di licenziamento illegittimo.

⁶⁴ Punto 47 della sentenza *Carratù* e punto 29 ordinanza *D'Aniello*.

⁶⁵ Procedimento C-273/10, *Montoya Medina c. Università di Alicante*, reperibile in lingua spagnola dal sito della Corte di Giustizia UE curia.europa.eu.

⁶⁶ Procedimento C-556/11, *Lorenzo Martínez, c. Junta de Castilla y León*, reperibile in lingua spagnola dal sito della Corte di Giustizia UE curia.europa.eu.

quest'ultima, così come la mancanza di una norma che esplicitamente affermi il diritto alla percezione delle indennità in questione non possono, da sole, costituire «ragioni obiettive» di disparità di trattamento⁶⁷. Secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, il concetto di «ragioni obiettive» elaborato in materia di causali giustificatrici dei successivi contratti a termine va esteso analogicamente all'identica nozione contenuta nella clausola 4.1⁶⁸ e si concreta nella sussistenza di fattori “oggettivi e trasparenti” relativi al contenuto concreto dell'attività lavorativa ed alle modalità del suo esercizio⁶⁹.

Ciò si traduce, come ha specificato l'Avvocato Generale Sharpston, in un duplice obbligo a carico dello Stato membro: se pure è possibile immaginare, in linea di principio, circostanze in cui uno specifico posto di lavoro richieda un'esperienza tale da dover essere ricoperto necessariamente da un dipendente pubblico di ruolo, le predette circostanze devono essere espresse “con la trasparenza necessaria a giustificare l'esenzione”⁷⁰. Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte di Giustizia dell'UE ha negato la compatibilità al diritto comunitario dell'omessa considerazione dei periodi di servizio prestati in base ad un contratto di lavoro a tempo determinato ai fini della partecipazione ad una procedura concorsuale o della determinazione dell'esatta anzianità di servizio. Con le sentenze dell'8 settembre 2011⁷¹ e del 18 ottobre 2012⁷² e l'ordinanza del 7 marzo 2013⁷³ i giudici eurounitari hanno rafforzato l'orientamento che esclude ogni difformità di trattamento tra i segmenti lavorativi prestati a tempo determinato rispetto a quelli resi in virtù di un successivo passaggio di ruolo. L'eventuale “scarto” dei frammenti lavorativi a termine fa presumere, pertanto, una loro discriminazione rispetto al lavoro prestato in virtù di un'assunzione *sine die*, giustificabile solo in base alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni svolte

⁶⁷ Punto 45 dell'ordinanza *Montoya Medina* e punto 52 dell'ordinanza *Lorenzo Martinez*.

⁶⁸ Nella sentenza *Del Cerro Alonso* la Corte di Giustizia afferma esplicitamente che la stessa interpretazione elaborata nel procedimento *Adelener* (C-212/04) relativamente alla clausola 5.1, lett. a) “si impone, per analogia, in relazione all'identica nozione di «ragioni oggettive» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo-quadro” (punto 56).

⁶⁹ Sentenza *Adelener* del 4 luglio 2006 (punti 70-74), sentenza *Del Cerro Alonso* del 13 settembre 2007 (punto 58), ordinanza *Montoya Medina* (punto 41) ed ordinanza *Lorenzo Martínez* (punto 48).

⁷⁰ Punti 64-66 delle conclusioni presentate il 12 maggio 2011, causa C-177/10, *Rosado Santana c. Junta de Andalucía*, reperibili dal sito della Corte curia.europa.eu.

⁷¹ Procedimento C-177/10, *Rosado Santana c. Junta de Andalucía*, pubbl. sul sito della Corte curia.europa.eu. Nel caso di specie il bando di concorso per accedere alla categoria degli assistenti amministrativi escludeva esplicitamente i servizi prestati presso qualsiasi amministrazione pubblica in virtù di contratti a tempo determinato.

⁷² Cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza e altri c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Boll. Adapt* 22 ottobre 2012, n. 37. Il procedimento ha origine dal diniego da parte dell'AGCM di prendere in considerazione, ai fini della determinazione dell'anzianità di servizio nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione di rapporti precari, i periodi lavorativi precedentemente trascorsi alle dipendenze dell'autorità medesima nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato.

⁷³ Procedimento C-393/11, *Bertazzi c. Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, pubbl. sul sito della Corte curia.europa.eu ed annotata da F. SIOTTO in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, pag. 975 e ss.

nell'ambito del contratto a termine. La conseguenza principale di questo orientamento è la conferma della qualità e della dignità dell'esperienza professionale dei dipendenti a termine, la cui valorizzazione si impone per tutta la vita lavorativa e non può essere negata per il semplice fatto della delimitazione temporale della prestazione dedotta nel programma contrattuale⁷⁴.

6.2.2 L'obbligo di prevedere misure idonee a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.

La questione relativa all'adeguatezza delle sanzioni in caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato è stata nuovamente affrontata dalla Corte di Giustizia in occasione dello scrutinio delle discipline sul contratto a termine nel pubblico impiego italiano e spagnolo. Chiamati ad esprimersi nuovamente sull'interpretazione dell'art. 36, comma quinto, del D. lgs. n. 165/2001, i giudici di Lussemburgo non si sono discostati dai propri precedenti: la clausola n. 5 dell'accordo-quadro non intacca né la discrezionalità né le "funzioni essenziali" degli Stati Membri, che possono legittimamente riservare un "destino differente" all'utilizzo abusivo di successivi rapporti a termine⁷⁵. A fronte della suddetta differenziazione dei regimi repressivi, il rispetto dell'effetto-utile della Direttiva 1999/70, che è quello di prevenire e contrastare la reiterazione indiscriminata di contratti temporanei, evitando la "precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti"⁷⁶, impone comunque ai Paesi aderenti all'UE di prevedere sanzioni alternative, ugualmente efficaci e deterrenti nei confronti dei datori di lavoro. In linea di principio, ribadisce la Corte, la natura di sanzione adeguata e dissuasiva può essere riconosciuta all'obbligo di risarcimento del danno dovuto a seguito dell'utilizzo abusivo di contratti a termine, insieme al meccanismo di responsabilità dirigenziale consistente nell'impossibilità del rinnovo dell'incarico, nella mancata erogazione della retribuzione di risultato e nell'obbligo di restituzione alla P.A. datrice di lavoro delle somme versate a titolo risarcitorio⁷⁷. Ciò nonostante, non spetta ai giudici europei interpretare il diritto interno, per cui è compito dell'autorità nazionale accertare l'attuazione effettiva delle disposizioni di attuazione dell'accordo-quadro.

⁷⁴ Gli echi di questo ragionamento sono rintracciabili nella vicenda scaturita dall'ordinamento francese (caso *Huet*), su cui v. *ultra* nell'ultimo paragrafo del capitolo.

⁷⁵ Punti 39-41 dell'ordinanza dell'1 ottobre 2010, procedimento C-3/10, *Affatato c. Azienda sanitaria di Cosenza*, pubbl. in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 2, pagg. 860 e ss., nt. BORZAGA: ai sensi della clausola 5.2, lett. b), dell'accordo-quadro gli Stati membri possono «se del caso» prevedere (ed a quali condizioni prevedere) la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a durata indeterminata.

⁷⁶ Così al punto n. 63 della sentenza *Adelener* del 4 luglio 2006, causa C-212/04.

⁷⁷ Punto 48 dell'ordinanza *Affatato*.

Il problema si pone quando non vi sia un'uniformità di opinioni all'interno degli organi giurisdizionali interni. Ciò è avvenuto con riferimento al nostro ordinamento relativamente all'interpretazione del regime probatorio applicabile alle domande risarcitorie avanzate ex art. 36, comma quinto, D. lgs. n. 165/2001, ed in Spagna in merito alla consistenza del ristoro patrimoniale spettante ai c.d. *trabajadores indefinidos no fijos de plantilla* in caso di soppressione del posto di lavoro ad opera del datore di lavoro pubblico (Cap. III°, par. 5.2.2).

La prima questione concerne l'effettività delle misure sanzionatorie, ed il rischio che possa essere pregiudicata da una norma procedurale che rende più arduo l'esercizio di un diritto in giudizio. In particolare, la prova richiesta dall'orientamento ermeneutico elaborato dalla Corte di Cassazione, consistente nella dimostrazione, a carico del lavoratore danneggiato, delle circostanze che comportano la perdita di specifiche opportunità di lavoro a causa della stipulazione di successivi rapporti a termine, può rivelarsi in concreto molto onerosa. Le perplessità mostrate dal Tribunale remittente, che aderisce alla diversa interpretazione secondo cui il danno risarcibile si produce *in re ipsa*, senza bisogno di specifiche allegazioni relative alla rinuncia ad altre occasioni lavorative, vengono condivise dalla Corte comunitaria. Sebbene competa al giudice nazionale la verifica sull'effettività della tutela erogata ai lavoratori che rivendicano il diritto al risarcimento del danno, si tratta comunque di un diritto che ha una sua rilevanza a livello sovranazionale, in quanto garantisce l'attuazione di uno degli scopi della Direttiva 1999/70, per cui è compito dei magistrati europei censurare l'eventuale dinamica processuale che abbia "come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione"⁷⁸.

Per quanto concerne la vicenda dei dipendenti pubblici spagnoli assunti illegittimamente a termine ed oggetto di stabilizzazione giudiziale, la Corte non ha potuto sanare il contrasto esistente in seno al *Tribunal Supremo* in ordine alla tutela spettante ai lavoratori *indefinitos no fijos* in caso di estinzione unilaterale della relazione lavorativa per motivi economici. Il supremo organo di giustizia comunitario ha dovuto, infatti, ribadire ancora una volta come esista una riserva di discrezionalità a favore del giudice *a quo* nel valutare l'adeguatezza di una misura sanzionatoria dell'uso abusivo di una successione di rapporti a tempo determinato⁷⁹. Il criterio dell'adeguatezza, infatti, è per sua natura un parametro generico, la cui latitudine può variare a seconda del contesto

⁷⁸ Così al punto n. 34 dell'ordinanza *Papalia* del 12 dicembre 2013, causa C-50/13, pubbl. in *Foro it.*, 2014, parte IV[^], pag. 73 e ss. La Corte UE chiede, inoltre, al giudice *a quo* (punto 33) di verificare le affermazioni del governo italiano circa la possibilità, a favore del lavoratore, di invocare elementi indiziari gravi, precisi e concordanti che agevolerebbero l'onere della prova a suo carico, benché non possano esser qualificati a rigore come prova compiuta.

⁷⁹ Punto 56 dell'ordinanza dell'11 dicembre 2014, causa C-86/14, *León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*, reperibile dal sito della Corte curia.europa.eu.

ordinamentale nazionale. Non potendo rintracciare nel diritto comunitario indicazioni specifiche sulla proporzionalità di un meccanismo rimediale, la Corte di Giustizia si è potuta pronunciare in modo definitivo solo in caso di assoluta mancanza di tutele⁸⁰ oppure in presenza di un carattere “puramente simbolico” di un indennizzo⁸¹.

Nell’ordinanza *Medialdea* viene, pertanto, censurata la normativa spagnola quanto al profilo dell’effettività della sanzione, escludendo in questo modo l’interpretazione a lungo dominante nella giurisprudenza spagnola che non riconosceva alcuna tutela in caso di soppressione del posto di lavoro occupato da un dipendente assunto a tempo indeterminato a seguito di pronuncia giudiziale di *conversión*⁸². Quanto all’adeguatezza, lo *Juzgado de lo Social* di Granada aveva chiesto alla Corte quale fosse la misura sanzionatoria più adeguata tra quelle elaborate in giurisprudenza (indennizzo previsto in caso di estinzione dei contratti a termine oppure risarcimento per licenziamento oggettivo): i giudici europei rimettono al giudice nazionale le verifiche del caso, ma pongono l’accento finale sull’esigenza di garantire “in tutti i modi possibili, un’interpretazione conforme al diritto dell’Unione”⁸³, offrendo al magistrato di merito un appiglio importante ai fini della scelta del rimedio più consono a garantire l’efficacia repressiva e dissuasiva del diritto nazionale.

6.3 L’efficacia conformativa delle pronunce della Corte europea.

Per quanto le decisioni rese su rinvio pregiudiziale siano vincolanti in via di principio solo nei confronti del giudice *a quo*, è innegabile che per la loro autorevolezza possano spiegare un’efficacia conformatrice sull’attività ermeneutica delle corti nazionali investite da questioni analoghe.

Così è avvenuto, ad esempio, nel caso relativo alla corresponsione degli scatti di anzianità al personale oggetto di stabilizzazione, risolta dal Tribunale di Torino a favore della computabilità dei periodi lavorativi coperti da rapporti a tempo determinato mediante un’estensione diretta dei

⁸⁰ Per rimanere nell’ambito della materia dei contratti a termine, si v. la sentenza *Adelener*, C-212/04, in cui viene censurata, da parte della Corte, la mancata previsione nell’ordinamento greco di una misura alternativa alla trasformazione dei contratti a termine per evitare e, nel caso, sanzionare l’utilizzazione abusiva di rapporti a tempo determinato successivi.

⁸¹ Si v. il punto 23 della pronuncia *Van Colson* (sentenza del 10 aprile 1984, C-14/83), relativa ad un caso di discriminazione di genere: “si deve ritenere che la legge nazionale la quale limiti il risarcimento di coloro che siano stati discriminati nell’accesso al lavoro ad un indennizzo puramente simbolico, come ad esempio il rimborso delle spese causate dalla candidatura, non è conforme alle esigenze di efficace trasposizione della direttiva”.

⁸² Punto 51 della citata ordinanza.

⁸³ Punto 58 della citata ordinanza.

principi di diritto enunciati dalla sentenza *Del Cerro Alonso*⁸⁴. Anche il successivo contrasto interpretativo sorto in seno al Consiglio di Stato è stato risolto dalla Corte di Giustizia basandosi sui propri consolidati precedenti, riconoscendo definitivamente la rilevanza dei pregressi rapporti di lavoro a termine ai fini dell'indennità di anzianità⁸⁵.

L'”attitudine propagatoria” del contenzioso comunitario è testimoniata anche dalla questione che ha coinvolto i *contrats d'usage*, fattispecie di lavoro a tempo determinato contraddistinte da una disciplina poco propensa a limitarne gli abusi, essendo semplicemente prevista dal *Code du travail* la possibilità di un loro utilizzo nei settori produttivi- individuati dagli elenchi ministeriali o dalla contrattazione collettiva- ove sia prassi costante non ricorrere a contratti stabili, senza alcun deterrente economico (non è dovuta l'indennità di fine contratto) o normativo (non vi sono tetti massimi di durata alla reiterazione di contratti o vincoli quantitativi). Consapevole della possibile violazione dell'accordo quadro del 18 marzo 1999, la giurisprudenza francese, tanto di merito quanto di legittimità, ha abbandonato l'approccio meramente formale consistente nel semplice controllo dell'appartenenza del datore di lavoro ad uno dei rami di attività inseriti negli elenchi ministeriali o dei contratti collettivi⁸⁶, ritenendo invece che la clausola 5 della Direttiva 1999/70 imponga al giudice interno la necessaria verifica della sussistenza di elementi atti a dimostrare un preciso collegamento tra le mansioni concretamente svolte dal lavoratore ed il tipo di attività per tradizione temporanea⁸⁷. La vicenda, al di là della sua specificità⁸⁸, offre lo spunto per confermare il

⁸⁴ “Appare evidente come il riconoscimento dell'anzianità pregressa relativa agli anni di lavoro a termine [...] costituisce puntuale attuazione della clausola 4 dell'Accordo Quadro, così come chiarita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ed in particolare dalla citata sentenza *Del Cerro Alonso*” (Trib. Torino 9 novembre 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 3, pagg. 554-563, nt. FOFFANO).

⁸⁵ Secondo la Corte di Lussemburgo, la diversità di trattamento economico o normativo tra dipendenti a termine e lavoratori a tempo indeterminato può essere giustificata solo da “esigenze obiettive attinenti all'impiego ricoperto”, come la natura particolare della qualifica richiesta o delle mansioni da svolgere, e non dalla diversa tipologia di contratto sottoscritto (v. punto n. 61 della sentenza del 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, pubbl. in *Boll. Adapt* del 22 ottobre 2012, n. 37 ed annotata da D. COSTA in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 4, pag. 1189 e ss.).

⁸⁶ Criterio seguito dalla *Cour de Cassation* dal 2003 al 2006, v. Cap. II°, par. 2.1.

⁸⁷ Si v. il seguente passo, tratto dalla sentenza della Corte d'Appello di Versailles del 27 marzo 2007, n. 06/001925: “*la seule recherche, par le juge saisi d'une demande de requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, du point de savoir si pour l'emploi concerné, il est effectivement d'usage constant de ne pas recourir à un tel contrat, n'apparaît pas compatible avec la notion de raisons objectives au sens de la clause 5 de l'Accord-cadre, dès lors que le recours à des contrats à durée déterminée successifs doit être justifié par l'existence d'éléments concrets tenant notamment à l'activité en cause et aux conditions de son exercice; qu'en effet, la seule existence d'un usage constant est un état de fait dont la constatation n'implique nullement qu'elle soit justifiée par des éléments concrets autres que la force de l'habitude ou l'intérêt pour les employeurs de disposer d'une main d'oeuvre précaire, alors que, selon l'Accord-cadre, la justification du recours à des contrats à durée déterminée par des raisons objectives constitue un moyen de prévenir les abus au détriment des salariés*”. Nello stesso senso, v. *Cour de Cassation, Chambre sociale*, 17 dicembre 2014, n. 13-23176: “*l'accord-cadre sur le travail à durée*

rilievo centrale della giurisprudenza eurounitaria che, in presenza di un caleidoscopio interpretativo derivante da diverse culture giuridiche, può, allo stesso tempo, evidenziare le carenze degli ordinamenti nazionali e stimolare la loro omogeneizzazione verso l'alto⁸⁹.

6.4 Il valore ermeneutico del principio di stabilità dell'impiego: il possibile impulso alla tutela dei lavoratori a termine.

Anche dall'unica questione pregiudiziale scaturita dall'ordinamento francese possono essere ricavate "tracce" della portata espansiva del contenzioso comunitario. A differenza delle controversie precedentemente esaminate, il caso *Huet* non concerne direttamente né il divieto di discriminazione né la prevenzione/repressione dell'abuso del contratto a tempo determinato. Al centro dell'attenzione della Corte di Giustizia vi è l'"elemento portante della tutela dei lavoratori" che pervade l'intero accordo-quadro, ossia il "beneficio della stabilità dell'impiego"⁹⁰. La questione oggetto del rinvio pregiudiziale concerne la possibilità di modificare le condizioni economiche e normative conseguenti alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato e viene sollecitata da un ricercatore dell'Università della Bretagna dopo che quest'ultima, in seguito alla stabilizzazione della relazione lavorativa per il superamento del tetto massimo di durata della successione di contratti a termine, gli aveva decurtato la retribuzione di circa il 20%. I giudici europei, valorizzando gli effetti del beneficio della stabilità, ritengono sussistente il rischio che la *reformatio*

déterminée conclu le 18 mars 1999 et mis en oeuvre par la directive 1999/ 70/ CE du 28 juin 1999, qui a pour objet, en ses clauses 1 et 5, de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, impose de vérifier que le recours à l'utilisation de contrats successifs est justifié par des raisons objectives qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi" (nel caso di specie è stata cassata la decisione di secondo grado che non aveva compiuto alcun controllo sulla tipologia di mansioni svolte da un lavoratore a tempo determinato impiegato alle dipendenze della società calcistica di Bastia con svariati contratti di durata annuale per un totale di 17 anni per lo svolgimento, nonostante la qualifica di allenatore, di compiti amministrativi e gestionali legati all'attività fondamentale e permanente della società; le sentenze sono pubbl. nella banca dati www.legifrance.gouv.fr).

⁸⁸ La disciplina dei *contrats d'usage* potrebbe eventualmente trovare un suo equivalente funzionale nella regolazione del lavoro stagionale di cui al D. lgs. n. 368/2001, contraddistinta dal rinvio all'elenco contenuto nel D.P.R. n. 1525/1963, agli avvisi comuni ed ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

⁸⁹ In dottrina, L. ZAPPALÁ sottolinea il ruolo di "catalizzatore" della Corte di Giustizia, con riferimento al principio di non discriminazione ed a quello di eccezionalità del ricorso al lavoro a termine, che ha consentito di delineare dei "limiti ordinamentali" non sempre tracciati con sufficiente chiarezza dai legislatori nazionali (L. ZAPPALÁ, *La tutela cit.*, pagg. 138-140).

⁹⁰ Punto n. 35 della sentenza dell'8 marzo 2012, C-251/11, *Martial Huet c. Université de Bretagne occidentale*, pubbl. in *Dir. lav. merc.*, 2012, n. 2, pag. 397 e ss., nt. S. CIUCCIOVINO- C. AMATO. Il principio è invocato negli stessi termini anche nelle sentenze *Mangold* (punto 105), *Adelener* (punto 62), *Angelidaki* (punto 105), *Impact* (punto 87), *Mascolo* (punto 73), mentre nel caso *Fiamingo* la Corte definisce la stabilità come "elemento assolutamente rilevante per la tutela dei lavoratori" (punto 55 della decisione del 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13).

in pejus delle condizioni contrattuali conseguente alla conversione del rapporto a tempo indeterminato possa riverberarsi negativamente sulla posizione giuridica e personale del dipendente, che si troverebbe esposto alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla scelta tra l'accettazione del trattamento peggiore o la rinuncia al posto di lavoro⁹¹. Pertanto, senza andare ad intaccare apertamente la potestà discrezionale degli Stati Membri nello stabilire le condizioni cui è vincolata la stabilizzazione del personale a termine, la Corte UE ne influenza i contenuti verso lo scopo di evitare l'ulteriore precarizzazione dei lavoratori. Trasposto nel caso concreto ciò significa che nonostante la clausola 5.2 non imponga l'immutabilità delle clausole del contratto nell'ipotesi della trasformazione a tempo indeterminato di una serie di contratti a termine, è obbligo delle autorità nazionali verificare se eventuali variazioni possano pregiudicare in senso globalmente sfavorevole la condizione del lavoratore.

La decisione non ha ancora avuto eco presso i giudici nazionali, ma, come è stato evidenziato dai primi commentatori, “è destinata a diventare centrale nel prossimo futuro”⁹². La Corte di Lussemburgo, a differenza di molte decisioni rese su rinvio pregiudiziale, si rivolge direttamente allo Stato Membro, senza incidere la discrezionalità, ma imponendogli un preciso dovere di vigilanza per salvaguardare obiettivi ed effetto utile della Direttiva, tra cui spicca il mantenimento del beneficio della stabilità dell'impiego. Il metodo e le argomentazioni seguite dai giudici comunitari potrebbero far pensare che il beneficio in questione costituisca un principio generale di diritto immediatamente vincolante per le autorità nazionali. In realtà, la natura compromissoria della fonte da cui è tratto, ossia l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e la mancanza di una sua precisa definizione e delimitazione contenutistica non consentono di riconoscergli una cogenza così ampia. Nemmeno le legislazioni nazionali hanno dato una spiegazione univoca del principio *de qua*. Dal dibattito dottrinale e dall'applicazione giurisprudenziale sono emersi almeno tre significati di “stabilità del rapporto di lavoro”, come garanzia alla sindacabilità del licenziamento, alla tendenziale prevalenza della *restitutio in integrum* ed infine alla presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro subordinato⁹³. Non va

⁹¹ Il dipendente, afferma la Corte, “potrebbe essere dissuaso dal concludere il nuovo contratto offertogli, perdendo in questo modo il beneficio della stabilità dell'impiego” (punto n. 44).

⁹² Così S. CIUCCIOVINO- C. AMATO, in *Dir. lav. merc.*, 2012, n. 2, pag. 407. Sul punto, v. anche L. ZAPPALÁ, la quale sottolinea il rischio della possibile vanificazione degli effetti positivi del meccanismo della conversione qualora non “sia agganciata a precisi standard qualitativi” (L. ZAPPALÁ, *La tutela della persona cit.*, pag. 162).

⁹³ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*, *Rev. Min. Tr. As. Soc.*, 2001, n. 33, pag. 62; R. MARTINEZ EMPERADOR, *op. cit.*, pagg. 20-22; M. V. BALLESTRERO, *op. ult. cit.*, pagg. 394-402. Nella tradizione giurisprudenziale italiana è prevalsa la ben nota definizione di stabilità come limitazione della risoluzione del rapporto di lavoro “alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate” e, sul piano processuale, come garanzia di sindacato giurisdizionale e

dimenticato, inoltre, che un altro organo giurisdizionale comunitario, competente a decidere le controversie tra l'Unione europea ed i suoi dipendenti, ha negato alla stabilità il "rango di norma giuridica imperativa", cogliendo nell'"equilibrio tra flessibilità e sicurezza" il principio ispiratore della Direttiva 1999/70⁹⁴. Ciò non toglie che il principio, per il suo ruolo di valore-guida derivante dalle prassi e dalle Costituzioni nazionali, non possa dar luogo a conseguenze giuridiche di una certa pregnanza, come nel caso *Huet*, ed acquisire una valenza interpretativa generale nell'ambito delle controversie inerenti la tutela dei lavoratori a tempo determinato.

Un'applicazione concreta ad una problematica derivante dall'ordinamento spagnolo può esplicitare le potenzialità ermeneutiche del beneficio della stabilità dell'impiego. Senza ripercorrere nuovamente le tappe che hanno condotto al riconoscimento della figura del personale *indefinido no fijo de plantilla*⁹⁵, qui basterà ricordare che si tratta di una categoria specifica di lavoratori che ottengono una declaratoria giudiziale di indeterminatezza del rapporto a seguito delle irregolarità commesse dalla pubblica amministrazione datrice di lavoro, ivi compresa la circostanza, identica al caso *Huet*, del superamento del limite massimo di durata dei contratti a termine successivi. Una volta ribadita la vigenza di un generale divieto di *reformatio in pejus* delle condizioni di impiego relative ai rapporti di lavoro "stabilizzati" quale epifenomeno dell'interesse dell'ordinamento alla continuità della prestazione lavorativa, non possono essere ammesse in alcun modo modificazioni sostanziali del trattamento normativo derivante dalla trasformazione del rapporto. Da ciò ne discende l'incompatibilità con il diritto comunitario della variazione al regime legale del recesso che per anni ha impedito ai lavoratori *indefinidos no fijos* di ottenere la medesima stabilità del rapporto di lavoro dei dipendenti assunti direttamente a tempo indeterminato.

"possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo" (Cass. Sez. Un. 12 aprile 1976, in *Foro it.*, I, pag. 915).

⁹⁴ In base a queste argomentazioni, il Tribunale della Funzione Pubblica dell'Unione Europea ha negato al personale dipendente dalle istituzioni comunitarie la possibilità di invocare l'applicazione della Direttiva 1999/70 nelle controversie in cui gli organismi europei rivestono la qualità di datore di lavoro (cfr. punti 111-114 della sentenza del 30 aprile 2009, causa F-65/07, *Laleh Aayhan* ed altri c. Parlamento europeo).

⁹⁵ Per le quali si rimanda al Cap. III°, par. 5.2.2.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV., *Atti delle giornate di studio Aidlass "Il lavoro a termine"* (Sorrento, 14/15 aprile 1978), Giuffrè, Milano, 1979;
- AA. VV., *La contratación temporal*, ediz. Acarl, Madrid, 1981;
- AA. VV., *Il futuro del contratto a termine, Atti del convegno di Amalfi, 7-9 ottobre 1983*, Giuffrè, Milano, 1984;
- AA.VV. *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro*, Atti del Convegno dell'associazione Avvocati Giuslavoristi Italiani (Ancona, 26-27 ottobre 2012), Giappichelli, Torino, 2013;
- Aguilera Izquierdo R., *El principio de «causalidad» en la contratación temporal*, in *Rev. min. tr. as. soc.*, 2002, n. 33, pag. 99 e ss.;
- Aimo M., *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli ed implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, pag. 147 e ss.;
- Albanese A., *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, n. 1, pag. 165 e ss.;
- Ales E., *Contratto a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 1, pagg. 86-95;
- Alessi C., *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, n. 93, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;
- Alonso Olea M., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1973;
- Alonso Olea M., *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1979;
- Alonso Olea M., *Los principios de la contratación temporal*, in AA. VV., *La contratación temporal*, ediz. Acarl, Madrid, 1981, pag. 11 e ss.;
- Angelini P., *La riforma del contratto a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, n. 1, pagg. 77-116;
- Antonmattei P.H., Derue A., Fabre D., Francois G., Jourdan D., Morand M., Vachet G., Verkindt P., *Le contrat de travail à durée déterminée*, Lamy Wolters Kluver, Rueil Malmaison, 2012;
- Assanti C., *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1958;
- Autie D., *La rupture abusive du contrat du travail*, Dalloz, Parigi, 1955;
- Bailly P., *À propos du contrat à durée déterminée «d'usage»*, in *Rev. jurispr. soc.*, 2004, n. 1, pag.
- Balestrieri F., *Il contratto di lavoro a tempo determinato: controllo sulle causali ed effetti della nullità*, in *Lav. Dir.*, 2006, pag. 55 e ss.;
- Ballestrero M.V., *Il valore ed il costo della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 3, pagg. 389-415;
- Ballestrero M.V., *Flexicurité à la française: l'accordo di gennaio 2008 sul mercato del lavoro*, in

Dir. lav. merc., 2008, n. 2, pag. 235 e ss.;

Balzarini G., *La tutela del contraente più debole nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1965;

Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, ristampa anastatica dell'edizione del 1901, Vita e Pensiero, Milano, 2003;

Barassi L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Società editrice libraria, Milano, 1915-1917;

Barassi L., *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali: lezioni tenute al corso di perfezionamento in studi sindacali e corporativi*, Giuffrè, Milano, 1930;

Barassi L., *Elementi di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1954;

Barbieri M.- Macario F.- Trisorio Liuzzi G. (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Atti del convegno organizzato da Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia e dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano", Giuffrè, Milano, 2004;

Barrios Baudor G. L.- Del Valle De Joz J., *Contrato de relevo*, in *Contratos de trabajo temporales* (a cura di Sempere Navarro A.V. - Martín Jiménez R.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pag. 745 e ss.;

Baylos A., *Crisi del diritto del lavoro o diritto del lavoro in crisi: la riforma del lavoro spagnola del 2012*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, n. 2, pag. 353 e ss.;

Belloch Sanz P.-Charro Baena E.P., *Contratos formativos*, in *Contratos de trabajo temporales* (a cura di Sempere Navarro A.V. - Martín Jiménez R.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pag. 339 e ss.;

Bianca C.M., *Diritto civile*, vol. III°, Giuffrè, Milano, ristampa 2004;

Biasi M., *La (a)causalità del contratto a termine in Europa*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, n. 3, pagg. 763-787;

Blanchard O.- Tirole J., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, n. 2, pag. 161 e ss.;

Boeri T.- Roccella M., *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *Micromega*, 2009, n. 1, pagg. 111-126;

Bolego G., *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011;

Bollani A., *Lavoro a termine e autonomia collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pagg. 143-163;

Bordogna L., Neri S., *La regolazione del lavoro pubblico in Italia ed in Francia: convergenze e divergenze*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, n. 127, pagg. 455-497;

Borsi U.- Pergolesi F., *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1938.

Borzaga M., *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle*

"peculiarità" dell'ordinamento italiano, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 2, pag. 859 e ss.;

Brollo M., *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 3, pag. 566 e ss.;

Cahuc P.- Kramarz F., *De la précarité à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, da http://www.metiseurope.eu/content/pdf/n8/8_cahuc_kramarz.pdf;

Cairolì S., *Sull'elevato tasso di impiego a tempo determinato in Spagna: la centralità della sanzione applicata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 4, pag. 647 e ss.;

Camerlynck G. H., *L'allergie du droit du travail à la notion civiliste de dies incertus*, in *Etudes de droit du travail offertes à A. Brun*, Librairie sociale et économique, Parigi, 1974, pag. 105 e ss.;

Camerlynck G. H.- G. Lyon-Caen, in *Precis de droit du travail*, Dalloz, Parigi, 1965;

Carinci F.-Pizzoferrato A. (a cura di), *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Torino, Utet, 2010;

Carnelutti F., *Del licenziamento nella locazione d'opera a tempo determinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, n. 1, pagg. 377-403;

Caruso B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, n. 3-4, pag. 465 e ss.;

Caruso B.- Sciarra S., *Flexibility and security in temporary work: a comparative and european debate*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT*, 2007, n. 56, reperibile su www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_int.htm;

Castelvetri L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1994;

Cavas Martinez F., *El principio de estabilidad en el empleo: crisis y claves para su recuperación*, in *Rev. min. tr. as. soc.*, 2005, n. 58, pag. 113 e ss.;

Chieco P., *I contratti "flessibili" della P.A. e l'inapplicabilità della sanzione ordinaria della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, pag. 489 e ss.;

Ciriello A., *L'illegittima stipula di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, in *Giur. mer.*, 2009, n. 12, pag. 2979 e ss.;

Ciucciovino S., *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D.lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, n. 115, pagg. 455-506;

Ciucciovino S., *L'idoneità dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 2, pag. 144 e ss.;

Consiglio Nazionale Economia e Lavoro, *Rapporto sul mercato del lavoro 2012-2013*, da http://www.cliclavoro.gov.it/BarometroDelLavoro/Documents/CNEL_Rapporto_sul_mercato_del_lavoro_2012-2013.pdf;

Console R., *Il contratto di impiego privato a termine prestabilito nel diritto positivo italiano*, Hoepli, Milano, 1934;

Coppola P., *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta*

eurounitaria del sistema interno, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 198, reperibile su www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;

Correa J.M.M., *La duración del contrato (en tomo al artículo 15)*, in *Civitas*, 2000, n. 100, pag. 481 e ss.;

Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica del 12.01.2011 sul tema: *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, in www.cortedicassazione.it;

Cosio R., *Il Decreto Poletti. La dubbia conformità all'ordinamento dell'Unione Europea*, Relazione al convegno "Diritto del lavoro tra presente e futuro. Linee di sviluppo tra continuità e cesura" Milano, 13 ottobre 2014, da www.giuslavoristi.it;

Cottone M., *Il lavoro a tempo determinato*, in *Diritto del Lavoro dell'Unione Europea* (a cura di F. Carinci e A. Pizzoferrato), Torino, Utet, 2010, pag. 606-641;

Cruz Villalón J., *Alcune chiavi di lettura della riforma del mercato del lavoro in Spagna*, in G. Loy (a cura di) *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, Roma, 2011, pagg. 111-140 ;

Daïoglou M., *Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement: les conséquences de la qualification*, in *Act. jurid. fonct. pubbl.*, 2004, n. 1, pagg. 42-47;

Daugareilh I., *L'esperienza francese: tra il miglioramento dello statut del lavoratore e il contrasto alla precarizzazione dei lavori*, in Garilli A.- Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 269-283;

D'Antona M., *Contratti a termine per punte stagionali tra delegificazione e rilegificazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, n.1, pagg. 99-108;

D'Antona M. (a cura di), *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1990;

D'Onghia M.- Ricci M., (a cura di) *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009;

De Angelis L., *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, parte V[^], pag. 36 e ss.;

De Angelis L., *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 3, pag. 761 e ss.;

De Angelis L., *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 2007, IV, pagg. 343-348;

De Felice A., *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003;

De Luca M., *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei Paesi dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 2002, parte V, pagg. 93-111;

De Michele V., *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, pagg. 908-921;

De Michele V., *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Lav. giur.*, 2010, n. 11, pag. 1108-1121;

De Michele V., *Il contratto a tempo determinato*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 20 e ss.;

De Michele V., *Per grazia ricevuta il Jobs Act n. 1: la precarietà diventa regola sociale...a termine*, in *Lav. prev. oggi*, 2014, vol. 41, fasc. 7/8, pagg. 372-428;

De Sande Pérez-Bedmar M., *Empleo y prestación de servicios en la Administración pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006;

Del Punta R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, n. 89, pagg. 3-45;

Di Paola L., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, Milano, 2013;

Di Paola L.- Fedele I., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011;

Dollé M., *Francia. Riforme del mercato del lavoro e politiche contro la disoccupazione: i nuovi orientamenti*, in *Riv. pol. soc.*, 2007, n. 2, pag. 131 e ss.;

Dubrac M., *Le contrat à durée déterminée. Conclure et gérer*, Gereso, Le Mans, 2010;

Durán López F., *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, n.1, pagg. 227-241;

Enrico C., *La Court D'Appel si pronuncia sul contrat nouvelles embauches. Quale impatto sulle recenti politiche francesi del lavoro?*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 4, pagg. 1278-1280;

Escudero R., *Le relazioni industriali in transizione: contrattazione collettiva o individuale? Il caso spagnolo*, in *Lav. dir.*, 1987, n. 4, pagg. 672-683;

Eurostat statistical data base, *Temporary employees as a percentage of the total number of employees* da <http://epp.eurostat.ec.europa.eu>;

Falasca G., *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012, n. 92, Supplementi di Guida al Lavoro*, 2012, n. 3, pag. 27 e ss.;

Fernández Sánchez S., *La Carta Sociale Europea quale strumento di tutela dei diritti sociali in ambito nazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pagg. 543-558;

Ferrante V., *Stabilità del rapporto e lavoro a termine in Spagna: una riflessione comparata alla luce della Direttiva Europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pagg. 285-323;

Ferrante V., *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la Direttiva sul lavoro a termine*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, n. 1, pag. 215 e ss.;

Ferrante V., *L'esperienza spagnola: il difficile equilibrio tra precarietà e promozione dell'impiego*, in Garilli A.- Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 285 e ss.;

- Ferrante V., *Tutela multilivello, norme ambigue, definizione dei ruoli. Il caso del contratto a termine*, in *Lav. dir.*, 2014, n. 2-3, pagg. 413-429;
- Ferraro G., *Il contratto a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 3, pag. 650 e ss.;
- Ferraro G., *Tipologie di lavoro flessibili*, Giappichelli, Torino, 2009;
- Foglia R.- Cosio R. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011;
- Franza G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010;
- Fundación Fedea, *Propuesta para la reactivación laboral en España*, 21.04.2009, <http://documentos.fedea.net/pubs/pr/2009/pr-2009-01.pdf>;
- Gaeta L., *Stabilità e precarietà nel diritto del lavoro in trasformazione*, X^a lezione Biagi-D'Antona, Bologna, 16 maggio 2012, testo dattiloscritto;
- Galizia C., *Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia ed in Spagna*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, n. 4, pagg. 1065- 1086;
- Galleano S., *Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine e l'opzione comunitaria*, in *Lav. giur.*, 2010. n. 11, pag. 1099 e ss.;
- Garáte Castro F.J. (a cura di), *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcellona, 2004;
- García Ninet J. I.- Vicente Palacio A., *Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998;
- García Piqueras M., *Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral*, Comares, Granada, 1996;
- Garofalo R., *Lavoro pubblico, abuso di contratto a termine e tutela risarcitoria*, in M. D'Onghia-M. Ricci (a cura di) *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 151 e ss.;
- Garofalo M. G.- Leone G. (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009;
- Ghera E., *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, n. 3, pag. 305 e ss.;
- Ghinoy P., *Il contratto di lavoro a tempo determinato tra flessibilità e sicurezza: profili giurisprudenziali*, in *Quest. lav.*, 2011, n. 4, pag. 3 e ss.;
- Ghirardi N., *La disciplina del contratto a termine nel contratto francese*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, n. 3, pag. 55 e ss.;
- Giubboni S. , *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2011, n. 115, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;
- Giugni G., *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, n. 1, pag. 11 e ss.;

Goerlich Peset J. M.- J. Vega López J., *¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla (a propósito de las SSTs, dictadas en unificación de doctrina, de 7 de octubre y 10 y 30 de diciembre de 1996 y 14 de marzo, de 24 abril y 7 de julio de 1997)*, in *Rel. lab.*, 1998, tomo I, pagg. 569-587;

Golestanian M., *Les limites du remplacement par contrats à durée déterminée des salariés temporairement absent*, in *Dr. ouvr.*, 2001, n. 631, pag. 98 e ss.;

Gottardi D., *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2007, n. 52, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;

Gragnoles E., *Il sistema sanzionatorio nel rapporto di lavoro a tempo determinato e la proposizione della domanda giudiziale*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 8-9, pag. 773 e ss.;

Gragnoles E., *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, pag. 429 e ss.;

Gragnoles E., *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pagg. 679-691;

Greco M.G., *Agenti negoziali e livelli contrattuali nella disciplina del contratto a termine dell'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 1, pagg. 124-134;

Greco P., *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939;

Guadagno S., *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 3, pag. 671 e ss.;

Heinis M., *Les critères du contrat à durée indéterminée dans la jurisprudence administrative*, in *Dr. soc.*, 1994, n. 12, pagg. 995-1101;

Henriot P., *La cessation de la fourniture de travail et du paiement des salariés en réponse à l'action en requalification du CDD: conséquences et sanction*, *Dr. ouvr.*, 2011, n. 761, pag. 701.

Henry M., *La réintégration des salariés non protégés*, in *Dr. ouvr.*, 1995, n. 562, pag. 371 e ss.;

Herrero Nieto B., *La simulación y el fraude de ley en el derecho del trabajo*, Bosch, Barcellona, 1958;

Ichino A.- Ichino P., *A chi serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, n. 1, pagg.459-505;

Institut National de la Statistique et des études économiques, *Enquête Emploi 2013*, da www.insee.fr;

Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de Población Activa, IV° trimestre 2014*, da www.ine.es;

Jeammaud A., *Le droit du travail en changement. Essai de mesure*, in *Dr. Soc.*, 1998, n. 3, pag. 211 e ss.;

- Kahn-Freund O., *Labour and the law*, Steven & Sons, Londra, 1977;
- Kerbourec'h J.Y., *Le contrat à durée déterminée irrégulier en droit privé et en droit public: des problèmes communs aux solutions contrastées*, in *Dr. soc.*, 1995, n. 12, pagg. 987-996;
- Lahera Forteza J., *La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública*, in *Rel. lab.*, 2002, tomo II°, pagg. 679-685;
- Lahera Forteza J., *El ¿definitivo? reconocimiento del complemento de antigüedad a los trabajadores temporales*, in *Rel lab.*, 2003, tomo I°, pagg. 815-820;
- Lahera Forteza J., *La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, in *Rel. lab.*, 2007, n. 10, pagg. 39-45;
- Laulom S., *Il diritto francese di fronte alla crisi*, in G. LOY (a cura di) *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, Roma, 2011, pagg. 141-168;
- Leccese V., *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pagg. 709-727;
- Leone G., *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del lavoro a tempo determinato*, in Garofalo M. G.- Leone G. (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009, pagg. 37-57;
- Leone G. *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 4, pagg. 729-743;
- Lo Faro A., *Così fan tutti? Politica e politica del diritto nelle riforme dei governi conservatori in Italia e in Spagna*, in *Lav. dir.*, 2002, n. 3, pagg. 505-537;
- Loffredo A., *L'accordo interconfederale spagnolo di aprile 1997 sulla estabilidad del empleo*, in *Lav. dir.*, 1998, n. 1, pagg. 201-219;
- Loi P., *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, n. 21, pagg. 547- 585;
- Loy G. (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, Roma, 2011;
- Lopez Gandia J., *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997;
- Lozito M., *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, n. 2, pag. 193-219;
- Lunardon F., *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, n. 1, pag. 41-56;
- Lunardon F., *Le nullità nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, n.3, pag. 653-671;
- Lyon Caen G., *Plasticité du capital et nouvelles formes d'emploi*, in *Dr. soc.*, 1980, n. 9-10, pagg. 8-18;

Lyon Caen P., *Sanction des irrégularités formelles du contrat à durée déterminée: faut-il modifier la jurisprudence?*, in *Dr. soc.*, 2003, n. 7-8, pagg. 712-716;

Magnani M., *Ancora sul contratto a termine: tanto rumore per nulla?*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, tomo II, Cacucci, Bari, 2008, pagg. 631- 639;

Magnani M., *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009;

Magrini S., *Lavoro (contratto individuale di)*, (voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, XXIII, pag. 369 e ss.;

Marécal L., *Les conditions de reconduction d'un CDD en CDI*, in *Act. jur. dr. adm.*, 2012, n. 41, pag. 2275 e ss.;

Maresca A., *Le innovazioni legislative in materia di contratti a termine*, in De Luca Tamajo R.- Ventura L. (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza (la legislazione degli anni 1977-1978)*, Jovene, Napoli, 1979, pag. 373 e ss.;

Maresca A., *Il contratto a termine per la formazione dei giovani*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, n. 3, pagg. 465-504;

Maresca A., *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, D. lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 3, pag. 287 e ss.;

Marinelli F., *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT, 2009, n. 85, reperibile su www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;

Marinelli M., *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in Garilli A.- Napoli M. (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 45 e ss.;

Marín Alonso I., *El empleo público laboral en el Estatuto básico del empleado público*, in *Rel. lab.*, 2009, n. 8, pagg. 21-46;

Mariucci L., *Un decreto da cambiare, che contraddice il job act annunciato da Renzi*, in *Lavoro Welfare*, 2014, n. 4, pag. 25 e ss., da www.lavorowelfare.it;

Martinez Emperador R., *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*, Servicio de publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983;

Mattarella A., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1970;

Mazzotta O., *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011;

Menghini L., *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni Ottanta*, Giuffrè, Milano, 1980;

Menghini L., *I problemi interpretativi in materia di lavoro a termine nella recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, n.1, pagg. 127-197;

Menghini L., *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *Quad. dir.*

lav. rel. ind., 2000, pag. 167 e ss.;

Menghini L., *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, n. 4, pagg. 695-730;

Menghini L., *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della corte di Giustizia del 2006*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, n. 6, pagg. 1105-1128;

Menghini L., *La conversione giudiziale dei rapporti precari con la p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. giur.*, 2011, n. 12, pagg. 1238-1249;

Menghini L., *L'indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, pag. 32 e ss.;

Menghini L., *Contratti, ammortizzatori, politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, n. 33, pag. 93 e ss.;

Menghini L., *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 5, pag. 455 e ss.;

Menghini L., *La nuova disciplina del lavoro a termine: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 6, pagg. 1222-1244;

Mengoni L., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 45, pag. 6 e ss.;

Mengoni L., *L'evoluzione del pensiero di Ludovico Barassi dalla prima alla seconda edizione del Contratto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, n. 1, pag. 209 e ss.;

Mercader Uguina J.R., *La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999;

Michel J., *Quelque réflexions sur une évolution possible des sanctions en droit du travail*, in *Dr. soc.*, 2004, n. 9-10, pagg. 817-824;

Miñarro Yanini M., *Empleo público y contratos de «indeterinos»: de la azarosa racionalización judicial a la continua confusión legal*, in *Rev. trab. seg. soc.*, 2015, n. 384, pagg. 15-40;

Miscione A., *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, n. 2, pag. 615 e ss.;

Miscione M., *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in M. D'Onghia- M. Ricci (a cura di) *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 177 e ss.;

Miscione M., *«Jobs Act» con un primo decreto- legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *Lav. giur.*, 2014, n. 4, pag. 305 e ss.;

Montoya Melgar A., *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1981;

Montoya Melgar A., *La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio*, *Rev. min. tr. as. soc.*, 2001, n. 33, pagg. 61-73;

Montuschi L., *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1962, II, pag. 901 e ss.;

Montuschi L., *Questioni vecchie e nuove in materia di contratto a termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, n.1, pagg. 59-77.

Montuschi L., *La riforma del contratto a termine (un caso di bricolage normativo)*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, pag. 27 e ss.;

Montuschi L., *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, pag. 41 e ss.;

Montuschi L., *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, n. 1, pag. 109 e ss.;

Morello U., *Frode alla legge* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 2007, pag. 501 e ss.;

Morvan P., *La chimère du contrat de travail unique, la fluidité et la créativité*, in *Dr. soc.*, 2006, n. 11, pag. 959 e ss.;

Muggia R., Muggia S., *Una sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a termine che lascia molti dubbi*, in *Lav. giur.*, 2012, n. 3, pag. 252 e ss.;

Naimoli S., *Il lavoro a termine nel settore dello spettacolo*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, n. 2, pagg. 390-394.

Nannipieri L., *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, D.lgs. n. 368/2001 e 36, D.lgs. n. 165/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, n. 2, pag. 742 e ss.;

Napoli M., *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. Garilli A.- M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, pag. 85 e ss.;

Nodari P., *Fonte collettiva dei contratti a termine e causali soggettive*, in *Lav. giur.*, 2006, n. 8, pag. 781 e ss.;

Nogler L., *La deriva risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav.*, 2006, n. 29, pag. 63 e ss.;

Novella M., *Analisi economica ed interpretazione nel diritto del lavoro*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, n. 3, pagg. 311-344;

Novella M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, pag. 509 e ss.;

Nunin R., *Impiego pubblico, violazione delle regole sul lavoro a termine ed adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 2, pagg. 244-254.

OECD Statistics, Share of temporary employment- Strictness of temporary employment protection, da <http://stats.oecd.org>;

Ojeda Avilés A., *Los trabajadores temporales: (problemas jurídicos de eventuales, interinos y temporeros en derecho español)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla Serie Derecho, n. 17, Siviglia, 1973;

- Ojeda Avilés A., *Il diritto del lavoro oltre il contratto di lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 95, pag. 463 e ss.;
- Olivieri A., *La successione di contratti a termine nella P.A.: la via italiana e quella spagnola*, in *Lav. pubbl.amm.*, 2012, n. 5, pag. 759 e ss.;
- Olivieri A., *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità ed irrazionalità di sistema*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 2, pag. 285 e ss.;
- Pacifici-Mazzoni E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, tomo II°, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1927;
- Panci M., *Proroga, continuazione di fatto e rinnovi*, in *Jobs act e contratto a tempo determinato. Atto I* (a cura di G. Santoro-Passarelli), Giappichelli, Torino, 2014, pagg. 19-34;
- Pate F., Bez G., Koepp P., Tardieu M., *Les pactes nationaux pour l'emploi des jeunes*, in *Rev. trav. et empl.*, 1980, n. 6, pagg. 15-61;
- Papaleoni M., *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 3, pag. 665 e ss.;
- Pedrazzoli M., *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status, riflessioni su Barassi e il suo dopo*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 2, pag. 263 e ss.;
- Pélissier J., *Le renouvellement des contrats de travail à durée déterminée après la loi du 3 janvier 1979*, in *Dr. soc.*, 1980, n. 9-10, pagg. 47-53;
- Pélissier J., Supiot A., Jeammaud A., *Droit du travail*, Dalloz, Parigi, 2008;
- Pélissier J., Dockés E., Auzero G., *Droit du travail*, Dalloz, Parigi, 2012;
- Peretti-Griva D. R., *La specialità del rapporto giustificante l'apposizione del termine*, in *Mass. giur. lav.*, 1933, pag. 280.
- Pérez Rey J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida*, Lex Nova, Valladolid, 2004;
- Perrino A.M., *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, n. 4, pag. 509 e ss.;
- Perulli A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 3, pagg. 561-586;
- Petraccone G., *La nuova legge sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Il nuovo diritto*, 1963, pag. 337 e ss.;
- Pessi R., *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 2, pag. 297 e ss.;
- Pignoni M.T., *Il caso francese alla luce delle recenti rivolte contro la precarietà*, in *Quad. rass. sind.*, 2006, n. 3, pag. 127 e ss.;
- Pirelli F., *Stabilità o precariato: problemi e prospettive nell'evoluzione della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, pagg. 248-300;

Plaia A., *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium Iuris*, 2009, n. 11, pagg. 1186-1193;

Poirier M., *La nullité du licenciement décidé en représailles d'une action judiciaire en requalification de contrats à durée déterminée illicites*, in *Dr. ouvr.*, 2011, n. 761, pag. 706 e ss.;

Poulain G., *La distinction des contrats de travail a durée déterminée et indéterminé : essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Parigi, 1971;

Poulain G., *La loi n. 79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de de travail à durée déterminée*, in *Dr. soc.*, 1979, n. 3, pagg. 67-79;

Poulain G., *Les contrats de travail à durée déterminée*, Editions Litec, Parigi, 1994;

Proia G., *I "cortocircuiti" tra flessibilità e rigidità nei modelli contrattuali di accesso al lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 4-5, pag. 780 e ss.;

Putaturo Donati F., *Conversione del contratto a termine e forfetizzazione del risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, n. 1-2, pag. 24 e ss.;

Quintanilla Navarro Y.- Sempere Navarro A.V., *La contratación laboral de duración determinada en las Administraciones públicas*, in *Contratos de trabajo temporales* (a cura di Sempere Navarro A.V. - Martín Jiménez R.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pag. 625 e ss.;

Raboteau Duval M., *Le droit des contrats de travail à durée déterminée en droit espagnol et en droit française*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix en Provence, 2004;

Raimondi E., *Il contratto a termine tra principi comunitari ed interpretazioni nazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, n. 2, pag. 67 e ss.;

Raimondi E., *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 1, pag. 41 e ss.;

Riccobono A., *Il dibattito su flessibilità e rimodulazione delle tutele. La modernizzazione del diritto del lavoro tra crisi economica e possibili percorsi di riforma*, in G. LOY (a cura di) *Diritto del lavoro e crisi economica. Misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Ediesse, Roma, 2011, pagg 169-193;

Richard P., *Loi de modernisation sociale et contrat à durèe déterminée*, in *Semaine Juridique-Enterprise et affaires*, 2002, n. 12, pag. 490 e ss.;

Riva-Sanseverino L., *Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1952;

Rivero J.- Savatier J., *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Parigi, 1970;

Rivero J.- Savatier J., *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Parigi, 1984;

Roccella M., *Commento sub art. 23*, in T.TREU-F.LISO-M.NAPOLI (a cura di), *Commentario alla legge 28 febbraio 1987, n. 56*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, n. 4, pagg. 758-773;

Roccella M., *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in *Riv. dir. lav. lav.*, 1994, n. 4, pag. 69 e ss.;

- Roccella M.- Treu T., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012;
- Rodriguez-Piñero M., *La relación de trabajo de duración determinada*, in *Rev. pol. soc.*, 1961, n. 50, pagg. 27-66;
- Rodriguez-Piñero M., *La igualdad en los tratamientos laborales y su relevancia constitucional*, in *Rel. lab.*, 1999, tomo II°, pagg. 85-95;
- Rodriguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, *Sobre el contrato de trabajo "único"*, in *Rel. lab.*, 2009, n. 1, pagg. 111-124;
- Rodriguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, *La reforma laboral y el dinamismo del contrato de trabajo*, in *Rel. lab.*, 2010, n. 21-22, pag. 1 e ss.;
- Rodriguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, *La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE*, in *Rel. lab.*, 2011, n. 21, pag. 1 e ss.; 2012, n. 1, pag. 1 e ss.; 2012, n. 3, pag. 1 e ss.;
- Rodriguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, *La nueva reforma laboral*, in *Rel. lab.*, 2012, n. 5, pag. 1 e ss.;
- Rodriguez-Piñero M. y Bravo Ferrer, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, *Riv. giur. lav.*, 2013, n. 3, pagg. 521-538;
- Romagnoli U., *Ed è subito ieri (a proposito di precarietà del rapporto di lavoro)*, in *Riv. dir. lav. lav.*, 2007, n. 1, pag. 111 e ss.;
- Roy- Loustaunau C., *La requalification du contrat à durée déterminée: l'apport de l'arrêt Air liberté*, in *Dr. soc.*, 1998, n. 9-10, pag. 799 e ss.;
- Roy-Loustaunau C., *La lutte contre le precarieté des emplois: une réforme du CDD discrète mais non sans importance*, in *Dr. soc.*, 2002, n. 3, pag. 304 e ss.;
- Roy-Loustaunau C., *Contrat de travail à durée déterminée: requalification-sanction et qualification*, in *Dr. soc.*, 2003, n. 5, pag. 465 e ss.;
- Roy- Loustaunau C., *La sort de l'indemnité de precarité après requalifications-sanction du CDD: une opération lucrative inattendue*, in *Dr. soc.*, 2011 n. 11, pag. 925 e ss.;
- Rusciano M., *Contratto collettivo ed autonomia sindacale*, Utet, Torino, 2003;
- Russo M., *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego*, in *Jobs act e contratto a tempo determinato. Atto I* (a cura di G. Santoro-Passarelli), Giappichelli, Torino, 2014, pagg. 123-143;
- Sala Franco T., *El contrato de trabajo a termino y el ordenamiento laboral español*, in *Rev. pol. soc.*, 1973, n. 99, pagg. 29-44;
- Sánchez Icart F.J., *Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable*, in *Rel. lab.*, 1994, tomo II°, pagg. 147-165;
- Sánchez Morón M., *Comentario a la ley del Estatuto básico del empleado público*, Lex Nova, Valladolid, 2008;
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, ristampa 2002;

- Santoro Passarelli G. (a cura di), *Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, pag. 25 e ss.;
- Santoro Passarelli G. (a cura di), *Jobs act e contratto a tempo determinato. Atto I*, Giappichelli, Torino, 2014;
- Santoro Passarelli G., *Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro*, da www.quotidianogiuridico.it del 20 maggio 2014;
- Santucci R., *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in *Dir. lav. merc.*, 2003, n. 1, pag. 215 e ss.;
- Saracini P., *Il contratto a termine dinanzi alla Consulta: il risarcimento rimane "sbilanciato"*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, n. 3, pag. 539 e ss.;
- Saracini P., *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013;
- Saramito F., *Le contrat de travail a durée déterminée*, in *Dr. ouvr.*, 1966, pag. 227 e ss.;
- Saramito F., *Vers un déclin du contrat de travail à durée déterminée?*, *Dr. ouvr.*, 1982, n. 412, pag. 403 e ss.;
- Saramito F., *Le regime du contrat de travail à durée déterminée*, in *Dr. ouvr.*, 1987, n. 2, pag. 40 e ss.;
- Savatier J., *La requalification des contrats à durée déterminée irréguliers*, in *Dr. soc.*, 1987, n. 5., pag. 407 e ss.;
- Savatier J., *L'aide aux emploi-jeunes*, in *Dr. soc.*, 1997, n. 11, pagg. 908-914;
- Schiavetti F.-Cairolì S., *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *Jobs act e contratto a tempo determinato. Atto I* (a cura di G. Santoro-Passarelli), Giappichelli, Torino, 2014, pagg. 1-18;
- Scognamiglio R., *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, n. 4, pag. 783 e ss.;
- Scorza M., *Condizioni di validità della apposizione del termine nel contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav.*, 1954, II, pag. 173;
- Sempere Navarro A.V., *Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las administraciones públicas*, in Garate Castro F.J. (a cura di), *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcellona, 2004, pag. 49 e ss.;
- Sempere Navarro A.V., Arias Domínguez Á, Pérez Campos A.I., *Contratos temporales estructurales*, in *Contratos de trabajo temporales* (a cura di Sempere Navarro A.V. - Martín Jiménez R.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pag. 125 e ss.;
- Sempere Navarro A.V. - Martín Jiménez R. (a cura di), *Contratos de trabajo temporales*, in *El contrato de trabajo*, III° vol., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2011;
- Serra A., *La riforma "Fornero-Monti" e il nuovo contratto a tempo determinato*, da "Nel Merito" del 28 giugno 2012, www.nelmerito.com;
- Simitis S., *Diritto privato e diseguaglianza sociale: il caso del rapporto di lavoro*, in *Giorn. dir.*

lav. rel. ind., 2001, n. 89, pag. 48 e ss.;

Sinzheimer U., *La democratizzazione del rapporto di lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, n. 2, pag. 217 e ss.;

Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, Napoli, 1967;

Speziale V., *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, n. 91, 3, pagg. 361-415;

Speziale V., *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 1, pag. 181 e ss.;

Speziale V., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Working papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT, 2012, n. 153, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;

Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza (parte I)*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, n. 2, pagg. 345-388;

Timellini C., *Lavoro a tempo determinato* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 2007, pag. 457 e ss.;

Tiraboschi M., *Alcune note critiche sull'accordo collettivo in materia di lavoro a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 4, pag. 461 e ss.;

Tiraboschi M.- Agut García C., *Assunzioni a termine nella Pubblica Amministrazione: un recente revirement della giurisprudenza spagnola*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, n. 2, pag. 241 e ss.;

Torrente A., *In tema di specialità del rapporto che giustifica l'apposizione del termine*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1944, pagg. 74-75;

Tosi P., *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, n. 154, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm;

Tullini P., *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, n.3, pag. 481 e ss.;

Vadalà Papale G., *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, Ufficio dello Spedalieri, Roma, 1893;

Valdés Dal-Ré F., *La disciplina jurídica del mercado de trabajo: el caso español*, in *Nueva rev. der. trab.*, 1999, n. 93, pag. 19 e ss.;

Valdés Dal-Ré F., *La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al derecho comunitario*, in *Rel. lab.*, 2004, n. 1, pagg. 1-12;

Vallauri M. L., *I "precari" della scuola arrivano davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 2, pagg. 369-379;

Vallebona A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988;

Vallebona A., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, n. 1, pag. 1 e ss.;

- Vallebona A., *La vittoria della certezza*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, n. 3, pag. 535 e ss.;
- Vallebona A.- Pisani C., *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001;
- Vardaro G., *Contrattazione collettiva e sistema giuridico*, Jovene editore, Napoli, 1984;
- Vega Díaz R., *Una rectificación jurisprudencial esperada: el despido en los interinos por vacante del sector público – Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.^a, de 24 de junio de 2014 –rec. Núm. 217/2013–*, in *Rev. trab. seg. soc.*, 2014, n. 380, pagg. 184-188;
- Veneziani B., *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, n. 69, pagg. 23-67;
- Veneziani B., *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 103, fasc. 3, pagg. 535 e ss.;
- Verkindt P.Y., *L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires*, in *Dr. soc.*, 1995, n. 11, pagg. 870-876;
- Vettor T., *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post D. lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 4, pag. 605 e ss.;
- Vettor T., *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 214 del 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, n. 4-5, pag. 1049 e ss.;
- Vettor T., *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza Sorge, tra orientamenti comunitari e applicazioni interne*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, n. 4, pag. 617 e ss.;
- Vigneau C., *Le nuove forme di flessibilità in Francia*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, n. 1, pag. 49 e ss.;
- Vigneau C., *Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, in *Dr. soc.*, 2007, n. 1, pag. 94 e ss.;
- Viscomi A., *Il pubblico impiego: evoluzione normativa ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, fasc. 137, n. 1, pagg. 53-89;
- Zappalà L., *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, n. 3, pag. 633 e ss.;
- Zappalà L., *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, pag. 171 e ss.;
- Zappalà L., *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, n. 2, pag. 1050 ss.;
- Zappalà L., *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 3, pag. 788 e ss.;
- Zappalà L., *La Consulta e la ponderazione degli interessi nel contratto a termine: stabilizzazione versus indennità risarcitoria forfezzata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 1, pagg. 274-281;
- Zappalà L., *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Giappichelli, Torino, 2012;

Zilio Grandi G.- Sferrazza M., *La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine*, in *Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78*, (a cura di F. Carinci e G. Zilio Grandi), *Adapt labour studies, e-book series* 2014, n. 30, pagg. 3-28, reperibile da <http://moodle.adaptland.it/course/view.php?id=86>;

Zoli C., *Subordinazione e poteri dell'imprenditore tra organizzazione, contratto e contropotere*, in *Lav. dir.*, 1997, n. 2, pag. 241 e ss.;

Zoli C., *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, pag. 468 e ss.;

Zoppoli L., *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 213, da www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm.

Elenco delle abbreviazioni:

<i>Act. jur. dr. adm.</i>	Actualité juridique - Droit administratif
<i>Act. jurid. fonct. pubbl.</i>	Actualité juridique – Fonction publique
<i>Arg. dir. lav.</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>Dig. disc. priv.</i>	Digesto delle discipline privatistiche
<i>Dir. lav.</i>	Diritto del lavoro
<i>Dir. lav. merc.</i>	Diritti lavori mercati
<i>Dir. merc. lav.</i>	Diritto del mercato del lavoro
<i>Dir. prat. lav.</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>Dr. ouvr.</i>	Droit ouvrier
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>D&L – Riv. crit. dir. lav.</i>	Diritto e lavoro- Rivista critica di diritto del lavoro
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Eur. dir. priv.</i>	Europa e diritto privato
<i>Foro. it.</i>	Il Foro italiano
<i>Giorn. dir. lav. rel. ind.</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Giur. compl. cass. civ.</i>	Giurisprudenza completa della Corte di Cassazione sezioni civili
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. mer.</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile

<i>Guida lav.</i>	Guida al lavoro
<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Lav. giur.</i>	Lavoro nella giurisprudenza
<i>Lav. prev. oggi</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>Lav. pubbl. amm.</i>	Lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>Mass. giur. lav.</i>	Massimario di giurisprudenza del lavoro
<i>Nueva rev. esp. der. trab.</i>	Nueva revista española de derecho del trabajo
<i>Orient. giur. lav.</i>	Orientamenti giurisprudenza del lavoro
<i>Quad. dir. lav. rel. ind.</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Quad. rass. sind.</i>	Quaderni di rassegna sindacale
<i>Rel. lab.</i>	Relaciones laborales
<i>Rev. jurispr. soc.</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>Rev. min. tr. as. soc.</i>	Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales
<i>Rev. pol. soc.</i>	Revista de politica social
<i>Rev. trab. seg. soc.</i>	Revista de trabajo y seguridad social
<i>Rev. trav. et empl.</i>	Revue travail et emploi
<i>Riv. dir. sic. soc.</i>	Rivista del diritto e della sicurezza sociale
<i>Riv. giur. lav.</i>	Rivista giuridica del lavoro
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. pol. soc.</i>	Rivista delle politiche sociali
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>Sem. jur.</i>	La Semaine juridique