



Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra Diritto sindacale comparato

EVOLUZIONE DEL DIALOGO SOCIALE NELLA COMUNITA' EUROPEA E LA DIRETTIVA N. 70/1999 CE

RELATORE

Prof. Raffaele Fabbozzi

CANDIDATO

Matr. 099463

CORRELATORE

Prof. Roberto Pessi

ANNO ACCADEMICO
2015 / 2016

Indice

Introduzione.....	3
I. Evoluzione del dialogo sociale nella Comunità Europea	6
1. Le origini del Dialogo Sociale	6
2. Programma di Azione Sociale (1974): la concertazione come strumento di integrazione europea	11
3. Il Memorandum francese e la nozione di «Spazio sociale europeo».....	14
4. La svolta di Val Duchesse e l’Atto unico europeo	17
5. Il riconoscimento istituzionale del Dialogo Sociale: il Trattato di Maastricht.....	23
6. Dalle politiche sociali alle politiche occupazionali: il Trattato di Amsterdam.....	31
II. La normativa comunitaria sul lavoro a termine	41
1. L’accordo CES, UNICE e CEEP	42
2. La direttiva n. 1999/70/CE.....	49
3. La clausola di «non regresso».....	58
4. Il principio di non discriminazione	64
5. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.....	68

III. Recepimento e trasposizione della direttiva n. 99/70 nell'ordinamento giuridico nazionale	80
1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: il decreto legislativo 6 Settembre 2001, n. 368	80
1.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: le modifiche del biennio 2007-2008.....	99
1.2. Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: la disciplina dell'articolo 32, c. 5 e 6, della L. n 183/2010....	110
2. La Legge 28 Giugno 2012 n. 92 (cd. «Riforma Monti-Fornero»): il contratto a tempo determinato tra causalità ed a-causalità.....	117
3. Il «Pacchetto lavoro»: i contratti a tempo determinato dopo la Riforma cd. «Letta-Giovannini»	133
4. Il Decreto legge 20 Marzo 2014 n. 34: la liberalizzazione del contratto a tempo determinato.....	142
5. Il contratto di lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione: brevi cenni.	155
Conclusioni.....	158
Bibliografia	160

Introduzione

L'elaborato si propone l'ambizioso obiettivo di svolgere un'approfondita disamina pertinente il lavoro a tempo determinato, procedendo, conformemente al metodo scientifico, dal generale al particolare. Preliminarmente, l'analisi si è soffermata sull'evoluzione del Dialogo sociale, *in nuce* neppure ponderato dai Padri fondatori dell'Unione Europea, essendo la stessa, originariamente, sorta per finalità economiche, quali la strutturazione di un libero mercato. Tuttavia, l'edificazione di un comune mercato economico non poteva prescindere dalla fondamentale componente sociale, meritevole, con l'incedere del tempo, di una progressiva attenzione. Pertanto, l'evoluzione del Dialogo Sociale è stata scandita da distinti periodi ed atti normativi, talora vincolanti, culminati negli incontri di Val Duchesse, in cui si è avuto un formale riconoscimento dell'imprescindibile contributo delle Parti Sociali nel progresso, sia economico sia sociale, dell'Unione Europea. A fronte di una piena legittimazione, anche normativa, le organizzazioni sindacali comunitarie, CES, UNICE e CEEP, hanno assunto un ruolo propulsivo nella disciplina di alcune materie, nel cui novero si colloca il lavoro a tempo determinato, poste a garanzia del contemperamento di opposte esigenze quali il progresso economico ed una piena tutela dei lavoratori. L'atto normativo maggiormente impiegato, deputato ad un'armonica regolamentazione delle citate materie e prediletto dalle parti sociali comunitarie, è ravvisabile nella direttiva, produttiva di un'efficacia verticale nei confronti degli Stati membri, imponendo a questi ultimi il conseguimento

di un particolare obiettivo. Un esempio paradigmatico della descritta dinamica è, indubbiamente, costituito dalla direttiva n. 1999/70/CE, in materia di lavoro a tempo determinato, recettiva dell'Accordo quadro, concluso dalle parti sociali comunitarie il 18 Marzo del 1999, ed adottata dalla Commissione Europea. I precipui obiettivi del testo normativo, volto al coordinamento ed all'armonizzazione di un complesso istituto contrattuale come il contratto a tempo determinato, si condensavano nella garanzia del principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato rispetto a quelli impiegati con un contratto a tempo indeterminato e nella strutturazione di un opportuno quadro normativo preventivo degli abusi derivanti da una fraudolenta successione dei rapporti a termine. Una volta delineate, nitidamente, le basiche premesse, la disamina si è focalizzata sulla trasposizione e sulla contestuale applicazione dei dettami comunitari nell'ordinamento giuridico nazionale. Il recepimento della normativa comunitaria nel perimetro giuslavoristico interno è avvenuto mediante la promulgazione del decreto legislativo 6 Settembre 2001 n. 368, atto di profonda e sostanziale modifica della previgente disciplina, la l. n. 230/1962, orientata verso un netto sfavore nei confronti del ricorso al contratto a tempo determinato. In ossequio ai parametri comunitari, il d.lgs. n. 368/2001 legittimava l'utilizzo del contratto a tempo determinato esclusivamente in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, arginando i margini di derogabilità della disciplina normativa da parte della contrattazione collettiva. Tuttavia, a fronte di un peggioramento delle condizioni economiche-occupazionali, sia nazionali sia comunitarie, l'impianto normativo del decreto è stato stravolto al fine di ovviare alle differenti contingenze, ancorché nei limiti della regolamentazione contenuta nella direttiva n. 1999/70/CE. Le modifiche di maggiore rilievo sono state apportate dalla legge 28 Giugno 2012 n. 92, la cd. «Riforma Fornero», istitutiva di una tipologia di contratto a termine priva delle ragioni oggettive, giustificative dell'apposizione del termine al rapporto

di lavoro, sebbene non prorogabile ed avente una durata massima pari a dodici mesi. Infine, a seguito dell'entrata in vigore dell'ultima riforma intervenuta in materia, il dl. n. 34/2014, convertito con modificazioni nella legge 21 Maggio 2014 n. 78, si è transitati verso una piena liberalizzazione del contratto a tempo determinato a-causale, prevedendosi non solo una durata più estesa, nella misura di 36 mesi, ma anche una facoltà di cinque proroghe. Le recenti riforme del contratto a tempo determinato, pur essendo frequentemente sospette di violazioni dei precetti comunitari, come opportunamente registrato, si sono manifestate, in linea di massima, sempre conformi allo spirito della Direttiva comunitaria, ambendo ad un più elevato ed armonico livello di tutela accordato nei confronti dei lavoratori.

Capitolo I

Evoluzione del dialogo sociale nella Comunità Europea

Sommario: 1. Le origini del Dialogo Sociale; 2. Programma di Azione Sociale (1974): la concertazione come strumento di politica europea; 3. Il Memorandum francese (1981) e la nozione di Spazio Sociale Europeo; 4. La svolta di Val Duchesse e l'Atto unico europeo; 5. Il Riconoscimento istituzione del Dialogo Sociale: il Trattato di Maastricht; 6. Dalle politiche sociali alle politiche occupazionali : il Trattato di Amsterdam.

1. Le origini del Dialogo Sociale

La nozione di «Dialogo Sociale», espressione volutamente generica¹, delimita un ampio ventaglio di accezioni nella prassi e nella normativa europea, esito di una cristallizzazione delle modalità con le quali le istituzioni comunitarie hanno edificato una dimensione sociale.

Le fonti comunitarie non hanno conferito un'esplicita definizione di Dialogo sociale. Secondo l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, esso esplica «tutti i tipi di negoziazione, consultazione o semplicemente scambio di informazioni tra, o fra, rappresentanti di governo, datori di lavoro e lavoratori, su questioni di comune interesse concernenti le politiche economiche e sociali». Analogamente, in una comunicazione della Commissione Europea del 1996, il Dialogo sociale è concepito come il complesso di «dibattiti tra le parti sociali europee, iniziative comuni ed eventuali negoziati tra le controparti, nonché scambi d'idee tra le stesse e le istituzioni comunitarie». Si

¹ Cfr. Romagnoli, *La concertazione sociale in Europa: luci e ombre*, in *Lav. Dir.*, 2004 p. 277.

è addivenuti, in entrambe le definizioni, ad una nozione comprensiva sia dei rapporti bilaterali, esclusivamente tra i soggetti collettivi, sia dei rapporti trilaterali, intercorrenti tra le parti sociali europee e le istituzioni comunitarie.

In altri termini, il Dialogo sociale evoca un modello di relazioni industriali che sostituisce al tradizionale bipolarismo conflittuale, proprio della contrattazione collettiva, il tripolarismo² delle parti, proprio dell'esperienza concertativa, in ragione della presenza, talvolta incisiva, della Commissione Europea³.

Infatti, l'accezione normativa di Dialogo sociale concerne, in prima istanza, la *consultazione* delle parti sociali comunitarie ad opera della Commissione Europea, istituzionalmente preposta alla funzione di promozione del dialogo sociale, *ex art.* 138 Tce, nonché all'adozione «di ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti».⁴

La polisemia della nozione di Dialogo sociale, pertanto, impone all'interprete un accertamento delle differenti accezioni, casisticamente utilizzate, al fine di dirimere i problemi giuridici generati in relazione alle sue distinte manifestazioni.⁵

Tuttavia, il Dialogo sociale, ancorché costituisca il presupposto ideale di ogni politica finalizzata a garantire la coesione economica e sociale, non ha ottenuto piena ed immediata cittadinanza. Infatti i Trattati⁶, istitutivi delle tre Comunità, riconoscevano alla politica sociale una funzione ancillare rispetto

² Cfr. Si tratta di un tripolarismo attuato mediante procedure finalizzate ad istituzionalizzare sia l'attività concertativa sia l'attività negoziale.

³ Cfr. V. Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2009, p. 463.

⁴ Cfr. F. Guarriello, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 371.

⁵ Cfr. F. Guarriello, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 372

⁶ Cfr. Il trattato CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) firmato a Parigi nel 1951; il trattato CEE (Comunità economica europea) siglato a Roma nel 1957; il trattato CEEA o EURATOM (Comunità europea dell'energia atomica) stipulato a Roma nel 1957.

al preponderante obiettivo dell'integrazione economica. In particolare, le disposizioni sociali dei Trattati reputavano la politica sociale come un insieme di *misure* volte a migliorare le condizioni di lavoro e di vita delle persone, suscettibili di realizzazione nel più ampio processo di creazione di un mercato unico. Precisamente, nel Trattato Cee, erano elencati obiettivi sociali minimi, che attenuavano l'affermazione, pressoché esclusiva, di obiettivi economici. I principi sociali del Trattato di Roma miravano ad una perequazione delle opportunità in materia di retribuzione, salute, istruzione o formazione, configurandosi quali «frammenti di uno Stato di Provvidenza»⁷ nell'affermazione di alcuni diritti della persona e nella previsione di una progressiva sicurezza ed equità sociale. Tuttavia, il Trattato demandava l'attuazione di tali principi agli Stati membri nell'esercizio delle proprie competenze «riservate», riconoscendo una competenza scarsa e residuale alla Comunità Europea.

La struttura e la devoluzione delle competenze e dei poteri, in ambito sociale, estrinsecava il duplice compromesso, conseguito in seno al Trattato di Roma, tra l'assetto politico e la struttura istituzionale e tra gli scopi economici e gli obiettivi sociali della Comunità.

Dunque, tirando le fila del discorso, il Trattato Cee conferiva alla politica sociale non solo un ruolo *complementare* all'integrazione economica, ma anche una funzione di *correttivo sociale* nel processo di creazione di un mercato unico. Paradigmatica, in tal senso, era la disposizione normativa di cui all'articolo 117 Cee⁸, ai sensi della quale il funzionamento del mercato

⁷ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea* , Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 107

⁸ L'art. 117 Cee, nella sua formulazione originaria, era una norma programmatica che vincolava gli Stati membri alla promozione del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera al fine di consentire la loro parificazione nel progresso. Il miglioramento nel progresso, nelle intenzioni del legislatore comunitario, sarebbe derivato dal combinato disposto di un triplice ordine di fattori : a) funzionamento mercato comune; b) le procedura sancite nei Trattati; c) riavvicinamento delle disposizioni giuridiche e delle politiche economiche degli Stati membri. L'art. 117, tuttavia, non indicava,

comune, unitamente all'azione delle istituzioni comunitarie, avrebbe prodotto, quale ineluttabile conseguenza, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, consentendo agli Stati membri una parificazione nel progresso. Si trattava di una proiezione, sul piano sociale, degli obiettivi da perseguire mediante l'instaurazione di un unico mercato.

Orbene, un altro, indubbiamente non secondario, fattore ostativo del pieno riconoscimento dell'autonomia della Politica sociale e, conseguenzialmente, del Dialogo sociale è costituito dalla circostanza in virtù della quale coloro che avrebbero dovuto esserne protagonisti e promotori, le rappresentanze istituzionali sociali e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, si collocavano al principio del loro processo di riconoscimento e, quindi, non esercitavano un'adeguata «forza di pressione»⁹ sia nazionale sia internazionale.

Innanzitutto, occorre citare una problematica strutturale: la carenza di legittimazione. Originariamente, nel processo creativo delle norme comunitarie, l'azione delle parti sociali, integrativa o sostitutiva dell'attività degli organismi istituzionali, non aveva cittadinanza. Parimenti, ruoli di partecipazione democratica, nei procedimenti formativi delle norme sociali, erano preclusi agli attori sociali anche alla luce delle stringenti limitazioni potestative imposte, nel Trattato di Roma, agli Stati membri, che non concedevano ulteriore margine di azione in favore di organismi non istituzionali.

Inoltre, l'organizzazione europea del sindacalismo non era ancora ben definita, sia per i lavoratori sia per i datori di lavoro. Infatti, al termine degli anni '50, le organizzazioni sindacali riconosciute, in seguito agli incontri di

esplicitamente, basi giuridiche per il suddetto riavvicinamento mediante l'armonizzazione delle legislazioni nazionali

⁹ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 108

Val Duchesse, quali parti sociali comunitarie, versavano in situazioni differenziate: la CES¹⁰, esponente degli interessi dei lavoratori, non era ancora pervenuta a costituzione, differentemente dalle associazioni dei datori di lavoro, privati e pubblici, UNICE e CEEP¹¹, le quali rigettarono per lungo tempo il riconoscimento di un livello europeo di contrattazione. La posizione della UNICE si fondava sulla convinzione che il progresso sociale, particolarmente in materia giuslavoristica, avrebbe cagionato una compressione della libertà di azione delle imprese: «più l'area dei diritti diveniva estesa più si restringeva il campo d'azione per quello spostamento di capitali e produzione che è oggi all'origine del fenomeno comunemente definito come globalizzazione».¹²

Al principio degli anni '60, infine, successivamente all'approvazione del regolamento che disciplinava le modalità di intervento del Fondo sociale europeo, la Politica e il Dialogo Sociale scomparvero dalla scena comunitaria, pervenendo in una fase medioevale. Il diritto sociale comunitario «dormì il sonno beato degli infanti»¹³, destandosi solo alla metà degli anni '70, un

¹⁰Cfr. La CES (Confederazione europea dei sindacati), in inglese ETUC (European trade union confederation), fu costituita nel 1973. La confederazione costituisce il risultato della progressiva aggregazione delle maggiori organizzazioni sindacali. Ai sensi dell'art.1 del suo Statuto, la Ces è costituita dalle Confederazioni sindacali nazionali (di tutti i Paesi membri) e dalle Federazioni industriali di settore. E' composta da un Congresso (riunito con cadenza quadriennale, salva la possibilità di riunioni straordinarie), dal Comitato direttivo e dalla Segreteria.

¹¹ La UNICE (Unione delle industrie della Comunità Europea), in inglese «Union of Industrial and Employers of Europe» fu costituita nel 1958 dalle Confederazioni imprenditoriali di tutti i Paesi fondatori della CEE. Si compone di confederazioni imprenditoriali dei singoli Stati e di federazioni, a livello di settore, rappresentative delle imprese industriali nazionali. Gli organi statutari sono : il Consiglio dei Presidenti (costituito dai Presidenti delle Confederazioni affiliate), il Comitato esecutivo ed un Segretariato Generale.

Il CEEP (Centro europeo delle Imprese Pubbliche) è stato costituito nel 1958. Diversamente dalle altre organizzazioni sindacali, ammette le iscrizioni di soggetti individuali o collettivi. Infatti l'art. 4 dello statuto stabilisce che possono diventare membri del CEEP le imprese, i gruppi e le organizzazioni di datori di lavoro a partecipazione pubblica o che esercitano in modo significativo delle attività di interesse pubblico, così come le associazioni che li raggruppano. E' composto di organi statutari analoghi alle altre Confederazioni comunitarie.

¹² Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009, p.174.

¹³ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p.

decennio noto per una rinnovata cognizione della necessità di affermare i diritti dei cittadini e dei lavoratori.

2. Programma di Azione Sociale (1974): la concertazione come strumento di integrazione europea

Negli anni '70, l'insussistenza della Politica e del Dialogo Sociale divenne maggiormente intensa. Il Rapporto Warner (1970), che ha tratto la propria denominazione dal cognome del suo autore, il Ministro delle finanze del Lussemburgo, Pierre Warner, constatava impietosamente l'asimmetria intercorrente tra l'avanzante integrazione economica e la carente coesione sociale. In particolare, si demarcava che il processo di creazione di un mercato comune non avesse generato, quale imprescindibile corollario, l'integrazione sociale.

Durante la Conferenza dei Capi di Stato e di Governo di Parigi, primo Vertice successivo alla conclusione del periodo transitorio (par.1), tenutosi nell'ottobre del 1972, i governi nazionali, congiuntamente, affermarono la necessità di «un'azione vigorosa» in ambito sociale ed autorizzarono un primo «Programma d'azione sociale». La Commissione europea, all'uopo, predispose un progetto di Programma comunitario in cui da un lato si illustravano gli obiettivi di prioritaria realizzazione (aumento dell'occupazione, maggiore equità sociale e un generale miglioramento delle condizioni di vita), dall'altro si suffragava la necessità di un Programma di azione sociale da adottare nella prima fase dell'Unione economica e monetaria.

Il progetto di Programma sociale affermava la rilevanza della *concertazione* tra le parti sociali e le istituzioni comunitarie, quale fondamentale strumento finalizzato alla graduale armonizzazione delle politiche sociali degli Stati membri. Si delineavano nitidamente, per la prima volta, i confini di un'Europa dimensionalmente tripartita: una «Unione sociale europea», consolidata dall'azione delle parti sociali, sullo stesso piano dell'Unione economica e monetaria e dell'Unione politica. Il progetto, dunque, aveva ponderato una prima ed embrionale nozione di *Spazio sociale europeo*, fondata su un binomio di linee-guida: l'interdipendenza funzionale tra ambito economico e sociale e la necessità di strutturare le politiche comunitarie sul consenso sociale.

Recepite le conclusioni del Vertice di Parigi, il Consiglio adottò una risoluzione, in data 21 Gennaio 1974, relativa al Programma di azione sociale della Comunità Europea. Il Consiglio, in una prima fase compresa nel biennio 1974-'76, si impegnavano ad adottare le misure prodromiche al conseguimento dei seguenti obiettivi: «la realizzazione del pieno e migliore impiego della Comunità»; «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che ne consenta la parificazione nel progresso»; «una crescente partecipazione delle parti sociali alle decisioni economiche e sociali della Comunità e dei lavoratori alla vita delle imprese».

Il Programma di azione sociale, riconoscendo l'inscindibilità del connubio tra l'integrazione economica e l'evoluzione della politica sociale, legittimava interventi diretti della Comunità Europea, sino ad allora preclusi all'azione comunitaria, nelle materie dell'occupazione, delle condizioni di lavoro e della sicurezza sociale. Erano, inoltre, consentite attività più incisive nei confronti di categorie svantaggiate (es. portatori di handicap) o di soggetti discriminati in ragione dei propri orientamenti sessuali o religiosi, nonché predisposti progetti-pilota per la lotta contro la povertà.

La Politica Sociale, quindi, integrava un fattore *positivo* dell'integrazione economica, poiché concorrevà alla realizzazione degli obiettivi sanciti nel Trattato di Roma, e la sua evoluzione non era più ritenuta subordinata al funzionamento del mercato comune. Sicché furono istituzionalizzate alcune sedi di confronto tra la Commissione europea e i rappresentanti dei governi, dei lavoratori e delle imprese, quali il *Centro Europeo per lo sviluppo della formazione professionale* e la *Fondazione Europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro*, aventi sede rispettivamente a Berlino e Dublino; i Comitati specializzati furono deputati ad assistere la Commissione e il Consiglio nella elaborazione di specifiche proposte; furono istituiti anche Comitati paritari di settore, composti da rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori, titolari di funzioni consultive concernenti questioni sociali alla luce del progresso della legislazione comunitaria in diversi settori economici.¹⁴

D'altra parte, il Programma sociale di azione funse da impulso per una prolifica normazione sociale comunitaria: esemplari le direttive per l'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi membri pertinenti la parità retributiva uomo-donna (dir. n. 75/117), i licenziamenti collettivi (dir. n. 75/129), la parità di condizioni di lavoro e di trattamento tra uomini e donne e l'accesso al lavoro, la formazione e la promozione professionale (dir. n. 76/207) o l'attuazione progressiva della parità di trattamento uomo-donna nell'ambito della sicurezza sociale (dir. n. 79/7).

Purtroppo, la realizzazione del Programma, inevitabilmente, fu parziale a causa di un combinato disposto di congiunture sfavorevoli come: la riacutizzazione della crisi economica, in particolare in alcuni settori e regioni della Comunità; il progressivo impatto della flessibilità; il secondo

¹⁴ Cfr. F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva : il dialogo sociale*, Milano, 1992, p. 29.

ampliamento della Comunità, in seguito all'ingresso della Grecia nel 1981, che incrementò le «differenze nelle condizioni di vita e di lavoro»¹⁵.

Conclusivamente, è incontrovertibile che il Programma sociale di azione abbia costituito un transito evolutivo per la Politica e il Dialogo sociale, puntellato ulteriormente dalla stesura del *Memorandum francese* (1980).

3. Il Memorandum francese e la nozione di «Spazio sociale europeo»

Nel 1980, Francois Mitterrand, in occasione della sua prima partecipazione al Consiglio Europeo in qualità di Presidente della Repubblica francese, presentò un Memorandum¹⁶, concernente lo *Spazio sociale europeo*, in cui si designava il Dialogo Sociale, unitamente all'aumento dell'occupazione ed al coordinamento della sicurezza sociale, nel novero delle strategie finalizzate all'efficace raggiungimento dell'integrazione sociale e, più in generale, come *condicio sine qua non* per il rilancio dell'integrazione europea.

L'autore C. Philip, decifrando il progetto predisposto nel Memorandum, ha rielaborato la nozione di Spazio sociale europeo, *in nuce* delineata nel Programma di azione sociale, nei seguenti termini: “Se un giorno esisterà una forma qualsiasi di Unione Europea, essa non potrà ignorare il diritto sociale. Questo diritto, inteso in senso ampio, vale a dire non limitato al diritto del lavoro ma comprendente anche la politica sociale ed alcuni aspetti

¹⁵ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 117

¹⁶ Il Memorandum («ciò che si deve ricordare») è un documento diplomatico promanante da un soggetto internazionale e rivolto ad un altro soggetto, o una pluralità di soggetti, di diritto internazionale. Pur essendo un documento ufficiale, non estrinseca alcuna efficacia vincolante nei confronti del soggetto che lo adotta.

della politica dell'impiego, dovrà costituire un obiettivo prioritario dell'Europa. Se si vorranno convincere i cittadini dei vari Stati membri della necessità di costruire l'Europa, niente sarà più utile di un diritto sociale europeo che riconosca ad ogni individuo, di qualsiasi nazione, lo stesso statuto giuridico di cui possa avvalersi dinanzi alle autorità del suo Paese e quelle di altri Stati, nel cui territorio il cittadino europeo si trovi per qualsiasi ragione”¹⁷.

Il Memorandum francese, sostenendo la necessità di un «prolungamento sociale» dell'Unione economica, stabiliva l'essenziale conseguimento di tre obiettivi: l'occupazione, reputata priorità assoluta della Politica sociale e della Comunità, realizzabile mediante gli strumenti della riorganizzazione e della riduzione dei tempi di lavoro; il Dialogo sociale, suscettibile di consolidamento in virtù di una più intensa ed assidua partecipazione delle parti sociali alle politiche della Comunità; il coordinamento della sicurezza sociale, imprescindibile garanzia di un'effettiva parità di trattamento tra i lavoratori migranti da uno Stato ad un altro della Comunità. Correlativamente, lo Spazio sociale europeo avrebbe dovuto fondarsi su specifici atti normativi e su azioni mirate: la riorganizzazione concordata dei tempi di lavoro; il sostegno e la diffusione della formazione-lavoro; lo sviluppo della sicurezza sociale; l'adozione di una Carta dei diritti dei lavoratori europei.

La Commissione europea, sollecitata dal Governo francese, presentò, all'uopo, un Programma sociale «a medio termine», rubricato «Per uno sviluppo della politica sociale della Comunità: prospettive e opzioni», in cui si illustrava la prevedibile evoluzione della Politica sociale in una fase di crescita «durevolmente rallentata», da un lato, di cesura della coesione economica e sociale e, dall'altro, inducendo gli Stati membri a «ripiegare» sui

¹⁷ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p.118

sistemi sociali nazionali, segnati da una progressiva riduzione del numero degli occupati.¹⁸ Il Programma sociale, inoltre, forniva una nozione più estesa di Spazio sociale europeo, delineando sei ambiti di intervento: la riorganizzazione del tempo di lavoro; l'adattamento dei modelli di sicurezza sociale alle mutate condizioni dello sviluppo economico; i diritti fondamentali dei lavoratori; l'accesso al mercato del lavoro di soggetti appartenenti a categorie sociali «sfavorite»; la valorizzazione dei bisogni sociali come fattori di crescita; una politica attiva per la circolazione «delle persone e delle idee».

Tirando le fila del discorso, il Memorandum francese e la strategia dello Spazio sociale europeo indicavano alla Comunità due fondamentali obiettivi come l'occupazione e la protezione sociale, raccomandando l'adozione del Dialogo sociale, sia interno sia comunitario, quale metodo di integrazione europea. Si trattava di un significativo mutamento metodologico: il confronto tra le parti sociali non era più funzionale alla regolamentazione di questioni puramente tecniche, bensì concerneva direttamente il merito della politica sociale, intesa nella sua più elevata accezione.¹⁹ Si fronteggiavano due opposte visioni della Comunità Europea: un approccio «neo-realista», fondato su una politica minimalista di interventi parziali e settoriali, attuabili in forma progressiva in ragione di ciò che fosse ritenuto possibile e realista; un progetto di trasformazione globale, rivolto sia alla dimensione sociale sia all'integrazione comunitaria. L'alto valore ideale del Memorandum francese, apice dell'affermazione dell'utilità del Dialogo sociale, costituiva, d'altro canto, il suo principale limite non favorendo solo la spontanea convergenza o la graduale armonizzazione delle legislazioni nazionali, bensì sollecitando, a tal fine, accordi tra i Governi e le parti sociali su alcuni rilevanti obiettivi

¹⁸ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p.119

¹⁹ Cfr. G. Arrigo, *Il diritto del Lavoro dell'unione Europea*, Tomo I, *Principi-Fonti-Libera circolazione e sicurezza dei lavoratori*, Milano, 1998, p.119

sociali ed, in ultima istanza, ambendo ad una trasformazione globale della società.

Il provvisorio armistizio di tale conflitto ideologico fu siglato a Stoccarda in un'apposita Dichiarazione²⁰ (17-19 Giugno 1983), che demandava l'evoluzione della Politica sociale, prevalentemente, al potenziamento delle politiche economiche generali e settoriali, nonché al consolidamento delle politiche di coesione, funzionali allo sviluppo delle regione più arretrate della Comunità. La Dichiarazione di Stoccarda non si pronunciava espressamente in favore della concertazione sociale nelle politiche nazionali e comunitarie e della partecipazione dei lavoratori nelle imprese, salvo alcuni cenni pertinenti la necessaria armonizzazione delle legislazioni in ambito societario.

Una grave e netta involuzione che minacciava di vanificare le conquiste faticosamente ottenute fino a quel momento, riconducendo il Dialogo sociale in un periglioso medioevo. Si realizzarono, in tal modo, le condizioni favorevoli per una *svolta* incisiva nel futuro del Dialogo e della Politica sociale: gli incontri di Val Duchesse.

4. La svolta di Val Duchesse e l'Atto unico europeo

Il 31 Gennaio del 1985, Jacques Delors, allora Presidente della Commissione europea nonché tra i maggiori assertori del Dialogo sociale, al fine di evitare revisionismi che avrebbero decretato il definitivo fallimento del

²⁰ Nel Preambolo della Dichiarazione di Stoccarda, i Capi di Stato e di Governo asserivano di essere: “*decisi* a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali riconosciuti nelle Costituzioni e nelle leggi degli Stati membri, nella Convenzione europea per la protezione dei diritti dell’Uomo, e nella Carta sociale europea, in particolare la libertà, l’eguaglianza e la giustizia sociale; *convinti* che, per risolvere i gravi problemi economici che si pongono agli Stati membri, la Comunità deve rafforzare la sua coesione, ritrovare il suo dinamismo e approfondire la sua azione nei settori fino ad oggi non sufficientemente esplorati; *determinati* a riconoscere assoluta priorità al progresso sociale della commissione e, in particolare, al problema dell’occupazione, mediante lo sviluppo della politica sociale europea”.

progetto di integrazione globale, sia economico-monetaria sia sociale, scevro di ogni diplomatica prudenza, convocò presso il castello di Val Duchesse, nelle prossimità di Bruxelles, i primi incontri tripartiti tra la Commissione, la Confederazione europea dei sindacati, esponente degli interessi dei lavoratori, e le organizzazioni europee dei datori di lavoro privati e pubblici, UNICE e CEEP. Per la prima volta, decorsi ventisette anni dalla genesi del Mercato comune (1958), le parti sociali intervenivano direttamente non più, diversamente dal passato, negli angusti confini di specifiche e predeterminate materie, bensì nel dibattito concernente la determinazione della politica comunitaria nella sua più elevata accezione.

Una svolta decisiva che consentiva al Dialogo sociale la realizzazione di obiettivi concreti. Precedentemente, infatti, i negoziati intercorsi tra le organizzazioni, costituite a livello comunitario, di imprenditori e lavoratori si contraddistinsero per l'inconsistenza degli esiti conseguiti: significativi, a tal proposito, gli accordi per l'armonizzazione dell'orario di lavoro dei lavoratori agricoli permanenti e l'accordo europeo sull'orario di lavoro degli addetti ad attività di pastorizia, siglati rispettivamente nel 1968 e nel 1972.

Diversamente, l'esperienza di Val Duchesse²¹ ha prodotto floridi ed incoraggianti risultati, codificati in pareri comuni di definizione di principi ed obiettivi e raccomandazioni, rivolte alle istituzioni comunitarie, pertinenti alla situazione della Comunità, la formazione, l'istruzione o l'ascolto dei lavoratori. Paradigmatici, in tal senso, erano i pareri comuni aventi ad oggetto la formazione professionale degli adulti, il passaggio dalla scuola alla vita lavorativa, la creazione di uno Spazio sociale europeo della mobilità

²¹ La riunione di Val Duchesse tra la Commissione, la CES, l'UNICE e il CEEP condusse ad una *Dichiarazione comune di intenti* concernente il Dialogo sociale e l'evoluzione tecnologica (12 Novembre 1985). Un gruppo misto di lavoro fu deputato ad effettuare una disamina circa «le possibilità di pervenire dappertutto nella Comunità ad un orientamento comune sul Dialogo sociale in relazione all'introduzione di nuove tecnologie» e al sostegno della pratica del Dialogo sociale «ai livelli appropriati ed in particolare ai livelli dell'impresa e del settore, secondo le procedure in vigore in ciascun Paese» (COMMISSIONE, 1992, p. 25)

professionale e spaziale, il miglioramento delle modalità di funzionamento del mercato del lavoro in Europa, le nuove tecnologie e l'organizzazione del lavoro.²²Tuttavia, trattandosi di pareri, *ex se* opinioni non vincolanti, erano privi di efficacia precettiva. Inoltre, essi erano adottati dalle organizzazioni sindacali comunitarie dei lavoratori e dei datori di lavoro, ovvero da federazioni di secondo grado di organizzazioni nazionali, non rappresentate automaticamente dalle prime e a cui avrebbero dovuto conferire espresso mandato. Precisamente, la CES e l'UNICE non erano titolari di mandato a negoziare e gli eventuali risultati, dalle stesse conseguiti, non avrebbero estrinsecato efficacia vincolante nei confronti delle organizzazioni sindacali nazionali, sia dei lavoratori sia degli imprenditori. L'UNICE, difatti, sottoscriveva pareri comuni esclusivamente a condizione della loro mancata trasposizione in iniziative legislative ad opera della Commissione europea.²³

L'esito degli incontri di Val Duchesse, pertanto, non avrebbe potuto essere reputato, parimenti a quelli realizzati nelle stagioni precedenti, deludente poiché legittimava ed, in *nuce*, istituzionalizzava il coinvolgimento delle parti sociali nei procedimenti formativi della normativa comunitaria. I pareri comuni, ancorché privi di efficacia normativa, vincolavano gli autori ad un'opera «di *moral suasion* nei confronti delle istituzioni comunitarie e degli attori nazionali di rispettiva appartenenza, per una traduzione dei precetti, in essi contenuti, in atti governo o in regolamenti contrattuali».²⁴ L'esperienza di Val Duchesse affermava, perentoriamente, il rilievo essenziale del Dialogo sociale nella cornice del progresso della legislazione sociale europea, la quale, non solo, era stata contrassegnata da molteplici periodi di stasi, ma anche, alla

²² Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009,p.179

²³ Cfr. R. Nunin, *Il Dialogo sociale europeo : attori, procedure e prospettive*; Giuffré, Milano, 2001,p.19

²⁴ Cfr. M. Biagi, *Le Relazioni industriali nell'Unione Europea*, *Dir. delle Relazioni Industriali*, n. 3/1997, p.16

luce della delegificazione in favore dell'attività negoziale, era carente di premesse, metodo e risultati propri della concertazione e della contrattazione.

L'utilità del confronto delle parti sociali fu trasfusa nell'Atto unico europeo²⁵, un complesso di disposizioni emendative ed integrative dei tre Trattati istituitivi della Comunità europea, entrato in vigore il 1° Luglio del 1987. L'Atto unico europeo introdusse alcune innovazioni istituzionali fondamentali per l'evoluzione della Politica e del Dialogo sociale.

Specificatamente, in prima istanza, l'articolo 21 dell'Aue²⁶ disponeva l'integrazione del Trattato CEE mediante la seguente disposizione : *«Articolo 118 A - 1. Gli Stati membri si adoperano per promuovere il miglioramento in particolare dell'ambiente di lavoro per tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori, e si fissano come obiettivo l'armonizzazione, in una prospettiva di progresso, delle condizioni esistenti in questo settore. 2. Per contribuire alla realizzazione dell'obiettivo previsto al paragrafo 1, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, in cooperazione con il Parlamento europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro»*. L'articolo 118A estrinsecava la nitida intenzione degli Stati membri di conferire maggiore dinamismo alla Politica sociale, consentendo al Consiglio l'adozione di direttive, in ambito sociale, con procedure a maggioranza qualificata e non più all'unanimità. La norma, altresì, si configurava come attuativa, in particolare, dell'obiettivo del

²⁵ L'Atto unico europeo fu sottoscritto, precisamente, il 28 Febbraio 1986 in Lussemburgo. Il preminente obiettivo dell'Atto era la completa realizzazione, entro il 31 Dicembre del 1992, del *mercato unico*, qualificato come uno spazio senza frontiere in cui fosse garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Inoltre, era previsto il conseguimento di obiettivi quali : una maggiore *coesione economica* tra le regioni europee (riduzione delle disparità regionali mediante la riforma dei Fondi strutturali); il consolidamento della *politica sociale*; il potenziamento della *cooperazione monetaria*; l'introduzione nel Trattato CEE di norme pertinenti la *tutela dell'ambiente e la ricerca scientifica e tecnologica*.

²⁶ L'articolo 21 dell'Atto unico europeo si colloca nel Titolo II, Capo II- Disposizioni che modificano il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea- Sottosezione III, Politica Sociale

«miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso» e, in generale, dell'armonizzazione dei sistemi sociali e delle disposizioni giuridiche nazionali. Tuttavia, l'articolo 118A, alla luce dell'esigua chiarezza espositiva del dato normativo, a cagione della terminologia impiegata e della relativa connessione, scatenò vivaci dispute interpretative concernenti l'ambito materiale di applicazione e l'intensità della tutela prevedibile. Dapprincipio invalse un'interpretazione restrittiva secondo la quale le direttive, adottate ai sensi della norma *de qua*, avrebbero dovuto riguardare, esclusivamente, la materia della sicurezza e dell'igiene dei lavoratori in senso stretto e, all'uopo, fissare obblighi minimi per gli Stati membri. Successivamente, prevalse un'interpretazione estensiva, suffragata congiuntamente dal Parlamento europeo, Commissione Europea e Corte di Giustizia europea, in virtù della quale l'ambito applicativo dell'articolo 118A non sarebbe circoscrivibile ai soli aspetti della tutela della sicurezza del lavoratore, essendo suscettibile di un'estensione nei confronti dei profili pertinenti le modalità e l'organizzazione del lavoro. L'interpretazione estensiva, dominante, fu produttiva di incisivi effetti sul diritto secondario: la nozione «ergonomica» di tutela dell'ambiente di lavoro, enucleata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, è comprensiva sia delle condizioni di lavoro, correlate alla tutela della salute e della sicurezza, sia di profili rilevanti connessi alle modalità della prestazione lavorativa.²⁷

In secondo luogo, l'articolo 22 dell'Atto unico europeo²⁸ stabiliva l'introduzione nel Trattato CEE della norma seguente: «*Articolo 118 - B La Commissione si sforza di sviluppare a livello europeo un dialogo tra le parti*

²⁷ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p.130

²⁸ Titolo II, Capo II- Disposizioni che modificano il Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea- Sottosezione III, Politica Sociale

sociali, il quale possa sfociare, se esse lo ritengono opportuno, in relazioni convenzionali ». L'articolo 118B sanciva, per la prima volta, l'istituzionalizzazione del Dialogo sociale quale metodo decisionale, deputando la Commissione europea al consolidamento del dialogo tra le parti sociali, essendo, oltretutto, munita della potestà di definire legami negoziali, qualora le parti stesse lo avessero ritenuto opportuno. La valenza programmatica della norma in questione, codificatrice del Dialogo sociale, si manifestava in un duplice ambito: da un lato, esortando le parti sociali a costituire un paradigma di relazioni industriali comunitarie e, d'altro canto, conferendo alla Commissione europea un ruolo propulsivo e di pungolo del contributo proveniente dalle parti sociali. Parimenti all'articolo 118A, anche l'ambito applicativo dell'articolo 118B non era circoscrivibile in angusti confini a fronte della non consueta terminologia utilizzata, «relazioni convenzionali», idonea a definire l'esito del confronto tra le parti, non riconducibile al gergo consolidato delle relazioni industriali e della quale non si è più rinvenuto riscontro nella successiva evoluzione normativa relativa al Dialogo sociale. La norma, pertanto, nella sua formulazione vaga e generica, era riferibile ad un ampio ventaglio di atti, dagli accordi quadro interconfederali agli accordi o contratti collettivi di settore o di impresa transnazionale fino «ai pareri comuni»²⁹.

Tuttavia, l'articolo 118B «riluceva per la sua lettura sottostante, mirata ad evitare un riconoscimento diretto della contrattazione collettiva europea, come luogo deputato alla creazione di norme comunitarie»³⁰, ostando, ineluttabilmente, alla riconduzione del contratto collettivo europeo, prodotto più rilevante del Dialogo sociale, nell'alveo delle fonti normative concorrenti con gli atti tipici del diritto comunitario. Esso riconosceva indirettamente la

²⁹ Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009

³⁰ Cfr. Lyon-Caen A. e Caen G., *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, 1991, p. 298

contrattazione collettiva europea legittimando le parti sociali, nella più ampia cornice della cooperazione tra le stesse e la Commissione europea, ad avviare tra loro delle «relazioni convenzionali», autonomamente, senza obblighi di negoziazione o stipulazione di accordi.

Il Dialogo Sociale, conclusivamente, si è configurato come una fattispecie a formazione progressiva in virtù della non contestuale realizzazione di tutte le sue componenti costitutive.

5. Il riconoscimento istituzionale del Dialogo Sociale: il Trattato di Maastricht

Successivamente all'Atto Unico europeo, la Commissione, valorizzando l'istituzionalizzazione del Dialogo sociale, assolse un ruolo propulsivo nell'ambito delle attività di armonizzazione, coordinamento e convergenza dei sistemi nelle materie sociali ascrivibili alla competenza della Comunità (libera circolazione delle persone, sicurezza sociale, parità tra i lavoratori di ambo i sessi). Furono degli interventi, tuttavia, ritenuti, ad opinione della CES e del Parlamento europeo, non funzionali alla mitigazione dei negativi effetti sociali sul grande mercato interno. Il Consiglio europeo, recependo tali valutazioni, in data 11 maggio del 1987, sotto la Presidenza belga, presentò un *Memorandum* nel quale rinnovava la proposta, già avanzata nel precedente Memorandum francese risalente al 1981, di munire l'ordinamento giuridico comunitario di un complesso organico di diritti sociali

fondamentali, a partire da una base comunitaria unica nonché valevole per tutti gli Stati membri.³¹

Il Memorandum, nella elaborazione della proposta, precisava che la flessibilità del lavoro (letteralmente *adaptabilité*) non avrebbe dovuto tradursi in una «deregolamentazione sociale generale», da un lato, esprimendo l'esigenza di conciliare la flessibilità con le garanzie fondamentali e, dall'altro, demarcando la necessità di adottare, a tal fine, nuovi metodi o «misure» nel quadro della strategia di cooperazione per la crescita e l'occupazione definita dalla Commissione. Inoltre, il Memorandum belga auspicava il conseguimento di un accordo tra gli Stati membri, in virtù della loro preferenza nei confronti di discipline poste da contratti collettivi in luogo di norme comunitarie vincolanti, concernente un *corpus* di diritti sociali fondamentali da assumere come base, comune e perdurante, sulla quale le parti sociali avrebbero edificato la negoziazione collettiva. Sicché furono delineate nuove prospettive evolutive per il diritto sociale comunitario, prescindendosi da irrigidimenti ideologici pertinenti la natura e gli effetti degli atti normativi che avrebbero sancito i citati diritti ovvero il rapporto intercorrente tra i medesimi e quelli posti da altre Organizzazioni internazionali.

La proposta di conferire all'ordinamento comunitario un corpus di diritti sociali fondamentali postulava l'adozione di un atto normativo, una «direttiva quadro», da approvare necessariamente all'unanimità, trattandosi di istituti strutturati su basi giuridiche e procedure decisionali differenziate. Pertanto, durante il Consiglio europeo, tenutosi a Strasburgo nei giorni 8 e 9 dicembre 1989, undici Stati membri, ad eccezione del governo britannico, esponente, oltretutto, del dissenso implicito di altri governi e dell'UNICE nei confronti di atti normativi vincolanti in materia sociale, sottoscrissero la *Carta*

³¹ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Sezione Seconda, Giuffrè, Milano, p. 135

*comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori*³², adottandola, tuttavia, non come atto normativo comunitario, bensì come dichiarazione solenne, eventualmente vincolante nei confronti degli Stati firmatari. Tale difetto genetico non ostò all'estrinsecazione di una notevole *vis attractiva* della Carta sociale sul diritto sociale comunitario, comprensivo sia del diritto materiale sia del *metodo* di formazione delle norme, orientato al principio di sussidiarietà, ritenuto più adeguato per l'osservanza delle prassi e tradizioni sindacali nazionali e per il consolidamento della cooperazione tra le parti sociali nella produzione delle norme comunitarie e nel relativo recepimento negli ordinamenti giuridici nazionali, così da garantire maggiore effettività alle norme comunitarie in ambito sociale.

La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, altresì, propugnava il Dialogo sociale «nella sua accezione di momento propedeutico alla contrattazione collettiva»³³. In primo luogo, l'articolo 12 legittimava i datori di lavoro e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, aventi diritto, in ossequio alle condizioni previste dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, alla negoziazione e stipulazione di contratti collettivi. In seconda istanza, la norma riconosceva la possibilità che il dialogo, instauratosi tra le parti sociali comunitarie, potesse addivenire a rapporti contrattuali³⁴, soprattutto su scala interprofessionale e settoriale. L'articolo 17, ulteriormente, sanciva la necessità di sviluppare l'informazione, la

³² *La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* è così articolata: *Titolo I*, Diritti sociali fondamentali dei lavoratori: libera circolazione; occupazione e retribuzione; miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro; protezione sociale; libertà di associazione ed associazione collettiva; formazione professionale; parità di trattamento tra uomo e donna; informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori; protezione sanitaria e sicurezza dell'ambiente di lavoro; protezione dell'infanzia e degli adolescenti; terza età; persone affette da disabilità. *Titolo II*, Attuazione della Carta: «Gli Stati membri sono responsabili, nel quadro di una strategia di coesione economica e sociale, della garanzia dei diritti fondamentali della Carta e dell'attuazione dei provvedimenti di carattere sociale indispensabili al buon funzionamento del mercato interno, conformemente alle prassi nazionali, segnatamente sancite dalla normativa nazionale e dai contratti collettivi».

³³ Cfr. G. Tesauro, *Le procedure di consultazioni delle Parti sociali nel Protocollo sociale*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, 1995, p. 134

³⁴ Evidente nonché necessaria evoluzione lessicale: dalle «relazioni convenzionali» dell'Atto unico europeo ai «rapporti contrattuali» nella Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

consultazione e la partecipazione dei lavoratori, secondo modalità adeguate, conformemente alle prassi nazionali vigenti nei differenti Stati membri. L'articolo 18, ad ulteriore suffragio della precedente disposizione, con importanti ricadute per le imprese strutturate a livello comunitario, demarcava la necessità della tempestiva realizzazione della informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori in caso di introduzione di mutamenti tecnologici aventi incidenze notevoli per i lavoratori in ordine alla condizione e all'organizzazione dei lavoratori; in occasione di ristrutturazione o fusione di imprese, produttive di considerevoli conseguenze in termini di occupazione dei lavoratori; in ipotesi di procedure di licenziamenti collettivi.

Tirando le fila del discorso, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è pienamente ascrivibile nel novero delle scansioni evolutive prodromiche alla consacrazione del Dialogo sociale³⁵, avutasi con il definitivo varo del Protocollo sociale di Maastricht.

Un successivo passaggio, di ingente rilievo, è ravvisabile nella Dichiarazione Comune, firmata congiuntamente da CES, UNICEE e CEEP il 31 ottobre 1991, in cui si ponevano la fundamenta per un sistema di contrattazione collettiva comunitaria, consentendo alle Parti sociali di associarsi più agevolmente al corso decisionale comunitario e di concorrere più concretamente al procedimento legislativo.³⁶ La Dichiarazione, posteriormente confluita nel Protocollo sociale del Trattato di Maastricht e nel Trattato di Amsterdam, tracciava un percorso di riconoscimento³⁷ nei confronti del dialogo tra le parti sociali del carattere di imprescindibile momento propedeutico del processo di legiferazione comunitaria.

³⁵ Non è un caso che le «raccomandazioni» della Carta sociale di sostenere la contrattazione collettiva e il Dialogo sociale siano state recepite, nei successivi anni, nell'Accordo sulla Politica sociale (allegato al Trattato di Maastricht) e, infine, nei capitoli sociali del Trattato di Amsterdam.

³⁶ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano

³⁷ Nella stesura della Dichiarazione Comune, decisivo fu il mutato e rinnovato atteggiamento filoeuropeista della finora renitente associazione degli imprenditori, la quale carpì che non avrebbe certamente costituito una buona strategia per il futuro la propria estraneità al processo decisionale comunitario in materia sociale.

Le conquiste di Maastricht furono precedute dalla Conferenza Intergovernativa per la riforma dei Trattati, tenutasi nel 1991-1992, in cui il Governo conservatore britannico confermò la propria opposizione nei confronti della costruzione di uno spazio sociale europeo ponendo, quindi, un veto sulle proposte di estensione delle competenze comunitarie in materia sociale, nonché di sostegno del Dialogo sociale e della contrattazione collettiva europea. La Commissione e altri Stati membri, tra i quali anche il Governo italiano, d'altro canto, ritenevano necessaria la rimozione di uno «squilibrio» tra Europa economica ed Europa sociale, divenuto «intollerabile» nella più vasta prospettiva di un'integrazione economica sempre più pregnante. La sintesi di tale conflitto ideologico fu costituita dall'adozione del Protocollo sulla Politica Sociale (PPS)³⁸, allegato al Trattato di Maastricht, in cui i dodici Stati membri constatavano che undici Stati, ad eccezione della Gran Bretagna, desideravano proseguire nella direzione intrapresa in seno alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, addivenendo, a tal fine, alla conclusione di un accordo, l' Accordo sulla politica sociale (APS), allegato al Protocollo, lasciando impregiudicate le disposizioni del Trattato, specificatamente quelle vertenti la politica sociale, poiché parti integranti dell'*acquis* comunitario.

L'Accordo sulla Politica Sociale era la trasposizione *quasi* letterale della Dichiarazione Comune sottoscritta, nell'ambito del Dialogo sociale, da CES, UNICEE e CEEP (precedentemente citata). Esso introduceva rilevanti innovazioni sociali : innanzitutto, estendeva le competenze sociali della

³⁸ I Protocolli sono degli atti che consentono alle singole parti contraenti di non essere vincolate all'osservanza di determinate norme di un accordo. Insoliti nella prassi di diritto internazionale, in cui sono più frequenti le Dichiarazioni unilaterali degli Stati, i Protocolli non sono rari, invece, nell'esperienza giuridica comunitaria. Infatti, già il Trattato di Roma conferiva ai Protocolli la potestà di derogare alle norme comuni in favore di singoli Stati membri. Questa prassi è stata destinataria anche del suffragio della Corte di Giustizia europea, che ha escluso, a partire dal 1965, che si potesse pervenire ad un'applicazione differenziata delle norme dei Trattati istitutivi mediante l'apposizione di riserve diverse da quelle contenute in appositi Protocolli adottati con il consenso esplicito di tutti gli Stati membri (sul punto, si veda CATTABRIGA, 1994, pag. 253, in particolare le note 33, 34 e 35).

Comunità europea, prevedendo, altresì, procedure a maggioranza qualificata, ancorché munite di una efficacia territorialmente circoscritta ai soli Stati firmatari; legittimava, in seconda battuta, l'autonomia collettiva a concorrere, a livello sovranazionale, nella disciplina delle condizioni di lavoro, e, a livello nazionale, nel recepimento degli atti normativi comunitari negli ordinamenti giuridici interni. L'evoluzione della Politica Sociale, pertanto, procedeva parallelamente a fronte del rigetto del Regno Unito, con il solo «salvacondotto» del Protocollo sulla Politica Sociale e l'Accordo sulla Politica Sociale. Tale soluzione fu oggetto di aspre critiche della dottrina, la quale, inamovibile, non solo escludeva la natura giuridica di norme comunitarie degli atti adottati secondo le procedure dell'Aps, con la contestuale riconduzione dello stesso nel novero degli accordi o delle consuete convenzioni internazionali, ma anche considerava aprioristicamente inefficaci, nell'ambito del diritto comunitario, gli atti adottati dalle istituzioni comunitarie conformemente all'Aps. I limiti più evidenti dell'Accordo sulla Politica Sociale non erano, dunque, individuabili nella sua «atipica» configurazione giuridica, bensì nella determinazione di un'integrazione *differenziata* degli ordinamenti sociali nazionali, non favorendo la coerenza né l'omogeneità delle fonti di produzione e cognizione del diritto del lavoro comunitario.³⁹

Sotto il profilo giuridico-istituzionale, rivestirono un'importanza capitale gli articoli 3 e 4 dell'Accordo sulla Politica Sociale, successivamente incorporati, dopo il Trattato di Amsterdam, nel titolo del Trattato della Comunità Europea dedicato alla politica sociale. Le norme citate, da un lato, delineavano un percorso procedurale per la fase di concertazione e, dall'altro, sancivano la possibilità per la contrattazione collettiva di un recepimento istituzionale, nei singoli Paesi membri, mediante prassi e procedure, nonché, a

³⁹ Cfr. G. Arrigo, *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Sezione Seconda, Giuffrè, Milano, p. 141

livello comunitario, tramite decisioni del Consiglio su proposta della Commissione⁴⁰. Esse, difatti, menzionavano il contratto collettivo nel sistema delle fonti del diritto sociale comunitario, configurando il Dialogo sociale quale forma di cooperazione delle parti collettive all'attività normativa delle istituzioni comunitarie, articolata in varie formule e fasi, produttive di effetti diversi: innanzitutto, il Dialogo sociale assumeva conformazione ed efficacia propri di una procedura di consultazione sociale obbligatoria, ancorché non vincolante; il Dialogo sociale, ulteriormente, integrava la procedura di formazione degli atti tipici del Consiglio, nella parte in cui gli attori sociali predeterminavano il contenuto di un successivo atto vincolante del Consiglio; in conclusione, il Dialogo sociale era suscettibile di condurre ad una disciplina contrattuale sostitutiva dell'atto normativo del Consiglio, previa autorizzazione della Commissione. In altri termini, l'Accordo sulla Politica Sociale regolamentava una procedura a «schema binario», la quale, muovendo dalla consultazioni delle parti sociali ad opera della Commissione, perveniva ad una cooperazione, più o meno intensa, degli attori sociali con la Commissione nella fase di proposta legislativa, oppure, alternativamente, alla disciplina, integrale o parziale, di una specifica materia da parte degli attori sociali, previa richiesta degli stessi e conseguenziale autorizzazione della Commissione, corrispondente ad un'autolimitazione di quest'ultima durante il periodo necessario per il conseguimento di un accordo tra le parti sociali.

Le rilevanti novità instaurate dall'Aps, orbene, mutavano sia le procedure formative delle norme comunitarie in materia sociale sia il sistema delle fonti, legittimando l'ingresso del contratto collettivo nella gerarchia delle fonti del diritto sociale comunitario, al di sotto degli atti normativi «tipici».

⁴⁰ Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009

Ultimo, certamente non per ordine di importanza, progresso registrato nell'Accordo sulla Politica Sociale fu la codificazione nell'ambito della politica sociale, in aggiunta al principio di sussidiarietà verticale, del principio di sussidiarietà *orizzontale* tra Comunità e parti sociali, in virtù del quale l'azione istituzionale comunitaria era qualificata come «sussidiaria o complementare» rispetto a quella dell'autonomia collettiva. Il principio di sussidiarietà orizzontale costituiva il presupposto di una diversificazione delle fonti, comunitarie e nazionali, legislative e contrattuali, a vari livelli, finalizzata alla regolamentazione delle condizioni lavorative nella Comunità mediante la valorizzazione dell'autonomia collettiva.⁴¹

Conclusivamente, occorre effettuare una precisazione: le procedure disciplinate nell'Accordo sulla Politica Sociale furono celermente oggetto di attuazione. A decorrere dal 1993⁴², infatti, le Parti sociali inaugurarono la stagione della concertazione, esercitando *tout court* la funzione «paralegislativa», di cui erano titolari. Negli anni novanta, finalmente, il Dialogo sociale si estrinsecò nella sua poliforme varietà alla luce dell'ammissione degli attori sociali nella fase di consultazione e concertazione, cui era stato, recentemente, riconosciuto il rango di attività tipicamente negoziale. Mancava, tuttavia, un approdo definitivo, di cui, nel 1997, si rese promotore il Trattato di Amsterdam statuendo l'inglobamento dell'Accordo sulla Politica Sociale nel Trattato della Comunità Europea e, quindi, elevando il Dialogo sociale «a dignità costituzionale».⁴³

⁴¹ Cfr. G. Arrigo, *Principio di sussidiarietà e politica sociale*, in *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, 1995, p. 68. Galantino L., *Lo statuto dei lavoratori e la Carta dei diritti sociali fondamentali*, in *Dallo statuto dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, a cura di Assanti C., Milano, 1991, p. 149.

⁴² Sono infatti del periodo immediatamente successivo gli accordi sul congedo parentale (1995), sul lavoro part-time (1997), sui contratti a tempo determinato (1999).

⁴³ Cfr. A. Tizzano, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998

6. Dalle politiche sociali alle politiche occupazionali: il Trattato di Amsterdam

Il Trattato di Amsterdam⁴⁴, firmato il 2 Ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° Marzo 1999, introdusse molteplici e differenziate novità in materia di libera circolazione dei lavoratori, di Diritti sociali fondamentali e, specificamente, nell'ambito della Politica sociale e della Politica occupazionale. Esso integrava il diritto *primario* concernente la Politica sociale mediante l'incorporazione nel Trattato della Comunità Europea dell'Accordo sulla Politica Sociale e la contestuale abrogazione del Protocollo sulla Politica sociale, allegato al Trattato di Maastricht. Il completamento delle norme pertinenti la Politica sociale ebbe luogo, infatti, tramite la trasposizione quasi integrale dell'Accordo sulla Politica Sociale nel Tce, tuttavia, senza le necessarie compensazioni o i dovuti adattamenti idonei a coordinarne il testo con quello complessivo del Trattato, generando gravi lacune ed antinomie.

Ai fini della trattazione, si procederà ad un'accurata ed approfondita disamina delle disposizioni, maggiormente rilevanti, del Trattato di Amsterdam in cui si sono stagliate le più incisive innovazioni relative al Dialogo e alla Politica Sociale.

L'articolo 117 Tce (attualmente *art. 136, testo cons.*), esito della sintesi operata tra l'articolo 1 Aps e il previgente articolo 117 del Trattato di Roma, sanciva il riconoscimento «costituzionale», senza efficacia diretta, dei diritti sociali fondamentali, tra i quali: la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro al fine di consentire una loro parificazione nel progresso, un'adeguata protezione sociale, il dialogo

⁴⁴ Il Trattato di Amsterdam, sottoscritto dagli allora quindici Paesi membri della Comunità Europea, è uno dei trattati fondamentali dell'Unione Europea. Costituisce il primo tentativo di riforma delle istituzioni europee in vista di un futuro allargamento comunitario.

sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo, e la lotta contro l'emarginazione. Il legislatore comunitario, in tale maniera, poneva in un mirabile e delicato equilibrio nozioni diverse come la parificazione/armonizzazione nel progresso o l'armonizzazione minima, perdurando il *mantra* della «convergenza spontanea» dei sistemi nazionale per effetto della mano invisibile del mercato comune. Sicché, i diritti sociali fondamentali si evolvevano in principi imprescindibili della Politica Sociale della Comunità Europea, essendo configurati, in seno al Trattato in questione, quali norme programmatiche per un livello di tutela omogeneo, conseguibile sia dal diritto secondario della Comunità sia da altri provvedimenti delle autorità dell'Unione.

L'articolo 118A Tce (*art. 138, testo cons.*) recepiva, senza alcuna modifica, la norma dell'Accordo sulla Politica Sociale vertente il Dialogo sociale istituzionale, abrogando, consequenzialmente, la corrispondente disposizione dell'Atto unico europeo che aveva consentito l'evoluzione del glorioso Dialogo sociale di Val Duchesse. Il testo normativo disponeva: *1. La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello comunitario e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti. 2. A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione comunitaria. 3. Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione comunitaria, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione. 4. In occasione della consultazione le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall'articolo 139. La durata della procedura non supera nove mesi, salvo*

proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione.

L'articolo 138, innanzitutto, disciplinava sia l'informale richiesta di consultazione avviata dalla Commissione sia l'attività di pressione delle parti sociali, trascendente la mera informazione, non adeguatamente indirizzata, a cagione della sfiducia delle stesse, verso il soggetto istituzionale preposto a coglierne gli indirizzi. All'uopo, l'intervento normativo assolve un ruolo maieutico⁴⁵. Parallelamente, la norma, codificando l'eventualità di una confluenza dell'attività consultiva nel processo previsto dal successivo articolo, ovvero la contrattazione, riconosceva il carattere propedeutico della fase concertativa rispetto a quella contrattuale. Circoscrivendo l'analisi alla consultazione, occorre constatare che la disposizione in esame abbia assolto ad una funzione sia promozionale sia regolativa della stessa. La funzione promozionale era sancita dal primo comma dell'articolo 138, ai sensi del quale la Commissione era vincolata alla promozione della consultazione delle parti sociali, a livello comunitario, adottando ogni provvedimento utile ad agevolarne il confronto e garantendo un sostegno equilibrato delle parti. La funzione regolativa, disciplinata nei successivi paragrafi della norma in esame, si estrinsecava in un duplice momento concertativo. La prima fase era suscettibile di realizzazione allorché la Commissione, antecedentemente alla presentazione di proposte, procedeva alla consultazione delle parti sociali in merito al «possibile orientamento di un'azione comunitaria». Successivamente, la Commissione, rinvenuta l'opportunità di un'azione comunitaria, era vincolata all'esperimento di una seconda fase consultiva delle Parti sociali pertinente «il contenuto della proposta prevista». In tale ipotesi, le Parti sociali avrebbero dovuto o trasmettere alla Commissione «un parere o, eventualmente una raccomandazione», oppure informare la stessa circa «la volontà di avviare il processo di dialogo a livello comunitario che conduce ad

⁴⁵ Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009

accordi», sancito a norma dell'articolo 139. Inoltre, l'attivazione della fase concertativa non integrava una facoltà riservata alla Commissione, bensì un vincolo di procedibilità nello svolgimento dell'azione normativa, idoneo a configurare, in capo alla parti sociali, la titolarità di un diritto di partecipazione, la cui violazione sarebbe stata passibile di censura dinanzi alla Corte di Giustizia Europea mediante la proposizione di un'azione di annullamento della norma comunitaria, ai sensi dell'articolo 173 del Trattato, qualora fossero stati emessi provvedimenti limitativi nei loro confronti, oppure, in alternativa, esperendo un ricorso ex articolo 175, terzo comma, in caso di illegittima omissione della loro consultazione⁴⁶. La rilevanza dell'articolo 138 era lapalissiana poiché legittimava il confronto delle Parti sociali sia sulle linee generali di politica del diritto sociale, sia sui contenuti degli atti normativi, conferendo alle stesse un ruolo di «epicentro» nel processo formativo delle norme comunitarie.

La più significativa realizzazione del Dialogo Sociale era, ed è, senza dubbio alcuno, l'attività negoziale, collocantesi a fondamento della contrattazione collettiva comunitaria. Ai sensi dell'articolo 118B (*art. 139, testo cons.*), trasposizione integrale dell'articolo 4 dell'Aps, del Trattato della Comunità Europea, si stabiliva: *1. Il dialogo fra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi. 2. Gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 137, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. Il Consiglio delibera a maggioranza qualificata, salvo allorché l'accordo in questione contiene una o più disposizioni relative ad uno dei settori di cui all'articolo 137, paragrafo 3, nel qual caso esso*

⁴⁶ Cfr. G. Schnorr, *I contratti collettivi in un' Europa integrata*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, I, 1993, p. 324

delibera all'unanimità. Dal combinato disposto tra il quarto comma dell'articolo 138 e dell'articolo 139 era enucleabile, nettamente, una tripartizione di tipologie dell'attività negoziale: la *contrattazione libera*, regolamentata nel paragrafo 2 dell'articolo 139, in occasione della decisione delle parti di non conferire attuazione all'accordo conseguito mediante la decisione del Consiglio; la *contrattazione indotta*, prevista, invece, dall'articolo 138, la quale, successiva all'esperimento obbligatorio della fase consultiva, si inseriva «nel solco di un'iniziativa legislativa della Commissione»⁴⁷; la *contrattazione rinforzata*, disciplinata dall'articolo 139, scaturente dallo spontaneismo delle Parti sociali, era suffragata dalla possibilità, per le stesse, di una richiesta congiunta di esecuzione dell'accordo in base ad una decisione del Consiglio. Si configurava, pertanto, in relazione all'attività negoziale indotta e rinforzata, un meccanismo attuativo degli accordi, scindibile in un duplice percorso definito, rispettivamente, «debole e forte». Il percorso debole concerneva gli accordi vertenti materie estranee alle competenze comunitarie e demandava la relativa attuazione «alle procedure o alle prassi proprie delle Parti sociali o degli Stati membri», impegnando le parti sottoscrittrici al recepimento dello stesso nell'ordinamento giuridico interno tramite, ad esempio, la contrattazione collettiva nazionale o atti normativi. Tuttavia, ambedue le opzioni non dispiegavano efficacia vincolante nei confronti dei soggetti destinatari poiché, da un lato, le organizzazioni sindacali nazionali, a fronte delle problematiche di rappresentatività delle federazioni europee, non erano obbligate ad un'attività automatica di ratifica interna, e, dall'altro, gli Stati membri, alla luce dell'insubordinazione della propria attività legislativa all'attività negoziale delle Parti sociali, non erano tenuti né a conferire immediata applicazione a detti accordi né ad emanare

⁴⁷ Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto* : L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009. Vedi anche P. Tosi-F. Landon, *Dimensione sociale europea e contrattazione collettiva*, in *Dir. Lav.*, 1992, n. 27

norme funzionali al loro recepimento, o a modificare le norme interne al fine di agevolarne l'attuazione.

Il percorso forte, d'altro canto, ineriva gli accordi conclusi, dalle parti sociali, in merito alle materie contemplate nell'articolo 137, restrittivo delle competenze comunitarie in ambito sociale, dalla cui regolamentazione erano esclusi settori quali la retribuzione, il diritto di associazione o il diritto di sciopero e serrata. Tali accordi, previa richiesta congiunta delle parti, erano suscettivi di attuazione in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione: proprio il successivo recepimento dell'accordo in atto normativo consentì di attribuire al suddetto percorso la qualifica di «forte»⁴⁸. Tuttavia, a presidio di tale procedura, si collocavano due vincoli, rispettivamente di natura contenutistica e procedurale. Il primo si ravvisava nel recepimento comunitario degli accordi regolativi, esclusivamente, materie riconducibili nell'alveo delle competenze comunitarie. Le Parti sociali, infatti, non erano legittimate ad effettuare una cernita dei temi o delle materie oggetto di negoziazione e, qualora avessero assolto a tale attività, avrebbero determinato l'insorgenza di considerevoli problematiche non agevolmente risolvibili, quali la congiunta disciplina in un dato accordo di «materie ammesse» e «non ammesse», oppure materie, ancorché di competenza comunitaria, in parte subordinate al regime approvativo all'unanimità e in parte a quello della maggioranza⁴⁹. Inoltre, i limiti procedurali, esplicitati dalla Commissione negli *Explanatory Memorandum* e pertinenti le proposte di direttive funzionali alla trasposizione degli accordi-quadro, conclusi da CES, UNICEE e CEEP, in tema di congedi parentali, part-time e lavoro a tempo determinato, consistevano in : un controllo di legittimità degli accordi, una

⁴⁸ Cfr. R. Nunin, *Il Dialogo sociale europeo : attori, procedure e prospettive*; Giuffré, Milano, 2001, p. 172

⁴⁹ Cfr. A. Lo Faro, *Funzioni e Finizioni*, p. 126 e ss.

verifica della rappresentatività degli attori sociali, una valutazione nel merito del complessivo contenuto dell'accordo.

La necessità di un controllo di legalità delle clausole degli accordi, volto all'accertamento della loro conformità a diritto comunitario, originava dalla mancata coincidenza di presupposti e finalità intercorrente tra attività negoziale e legislativa⁵⁰. D'altra parte, talune perplessità erano sollevate dall'adempimento di tale necessità ad opera della Commissione europea, la quale, sostanzialmente, si era arrogata un ruolo sospettabile di concorrenzialità con quello svolto dalla Corte di Giustizia Europea.

La verifica della rappresentatività degli attori sociali coinvolti affondava la propria ratio nella garanzia della democraticità del procedimento, anche in ragione dell'esclusione del Parlamento Europeo da tale procedura di produzione normativa⁵¹. La Commissione, all'uopo, in una comunicazione stilata nel 1993, illustrava i requisiti funzionali al riconoscimento delle organizzazioni sindacali intersettoriali a livello europeo: a) il collegamento delle associazioni a categorie o settori specifici e strutturati a livello europeo; b) essere parte integrante e riconosciuta della struttura delle parti sociali degli Stati membri; c) la titolarità della capacità negoziale e la rappresentatività presso gli Stati membri; d) una struttura adeguata ed idonea a garantire l'effettiva partecipazione al processo di consultazione⁵².

⁵⁰ Certamente erano (e sono) configurabili delle ipotesi in cui, in sede di stipula di accordi collettivi comunitari in materie di politica del lavoro, fossero regolamentate discipline più favorevoli nei confronti di determinate aree geografiche o settori produttivi particolari, suscettibili di violazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, oppure fossero previste condizioni privilegiate nei confronti di talune imprese o lavoratori di determinati Stati membri, violando palesemente il principio generale di non discriminazione.

⁵¹ Tale questione investe anche la controversia connessa alla natura giuridica, legislativa o regolamentare, della decisione cui fa riferimento il paragrafo 2 dell'articolo 118B. Nel caso in cui si propenda per l'attribuzione della natura legislativa, indubbiamente si sollevano delle perplessità circa l'esclusione del Parlamento Europeo (unica istituzione di rappresentanza diretta dei cittadini europei) da un procedimento di produzione normativa, come sarà osservato più debitamente nel corso della trattazione.

⁵² Cfr. G. Arrigo, *Il Dialogo sociale istituzionale dopo il Trattato di Amsterdam*, in Lavoro Informazione, n. 15-16/1998, p.11

Il terzo ed ultimo limite, il controllo di merito sul contenuto complessivo dell'accordo, invece, operava come una clausola di gradimento, riservata alla Commissione Europea, avente ad oggetto l'operato della contrattazione collettiva, suscitando ingenti e rilevanti perplessità.

Tuttavia, il percorso «forte», attuativo del contratto collettivo europeo, unitamente alla subordinazione ai vincoli, contenutistici e procedurali, coesisteva con ulteriori aspetti problematici ad esso connaturati. Una questione iniziale ineriva la natura giuridica della decisione del Consiglio, citata nel secondo comma dell'articolo 139 TCE: si trattava di stabilire se la terminologia, impiegata nel testo normativo, si riferisse ad un atto comunitario, tipico e predefinito, ovvero presupponesse un margine di cernita tra gli atti comunitari, ritenuti, casisticamente, più idonei alla trasposizione dell'accordo conseguito tra le parti sociali (es. regolamento, direttiva, decisione). Alla luce dei *dictat*⁵³ provenienti dalla Corte di Giustizia Europea, la Commissione Europea, in occasione della scelta dell'atto comunitario recettivo dei primi tre accordi-quadro conclusi dalle Parti sociali, optò per la direttiva, la quale, trattandosi di intese contraddistinte per il profilo funzionale più che per quello immediatamente precettivo, fu reputata maggiormente funzionale allo scopo.

Una seconda controversia, invece, concerneva la possibilità di operare delle modifiche contenutistiche all'accordo collettivo ad opera delle istituzioni comunitarie. Il dibattito originò dall'incorporazione nell'Accordo sulla Politica Sociale della Dichiarazione Comune, siglata nel 1991, che aveva condotto all'espunzione di una clausola di quell'intesa, in cui si sanciva l'esecuzione degli accordi collettivi, a livello comunitario, mediante un recepimento pedissequo e privo di modifiche. L'abrogazione della citata

⁵³ La Corte ha ricordato che la qualificazione e la valutazione della natura giuridica di un atto comunitario non è subordinata, esclusivamente, alla sua denominazione, ma deve avere un preminente riguardo nei confronti del suo oggetto e del suo contenuto.

clausola, pertanto, aveva indotto a suffragare il riconoscimento di una potestà modificativa in capo al Consiglio e alla Commissione. D'altra parte, l'accoglimento di un simile orientamento, certamente apprezzabile ed avallabile sul piano tecnico, avrebbe confermato i dubbi dei detrattori che sostenevano la marginalità della contrattazione collettiva nel Trattato della Comunità Europea definendola «un convitato di pietra utile per fornire agli organismi comunitari materiale normativo, di cui essi, scevri delle prerogative tipiche delle parti sociale, non dispongono e di cui necessitano per legiferare nel campo dei diritti sociali»⁵⁴.

Un'ultima problematica era, altresì, individuabile nell'eventualità che il contratto collettivo, recepito mediante la «decisione» del Consiglio, si conformasse alla natura giuridica propria di quella decisione. Si discettava, a tal proposito, in maniera subordinata alla tecnica utilizzata al fine di effettuare un riferimento all'accordo collettivo, ovvero a seconda che vi fosse stato un recepimento dell'accordo in un atto comunitario oppure un mero rinvio dall'atto comunitario al testo dell'accordo. Nella prima ipotesi, l'accordo collettivo confluiva nell'atto comunitario, divenendone parte consustanziale⁵⁵, e le ulteriori vicende, pertinenti l'accordo, non avrebbero prodotto alcuna conseguenza sul testo oggetto del recepimento, al contrario essendo necessari nuovi passaggi acquisitivi al corpus normativo comunitario. Nel caso del rinvio, l'atto normativo comunitario, non integrando l'accordo, si limitava a conferirgli efficacia *erga omnes*, preservando identità ed autonomia proprie. Si trattava di una questione di non agevole risoluzione, poiché la prima opzione offriva una monolitica e maggiore certezza del diritto, con l'inevitabile rischio dell'obsolescenza dell'atto collettivo, differentemente

⁵⁴ Cfr. A. Lo Faro, *Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche, limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, in *Rivista delle Relazioni Industriali*, n. 1/1997, p. 40

⁵⁵ Cfr. R. Pessi, *Europa e Concertazione modelli a confronto*. L. Fiorillo, *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009.

dalla seconda alternativa, garanzia, tuttavia, di una migliore adattabilità alla normativa comunitaria. La tecnica adottata, in occasione del recepimento degli accordi su part-time, lavoro a termine e congedi parentali fu quella del rinvio formale.

In conclusione, le disposizioni precedentemente analizzate, in particolare gli articoli 138 e 139 del Trattato della Comunità Europea, costituiscono l'approdo di un percorso risalente agli albori della Comunità. Si è addivenuti all'istituzionalizzazione del Dialogo Sociale, ovvero alla necessità di un confronto con le Parti sociali finalizzato alla regolamentazione del lavoro, del *welfare* e della legislazione sociale. Eppure persistono scissioni ideologiche intercorrenti tra i sostenitori un'Europa solo economica e coloro i quali avvertono l'esigenza di un'Unione anche sociale. Analogamente, sono insolute le problematiche relative la legittimazione degli attori sociali e di integrazione tra i prodotti normativi nazionali e comunitari. Allo stesso modo, il consolidamento del decentramento negoziale, preferito al contratto collettivo di settore, non può negare la necessità di una disciplina generale pattizia, soprattutto qualora quest'ultima assurga a veicolo di promozione e di riconoscimento dei diritti sociali fondamentali. Nonostante le aporie e le somme difficoltà, i progressi registratisi in ambito sociale, mediante l'edificazione di procedure di produzione normativa o il progressivo nonché fertile coinvolgimento delle Parti sociali, hanno condotto alla regolamentazione, seppur transnazionale, omogenea di materie particolarmente complesse, di cui un esempio paradigmatico è costituito proprio dal lavoro a termine.

Capitolo II

La normativa comunitaria sul lavoro a termine

Sommario: 1. L'Accordo quadro del 18 Marzo 1999 stipulato da CES, UNICEE e CEEP; 2. La Direttiva Comunitaria n. 70/1999; 3. La clausola di non regresso; 4. Il principio di non discriminazione; 5. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia Europea.

1. L'accordo CES, UNICE e CEEP

In ossequio alla disposizione di cui all'art.138 del Trattato della Comunità Europea, le parti sociali, riconosciute a livello comunitario, CES, UNICEE e CEEP, sono addivenute alla formazione ed alla contestuale stesura dell'Accordo quadro del 1999, di armonizzazione delle diversificate discipline dei singoli Stati membri, in materia di contratto a tempo determinato. Pertanto, la direttiva n. 99/70/CE, recettiva del contenuto dell'accordo, si configura come esito di un periglioso processo evolutivo.

In tutti i Paesi dell'Unione Europea coesistevano il contratto a tempo indeterminato, forma di rapporto di lavoro generale e principale, ed altre tipologie contrattuali flessibili, eventuali e residuali, nelle quali si collocava il contratto a tempo determinato. La congiuntura economica aveva progressivamente imposto un reiterato ricorso al contratto di lavoro a termine unitamente ad ulteriori forme di impiego precario. I contratti di lavoro temporaneo estrinsecarono una notevole incidenza nelle politiche nazionali lavoristiche, cagionando, ineluttabilmente, un deciso indebolimento della protezione dei lavoratori⁵⁶. Infatti, i contratti di lavoro a termine, efficaci strumenti di adattamento alle contingenze economiche, furono, già precedentemente, oggetto di ingenti interventi legislativi e negoziali nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea. Tuttavia, le regolamentazioni, normative e negoziali, dei diversi ordinamenti giuridici, non si manifestavano omogenee: in alcuni Paesi, quali la Gran Bretagna, l'Irlanda, la Danimarca e l'Olanda, vi era una carenza assoluta di definizione

⁵⁶ Cfr. D'Antona, *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro*. Italia e Spagna, Napoli 1990

legale della fattispecie *de qua* ; in altri, per converso, la normativa era strutturata in maniera eccessivamente rigorosa e limitativa⁵⁷.

L'esigenza comunitaria di una comune linea di azione era divenuta, gradualmente e maggiormente, pregnante a causa sia dell' assenza di un quadro normativo di riferimento, a livello unico, sia dell'eccessivo ricorso al contratto a termine, il quale, pur assolvendo ad un'istanza di flessibilità delle imprese e costituendo un valido strumento di politica attiva lavoristica, minava gravemente la stabilità del rapporto di lavoro ed era, pertanto, foriero di potenziali trattamenti discriminatori a danno dei lavoratori.

Dapprincipio, il dibattito in materia originò nel 1982, allorquando la Commissione, *in nuce*, elaborò una proposta di direttiva, concernente il lavoro temporaneo e comprensiva degli istituti del lavoro interinale e di quello a termine. L'obiettivo della Commissione era l'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi europei, riguardo i paradigmatici istituti della flessibilità, finalizzata all'avviamento di un processo evolutivo parallelo e condiviso in tutti gli Stati membri.

La proposta di direttiva, d'altro canto, non stravolgeva il sistema previgente, reputando, ancora, il rapporto di lavoro a tempo indeterminato come principale metodo di instaurazione del rapporto lavorativo. Lo scopo della proposta della Commissione si sostanziava nel consolidamento del lavoro stabile e nella contestuale repressione degli eventuali abusi del lavoro a termine⁵⁸. Tuttavia le sorti della proposta non furono faste: non fu mai discussa dal Consiglio.

Nonostante un primo insuccesso, l'interesse della Commissione alla progressiva formazione di un impianto legislativo unificato sui lavori atipici

⁵⁷ Cfr. Veneziani, *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti- un'analisi comparata*, in *Giorn. Dir.lav.ind.* 1993, pag. 235

⁵⁸ Cfr. G. Franza, *La direttiva comunitaria n. 99/70/CE*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, a cura di PERONE G., Torino, 2002, p. 13.

non fu domato. Nel 1990 furono, altresì, elaborati tre diversi progetti di direttive sul tema⁵⁹: la prima si focalizzava sulle condizioni di lavoro, ma il veto britannico ne impedì l'adozione da parte del Consiglio; la seconda aveva ad oggetto i rapporti di lavoro nei casi di "distorsioni della concorrenza"; la terza, infine, concerneva il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori impiegati con rapporti temporanei e fu l'unica recepita in direttiva⁶⁰.

Il decisivo impulso normativo promanò dal Consiglio Europeo durante il vertice straordinario sull'occupazione del 1997. Nel relativo documento conclusivo⁶¹, al fine di pervenire ad una maggiore flessibilizzazione del rapporto lavorativo, le parti sociali furono esortate a negoziare e concludere accordi prodromici all'ammodernamento dell'organizzazione lavorativa, il cui obiettivo consisteva nell'ottimizzazione della produttività e competitività delle aziende, non tralasciando l'essenziale requisito della sicurezza.

Pertanto, successivamente all'intesa sul *part-time*, i sindacati europei, maggiormente rappresentativi, furono chiamati a riaffermare il proprio decisivo ruolo nell'ambito della strategia europea per l'occupazione.

⁵⁹ Cfr. M. Roccella, *Comunità Europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 27 ss.

⁶⁰ Cfr. G. Arrigo, *Comunità europea: tre proposte sui contratti «atipici»*, in *Lav. inf.*, XV-XVI, 1990, p. 3 ss.

⁶¹ Cfr. *Consiglio Europeo straordinario sull'occupazione Lussemburgo, conclusioni della Presidenza*, in http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/it/ec/00300.17.htm, consultato il 18/10/2013. L'invito alle parti sociali è contenuto nei punti 70. In quest'ultimo si stabilisce che: «Al fine di promuovere l'ammodernamento dell'organizzazione del lavoro e delle sue forme: le parti sociali sono invitate a negoziare, ai livelli appropriati, in particolare a livello settoriale e aziendale, accordi intesi a modernizzare l'organizzazione del lavoro, comprese formule flessibili di lavoro, onde rendere produttive e competitive le imprese a raggiungere il necessario equilibrio tra flessibilità e sicurezza. Questi accordi possono vertere sull'annualizzazione delle ore di lavoro, sulla riduzione dell'orario di lavoro, sulla riduzione degli straordinari, sullo sviluppo del lavoro a tempo parziale, sulla formazione nell'arco di tutta la vita e sulle interruzioni della carriera». Nel punto 71 il Consiglio si rivolge agli Stati: «Ciascuno Stato membro esaminerà l'opportunità di introdurre nella sua legislazione tipi di contratto più adattabili per tener conto del fatto che l'occupazione assume forme sempre più diverse. Le persone che lavorano nel quadro di un contratto di questo tipo dovrebbero beneficiare nel contempo di sicurezza sufficiente e di un migliore inquadramento professionale, compatibile con le esigenze delle imprese».

Le organizzazioni intercategoriale, a carattere generale, CES, UNICE e CEEP, il 18 marzo del 1999, sottoscrissero l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allo scopo di: a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) elaborare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti, o di rapporti di lavoro, a tempo determinato⁶². La realizzazione di tali finalità costituiva una sintesi dei contrapposti interessi delle parti. Le imprese, da un lato, ottennero il riconoscimento del ruolo del rapporto di lavoro a tempo determinato, conformemente allo schema di flessibilizzazione del mercato del lavoro, traevano nuove opportunità di occupazione ed un conseguenziale incremento di competitività. D'altro canto, le organizzazioni sindacali, non essendo stato pregiudicato il contratto a tempo indeterminato, paradigma del rapporto di lavoro, garantivano una regolamentazione del contratto a tempo determinato preventiva di eventuali abusi e trattamenti discriminatori. Tuttavia, l'intesa, conseguita in seno alle parti sociali, condusse, esclusivamente, alla formulazione di principi generali e disposizioni minime, inderogabili in *pejus* dagli Stati membri in sede di recepimento⁶³, non pervenendo, invece, alla formulazione di una normativa di dettaglio.

L'impianto complessivo dell'Accordo quadro era scindibile in una tripartizione di sezioni: un *Preambolo*, *Dodici considerazioni generali* ed *otto clausole*, «cuore» pulsante, precettivo e dispositivo⁶⁴, della disciplina. Infatti,

⁶² Cfr. R. Foglia, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, cap VII p. 358ss

⁶³ Ai fini della trattazione, si rammenti che la definizione di dettaglio era demandata ai singoli Stati e alle Parti sociali in fase di recepimento, in vigenza del principio di sussidiarietà cd. *Verticale*.

⁶⁴ Non mancano autori che ne hanno criticato il contenuto. Cfr. M. Tiraboschi, *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, IV, p. 464, secondo il quale: «L'impianto complessivo dell'accordo [...] fornisce in effetti una rappresentazione giuridica del lavoro a termine alquanto modesta se comparata con la disciplina vigente nella maggior parte dei Paesi dell'Unione Europea; una rappresentazione che, in ogni caso, appare decisamente lontana dalle attuali logiche sottese alla utilizzazione della forza-lavoro temporanea. Nessuno può negare il profondo significato etico e giuridico del principio della stabilità dell'impiego, quale espressione della effettività dei diritti dei lavoratori e garanzia, nel lungo periodo, di condizioni di lavoro in linea con le conquiste sociali del XX secolo. Tuttavia [...] i mercati del lavoro che oggi

le parti sociali, coartate da non agevoli negoziati, intervallati da momenti di conflitto e dialogo, impiegarono una peculiare tecnica di stesura dell'accordo, la quale imponeva una indissociabile ed unitaria considerazione delle citate componenti per finalità interpretative e sistematiche. In tale prospettiva, le due sezioni preliminari, istitutive dei principi fondamentali, si configuravano sia come la cornice in cui incasellare le regole di maggiore dettaglio, sancite nella terza ed ultima parte, sia come imprescindibili coordinate interpretative funzionali alla comprensione dell'intero tessuto negoziale.

Nel *Preambolo*, le parti sociali, in primo luogo, demarcarono l'incisivo contributo, apportato dall'Accordo quadro, per il conseguimento del più vasto obiettivo dell'equilibrio tra «flessibilità dell'orario di lavoro e sicurezza per i lavoratori»⁶⁵. In seconda istanza, le organizzazioni firmatarie, pur estrinsecando il proprio *favor* nei confronti della stabilità dell'impiego, definendo il contratto a tempo indeterminato «forma generale di rapporto di lavoro tra i datori di lavoro ed i lavoratori»⁶⁶, riconobbero la conformità dei contratti a tempo determinato, in talune circostanze, ai bisogni sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori, connotando il loro utilizzo come un'eccezione rispetto ad una regola⁶⁷. In tal guisa, le Parti tracciarono, nettamente, i confini di un contesto generale, garantendo sia la parità di trattamento per i lavoratori a tempo determinato sia una rigida tutela contro ogni discriminazione, al fine di edificare una «base accettabile» di impiego del contratto a termine per i datori di lavoro ed i lavoratori.

I firmatari, inoltre, esortarono la Commissione a subordinare l'Accordo quadro, privo di efficacia normativa, al vaglio del Consiglio per l'adozione di

studiamo e ancor di più i mercati del XXI secolo non solo conosceranno sempre meno la forza attrattiva ed egemonica del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ma paiono anzi distanti a confinare nell'antiquariato giuridico la stessa *summa divisio* tra lavoro autonomo e lavoro subordinato che sino ad oggi ha regolato i processi di produzione capitalistici».

⁶⁵ Cfr. Preambolo, I capoverso.

⁶⁶ Cfr. Preambolo, II capoverso.

⁶⁷ Cfr. Preambolo II e III capoverso.

una decisione idonea a rendere le disposizioni ivi contenute vincolanti negli Stati membri sottoscrittori dell'Accordo sulla Politica sociale, allegato al Protocollo sulla Politica sociale, annesso al Trattato che istituisce la Comunità. La Commissione fu, ulteriormente, sollecitata a richiedere l'approvazione da parte degli Stati membri di leggi, regolamenti e disposizioni amministrative prodromiche all'esecuzione della decisione del Consiglio nel biennio successivo alla sua adozione, o, alternativamente, la definizione, ad opera delle parti sociali nazionali, mediante accordo, delle relative misure necessarie, nel medesimo periodo temporale.

Conclusivamente, nel *Preambolo*, le organizzazioni firmatarie sollevarono una duplice proposta: innanzitutto, di essere previamente consultate dagli Stati membri antecedentemente all'adozione di una qualsivoglia iniziativa normativa o amministrativa volta al recepimento dell'Accordo; in secondo luogo, fermo restando il ruolo degli organi giudiziari nazionali e della Corte di Giustizia Europea, di essere interpellate, in prima istanza, dalla Commissione in merito a qualunque questione interpretativa pertinente l'Accordo, al fine di elaborare la propria opinione in proposito.

Nelle *Considerazioni generali*, equivalenti ai «considerando» di un atto normativo, le Parti sociali illustrarono la basi giuridiche, i fondamenti istituzionali, i principi e gli obiettivi dell'Accordo quadro, la peculiare natura e funzione del contratto a termine nel contesto dell'Unione.

Nella seconda sezione dell'Accordo, infatti, i firmatari, dappprincipio, ribadirono il rilievo del contratto a tempo indeterminato, forma generale di rapporto di lavoro, funzionale al miglioramento della qualità della vita e delle prestazioni dei lavoratori interessati⁶⁸. Successivamente, qualificarono il ricorso al contratto a tempo determinato, fondato su motivi obiettivi, come un'opportuna prevenzione degli abusi, strutturandosi in una modalità di

⁶⁸Cfr. Considerazione generale numero 6

impiego, in taluni settori o attività, conveniente sia per i datori di lavoro sia per i lavoratori⁶⁹. Le Parti sociali, inoltre, demarcarono il capitale contribuito dell'Accordo quadro nell'ambito del miglioramento delle pari opportunità⁷⁰ tra lavoratrici e lavoratori, in virtù di una maggiore occupazione femminile, almeno in passato, mediante tale tipologia contrattuale. Infine, le organizzazioni firmatarie asserirono con vigore la necessità di demandare alle parti sociali nazionali, collocate nella posizione ideale per l'identificazione delle soluzioni adeguate alle esigenze dei datori di lavoro e dei lavoratori, l'attuazione e la conseguenziale applicazione dell'Accordo.

I principi espressi nelle due sezioni preliminari, *Preambolo* e *Considerazioni generali*, erano pienamente conformi alla filosofia ispiratrice del provvedimento, le cui radici sono, evidentemente, ravvisabili nelle conclusioni del Consiglio europeo di Essen: *«Il presente accordo si riferisce alle condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo determinato e riconosce che le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rientrano nella competenza degli Stati membri. Al riguardo, le parti sociali prendono nota della Dichiarazione sull'occupazione del Consiglio europeo di Dublino (1996), che sottolinea fra l'altro la necessità di elaborare sistemi di sicurezza sociale più favorevoli all'occupazione, sviluppando "sistemi di protezione sociale che si adattino ai nuovi tipi di lavoro e forniscano l'adeguata protezione sociale alle persone impegnate in tali lavori": le parti ribadiscono il parere espresso nell'accordo del 1997 sul lavoro a tempo parziale, secondo la quale gli Stati membri dovrebbero attuare immediatamente la Dichiarazione»*⁷¹.

Il nerbo dell'Accordo, tuttavia, risiedeva nelle *otto clausole* finali, definitorie degli obiettivi, dei mezzi e dello scopo dell'intesa tra le parti

⁶⁹ Cfr. Considerazione generale numero 7 e 8

⁷⁰ Cfr. Considerazione generale numero 9

⁷¹ Il testo dell'accordo è pubblicato in allegato alla direttiva n. 99/70/CE in *GUCE 10 luglio 1999, n. L 175, Preambolo*, comma 4.

sociali. Le clausole impartivano le direttive generali, delineando nitidamente la filosofia dell'accordo, e sancivano, per la prima volta in ambito europeo, la nozione di lavoro a termine, conferendo un significativo rilievo alla sicurezza dei lavoratori precari mediante il divieto di discriminazione e la previsione di meccanismi finalizzati alla repressione dell'abuso dell'istituto da parte dei datori di lavoro.

2. La direttiva n. 1999/70/CE

L'Accordo quadro, stipulato nel marzo 1999, fu recepito, *tout court*, nella direttiva 99/70/CE, approvata in data 28 giugno 1999 .

La direttiva fu adottata in ossequio alla procedura disciplinata a norma dell'articolo 139 TCE⁷², ai sensi del quale si sanciva la possibilità di pervenire ad accordi mediante l'attuazione del dialogo sociale. Il secondo paragrafo della disposizione ne statuiva il relativo procedimento attuativo, definendo la potestà delle parti sociali di eseguire il contenuto dell'accordo, a livello comunitario, tramite una decisione del Consiglio, su impulso della Commissione.

L'atto comunitario, tuttavia, fu strutturato in scarse prescrizioni: il primo articolo ravvisava lo scopo della direttiva nell'attuazione dell'Accordo quadro, allegato al testo normativo, concluso fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale, CES, UNICE e CEEP, concluso il 18 Marzo 1999; la seconda disposizione stabiliva il periodo temporale massimo, il 10 Luglio 2001, entro il quale gli Stati membri o, alternativamente, le parti

⁷² Cfr. Art. 139, par. 1 e 2, TCE: «Il dialogo tra le parti sociali a livello comunitario può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi. Gli accordi conclusi a livello comunitario sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 137, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione».

sociali, mediante accordi, avrebbero dovuto approvare le disposizioni legislative, amministrative o regolamentari prodromiche alla conformazione ed attuazione dell'Accordo; infine, le ultime due disposizioni sancivano, rispettivamente, la data di entrata in vigore della direttiva, il giorno della pubblicazione presso *la Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, ed i relativi destinatari dell'applicazione, gli Stati membri dell'Unione.

Pertanto, ai fini di una disamina contenutistica della disciplina comunitaria del contratto a tempo determinato, imprescindibile è il rinvio, in generale, all'Accordo quadro e, specificamente, alle *otto clausole* in esso regolamentate.

La prima clausola enunciava le finalità dell'Accordo e, conseguenzialmente, della direttiva: in primo luogo, il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato mediante la rigida osservanza del principio di non discriminazione; in seconda istanza, la predisposizione di un quadro normativo finalizzato alla prevenzione degli abusi derivanti dall'eccessivo impiego dei contratti o rapporti di lavoro a termine⁷³ consecutivi, prevedendo, in *extrema ratio*, anche dei limiti al relativo utilizzo. Il primo obiettivo, codificato precedentemente presso la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, come estrinsecato nel terzo considerando⁷⁴ della direttiva n. 99/70, fu oggetto di un'ulteriore specificazione a norma della clausola 4, rubricata «principio di non discriminazione». La norma, espressiva della filosofia fondante l'intero *corpus* normativo, evitava che le eventuali risposte alle esigenze di flessibilità, derivanti dalla necessità di incrementi occupazionali, fossero foriere di esclusioni nei confronti di fasce più deboli di

⁷³ Cfr. Clausola 1.

⁷⁴ Cfr. Considerando numero 3 dir. n.99/70 : il punto 7 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori stabilisce tra l'altro che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità europea. Tale processo avverrà mediante il ravvicinamento di tali condizioni, che costituisca un progresso, soprattutto per quanto riguarda le forme di lavoro diverse dal lavoro a tempo indeterminato, come il lavoro a tempo determinato, il lavoro a tempo parziale, il lavoro interinale e il lavoro stagionale.

lavoratori da benefici ordinariamente conferiti ai lavoratori impiegati con un contratto a tempo indeterminato. Il secondo scopo, invece, fu dettagliatamente articolato nella quinta clausola dell'Accordo, rubricata «misure di prevenzione degli abusi», a norma della quale si definiva il quadro normativo, citato nella prima clausola, garante di un utilizzo non fraudolento dell'istituto dei rinnovi del contratto a tempo determinato.

La seconda clausola, d'altro canto, circoscriveva l'ambito di applicazione della normativa ai lavoratori a tempo determinato aventi un contratto o rapporto di lavoro «conforme a quanto previsto dalla legge, dai contratti collettivi o dalla consuetudine vigenti negli Stati membri dell'Unione». Il secondo comma, inoltre, riconosceva la facoltà degli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, di escludere particolari tipologie contrattuali dall'ambito applicativo dell'Accordo: innanzitutto i rapporti di formazione professionale iniziale ed apprendistato; in seconda battuta, tutti i contratti o i rapporti conclusi nell'ambito di uno specifico programma di formazione, inserimento e riqualificazione professionale, pubblico o finanziato mediante un contributo pubblico. La *ratio* della facoltà di esclusione era, indubbiamente, ravvisabile nella ingente proliferazione, nel contesto comunitario, di complessi ed articolati meccanismi volti a favorire l'inserimento o il reinserimento di persone collocate ai margini del mercato del lavoro, fungendo, pertanto, la seconda clausola da incentivo per le imprese al ricorso a tali strumenti. Un'ulteriore esclusione dai confini applicativi dell'Accordo, definita dalle Parti sociali nel Preambolo, concerneva «i lavoratori messi a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro interinale». La motivazione di tale previsione risiedeva sia nella maggiore specificità del lavoro temporaneo rispetto al lavoro a tempo determinato, tradizionalmente concepito, sia nella volontà delle Parti sociali di addivenire ad un'analogia intesa in materia.

Le parti sociali, a sensi della terza clausola dell'Accordo quadro, codificarono, per la prima volta nel panorama europeo, la definizione di lavoratore a tempo determinato: «la persona occupata mediante contratto o rapporto di lavoro, concluso direttamente con un datore di lavoro, la cui scadenza sia determinata da condizioni obiettive quali il raggiungimento di una data specifica, il completamento di una determinata mansione od il verificarsi di uno specifico evento». La nozione di lavoratore a termine ripercorreva, come espressamente richiesto dal Comitato esecutivo della CES nel mandato a negoziare, quella delineata a norma dell'articolo uno, comma primo, della direttiva numero 91/383/CE, volta al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori, durante l'espletamento della prestazione lavorativa, aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale⁷⁵. La definizione di lavoratore a tempo determinato, tuttavia, si manifestava laconica nell'ambito sia della precisione tecnica sia della effettiva valenza selettiva delle ipotesi di apposizione del termine⁷⁶. Si trattava di un atteggiamento tenuto dalle Parti sociali, ampiamente riscontrabile nei due precedenti accordi europei, cagionato sia dai marcati discrimini normativi esistenti nei diversi Stati membri sia dalla specificità della materia del contratto a tempo determinato sia, altresì, dalla consolidata tendenza alla dilatazione e detipizzazione dei motivi legittimanti l'apposizione del termine.

Le parti sociali, inoltre, transitando ad una più accurata ed approfondita disamina del testo, reputavano contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato non solo la fattispecie risolta per effetto dello spirare del termine, in senso stretto, ma anche quella in cui il sinallagma contrattuale si fosse estinto al completamento di uno specifico incarico, «il completamento di una

⁷⁵ Cfr. L. Galantino, *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1997. In relazione al lavoro temporaneo, cfr. Levi, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo (art.6)*.

⁷⁶ Cfr. M. Roccella e T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, pag. 212, II edizione, Padova, 1992.

determinata mansione», ovvero «al verificarsi di uno specifico evento». La mira delle organizzazioni firmatarie, infatti, non si sostanziava nella necessaria apposizione di una data di esaurimento del rapporto di lavoro a tempo determinato, essendo il termine, talora, intrinseco alla natura del progetto o dell'attività dedotti nel contratto. Pertanto, la norma, fortemente innovativa, imponeva a molti degli Stati membri un'ampia rivisitazione della nozione di contratto a termine finalizzata ad un adeguato adempimento degli obblighi comunitari, ad eccezione della precedente vigenza, nei differenti ordinamenti statuali, di «disposizioni più favorevoli ai lavoratori di quelle contemplate nell'Accordo quadro»⁷⁷.

La clausola 3, conclusivamente, al fine di consentire un confronto tra i lavoratori a tempo indeterminato e a tempo determinato, fondamentale in sede di accertamento di condotte discriminatorie, recava la nozione di *lavoratore a tempo indeterminato comparabile* : un «lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata, nello stesso luogo di lavoro, impegnato in un lavoro o in un'occupazione uguale od analoga, tenendo debito conto delle qualifiche e competenze professionali. Qualora nello stesso luogo di lavoro non vi sia un lavoratore a tempo indeterminato assimilabile, il confronto verrà effettuato facendo riferimento al contratto collettivo applicabile o, ove non esista un contratto collettivo applicabile, conformemente alle leggi nazionali, ai contratti collettivi di altro tipo o alla consuetudine». La definizione comparativa, evidentemente, si configurava come un opportuno *pendant* allo spirito di fondo, sia delle Parti sociali sia della Commissione, permeante l'intero testo normativo: l'equilibrio tra la stabilità e la flessibilità.

I rudimenti, enunciati nella prima triade di clausola, furono ulteriormente suffragati e specificati nella quarta clausola, rubricata «principio

⁷⁷ Cfr. Articolo 9, Accordo quadro 18 Marzo 1999.

di non discriminazione». Il principio si configurava come un'imprescindibile garanzia della realizzazione del primo degli obiettivi dell'Accordo quadro, statuito ai sensi della prima clausola, consistente «nel miglioramento della qualità del lavoro dei contratti a tempo determinato». Infatti, le Parti sociali, avulse da logiche promozionali del contratto a tempo determinato, essendo strutturato il suo impiego nella forma di un'eccezione rispetto alla regola costituita dal contratto a tempo indeterminato, concepirono il testo negoziale sia come un doveroso intervento idoneo all'annullamento delle discriminazioni sociali, vivide nell'ambito del precariato, sia come una corretta prevenzione degli abusi.

Il principio di non discriminazione, ampiamente specificato nel prosieguo della trattazione, fu formulato nei termini seguenti: «*Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive*»⁷⁸.

La quinta clausola dell'accordo, «Misure di prevenzione degli abusi», assolveva alla funzione di *trade union* dell'intero Accordo quadro, vincolando gli Stati membri all'adozione, nei propri ordinamenti, di validi strumenti finalizzati alla repressione degli abusi. La norma, infatti, imponeva agli Stati membri, «al fine di prevenire abusi derivanti dall'uso di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato consecutivi», previa consultazione delle parti sociali nazionali, in conformità con le leggi, i contratti collettivi e le consuetudini vigenti, nonché in assenza di disposizioni interne equivalenti repressive di un impegno fraudolento dell'istituto, tenendo conto delle esigenze di specifici settori o di specifiche categorie di lavoratori, l'introduzione di una o più delle misure seguenti: «a) *ragioni obiettive per la giustificazione del*

⁷⁸ Cfr. Clausola 4, par. 1.

rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti». Inoltre, come specificato nel paragrafo secondo della clausola, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali nazionali, erano obbligati, se dal caso, all'identificazione delle condizioni e dei requisiti in presenza dei quali considerare i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato consecutivi o, alternativamente, a tempo indeterminato. La *ratio* della norma era, indubbiamente, ravvisabile nella prevenzione degli abusi derivanti dal ricorso, in successione, dei contratti a termine: all'uopo, l'Accordo quadro, da un lato, stabiliva l'identificazione di ragioni obiettive, legittimanti il rinnovo dei contratti a tempo determinato; le normative nazionali, recettive della direttiva, dall'altro lato, sancivano le condizioni in presenza delle quali consentire i rinnovi dei contratti a termine, predisponendo, opportunamente, misure sanzionatorie, applicabili nei casi di abuso, quali la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Le disposizioni, di cui alla clausola 5, scatenarono, altresì, un acceso dibattito in dottrina pertinente la natura delle misure previste dalla norma: da taluni ritenute «alternative»; da altri, invece, «cumulative». Un'interpretazione più flessibile, scostandosi dalle precedenti più rigide, concepì la clausola come un «obbligo di risultato». La *querelle* fu diramata dalla Corte di Giustizia Europea, la quale, in svariate pronunce, assurse il criterio teleologico a «faro» da seguire nella trasposizione della direttiva comunitaria, conferendo rilievo non alla modalità degli strumenti adottati per la repressione degli abusi, bensì alla loro effettività e concretezza.

Una serie di tutele minori, sia individuali sia collettive, furono apprestate nella sesta e settima clausola, edificandosi, realisticamente, come un'ulteriore estrinsecazione del principio di non discriminazione.

La sesta clausola, concernente i diritti di precedenza, imponeva ai datori di lavoro l'obbligo di informare i lavoratori a tempo determinato circa i posti di lavoro, disponibili nell'impresa o nel luogo di lavoro, senza alcuna specificazione, tuttavia, in merito alla tipologia di lavoro, a tempo indeterminato o determinato, al fine di garantire loro le medesime opportunità degli altri lavoratori di ottenere posti di lavoro a tempo determinato. La comunicazione, relativa ai posti vacanti, doveva essere trasmessa adeguatamente mediante annuncio pubblico in un luogo dell'impresa o dello stabilimento di libero accesso per tutti i lavoratori. La *ratio* di tale disposizione risiedeva nella ferma volontà delle organizzazioni firmatarie di evitare che gli impieghi lavorativi o, più in generale, le opportunità di lavoro stabili, resi disponibili nell'azienda, potessero essere aprioristicamente preclusi ai lavoratori a tempo determinato.

La norma, in aggiunta, affermava il dovere dei datori di lavoro, «per quanto possibile», di agevolare «l'accesso ai lavoratori a tempo determinato ad opportunità formative adatte a migliorare la loro professionalità, le loro possibilità di carriera e la mobilità occupazionale». Ancorché l'inciso «per quanto possibile» abbia suscitato, in passato, alcune perplessità, il congiunto ed espresso riconoscimento dei diritti, disciplinati nella sesta clausola, ipostatizzava la constatazione che la precarietà non potesse assurgere a causa dell'isolamento dei lavoratori a termine e, conseguenzialmente, di un loro trattamento deteriore rispetto ai lavoratori impiegati con un contratto a tempo indeterminato. I datori di lavoro, conclusivamente, in raccordo con quanto statuito nell'ottava clausola, erano vincolati a fornire, per quanto possibile, un'informazione appropriata, circa il lavoro a tempo determinato nell'impresa, agli organismi di rappresentanza dei lavoratori esistenti.

La settima clausola, rubricata «Organismi di rappresentanza dei lavoratori», a tal proposito, prevedeva che, ai fini del computo dei lavoratori

necessario per la costituzione, all'interno delle imprese, di «organismi di rappresentanza dei lavoratori», gli Stati membri, congiuntamente o alternativamente, le parti sociali, uniformemente alle leggi nazionali, ai contratti collettivi e alla prassi, definissero i criteri per tener conto dei lavoratori a tempo determinato nel calcolo della soglia numerica al di sopra della quale fondare, legittimamente, organismi di rappresentanza aziendale dei lavoratori previsti dalle legislazioni nazionali e comunitarie. La norma, inoltre, demandava agli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, o alle parti sociali medesime, l'ulteriore definizione delle modalità applicative delle disposizioni, conformemente alle leggi nazionali, ai contratti collettivi e alle consuetudini e, in generale, nel rispetto del principio di non discriminazione disciplinato ai sensi della quarta clausola.

L'ottava clausola, infine, ai sensi del paragrafo primo, riconosceva la potestà degli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli nei confronti dei lavoratori di quelle previste nell'Accordo quadro. Il terzo paragrafo, invece, la c.d. «clausola di non regresso», imponeva agli Stati membri, in fase traspositiva, l'obbligo di non ridurre «il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso», delineandosi un vero e proprio divieto di *reformatio in pejus*⁷⁹ ed assumendo la valenza di una “valvola di chiusura” del sistema enucleato dalla normativa comunitaria.

L'ottava clausola, conclusivamente, specificava che l'Accordo quadro non avrebbe pregiudicato sia le disposizioni della Comunità, specialmente quelle volte alla parità di trattamento o le pari opportunità per donne e uomini, sia il diritto delle parti sociali alla stipulazione a livello idoneo, compreso quello comunitario, di accordi finalizzati all'integrazione e all'adeguamento

⁷⁹ Cfr. A. Galletti, *La clausola di non regresso nelle direttive sociali*, in *Riv. coop. giur.intern.*, 2012, p. 158.

delle disposizioni dell'Accordo stesso. La norma, inoltre, delineava, nel quinto comma, la competenza degli Stati membri nella prevenzione e risoluzione delle controversie pertinenti l'applicazione dell'Accordo sulla base delle leggi nazionali, dei contratti collettivi o delle prassi nazionali. L'ultimo comma dell'ottava clausola si concludeva con il riconoscimento della facoltà delle parti firmatarie, su istanza di una di esse, di rivedere il contenuto dell'Accordo, decorso un periodo quinquennale dalla sua entrata in vigore.

La stesura dell'Accordo quadro, unitamente al relativo recepimento nella direttiva n. 99/70 CE, costituirono un transito fondamentale verso l'obiettivo, certamente arduo, dell'armonizzazione e dell'adeguamento delle differenti discipline degli Stati membri dell'Unione in una materia di capitale rilevanza: il contratto a tempo determinato. Tuttavia, preliminarmente alla disamina del recepimento e della contestuale applicazione del testo comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale, imprescindibile è l'analisi di un binomio di principi di «civiltà giuridica»: il principio di non discriminazione e la c.d. «clausola di non regresso».

3. La clausola di «non regresso»

L'ottava clausola dell'Accordo quadro, rubricata «Disposizioni attuative», dettava alcune rilevanti disposizioni riguardanti la funzione dell'Accordo e le relative modalità applicative negli Stati membri. Il primo paragrafo sanciva, nitidamente, la facoltà degli Stati membri e/o delle parti sociali di conservazione od introduzione di disposizioni più favorevoli, rispetto a quelle stabilite nell'accordo, per i lavoratori a tempo determinato. Il secondo ed il quarto paragrafo, invece, precisavano che l'accordo non avrebbe arrecato un pregiudizio alle «ulteriori disposizioni comunitarie più specifiche,

in particolare quelle pertinenti la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini», né al «diritto delle parti sociali di concludere a livello appropriato, ivi compreso quello comunitario, accordi che completino e/o integrino le disposizioni del presente Accordo in modo da tener conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate». Il quinto comma della clausola, d'altro canto, conferiva agli Stati membri la titolarità della competenza in ambito di prevenzione e composizione delle controversie riguardanti l'applicazione dell'accordo sulla base delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali. Il comma conclusivo della norma, ulteriormente, delineava la facoltà di almeno una delle parti firmatarie di verificare l'applicazione dell'accordo, decorsi cinque anni dalla decisione del Consiglio.

Tuttavia, il nerbo della clausola ottava risiedeva nel terzo paragrafo, ai sensi del quale si definiva *il principio di non regresso*, statuendo che «*l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso*». Analoghe clausole erano, evidentemente, disciplinate in molteplici altre direttive: in materia di lavoro interinale, a norma dell'articolo 9, c. 2, della direttiva n. 2008/104; in ambito di lavoro part-time, seconda e sesta clausola dell'Accordo recepito nella direttiva n.97/81; nel novero della tutela della salute e della sicurezza sul lavoro dei minori; relativamente ai congedi parentali, l'orario di lavoro o, in aggiunta, all'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

Le clausole di non regresso, «stand still», sono definibili come le norme, collocate a conclusione delle direttive in materia di politica sociale, aventi la funzione di evitare che gli obiettivi di armonizzazione, in fase di ricezione della direttiva, possano essere vanificati e di garantirne l'efficacia, specialmente qualora l'oggetto dell'armonizzazione sia, necessariamente,

riconducibile nell'alveo del principio di non discriminazione⁸⁰. La natura e la rilevanza giuridica di tali clausole, in passato, scatenarono una vivace dissertazione presso gli ambienti dottrinali: innanzitutto, una parte della dottrina non reputava che le clausole di non regresso fossero munite di un'efficacia idonea a precludere al legislatore nazionale modifiche peggiorative⁸¹; in secondo luogo, alcuni autori conferivano alle clausole una forza cristallizzatrice delle condizioni di lavoro esistenti⁸²; un altro orientamento dottrinale, d'altro canto, riconosceva al legislatore nazionale la facoltà di introdurre modifiche peggiorative, previa menzione di adeguate giustificazioni⁸³; in conclusione, un ulteriore filone, sufficientemente consolidatosi in seno alla dottrina, scindeva le differenti tipologie di clausole di non regresso in maniera subordinata alla loro collocazione nei «considerando» o, alternativamente, nel corpus della direttiva, conferendo un'efficacia vincolante esclusivamente a queste ultime⁸⁴.

La clausola di non regresso, pertanto, in virtù della sua perentoria formulazione normativa, garantiva l'immodificabilità e l'inderogabilità in *pejus* della normativa nazionale successiva all'entrata in vigore della Direttiva, almeno limitatamente al trattamento afferente alla generalità dei

⁸⁰ Cfr. R. Foglia, *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, op. cit., pag. 373

⁸¹ Cfr. G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, 300 ss.

⁸² Cfr. F. Garofalo, in *Rivista giuridica del Lavoro*, 2004, vol. I, 199 ss.

⁸³ Cfr. U. Carabelli-V. Leccese, *L'orario di lavoro*, Bari, 2001, 199 ss.

⁸⁴ Cfr. M. Delfino, *il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002 pp 487 ss; U. Cabarelli-V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir.Lav.rel.ind.*, 2004, p.535 ss. Il libro bianco del Governo del 2001 riguardo le clausole di non regresso si è espresso affermando: «Impregiudicato il diritto degli Stati Membri e/o delle parti sociali di stabilire, alla luce dell'evolversi della situazione, disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse rispetto a quelle vigenti al momento dell'adozione della direttiva, purché le prescrizioni minime previste da quest'ultima siano rispettate», osservava altresì che «il significato di questa clausola di non regressione è da intendersi nel senso che non deve verificarsi regressione del livello generale di protezione dei lavoratori in seguito all'adozione della direttiva comunitaria, pur lasciando agli Stati membri la possibilità di adottare misure diverse dettate dalla loro politica socio-economica, e questo nel rispetto dei requisiti minimi previsti dal legislatore comunitario. La pretesa che l'ordinamento giuridico debba restare in sostanza immodificabile contrasterebbe con la natura stessa del processo traspositivo che rappresenta esso stesso un momento di aggiornamento del quadro regolatorio rispetto all'insieme di disposizioni entrate in vigore a livello comunitario, nonché in relazione all'evolversi della realtà economica e sociale»

lavoratori interessati, ad eccezione degli «*accordi che adattino o completino le disposizioni del presente Accordo in modo da tenere conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate*»⁸⁵. La finalità della clausola, infatti, imponeva agli ordinamenti nazionali, con tutele più avanzate rispetto a quelle comunitarie, di non deregolamentare gli istituti interni, evitando una «corsa verso il basso» delle discipline locali e favorendo un reale progresso delle disposizioni protettive, come disposto dal principio della «parificazione del progresso» contemplato dall'art. 18 del Trattato CE⁸⁶.

In sede applicativa, almeno nelle prime estrinsecazioni, la clausola di non regresso suscitò alcune perplessità pertinenti la possibilità che la relativa efficacia vincolante fosse circoscrivibile, esclusivamente, al momento del recepimento della direttiva o, in alternativa, anche successivamente. Si trattava di una questione interpretativa fondamentale poiché la disciplina del contratto a tempo determinato si era configurata, progressivamente, come esito della corposa stratificazione di norme adottate successivamente all'entrata in vigore della direttiva comunitaria. La Corte di Giustizia Europea, nella sentenza *Mangold*, pronunciata il 22 Novembre del 2005, precisò, dirimendo la questione, che l'efficacia vincolante delle clausole di non regresso non fosse circoscrivibile alla sola attività di iniziale trasposizione della direttiva, essendo suscettibile, al contrario, di un'estensione applicativa ad un qualsivoglia intervento normativo funzionale al perseguimento di un obiettivo analogo a quello prefissato nella direttiva medesima.

Un'altra questione, altrettanto delicata e fortemente dibattuta, verteva l'ambito di applicazione, con riferimento all'oggetto della direttiva, delle clausole di non regresso. Un'interpretazione restrittiva reputava l'efficacia della clausola di non regresso delimitata nel perimetro dei soli ambiti di incidenza della direttiva, concernenti sia il divieto di discriminazione dei

⁸⁵Cfr. R. Foglia, op. cit. p. 371 ss

⁸⁶Cfr. U. Carabelli-V. Leccese, *L'orario di lavoro*, 199 ss cit.

lavoratori a termine sia la prevenzione degli abusi nell'ambito dei rinnovi. A suffragio di tale lettura restrittiva, la Corte di Giustizia Europea, sempre nella sentenza Mangold, aveva decretato la non compatibilità, in generale, con la direttiva e, in particolare, con la clausola di non regresso della normativa nazionale, nel caso di specie quella tedesca, la quale, per finalità promozionali ed occupazionali, aveva stabilito un abbassamento dell'età oltre la quale stipulare, legittimamente e senza restrizioni, i contratti a tempo determinato. Sicché, in prima istanza, l'interpretazione prevalente propendeva per una valutazione delle normative nazionali fondata, esclusivamente ed in senso restrittivo, sull'osservanza di principio di non discriminazione e sulla prevenzione degli abusi derivanti dalla successione o dalle proroghe dei contratti a termine. Tuttavia, la Corte di Giustizia Europea, in una successiva pronuncia, risolutiva della controversia Del Cerro-Alonso, il 13 Settembre 2007, sconfessando il precedente orientamento, affermò l'impossibilità di un'interpretazione restrittiva del divieto di *reformatio in pejus*, generando un solco interpretativo di non agevole risoluzione per le differenti Corti degli Stati membri.

Una successiva disputa interpretativa, di differente registro, si scatenò in merito alle conseguenze della violazione della clausola di non regresso, vigendo per essa i medesimi principi posti a governo dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario. Innanzitutto, la dottrina prevalente, conformemente alla natura della direttiva, produttiva, esclusivamente, di un'efficacia verticale, reputava le clausole di non regresso non munite di un'efficacia diretta ed orizzontale, riconoscendo, per altro verso, la responsabilità, a titolo di risarcimento, dello Stato Membro in caso di inadempimento al diritto comunitario, in ossequio al modello elaborato nella sentenza «Francovich». Altra parte della dottrina, invece, ne configurava, nel caso di una violazione della clausola di non regresso dedotta nell'ambito di un

rapporto lavorativo stipulato con la Pubblica Amministrazione, un pieno e diretto effetto, consentendo al giudice nazionale la disapplicazione della norma interna confliggente con la clausola di non regresso, in funzione, chiaramente, di norma comunitaria. Tale interpretazione, in caso di accoglimento, avrebbe estrinsecato una notevole incidenza in virtù della nozione di Pubblica Amministrazione, enucleata dalla Corte di Giustizia Europea, come un qualsiasi organismo, prescindendo dalla sua forma giuridica, incaricato dell'espletamento di un pubblico servizio⁸⁷. Un'ulteriore frangia della dottrina, d'altro canto, delineava il principio di non regresso alla stregua di un principio desumibile direttamente dal Trattato della Comunità Europea (ex art. 136 e 137), rimuovendo limiti ed ostacoli alla piena efficacia ed incidenza di siffatto principio nei differenti ordinamenti giuridici nazionali.

La Corte di Giustizia Europea, pertanto, con la sentenza *Angelidaki*⁸⁸, sanò le *querelle* pertinenti l'efficacia e l'eventuale violazione della clausola di non regresso. In primo luogo, nel disposto della pronuncia, si constatava che *«con riguardo alla clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro, occorre ricordare che [...] detta clausola non vieta qualsiasi riduzione del livello di tutela dei lavoratori a tempo determinato, bensì unicamente quelle che, da un lato, sono giustificate dalla necessità di «attuare» tale accordo, e, dall'altro, hanno ad oggetto il «livello generale di tutela» dei lavoratori a tempo determinato»*⁸⁹. In seconda istanza, la Corte specificava il divieto di non regresso, asserendo che *la clausola 8 n. 3 dell'accordo quadro, limitandosi a vietare, stando alla sua formulazione, la «riduzione del livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto (dal presente accordo)», comportava che*

⁸⁷ Cfr. R. Foglia, op. cit. p. 373 ss

⁸⁸ Cfr. M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, pp. 437-442. Cfr. M. Delfino- P. Saracini, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, II, pp. 404-432. Cfr. S. Cairolì, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2010, I, pp. 147-159.

⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 23.04.2009, C-378/07, *Angelidaki*, n. 210, *Riv. dir. lav. prev. soc.*, 2009, punto 208.

soltanto una reformatio in pejus, di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato, fosse idonea a ricadere nel suo ambito applicativo [...]. Orbene, i singoli non avrebbero potuto fondare sul descritto divieto un diritto dal contenuto sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato». La giurisprudenza comunitaria, in tal guisa, delucidò la nozione di clausola di non regresso, depauperandola, tuttavia, di ogni effetto diretto.

Infine, in ogni caso, la clausola di non regresso assurgeva (ed assurge) a canone ermeneutico: infatti, in caso di incertezza, l'interpretazione prevalente era, ed è, quella prodromica alla consolidamento e al mantenimento del livello di tutele e garanzie conferite, già precedentemente, ai lavoratori. Pertanto, qualora l'efficacia e la natura, esclusivamente, verticali delle direttive non siano mitigabili mediante il ricorso all'interpretazione comune, il giudice comune, al fine di risolvere le antinomie intercorrenti tra diritto interno e diritto comunitario, è vincolato all'adizione della Corte di Giustizia Europea, in via pregiudiziale, funzionale alla pronuncia di una sentenza, munita di immediata precettività.

4. Il principio di non discriminazione

La clausola quattro dell'Accordo quadro, come precedentemente asserito, enunciava, analogamente all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, il principio di non discriminazione statuendo che *«per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo*

indeterminato comparabile per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive». La nozione di discriminazione era definita come *«una ingiustificata differenza di trattamento dovuta ad un fattore tipizzato dalla legge»*, non essendo, dunque, qualificabile ogni altra differenza, dovuta a ragioni atipiche, come discriminante in senso tecnico alla luce dell'estraneità alla relativa disciplina⁹⁰.

Dal tenore del dettato normativo, inoltre, emergeva la nozione di «lavoratore comparabile», quale lavoratore inquadrato in un analogo livello conformemente ai canoni sanciti dalla contrattazione collettiva. Ai sensi della terza clausola, paragrafo secondo, il lavoratore a tempo indeterminato comparabile era determinato come *«un lavoratore, avente un contratto o rapporto di lavoro di durata indeterminata, appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche e competenze. In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali»*.

Tuttavia, la formulazione del primo paragrafo della quarta clausola, mediante l'impiego del termine «discriminazione», unitamente al terzo periodo⁹¹ del *Preambolo*, illustravano, più adeguatamente, il citato principio come principio di parità di trattamento: pertanto, qualunque disparità di trattamento del lavoratore a termine, rispetto a quello a tempo indeterminato comparabile, era concepita presuntivamente illegittima, ad eccezione della

⁹⁰Cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, pag. 200 ss.

⁹¹ Terzo periodo del Preambolo: *«Il presente Accordo indica la volontà delle parti sociali di stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni»*

ricorrenza di oggettive ragioni giustificative di deroghe *in pejus*⁹². L'estensione della causale giustificativa delle eccezioni suscitò talune perplessità in merito all'effettività del principio di parità di trattamento, essendo circoscritto, applicativamente, alle condizioni di impiego con esclusione dei regimi di sicurezza sociale, ricondotti alla competenza degli Stati membri. Tale lacuna, già rinvenibile nel precedente Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, discendeva, quale ineluttabile conseguenza, dalla natura convenzionale del testo, il quale non avrebbe, almeno agevolmente, ottenuto il consenso degli organi comunitari, qualora avesse imposto degli obblighi in materia previdenziale, impegnando ingenti risorse finanziarie degli Stati membri.

Un correttivo alla nebulosità della citata disposizione fu sancito a norma della clausola quattro, terzo comma, la quale demandava agli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, l'applicazione del principio di parità di trattamento, «viste le norme comunitarie e nazionali, i contratti collettivi e le prassi nazionali», depauperando le parti individuali della valutazione delle ragioni determinanti la permanenza delle differenze⁹³. La direttiva, infatti, poneva una clausola di salvezza delle disposizioni, normative o negoziali, le quali, non generando illegittime discriminazione, prevedevano, nei singoli ordinamenti statali, trattamenti differenziati tra lavoratori a termine e lavoratori assunti stabilmente, salvo che le disparità non fossero state giustificate «*dal sol fatto di avere un contratto o un rapporto di lavoro a tempo determinato*»⁹⁴. Difatti, un'automatica e meccanica applicazione del principio di parità di trattamento sarebbe stata sia foriera di irragionevoli parità sia dannosa, qualora fosse stata attuata ai lavoratori impegnati nell'espletamento di una prestazione in condizioni *tout court* identiche rispetto

⁹²Cfr. G. Franza, 2002, op.cit. p.23

⁹³Cfr. V. Ferrante, *Nuovi sviluppi*, 2000, op.cit.; G. Franza, 2002, op.cit., p. 24

⁹⁴Cfr. Clausola 4.1

a quelle proprie dei lavoratori impiegati stabilmente. Paradigmatica, in tale ambito, era la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori temporanei, essendo generalizzata la tendenza ad assegnare a tali lavoratori mansioni ripetitive o pericolose, o da svolgersi in ambienti insalubri, il cui svolgimento sarebbe stato rigettato dal personale assunto a tempo indeterminato, così incrementando il rischio di incidenti dovuti a stress, disattenzioni e negligenza, alla luce del senso di alienazione e disaffezione al lavoro caratterizzante i lavoratori impiegati in un arco temporale delimitato.

A corollario applicativo del principio di parità trattamento si collocava il principio del *pro rata temporis*⁹⁵, sancito ai sensi del secondo paragrafo della quarta clausola, funzionale ad evitare che il ricorso al contratto a termine fosse ostativo o, addirittura, esclusivo all'accesso a benefici, ordinariamente accordati ai lavoratori a tempo indeterminato, nei confronti di fasce più deboli di lavoratori. La menzione del «principio del *pro rata temporis*» manifestava la ragionevole eventualità di una proporzione di quei trattamenti, esclusivamente connessi alla natura ridotta del contratto a termine, rimuovendo una qualsivoglia discriminazione di trattamento riguardo i rapporti lavorativi non caratterizzati da tale peculiarità.

Un'ulteriore estrinsecazione del principio di non discriminazione, pertanto, era delineata, nitidamente, nel quarto paragrafo della clausola in questione, ai sensi del quale si statuiva che «i criteri del periodo di anzianità di servizio, relativi a particolari condizioni di lavoro, dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato», salvo il ricorso a criteri differenti in presenza di motivazioni oggettive. Ne discendeva, in maniera strettamente connessa, in caso di varia modulazione o condizionamento dei diritti dei lavoratori in relazione al possesso di una determinata anzianità di servizio, l'applicazione, senza distinzione alcuna sia a

⁹⁵Cfr. G. Franza, 2002 op cit, p.24

lavoratori stabili che a quelli a termine, di tali condizioni o articolazioni di tutele riferite all'anzianità stessa. La disposizione, infine, garantiva l'obbligo di raccordo, ai fini del computo dell'anzianità di servizio prodromica all'accesso a determinati benefici, di molteplici rapporti a termine, anche non successivi, svoltisi in periodi differenti ed entro un ragionevole termine temporale.

5. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

Le pronunce della Corte di Giustizia esercitarono una decisiva e notevole influenza sia nella disamina interpretativa sia nell'applicazione della direttiva n. 99/70/CE. In particolare, assunse un'importanza capitale la sentenza risolutiva del caso *Mangold*,⁹⁶ concernente il principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizione di lavoro. La questione pregiudiziale riguardava una controversia, in materia di lavoro, tra il Signor Mangold ed il suo datore di lavoro. Nel caso di specie, si poneva una problematica di compatibilità tra la direttiva a tempo determinato e la direttiva n. 2000/78/CE, pertinente la materia occupazionale e le relative condizioni di lavoro, e una legge tedesca, sui contratti a tempo parziale e a tempo determinato, del 21 dicembre 2000.

La finalità della normativa affrontava il problema della disoccupazione sancendo, infatti, la possibilità di stipulare, indiscriminatamente e legittimamente, rapporti di lavoro a termine per i lavoratori che avessero trascorso una determinata soglia d'età, fissata, in prima istanza, all'età di

⁹⁶ Cfr. R. Calvano, *Il caso "Mangold": la Corte di giustizia afferma (senza dirlo) l'efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006. Cfr. M. Mantello, *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008; Cfr. P. Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 38 ss.

sessanta anni e, successivamente, ridotta, di cui si era avvalso il datore di lavoro del Signor Mangold, al momento dell'assunzione. Il 26 giugno 2003, il Signor Mangold, cinquantaseienne, stipulò un contratto di lavoro a termine con il Signor Helm, che esercitava la professione forense, avente principio in data 1° luglio 2003 e termine il 28 febbraio 2004. La limitazione temporale era sublimata dalla legislazione tedesca, in virtù dell'applicazione di tale rapporto contrattuale ai soli lavoratori "anziani". La legge, all'uopo, fissava la durata dei contratti a termine ad una durata non superiore a due anni, limitando la possibilità di rinnovo ad un numero di volte superiori a tre, ad eccezione dei lavoratori al compimento del sessantesimo anno d'età, per i quali non operava alcuna restrizione.

Nella trasposizione della direttiva n. 99/70/CE, il Legislatore tedesco aveva mutato il requisito d'anzianità, disponendo che *«non fosse richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all'inizio dell'accordo avesse già compiuto 58 anni. Non era consentito stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi fosse stata una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro. Una tale stretta connessione obiettiva doveva ritenersi in particolare sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi fosse stato un intervallo di tempo inferiore ai 6 mesi. Fino al 31 dicembre 2006 l'età di 58 anni indicata nella prima frase era sostituita con quella di 52 anni»*.

Alla luce di tale contrasto, il giudice del lavoro di Monaco di Baviera adiva, con rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia Europea, inerendo, infatti, la questione l'osservanza del divieto di discriminazione e l'operatività della clausola di "non regresso".

La Corte di Giustizia era chiamata a dirimere un conflitto relativo alla risoluzione di un duplice ordine di questioni⁹⁷. La prima, pertinente il divieto di regressione sancito nel *corpus* della direttiva, verteva l'interpretazione adeguata che il giudice teutonico avrebbe dovuto conferire al caso di specie. La questione si strutturava, opportunamente, sul divieto di *reformatio in peius* e sulla relativa eventuale inosservanza, congiuntamente ad un contestuale abbassamento del requisito di anzianità da sessanta a cinquantotto anni. La seconda disputa, altresì, atteneva le «ragioni oggettive», previste nella quinta clausola della medesima direttiva. Il giudice tedesco subordinò alla cognizione della Corte una problematica concernente la parità di trattamento: il dibattito afferiva la potenziale incompatibilità dell'art. 6 della direttiva n. 2000/78/CE, relativa alle discriminazioni, con la legge in questione, derogatoria del principio di necessaria presenza di una ragione giustificatrice, in occasione della conclusione di un contratto a tempo determinato con un lavoratore cinquantaduenne.

La Corte di Giustizia Europea, pertanto, nella sentenza *Mangold*, risolvendo le questioni rinviate dal giudice *a quo*, chiarì, in merito alla clausola di «non regresso», che il valore vincolante della direttiva non fosse, esclusivamente, circoscritto alla mera trasposizione di essa nell'ordinamento giuridico dello Stato membro, ma fosse, per converso, suscettibile di estensione anche nei confronti degli interventi ad essa coniugabili⁹⁸. La Corte, inoltre, statuendo che «*per contro, una «reformatio in peius» della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non era, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non fosse in alcun modo collegata con l'applicazione di questo*»⁹⁹, sollevò delicati problemi concernenti l'interpretazione del contenuto e della portata della clausola di

⁹⁷ Cfr. C. Giust. Europea, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, pag. I-09981.

⁹⁸ Cfr. R. Foglia, *op. cit.*, 2013, p. 370.

⁹⁹ Vedi C. Giust. Europea, 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.*, I-09981, punto 52.

«non regresso». Secondo autorevole dottrina, in via di corollario, l'efficacia della clausola era interpretabile restrittivamente, dunque confinata ai soli casi afferenti il contenuto della stessa¹⁰⁰.

Nel caso *Mangold*, fu, altresì, diramata la questione della discriminazione fondata su ragioni di età, la quale, sulla scorta della normativa tedesca, limitava la stipulazione dei contratti ai soli lavoratori rientranti in un determinato requisito di anzianità. Il giudice comunitario giustificò tale dinamica alla luce della tentata risoluzione della problematica occupazionale¹⁰¹ perseguita dalla legislazione tedesca. Secondo l'interpretazione della Corte, infatti, gli Stati non sarebbero stati reputabili inadempienti al diritto comunitario in occasione di una riduzione del livello di tutela giustificato dal conseguimento di un fine diverso da quello della direttiva¹⁰².

Siffatta interpretazione fu consolidata, ulteriormente, nella successiva sentenza *Bulicke*, in cui il divieto di regressione assunse una vastità tale da circoscrivere la facoltà degli Stati membri di intervento nell'ambito della disciplina processuale nazionale¹⁰³. Il giudice *a quo* eccepì, altresì, che per qualunque lavoratore, prescindendo dal requisito di anzianità maturato e dal suo stato occupazionale, sarebbe stata preferibile l'apposizione del termine contrattuale, acuendosi il conflitto con l'articolo 6 della direttiva n. 2000/78. Se così non fosse stato, infatti, il rapporto lavorativo sarebbe stato rinnovato per un numero indeterminato di volte, escludendo questa categoria di lavoratori dal beneficio di stabilità. Al contrario, eseguendo lo schema strutturato dal giudice comunitario, si sarebbe sanata una disparità di

¹⁰⁰ Cfr. A. Vallebona, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, in *Dir. lav.*, 2006, p. 5.

¹⁰¹ Cfr. L. Corazza, *Lavoro a termine e clausola di non regresso*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, p. 512.

¹⁰² Cfr. D. Russo, *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Riv. dir. int.*, 2012, III, p. 790.

¹⁰³ *Ibidem*.

trattamento rispetto agli altri lavoratori¹⁰⁴. La normativa si considerava viziata in virtù dell'illogicità del requisito di anzianità, divergente dallo stato del mercato o dalla situazione personale dell'interessato, eccedendo l'obiettivo prefissato dalla legge tedesca, ovvero l'inserimento dei lavoratori anziani disoccupati.

Particolarmente rilevanti furono le argomentazioni afferenti il principio di proporzionalità, in virtù del quale una qualsivoglia deroga ad un diritto individuale «*richiedeva una conciliazione, per quanto possibile, del principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito*»¹⁰⁵. L'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, elevò il divieto di discriminazione, in ragione dell'età, al rango di principio generale del diritto comunitario, prescindendo dall'assenza di una direttiva comunitaria di riferimento e rinvenendone la fonte nelle legislazioni nazionali e nelle Carte Costituzionali dei Paesi membri. La sentenza *Mangold*, pertanto, rivestì il ruolo di «capofila» di una ricca esperienza giurisprudenziale in merito.

La Corte potenziò il proprio orientamento interpretativo in occasione della sentenza *Del Cerro Alonso*¹⁰⁶, in data 13 settembre 2007, n. C-307/05¹⁰⁷, avente ad oggetto contratti conclusi nelle pubbliche amministrazioni. Nella pronuncia fu solennemente enunciata la presenza del principio di non discriminazione e della parità di trattamento tra i principi generali dell'Unione Europea¹⁰⁸. Il caso¹⁰⁹ fu emblematico poiché la Corte di Giustizia Europea,

¹⁰⁴ Per un apprendimento sulla tematica Cfr. D. Izzi., *La corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, pp. 129- 146.

¹⁰⁵ Cfr. punto 65 della sentenza.

¹⁰⁶ Cfr. M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007.

¹⁰⁷ Cfr. Corte di Giustizia Europea, 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso c. Osakidetza- Servicio Vasco de Salud*, causa C- 307/07, in <http://www.europa.eu.lex/curia>.

¹⁰⁸ Vedi C. Giust. Europea 13 settembre 2007, C-307/05, *Y. Del Cerro Alonso v. Osakidetza – Servicio Vasco de Salud*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, punto 1: «Risulta tanto dalla formulazione della direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e da quella del detto accordo quadro, allegato alla direttiva, quanto dal loro sistema generale nonché dalla loro finalità che le prescrizioni ivi enunciate sono applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico. Tenuto conto

contrariamente a quanto stabilito dall'Avvocato generale *Poiarés Maduro*, affermò l'onnicomprendività di questi principi, prevedendone l'estensione nei confronti di tutte le sfaccettature del rapporto lavorativo, fino a ricomprendersi la retribuzione, la quale, *strictu sensu*, non era ricompresa nel novero delle materie in cui la Comunità fosse legittimata ad intervenire.. Quindi, si affermava la prevalenza del principio di uguaglianza su ogni regola di competenza¹¹⁰.

Un altro importante intervento della Corte si rinveniva nella sentenza risolutiva del caso *Adeneler*, emessa in data 4 luglio 2006¹¹¹. La *quaestio facti* ineriva alcune assunzioni effettuate dalla pubblica amministrazione greca con più contratti a tempo determinato successivi. Denunciando l'indubbia illegittimità della pratica, secondo i dettami stabiliti dalla direttiva in materia, il Signor *Adeneler* e altri suoi colleghi adirono la Corte, richiedendo, come sanzione, la condanna alla conversione delle assunzioni a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. La normativa greca difettava di validi strumenti finalizzati ad ovviare agli abusi derivanti dalla stipulazione di

dell'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, alle disposizioni previste da tale direttiva e da tale accordo quadro al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per ragioni oggettive, dev'essere riconosciuta una portata generale, poiché costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela. Di conseguenza, la direttiva 1999/70 nonché l'accordo quadro trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro. La mera circostanza che un impiego sia qualificato come «di ruolo» in base all'ordinamento interno e presenti taluni aspetti caratterizzanti il pubblico impiego dello Stato membro interessato è priva di rilevanza sotto questo aspetto, pena rimettere seriamente in questione l'efficacia pratica della direttiva 1999/70 e quella dell'accordo quadro nonché la loro applicazione uniforme negli Stati membri, riservando a questi ultimi la possibilità di escludere, a loro discrezione, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta da tali strumenti comunitari. Come si evince non soltanto dall'art. 249, terzo comma, CE, ma parimenti dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del suo diciassettesimo 'considerando', gli Stati membri sono infatti tenuti a garantire il risultato imposto dal diritto comunitario».

¹⁰⁹ Per approfondimenti sul tema Cfr. A. Valentina., *La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Yolanda Del Cerro Alonso: sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in *Dir. com. scam. int.*, 2008, IV, pp. 739-755.

¹¹⁰ Cfr. M. Barbera., *Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in www.europeanrights.eu, 2008.

¹¹¹ Cfr. C. Giust. Europea, 4 luglio 2006, cause riunite C-212/04, in *Racc.*, pag. I-6091.

contratti a termine successivi: obbligo, peraltro, presente nella quinta clausola direttiva.

Ebbene, nel caso di specie, la Corte precisò che la direttiva, nonostante non avesse imposto agli Stati membri la previsione di sanzioni nei casi di abuso, non prescriveva la conversione dei contratti a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato a titolo sanzionatorio¹¹². La normativa comunitaria, difatti, vincolava gli Stati membri all'adozione di una delle misure previste dalla quinta clausola¹¹³ o, alternativamente, a provvedere, in modo equivalente, con le forme e i mezzi più idonei¹¹⁴. La *ratio* dell'interesse comunitario era ravvisabile nella tutela della stabilità del rapporto lavorativo¹¹⁵: *«pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevedeva sanzioni specifiche, neppure nel caso in cui furono comunque accertati abusi, spetta(va) alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che dovevano (e 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»*¹¹⁶. In occasione della pronuncia *Adeneler*, la Corte definì, inoltre, l'obbligo d'interpretazione conforme, stabilendo l'onere dei giudici di interpretare il diritto interno, sia esso anteriore o posteriore all'emanazione della normativa comunitaria, tenendo conto delle finalità e del dettato della direttiva¹¹⁷. Lo scopo ultimo era quello di privilegiare *«l'interpretazione delle disposizioni nazionali maggiormente conforme a tali finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva»*¹¹⁸. L'opera ermeneutica

¹¹² Cfr. punto 91 della sentenza.

¹¹³ Cfr. punto 92.

¹¹⁴ Cfr. punto 93.

¹¹⁵ Cfr. punti 73-75.

¹¹⁶ Cfr. Come stabilito nel punto 94.

¹¹⁷ Cfr. punto 108.

¹¹⁸ Cfr. Come conclude la Corte al punto 124.

del giudice non costituiva una libera facoltà, essendo subordinato ai limiti regolamentati nei principi generali: la certezza del diritto e l'irretroattività¹¹⁹. L'interpretazione della normativa interna non avrebbe potuto, pertanto, produrre un esito *contra legem* del diritto nazionale¹²⁰.

La Corte di Giustizia Europea, altresì, fissò un limite di matrice temporale. Infatti, in caso di tardiva attuazione del contenuto della direttiva, l'obbligo di interpretazione conforme sarebbe persistito solo alla scadenza del termine di attuazione¹²¹. La Corte, unitamente a tale prescrizione, aggiunse che «*dalla data di entrata in vigore di una direttiva, i giudici degli Stati membri dovevano astenersi, per quanto possibile, dall'interpretare il diritto interno in un modo tale da rischiare di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di attuazione, la realizzazione del risultato perseguito da questa direttiva*»¹²².

Nella normativa italiana, recettiva della direttiva n. 99/70 e, contestualmente, dell'Accordo quadro, un ruolo decisivo fu rivestito dalla pronuncia *Vassallo*¹²³. La controversia verteva la repressione degli abusi di contratti, aventi differenti termini, stipulati nella pubblica amministrazione. Si trattava di una questione precedentemente dibattuta dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, nell'ambito della sentenza *Adeneler*, e ricondotta nel novero applicativo della direttiva. La norma di riferimento, a livello nazionale, era l'art. 36, secondo comma, del d.lgs. n. 165/2001, che escludeva come sanzione la conversione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato nei rapporti di lavoro pubblici, facendo salvo, in ogni caso, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno. Il caso fu risolto con la parificazione

¹¹⁹ Cfr. R. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale e competenze*, Milano, 2010, p. 250.

¹²⁰ Cfr. punto 110.

¹²¹ Cfr. punto 115.

¹²² Cfr. punto 123.

¹²³ Cfr. C. Giust. Europea, 7 settembre 2006, procedimento C-180/04, in *Racc.*, pag. I-7254.

dell'impiego pubblico a quello privato¹²⁴, contestualmente alla previsione della repressione dell'abuso funzionale ad evitare le possibili conseguenze negative della violazione del diritto comunitario¹²⁵. L'eccezione promanava dall'assenza di opportune sanzioni, nell'ordinamento interno, e l'autorità nazionale sarebbe stata onerata dell'obbligo di adottare «*misure che dovevano rivestire un carattere non soltanto proporzionato ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo, per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro*»¹²⁶. Dalle risultanze della sentenza *Vassallo*, ne conseguiva che la normativa italiana, nel caso dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 200, avrebbe dovuto essere subordinata ad una continua verifica di compatibilità¹²⁷.

Altra significativa pronuncia della Corte di Giustizia fu la sentenza *Impact*, emessa in data 15 aprile 2008, n. C-268/06, avente ad oggetto la violazione del principio della parità di trattamento. *Impact* era un sindacato preposto alla tutela degli interessi dei lavoratori pubblici in Irlanda, i quali denunciarono una differenziazione tra i regimi dei dipendenti di ruolo e quelli precari. I ministeri irlandesi eccepirono l'indeterminatezza del contenuto della clausola sulla parità di trattamento, nonché la conseguente necessità di un provvedimento specifico da parte degli Stati membri, ai fini di una valida

¹²⁴ Cfr. punti 32 e 33. La Corte riprende quello che aveva precedentemente affermato nella sentenza sul caso *Marrosu e Sardino*, C. giust. 7 settembre 2006, procedimento C-53/04, in *Racc.*, p. I-7231. In essa, ai punti 46-48, statuisce: «Vero è che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro non riconosce esplicitamente la stessa facoltà agli Stati membri per ciò che riguarda la fissazione delle condizioni alle quali i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione debbano essere considerato come conclusi per una durata indeterminata. Tuttavia dal momento che tale disposizione non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può far uso di questi ultimi [...], essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico».

¹²⁵ Cfr. punto 34.

¹²⁶ Cfr. Come stabilito dalla Corte nel punto 36.

¹²⁷ Cfr. M. Roccella, T. Treu., *op. cit.*, p. 264.

applicazione. La Corte, esprimendosi al riguardo, stabilì che «*in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva fossero apparse, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni avrebbero potuto essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato*»¹²⁸. La Corte, altresì, ne ravvisava, nella quarta clausola dell'Accordo quadro, l'applicabilità diretta, alla luce del tenore letterale sufficientemente preciso della norma. Ne derivarono due ordini di possibilità: in primo luogo, l'attribuzione al singolo della potestà di invocazione della clausola; in seconda istanza, l'osservanza del giudice del principio in essa enunciato¹²⁹. La Corte, peraltro, aggiunse che «*il divieto preciso, stabilito dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, non necessitava dell'emanazione di alcun atto delle istituzioni dell'Unione e non attribuiva affatto agli Stati membri la facoltà, in occasione della sua trasposizione in diritto nazionale, di condizionare o di restringere la portata del diritto stabilito in materia di condizioni di impiego*»¹³⁰. La sentenza, inoltre, affrontò la questione della diretta applicabilità della quinta clausola, primo paragrafo, dell'Accordo, ovvero la prevenzione degli abusi. La Corte, contravvenendo sia l'opinione espressa nella sentenza *Impact* sia il parere della Commissione, affermò la non diretta applicabilità della stessa. La norma, infatti, poneva un obiettivo generale, dalla cui astrattezza avrebbe potuto derivarne l'impossibilità, per i singoli, di un'invocazione diretta¹³¹.

Recentemente, la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata in un settore particolarmente significativo per il panorama giurisprudenziale italiano: il contratto a tempo determinato per i dipendenti di Poste Italiane S.p.a.. Si trattava, in particolare, della sentenza *Vino*, 11 novembre 2010, n. C-

¹²⁸ Cfr. punto 76 della sentenza.

¹²⁹ Cfr. Punto 78.

¹³⁰ Cfr. punto 79.

¹³¹ Cfr. R. Cosio, *La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, III, p. 857.

20/10, pertinente la clausola di non regresso, stabilita a norma dell'ottava clausola, paragrafo terzo, dell'Accordo quadro. Secondo la lettura della Corte, nel caso di specie, la clausola non era ostativa all'applicazione di una normativa che, in assenza di una causa giustificatoria, avrebbe legittimato il ricorso alla stipulazione di un contratto per una durata determinata, non essendo attuativa dell'Accordo quadro¹³².

Più recentemente la Corte è nuovamente intervenuta in tema, nel caso *Kücüük*, sentenza del 26 gennaio 2012, n. C-586/10¹³³, in cui si discettava circa il ricorso al contratto a tempo determinato al fine di fronteggiare esigenze sostitutive. La *quaestio facti* riguardava una cittadina tedesca, richiedente il diritto all'assunzione a tempo indeterminato, essendo stata assunta per undici anni di fila, con tredici contratti a tempo determinato, dal medesimo datore di lavoro per ovviare ad esigenze sostitutive temporanee.

La Corte ha risolto la questione, rilevando l'inammissibilità della richiesta della parte processuale e statuendo che *«la clausola 5, punto 1, lettera a), [...] deve essere interpretata nel senso che l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola. Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), di detto accordo quadro, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola»*¹³⁴.

¹³²Cfr. R. Foglia., *op. cit.*, 2013, p. 387.

¹³³Cfr. C. Giust. Europea, 26 gennaio 2012, procedimento C-586/10, in www.eur-lex.eu, consultato il 29/10/2013.

¹³⁴Cfr. Vedi la decisione della Corte di Giustizia.

Ebbene, dalla disamina delle sentenze della Corte di Giustizia Europea emerge l'essenzialità del contributo della giurisprudenza, «Demiurgo» della normativa sul contratto a tempo determinato. L'interpretazione della Corte riveste un'importanza sia ermeneutica sia concreta mediante un'approfondita ed accurata analisi casistica delle legislazioni vigenti negli Stati membri ed una valutazione della relativa compatibilità con i principi dettati dalla normativa comunitaria.

Capitolo III

Recepimento e trasposizione della direttiva n. 99/70

nell'ordinamento giuridico nazionale

Sommario: 1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: il decreto legislativo 6 Settembre 2001, n. 368; 1.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: le modifiche del biennio 2007-2008; 1.2. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: la disciplina dell'articolo 32, comma 5 e 6, della legge n. 183/2010; 2. La legge 28 Giugno 2012 n.92 (cd. «Riforma Monti-Fornero»): il contratto a tempo determinato tra causalità ed a-causalità; 3. Il «Pacchetto lavoro»: i contratti a tempo determinato dopo la Riforma cd. «Letta-Giannini»; 4. Il decreto legge 21 Marzo 2014 n. 34: la liberalizzazione del contratto a tempo determinato; 5. Il contratto di lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione: brevi cenni.

1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: il decreto legislativo 6 Settembre 2001, n. 368

Il contratto di lavoro a tempo determinato è assunto a paradigma contrattuale, nonché ad istituto più esemplificativo, dell'epoca della «flessibilità», in generale, e, particolarmente, della flessibilità cd. «numerica», prediletta dai datori di lavoro, poiché commisurante l'elasticità dell'organico alle esigenze produttive¹³⁵.

¹³⁵ Cfr. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.643, Giuffrè, Milano, 2012.

L'adozione della direttiva comunitaria n. 99/70, pertinente l'Accordo quadro concluso tra le parti sociali, riconosciute a livello europeo, CES, UNICE e CEEP, il 18 Marzo 1999, in materia di lavoro a termine, indubbiamente, costituì la storica occasione per una profonda e globale (non più parziale come accaduto a norma dell'articolo 12 della legge n. 196/1997) riforma della previgente, monolitica, disciplina del contratto a tempo determinato, sancita, nell'ordinamento giuridico nazionale, dalla legge n. 230/1962. Tuttavia, la direttiva, *rectius* l'Accordo quadro, prescriveva regole e disposizioni, evidentemente, non aliene all'ordinamento giuridico interno, bensì, al contrario, acquisite, già precedentemente, nel panorama giuslavoritistico nazionale. Il testo comunitario si edificava su un impianto di obiettivi, trasfondibili in norme giuridiche, suscettibili di conseguimento presso i differenti ordinamenti degli Stati membri dell'Unione: innanzitutto, la legittima apposizione di un termine raccordabile a «condizioni oggettive»; in secondo luogo, il potenziamento del divieto di discriminazione, in vigore del quale i lavoratori a tempo determinato non possono essere destinatari di trattamenti più sfavorevoli rispetto ai lavoratori impiegati con un contratto a tempo determinato; in terza istanza, la prevenzione degli abusi concernenti gli eventuali rinnovi o, inevitabilmente, la «durata massima totale dei contratti a termine»; l'obbligo, gravante sui datori di lavoro, di informativa dei lavoratori a termine circa i posti «vacanti» disponibili, finalizzato ad un loro agevole accesso «a opportunità di formazione adeguate», ad un consolidamento delle loro qualifiche, ad una promozione della carriera o, infine, ad un miglioramento della mobilità occupazionale; la riconduzione dei lavoratori a termine nel computo del numero prodromico al superamento della «soglia» dimensionale minima per la costituzione degli organi di rappresentanza aziendale; conclusivamente, l'obbligo dei datori di lavoro di conferire adeguate informazioni alle rappresentanze sindacali aziendali «in merito al lavoro a tempo determinato nell'azienda».

La legislazione nazionale in materia di contratto a tempo determinato, esito di una graduale stratificazione normativa, propagatasi nell'arco temporale di un trentennio (1962-1997), previgente alla direttiva, si manifestava conferme, sotto molteplici profili, alle disposizioni regolamentate nel testo comunitario mediante la garanzia di una ferrea tutela normativa¹³⁶ dei lavoratori a termine, certamente non inferiore a quella apprestata nei confronti dei lavoratori assunti con un contratto *sine die*. Tradizionalmente, il diritto del lavoro nazionale, fondandosi sulla presunzione normativa della durata indeterminata del contratto di lavoro, ha arginato il ricorso al contratto a tempo determinato, reputandolo un fattore di destabilizzazione¹³⁷ del lavoro: infatti, le eccezioni, *rectius* i casi, legittimanti l'apposizione del termine erano, generalmente, sempre individuati previamente dalla legge o dal contratto collettivo. L'unica prescrizione, sancita nell'Accordo quadro allegato alla direttiva comunitaria n.99/70, tuttavia ignota all'ordinamento giuridico nazionale, si concretava nell'imposizione di una durata massima complessiva del contratto di lavoro: limite, peraltro, desumibile, ancorché in via indiretta, dalla rigida disciplina concernente le singole eccezioni sostanziali e la prorogabilità del termine. Sostanzialmente, le carenze legislative italiane in materia, seppur parzialmente colmate dalla contrattazione collettiva, afferivano l'obbligo di informativa in merito ai posti «vacanti» disponibili e le agevolazioni per l'accesso alle «opportunità formative», prodromiche ad un miglioramento della «carriera» e della «mobilità occupazionale» dei lavoratori a termine.

¹³⁶ Alla luce di un incremento esponenziale della domanda di flessibilità, la disciplina del contratto a tempo determinato, uscendo dalla secca normativa anti-frode, lentamente erodendo l'archetipo costituito dalla legge n. 230/1962, non ha, evidentemente, diminuito le garanzie in favore dei lavoratori tutelati.

¹³⁷ Cfr. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.643, Giuffrè, Milano, 2012.

Pertanto, il decreto legislativo n. 368 del 6 Settembre 2001, recettivo ed attuativo della citata direttiva comunitaria e dell'allegato Accordo quadro, non essendo confinato nell'angusto perimetro dell'introduzione di modifiche necessarie e sufficienti per l'osservanza delle disposizioni comunitarie, ha rifondato *ab imis* il previgente sistema normativo, trascendendo la legge n. 230/1962¹³⁸, monopolizzatrice, per lungo tempo, dell'attenzione giurisprudenziale e dottrinale, nonché abrogando tutte le disposizioni comunque «incompatibili e non espressamente richiamate negli articoli precedenti¹³⁹». Tuttavia, la riforma, conclusiva di un periglioso e travagliato ciclo storico, ne ha inaugurato un altro parimenti conflittuale ed evocativo, in sede di prima lettura, di una fitta serie di complesse questioni interpretative ed applicative. Orbene, successivamente ad una breve introduzione, è imprescindibile una accurata disamina della disciplina del contratto a tempo determinato, vigente nell'ordinamento giuridico interno, mediante, talora, un opportuno confronto con la normativa previgente, funzionale alla demarcazione di analogie o differenze.

L'articolo 1, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001, sotto il profilo dei requisiti sostanziali, con una discutibile scelta normativa¹⁴⁰, sanciva la legittima apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». La prima disposizione del decreto, in ottemperanza alla direttiva comunitaria, delineava una motivazione di natura oggettiva, giustificatrice del ricorso al contratto a tempo determinato, simile alla nozione di giustificato motivo di licenziamento¹⁴¹ e alle ragioni fondanti il trasferimento del lavoratore¹⁴².

¹³⁸ Cfr. La legge n. 230/1962 e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, si considerano abrogate dall'entrata in vigore del suddetto decreto.

¹³⁹ Cfr. Articolo 11, primo comma, decreto legislativo 6 Settembre 2001, n. 368

¹⁴⁰ Cfr. Scelta normativa opinabile, in virtù della genericità del dettato normativo, produttiva di molteplici contenziosi giudiziari.

¹⁴¹ Cfr. Sancita espressamente ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 604/1966.

¹⁴² Cfr. Articolo n. 2103, penultimo comma, codice civile.

Analogamente ad una qualsivoglia formula aperta, l'elenco delle causali, legittimanti la stipulazione dei contratti a termine, ha generato un vivace dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, pertinente sia la loro valutazione ad opera dei datori di lavoro, repute insindacabili¹⁴³ dalla Corte Costituzionale in ossequio al principio disciplinato a norma dell'articolo 41 Cost., sia la natura delle stesse. Infatti, particolarmente controversa era l'intrinseca *temporaneità* delle citate ragioni, ovvero la loro corrispondenza ad esigenze aziendali non stabili ma transitorie, ancorché riferibili all'ordinaria attività¹⁴⁴ del datore di lavoro (cd. «ciclo produttivo tipico»), dunque potenzialmente *ricorrenti*¹⁴⁵ nel tempo¹⁴⁶. D'altro canto, l'innovazione di maggiore rilievo, introdotta nella prima disposizione del decreto, era ravvisabile, evidentemente, nell'inserimento dell'esigenza di carattere «sostitutivo», essendo l'inciso, come suffragato da molteplici rinvii interni al testo normativo, afferente le ipotesi di sostituzione¹⁴⁷ dei lavoratori assenti, titolari del diritto alla conservazione del proprio posto di lavoro.

Viceversa, la legge 18 Aprile 1962 n. 230, fondandosi sull'assioma, venuto poi a mancare con l'approvazione del decreto attuativo della direttiva comunitaria, che il contratto a tempo indeterminato fosse, e dovesse rimanere, l'archetipo contrattuale, aveva legittimato, restrittivamente, il ricorso al contratto a tempo determinato esclusivamente in presenza di causali «tassativamente» determinate: lo svolgimento di attività tecnicamente

¹⁴³ Cfr. Insindacabilità ulteriormente suffragata a norma dell'articolo 30, comma primo, legge n. 183/2010, analizzato nel proseguito della trattazione.

¹⁴⁴ Cfr. La portata di tale inciso sarà chiarita nel secondo paragrafo alla luce delle modifiche intervenute, in generale, sull'impianto normativo del decreto e, in particolare, sul primo comma dell'articolo 1.

¹⁴⁵ Cfr. Un'esigenza aziendale temporanea, seppur ricorrente, comunque è molto simile, di fatto, ad un'esigenza aziendale *non* temporanea.

¹⁴⁶ Cfr. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.647, Giuffrè, Milano, 2012. Opportuno leggere la norma in questione in raccordo con il regime concernente la somministrazione di lavoro, su cui consultare sezione VI, capitolo V, paragrafo 7 del medesimo libro di testo.

¹⁴⁷ Cfr. Si tratta, comunque, di ipotesi previste già nell'articolo 1, lettera b, legge n. 230/1962.

stagionali, quali le attività agricole, oppure, la sostituzione dei lavoratori con diritto alla conservazione del posto, in occasione di malattia o maternità, o, ancora, lo svolgimento di lavori straordinari. Il rigore della normativa previgente, in seguito, fu attenuato per effetto dell'articolo 23 della legge 28 febbraio n. 56¹⁴⁸, ai norma del quale si delegava alla contrattazione collettiva¹⁴⁹ la facoltà di ampliare le ipotesi legislative, mutando il contratto a tempo determinato in uno «strumento stabile di intervento concertato sul mercato del lavoro»¹⁵⁰ ed estendendo i relativi margini applicativi di questa tipologia contrattuale. Non è casuale, infatti, qualora si abbia cura di esaminare approfonditamente il decreto n. 368, l'emersione delle antiche eccezioni addotte a giustificazione, secondo la legge n. 230/1962, del ricorso al contratto a tempo determinato, come tali legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro: in relazione al trasporto aereo e ai servizi aeroportuali, la menzione del lavoro «stagionale» o delle attività soggette a «punte stagionali», il riferimento ai programmi radiofonici e televisivi e, conclusivamente, ai contratti conclusi per «l'esecuzione di un'opera o un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale».

Dunque, la svolta definitoria, impressa nell'articolo 1, comma prima, del decreto legislativo n. 368/2001, non si manifesta netta e radicale: le causali, originarie o introdotte addizionalmente, finalizzate ad uno smussamento delle asperità della regola della tassatività, sono ampiamente sopravvissute all'abrogazione della legge n.230/1962. Ne consegue, in via di

¹⁴⁸ Cfr. La scelta del legislatore di abrogare l'articolo 23 della legge 28 febbraio n. 56 non solo appare opinabile, ma è anche censurabile. Tale strumento regolativo è stato impiegato parsimoniosamente, avendo la flessibilità concertata il pregio di temperare contrapposte esigenze: innanzitutto, la ricerca di flessibilità, attenuando la fitta rete della legge n.230/1962; in secondo luogo, il transito, condiviso dalle parti sociali, dal modello originariamente rigido e subalterno al modello più agile ed alternativo rispetto al contratto a tempo indeterminato.

¹⁴⁹ Cfr. L'esecuzione della delega era demandata ai contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative

¹⁵⁰ Cfr. L. Montuschi, *La Riforma del contratto a termine*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, 1, Milano, 1998, 379.

imprescindibile corollario, che la stagionalità, l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale, l'esigenza di ovviare ad un'intensificazione dell'attività lavorativa in alcuni, cruciali, periodi dell'anno, la sostituzione di un determinato lavoratore, la flessibilità stagionale nel trasporto aereo e le esigenze connesse ai programmi televisivi e radiofonici, consentendo l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato, siano circostanze prodromiche alla realizzazione aprioristica delle esigenze di «carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo». Sicché l'interprete¹⁵¹ era, ed è, esonerato da una razionale comprensione dell'ampia formula contenuta in senso alla citata norma, funzionale alla riconduzione nel novero della stessa delle fattispecie *supra* menzionate.

Alla luce dei rilievi fin qui constatati, è evincibile che il decreto legislativo n. 368/2001, riformatore e liberalizzatore del contratto a tempo determinato, sia pregno di retaggi propri del previgente, rigido, sistema normativo: infatti, l'abrogazione della legge n. 230/1962 non era stata configurata come un netto rigetto dell'impianto normativo in essa strutturato, essendo stati salvati e trasfusi nella disciplina attualmente vigente molti contenuti di importanza, talora, capitale. Pertanto, la sussistenza dei requisiti sostanziali, ovvero la regola impositiva di una giustificazione fondata su «esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo», non era reputata idonea né sufficiente per la legittima apposizione di un termine a contratto di lavoro subordinato. All'uopo, l'articolo 1, secondo comma, del decreto, sotto il profilo dei requisiti formali, nella sua originaria formulazione, prescriveva l'inefficacia dell'apposizione del termine se non risultante, direttamente o indirettamente, da un atto scritto, la cui forma era imposta *ab*

¹⁵¹ Cfr. Infatti, non sono state registrate notevoli difficoltà per i giudici a ritenere legittima l'assunzione di un lavoratore per sostituirne un altro in ferie o, in alternativa, temporaneamente inabile allo svolgimento della prestazione lavorativa, trattandosi di casi nei quali ricorrono le esigenze oggettive di carattere «sostitutivo», ancorché non espressamente regolamentate dal testo normativo.

substantiam, nel quale, in aggiunta, doveva essere indicata, specificamente¹⁵², la ragione legittimante l'assunzione a termine del lavoratore. Dibattuta, nel caso della ricorrenza di una «ragione sostitutiva», era la questione concernente la necessaria menzione, nel contratto, del nome del lavoratore sostituito al fine di predeterminare, in senso stretto, l'utilizzazione di quello assunto in sostituzione. La Corte Costituzionale, in una sentenza risalente all'anno 2009, si espresse nel senso della doverosità di tale indicazione¹⁵³. Altrettanto controverse erano sia le conseguenze cagionate da un vizio di legittimità sia le possibilità della vigenza del principio in virtù del quale, in carenza di atto scritto¹⁵⁴, il termine dovesse essere considerato come non apposto¹⁵⁵. La rosa delle possibili risoluzioni ad un vizio di forma, essendo venuta a mancare la presunzione di indeterminatezza della durata del contratto di lavoro, si strutturava in una tripartizione di ipotesi: innanzitutto la nullità del contratto; in secondo luogo, la conversione o l'identificazione del rapporto di lavoro, *tout court*, in un contratto a tempo indeterminato; in ultima istanza, l'inefficacia e la non vincolatività del rapporto per le parti. Si trattava, certamente, di un dilemma di non agevole composizione, ancorché la prima soluzione citata fosse destinataria di maggiori suffragi¹⁵⁶. Un'ulteriore problematica, priva di soluzione, afferiva gli effetti conseguenti alla ritardata formalizzazione della clausola relativa alla durata rispetto al principio dell'espletamento della prestazione lavorativa. A tal proposito, l'articolo 1, comma quarto, del decreto stabiliva esclusivamente il recapito di copia

¹⁵² Cfr. Il difetto di specificità costituiva, antecedentemente alle riforme modificative del decreto legislativo n. 368/2001, uno dei principali e comuni motivi di impugnazione giudiziale.

¹⁵³ Cfr. La Suprema Corte di Cassazione, invece, pur conformandosi al principio espresso dalla Consulta, ha precisato la non necessità di tale indicazione nominativa nei contesti aziendali complessi, come quelli delle grandi aziende, essendo sufficiente la possibilità di raccordo, in qualche maniera, tra l'assunzione a termine e l'esigenza organizzativa dovuta all'assenza del lavoratore, poi sostituito.

¹⁵⁴ Cfr. Qualora il rapporto non avesse natura occasionale, non superando i dodici o i tre giorni, nell'ipotesi regolata ai sensi dell'articolo 1, comma quarto, del decreto legislativo n. 368/2001.

¹⁵⁵ Cfr. Sullo sfondo si colloca, ancora una volta, la legge n. 230/1962, essendo stata integralmente trasfusa la disciplina contenuta nell'articolo prima, comma terzo, pur non risolutivo della questione.

¹⁵⁶ Cfr. R. Altavilla, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, 2001

dell'atto scritto dal datore di lavoro al lavoratore, decorsi cinque giorni dall'inizio della prestazione lavorativa. Nessuna conseguenza, d'altra parte, è stata prevista nel caso di tardiva sottoscrizione del contratto, essendo, invece, opportuna una disciplina sintonica con l'omologa casistica¹⁵⁷ della prosecuzione dell'attività lavorativa trascendente la scadenza del termine prestabilito. Infine, il comma conclusivo del primo articolo, sempre nella sua formulazione originaria, del citato decreto sanciva la non necessità della forma scritta in caso di rapporti a termine aventi una durata puramente occasionale, non superiore ai dodici giorni.

L'articolo 2, comma primo, del decreto legislativo n. 368/2001, rubricato «Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali», dettava una disciplina *speciale*¹⁵⁸ per le imprese operanti nel trasporto aereo e nei servizi aeroportuali, consentendo, in ragione delle loro rispettive specificità¹⁵⁹, l'assunzione a termine, senza l'adempimento dei consueti obblighi formali e sostanziali, di un contingente di lavoratori non eccedente il 15% dell'organico¹⁶⁰, per un periodo massimo semestrale, ricompreso tra Aprile e Ottobre, o quadrimestrale, per periodi distribuiti diversamente. Le conseguenze della violazione della citata disciplina e il relativo regime impugnativo, unitamente alle conseguenze patrimoniali, sono analoghe a quelle esaminati per l'articolo 1.

Il decreto legislativo n. 368/2001, attuativo della relativa direttiva comunitaria, inoltre, statuiva, a norma dell'articolo 3, un elenco di fattispecie, nelle quali, pur essendo astrattamente consentita, la stipulazione di un

¹⁵⁷ Cfr. L'articolo 5 del decreto legislativo n. 368/2001, in tale ambito, ha fedelmente trasposto il contenuto della disposizione sancita ai sensi dell'articolo 12 legge n. 196/1997.

¹⁵⁸ Cfr. . R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.649, Giuffrè, Milano, 2012

¹⁵⁹ Cfr. Specificità riconosciuta anche dalla Giurisprudenza comunitaria.

¹⁶⁰ Cfr. Il secondo periodo del primo comma dell'articolo 2 del d.lgs. 368/2001 invece pone un'importante eccezione: «Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della Direzione provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente articolo».

contratto a tempo determinato era oggetto di precisi *divieti*. Tuttavia l'enucleazione di un principio, avente portata e natura generale, non è mai stata agevole in ragione delle molteplici ipotesi e deroghe in cui si struttura la citata elencazione. Innanzitutto, non è ammessa l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato finalizzata alla sostituzione, con gli assunti a termine, di «lavoratori in sciopero»: infatti, essendo gli obiettivi dello sciopero la rivendicazione e la creazione di disagi, una condotta censurabile come antisindacale non avrebbe potuto assurgere al rango di motivazione oggettiva. La stipulazione di contratti a termine non era neppure consentita, salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive interessate, nei sei mesi precedenti, da licenziamenti collettivi¹⁶¹ di lavoratori adibiti alle stesse mansioni di quelli assunti a termine, ad eccezione dei contratti a tempo determinato, aventi una durata iniziale non superiore ad un trimestre, conclusi per provvedere alla sostituzione dei lavoratori assenti, e di quelli speciali destinati ai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità *ex* articolo 8, comma secondo, legge n. 223/1991¹⁶². La conclusione di siffatti contratti era, ulteriormente, interdetta¹⁶³ presso le unità produttive colpite da una sospensione dei rapporti di lavoro o da una riduzione dell'orario con «diritto al trattamento di integrazione salariale». Conclusivamente, il divieto di stipula dei contratti a termine afferiva le imprese che non avessero predisposto la periodica valutazione dei rischi¹⁶⁴ per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori a norma dell'articolo 4 della legge n. 626/1994. La violazione

¹⁶¹ Cfr. Casi di licenziamenti collettivi regolamentati dagli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991.

¹⁶² Cfr. Differentemente dalle altre ipotesi di divieto, la regola in questione è derogabile da appositi accordi sindacali, pur non essendo precisato il livello se territoriale e, congiuntamente o alternativamente, negoziale.

¹⁶³ Cfr. La *ratio* di tale divieto, come quello sancito dall'ipotesi precedente, era, ed è, la volontà di evitare una qualsivoglia destrutturazione dell'organico.

¹⁶⁴ Cfr. Il divieto normativo è, *tout court*, operativo esclusivamente nel caso di inadempimento del fondamentale obbligo previsto dall'articolo 4 della legge n. 626/1994 e non già nelle ipotesi in cui il datore di lavoro abbia omesso la «formazione» dei lavoratori a termine contro «i rischi specifici in maniera sufficientemente adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto». Secondo la valutazione del legislatore, infatti, l'inadempimento del fondamentale e non delegabile obbligo, sancito a norma dell'articolo 4 della legge n. 626/1994, delegittima il datore di lavoro dall'esercizio della potestà contrattuale, assicurando, pertanto, a vincolo posto alla libertà contrattuale.

delle prescrizioni, sancite a norma del terzo articolo, era sanzionata con la nullità del contratto a termine e la contestuale, nonché atipica, conversione dello stesso in un contratto a tempo indeterminato. Tuttavia, tale previsione ha suscitato una serie di controversie giurisprudenziali e dottrinali, poiché l'introduzione di un meccanismo di conversione, a titolo sanzionatorio, comportava significative contraddizioni nell'ambito della riforma. Del resto, sia per ragioni di coerenza sistematica sia per motivazioni sostanziali, è opportuno dubitare¹⁶⁵ che i contratti a tempo determinato, conclusi in violazione di un divieto normativo, possano essere convertiti in contratti a tempo determinato, altresì alla luce della propensione del legislatore ad una specifica menzione di una sanzione del genere in altre casistiche.

In ottemperanza alle disposizioni della direttiva comunitaria n. 99/70 e dell'allegato Accordo quadro, la nuova normativa sul contratto a tempo determinato, prevista nell'ordinamento giuridico nazionale, postulava, ai sensi dell'articolo 4, il valido intervento di una proroga, con il consenso del lavoratore, esclusivamente qualora la durata iniziale del contratto fosse inferiore ad un periodo triennale. In queste ipotesi, infatti, si riconosceva l'ammissibilità di una sola proroga a condizione che fosse «richiesta da ragioni oggettive e si riferisse alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto era stato stipulato a tempo determinato», essendo, comunque, efficace il limite di tre anni per la durata complessiva del rapporto di lavoro temporaneo¹⁶⁶. Diversamente, nel caso in cui la durata inizialmente convenuta avesse equivalso oppure trasceso il «tetto» stabilito dall'articolo 4, sarebbe stata preclusa qualsiasi proroga in qualsivoglia misura. La *ratio* della

¹⁶⁵ Cfr. R. Altavilla, *I contratti a termine nei mercati differenziati*, 2001.

¹⁶⁶ Cfr. Unica eccezione ai limiti stabiliti dall'articolo 4 d.lgs. n. 368/2001 era costituita dai dirigenti, esclusi, per effetto del recepimento nell'articolo 10 del citato decreto dell'articolo 4 della legge n. 230/1962, esclusi dall'ambito applicativo della normativa, con la dovuta salvaguardia delle previsioni sancite a norma degli articoli 6 e seguenti, in ossequio al principio di non discriminazione. Per questa categoria professionale, inoltre, il contratto poteva, e può, essere stipulato per un tempo «non superiore a cinque anni», conservando il diritto di recesso *ex* articolo 2118 cod. civ., riservato al dirigente successivamente al decorso di un triennio.

previsione di una durata massima risiedeva in un impiego «calmierato» del contratto a tempo determinato, dunque, apparentemente confliggente con l'intero impianto della riforma, volta, d'altro canto, a liberalizzare l'istituto. Realisticamente, la limitazione era coerente con i presupposti fattuali legittimanti il datore di lavoro all'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato. Inoltre, l'inciso¹⁶⁷ conclusivo della norma in questione determinava un'intrinseca afferenza del limite legale al singolo contratto e alla fruibilità dell'eventuale proroga: difatti, in occasione di una successione temporale di più contratti, una volta adempiute le condizioni disciplinate dall'articolo 5, comma terzo e quarto, unitamente alla causale oggettiva, sancita nel primo comma del primo articolo, il vincolo della durata complessiva era inoperante. Sicché le parti erano legittimate alla stipulazione di una sommatoria di contratti a tempo determinato e di clausole, la cui durata era, altresì, trascendente la soglia dei tre anni, in virtù della qualificazione del vincolo solo come limite interno alla proroga. Alla luce di tali constatazioni, è perdurata, soprattutto in dottrina, l'incertezza di una infedele trasposizione nell'articolo 4 della direttiva, la quale, al fine di evitare abusi, esigeva una statuizione della «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi». La sommatoria di contratti a termine, stipulati consecutivamente, avrebbe dovuto, rigorosamente, essere ricompresa nell'arco temporale di un triennio, demarcando, pertanto, una trasposizione della normativa comunitaria, nell'ordinamento interno, certamente non puntuale né impeccabile, poiché il limite massimo era posto «con esclusivo riferimento» alla proroga in luogo del contratto a tempo determinato. Infine, l'articolo 4, secondo comma, gravava il datore di lavoro dell'onere della prova, in caso di contestazione, dell'esistenza di «ragioni che giustificano la

¹⁶⁷ Cfr. «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni».

proroga del termine¹⁶⁸». D'altra parte, la distribuzione dell'onere probatorio si configurava come un'innovazione legislativa rispetto alla legge n.230/1962. Viceversa, alcun onere probatorio è stato collocato a carico dei datori di lavoro per la dimostrazione dell'esistenza dei motivi fondanti l'apposizione del termine iniziale¹⁶⁹. Tuttavia, come affermato autorevolmente in dottrina¹⁷⁰, l'onere della prova sarebbe stato gravante, comunque, sui datori di lavoro in ossequio alla disposizione di cui all'articolo 2697 del codice civile, consentendo la disciplina sostanziale l'apposizione o la proroga del termine esclusivamente in ipotesi tassative. Differentemente, altri autori hanno sostenuto la collocazione dell'onere della prova sui prestatori di lavoro, qualora avessero voluto agire in giudizio per l'accertamento della carenza delle ragioni giustificatrici pertinenti il termine iniziale. La soluzione del conflitto ideologico, evidentemente, non era scontata, lasciando ampi margini interpretativi sia in giurisprudenza sia in dottrina.

Il decreto legislativo n. 368/2001, inoltre, regolamentava accuratamente, ai sensi dell'articolo 5, le fattispecie di impiego del lavoratore a tempo determinato oltre la scadenza del termine e di successione di più contratti a termine, nelle quali, paradigmaticamente, si annidavano i maggiori rischi di abuso di tale strumento contrattuale e di ineluttabile «precarizzazione del lavoro»¹⁷¹. Il primo comma della citata disposizione, infatti, imponeva al datore di lavoro, in caso di prosecuzione della prestazione lavorativa oltre la scadenza del termine inizialmente convenuto o successivamente prorogato a

¹⁶⁸ Cfr. Le ragioni, giustificatrici della proroga, generalmente, avrebbero dovuto coincidere con quelle addotte in sede di fissazione del primo termine concordato, pur essendo riconosciuta l'ammissibilità di causali differenti in ragione della loro riconduzione alla nozione di cui all'articolo 1, comma primo, del citato decreto.

¹⁶⁹ Cfr. Doppio regime probatorio suscettibile di sollevare critiche e contrastanti valutazioni: la legittimità dei contratti a termine, infatti, era, ed è, coniugabile alla verifica della sussistenza delle condizioni oggettive.

¹⁷⁰ Cfr. A. Vallebona, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pagina 65.

¹⁷¹ Cfr. . R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.652, Giuffrè, Milano, 2012

norma dell'articolo 4, la corresponsione nei confronti del lavoratore a tempo determinato di una maggiorazione retributiva per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento, fino al decimo giorno successivo, e al quaranta per cento, per ogni giorno ulteriore, così garantendo all'impresa una discreta flessibilità gestionale¹⁷². Il terzo comma¹⁷³ dell'articolo 5, nella sua originaria formulazione, legittimava il *rinnovo*¹⁷⁴ dei contratti a tempo determinato in presenza, esclusivamente, di una giustificazione e di un intervallo temporale intercorrente tra i due rapporti di lavoro. Pertanto, qualora il lavoratore a tempo determinato fosse stato assunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla scadenza di un contratto avente una durata inferiore o pari ad un semestre oppure, alternativamente, entro venti giorni dalla scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi, il secondo contratto sarebbe stato reputato stipulato a tempo indeterminato. Analogamente, ai sensi del comma quarto, ove le due assunzioni a termine si fossero succedute nel tempo, «senza soluzione di continuità», il rapporto di lavoro sarebbe stato ritenuto a tempo indeterminato con efficacia *ex tunc*, ovvero «dalla data di stipulazione del primo contratto». In tal guisa, il legislatore ha commisurato la sanzione civile della conversione, avente un'efficacia *ex tunc* o *ex nunc*, in maniera subordinata alla gravità della violazione, punendo il ricorso abusivo al contratto a tempo determinato.

In ossequio alla direttiva n.99/70 CE, la normativa interna, opportunamente, ha suffragato e conferito esecuzione al «principio di non

¹⁷² Cfr. La flessibilità gestionale era garantita, ulteriormente, dall'improduttività di un'immediata efficacia. Pertanto, il legislatore, al fine di garantire la prosecuzione dell'attività produttiva dell'impresa, aveva deciso di sanzionare, almeno inizialmente, il datore di lavoro in via pecuniaria.

¹⁷³ Cfr. Il terzo comma dell'articolo 5, analogamente in via generale suo complessivo impianto, è stato, in seguito, profondamente modificato, in ragione delle differenti contingenze economiche, dall'art. 1, L. 28 giugno 2012, n.92, come modificato successivamente dall'art. 46-bis, D.L. 22 giugno 2012, n. 83 convertito con L. 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁷⁴ Cfr. Il discrimine intercorrente tra *proroga* e *rinnovo* è duplice: a) nel caso della proroga non è necessaria la stipulazione di un secondo contratto, essendo sufficiente la modica del termine inizialmente apposto alla durata del primo contratto di lavoro subordinato; b) nel caso di rinnovo, invece, imprescindibile è la stipulazione di un secondo, nonché, nuovo contratto.

discriminazione», fondante lo *status* giuridico¹⁷⁵ del lavoratore a termine. L'articolo sesto del citato decreto, all'uopo, ha riconosciuto al lavoratore a tempo determinato la titolarità del diritto ad ogni trattamento¹⁷⁶, specialmente retributivo, ancorché non incompatibile con la natura del contratto a termine, conferito ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili in maniera proporzionale alla durata del periodo lavorativo espletato. La norma, ad ulteriore riprova di elevati livelli di tutela riservati ai lavoratori a termine previsti nella disciplina precedente la direttiva, aveva recepito, sostanzialmente, il contenuto dell'articolo 5 della l. n. 230/1962, con l'unica modifica nominalistica concretantesi nella definitiva sostituzione dell'espressione «premio di fine lavoro» con «il trattamento di fine rapporto». Inoltre, il dodicesimo articolo del d.lgs. 368/2001, posto a conclusione del testo normativo, consolidava le citate prescrizioni, punendo il datore di lavoro, in caso di inadempimento degli obblighi sanciti in seno al sesto articolo, con una sanzione amministrativa di un importo ricompreso tra i 25,82 euro e i 154,94 euro. Qualora la menzionata inosservanza avesse colpito più di cinque lavoratori, l'importo della sanzione sarebbe aumentato e contenuto tra i 154,94 euro e i 1.032,91 euro.

A corollario di tali disposizioni, l'articolo 7, in ottemperanza delle prescrizioni comunitarie, prevedeva sia l'obbligo, a carico dei datori di lavoro, di formazione dei lavoratori assunti a termine per la prevenzione dei «rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro», sia l'individuazione, demandata

¹⁷⁵ Cfr. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.655, Giuffrè, Milano, 2012

¹⁷⁶ Cfr. L'articolo 6 recita: «Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

alla contrattazione collettiva¹⁷⁷, di strumenti idonei a consentire al lavoratore a termine la fruizione di «opportunità di formazione adeguata», funzionale ad un incremento della professionalità a beneficio della «carriera e della mobilità occupazionale». Un ulteriore adempimento delle prescrizioni comunitarie è costituito dall'articolo 8 del d.lgs. n. 368/2001, ai sensi del quale si disponeva la computabilità dei lavoratori assunti con un contratto a tempo determinato, avente una durata superiore a nove mesi¹⁷⁸, ai fini dell'applicazione dell'articolo 35 della legge n. 300/1970. Il nono articolo del predetto decreto, altresì, in esecuzione di precise disposizioni della direttiva europea, delegava alla contrattazione collettiva¹⁷⁹, da un lato, la definizione delle modalità mediante le quali informare i lavoratori a termine circa i posti disponibili in azienda, al fine di garantire loro le stesse possibilità di ottenimento di posti duraturi identiche agli altri lavoratori, dall'altro, la regolamentazione delle modalità e dei contenuti delle informazioni, rese alle rappresentanze dei lavoratori, concernenti il lavoro a tempo determinato nell'impresa.

L'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001, infine, tracciava, nitidamente i confini applicativi della riforma, precipuamente delineando esclusioni e discipline specifiche. In primo luogo, la norma stabiliva l'esclusione dall'alveo applicativo del decreto, poiché regolati da normative specifiche, dei contratti di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, disciplinati dalla legge 24 giugno 1997 n. 196 e successive modificazioni, dei contratti di formazione e lavoro e dei rapporti di apprendistato¹⁸⁰. Il secondo comma della disposizione, altresì, prevedeva l'esclusione dall'ambito di

¹⁷⁷ Cfr. La contrattazione collettiva, in tale fattispecie, come previsto dal dettato normativo, si strutturava nei contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi.

¹⁷⁸ Cfr. Inutile interrogarsi sui motivi per i quali il legislatore abbia optato per un periodo di durata del contratto a termine pari a nove mesi in luogo di dodici mesi o di altra misura. Occorre, esclusivamente, prenderne atto.

¹⁷⁹ Cfr. Anche in questo caso, analogamente all'articolo 8, la norma si riferisce ai contratti collettivi nazionali conclusi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.

¹⁸⁰ Cfr. Nonché delle tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che, pur caratterizzate dall'apposizione di un termine, non costituiscono rapporti di lavoro

applicazione del decreto dei rapporti di lavoro conclusi tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato, così come definiti dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375. Collocati al di fuori dell'applicazione della normativa in esame erano, a norma del terzo comma¹⁸¹, nella sua formulazione originaria, quei rapporti, nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, per i quali era reputata ammissibile l'assunzione diretta¹⁸² di manodopera, per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Conclusivamente, in virtù del quinto comma, i rapporti conclusi con le aziende esercenti il commercio, di importazione ed esportazione, dei prodotti ortofrutticoli erano esenti dall'attuazione del citato decreto. Diversamente, il sesto comma del decimo articolo confermava la vigenza, salvandole dall'abrogazione, le norme di cui agli articoli 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, 10 della legge 8 marzo 2000, n. 53, e 75 della legge 23 dicembre 2000, n. 388¹⁸³. In particolare, l'articolo 8, comma secondo, della legge 23 luglio 1991 aveva introdotto, nell'ordinamento giuridico nazionale, un contratto a termine «soggettivo»¹⁸⁴, auto-legittimato esclusivamente in maniera subordinata alla condizione personale del lavoratore: l'iscrizione nelle liste di mobilità. Il settimo comma del decimo articolo, inoltre, delegava, in una delle esigue e modeste aperture della riforma nei confronti della contrattazione collettiva, ai contratti collettivi nazionali, stipulati dalle organizzazioni sindacali

¹⁸¹ Cfr. Terzo comma modificato, tout court, dal D.L. 9 Febbraio 2012, n.5 convertito con la L. 4 Aprile 2012, n. 35.

¹⁸² Cfr. Come specificato, in aggiunta, dal penultimo periodo del terzo comma dell'articolo 10 d.lgs. n. 368/2001, successivamente modificato, di tale assunzione doveva essere trasmessa un'opportuna e tempestiva comunicazione al Centro per l'impiego una volta decorsi cinque giorni.

¹⁸³ Cfr. L'articolo 10 della legge 8 marzo 2000, n. 53 in tema di sostituzione di lavoratori in astensione. L'articolo 75 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 in materia di incentivi all'occupazione di lavoratori anziani.

¹⁸⁴ Cfr. Anche il contratto a termine stipulato con un lavoratore di età superiore ai 55 anni appare riconducibile in tale *genus* contrattuale, rilevando, unicamente, lo *status* soggettivo del prestatore di lavoro.

comparativamente più rappresentative, l'identificazione di *limiti quantitativi*¹⁸⁵, anche in maniera non uniforme, per il ricorso al contratto a tempo determinato. Tuttavia, la seconda parte¹⁸⁶ della norma prescriveva l'esonero dalle citate limitazioni di una serie di contratti a tempo determinato stipulati: innanzitutto, per l'avvio di nuove attività aziendali, per i periodi definiti dai contratti collettivi, anche in maniera non uniforme, e tenendo conto delle «aree geografiche e dei comparti merceologici in relazione alle esigenze occupazionali»; in secondo luogo, «per ragioni di carattere sostitutivo» o di stagionalità; nelle ipotesi di «punte stagionali»; per specifici spettacoli o programmi radiofonici o televisivi; ancora, per i contratti a termine conclusi a seguito di tirocinio o *stage*; infine, per i contratti stipulati con «i lavoratori di età superiore ai 55 anni». La prescrizione in esame suscitò, all'epoca, notevoli conflitti pertinenti la relativa legittimità costituzionale, non essendo ritenuta conforme una compressione stabile della contrattazione collettiva in un'intera materia al principio di libertà sindacale. L'ottavo comma, successivamente abrogato, estendeva l'esclusione dai limiti quantitativi contratti a tempo determinato «non rientranti nelle tipologie di cui al settimo comma, di durata non superiore a sette mesi, compresa la eventuale proroga, ovvero non superiore alla maggiore durata, definita dalla contrattazione collettiva, con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche». Il secondo periodo dello stesso comma, altresì, riconduceva nell'esonero dai limiti quantitativi i contratti a termine stipulati, per le suddette durate, per lo svolgimento di prestazioni di lavoro identiche a quelle oggetto di altro contratto a termine, avente le medesime caratteristiche e scaduto da meno di sei mesi. Il decimo

¹⁸⁵ Cfr. I limiti quantitativi, generalmente, fungevano da percentuali finalizzate all'identificazione dell'organico complessivo.

¹⁸⁶ Cfr. La seconda parte del settimo comma dell'articolo dieci è stata riformata dalla L. 24 Dicembre 2007, n. 247.

articolo, al comma nove¹⁸⁷, demandava, in aggiunta, ai contratti collettivi nazionali, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, la strutturazione di un diritto di precedenza, in esecuzione delle disposizioni comunitarie, nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente, a favore dei lavoratori¹⁸⁸ che avessero prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato nelle ipotesi già previste dall'articolo 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987 n. 56. Si trattava di una norma dal destino segnato: infatti, raccordandosi alle ipotesi di cui all'articolo 23, comma secondo, della legge 28 febbraio 1987 n. 56, perveniva alla regolamentazione di fattispecie in via di progressiva estinzione. Il comma conclusivo dell'articolo 10, infine, fissava l'estinzione del citato diritto di precedenza nell'arco di un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, consentendo il relativo esercizio al lavoratore a termine a condizione che quest'ultimo avesse manifestato, in tal senso, la propria volontà al datore di lavoro entro tre mesi dalla scadenza del rapporto di lavoro.

Orbene, dalla integrale disamina dell'originaria disciplina nazionale, attuativa della direttiva comunitaria n. 99/70 e dell'allegato Accordo quadro del Marzo 1999, è evincibile, infine, una non affatto scontata conclusione: la mutazione di approccio del legislatore. Innanzitutto, nel transito dalla disciplina previgente, L. n. 230/1962, al decreto legislativo n. 368/2001 è venuta a mancare la presunzione di indeterminatezza della durata del rapporto di lavoro. Infatti, non essendo più concepita la giustificazione del termine come *sub specie* di un'eccezione o deroga al paradigma di cui all'articolo 2094 del codice civile, il contratto a tempo determinato è assunto a tipologia di rapporto di lavoro autonoma ed alternativa e non più subalterna, pur vigendo,

¹⁸⁷ Cfr. Parimenti al comma ottavo e al comma decimo, il comma nono dell'articolo 10 d.lgs. 368/2001 è stato oggetto di abrogazione dalla L. 24 Dicembre 2007, n. 247.

¹⁸⁸ Cfr. Una dovuta precisazione riguarda la non computabilità di tali categorie di lavoratori, assunti in base al suddetto diritto di precedenza, ai fini del calcolo della percentuale di riserva di cui all'articolo 25, comma 1, della legge 23 luglio 1991, n. 223.

ancorché in via attenuata, il vincolo dei limiti quantitativi volto alla costruzione di un argine all'incontrollata proliferazione del ricorso al contratto a termine ed esplicativo di un anacronistico sfavore.

Sicché diviene imprescindibile l'analisi dei successivi interventi normativi, riformatori della disciplina sancita nel citato decreto e, talora, necessitati dalle incombenti contingenze economiche, non sempre fedeli allo spirito della direttiva o alla relativa applicazione, focalizzando l'attenzione, esclusivamente, nei differenti ambiti di regolamentazione.

1.1. Il contratto di lavoro a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: le modifiche del biennio 2007-2008

La motivazione di una congiunta disamina delle riforme approvate nel biennio 2007-2008, precisamente con l'entrata in vigore della L. 24 Dicembre 2007 n. 247 e del D.L. 25 Giugno 2008 n. 112 convertito nella L. 6 Agosto 2008 n.133, risiede nell'inscindibile raccordo intercorrente fra gli interventi normativi, risultante sia dalla prossimità temporale delle relative adozioni sia da analoghi ambiti di regolamentazione. Pertanto, occorre, precipuamente, rilevare l'eventuale influenza, o alterazione, e le relative modalità, esercitate dalla modifica temporalmente successiva su quella anteriore, innestata nel *corpus* normativo del d.lgs. n. 368/2001. Ambo le riforme ridestarono, in ambito politico-sindacale e dottrinale, intensi conflitti¹⁸⁹ ideologici pertinenti, nella maggior parte dei casi, la «flessibilizzazione» della disciplina dei rapporti di lavoro: alcuni autori, addirittura, privilegiarono interpretazioni

¹⁸⁹ Cfr. Le rilevazioni Istat, risalenti all'anno 2008, tuttavia, dimostrarono il sovraccarico «ideologico» di tali contrasti ideologici: infatti dal anno 2000 sino al 2008, le assunzioni di lavoratori a tempo determinato hanno ricevuto un discreto, non sconcertante, incremento, dal 13,2% al 14%; analogamente, dissipando ogni dubbio concernente l'erosione del lavoro stabile, anche le assunzioni di lavoratori con contratti a tempo indeterminato furono destinatarie di un aumento, dalle 13.344.000 unità dell'anno 2000 alle 15.053.000 unità dell'anno 2008.

distanti dal reale significato dei testi normativi al fine di esporli ad agevoli critiche oppure di imputare loro un'incompatibilità con la disciplina comunitaria e costituzionale; altri autori, invece, favorirono letture, fedeli alla *voluntas legis*, funzionali al conseguimento degli obiettivi prefissati.

La L. 24 Dicembre 2007 n.247, rubricata «Norme di attuazione del Protocollo del 23 Luglio 2007, su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale», ha mutato la disciplina del contratto a tempo determinato, sancita in seno al d.lgs. n. 368/2001, apportando mirate novazioni normative in alcuni specifici settori. Innanzitutto, la legge sul Protocollo Welfare intervenne nell'ambito del primo articolo del citato decreto istituendo un comma¹⁹⁰, dalla numerazione inconsueta, «01» ai sensi del quale si disponeva, perentoriamente, che «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Si trattava di una disposizione, sostanzialmente, prodromica all'esecuzione delle prescrizioni disciplinate nella direttiva comunitaria n. 99/70 e, in particolare, dell'allegato Accordo quadro nel quale: in primo luogo, le parti sociali, pur non gravando il datore di lavoro di un generale obbligo di stipulazione dei contratti a tempo indeterminato, affermarono che quest'ultimo fosse, e dovesse rimanere, «la forma comune dei rapporti di lavoro tra i datori di lavoro ed i lavoratori»¹⁹¹, contribuendo al miglioramento della qualità di vita e di rendimento dei lavoratori interessati; in seconda istanza, estrinsecarono la rispondenza «dei contratti a tempo determinato, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori», configurando «una caratteristica

¹⁹⁰ Cfr. La stesura di tale norma ha avuto un *excursus* meritevole di una sintetica menzione. Il protocollo sul Welfare, siglato, dopo mesi di travagliati dibattiti, nel Luglio del 2007, vincolava il Governo all'adozione di norme legislative volte alla realizzazione delle intese conseguite. Dapprincipio, nessuna intesa effettuava un esplicito riferimento alla disposizione in questione, la quale, pertanto, fu introdotta mediante un emendamento predisposto dai partiti a sostegno delle maggioranze, così demarcando, in un sol colpo, la fragilità del Governo nella realizzazione degli impegni assunti con le parti sociali.

¹⁹¹ Cfr. Preambolo Accordo quadro 18 Marzo 1999.

dell'impiego in alcuni settori, occupazioni ed attività atte a soddisfare sia i datori di lavoro che i lavoratori», non specificando, tuttavia, né le circostanze né i settori, le occupazioni o le attività. Ne discendeva, in via di imprescindibile corollario, sul piano dell'interpretazione giuridica, che il contratto a tempo indeterminato fosse concepito, in senso all'Accordo quadro, come la «forma comune» dei rapporti di lavoro soltanto nella misura in cui il contratto a tempo determinato non potesse formare oggetto di abusi nella reiterazione¹⁹², ovvero esclusivamente qualora le misure preventive degli abusi avessero circoscritto il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato consecutivi. Il testo negoziale, infatti, non prevedeva limitazioni alla stipula del primo contratto a tempo determinato, potendo lo stesso, parimenti ai contratti a tempo indeterminato, assurgere a «forma comune» di rapporto di lavoro per la prima assunzione. Conclusivamente, il comma 01, introdotto dalla riforma del 2007, statuendo la stipulazione del contratto di lavoro subordinato di regola nella forma di un contratto a tempo indeterminato, mirava a suffragare il principio secondo cui le esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, legittimanti l'apposizione del termine, dovessero coniugarsi a situazioni straordinarie, non potendo, al contrario, avere natura stabile ed ordinaria. Sicché tale disposizione, prendendo atto di un dato «social-tipico»¹⁹³, non incideva in alcun modo sull'individuazione delle ragioni che, ai sensi dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, consentivano l'apposizione del termine al rapporto di lavoro.

Il secondo ambito di intervento della L. n. 247/2007 è ravvisabile nel quinto articolo, in materia di scadenza del termine e successione di contratti, della normativa sul contratto a tempo determinato. La legge sul Protocollo

¹⁹² Cfr. G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, p.7, ADAPT, Working Paper n. 78/2009

¹⁹³ Cfr. G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, p.8, ADAPT, Working Paper n. 78/2009

Welfare, all'uopo, aveva introdotto nell'articolo 5 d.lgs. n.368/2001 il comma 4bis¹⁹⁴, ai sensi del quale si disponeva che, ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora, per effetto di successione di contratti a termine, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore avesse complessivamente superato i trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione intercorrenti tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro sarebbe stato reputato a tempo indeterminato, ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, gli stessi soggetti avrebbero potuto concludere un ulteriore e successivo contratto a termine, per una sola volta, a condizione che la stipula fosse avvenuta presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, sul piano nazionale, cui il lavoratore fosse iscritto o avesse conferito mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, sul piano nazionale, in aggiunta, definivano, con avvisi comuni, la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di inosservanza della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si reputava concluso a tempo indeterminato. Di seguito, il comma 4quater, la cui introduzione nel citato decreto è sempre imputabile alla l. n. 247/2007, conferiva un diritto di precedenza al lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, avesse prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, nelle assunzioni a tempo indeterminato, effettuate dal datore di lavoro, entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a

¹⁹⁴ Cfr. Il comma 4bis dell'articolo 5 del d.lgs. n. 368/2001 è stato riformato ed implementato a norma del D.L. 28 Giugno 2008, n. 112 e, successivamente, dall'articolo 1 della L.28 Giugno 2012, n. 92.

termine. Un altro diritto di precedenza, a norma del comma 4quinquies, afferiva i lavoratori assunti a tempo determinato, per l'espletamento di attività stagionali, rispetto alle nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per lo svolgimento di identiche mansioni. In conclusione, il comma 4sexies, altra norma collocata nel d.lgs. n. 368/2001 dalla l. n.247/2007, stabiliva che il diritto di precedenza, sancito nei commi precedenti, fosse esercitabile esclusivamente a condizione che il lavoratore a termine manifestasse, in tal senso, la propria volontà al datore di lavoro entro, rispettivamente, tre e sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, decadendo, viceversa, dal relativo diritto decorso un anno dalla data di scadenza del termine apposto al rapporto di lavoro.

Le finalità di tali novazioni risiedevano nella volontà del legislatore di evitare che il contratto a tempo determinato fosse utilizzato, per un eccessivo periodo temporale, nei confronti dello stesso lavoratore, mutandosi nella tipica forma di impiego dello stesso. Tuttavia la riforma, attuata con la legge relativa al Protocollo Welfare, fin dalla sua approvazione, manifestò una serie di preoccupanti lacune: anzitutto, la carenza assoluta di una completa considerazione di tutte le forme di lavoro flessibili mediante le quale impiegare il lavoratore; la previsione di un «tetto» di durata massima del rapporto esclusivamente per i contratti a tempo determinato, non essendo definite altre forme di contingentamento per le residue tipologie di lavoro flessibile; gli effetti indiretti prodotti dalle norme nei confronti del lavoratore, il quale, pur destinatario di una periodica serie di contratti a termine, sarebbe stato interessato alla prosecuzione del rapporto, soprattutto, a causa della mancanza di opportunità lavorative.

Al fine di rimediare a tali limiti e lacune, il legislatore riformò la L. n. 247/2007, varando il D.L. 25 Giugno 2008 n.112, «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione

della finanza pubblica e la perequazione tributaria», convertito, successivamente, nella L. 6 Agosto 2008 n.133, rubricata «Conversione in legge del decreto legge 25 Giugno 2008 n.112 recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione finanziaria e la perequazione tributaria». Gli obiettivi della l. n. 133/2008 consistevano sia nell'attenuazione della rigidità dei nuovi limiti di durata del contratto a tempo determinato, sanciti dal Protocollo su Welfare, sia nella semplificazione dell'interpretazione dei casi legittimanti il ricorso al contratto a termine. A tal proposito, infatti, il ventunesimo articolo del dl. n. 112/2008, come modificato dalla legge di conversione n.133/2008, sancì l'introduzione, nel primo comma dell'articolo primo del d.lgs. n. 368/2001, dell'inciso¹⁹⁵ secondo cui l'apposizione del termine era consentita «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo» altresì qualora le stesse fossero «riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»¹⁹⁶. Malgrado le difficoltà definitore della natura, innovativa o sostanzialmente interpretativa¹⁹⁷ del menzionato inciso, la nuova formulazione del primo articolo del decreto legislativo n. 368/2001 fugava qualsiasi incertezza relativa ad interpretazioni restrittive del dettato normativo, imponendo un'innovativa

¹⁹⁵ Cfr. L'intervento definitorio, apportato dalla legge n. 133/2008, delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato costituì un'ulteriore puntata nella infinita regolamentazione del contratto a tempo determinato. Infatti, questo tema, come noto, ha una storia datata. Per decenni, nell'ordinamento giuridico nazionale, in vigore della legge n. 230/1962, era consentito apporre un termine al rapporto di lavoro subordinato esclusivamente in presenza di esigenze specifiche ed eccezionali. La disciplina previgente, inoltre, identificava una serie di situazioni, tassativamente elencate, nelle quali lecitamente era possibile fissare una durata all'espletamento dell'attività lavorativa: attività stagionali; opere e servizi aventi carattere straordinario ed eccezionale; lavorazioni a fasi successive etc. Tale impostazione, al netto di modifiche ed attenuazioni, è stata completamente rovesciata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, attuativo della corrispondente direttiva comunitaria n. 99/70, nella cui vigenza era riconosciuta la possibilità di apporre il termine al contratto di lavoro subordinato entro i limiti quantitativi, previsti dalla contrattazione collettiva, in sussistenza di esigenze di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo», risultanti da atto scritto contestuale o precedente al contratto di lavoro.

¹⁹⁶ Cfr. La novella ha fruito di un inciso già esistente nell'ordinamento giuridico nazionale: la disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato impiegava, precedentemente, la nozione di «esigenze di carattere tecnico produttivo e organizzativo» anche «riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore», a norma dell'articolo 20 del d.lgs. n. 276/2003.

¹⁹⁷ Cfr. La scelta tra le due ipotesi era subordinata all'interpretazione originaria conferita al d.lgs. n. 368/2001. La risoluzione di tale dilemma, tuttavia, non era priva di utilità essendo prodromica alla composizione di molteplici controversie relative ai contratti a tempo determinato stipulati *medio tempore*.

modalità di approccio nella cernita del significato attribuibile alle ragioni legittimanti l'apposizione del termine ad un rapporto di lavoro subordinato. Specificamente, l'estrinsecazione della riferibilità di tali ragioni all'ordinaria attività del datore di lavoro presupponeva, ineluttabilmente, sia l'adozione di un «nuovo paradigma interpretativo», differente da quello consueto, sia il conferimento di un opportuno significato ai termini utilizzati e alle relative condizioni d'impiego¹⁹⁸. Infatti, la citazione impropria, talora inopportuna, dei termini oppure la mancanza di un comune codice di impiego generarono molteplici dispute interpretative: un utilizzo indistinto di termini quali «causali», «ragioni», «occasioni» o «esigenze», aventi connotazioni e sfumature differenti, alimentava, inesorabilmente, la proliferazione di confliggenti interpretazioni. Il dettato normativo, tuttavia, si riferiva, esclusivamente, al termine «ragioni»¹⁹⁹, di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo», al fine di legittimare l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato. Come precedentemente asserito²⁰⁰, particolarmente dibattuta era la natura delle ragioni giustificative il ricorso al contratto a tempo determinato: alcuni autori, da un lato, secondo *l'id plorumque accidit*, ritenevano che le citate ragioni dovessero essere intrinsecamente e necessariamente temporanee, ancorché, già nella originaria formulazione del dettato normativo, non vi fossero indizi riguardanti l'intrinseca temporaneità, «l'imprevedibilità» o la «temporaneità non ricorrente» delle causali; altri autori, invece, valorizzando il tenore letterale del decreto, reputavano sufficiente, ai fini della legittima apposizione del termine, qualsiasi ragione oggettiva non arbitraria, idonea a rendere preferibile

¹⁹⁸ Cfr. G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, p.4, ADAPT, Working Paper n. 78/2009

¹⁹⁹ Cfr. Ammissibile è anche l'utilizzo del termine «causali» come sinonimo della parola «ragioni».

²⁰⁰ Cfr. Vedi paragrafo primo, terzo capitolo.

il contratto a termine.²⁰¹ Pertanto, l'inciso introdotto dalla l. n. 133/2008, statuendo la riferibilità delle ragioni, legittimanti l'apposizione del termine ad un rapporto di lavoro subordinato, anche «all'ordinaria attività del datore di lavoro», demarcava un ulteriore affievolimento del raccordo intercorrente tra la temporaneità delle esigenze di lavoro e le causali addotte a giustificazione del ricorso al contratto a termine. Ne discendeva, conseguenzialmente, la configurazione delle «ragioni di carattere tecnico produttivo organizzativo e sostitutivo», previste a norma dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'articolo 21 del dl. n. 112/2008, come esigenze sia eccezionali sia stabili, essendo, preminentemente, rilevante l'esistenza delle stesse. A suffragio di tale conclusione interpretativa si collocava la composizione di un'altra annosa controversia applicativa afferente la definizione del confine e del contenuto del controllo giudiziale. Quest'ultimo, infatti, coerentemente al dettato di cui all'articolo 2113 del codice civile, non avrebbe dovuto né penetrare il merito della scelta aziendale prodromica alla giustificazione del ricorso al contratto a termine, essendo riconducibile nell'alveo dell'insindacabile discrezionalità imprenditoriale, né vertere sul nesso di causalità tra la scelta del datore di lavoro e l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato, dovendo, invece, accertare l'effettività della scelta medesima e la sua «non pretestuosità».

Il secondo ambito di intervento del dl. n. 112/2008, come modificato dalla legge di conversione n. 133/2008, afferiva il «tetto», pari a trentasei mesi, per la durata complessiva di un contratto a tempo determinato, introdotto dalla l. n.247/2007, attuativa del Protocollo Welfare. Come precedentemente affermato, la legge n. 247/2007 aveva innestato nel quinto

²⁰¹ Cfr. Tali controversie interpretative hanno esercitato una notevole influenza sul piano giudiziario in cui l'impostazione introdotta dalla riforma non è stata agevolmente accolta. Ad esempio, la giurisprudenza di merito ha, reiteratamente, suffragato il principio secondo cui l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato integrava un'eccezione o deroga al principio in virtù del quale il contratto di lavoro si reputa subordinato.

articolo del d.lgs. n. 368/2001 il comma 4bis ai sensi del quale, sinteticamente, si tracciava un limite di 36 mesi, comprensivo di proroghe e rinnovi, per la stipulazione di contratti a termine fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti. Il limite era suscettivo di un'estensione onnicomprensiva, poiché applicabile sia in caso di proroga sia in caso di successione di contratti realizzata nell'osservanza degli intervalli temporali, previsti dalla legge, prescindendo dai periodi di interruzione intercorrenti tra un contratto e l'altro. L'articolo 5 comma 4bis, inoltre, delineava, equivalso il «tetto» di durata massima del contratto a tempo determinato, la possibilità di rinnovare il contratto, per una sola volta, tra i medesimi soggetti a fronte del necessario adempimento di alcune condizioni²⁰², statuendo, d'altra parte, in via sanzionatoria, la conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato in caso di violazione di tali disposizioni. Dunque la disciplina in materia di scadenza del termine e successione di contratti, come strutturata e modificata ad opera della l. n.247/2007, fu parzialmente riformata dalla l. n. 133/2008. All'uopo, l'articolo 21, comma secondo, del dl. n. 112/2008 imponeva la definizione nell'articolo 5, comma 4bis²⁰³, primo periodo, di una clausola di salvezza

²⁰² Cfr. La condizione suscettibile di adempimento era la stipulazione dell'unico rinnovo, concesso oltre i 36 mesi, presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante sindacale, cui il lavoratore avesse conferito espresso mandato.

²⁰³ Cfr. A seguito della riforma introdotta dal dl. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, il testo dell'articolo 5 comma 4bis del d.lgs. n. 368/2001 recitava: «Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato».

concernente «le differenti disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La novella, indubbiamente, assumeva un rilievo capitale, conferendo alla contrattazione collettiva la titolarità di una vasta facoltà di deroga della rigida previsione attinente la durata massima dei contratti a tempo determinato. I contratti collettivi, sia di livello nazionale sia di secondo livello²⁰⁴, erano legittimati sia a stabilire un tetto di durata divergente da quello sancito dalla disciplina legislativa sia, alternativamente, a non prevedere alcuna limitazione.

La terza modifica, apportata dalla l. n. 133/2008, risiedeva sempre nell'ambito della scadenza del termine e della successione dei contratti, afferendo, tuttavia, il diritto di precedenza. Il quinto articolo del d.lgs. n. 368/2001, ai commi 4quater e 4quinqies, elaborati a seguito della l. n. 247/2007, riconosceva, rispettivamente, un diritto di precedenza sia in favore dei lavoratori, impiegati con uno o più contratti a termine per una durata superiore a sei mesi, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro nei successivi dodici mesi per l'espletamento di equivalenti mansioni, sia nei confronti dei lavoratori, assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, rispetto, invece, alle assunzioni a tempo determinato effettuate dallo stesso datore di lavoro per le medesime attività. La legge n. 133/2008, pertanto, intervenne in tale impianto normativo, disponendo l'applicazione del comma 4quater «fatte salve le diverse disposizioni contenute nei contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La previsione di un'altra, analoga a quella precedentemente citata, clausola di salvezza legittimava, nuovamente,

²⁰⁴ Cfr. La portata estesa del rinvio legislativo operato dal testo normativo è ravvisabile nel conferimento di tale potestà di deroga anche nei confronti della contrattazione di secondo livello, territoriale od aziendale, e non esclusivamente nazionale.

la contrattazione collettiva ad una modifica, in tal caso pertinente il diritto di precedenza, della disciplina legislativa.

Alla luce dei rilievi constatati, una precisazione è d'obbligo. La riforma attuata con la l. n. 133/2008, per quanto concerne la durata complessiva del contratto a termine e il diritto di precedenza, non manifestandosi come un radicale stravolgimento di quanto pattuito dalle parti sociali nel Protocollo sul Welfare, realizzava un temperamento della disciplina vigente mediante un rinvio alla contrattazione collettiva. Infatti le eventuali, nonché successive, deroghe sarebbero state disposte dalle stesse parti sociali che concorsero all'introduzione dei citati limiti di durata.

Conclusivamente, la l. n. 133/2008 realizzò un intervento transitorio, mediante l'introduzione di un'apposita disposizione, non poco discussa, volta alla risoluzione delle controversie *medio tempore*. L'articolo 4bis²⁰⁵, infatti, stabiliva che «con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro era tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni». La norma, per i soli giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge di conversione, precludeva al giudice, in caso di accertamento di violazioni concernenti l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato, la conversione, in via sanzionatoria, del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato. La Corte Costituzionale, dirimendo le dispute interpretative scatenatesi a riguardo, nella

²⁰⁵ Cfr. Articolo 4bis d.lgs. n. 368/2001 era rubricato come «Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine».

sentenza 8 Luglio n. 214²⁰⁶, pronunciò l'illegittimità costituzionale della disposizione, reputandola produttiva di due discipline sostanziali diverse destinate alla regolamentazione di situazioni di fatto identiche²⁰⁷. Il citato discrimine fu reputato dalla Corte privo di ragionevolezza, pertanto confliggente con l'articolo con l'articolo 3 della Costituzione, né raccordato alla «necessità di accompagnare il passaggio da un regime normativo ad un altro».

1.2. Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento giuridico nazionale: la disciplina dell'articolo 32, c. 5 e 6, della L. n 183/2010.

La legge 4 Novembre 2010 n. 183, il c.d. «Collegato Lavoro», proseguendo nell'annosa problematica dei termini illegittimamente apposti, sancì, ulteriormente, rivelanti disposizioni in materia di contratti a tempo determinato. L'articolo 32 della citata legge, ai commi quinto e sesto, infatti, prevedeva, in caso di inosservanza delle norme concernenti il contratto a tempo determinato, in via sanzionatoria, il risarcimento del lavoratore a termine nei casi in cui fosse prevista, in aggiunta, la relativa conversione in un contratto a tempo indeterminato. In particolare, il comma cinque disponeva che il giudice, «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato», condannasse il datore di lavoro al risarcimento del danno, definendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di

²⁰⁶ Cfr. Nella stessa pronuncia, la Corte Costituzione si espresse in favore dell'obbligo di menzione del nome della persona sostituita, nel caso di apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato per assenza di un lavoratore.

²⁰⁷ Cfr. Infatti, due contratti a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo, per identica durata, analoghe ragioni ed affetti da medesimi vizi, sarebbero stati, in vigenza di articolo 4bis d.lgs. n. 368/2001, destinatari di regolamentazioni sostanzialmente differenti sia per quanto riguarda, da un lato, la conversione del contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato, sia, d'altro lato, per quanto concerne l'erogazione di un'indennità dall'esiguo importo.

fatto²⁰⁸, avuto riguardo dei criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 Luglio 1996 n. 604. Il comma sesto, d'altro canto, mitigando la precedente disposizione, affermava che in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedevano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata nel comma precedente fosse ridotto alla metà. La norma, pertanto, afferiva sia i casi di conversione sia l'obbligo del datore di lavoro di corresponsione, a titolo risarcitorio, di un'indennità onnicomprensiva nei confronti del lavoratore a termine. Il comma settimo, invece, imponeva l'applicazione delle disposizioni, di cui ai precedenti commi, «a tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge». «Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione dell'indennità onnicomprensiva risarcitoria», il giudice era legittimato sia a fissare alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni sia ad esercitare i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile.

L'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010, era subordinato ad una tripartita interpretazione pertinente, specificamente, la natura dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva²⁰⁹: da taluni, reputata come sostitutiva della trasformazione del rapporto e dell'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data di riammissione in servizio; da altri, invece, ritenuta, esclusivamente, sostitutiva dell'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo temporale ricompreso tra la data di cessazione del rapporto e la

²⁰⁸ Cfr. Per retribuzione globale di fatto si intende il complesso degli elementi retributivi percepiti dal lavoratore con continuità temporale, essendo, invece, esclusi gli elementi percepiti occasionalmente.

²⁰⁹ Cfr. R. Foglia, *op. cit.*, 2013, p. 397

data di riammissione in servizio, essendo comunque valevole la trasformazione del rapporto; da altri ancora, infine, concepita come addizionale rispetto sia alla conversione del rapporto, sia all'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore a termine durante l'arco temporale succitato.

Secondo la prima interpretazione, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva avrebbe dovuto essere corrisposta alternativamente alla sanzione della conversione del rapporto a termine in un contratto a tempo indeterminato per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, evitare il conferimento nei confronti dei lavoratori a tempo determinato di benefici eccedenti quelli definiti nella disciplina limitativa dei licenziamenti assistiti da tutela obbligatoria, realizzando così una compressione della tutela dei lavoratori; in secondo luogo, l'enucleazione dalla previsione del comma sesto, che stabiliva un dimezzamento dell'indennità in caso di assunzione, della spettanza dell'indennità completa solo nei casi di non assunzione. Siffatta interpretazione, tuttavia, non era suscettibile di accoglimento sia per la carenza assoluta di un raccordo tra la disciplina dei licenziamenti e la disciplina del termine illecitamente apposto al rapporto di lavoro subordinato sia poiché considerata confliggente con il testo normativo, nel quale vi è un'espressa menzione della sanzione della conversione. Inoltre, il legislatore, se avesse voluto, realmente, circoscrivere l'impianto sanzionatorio ai soli profili risarcitori, lo avrebbe manifestamente estrinsecato come nel caso, paradigmatico, dell'articolo 4bis introdotto dal dl. n. 112/2008.

Conformemente alla seconda interpretazione, invece, la sanzione della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato sarebbe stata sempre applicabile, fungendo la limitazione della misura risarcitoria da opportuno contraltare. In linea con tale impostazione, infatti, la conversione del rapporto non avrebbe operato con efficacia *ex tunc*, ovvero dalla data della

stipulazione del primo contratto avente un termine illegittimamente apposto, bensì avrebbe avuto effetto solo dalla data di pronuncia del giudice della sentenza di accertamento dell'illegittimità del termine²¹⁰. Anche questo filone interpretativo, del resto, non era meritevole di accoglimento poiché, forfettizzando il risarcimento del danno in un'indennità ricompresa tra le 2,5 e le 12 mensilità²¹¹, estendeva l'applicazione della medesima indennità a tutti i casi di conversione statuiti dal giudice e dalla legge, ivi compresi quelli in cui non era necessaria un'impugnazione²¹², trattandosi di una disposizione generale.

La terza ed ultima interpretazione dell'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010, d'altro canto, affermava che l'espressa menzione nel testo normativo della sanzione della conversione del rapporto, non essendo riferibile all'ambito applicativo della disposizione, concerneva tutti i casi in cui la conversione stessa, come dettagliatamente disciplinata, avesse trovato applicazione. Pertanto, l'illegittima apposizione del termine ad un rapporto di lavoro subordinato sarebbe stata sanzionata, ordinariamente e secondo i consueti principi, con la conversione, avente efficacia *ex tunc*, in un contratto a tempo indeterminato. Siffatta interpretazione, infatti, focalizzava la portata della norma sul fronte risarcitorio, condensandolo in chiave indennitaria. A tal proposito, configurandosi l'impugnativa dell'apposizione illegittima del termine un'azione di mero accertamento della nullità parziale del contratto e, quindi, come «un'azione di adempimento»²¹³, l'articolo 1453 del codice civile prescriveva la spettanza delle ordinarie retribuzioni nei confronti del lavoratore, «salvo in ogni caso il risarcimento del danno». Pertanto, in ossequio alle regole generali di diritto comune, nei casi di conversione del

²¹⁰ Cfr. Secondo i principi processuali, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza di mero accertamento.

²¹¹ Cfr. Indennità che escludeva il pagamento delle retribuzioni sia concepite come tali sia intese come parametro commisurante il risarcimento del danno.

²¹² Cfr. Come quelli previsti a norma dell'articolo 3 o 5 del d.lgs. n. 368/2001.

²¹³ Cfr. R. Foglia., *op. cit.*, 2013, p. 400

rapporto in un contratto a tempo indeterminato, il lavoratore aveva diritto alla percezione delle ordinarie retribuzioni, derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa, *oltre* al risarcimento del danno. In conclusione, tirando le fila del discorso, l'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010 afferiva al risarcimento del danno, non già alle retribuzioni dovute, definendo una liquidazione legale forfettaria, sicché l'indennità avrebbe coperto solo il danno. L'accoglimento di tale interpretazione, inoltre, era suffragato dal confronto della disposizione in questione e quella, sancita in senso alla l. n. 133/2008, che vincolava il datore di lavoro «unicamente» alla corresponsione dell'indennità nei confronti dei lavoratori a termine, strutturandosi l'abrogazione dell'inciso come un «diaframma» tra le indennità rispettivamente disciplinate nelle citate norme. Altri elementi, favorevoli all'accoglimento del citato orientamento ideologico, discendevano, cumulativamente, da norme costituzionali e principi comunitari. La norma del c.d. «Collegato lavoro», altresì, non afferendo alla *mora credendi* ai fini della liquidazione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, implicava una erogazione della medesima indennità anche nei casi in cui il lavoratore non avesse patito alcun danno, prescindendo dalla costituzione in mora del datore di lavoro. La citata indennità, pertanto, assolveva ad una funzione di penale sanzionatoria conseguente al mero accertamento dell'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato. La disposizione, infatti, graverebbe il datore di lavoro di una penale per il fatto oggettivo, considerato in senso alla stessa, non rilevando l'esistenza dell'eventuale danno effettivamente arrecato a lavoratore e, preminentemente, realizzandosi una limitazione del risarcimento del danno possibile.

Da ultimo, una menzione doverosa è necessario sia effettuata in relazione alla complesse e durature vicende giudiziarie pertinenti l'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010. Pregiudizialmente, per quanto riguarda la

conformità della citata disposizione alle norme di rango costituzionale, il Giudice delle Leggi si pronunciò in una duplice occasione dichiarando infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trani e dal Tribunale di Potenza. Specificamente, la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 303/2011, statuí l'infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 32, comma quinto, sesto e settimo, della l. n. 183/2010, in riferimento agli articoli 11, 101, 102, 111 e 177 Cost., nella parte in cui prevedeva, nelle ipotesi di conversione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato per l'illegittima apposizione del termine, una forfettizzazione del risarcimento del danno applicabile, peraltro, retroattivamente. Nelle motivazioni, infatti, la Corte asseriva che la modifica normativa, strutturando un semplificato meccanismo di liquidazione del danno, fosse rispondente a ragioni di utilità generale, condensate nell'esigenza di apprestare una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata alla necessità di certezza dei rapporti giuridici tra le parti. Il legislatore nazionale, pertanto, recependo tale passaggio della pronuncia, stabilì di forfettizzare il risarcimento del danno, patito dal lavoratore a termine, con un'indennità, secondo il Giudice delle Leggi, «proporzionata, complementare e funzionale al riaffermato primato della garanzia del posto di lavoro». Infatti, la Corte precisava anche che l'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010, non limitandosi a forfettizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, garantisse l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato e, quindi, la protezione più intensa raccordata ad un lavoratore precario. Sicché l'indennità risarcitoria onnicomprensiva consolidava la garanzia di conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto a tempo indeterminato. La Corte, in aggiunta, demarcava, a decorrere dalla sentenza con cui il giudice, rilevata l'illegittimità del termine inizialmente pattuito, pronunciava la conversione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato, l'obbligo del datore di

lavoro di riammettere in servizio il lavoratore, corrispondendogli, in ogni caso le retribuzioni dovute, anche in mancanza di riammissione effettiva, coprendo l'indennità il periodo ricompreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del giudice. Il Giudice delle Leggi, inoltre, fugò ogni dubbio concernente la compatibilità dell'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010 con l'articolo 117 Cost., come integrato dall'articolo 6, comma primo, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Particolarmente, le disposizioni, oggetto di censura, avrebbero realizzato un'indebita interferenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, «volta ad influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse, non giustificata da «ragioni imperative di interesse generale», né dall'incerta interpretazione delle norme di diritto comune in tema di risarcimento del danno subito dal lavoratore, come costantemente interpretate dalla giurisprudenza lavoristica». A tal proposito, la Corte Costituzionale reputava sussistenti tutte le condizioni, richieste dalla Corte di Strasburgo, legittimanti nuove disposizioni, aventi un'efficacia retroattiva e finalizzate alla regolamentazione, in ambito civile, dei diritti risultanti dalle leggi già in vigore, conformi all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Innanzitutto, l'articolo 32, comma quinto, sesto e settimo, della l. n. 183/2010, dettando una disciplina generale, non agevolava selettivamente né lo Stato né altro ente pubblico, incidendo su controversie vertenti su tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine. In secondo luogo, la Corte Costituzionale ravvisava le ragioni di imperativo interesse generale, giustificative di un intervento normativo retroattivo, nelle esigenze di una tutela dei lavoratori a tempo determinato economicamente più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra le stesse parti. Infine la Corte, esprimendosi sulla eventuale lesione dell'articolo 11 Cost., affermò che, sebbene i diritti, stabiliti nella citata Convenzione, fossero stati equiparati ai principi generali dell'ordinamento comunitario, il parametro costituzionale, individuato proprio nell'articolo 11 Cost., non fosse né riferibile alla predetta

Convenzione né fosse attributivo nei confronti del giudice comune del potere di disapplicazione della norma interna non conforme.

2. La Legge 28 Giugno 2012 n. 92 (cd. «Riforma Monti-Fornero»): il contratto a tempo determinato tra causalità ed a-causalità

A fronte della sfavorevole congiuntura economica determinatasi nell'estate del 2011²¹⁴, il legislatore intervenne, nuovamente, nell'affastellato panorama normativo in materia di contratto a tempo determinato, esito di una cristallizzata stratificazione di norme frequentemente disarmoniche, varando la l. 28 Giugno 2012 n. 92, di ulteriore modifica del decreto legislativo n. 368/2001. La legge, denominata «Monti-Fornero», dai cognomi rispettivamente del Primo Ministro e del Ministro del Lavoro del Governo tecnocratico all'epoca insediatosi, si incasellava nel più vasto mosaico di interventi normativi riformatori dei contratti e del mercato del lavoro. Le innovazioni maggiormente rilevanti, introdotte dalla novella, si condensavano, da un lato, nella facoltà di stipula del primo contratto a tempo determinato, di durata non superiore ai 12 mesi, in difetto delle ragioni di cui all'articolo 1 del

²¹⁴ Cfr. L'esplosione della grave crisi economica, originata nell'anno 2008, e il galoppante spread furono tra le principali cause dell'avvicendamento tra il Governo cd. Berlusconi e il Governo tecnocratico, composto da docenti universitari e personalità di spicco negli ambienti professionali, chiamato a condurre l'Italia al di fuori da una situazione finanziaria e lavorativa particolarmente grave, la cui massima conseguenza sarebbe stata il *default* della nazione.

d.lgs. n. 368/2001 e, dall'altro, nell'estensione temporale dei termini entro i quali la prosecuzione di fatto della prestazione lavorativa oltre scadenza del contratto, originariamente pattuita, fosse improduttiva della «conversione» del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato. Le descritte maggiori opportunità di accesso al mercato del lavoro mediante il contratto a tempo determinato, tuttavia, erano compensate dalle previsioni ²¹⁵ dell'ampliamento degli intervalli temporali intercorrenti tra contratti successivi e della riconduzione dei «periodi di missione» per mansioni equivalenti nel limite temporale dei 36 mesi, finalizzate alla compressione delle facoltà di riassunzione a termine dello stesso lavoratore. L'impianto normativo della legge n. 92/2012, infatti, mirava al conseguimento di alcuni precisi obiettivi: innanzitutto, «favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili²¹⁶», sia confliggendo «l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità» sia realizzando un'occupazione precaria qualitativamente elevata; in secondo luogo, avviare una apertura sulla flessibilità in uscita, sgravando il datore di lavoro dalle onerose conseguenze scaturite da licenziamenti illegittimi²¹⁷.

Le altre novità, di modesto spessore, erano ravvisabili nel prolungamento del termine decadenziale²¹⁸ di impugnativa della nullità del termine apposto al contratto di lavoro subordinato e nella elaborazione di un'interpretazione autentica dell'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010 nell'ambito delle conseguenze patrimoniali derivanti dalla conversione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato. A margine, l'abrogazione dell'istituto del contratto di inserimento e la

²¹⁵ Cfr. Previsioni rispettivamente sancite a norma dell'articolo 1, comma 10, lettera g) e sempre dall'articolo 1, comma 9, lettera i) della l. n. 92/2012.

²¹⁶ Cfr. Articolo 1, comma primo, lettera a) l. n. 92/2012.

²¹⁷ Cfr. L. Menghini, «*Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 927.

²¹⁸ Cfr. Essendo stato, d'altro canto, notevolmente abbreviato il corrispettivo termine di proposizione della relativa azione giudiziaria.

demarcazione dell'esigua gravidanza del periodo di formazione, connesso al contratto di apprendistato, si manifestavano, seppur indirettamente, prodromici ad un maggiore ricorso al contratto a tempo determinato.

La prima, vera, innovazione apportata dalla l. n. 92/2012 si innestava nell'ambito del comma 01 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001, come introdotto dalla l. n. 247/2007. Il citato comma, risolutivo di una serie di dispute interpretative pertinenti il rapporto fra contratti a tempo indeterminato e a tempo determinato²¹⁹, nella formulazione previgente, stabiliva che la stipula del contratto di lavoro subordinato fosse, di regola, a tempo indeterminato. L'articolo 1, comma nono, della l. n. 92/2012, invece, ne sancì la relativa sostituzione con il seguente dettato: «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Si trattava, pertanto, di una disposizione fedele sia all'intento perseguito dalla Riforma, ovvero «favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili», sia al testo del Preambolo della direttiva comunitaria n. 99/70, nel quale si asseriva, perentoriamente, che il contratto a tempo indeterminato fosse, e dovesse rimanere, la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro ed i lavoratori²²⁰. Tuttavia, il significato e la portata della novata formulazione normativa destarono molteplici perplessità e, inevitabilmente, polemiche negli ambienti dottrinali: alcuni, infatti, ritenevano che la norma non fosse, «né nel sapore né nello stile»²²¹, realmente innovativa; altri, invece, reputavano che la norma, in raccordo con

²¹⁹ Cfr. Originariamente, l'articolo 1 della l. n. 230/1962 affermava che «il contratto di lavoro subordinato si reputa a tempo indeterminato», fatte salve le eccezioni specificamente previste. Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, l'approccio era radicalmente mutato, statuendosi l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro subordinato «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo», generando, pertanto, molteplici dubbi interpretativi concernenti a possibilità che l'assenza di una delle citate ragioni potesse assurgere a causa di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

²²⁰ Cfr. Il legislatore nazionale, ancora una volta, si è mosso nel definito perimetro della normativa comunitaria con la conseguenza che, nel dubbio, la stessa potesse assurgere a «criterio guida» nell'adempimento dell'obbligo di interpretazione conforme della legge italiana.

²²¹ Cfr. P. Rausei, «*Luci e ombre sul restyling del lavoro a tempo determinato*», in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2012, p. 1321.

l'istituzione del nuovo contratto a termine «acausalmente» introdotto in senso alla medesima legge, mirava al dimensionamento del contributo causale nell'accesso al lavoro a termine²²²; altri, ancora, ravvisavano nel transito normativo un consolidamento del contratto a tempo indeterminato e non la semplice regolarità/normalità della sua stipulazione²²³; un diverso approccio interpretativo, ulteriormente, affermava, alla luce dell'oscuro linguaggio impiegato dal legislatore, soprattutto nel riferimento al contratto a tempo indeterminato come «contratto dominante», che quest'ultimo, nelle interpretazioni legislative, fosse concepito come la forma contrattuale più diffusa²²⁴; un altro filone interpretativo asseriva che la conferma di un dato già «acquisito al nostro diritto del lavoro» costituisse un suffragio al negoziato «intorno al contratto unico»²²⁵; un orientamento dottrinale, conclusivamente, pur demarcando la sbiadita rilevanza della modifica, sosteneva che l'enunciazione di principio fosse suscettibile di una valutazione esclusivamente alla luce delle finalità perseguite dal legislatore nel testo normativo, nelle quali, come detto, si annoverava l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili, così «ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune del rapporto di lavoro»²²⁶. Tirando le fila del discorso, il comma 01, modificato dall'articolo 1, comma nono, lettera a), della l. n. 92/2012, ambiva al consolidamento dell'incipit, contenuto nell'articolo 1, comma primo, lettera a), della stessa legge, il quale, in virtù della propria collocazione, assolveva la funzione di paradigma interpretativo dell'intero testo normativo, ancorché privo di efficacia immediatamente

²²² Cfr. V. Speciale, «La riforma del contratto a termine nella legge 28 Giugno 2012 n. 92», in WP. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona, Italia», 2012, n. 153, p. 5

²²³ Cfr. F. Bano, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 505

²²⁴ Cfr. G. Mimmo, «Le nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto», Relazione del 2012.

²²⁵ Cfr. F. Carinci, «Complimenti Dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro», in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 535.

²²⁶ Cfr. R. Voza, «Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero», in *Lav. Giur.*, 2012, 12, pag. 1141.

precettiva²²⁷. Peraltro, la menzione del contratto a tempo indeterminato come «contratto dominante» sia si mostrava «un po' pomposa» sia si configurava come «un solo onorifico *lip service*»²²⁸ senza seguito alcuno, conferendogli una lettura sistematica e complessiva del testo normativo una discreta concretezza, rendendo più oneroso e selettivo il ricorso a tipologie contrattuali e, contestualmente, integrandone il rischio di conversione in un rapporto a tempo indeterminato²²⁹. Dunque, il contratto a tempo determinato non assurgeva ad eccezione soprattutto se arginato nel proprio confine normativo e, opportunamente, supportato dalla ragioni oggettive legislativamente definite, dalla quali era possibile prescindere in virtù dell'introduzione del primo contratto a termine a-causale a seguito dell'entrata in vigore della Riforma del Mercato del lavoro.

La modifica maggiormente peculiare apportata dalla l. n.92/2012, indubbiamente, era ravvisabile nella definizione di una nuova tipologia contrattuale: il datore di lavoro e il lavoratore erano legittimati a stipulare un primo contratto a termine senza causale, ovvero, in altri termini, un contratto in relazione al quale non era (più) necessaria la specificazione scritta delle ragioni addotte a giustificazione sia del ricorso al contratto a tempo determinato sia dell'impiego di quel lavoratore. Infatti, l'articolo 1, comma nono, lettera b), della Riforma Fornero sanciva l'innesto nel primo articolo del d.lgs. n. 368/2001 di un comma 1bis, a tenore del quale si statuiva, nel primo periodo, che «per il primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma

²²⁷ Cfr. G. Zilio Grandi- M.Sferrazza, «*Il termine nel contratto di lavoro: Riflessioni a margine della riforma Fornero*», in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, p. 561.

²²⁸ Cfr. F. Carinci, «*Complimenti Dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*», in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 536.

²²⁹ Cfr. . G. Zilio Grandi- M.Sferrazza, «*Il termine nel contratto di lavoro: Riflessioni a margine della riforma Fornero*», in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, p. 561.

del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276» si potesse prescindere dall'esistenza e dall'indicazione delle ragioni oggettive in presenza delle quali era consentita la stipulazione del contratto a termine. La disposizione, «evidente evoluzione, in senso liberista, nella storia normativa del contratto a termine»²³⁰, realizzava un'estensione generalizzata delle possibilità di impiego del contratto a tempo determinato come uno strumento di politica del lavoro. Difatti, nella notoria situazione di crisi, finanziaria ed occupazionale, dell'epoca, la definizione di un primo contratto a termine a-causale si configurava come un tentativo di «smuovere le acque stagnanti del mercato del lavoro, consentendo una prima esperienza lavorativa» nell'auspicio che la stessa potesse «contribuire ad aumentare le possibilità di un successivo rapporto stabile con lo stesso o con un altro datore di lavoro»²³¹. La norma in questione, tuttavia, non si manifestava come un *unicum* nel firmamento giuslavoristico, essendo già riconosciuta, proprio ai sensi del secondo articolo del d.lgs. n. 368/2001, la facoltà di stipula di contratti a termine privi di causali in favore delle imprese operanti nel settore del trasporto aereo, dei servizi aeroportuali e dei servizi relativi la concessione postale²³².

L'articolo 1, comma nono, della l. n.92/2012, inoltre, introducendo il comma 1bis nell'ambito dell'articolo primo del d.lgs. n. 368/2001, comunque si conformava, fugando ogni dubbio di legittimità costituzionale, alla direttiva n.99/70 CE, la quale, a norma del paragrafo otto, legittimava la stipulazione di contratti a tempo determinato anche in assenza di ragioni obiettive. Sicché il

²³⁰ Cfr. G. Mimmo, «Le nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto», vedi nota 229.

²³¹ Cfr. L. Menghini, «Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 928.

²³² Cfr. Il comma 1bis dell'articolo 2 del d.lgs. n. 368/2001 fu introdotto dall'articolo 1 della l. comma 558, della l. n. 266/2005.

testo normativo, al fine di non essere reputato confliggente con la disciplina comunitaria e nazionale in materia di contratto a termine, necessitava di una lettura in combinato disposto con il novato comma 01 e con il comma 1 dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, i quali, congiuntamente, manifestavano un certo disfavore nei confronti dell'impiego del contratto a tempo determinato sia al di fuori delle oggettive causali, legislativamente poste, sia come sostituto funzionale del contratto a tempo indeterminato²³³. Più delicata, invece, era la compatibilità della norma con la clausola di non regresso, sancita ai sensi dell'ottava clausola dell'Accordo quadro, stipulato dalle parti sociali comunitarie, CES, UNICE e CEEP, il 18 Marzo del 1999. Ancorché il tenore della questione si fosse notevolmente attenuato a fronte di una serie di pronunce della Corte di Giustizia Europea, nelle quali si negava, in caso di violazione della clausola di non regresso, la potestà del giudice di disapplicare la norma interna non conforme, il rilievo pratico della problematica comunque era ravvisabile nell'illegittimità costituzionale, per conflitto con l'articolo 117, comma primo, della Costituzione, della norma interna confliggente con la norma europea. Precisamente, le controversie si stagliavano in una tripartizione di ambiti: innanzitutto, la sussistenza del regresso delle tutele; in secondo luogo, la giustificazione del regresso alla luce di una finalità, perseguita dalla norma interna, distinta ed autonoma rispetto all'attuazione dell'Accordo; in conclusione, l'eventuale bilanciamento del regresso in alcuni profili della disciplina della materia con il consolidamento delle tutele in settori diversi²³⁴. Per quanto riguarda la realizzazione di un regresso delle tutele, la Corte di Lussemburgo negava la violazione della clausola di non regresso qualora la normativa interna, riformatrice della precedente disciplina in tema di contratto a termine, avesse ridotto gli oneri prodromici all'utilizzo

²³³ Cfr. L. Ratti, «*Il contratto a termine dopo la l. n. 92 del 2012: prime interpretazioni ministeriali*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6/2013, pag.560.

²³⁴ Cfr. L. Menghini, «*Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 932.

di siffatta tipologia contrattuale ovvero avesse incrementato le possibilità di accesso all'occupazione non stabile, agevolando l'impiego, seppur precario, di specifiche categorie di lavoratori o consentendo ad alcune imprese, in particolari condizioni, assunzioni circoscritte temporalmente. Per converso, la giurisprudenza comunitaria reputava integrata la violazione della clausola di non regresso qualora la diminuzione degli oneri funzionali al ricorso al contratto a termine ovvero le possibilità di accesso all'occupazione precaria avessero mirato ad un indiscriminato e generalizzato incremento occupazionale di tutti i soggetti del mercato del lavoro. Pertanto, l'articolo 1, comma nono, l. n. 92/2012, introducendo una fattispecie generale a-causale, attuava una regressione rispetto alla disciplina precedente, ampliando indistintamente le possibilità del lavoro precario. Per quanto concerne, invece, la seconda disputa afferente la giustificazione del regresso in funzione di finalità, perseguite dalla norma interna, differenti ed autonome rispetto all'attuazione dell'Accordo quadro, imprescindibile era un accertamento delle finalità perseguite dal testo normativo. L'articolo 1, comma nono, della legge n. 92/2012, ad una prima lettura, tuttavia, mirando esclusivamente ad un ampliamento delle possibilità di impiego dei lavoratori mediante un contratto a tempo determinato, consentiva, tramite il primo contratto a-causale, esperienze lavorative, seppur precarie, comunque reputate positive poiché le prime, ed ultime, prive di causale, con lo stesso datore di lavoro. Sicché, il regresso non appariva giustificato da finalità, prefissate nel testo normativo, aliene rispetto all'esecuzione dell'Accordo quadro del 1999. In conclusione, in merito all'eventuale compensazione del regresso in alcuni profili della disciplina con il consolidamento o potenziamento del livello di tutele in diversi settori normativi, particolarmente rilevante era l'orientamento interpretativo della Corte di Giustizia Europea pertinente il «livello generale di tutela». I giudici di Lussemburgo, sensibili ai problemi economici ed occupazionali, infatti, in una pronuncia, risolutiva del caso *Sorge*, esortavano

il giudice remittente ad effettuare un accertamento concernente l'eventuale bilanciamento tra un abbassamento di tutela, derivante dell'eliminazione del requisito dell'identificazione del lavoratore da sostituire e della causa dell'assenza, e l'introduzione di altre garanzie, quali «le misure preventive contro l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato successivi e quelle volte a vietare le discriminazioni esercitate contro i lavoratori», idonee a non alterare il livello generale di tutela. La riforma Fornero, dunque, compensava l'innesto del primo contratto a termine a-causale con il rafforzamento delle limitazioni per la successione dei contratti intercorsi con lo stesso datore di lavoro, con l'estensione dei termini temporali di intervallo tra due assunzioni, mediante l'inserimento dei periodi di missione nel computo dei contratti funzionali al limite dei 36 mesi. Il legislatore, prevedendo misure e garanzie inesistenti nella previgente disciplina, aveva mutato l'equilibrio delle tutele non alterandolo o, peggio, degradandolo. Tirando le fila del discorso, l'introduzione del primo contratto a termine a-causale, pur realizzando un regresso, nel senso concepito dalla Corte di Giustizia Europea, non giustificato neppure dal perseguimento di finalità diverse rispetto all'attuazione dell'Accordo quadro, non alterava il livello generale di tutela, strutturato nella previgente disciplina, e, quindi, non integrava alcuna violazione della clausola di non regresso²³⁵.

Focalizzando la disamina, nuovamente, sul dato normativo di cui al comma 1bis, introdotto nel primo comma dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001 dall'articolo 1, comma nono, della l. n. 92/2012, occorre specificare alcuni rilievi. Innanzitutto, la norma, non sancendo la piena «liberalizzazione»²³⁶ dell'istituto, circoscriveva l'ipotesi derogatoria, ovvero la fattispecie contrattuale a-causale, al «primo rapporto a tempo determinato», escludendo il

²³⁵ Cfr. L. Menghini, «Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 932.

²³⁶ Cfr. L. Menghini, «Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 930

ricorso al contratto a tempo determinato a-causale qualora fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore fosse intercorso una qualsivoglia precedente relazione negoziale. Nella stessa direzione, la Circolare interpretativa del Ministero del Lavoro, adottata successivamente all'entrata in vigore della legge n. 92/2012²³⁷, ravvisava la funzione del contratto a termine a-casuale nella «migliore verifica delle attitudine capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo». Pertanto, il documento ministeriale negava la possibilità di stipulazione di un contratto a tempo determinato a-casuale a fronte di un qualsiasi precedente contratto di natura subordinata concluso fra le stesse parti²³⁸. Alcuni autori, inoltre, a margine del contributo interpretativo fornito dal Ministero, reputavano che l'assunzione in questione dovesse configurare la prima in assoluto, non preceduta da altre assunzioni con contratti onerosi, per l'espletamento delle medesime mansioni, ad esclusione, quindi, dei soli tirocini formativi. Una soluzione differente, invece, si profilava qualora i precedenti contratti, stipulati fra le stesse parti, avessero imposto lo svolgimento di mansioni diverse, per le quali non era intervenuta alcuna verifica delle attitudini professionali. D'altro canto, la menzione, nella circola interpretativa ministeriale, della verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore induceva a sovrapporre funzionalmente il contratto a termine a-casuale con il patto di prova, disciplinato a norma dell'articolo 2096 del codice civile, e con l'abrogato contratto di inserimento²³⁹. Anzitutto, l'impiego del contratto a tempo determinato a-causale era più agevole rispetto al patto di prova anche in virtù delle incertezze applicative da quest'ultimo

²³⁷ Cfr. Ministero del Lavoro, Circolare n. 18 del 18 Luglio del 2012.

²³⁸ Cfr. G. Falasca, «La nuova disciplina del contratto a tempo determinato, in *Riforma del Lavoro-Legge 28 Giugno 2012 n. 92*», in *Guida lav.*, 2012, Suppl. n. 3, pag. 27 e ss.

²³⁹ Cfr. L. Ratti, «Il contratto a termine dopo la . n. 92/2012: prime interpretazioni ministeriali», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6/2013, pag.560

scaturite²⁴⁰. L'abrogazione del contratto di inserimento, per effetto della l. n. 92/2012, invece, consentiva di reputare il contratto a termine a-causale come la più semplice opportunità, indicata dal legislatore, per l'instaurazione di nuovi rapporti di lavoro.

L'articolo 1, comma nono, lettera d, della l. n. 92/2012, altresì, stabiliva congiuntamente la durata, fissata nella misura di dodici mesi, e l'improrogabilità del primo contratto a tempo determinato a-casuale stipulato tra il datore di lavoro ed il lavoratore. La Circolare interpretativa del Ministero del lavoro, a tale proposito, qualificava la durata del contratto, non frazionabile in più rapporti, non come una soglia o «franchigia», entro la quale concludere contratti a termine privi delle ragioni oggettive, bensì come un requisito massimo riferibile al primo ed unico contratto²⁴¹. Ne discendeva, ineluttabilmente, l'improrogabilità, espressa o tacita, del primo contratto a termine a-casuale anche nell'ipotesi in cui le parti avessero pattuito una durata iniziale inferiore. Qualora, invece, le stesse parti avessero manifestato l'intenzione di instaurare nuovamente un rapporto a termine, presidiato dalla sussistenza delle causali giustificative, il successivo contratto non avrebbe potuto essere concepito come una proroga del primo, essendone mutati presupposti e struttura, idonei a strutturarne una diversa «sostanza causale». Alcuni autori, infine, ritenevano il limite temporale dei dodici mesi, non prorogabili, eccessivamente prolungato poiché, in linea di principio, avrebbe consentito al datore di lavoro una continua turnazione di lavoratori assunti un'unica volta. Viceversa, il termine originariamente previsto, stabilito nella misura di sei mesi, era concepito come troppo ristretto, inducendo ad una

²⁴⁰ Cfr. Ancorché per il patto di prova sia previsto il recesso *ad nutum* e, quindi, in astratto si configuri come maggiormente vantaggioso per i datori di lavoro, la previsione di cui al secondo comma dell'articolo 2096 c.c., «l'esperimento che forma oggetto del patto di prova», ha generato un'elevatissima conflittualità giudiziaria ed indotto la giurisprudenza ad una rigida interpretazione del testo normativo. I citati fattori hanno condotto, pertanto, ad una progressiva desuetudine dell'istituto.

²⁴¹ Cfr. L. Ratti, «*Il contratto a termine dopo la l. n. 92/2012: prime interpretazioni ministeriali*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6/2013, pag.560

stabilizzazione del rapporto, «in considerazione dei tempi richiesti per l'adattamento del lavoratore, almeno per le mansioni elementari»²⁴².

La limpidezza della formulazione normativa dell'ipotesi contrattuale a-causale, innestata dal citato articolo 1, comma nono, della l. n. 92/2012 nel comma 1bis dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, tuttavia, era stata intaccata dal secondo periodo della disposizione. Infatti, la parte conclusiva della norma, predisponendo «un modello negoziale alternativo rispetto al primo contratto a termine a-casuale»²⁴³, conferiva ai contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, la facoltà di prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, «in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo», l'esenzione dai requisiti causali, di cui all'articolo 1, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001, nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione, nella fattispecie di un contratto di somministrazione a tempo determinato, fosse avvenuta nell'ambito di un processo determinato dalle esigenze organizzative dovute all'avvio di una nuova attività, al lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, ad un miglioramento tecnologico, alla «fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo», ovvero al «rinnovo o alla proroga di una commessa consistente», nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva. Ad ogni modo, il secondo periodo del comma 1bis non ha goduto di ampi suffragi per tre distinti ordini di ragioni: primariamente, le singole ipotesi suscitavano quesiti e dubbi interpretativi, essendo predisposte, talora, in forma dettagliata, come la «fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo», talaltra, in guisa di esigenze ordinarie e

²⁴² Cfr. M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro ai tempi della crisi*, Relazione presso il XVII Congresso nazionale dell'AIDLASS.

²⁴³ Cfr. Cfr. L. Ratti, «*Il contratto a termine dopo la l. n. 92/2012: prime interpretazioni ministeriali*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6/2013, pag.561.

programmabili dal datore di lavoro, quali il lancio di un prodotto. Oltretutto, l'impiego reiterato di aggettivi, tali come «significativo», «innovativo» o «consistente», alimentava le dispute comprensive del testo, ostando all'attribuzione di un preciso significato ai singoli termini e, quindi, ad una corretta interpretazione; secondariamente, le specifiche ipotesi, sostitutive di quella generale a-causale, essendo già munite dei requisiti della temporaneità mite, apparivano riconducibili nell'alveo delle ragioni di cui all'articolo 1, comma primo, d.lgs. n. 368/2001; da ultimo, l'ipotesi a-causale non prescindeva dal controllo dell'autorità giudiziaria, incentrato non più sulla sussistenza delle ragioni oggettive, bensì sulla «veridicità dell'ipotesi adottata e sulla sua corrispondenza con l'impiego del singolo lavoratore»²⁴⁴. Pertanto, la parte finale della norma in questione difficilmente sarebbe stata suscettiva di applicazione poiché nessun sindacato serio dei lavoratori avrebbe avuto l'incoscienza di scambiare nuove assunzioni a termine, attualmente di capitale importanza, con possibilità di impiego di cui i lavoratori erano già in possesso²⁴⁵.

La seconda, maggiormente rilevante, modifica, apportata dalla l. n. 92/2012, concerneva un ambito della disciplina del contratto a tempo determinato che non aveva suscitato particolari problemi applicativi: la prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine apposto al contratto. L'articolo 1, comma nono, lettera e), della legge n. 92/2012, riformando il quinto articolo, comma secondo, del d.lgs. n. 368/2001, aveva decretato la sostituzione degli originari termini di venti e trenta giorni, entro i quali si legittimava una prosecuzione, anche di fatto, del rapporto di lavoro senza incorrere nella sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, con i ben più consistenti

²⁴⁴ Cfr. Circolare Interpretativa Ministero del Lavoro, adottata il 18 Luglio 2012.

²⁴⁵ Cfr. L. Menghini, «Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 934.

termini di trenta e cinquanta giorni, a seconda che la durata, inizialmente fissata, del contratto fosse inferiore o superiore a sei mesi. La disposizione mirava, evidentemente, a non arrecare un pregiudizio al datore di lavoro qualora avesse necessitato di una prosecuzione, in un arco di tempo limitato, del rapporto di lavoro, essendo produttiva, peraltro, solo di conseguenze patrimoniali e non influenzando sull'eventuale trasformazione del contratto. L'estensione applicativa del novato articolo quinto, comma secondo, del d.lgs. n. 368/2001, alla fattispecie contrattuale a-causale aveva generato una scissione nella dottrina: alcuni autori, infatti, patrocinavano la non estendibilità della disciplina della prosecuzione di fatto del rapporto al primo contratto a tempo determinato a-casuale stipulato tra le parti; altri, invece, affermavano l'invalidità, anche di fatto, del tetto dei dodici mesi per il primo contratto a-causale. L'efficacia della norma riformata, tuttavia, è stata compressa a causa dell'introduzione, ad opera dell'articolo 1, comma nono, lettera f) della l. n. 92/2012, di un comma 2bis nell'ambito sempre dell'articolo 5 del d.lgs. n.368/2001. Il nuovo testo normativo, infatti, imponeva al datore di lavoro la comunicazione presso il Centro per l'impegno, «entro la scadenza del termine inizialmente fissato», della continuazione del rapporto oltre la scadenza del contratto, «indicando altresì la durata della prosecuzione». L'obbligo sancito nel comma 2bis del quinto articolo, ad ogni modo, era soggetto ad un duplice giudizio: negativo, qualora la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine, inizialmente apposto, fosse stata cagionata da esigenze imprevedibili oppure errori e disguidi, comportando la comunicazione ulteriori oneri per il datore di lavoro; positivo, invece, nel caso in cui la comunicazione preventiva avesse riguardato un prolungamento programmato della prestazione lavorativa, quale la conclusione di un lavoro, evitando, in tal guisa, una proroga del contratto subordinata alle rigide limitazioni stabilite nell'articolo 4.

Il profilo indubbiamente più controverso della Riforma Fornero, tuttavia, afferiva i periodi temporali imposti per la stipulazione di più contratti a tempo determinato consecutivi tra le stesse parti. Infatti, l'articolo 1, comma nono, lettera g) della l. n. 92/2012 disponeva nell'ambito del quinto articolo, comma terzo, del d.lgs. n. 368/2001 la sostituzione degli originari intervalli di dieci e venti giorni, tra un contratto e l'altro, con i più estesi termini temporali di sessanta e novanta giorni per i contratti, rispettivamente, aventi una durata inferiore o superiore a sei mesi. Inoltre, l'articolo 1, comma nono, lettera h), sanciva, in seno all'articolo 5 comma 3, la facoltà dei contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di ridurre i predetti termini in presenza di esigenze organizzative dovute all'avvio di una nuova attività, al lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, ad un miglioramento tecnologico, alla «fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo», ovvero «al rinnovo o alla proroga di una commessa consistente». In aggiunta, l'articolo quinto, comma terzo, del d.lgs. n. 368/2001, ancora per effetto delle innovazioni apportate dall'articolo 1, comma nono, lettera h), conferiva al Ministero, previa audizione delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il potere suppletivo di individuare le specifiche condizioni legittimanti la riduzione dei citati termini, sempre che la contrattazione collettiva non fosse già intervenuta regolamentando la materia. Nella complessa matassa normativa, sopra menzionata, si innestava anche il decreto legge 22 Giugno 2012 n. 83, il cd. «Decreto Sviluppo», convertito con modifiche nella legge 7 Agosto 2012 n.134, al cui articolo 46bis, aggiuntivo rispetto al citato articolo 5 c.3, si statuiva l'estensione della facoltà di riduzione dei predetti termini, fino a venti o trenta giorni, nell'ambito delle attività stagionali ed «in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni

sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». L'esito di tale mosaico normativo, ancorché ispirato dalla disincentivazione di prassi fraudolente, non delineava nitidamente la disciplina degli intervalli temporali, causando, al contrario, notevoli difficoltà applicative.

Una conclusiva innovazione, per quanto riguarda la trattazione, apportata dalla legge n. 92/2012, atteneva l'articolo 32 della l. n. 183/2010, il cd. «Collegato Lavoro». Preliminarmente, il comma terzo, lettera d), del citato articolo 32, nella formulazione previgente, decretava l'estensione dei termini di impugnazione del licenziamento alle «azioni di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articolo 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001». Il terzo comma, sempre dell'articolo 32, tuttavia alla lettera a), in aggiunta, prevedeva la stessa estensione anche ai licenziamenti che presupponevano una risoluzione delle questioni «relative alla legittimità del termine apposto al contratto». A tale proposito, la Riforma Fornero è intervenuta non solo abrogando la citata lettera d), ma anche implementando la lettera a) mediante l'introduzione di una regola per l'azione di nullità della clausola, ovvero fissando un termine decadenziale per l'impugnazione pari a 120 giorni ed uno di 180 giorni per la proposizione della relativa azione giudiziaria. Tuttavia, la l. n. 92/2012 non era intervenuta esclusivamente sui profili sanzionatori, elaborando, altresì, un'interpretazione autentica dell'articolo 32, comma quinto, della l. n. 183/2010. Infatti, l'articolo primo, comma tredicesimo della Riforma Fornero, dirimendo vivaci e durature questioni dottrinali e giurisprudenziali, affermava che l'indennità risarcitoria onnicomprensiva, disciplinata nella citata disposizione del «Collegato lavoro», dovesse essere concepita come «un ristoro per l'intero 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 avesse ordinato la ricostituzione del rapporto di

lavoro». Tale interpretazione autentica, tuttavia, ha suscitato una ineluttabile serie di dubbi e perplessità concernenti la conformità della norma ai parametri costituzionali e comunitari, sfociati, ancora una volta, in una disputa giudiziaria.

3. Il «Pacchetto lavoro»: i contratti a tempo determinato dopo la Riforma cd. «Letta-Giovannini»

A fronte della perpetrazione della crisi economica ed occupazionale e di ulteriori sconvolgimenti politici e governativi²⁴⁶, il legislatore, decorso un anno dall'entrata in vigore della legge 28 Giugno 2012 n. 92, la cd. «Riforma Monti-Fornero», ha modificato, nuovamente, il regime dei contratti a tempo determinato, affinandolo senza ingenti novità, varando il decreto legge 28 Giugno 2012 n. 76, convertito nella legge 9 Agosto 2013 n. 99. Il «pacchetto lavoro,» ovvero il dl. n. 76/2013 convertito nella l. n. 99/2013, definito anche Riforma cd. «Letta-Giovannini», dai cognomi, rispettivamente, del Primo Ministro e del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, analogamente alla Riforma cd. «Monti-Fornero», mirava all'ambizioso obiettivo della crescita occupazionale mediante una parziale revisione del contratto a tempo determinato. Infatti, il contratto a termine, malgrado le incongruità e la funzione, di fatto, di un lungo periodo di prova, costituiva un'occasione di

²⁴⁶ Cfr. L'esperienza del Governo tecnocratico, capeggiato dal Presidente Monti, volse al termine esattamente il 28 Aprile del 2013. Nonostante i molteplici tentativi di condurre l'Italia al di fuori della fortissima crisi finanziaria ed occupazionale, le parti politiche reputarono insufficiente lo sforzo e ne votarono la sfiducia. Il Governo successivo, espressione di due componenti politiche opposte e, pertanto, definito della «larghe intese», guidato da Enrico Letta e composto da esponenti di ambo le fazioni, si proponeva di risolvere gli atavici ed endemici problemi nazionali mediante soluzioni non «tecniche» bensì «politiche».

lavoro prodromica alla rimozione di situazioni di isolamento o solitudine scaturite dalla ben più grave disoccupazione.

Le specifiche innovazioni, apportate dal dl. n. 76/2013 alla l. n. 92/2012, riformatrice del d.lgs. n. 368/2001, si stagliavano in alcuni delineati ambiti della disciplina del contratto a termine, condensandosi: innanzitutto, nell'ammissibilità della proroga del primo contratto a tempo determinato a-casuale, ancorché nel limite di durata massima del rapporto pari a dodici mesi, fugando, in tal guisa, ogni iniziale incertezza applicativa; in secondo luogo, nell'estensione dei «periodi cuscinetto», ovvero dei termini temporali entro i quali proseguire, anche di fatto, il rapporto lavorativo senza incorrere nella sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato, al primo contratto a termine a-causale, trascendendo l'invalidabile confine dei dodici mesi di altri trenta o cinquanta giorni; nella maggiore derogabilità della disciplina normativa da parte dei contratti collettivi aziendali, così realizzando una decisiva apertura nei confronti dei sindacati; da ultimo, nella riduzione degli intervalli temporali intercorrenti fra due contratti a termine consecutivi («stop ad go»). Sicché il fondante impianto normativo della Riforma Fornero era sostanzialmente confermato: infatti, il contratto a-causale era ammesso con contratto sia a tempo determinato sia di somministrazione a tempo determinato, a norma dell'articolo 20, comma quarto, della d.lgs. n. 276/2003, solo per i lavoratori che non avessero instaurato, precedentemente, un qualsivoglia rapporto di lavoro, subordinato od autonomo, a tempo indeterminato o determinato, con lo stesso datore di lavoro; non rilevavano le specifiche mansioni espletate, essendo preminente l'insussistenza di un precedente rapporto lavorativo di qualsiasi natura; rimaneva ferma, alla luce del testo normativo²⁴⁷, l'incompatibilità del contratto a-causale con il lavoro autonomo di qualunque genere, continuativo oppure occasionale, finalizzata,

²⁴⁷ Cfr. Circolare interpretativa n.18 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, adottata il 18 Luglio 2012.

peraltro, ad evitare incertezze riguardanti la qualificazione del o dei precedenti rapporti di lavoro; in conclusione, si suffragava, in presenza di un contratto a-casuale, la non necessarietà dell'indicazione e della specificazione delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

Dunque, una volta poste le basiche premesse, occorre procedere ad una disamina delle precise e maggiormente rilevanti revisioni introdotte dalla riforma cd. «Letta-Giovannini». Innanzitutto, l'articolo 7, comma primo, lettera a), del decreto legge n. 76/2013 disponeva nell'ambito dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001 la sostituzione del comma 1bis, innestato dalla l. n. 92/2012, con il seguente disposto normativo: « Il requisito²⁴⁸ di cui al comma 1 non è richiesto: a) nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, 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 nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 Settembre del 2003, n. 276; b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Le novità di ingente rilievo, esportate dal dl. n. 76/2013 nel riformato comma 1bis, afferivano, indubbiamente, la contrattazione collettiva. Infatti, in vigenza della l. n. 92/2012, il secondo periodo della citata norma conferiva ai contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, la facoltà di prevedere nuovi contratti a termine o di somministrazione a tempo determinato a-casuali esclusivamente nell'ambito

²⁴⁸ Cfr. L'indicazione delle ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo».

di un processo organizzativo determinato dalle ragioni²⁴⁹ di cui all'articolo 5, comma terzo, e nel limite del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva. L'articolo 7, comma primo, lettera a), del dl. n. 76/2013, abrogando entrambi i requisiti, estendeva la potestà dei contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di stipula di qualunque contratto a-causale nella forma dei contratti a termine o di somministrazione a tempo determinato. I sindacati, in tal guisa, divenivano titolari di una facoltà derogatoria insubordinata a qualsivoglia limitazione, essendo legittimati a concludere, «in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi», contratti a-causali, anche in presenza di precedenti assunzioni e per lunghi periodi temporali. Nell'ordinamento giuridico nazionale, peraltro, vi era un'analogia disposizione, l'articolo 23 della l. 28 Febbraio 1987 n. 57, in cui si riconosceva, ugualmente, ai sindacati maggiormente, e non comparativamente, più rappresentativi sul piano nazionale la potestà di preveder nuovi contratti a termine. Il notevole ampliamento dei contratti a-casuali, pertanto, suffragava e valorizzava la l. n. 92/2012, la quale, per la prima volta, li aveva istituiti nell'ordinamento interno, anche se non senza polemiche.

La seconda, fondamentale, innovazione, regolata nella riforma cd. Letta-Giannini, atteneva, d'altro canto, la prorogabilità del contratto a tempo determinato a-causale, ancorché nel limite di durata massima del rapporto di lavoro di dodici mesi. A tal proposito, l'articolo 7, comma primo, lettera b), del dl. n. 76/2013, abrogando il comma 2bis, introdotto dalla l. n. 92/2012, dell'articolo 4 del d.lgs. n. 368/2001, a tenore del quale si negava la possibilità di prorogare il primo contratto a termine a-causale, non solo confermava la

²⁴⁹ Cfr. Precisamente nell'ambito di un processo determinato dalle esigenze organizzative dovute all'avvio di una nuova attività, al lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, ad un miglioramento tecnologico, alla «fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo», ovvero al «rinnovo o alla proroga di una commessa consistente».

durata dei contratti a tempo determinato a-causali nella misura di dodici mesi, ma anche definiva la facoltà di una sola proroga del rapporto di lavoro, estendendo, altresì, l'applicabilità della norma generale²⁵⁰ sulla prorogabilità alla fattispecie contrattuale in esame. Tuttavia, l'attuazione dell'articolo 4 del d.lgs. n. 368/2001, nell'ambito dei contratti a termine a-causali, generava un «cortocircuito» applicativo: difatti, le condizioni ivi richieste, quali una sola proroga, l'espletamento delle medesime mansioni, il consenso del lavoratore e le ragioni oggettive addotte a legittimazione della proroga del rapporto di lavoro, non erano suscettibili di un pieno adempimento, non potendosi configurare come «causale» la proroga di un contratto «a-causale». In altri termini, essendo il primo contratto a-causale, anche la relativa proroga, necessariamente, era connotabile come a-causale, consistendo semplicemente nel differimento del termine inizialmente apposto e non già nella stipula di un nuovo contratto. All'uopo, la Circolare n. 35/2013 del Ministero del Lavoro, dirimendo la questione, precisava che per la proroga «trovassero applicazione le disposizioni di cui all'articolo 4 del d.lgs. n. 365/2001 ad eccezione del requisito relativo all'esistenza delle ragioni giustificative dell'eventuale proroga». Sicché si suffragava, ulteriormente, la consolidata convinzione della funzione del contratto a tempo determinato a-causale come un lungo periodo di prova. Infatti, in assenza di prorogabilità e di licenziamento, salvo giusta causa, antecedente alla scadenza del termine, un'assunzione immediata, per un periodo di dodici mesi, di una persona sconosciuta, non essendo consentito un qualsivoglia precedente rapporto lavorativo, era reputata improbabile. La prorogabilità, invece, ammetteva la stipula di un primo contratto, di breve durata, seguita da una proroga, di maggiore estensione temporale, ancorché contenuta nel rigido limite dei dodici mesi. La previsione di una proroga temporalmente circoscritta, inoltre, evitava problematica di conformità del dl. n. 76/2013 alla direttiva n. 99/70 CE, specificamente nella parte in cui

²⁵⁰ Cfr. Articolo 4 del d.lgs. n. 368/2001.

vincolava gli Stati membri all'adozione di un complesso normativo finalizzato alla prevenzione degli abusi derivanti da una successione di contratti a tempo determinato. Benché una proroga di un contratto a-causale non integrasse una successione di contratti, la relativa irripetibilità e la compressione temporale garantivano una piena applicazione della citata direttiva, la cui seconda clausola, peraltro, escludeva dal proprio ambito applicativo i rapporti di formazione professionale iniziale, quale doveva essere considerato l'«a-causale»²⁵¹.

L'articolo 7, comma primo, lettera c), del decreto legge n. 76/2013, d'altro canto, stabiliva l'estensione applicativa della disciplina contenuta ai sensi dell' articolo 5 del d.lgs. n. 368/2001 ai contratti a-causali, fugando, in tal guisa, incertezze e contenziosi giudiziari. Dunque, il rigido limite di durata massima, pari a dodici mesi, dei contratti a-causali diveniva travalicabile mediante una prosecuzione, anche di fatto, del rapporto lavorativo per un periodo temporale di 30 o 50 giorni, a seconda che il termine inizialmente apposto fosse inferiore o superiore a sei mesi, senza incorrere nella sanzione della conversione del contratto a termine, seppur a-casuale, in un contratto a tempo indeterminato. Durante i «periodi cuscinetto», ovvero di prosecuzione della prestazione lavorativa oltre la scadenza del termine apposto, anche nella fattispecie dei contratti a-causali, i lavoratori, a norma dell'articolo 5, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001 erano titolari del diritto alle maggiorazioni retributive «per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo» e «al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore». L'articolo 7, comma primo, lettera c), n.2, del dl. n. 76/2013, invece, abrogava l'obbligo, introdotta dalla Riforma Fornero mediante il comma 2bis dell'articolo 5²⁵², gravante sul datore di lavoro, di

²⁵¹ Cfr. M. Miscione, «I contratti di lavoro a termine 2013», in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2013, pag. 15

²⁵² Cfr. L'articolo 5, comma 2bis, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'articolo 1, comma nono, lettera f) della l. n. 92/2012, stabiliva: «Nelle ipotesi di cui al comma 2, il datore di lavoro ha l'onere di

preventiva comunicazione ai Centri per l'impiego della continuazione del rapporto di lavoro successivamente alla scadenza del termine e, quindi, durante i periodi cuscinetto. La norma, pertanto, espungendo dall'ordinamento giuridico nazionale l'illogica innovazione inserita dalla l. n. 92/2012, valorizzava la funzione dei periodi cuscinetto di evitare errori nella prosecuzione del rapporto di lavoro, qualora il datore di lavoro, colposamente, non si fosse accorto della continuazione della prestazione lavorativa oltre la scadenza del termine inizialmente fissato nel contratto. Viceversa, pienamente vigente era il diverso obbligo, previsto a norma dell'articolo 4bis²⁵³, comma quinto, del d.lgs. 21 Aprile 2000 n. 181, di comunicazione, entro cinque giorni, sia «della proroga del termine originariamente apposto» sia della «trasformazione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato»²⁵⁴.

Una conclusiva novazione, sancita nel dl. n. 76/2013, concerneva gli intervalli temporali intercorrenti tra la stipula di due contratti a tempo determinato consecutivi (cd. «stop and go»). A tale proposito, la l. n. 92/2012, a norma dell'articolo 5, comma terzo, aveva prolungato la durata dei citati intervalli a 60 e 90 giorni, in maniera subordinata alla scadenza del termine inferiore o superiore a sei mesi, punendo l'eventuale inosservanza con la sanzione della conversione automatica del rapporto a termine in un contratto a tempo indeterminato. Tuttavia, secondo orientamenti comunitari e nazionali, siffatto prolungamento si manifestava ostativo per l'occupazione, soprattutto nel breve periodo, in presenza di una reale, e non fraudolenta, esigenza di un

comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione. Le modalità di comunicazione sono fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione».

²⁵³ Cfr. L'articolo 4bis, comma quinto, del d.lgs. 21 Aprile 2000 n. 181 è stato introdotto dall'articolo 6 del d.lgs. 19 Dicembre 2002 n. 297.

²⁵⁴ Cfr. Circolare interpretativa n. 35/2013 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Per il citato obbligo è prevista, ulteriormente, la sanzione ex art. 19, comma terzo, d.lgs. n. 276/2003.

nuovo ed immediato contratto a tempo determinato. Pertanto, il dl. n. 76/2013, ritornando al passato e revisionando la disposizione della Riforma Fornero, a norma dell'articolo 7, comma primo, lettera c), n.3, imponeva una riduzione degli intervalli temporali, intercorrenti tra la stipula di due contratti a tempo determinato, a 10 e 20 giorni, a seconda che la durata originaria del contratto fosse inferiore o superiore a sei mesi. L'ambito di applicazione della norma in questione, inoltre, riguardava tutti i contratti a termine stipulati a partire dal 28 Giugno 2013, data di entrata in vigore del dl. n. 76/2013. La disciplina dell'intervallo tra la stipula di due contratti a tempo determinato ed del divieto di una duplice assunzione «senza soluzione di continuità», tuttavia, come precisato in seno alla legge di conversione, non operava nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali regolamentate nel d.PR. 7 Ottobre 1963 n.1525 e successive modificazioni od integrazione. In aggiunta, l'articolo 7, comma primo, lettera c), n.3, del dl. n. 76/2013, effettuando un'ingente apertura nei confronti della contrattazione collettiva, stabiliva la derogabilità della regolamentazione degli intervalli temporali intercorrenti tra due contratti a tempo determinato nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Precedentemente, l'articolo 5, comma terzo, del d.lgs. n. 368/2001, come modificato dalla l. n. 92/2012, in proposito aveva previsto che i contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, potessero definire, delineandone le condizioni, la riduzione dei periodi di 60 e 90 giorni fino a 20 o 30 giorni nei casi di assunzioni a termine nell'ambito di un processo determinato dalle esigenze organizzative dovute all'avvio di una nuova attività, al lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, ad un miglioramento tecnologico, alla «fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo», ovvero al «rinnovo o alla proroga

di una commessa consistente». In assenza della contrattazione collettiva, la norma, infine, conferiva al Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali un potere suppletivo in materia. Successivamente, l'articolo 46bis, comma primo, lettera a), del dl. n. 83/2010, il cd. «Decreto sviluppo», aveva esteso la riduzione dei predetti termini alle attività stagionali e ad ogni «altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». A seguito dell'entrata in vigore del dl. n. 76/2013, invece, la contrattazione collettiva acquisiva la titolarità di una facoltà derogatoria illimitata sia della disciplina degli «stop and go» di 10 e 20 giorni, a seconda della durata del contratto, sia della norma, ovvero l'articolo 5, comma quarto, del d.lgs. n. 368/2001, ai sensi della quale si disponeva la «conversione» a tempo indeterminato fin dal primo contratto in caso di due assunzioni «senza soluzione di continuità». Dunque, una volta promulgata la legge di conversione n.99/2013, i contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, erano in grado di legittimare due assunzioni consecutive, effettuate senza soluzione di continuità, non operando la sanzione della trasformazione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato.

Infine, l'articolo 7, comma primo, lettera d), n.3, del dl. n. 76/2013, riformando il settimo comma dell'articolo 10 del d.lgs. n. 368/2001 ed inserendo il riferimento al comma 1bis dell'articolo primo dello stesso decreto, adempiendo alle fondamentali esigenze di certezza, precisava che l'individuazione, anche in misura non uniforme, dei limiti quantitativi di impiego del contratto a tempo determinato fosse riferibile sia ai contratti a termine «causali» sia a contratti a termine «a-causali». Sicché la sola contrattazione collettiva nazionale, con esclusione dei livelli inferiori, era

legittimata ad individuare, anche in maniera non uniforme, dei limiti quantitativi differenziati tra i contratti a tempo determinato «causali» e quelli «a-causali».

4. Il Decreto legge 20 Marzo 2014 n. 34: la liberalizzazione del contratto a tempo determinato.

In seguito ad un deciso aggravio della crisi economica-occupazionale e ad un ennesimo stravolgimento politico ed istituzionale²⁵⁵, il legislatore, a breve distanza dall'entrata in vigore della cd. «Riforma Letta-Giovannini», è intervenuto, ancora una volta, nell'alveo della disciplina del contratto a tempo determinato, varando il decreto legge 20 Marzo 2014 n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge 16 Maggio 2014 n. 74, a conclusione di un vasto mosaico normativo, esito di una cristallizzata stratificazione di disposizioni successive e frequentemente disarmoniche, inidoneo alla creazione di un chiaro, coerente ed organico sistema normativo in materia. Il decreto n. 34/2014, primo atto sul lavoro del cd. «Governo Renzi», originariamente denominato «Jobs Act»²⁵⁶, è parte di un più ampio progetto, culminato nella definitiva approvazione, in data 3 Dicembre 2014, del disegno di legge-delega, di «riorganizzazione dell'intero mercato del lavoro». A tale proposito, il legislatore, mediante il ricorso alla decretazione di urgenza, si proponeva di anticipare, nel breve periodo, gli effetti della profonda e radicale riforma, attenuando i rigidi vincoli posti a presidio della costituzione dei rapporti di lavoro secondo i nuovi principi fondanti l'ordinamento delineato nel disegno

²⁵⁵ Cfr. Il Governo capeggiato da Enrico Letta, attorniato dalla sfiducia generale e mostratosi più volte incapace di fronteggiare la grave crisi finanziaria ed occupazionale sia nazionale sia dei Paesi del cd. «Eurogruppo», ha ceduto il passo ad un'altra compagine governativa, avulsa dal paradigma delle larghe intese, guidata dall'ambizioso segretario del Partito Democratico: Matteo Renzi.

²⁵⁶ Cfr. Denominazione poi ceduta al disegno di legge delega, approvato il 3 Dicembre 2014.

di legge delega²⁵⁷. Infatti, il decreto legge, stravolgendo la previgente disciplina e riformando, repentinamente e sostanzialmente, la struttura del mercato del lavoro, mirava alla rimozione del «diaframma normativo» reputato ostativo per il raccordo tra la domanda, definita «inespressa», e l'offerta di lavoro.

Le principali novità, apportate dal dl. n.34/2014, convertito nella l. n. 78/2014, nell'ambito del d.lgs. n. 368/2001, corredato delle molteplici modifiche succedutesi negli anni, specificamente afferiscono: la liberalizzazione del contratto a termine a-casule, garanzia di certezza e regolarità, finalizzata ad un incremento occupazionale; l'estensione della durata massima, fissata ad un periodo di 36 mesi, del contratto a tempo determinato a-causale; la modifica del relativo regime di proroghe, stabilite, originariamente nel testo del decreto, in misura pari ad otto e, successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione n. 78/2014, ridotte a cinque; l'introduzione di un limite quantitativo massimo, il «contingente», pari al 20 per cento, idoneo a circoscrivere il ricorso ai contratti a termine a-causali; in conclusione, la derogabilità della disciplina normativa da parte della contrattazione collettiva e la riaffermazione del primato della legge.

Innanzitutto, la prima novazione, innestata in sede di conversione nella l. n. 78/2014, si condensa nella sostituzione dell'alinea, nell'ambito del comma primo dell'articolo 1 del dl. n. 34/2014, con la seguente formulazione: «Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle

²⁵⁷ Cfr. G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, «*Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 920.

tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, 28 Giugno 1999, al decreto legislativo 6 Settembre 2001 n. 368 sono apportate le seguenti modificazioni». La menzione del termine «considerato», di precipua derivazione comunitaria, riferito alla «perdurante crisi occupazionale» e all'«incertezza dell'attuale quadro economico», consente di intravedere, nitidamente, lo scopo della riforma del contratto a tempo determinato: il superamento della situazione di crisi, economica ed occupazionale, e delle relative incertezze. Viceversa, il richiamo alle imprese si manifesta generico poiché la l. n. 78/2014, novellando il d.lgs. n.368/2001, è suscettiva di un'indiscriminata applicazione senza distinzioni tra imprenditori e non-imprenditori, ad eccezione della regolamentazione del «contingentamento».

La seconda, maggiormente rilevante, innovazione, introdotta dalla l. n. 78/2014 nell'articolo 1, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001, è ravvisabile nella rimozione del vincolo della causale non soltanto per il primo contratto a termine, stipulato tra datore di lavoro e lavoratore, avente una durata massima di dodici mesi, come legittimato dalla l. n. 92/2012, ma anche per gli eventuali rinnovi e proroghe fino ad un limite temporale complessivo di trentasei mesi. Pertanto, il primo periodo, riformato dall'articolo 1, lettera a), del dl. n. 34/2014, dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001 sancisce che «è consentita 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 ed 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 somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 Settembre 2003 n. 276». La norma, in tal guisa, ha realizzato una piena liberalizzazione del ricorso al contratto a termine a-causale, non più coartato negli angusti confini della stipula del primo contratto a tempo determinato o della durata massima

di dodici mesi e con possibilità di una sola proroga, prevedendo, d'altro canto, sia un prolungamento della durata complessiva del rapporto, pari a trentasei mesi, sia una facoltà di ben cinque proroghe del termine inizialmente apposto, di cui si riferirà a breve. Contestualmente, l'articolo 1, comma primo, lettera a), del dl. n. 34/2014 ha espunto dal primo comma dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, come revisionato dalla Riforma cd. «Letta-Giovannini», il riferimento alla potestà dei contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di individuare ogni altra ipotesi in cui legittimare la stipula di contratti a termine a-causali, riaffermando così la preminenza della legge sulla contrattazione collettiva. Sicché, a seguito della conversione del dl. n. 34/2014 nella l. n. 78/2014, si è pervenuti all'instaurazione di diversi regimi di «a-casualità»²⁵⁸, vigenti in quattro distinti periodi temporali: in primo luogo, dal 28 Giugno 2012, giorno di entrata in vigore della l. n. 92/2012, la cd. «Riforma Fornero», istitutiva della a-causalità per un periodo massimo di dodici mesi, senza proroghe e nel limite, sebbene derogabile, del 6 per cento, al 27 Giugno 2013, giorno antecedente alla vigenza delle successive modifiche, stabilite nel dl. n. 76/2013; in seconda battuta, dal 28 Giugno 2013, giorno di entrata in vigore del dl. n. 76/2013, la cd. Riforma «Letta-Giannini», introduttiva nell'ambito della a-causalità di una proroga, ancorché contenuta nel limite di durata massima del rapporto di lavoro di dodici mesi, con estese possibilità derogatorie conferite alla contrattazione collettiva, al 20 Marzo 2014, giorno precedente all'entrata in vigore del dl. n. 34/2014; in terza istanza, dal 21 Marzo 2014, data di vigenza del dl. n. 34/2014, estensivo della durata dell'a-causalità ad un periodo di trentasei mesi con possibilità di otto proroghe, al 19 Maggio 2014, giorno antecedente alla conversione del citato decreto nella l. n.

²⁵⁸ Cfr. M. Miscione, *I contratti di lavoro acausali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 9.

78/2014; da ultimo, dal 20 Maggio 2014, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 78/2014 e, quindi, del regime generale che ha statuito una riduzione delle proroghe in misura pari a cinque volte. Al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici, il legislatore, a norma dell'articolo 2bis, rubricato come «Disposizioni transitorie», comma primo, della l. n. 78/2014, ha fissato la decorrenza dell'applicazione della disciplina di nuova introduzione nel giorno di entrata in vigore della legge di conversione, salvando, invece, gli effetti già prodotti dal precedente decreto legge. Pertanto, i contratti di lavoro a tempo determinato, conclusi antecedentemente all'entrata in vigore della l. n. 78/2014, erano ricondotti nel novero applicativo delle previgenti discipline. I commi secondo e terzo della citata norma, in aggiunta, prevedono una clausola di salvezza, «in sede di prima applicazione», nei confronti dei precedenti diversi limiti quantitativi, stabiliti dai contratti collettivi nazionali, dei lavoratori occupati con contratti a termine, vincolando il datore di lavoro, che abbia stipulato rapporti di lavoro in misura superiore alla percentuale consentita, a rientrarvi entro il 31 Dicembre dello stesso anno, «salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o termini più favorevoli»²⁵⁹.

Il secondo periodo, revisionato sempre ai sensi dell'articolo primo, lettera a), del dl. n. 34/2014, dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001, invece, dispone che «fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati 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

²⁵⁹ Cfr. Ai fini dell'attribuzione di un corretto significato all'espressione più favorevoli, si rinvia ad una valutazione, casistica ed equilibrata, dei possibili vantaggi o svantaggi per i lavoratori.

determinato»²⁶⁰. Innanzitutto, l'espressa menzione dell'articolo 10, comma settimo, del d.lgs. n. 368/2001 conferisce ai contratti collettivi nazionali, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, una facoltà di deroga, anche in misura non uniforme, del limite del 20 per cento, il cd. «contingente», prevedendo, in ogni caso, l'esenzione da ogni limitazione per l'avvio di nuove attività o per ragioni di carattere sostitutivo etc. Alcuni autori, peraltro, reputano legittima l'estensione della derogabilità di siffatto limite anche alla contrattazione collettiva di diverso livello, esclusivamente in presenza di un espresso rinvio contenuto nel contratto collettivo nazionale²⁶¹. Pertanto, il contingente legale del 20 per cento opera in assenza di contrattazione collettiva, ancorché quest'ultima sia legittimata, come detto, all'introduzione di un limite percentuale o termini più favorevoli. La legge di conversione ha precisato, all'uopo, che la soglia massima del 20 per cento debba essere computata in relazione al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza alla data del 1° Gennaio dell'anno di assunzione in luogo della nebulosa nozione di «organico complessivo» citata nel decreto legge. La formulazione normativa del decreto legge, inoltre, non definiva, chiaramente, se il computo del contingente del venti per cento fosse riferibile alla somma complessiva dei contratti a termine a-causali, comprensiva sia dei lavoratori a tempo determinato sia dei lavoratori somministrati, o meno. Il dubbio esegetico, rilevante più praticamente che teoricamente, è stato definitivamente fugato in sede di conversione, specificando l'afferenza del

²⁶⁰ Cfr. L'articolo 10, comma settimo, del d.lgs. n. 368/2001 recita: «La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato, stipulato ai sensi dall'articolo 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti dalle limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 Ottobre 1963 n. 1525, e successive modificazioni; c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; d) con lavoratori di età superiore a 55 anni».

²⁶¹ Cfr. M. Tiraboschi e P. Tommasetti, *Il nuovo lavoro a termine*, in @ 2014 ADAPT University Press.

limite percentuale ai soli lavoratori a tempo determinato. Sono, d'altra parte, esclusi dal citato computo tutti i lavoratori impiegati con rapporti diversi rispetto a quello nominato, come gli apprendisti, e tutti i lavoratori utilizzati con forme contrattuali legislativamente escluse da ogni altra forma di conteggio ai fini dell'applicazione di istituti legali o negoziali²⁶². Controversa, invece, era la riconduzione dei dirigenti nel computo del contingente del 20 per cento. In difetto di espressa esclusione, la questione si è risolta nel senso di un necessario inserimento di tale categoria nella citata operazione. Dibattute, altresì, sono state la ricomprensione nella determinazione della soglia del 20 per cento dei lavoratori a tempo indeterminato distaccati o in aspettativa e la considerazione dell'azienda come unitaria o scissa in specifiche articolazioni, quali lo stabilimento, la filiale, l'ufficio, il reparto o il punto vendite. Effettuando il testo normativo un'espressa menzione dei «lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° Gennaio della data di assunzione», le dispute sono state diramate nel senso di un'esclusiva riferibilità del computo ai lavoratori effettivi ma senza distinzione alcuna fra le singole articolazioni aziendali²⁶³. Un'espressa esclusione, ulteriormente, sia dall'applicazione del contingente del 20 per cento sia dalla disciplina generale del contratto a tempo determinato a-causale è stabilita nei confronti dei ricercatori a norma del comma 5bis, introdotto dal dl. n.34/2014, dell'articolo 10 del d.lgs. n. 368/2001, a tenore del quale si stabilisce che «il limite percentuale di cui all'articolo 1, comma primo, non si applica ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa. I contratti a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca

²⁶² Cfr. G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, «*Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 926.

²⁶³ Cfr. M. Miscione, *I contratti di lavoro acausali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 21.

scientifiche possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono». Nelle intenzioni legislative, la collocazione delle due proposizioni in capoversi separati sarebbe prodromica ad una demarcazione dei due distinti ambiti di applicazione delle disposizioni. In caso di violazione del limite percentuale del 20 per cento, fissato nel secondo periodo dell'articolo 1, l'articolo 4^{septies}, inserito dalla legge di conversione n. 78/2014, dispone per ciascun lavoratore l'attuazione della sanzione amministrativa: in primo luogo, «pari al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero di lavoratori assunti in violazione del contingente non sia superiore ad uno»; in seconda istanza, «pari al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore ad uno». La sanzione amministrativa, inoltre, è comminata soltanto per i rapporti di lavoro stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legge. La norma in questione si configura come una delle maggiori innovazioni realizzate nel transito dal dl. n. 34/2014 alla legge di conversione n. 78/2014, non punendo più, almeno in linea di principio, le imprese, che abbiano trascorso la soglia del 20 per cento, con la sanzione della conversione del contratto a tempo determinato a-causale in contratto a tempo indeterminato, essendo solo soggette alla comminazione di una sanzione, seppur esosa, amministrativa pecuniaria. Tuttavia, i contratti stipulati oltre il contingentamento comunque sono validi, non essendo sancita espressamente l'esclusione di una loro trasformazione in contratti a tempo indeterminato²⁶⁴.

Un altro ambito di intervento della riforma del contratto a tempo determinato, attuata con il primo atto del «Jobs Act», afferisce,

²⁶⁴ Cfr. M. Miscione, *I contratti di lavoro acausali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 23.

indubbiamente, la disciplina delle proroghe. L'articolo 4, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001, novato dall'articolo 1, comma primo, lettera b) del dl. n. 34/2014, ulteriormente modificato dalla legge di conversione n. 78/2014, afferma che «il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi, le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte nell'arco complessivo dei trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni». Nel testo del decreto legge, originariamente, le proroghe ammesse erano otto, ridotte, come detto, in sede di conversione a cinque, al fine di garantire una durata media dei contratti a termine non inferiore a sei mesi, qualora si propaghino per l'intera durata consentita dalla legge. La riformata disciplina delle proroghe realizza una modifica radicale e sostanziale, liberalizzando un impiego prolungato del contratto a tempo determinato. Infatti, in vigore della l. n. 92/2012, la cd. «Riforma Fornero», i contratti a tempo determinato a-causali, aventi una durata massima di dodici mesi, non erano prorogabili, costituendo una durata così estesa del rapporto di lavoro un elevato rischio per ambo i contraenti, essendo ammissibili solo il licenziamento e le dimissioni per giusta causa. Successivamente, il «Pacchetto lavoro», il dl. n. 76/2013, la cd. «Riforma Letta-Giannini», aveva previsto la possibilità di una proroga del contratto a tempo determinato a-casuale, ancorché circoscritta nel limite massimo dei dodici mesi, consentendo l'instaurazione di un primo rapporto di lavoro di breve durata e, in presenza di un esito positivo, un prolungamento, contenuto nel limite di durata massima del contratto a termine a-causale pari a dodici mesi. In entrambe le previgenti discipline, tuttavia, una volta esaurito il periodo di a-causalità, il datore di lavoro, in caso di prosecuzione del rapporto

lavorativo con lo stesso lavoratore, avrebbe dovuto stipulare un nuovo contratto a tempo determinato, previa indicazione delle ragioni giustificative, soggiacendo all'applicazione della disciplina generale in materia. A seguito dell'entrata in vigore della l. n. 78/2014, d'altro canto, la situazione è radicalmente mutata, prevedendosi la durata massima del contratto a tempo determinato a-causale in un periodo di trentasei mesi e la facoltà di ben cinque proroghe. Le condizioni di legittimità della proroga, ovvero del differimento del termine iniziale, conseguenzialmente all'abrogazione delle ragioni oggettive giustificative, sono ravvisabili nel consenso, anche implicito, del lavoratore, nella forma scritta e nell'espletamento delle stesse mansioni per cui era stato inizialmente stipulato il contratto a tempo determinato. Controversa, invece, è stata la possibilità che la proroga, cumulata al primo periodo di assunzione, potesse trascendere il limite massimo di trentasei mesi. Ad avviso di alcuni autori²⁶⁵, la disputa dovrebbe essere risolta in senso negativo per un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, nel silenzio normativo, non si può ritenere legittima una deroga al periodo, previsto dalla legge, come limite alla a-causalità; in secondo luogo, la formula utilizzata²⁶⁶, benché ambigua, si riferisce ad un tetto massimo complessivo. La disciplina della proroga, inoltre, si reputa applicabile altresì ai contratti a tempo determinato a-causali in corso di validità, con la dovuta esclusione dei rapporti di lavoro stipulati antecedentemente al 21 Marzo 2014, giorno di entrata in vigore del dl. n. 34/2014, subordinati al previgente regime normativo, ferma restando la facoltà delle parti contraenti di condurre a scadenza il contratto e, in seguito al previsto periodo di «stop and go», rinnovarlo in ossequio alle nuove regole. La regolamentazione dei rinnovi e, quindi, della successione dei contratti, per converso, sono immuni alla novata disciplina dei rinnovi, essendo validi gli

²⁶⁵ Cfr. G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, «*Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 934.

²⁶⁶ Cfr. «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni».

intervalli temporali, introdotti dal dl. n. 76/2013, di 10 o 20 giorni, a seconda che la durata iniziale del rapporto sia inferiore o superiore a sei mesi, intercorrenti tra la stipulazione dei due contratti. La violazione dei predetti limiti temporali è sanzionata con la conversione del secondo contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato in virtù di quanto disposto dall'articolo 5 del d.lgs. n. 368/2001, a norma del quale, peraltro, si attua un'esclusione dall'applicazione dei vincoli temporali, indicati nel computo degli intervalli, nei confronti dei lavoratori stagionali e di tutte le ipotesi di successione di contratti a termine individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Un conclusivo settore, nel quale il dl. n. 34/2014, convertito nella l. n. 78/2014, ha estrinsecato la propria incidenza, concerne la contrattazione collettiva. Originariamente, in vigenza della l. n. 230/1962, la contrattazione collettiva era titolare di una «sorta di una delega in bianco»²⁶⁷ nell'ambito di una politica di gestione consensuale²⁶⁸. Diversamente, nel d.lgs. n. 368/2001, tale immenso potere fu rimosso a cagione sia del mancato conseguimento degli esiti sperati sia di un esercizio dello stesso da parte dei sindacati funzionale al conferimento di una maggiore tutela nei confronti dei lavoratori già assunti in luogo di quelli da assumere. La riforme del 2012 e 2013, invece, hanno tentato uno strenuo recupero del contributo della contrattazione collettiva, riservandole, tuttavia, angusti e poco incisivi margini di intervento, soprattutto circoscritti nell'ambito di singole disposizioni. Da ultimo, il dl. n. 34/2014 ha attribuito alla contrattazione collettiva la titolarità di una potestà derogatoria della disciplina normativa esclusivamente in due casistiche: primariamente, alla luce del rinvio «dinamico» all'articolo 10, comma

²⁶⁷ Cfr. Cass., 28 Novembre 2008, n. 28450, in *Pluris*.

²⁶⁸ Cfr. F. Carinci, *Jobs Act. Atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Working Paper ADAPT*, n. 164, 15 Ottobre 2014.

settimo, del d.lgs. n. 368/2001, in relazione all'individuazione, anche in misura non uniforme, dei limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato mediante contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative; secondariamente, «in sede di prima applicazione», relativamente alla conservazione dell'efficacia dei limiti percentuali di «contingentamento» «già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali». Un'altra, residuale, facoltà derogatoria, concessa alla contrattazione collettiva, in vigore dell'articolo 5, comma terzo del d.lgs. n. 368/2001, afferiva, come detto, gli «stacchi» di dieci o venti giorni, subordinati alla durata semestrale o meno del rapporto di lavoro, fra un contratto a tempo determinato e l'altro a pena di conversione. Tirando le fila del discorso, la previsione espressa di due soli casi di deroga negoziale della disciplina normativa ha fornito un decisivo apporto alla restaurazione del primato della legge su una contrattazione collettiva, a seguito dei mutamenti normativi, nettamente ridimensionata.

Infine, una volta enucleata la riformata disciplina, almeno nei suoi passaggi fondamentali, del contratto a tempo determinato, una obbligatoria conclusione è necessario sia effettuata in merito alla conformità del dl. n. 34/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 78/2014, alla direttiva n. 1999/70 e all'allegato Accordo quadro, concluso tra le parti sociali comunitarie, CES, UNICE e CEEP, il 18 Marzo 1999. Innanzitutto, l'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nel Preambolo, stabilisce che i contratti a tempo indeterminato siano, e debbano rimanere, «la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro ed i lavoratori», rispondendo, viceversa, i contratti a tempo determinato, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia quelle dei lavoratori. A tale proposito, il dl. n. 34/2014, non modificando il previgente impianto normativo, non abroga la disposizione di cui al comma 01 del d.lgs. n. 368/2001, in cui è codificata la

predetta regola comunitaria, ancorché la stessa sia reputata, come sostenuto da alcuni autori, come una «sorta di vestigia del passato», venendo meno, alla luce delle innovazioni intervenute in materia, il senso di «un'effettiva priorità sistematica» del contratto a tempo indeterminato²⁶⁹. A norma della prima clausola della direttiva comunitaria n. 1999/70, inoltre, si ravvisa uno degli obiettivi, perseguiti dalla disciplina comunitaria, nella creazione di un «quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato». A riguardo, la questione maggiormente dibattuta verteva sulla possibilità che la previsione delle cinque proroghe potesse integrare una successione di contratti o di rapporti di lavoro. Le proroghe, come detto, si differenziano dai rinnovi: le prime si stagliano in un unico contratto, comportando un prolungamento dei termini temporali apposti alla durata del rapporto senza alcuna interruzione della prestazione lavorativa; i secondi, viceversa, generano sempre nuovi contratti subordinati alla disciplina degli intervalli e delle successive modificazioni. Pertanto, il dl. n. 34/2014, regolamentando solo le proroghe, non si manifesta lesivo delle disposizioni comunitarie sancite nella prima clausola della direttiva. La norma di cui alla clausola terza dell'Accordo quadro, a sensi della quale «il termine è determinato da condizioni oggettive», è, ulteriormente, osservata dalla previsione, delineata nel citato decreto, del raggiungimento di una data certa e non solo dal completamento di un compito particolare o dalla verifica di un evento specifico. Conseguenzialmente, il nuovo impianto normativo del contratto a tempo determinato, fissato in seno al dl. n. 34/2014, appare, almeno formalmente, conforme al dettato della direttiva comunitaria n. 1999/70. Meno pacifica e, indubbiamente, più controversa, diversamente, è l'osservanza della clausola di non regresso da parte della novata disciplina nazionale. Preliminarmente, il principio di non

²⁶⁹ Cfr. E. Gagnoli, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera opposizione del termine*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5/2014, p.429.

regresso, codificato in tutte le clausole delle direttive sociali, impone un' inderogabilità peggiorativa dei livelli di tutela conseguiti negli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri, salvo che la modifica *in pejus* sia giustificata dal perseguimento di altri obiettivi e non alteri il livello generale di protezione apprestato nei confronti dei lavoratori. Dunque, siffatto principio, integrando un «vincolo forte», conferma le modifiche, statuite nei Paesi membri dell'Unione, ad un dato standard di tutela²⁷⁰, nel senso che «possono essere modificati gli strumenti normativi funzionali al conseguimento di un obiettivo, ma non può essere stravolto l'obiettivo stesso della direttiva»²⁷¹. Il dl. n. 34/2014, rimuovendo le ragioni oggettive e, di fatto, liberalizzando l'istituto del contratto a tempo determinato, realizza uno scambio, consustanziale alla disciplina, tra l'eventuale maggiore occupazione e la nitida erosione del livello di tutela acquisito dai singoli lavoratori a tempo determinato, divenendo così sospetto di una probabile violazione della clausola di non regresso.

5. Il contratto di lavoro a tempo determinato nella Pubblica Amministrazione: brevi cenni.

Originariamente, la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione era ricondotta nel sistema normativo del

²⁷⁰ Cfr. G. Zilio Grandi e M. Sferrazza, «*Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 921.

²⁷¹ Cfr. M. Delfino, «*Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*», in *Giorn. Dir. Lav.*, 2002, p. 487.

diritto amministrativo. Successivamente, l'approccio è radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 30 Marzo 2001 n. 165, mediante il quale si è attuata una cd. «privatizzazione del pubblico impiego», ovvero un'attrazione della regolamentazione dei rapporti di lavoro, intrattenuti con le pubbliche amministrazioni, sotto l'egida del diritto del lavoro, di marcata matrice privatistica.

Analogamente, in materia di contratto a tempo determinato, è perdurata l'iniziale illusione di una comune disciplina valevole per il lavoro pubblico e privato, in seguito degenerata in un progressivo divaricamento non ostativo alla formazione del precariato pubblico²⁷². Innanzitutto, a norma dell'articolo 35, comma 4bis, del d.lgs. n. 165/2001, qualora il datore di lavoro pubblico abbia intenzione di assumere con contratto a tempo determinato è vincolato all'osservanza delle procedure selettive, essendo, peraltro, subordinato all'emanazione di un apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, per contingenti superiori a cinque unità. Una volta esperite le citate procedure selettive, il contratto di lavoro è disciplinato dal d.lgs. 6 Settembre 2001 n. 368, attuativo della direttiva n.1999/70/CE e dell'allegato Accordo quadro concluso tra le parti sociali comunitarie in data 18 Marzo 1999. Sicché, il decreto legislativo sul contratto a tempo determinato era suscettivo di un'estensione applicativa anche nei confronti dell'apparato dei lavoratori pubblici, salvo per talune eccezioni concernenti le misure sanzionatorie, in vigore del principio, sancito a sensi dell'articolo 36, comma secondo, del d.lgs. n. 165/2001, a tenore del quale la violazione dei limiti di legge, diversamente dal settore privato, non comporta la conversione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato. Inoltre, il Testo unico sul pubblico impiego, relativamente ai contratti a tempo determinato, prevede una normativa speciale, riforma e tormentata nel corso degli anni. Specificamente,

²⁷² Cfr. M. Miscione, *I contratti di lavoro acausali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 24.

l'articolo 36, comma secondo, del d.lgs. n. 165/2001, nella formulazione originaria, recitava: «Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo ed eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti». Tuttavia, l'articolo 4, comma primo, lettera a), del dl. n. 101/2013, convertito nella l. n. 125/2013, ha decretato la sostituzione, in seno alla predetta norma, dell'inciso «per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» con la più rigida espressione «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale». La novazione della disposizione normativa si condensa in due fondamentali principi: in primo luogo, le esigenze di carattere temporaneo sono alternative e non cumulative a quelle di natura eccezionale, per effetto dell'introduzione della disgiunzione «o» in luogo della congiunzione «e»; in seconda istanza, l'inserimento dell'avverbio «esclusivamente» demarca, ai fini della legittimità delle assunzioni a termine presso la pubblica amministrazione, la necessaria insussistenza di altre esigenze al di fuori di quelle temporanee o eccezionali. L'articolo 4, comma primo, lettera b), del dl. n. 101/2013, in aggiunta, ha innestato nell'ambito dell'articolo 36, comma secondo, del d.lgs. n. 165/2001, altri due commi a norma dei quali non solo è riconfermata l'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001, per la seconda volta nella stessa disposizioni, ma anche è suffragato, in caso di violazione dei limiti legali, il divieto di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, stabilendo, per converso, la nullità dei contratti, la responsabilità erariale congiuntamente alla responsabilità dirigenziale e al divieto di retribuzione di risultato per la generale irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile.

Come noto, diverse riforme si sono succedute anche nell'ambito della disciplina privatistica del contratto a tempo determinato, sebbene abbiano interessato, solo marginalmente, la regolamentazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con la Pubblica amministrazione. Innanzitutto, la legge n. 92/2012, la cd. Riforma Fornero, a norma dell'articolo 1, comma settimo e ottavo, dettava disposizioni, riferibili al pubblico impiego, di portata talmente vaga e generica da risultare nulle, ancorché si sia enucleata una generale inapplicabilità della disciplina dei licenziamenti, sia sostanziale sia processuale, al lavoro con le pubbliche amministrazioni. Differentemente, il dl. n. 34/2014, convertito nella l. n. 78/2014, non specificando espressamente la propria applicabilità al pubblico impiego, ha sollevato ingenti dubbi e perplessità. Tuttavia, conclusivamente, da un punto di vista prettamente logico, si dubita che la liberalizzazione, attuata dal citato decreto, dell'acausalità, corredata dal prolungamento forfettario della durata a trentasei mesi e dalla facoltà di cinque proroghe, sia compatibile con i vincoli ed i divieti vigenti per il lavoro pubblico²⁷³.

Conclusioni

Dunque, completata la disamina, diviene opportuna, indubbiamente, la definizione di alcune preziose considerazioni conclusive. Pregiudizialmente, alla luce della complessità e dell'eterogeneità della disamina condotta, è

²⁷³ Cfr. M. Miscione, *I contratti di lavoro acausali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 25.

imprescindibile la concezione della direttiva n. 1999/70/CE, in materia di lavoro a tempo determinato, come *trait d'union* tra l'evoluzione del Dialogo Sociale, di cui costituisce una concreta estrinsecazione, e gli ordinamenti giuridici interni degli Stati membri dell'Unione Europea, nei quali i precetti comunitari sono recepiti ai fini della strutturazione di una coordinata ed armonica disciplina di specifiche materie nel perimetro europeo. Pertanto, si impongono conclusioni differenti, ancorché votate ad un'ineluttabile intersezione. Originariamente, come detto, l'Unione Europea era deputata all'assolvimento di finalità prettamente economiche quali la costituzione di un mercato comune, l'abbattimento delle frontiere per una libera circolazione di capitali e servizi o l'abolizione di dazi doganali. Tuttavia, tale consolidata convinzione fu, ben presto, erosa dalla lungimirante visione dei Padri fondatori dell'Unione, consapevoli della fondamentale rilevanza della componente sociale nell'edificazione di una Comunità non solo economica ma anche di popoli, valori, principi e libertà. Nella cornice evolutiva delineatasi, sia pratica sia teorica, si è stagliato il prezioso contributo delle parti sociali, le quali, nella proliferazione degli atti comunitari, normativi o meno, hanno ottenuto progressive concessioni pertinenti la regolamentazione, di concerto con le istituzioni dell'Unione, di specifiche materie, al fine di predisporre una disciplina coordinata ed univoca, prodromica al conseguimento di elevati, nonché uniformi, standard di tutela nei confini comunitari. Sicché, la direttiva n. 1999/70/CE, analogamente ad altre direttive sociali, si configura come un ordinario corollario del periglioso procedimento evolutivo concluso dalle Parti sociali comunitarie. Sebbene vi sia un pacifico riconoscimento dello sforzo profuso dalle parti sociali, specificamente le organizzazioni sindacali comunitarie, CES, UNICE e CEEP, in un' Europa così marcatamente a trazione economiche, gli esiti conseguiti non sono reputabili sufficienti. Preminentemente, sarebbe necessario un maggiore dinamismo dei sindacati europei nella ponderazione di normative, concernenti gli ambiti sociali, aventi

una portata maggiormente dispositiva per gli Stati Membri e funzionali all'eliminazione di discriminazioni ostative alla piena realizzazione dell'agognata Europa Sociale. In secondo luogo, è auspicabile un consistente coordinamento, magari mediante il conferimento di un apposito mandato a negoziare, delle organizzazioni sindacali di diverso livello, comunitarie e nazionali, al fine di elaborare politiche sociali comuni e congiuntamente rivendicate. Tuttavia, le citate, eventuali, soluzioni agli endemici problemi dell'Unione Europea non hanno ancora ricevuto attuazione alla luce della parziale, e non completa, affermazione del Dialogo Sociale.

Gli obiettivi della Direttiva 1999/70/CE, evocativi dei principi propugnati dalle Parti sociali comunitarie, si concretavano nell'osservanza del principio di non discriminazione, finalizzato a garantire una parità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato ed i lavoratori impiegati con un contratto a tempo indeterminato, e nella predisposizione di un quadro normativo preventivo degli abusi realizzati a seguito di una fraudolenta successione di contratti a tempo determinato. In merito alla portata o alla realizzazione degli scopi prefissati nel testo comunitario, *nulla quaestio*. I problemi di maggiore rilievo, invece, si sono registrati con riferimento alla trasposizione ed applicazione della normativa europea nell'ordinamento giuridico nazionale. Il decreto legislativo 6 Settembre 2001 n. 368, atto di formale recepimento della direttiva n. 1999/70/CE, ha riformato la previgente disciplina, conformandosi, in linea di principio, al livello di tutela definito nella regolamentazione comunitaria. La sfavorevole congiuntura economica e sociale, nazionale ed europea, diversamente, è stata foriera di reiterate riforme della materia del lavoro a tempo determinato, manifestandosi, talora, ben lungi dallo spirito fondante dell'intera direttiva comunitaria. Nel novero degli affastellati interventi normativi un precipuo rilievo, è stato assunto, particolarmente, dalla legge 28 Giugno 2012 n. 92, la cd. «Riforma Fornero»,

e dal decreto legge 21 Marzo 2014 n. 34. La prima ha legittimato nell'ordinamento giuridico nazionale la possibilità di stipulare un contratto a tempo determinato in assenza delle «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo», sancite nel previgente articolo 1, comma primo, del d.lgs. n. 368/2001, limitandone, per converso, la durata ad un periodo massimo di dodici mesi e vietando la facoltà di prorogare il rapporto a-causale. La seconda, decisamente più incisiva, riforma, d'altro canto, ha statuito una piena liberalizzazione del contratto a termine a-causale, estendendone la durata in una misura pari a 36 mesi e sancendo la possibilità di prorogare il rapporto di lavoro per cinque volte. L'a-causalità, benché con alcune forzature interpretative, è stata sempre ritenuta conforme ai precetti comunitari. Tirando le fila del discorso, occorre constatare un rilievo critico nell'ambito della regolamentazione nazionale del contratto a tempo determinato. La costante proliferazione di interventi normativi, spesso ravvicinati, in materia di lavoro a tempo determinato ha alimentato incertezza e confusione, interpretativa ed applicativa, nell'applicazione di siffatta fattispecie contrattuale. L'esito che ne è derivato si è condensato in un disorganico *corpus* normativo talvolta non funzionale alla rimozione delle situazioni di alienazione e subordinazione in cui versano i lavoratori impiegati con un contratto di lavoro a tempo determinato. L'auspicio, infine, si ipostatizza nella formazione di un organico ed univoco mosaico normativo volto alla realizzazione del temperamento delle opposte esigenze di flessibilità e di sicurezza dei lavoratori: la cd. «flexicurity»

Bibliografia

Altavilla R., *I contratti a termine nel mercato differenziato*, 2001

Arrigo G., *Comunità europea: tre proposte sui contratti «atipici»*, in *Lav. inf.*, XV-XVI, 1990, p. 3 ss.

Arrigo G., *Il Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 107

Arrigo G., *Principio di sussidiarietà e politica sociale, in Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, Roma, 1995, p. 68

Bano F., *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 505

Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007

Barbera M., *Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in www.europeanrights.eu, 2008.

Biagi M., *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, 4, pag. 437.

Biagi M., *Le Relazioni industriali nell'Unione Europea*, *Dir. delle Relazioni Industriali*, n. 3/1997, p. 16

Cabarelli U.-Leccese V., *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. Lav. rel. ind.*, 2004, pag. 535 ss.

Carabelli U.-Leccese V., *L'orario di lavoro*, Bari, 2001, 199 ss.

Cairolì S., *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2010, I, pp. 147-159

Calvano R., *Il caso "Mangold": la Corte di giustizia afferma (senza dirlo) l'efficacia orizzontale di una direttiva comunitaria non scaduta?*, in *Associazione Italiana Costituzionalisti*, <http://archivio.rivistaaic.it>, 2006

Carinci F., «*Complimenti Dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*», in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 535

Carinci F., *Jobs Act. Atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Working Paper ADAPT*, n. 164, 15 Ottobre 2014

Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro ai tempi della crisi*, Relazione presso il XVII Congresso nazionale dell'AIDLASS.

Corazza L., *Lavoro a termine e clausola di non regresso*, in *Giorn. lav. rel. ind.*, p. 512

Cosio R., *La sentenza Impact sul contratto a termine: una bussola per l'interprete*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, III, p. 857

Daniele R., *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale e competenze*, Milano, 2010, p. 250

D'Antona M., *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, Napoli 1990

Delfino M., *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002 pag. 487 ss.

Delfino M.- Saracini P., *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *Dir. lav. merc.*, 2009, II, pp. 404-432

Del Punta R., *Diritto del lavoro*, Vol. VI, Capitolo III, paragrafo 1, p.643, Giuffrè, Milano, 2012

Falasca G., «*La nuova disciplina del contratto a tempo determinato, in Riforma del Lavoro-Legge 28 Giugno 2012 n. 92*», in *Guida lav.*, 2012, Suppl. n. 3, pag. 27 e ss.

Foglia R., *Il contratto a termine nella giurisprudenza comunitaria costituzionale di legittimità e della CEDU*, in *Il Diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Milano 2013, 357-459.

Foglia R., *Politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano 2011, pag. 15

Franza G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Milano, 2010, 300 ss.

Franza G., *La direttiva comunitaria n. 99/70/CE*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di Perone G., Torino, 2002, p. 13

Galantino L., *Lineamenti di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1997.

Galantino L., *Lo statuto dei lavoratori e la Carta dei diritti sociali fondamentali*, in *Dallo statuto dei lavoratori alla dimensione sociale europea*, a cura di Assanti C., Milano, 1991, p. 149

Galletti A., *La clausola di non regresso nelle direttive sociali*, in *Riv. coop. giur.intern.*, 2012, p. 158

Gragnoli E., *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 5/2014, pag. 429.

Guarriello F., *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 371

Guarriello F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva : il dialogo sociale*, Milano, 1992, p. 29

Levi A., *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo (art. 6)*, in Galantino, (a cura di), *Il lavoro*

temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione. Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196, Milano, 1997, pag. 209-265

Lo Faro A., *Funzioni e Finizioni della contrattazione collettiva comunitaria: la contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, European University Institute, pag. 126 e ss.

Lo Faro A., *Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche, limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, in *Rivista delle Relazioni Industriali*, n. 1/1997, p. 40

Lyon-Caen A. e Caen G., *Droit social international et europèen*, Paris, Dalloz, 1991, p. 298

Mantello M., *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008

Menghini L., «*Contratto a termine (arti. 1 comma 9-13, l. n. 92/2012)*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, n 10/2012, p. 927

Mengozi P., *Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 38 ss.

Mimmo G., «*Le nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*», Relazione del 2012

Miscione M., «*I contratti di lavoro a termine 2013*», in «*Il lavoro nella giurisprudenza*», 2013, pag. 15

Miscione M., *I contratti di lavoro a-causali, a termine ed interinali (d. l. n. 34/2014)*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 2014, p. 9

Miscione M., *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, pp. 437-442

Montuschi L., *La Riforma del contratto a termine*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, 1, Milano, 1998, 379

Nunin R., *Il Dialogo sociale europeo : attori, procedure e prospettive*; Giuffrè, Milano, 2001, pag. 19

Pessi R., *Europa e Concertazione modelli a confronto*. Fiorillo L., *L'unione Europea e il Dialogo Sociale*, CEDAM, 2009, p.174

Pessi R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova 2012

Proia G., *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, p.7, ADAPT, Working Paper n. 78/2009

Ratti L., «*Il contratto a termine dopo la l. n. 92 del 2012: prime interpretazioni ministeriali*», in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6/2013, pag.560.

Rausei P., «*Luci e ombre sul restyling del lavoro a tempo determinato*», in *Diritto e Pratica del Lavoro*, 2012, p. 1321.

Roccella M., *Comunità Europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 27 ss.

Roccella V.-Treu T., *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2009, p. 463

Romagnoli U., *La concertazione sociale in Europa: luci e ombre*, in *Lav. Dir.*, 2004 p. 277

Russo D., *L'armonizzazione della politica sociale attraverso prescrizioni minime internazionali ed europee*, in *Riv. dir. int.*, 2012, III, p. 790

Santoro Passarelli G., *Diritto dei lavori: diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Torino, 2013

Schnorr G., *I contratti collettivi in un' Europa integrata*, in *Rivista italiana del diritto del lavoro*, I, 1993, p. 324

Speziale V., «*La riforma del contratto a termina nella legge 28 Giugno 2012 n. 92*», in WP. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona, Italia», 2012, n. 153, p. 5

Tesauro G., *Le procedure di consultazioni delle Parti sociali nel Protocollo sociale*, in *Protocollo sociale di Maastricht : realtà e prospettive*, Roma, 1995, p. 134

Tiraboschi M., *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, IV, p. 464

Tiraboschi M. e Tommasetti P., *Il nuovo lavoro a termine*, in @ 2014 ADAPT University Press.

Tizzano A., *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998

Tosi P.-Landon F., *Dimensione sociale europea e contrattazione collettiva*, in *Dir. Lav.*, 1992, n. 27

Valentina A., *La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Yolanda Del Cerro Alonso: sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in *Dir. com. scam. int.*, 2008, IV, pp. 739-755

Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, vol. II, Giappichelli, Torino 2000, pag. 200 ss.

Vallebona A., *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, in *Dir. lav.*, 2006, p. 5.

Vallebona A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, pagina 65.

Veneziani B., *La flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti- un'analisi comprata*, in *Giorn. Dir.lav.ind.* 1993, pag. 235

Voza R., «*Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*», in *Lav. Giur.*, 2012, 12, pag. 1141.

Zilio Grandi G.-Sferrazza M., «*Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*», in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2014, p. 920.

Zilio Grandi G.- M.Sferrazza M., «*Il termine nel contratto di lavoro: Riflessioni a margine della riforma Fornero*», in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, p. 561.