

## **LAVORO (RAPPORTO DI)**

**Lavoro nella Giur., 2014, 5, 429 (commento alla normativa)**

### **Apposizione del termine**

#### **L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine**

Gragnoli Enrico

D.L. 20-03-2014, n. 34

D.Lgs. 06-09-2001, n. 368, art. 1

Il d.l. 34 del 2014 ha radicalmente modificato la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato introdotta dal d.lgs. n. 368/2001, prevedendo la possibilità di stipulare contratti a termine senza l'obbligo di indicare la causali. Sebbene il comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 non si stato abrogato, deve ritenersi che lo stesso rappresenti una sorta di vestigia del passato perché il cambiamento portato allo stesso articolo 1 fa perdere il senso di una effettiva priorità sistematica del contratto a tempo indeterminato. La nuova disciplina rappresenta un sicuro arretramento non solo per la protezione dei prestatori di lavoro, quanto, soprattutto, per il ritorno a una logica di libera stipulazione del contratto, con la connessa, estrema accentuazione del potere negoziale del datore di lavoro, in grado di condizionare le scelte del potenziale dipendente e di metterlo in una condizione di rilevante soggezione psicologica e organizzativa. Peraltro allo scadere dei 36 mesi non vi è una ragione plausibile per cui il datore di lavoro dovrebbe rinunciare a tale potere e trasformare il rapporto di lavoro a tempo indeterminato invece che ricorrere a un altro contratto di lavoro a tempo determinato con relative proroghe con un altro candidato.

**Sommario: L'abrogata regolazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine - Le novità apportate dal d.l. n. 34 del 2014 - La libera apposizione del termine - Il numero complessivo di rapporti a tempo determinato - L'attuale regolazione della forma contrattuale e la proroga**

#### **L'abrogata regolazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine**

Nel suo testo originario, il *d.lgs. n. 368 del 2001* ha contenuto in modo drastico lo spazio dei contratti collettivi. Al decreto n. 368 del 2001 si può obiettare che il controllo sulla stipulazione dei contratti a tempo determinato è passato per lungo tempo al giudice, senza la mediazione dell'autonomia sindacale. Se la legge definiva per intero la fattispecie, la sua applicazione era immediata. La caratteristica dominante del decreto n. 368 del 2001 è stata l'elevato tasso di incertezza sulla legittimità del contratto, poiché è stato difficile anticipare l'eventuale valutazione del giudice, su un profilo di per sé discutibile come il rispetto dell'art. 1, comma 1, del decreto n. 368 del 2001. Anche per l'imprenditore scrupoloso e attento sia alle indicazioni normative, sia alle interpretazioni giurisprudenziali, è stato complesso avere sicurezza del fatto che il negozio perseguisse esigenze temporanee sufficienti a comportare la legittima apposizione del termine <sup>(1)</sup>.

In sostanza, "il nuovo decreto mette (...) le imprese in una situazione di maggiore difficoltà, perché non è dato sapere con la certezza, pure relativa, precedente se l'assunzione è legittima o no. E guardando, all'inizio del 2006, la giurisprudenza che si è sin qui formata in materia, sembrano proprio avverati i rischi e pericoli legati all'imprevedibilità degli esiti giudiziari connessi alla minore certezza dell'attuale sistema" <sup>(2)</sup>. In particolare, sulla base dell'art. 1 del decreto n. 368 del 2001, non era vero che la conclusione del negozio a tempo determinato fosse una semplice alternativa di quello a tempo indeterminato <sup>(3)</sup>, poiché l'art. 1 ha sempre avuto una dichiarata preferenza per questo ultimo <sup>(4)</sup>. Ferme le indicazioni comunitarie, la tesi restrittiva, dominante, trovava un avallo preciso nell'art. 1 del decreto n.

368 del 2001. Le ragioni giustificative non riguardavano l'assunzione in quanto tale, anche perché non vi era nessuna necessità di identificare motivi della stipulazione del contratto, visto il libero esercizio dell'autonomia individuale. I motivi dell'art. 1, comma 1, del decreto n. 368 del 2001 concernevano solo l'apposizione del termine, condizionata a un riscontro del giudice sul sussistere dei presupposti sanciti per legge.

Pertanto, le ragioni dell'art. 1, comma 1, dovevano essere per loro natura temporanee <sup>(5)</sup>. Se dovevano giustificare l'apposizione del termine, e non l'assunzione in quanto tale, i motivi dell'art. 1, comma 1, facevano riferimento a esigenze organizzative contenute nel tempo e, di conseguenza, tali da potere essere soddisfatte solo con un rapporto a tempo determinato. I motivi non dovevano essere straordinari, poiché essi potevano essere prevedibili e ricorrenti. Il concetto di temporaneità è diverso da quello di eccezionalità e la stipulazione a tempo determinato presupponeva che il dipendente dovesse risolvere un problema organizzativo temporaneo <sup>(6)</sup>, non straordinario <sup>(7)</sup>.

Inoltre, i motivi dell'art. 1, comma 1, del decreto n. 368 del 2001 dovevano essere oggettivi e, quindi, avere fondamento nell'organizzazione del datore di lavoro, il quale doveva spiegare l'assetto dell'azienda e perché, in tale ambito, insorgesse una questione tale da comportare l'assunzione a tempo determinato. Quindi, poco importava il desiderio di sperimentare le capacità del prestatore di opere, poiché tale problema era di dichiarata natura soggettiva e, cioè, atteneva alle strategie dell'impresa nel reclutamento, non alla sua organizzazione, intesa come ripartizione delle funzioni. È vero che, molto spesso, il contratto a tempo determinato sostituiva un prolungato periodo di prova, secondo prassi diffuse e, forse, non del tutto prive di una loro ragionevolezza sul piano della giustizia sostanziale. Peraltro, poiché non erano oggettivi, tali motivi erano difformi dal paradigma dell'art. 1, comma 1, del decreto n. 368 del 2001, con la conseguente nullità dell'accordo.

In modo alquanto singolare, il decreto n. 368 del 2001 prevedeva in via espressa solo che l'impresa avesse l'onere di provare i presupposti della proroga, non quelli relativi all'originaria apposizione del termine. La scelta era discutibile, poiché, su tale profilo centrale, sarebbe stata necessaria la massima chiarezza. Salve alcuni posizioni minoritarie <sup>(8)</sup>, si riteneva che, sulla base dell'art. 2697 c.c., l'impresa avesse l'onere di dimostrare il sussistere delle condizioni giustificatrici del termine, quando faceva valere in giudizio l'esistenza del termine stesso, difendendosi dalle domande del prestatore di opere <sup>(9)</sup>. Tale soluzione era ineccepibile.

Nell'applicazione del *d.lgs. n. 368 del 2001*, con sentenze per lo più corrette, vi è stata nel passato una costante soccombenza dei datori di lavoro, incapaci di destreggiarsi fra le insidie palesi e occulte del testo normativo. Non a caso, "in caso di insussistenza delle ragioni giustificative previste dall'art. 1 del decreto n. 368 del 2001 (...), pure in assenza di una norma che sanzioni, espressamente, la mancanza delle dette ragioni, all'illegittimità del termine, e alla nullità della relativa clausola, consegue l'invalidità parziale del contratto e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alla stregua dei principi generali in materia di nullità parziale e di eterointegrazione del contratto e dell'interpretazione del citato art. 1" <sup>(10)</sup>.

Come si ricavava da una esegesi letterale dell'art. 1, il sussistere di ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive era presupposto per la valida apposizione del termine e tali condizioni dovevano avere una oggettiva natura temporanea. Il problema era di stabilire la conformazione delle predette ragioni giustificative, con intrinseca struttura temporanea. Però, almeno nel passato, non si poteva discutere del necessario carattere transitorio del motivo <sup>(11)</sup>. Pertanto, è stata considerata legittima l'apposizione del termine in presenza di una "esigenza organizzativa oggettiva", della "coerenza tra la stessa e l'assunzione a termine e la coerenza tra l'assunzione e la situazione aziendale nell'attualità della quale non è possibile al datore di lavoro di stabilire quale sia il suo fabbisogno di personale in pianta stabile per lo svolgimento dell'attività" <sup>(12)</sup>. Il venire meno del presupposto determinava l'impossibilità della prosecuzione della collaborazione <sup>(13)</sup>.

In sostanza, la legittima apposizione del termine non postulava solo l'astratto ricorrere di ragioni di per sé transitorie <sup>(14)</sup>, ma la specifica riconduzione <sup>(15)</sup> dell'attività del singolo

prestatore di opere a tali motivi <sup>(16)</sup> , con un onere della prova per intero a carico del datore di lavoro <sup>(17)</sup> , tenuto a dimostrare il sussistere di quegli specifici profili indicati nel contratto <sup>(18)</sup> . Ad esempio, "è stata dichiarata l'illegittimità del termine, apposto in conseguenza di un processo di mobilità interna, in quanto il datore di lavoro non aveva provato che quel processo avesse riguardato anche la sede di assunzione del lavoratore, con conseguente e transitoria esigenza di personale con la qualifica assegnatagli" <sup>(19)</sup> . Talora, la giurisprudenza è stata molto rigorosa, affermando che i motivi dell'art. 1 "devono attenersi solo a elementi oggettivi, senza potere riguardare risorse umane o il mero apporto di prestazioni personali", così che è stata considerata illegittima l'apposizione del termine dovuta alla "necessità di sperimentare l'internalizzazione di un servizio prima appaltato" <sup>(20)</sup> .

Era da escludere la pretesa, piena fungibilità fra il contratto a tempo indeterminato e quello a tempo determinato <sup>(21)</sup> , poiché questo ultimo rimaneva ipotesi eccezionale <sup>(22)</sup> , almeno fino agli ultimi interventi del 2008. Al contrario, solo l'esistenza dei motivi richiesti per legge comportava la legittima deroga convenzionale al principio generale <sup>(23)</sup> . Già l' *art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001* suggeriva la soluzione preferibile in ordine alle conseguenze dell'invalida apposizione del termine e, cioè, non la "conversione" (in senso stretto) del rapporto in uno a tempo indeterminato, ma l'applicazione automatica del criterio per il quale il rapporto era a tempo indeterminato se le parti non avessero apposto un termine nel rispetto dell'art. 1 e, quindi, con l'osservanza delle relative prescrizioni formali e con l'effettivo ricorrere delle ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive <sup>(24)</sup> .

A tale conclusione conduceva in modo piano l'*art. 1419, comma 2, c.c.* Se il termine poteva essere inserito nelle sole ipotesi previste dall'art. 1 menzionato, qualora tale disposizione non potesse essere invocata, per qualunque ragione, non vi era stata valida apposizione e, quindi, il contratto era a tempo indeterminato, poiché non vi era una legittima deroga <sup>(25)</sup> . Quindi, le ragioni indicate dalla norma erano un limite imposto alla libera espressione dell'autonomia negoziale <sup>(26)</sup> . La violazione dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 1981 comportava la nullità del termine per l'inesistenza dei presupposti <sup>(27)</sup> . Il contratto era a tempo indeterminato, né occorreva a tale riguardo una specifica norma, sia perché l'art. 1 citato era chiaro in tale senso, sia perché si poteva invocare l'*art. 1419, comma 2, c.c.* <sup>(28)</sup> .

Lo stesso art. 1 sottolineava i presupposti dell'apposizione del termine e, dunque, che l'alternativa era un contratto a tempo indeterminato, configurato per legge e con un dichiarato intento di tutela del lavoratore. Non poteva trovare attuazione l'*art. 1419, comma 1, c.c.* <sup>(29)</sup> , proprio per il descritto operare di un principio generale, con piena efficacia, se non derogato in conformità al *d.lgs. n. 368 del 2001* <sup>(30)</sup> . Poco importava l'intento delle parti, né si doveva ricostruire in via ipotetica quale sarebbe stata la loro volontà. Se il termine non era apposto in modo valido, si cadeva nella generale previsione per la quale il contratto è a tempo indeterminato, non in forza di una "conversione" in senso tecnico, ma perché, se il termine era deroga a un criterio di segno opposto, esso trovava piena realizzazione in carenza di una legittima attuazione della regola derogatoria, per lo meno nel contesto aperto dal decreto n. 368 del 2001 ed a prescindere dalle innovazioni del 2008.

Con una pronuncia di legittimità dal dichiarato valore esemplare, nel tentativo di trarre una sintesi del dibattito intercorso fra i giudici di merito sull'art. 1 del decreto n. 368 del 2001 e poco prima della sua modificazione in senso favorevole ai datori di lavoro, si è osservato che, "in caso di insussistenza delle ragioni giustificative previste dall'art. 1, a prescindere dalle disposizioni della *legge n. 247 del 2007* e pure in assenza di una norma che sanzioni, in via espressa, la mancanza delle predette ragioni, all'illegittimità del termine ed alla nullità della relativa clausola, consegue l'invalidità parziale del contratto e l'instaurarsi di un rapporto a tempo indeterminato, alla stregua dei principi generali in materia di nullità parziale" <sup>(31)</sup> .

## **Le novità apportate dal d.l. n. 34 del 2014**

Il *d.l. n. 34 del 2014* <sup>(32)</sup> ha modificato in modo sostanziale e repentino la stessa struttura del mercato del lavoro, ora imperniato sul possibile, sistematico ricorso al libero contratto a tempo determinato, con il solo limite della durata e quello della percentuale massima di

prestatori di opere. Si ricava un invito evidente a rapporti di quattro mesi, con otto possibili proroghe e, quindi, con un succedersi di decisioni incondizionate delle imprese, chiamate a stabilire di volta in volta, in un breve lasso di tempo, se i dipendenti possano continuare a espletare le loro prestazioni. Con l'anticipazione della *l. n. 92 del 2012* (a dire il vero, molto più moderata), il *d.l. n. 34 del 2014* ha messo i datori di lavoro in condizioni invidiabili, poiché hanno raggiunto un enorme potere nell'impostazione della collaborazione. Non solo possono apporre il termine, senza troppi vincoli, ma lo possono fare per periodi brevi, senza l'obbligo di dovere garantire la prosecuzione dell'attività e il pagamento della retribuzione. Di fatto, per un itinerario tortuoso, il nostro diritto è ritornato a una situazione simile a quella anteriore alla *l. n. 604 del 1966*, almeno se si considerano i profili economici e organizzativi.

Vi è da chiedersi come mai la reazione della dottrina e delle associazioni sindacali sia stata tiepida e vi è da domandarsi perché non si sia assistito a contestazioni simili a quelle subite dal decreto n. 276 del 2003, nemmeno paragonabile all'ansia di trasformazione del decreto n. 34 del 2014. Se questo discutibile e pavido atteggiamento dei primi commentari fosse stato causato, anche solo in parte, dalla simpatia per l'attuale maggioranza parlamentare, verrebbe in discussione la stessa credibilità del nostro pensiero giuridico, poiché non potrebbe essere accettata una simile, discutibile conversione verso le ragioni della cosiddetta flessibilità. Vi è da sperare in una rapida redenzione. Oltre tutto, il potere contrattuale delle imprese è riservato ai nuovi assunti e, cioè, ai prestatori di opere ai quali si applicherà per un lungo tempo il modello negoziale del decreto n. 34 del 2014.

Né si comprende per quali ragioni, allo scadere dei trentasei mesi, l'impresa dovrebbe essere tentata di trasformare il rapporto in uno a tempo indeterminato, rinunciando alla comoda possibilità di decidere ogni quattro mesi (più o meno) del destino del lavoratore, in una ovvia sudditanza, senza molti precedenti negli ultimi cinquanta anni di storia del nostro Paese. In fondo, non solo la libera stipulazione, ma anche il numero di proroghe ammesse esprimono una forza dell'impresa che questa non ha avuto più dalla metà degli anni sessanta. Vi è da chiedersi quale sia il ragionamento alla base di una simile trasformazione e non si ricava molto dai commenti degli esponenti della maggioranza parlamentare o dello stesso Governo della Repubblica. Vi è da chiedersi se si abbia consapevolezza per la gravità della modificazione, impressa all'intero mercato nel breve volgere di poche ore, a quanto pare senza un minimo di ponderazione.

Secondo quanto si può intuire, l'idea del Governo è la presenza nel nostro sistema economico di una domanda di lavoro inespressa, nonostante le rilevanti e strutturali difficoltà delle aziende, a causa del loro timore per assunzioni con un minimo di stabilità, persino quella di un rapporto con predeterminazione dei motivi o con una durata più lunga. Il potere di stabilire nel volgere di poche settimane, per nove volte (compresa la stipulazione dell'accordo originario), se la collaborazione possa proseguire, con minimi vincoli, dovrebbe portare all'incremento dell'occupazione, perché questa pretesa domanda inespressa arriverebbe alla luce e si tradurrebbe in coerenti negozi. Vi è da dubitarne, per chi ha sempre pensato che l'incremento del numero dei dipendenti non si possa collegare a soluzioni sui modelli contrattuali, per quanto sperimentali e anche un po' spericolate, come quelle del decreto n. 34 del 2014.

A maggiore ragione, esso non può soddisfare chi dovesse rimanere convinto della scarsa, strutturale perspicuità sia del decreto n. 368 del 2001, sia della *l. n. 92 del 2012* e, se mai, della necessità di fare riferimento al più lineare e chiaro impianto della *l. n. 230 del 1962*, adottata prima della *l. n. 604 del 1966* sui licenziamenti individuali e, quindi, quando, in assenza di clausole limitative diverse dei contratti collettivi, operava ancora il principio della libertà di recesso in un rapporto a tempo indeterminato. Pertanto, nel 1962, esso era talora più conveniente per l'impresa di quello a termine, che, quanto meno, garantiva la stabilità per un periodo prefissato <sup>(33)</sup>. La *l. n. 230 del 1962* circoscrisse i casi di legittima apposizione del termine, prevedendo come il ricorso a tale istituto dovesse essere comunque considerato eccezionale, possibile solo in ipotesi tassative (ampliate da vari interventi normativi adottati fra il 1962 e il 2001, ma sempre con la stessa caratteristica di tassatività). Se non è ora il caso di ricostruire tutti i presupposti di stipulazione del contratto a tempo determinato, per l'abrogazione della *l. n. 230 del 1962* (così che la sua disciplina ha interesse solo storico), giova riportare un equilibrato giudizio sulle sue implicazioni.

Si è detto che "il sistema di tassatività delle ipotesi ammesse (...) scontava quella che è stata mirabilmente definita la "non onniscienza del legislatore", cristallizzando nel tempo le

possibilità di lavoro a termine senza tenere conto delle nuove realtà ed esigenze. Succedeva così che di fronte a delle occasioni di lavoro solo temporanee, ma non ricomprese nell'elenco di cui alla legge del 1962, gli imprenditori si trovavano nell'imbarazzo di dovere scegliere tra il rischio di una assunzione a tempo determinato (col pericolo di subire una stabilizzazione del rapporto difficilmente superabile con il licenziamento) o di una assunzione direttamente a tempo indeterminato, a cui era problematicamente possibile mettere fine col licenziamento una volta terminata l'occasione temporanea di lavoro" <sup>(34)</sup> . Ne è derivata una lunga serie di parziali trasformazioni dei presupposti per la stipulazione, con successivi testi normativi che hanno inciso sui singoli profili, senza sovvertire il quadro di insieme e, dunque, il principio di tassatività delle condizioni abilitative dell'apposizione del termine (v. la *l. n. 266 del 1977* , il *d.l. n. 876 del 1977* , convertito nella *l. n. 18 del 1978* , l' *art. 23 della l. n. 56 del 1987*).

Tale ultima norma consentiva l'inserimento del termine anche "nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale", con la conseguente, rilevante creazione di condizioni di maggiore flessibilità. Oltre alle ipotesi regolate in via espressa e diretta dalla legge, si aggiungevano quelle riconosciute in via contrattuale <sup>(35)</sup> . Si può discutere sul successo della *l. n. 56 del 1987* , dal punto di vista applicativo; l'idea era di giungere a un sostanziale allentamento dei vincoli imposti dalla *l. n. 230 del 1962* , ma con una mediazione delle organizzazioni sindacali e, pertanto, dei contratti, che avrebbero dovuto esplicitare un ruolo di sintesi fra le istanze delle imprese (desiderose di vedere concessi maggiori spazi per la stipulazione a tempo determinato) e le resistenze degli inoccupati, preoccupati di assistere all'accentuazione del precariato.

Poiché, per tradizione, le associazioni sindacali sono più sensibili alle ragioni degli iscritti e, quindi, degli occupati, il controllo sociale immaginato dalla *l. n. 56 del 1987* ha avuto scarso successo, in quanto i contratti sono stati spesso molto inclini ad accettare il punto di vista dei datori di lavoro, in cambio di riconoscimenti patrimoniali a favore dei lavoratori in servizio. In sostanza, di rado le intese sindacali sono state un energico strumento di contenimento della crescente ambizione di assumere dipendenti con varie forme di precariato. Il moltiplicarsi di simili opportunità ha avuto luogo con l'assenso dei contratti, che hanno consentito un uso disinvolto del rapporto a tempo determinato già sulla base dell' *art. 23 della l. n. 56 del 1987*.

Il prezzo di questa scarsa opposizione alle richieste delle imprese e delle loro associazioni è da ritrovare in altre parti degli accordi nazionali, in specie nelle clausole sul trattamento economico degli occupati. Per gli altri, soprattutto negli anni '90, le occasioni di collocazione professionale sono state di tipo precario e la diffusione del lavoro temporaneo e di rapporti a tempo determinato non ha conosciuto limiti efficaci; tali soluzioni hanno caratterizzato la vita di molti giovani, con il consenso e, anzi, con una espressa regolazione da parte dei contratti collettivi. Del resto, la scarsa attenzione per i reali problemi dei giovani è la componente meno nobile e più discutibile della tradizione sindacale dell'ultimo ventennio. Ora, essa si ripropone con una notevole vivacità, poiché il regime contemporaneo è il peggiore per i prestatori di opere a partire dal 1962, così che si può rimpiangere per la ragionevolezza e per la chiarezza la *l. n. 230 del 1962* .

Rispetto a essa, il sistema del decreto n. 34 del 2014 rappresenta un sicuro arretramento, non tanto per la protezione dei prestatori di opere, quanto per il ritorno a una logica di libera stipulazione del contratto, con la connessa, estrema accentuazione del potere negoziale del datore di lavoro, in grado di condizionare le scelte del potenziale dipendente e di metterlo in una condizione di rilevante soggezione psicologica e organizzativa. Tale è stato di chi, esposto a otto proroghe, debba di giorno in giorno conquistare e conservare la perdurante fiducia dell'impresa, per la prosecuzione di una collaborazione con una stabilità di pochi mesi e, quindi, funzionale in massimo grado alle strategie aziendali.

Soprattutto, al momento del raggiungimento dei trentasei mesi, non vi è plausibile ragione, se non una generica stima professionale, per cui il datore di lavoro dovrebbe rinunciare a un simile potere e la trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato diventa poco conveniente, per i prestatori di opere i quali non possano fare valere un loro "sapere fare" e non abbiano competenze settoriali e qualificanti. In carenza di simili contingenze, la stipulazione di un nuovo contratto a tempo determinato, con relative proroghe, con un altro candidato è la soluzione più lineare e proprio questo voleva scoraggiare la *l. n. 230 del 1962* .

Sarebbe bello se si ritornasse a un modello simile, il più semplice e sensato immaginato dal nostro diritto. La soluzione del decreto n. 34 del 2014 crea una condizione di strutturale e poco rimediabile sottoprotezione professionale, con il plausibile degradare verso ambiti di emarginazione sociale.

## **La libera apposizione del termine**

Nel modello del decreto n. 34 del 2014, il termine può essere apposto con libertà e la clausola rientra nell'oggetto di un negoziato, senza disposizioni limitative attente alla singola prestazione, poiché sono conservati presupposti, di ordine negativo, concernenti la condizione complessiva del datore di lavoro, come la percentuale di assunzioni a tempo determinato rispetto all'organico o l'adozione dell'atto di valutazione dei rischi. Sul cuore del problema, la ragione giustificativa del termine, manca l'onere di indicare le motivazioni e, per converso, non esistono più casi tipici e regolati in via generale, come era sulla base della *l. n. 230 del 1962*. Il termine è clausola rimessa alla incondizionata scelta dei contraenti e, pertanto, il rapporto a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono posti sullo stesso piano e sono alternativi.

Il problema non è solo statistico, ma è teorico, perché, se è scontato l'enorme proliferare di questi contratti nel futuro immediato e, a maggiore ragione, nel medio periodo, il punto rilevante è la parificazione fra i due modelli e il deferimento dell'opzione all'autonomia contrattuale, senza vincoli oggettivi, a dire il vero con scarsa coerenza rispetto alle indicazioni non tanto della direttiva comunitaria, quanto dell'accordo quadro.

Come è noto, il decreto n. 368 del 2001 è stato il frutto del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva comunitaria n. 77 del 1999, la quale, a sua volta, ha alla sua base l'accordo quadro europeo del 18 marzo 1999. Si è discusso a lungo sulla natura di tale intesa e sulle sue implicazioni in ordine all'interpretazione delle indicazioni della direttiva <sup>(36)</sup>, affinché sia stabilito se l'accordo e la direttiva confermano la priorità del contratto a tempo indeterminato rispetto a quello a tempo determinato, come sancito da una nota sentenza della Corte di Giustizia, per cui "nell'accordo quadro del 18 marzo 1999 il beneficio della stabilità dell'occupazione costituisce un "elemento portante della tutela dei lavoratori"" <sup>(37)</sup>. Il principio è di notevole importanza e la direttiva pone un divieto di peggioramento del trattamento da parte del legislatore nazionale <sup>(38)</sup>.

In questo contesto, la difesa del decreto n. 34 del 2014 non si annuncia facile per lo Stato italiano, se la nota e scarsa sensibilità della Corte di giustizia per i temi sociali consentirà a essa una valutazione piana e oggettiva dell'evidente discrasia dello stesso decreto rispetto all'accordo quadro europeo <sup>(39)</sup>, non tanto a proposito della clausola cinque (che attiene alla successione dei rapporti), quanto con riguardo al senso complessivo dell'accordo quadro, il quale resta ancorato a una visione (peraltro del tutto coerente con il buon senso) della priorità del rapporto a tempo indeterminato.

A prescindere dalla modificazione contestuale dell' *art. 20 del d.lgs. n. 276 del 2003*, il cambiamento apportato all'art. 1 del decreto n. 368 del 2001 fa perdere il senso di una effettiva priorità sistematica del contratto a tempo indeterminato, nonostante il comma 01 dello stesso art. 1, poiché questo ultimo rappresenta una sorta di vestigia del passato; piuttosto, vi è da chiedersi quanto la Corte di giustizia abbia desiderio di interferire con una scelta del Governo italiano che lo stesso considera strategia e propone come una linea strutturale delle sue manovre di trasformazione del mercato del lavoro. Da tale disponibilità della Corte di giustizia dipende la persistenza nel lungo periodo di un criterio in sé non persuasivo come quello dell'art. 1 del decreto n. 34 del 2014.

## **Il numero complessivo di rapporti a tempo determinato**

Per l'art. 10 del decreto n. 368 del 2001, spetta ai contratti collettivi la "individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 1, primo comma"; tale compito è affidato "ai contratti nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi", fermo il

criterio del nuovo art. 1, comma 1, per cui "il numero complessivo di rapporti di lavoro costituiti da ciascun datore di lavoro (...) non può eccedere il limite del venti per cento dell'organico complessivo". I due limiti, quello legale e quello di matrice contrattuale, si sommano, così che il datore di lavoro li deve rispettare entrambi, se diversi, e comunque deve osservare quello più rigoroso.

Per quanto attiene all'art. 1, comma 1, maggiore precisione nell'impostazione della disposizione non sarebbe stata disprezzabile, se si considera che non si precisa se il limite sia da identificare al momento della stipulazione del contratto o lungo tutto il corso del suo svolgersi; la prima soluzione si fa preferire, poiché non si vede come il datore di lavoro si potrebbe sottrarre al rispetto del termine in caso di diminuzione dell'organico, per licenziamento, dimissioni o un trasferimento di un ramo di azienda. Nelle strutture più articolate è difficile dare la prova del rispetto del limite percentuale e l'onere incombe sull'impresa. Peraltro, a tale fine è inevitabile tenere in considerazione in giudizio documenti di origine aziendale, come il libro unico del lavoro, almeno in carenza di specifiche e motivate contestazioni del lavoratore, anche perché non si vede che altro dovrebbe o potrebbe fare il datore di lavoro.

L'art. 10, comma 7, propone un elenco di negozi per i quali non possono essere inserite limitazioni quantitative, con la conseguente impossibilità dei contratti collettivi di ridurre i casi di legittima stipulazione; lo stesso principio si applica anche alla previsione dell'art. 1, comma 1. Quindi, residua un evidente interesse del datore di lavoro a specificare nell'accordo e, se del caso, a dimostrare in giudizio le ragioni giustificative del termine <sup>(40)</sup>, poiché, per esempio, se esso è funzionale alla sostituzione di un dipendente assente, non operano i limiti, né di carattere legale, né di matrice convenzionale. A tale fine, la motivazione deve essere precisata nel negozio, ma, se poi si rivelasse insussistente, il termine non sarebbe da considerare invalido, poiché non sussiste più un collegamento prescrittivo fra le ragioni oggettivi e la legittimità del termine stesso.

Il potere degli accordi sindacali di introdurre limiti numerici ulteriori alla stipulazione di contratti a tempo determinato crea un notevole spazio di azione ai soggetti sindacali <sup>(41)</sup>; non a caso, si ritiene che "i limiti quantitativi costituiscano, al pari della forma scritta e della giustificazione, un elemento essenziale della fattispecie ammissiva del termine, con la conseguenza che se i contratti collettivi non provvedono ad individuare il limite quantitativo non è consentita la stipula di contratti a termine, salvo quelli esentati dal limite stesso e quelli esclusi dalla disciplina del decreto del 2001" <sup>(42)</sup>.

Si discute sulle conseguenze del mancato rispetto dei limiti numerici previsti per le assunzioni a tempo determinato e, se per le tesi maggioritarie si propende per la conversione in un rapporto a tempo indeterminato <sup>(43)</sup>, in altri casi si contesta questa possibile soluzione <sup>(44)</sup> e si sostiene che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., il datore di lavoro potrebbe provare che, senza il termine, non avrebbe stipulato l'intero negozio. La tesi più rigorosa è preferibile, poiché, ancora una volta, il rispetto dei limiti è condizione di validità del termine e, cioè, della clausola sulla durata sul rapporto e, se tale pattuizione è travolta, opera il principio generale, in forza del quale il rapporto è a tempo indeterminato.

Sul piano della regolazione della complessa fase transitoria aperta dal decreto n. 34 del 2014, il silenzio del testo normativo lascia sorpresi. Non sarebbe stato necessaria molta preveggenza per immaginare i tanti dubbi che ora tormentano i primi interpreti. In primo luogo, ci si deve chiedere se i contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del nuovo decreto possano subire le otto proroghe promesse o minacciate e, quindi, se la regolazione innovativa interferisca con i rapporti precedenti. Con la cautela del caso, la risposta può essere negativa. Nonostante riprenda spunti presenti nel nostro ordinamento a partire dalla l. n. 92 del 2012, il decreto n. 34 del 2014 comporta il passaggio a un nuovo contesto regolativo, con una innovazione profonda ed estesa, sull'intero sistema delle assunzioni a tempo determinato. Quindi, è preferibile pensare all'attuazione della relativa disciplina solo a proposito degli accordi successivi al decreto, con la conservazione del regime precedente per le collaborazioni cominciate in precedenza, quindi con l'osservanza del modello seguito in ordine al raccordo fra il tradizionale art. 18 St. lav. e la l. n. 92 del 2012.

Più complesso è stabilire che cosa dovrebbe accadere dei negozi conclusi con un richiamo ai

motivi di giustificazione del termine in presenza di condizioni che avrebbero garantito la libera stipulazione. La questione si è posta dopo la *l. n. 92 del 2012*, per errate valutazioni di chi ha steso il testo o per una mancata percezione dei profili di trasformazione della normativa, comunque, con ogni probabilità, per una scarsa preveggenza del datore di lavoro, in grado di imporre le sue decisioni, quasi sempre. Fino al decreto n. 34 del 2014, poiché rimanevano due modelli, quello del termine sorretto da idoneo motivo e quello della libera stipulazione, era difficile affermare che il termine potesse essere considerato valido sulla base della *l. n. 92 del 2012* anche se erano richiamate le ragioni e, poi, queste erano scritte in modo impreciso o esse non esistevano. Chi optava per sottoporre il contratto al regime più rigoroso e decideva di fornire e di dimostrare i motivi, doveva poi adempiere a tali oneri, salva la nullità del termine, anche se in astratto si sarebbe potuto prescindere, per il sussistere dei presupposti per il negozio libero, di fatto non concluso.

Ora, la situazione è opposta. A fronte dell'abrogazione della disposizione chiamata a collegare l'apposizione del termine a motivi coerenti, non ha rilievo ai fini della validità della clausola accessoria la loro identificazione, proprio perché essi non sono necessari e l'eventuale comparsa di una descrizione è una affermazione priva di incidenza. In questo senso, con il completo sovvertimento del regime preesistente, la stipulazione a tempo determinato è diventata libera in modo pieno, con il rinvio esclusivo alle concordi manifestazioni di volontà, così che l'inserimento di un termine non ha più impatto sulla legittimità del termine. La fase transitoria aperta nel 2012 con la coesistenza di due modelli si è conclusa e resta solo il contratto libero, senza che la motivazione possa essere correlata alla validità del termine.

### **L'attuale regolazione della forma contrattuale e la proroga**

Come in precedenza, per l' *art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368 del 2001*, "l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta (...) da atto scritto", con un principio dall'evidente valore garantistico, volto a tutelare il prestatore di opere, con la necessaria stipulazione in modo formale. Peraltro, per l'art. 1, comma 3, copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al dipendente e il documento non è necessario quando la durata del rapporto "puramente occasionale", non sia superiore a dodici giorni (art. 1, comma 4). Inoltre, per l'art. 1, comma 2, il termine deve emergere dal negozio "direttamente o indirettamente". Il documento deve essere consegnato entro cinque giorni.

Il contratto non deve più chiarire le ragioni giustificative, che non rilevano ai fini della validità della clausola; se, però, esse sono invocate per ragioni contributive o per eludere il vincolo della percentuale fra dipendenti a tempo determinato o indeterminato, devono essere menzionate nell'accordo. Anche ora, il contratto deve essere stipulato in modo anteriore o contestuale <sup>(45)</sup> alla costituzione del rapporto, con la conseguente nullità del termine inserito in seguito <sup>(46)</sup>. Al momento della stipulazione, e non dopo, devono essere determinate le ragioni <sup>(47)</sup>. La violazione delle norme di natura formale comporta l'illegittimità del termine, con il conseguente diritto del prestatore di opere al ripristino del rapporto <sup>(48)</sup>. Ci si chiede che cosa abbia inteso il decreto n. 368 del 2001 dicendo che l'apposizione del termine potrebbe risultare in modo indiretto da un atto scritto, e se ciò significhi che sarebbe sufficiente un documento non sottoscritto od una comunicazione inviata alle strutture di collocamento. Simili atti sono irrilevanti, poiché non hanno natura negoziale <sup>(49)</sup>.

L'espressione del decreto n. 368 del 2001, che fa riferimento a risultanze "indirette", è alquanto oscura, poiché non è facile comprendere quale fosse l'obiettivo del legislatore e che cosa sottintendesse. In primo luogo, si nega che tale alleggerimento possa comportare l'accettazione di testi a natura non negoziale (e, dunque, non sottoscritti ed accettati dal prestatore di opere) od indirizzati a soggetti diversi dalle parti <sup>(50)</sup>, come comunicazioni alle competenti strutture di collocamento.

Se mai, in ipotesi a dire il vero poco rilevanti sul versante applicativo, potrebbe essere considerato sufficiente uno scambio di corrispondenza. Il decreto n. 368 del 2001 "non pare innovare sul punto per il quale il termine deve risultare (pure indirettamente) dall'atto scritto e una tutela elementare per il lavoratore impone che la riduzione del suo rapporto di lavoro a un determinato (...) periodo di tempo gli deve risultare con estrema chiarezza e deve essere da

lui consapevolmente accettata" <sup>(51)</sup> . Il termine deve risultare da un contratto e, pertanto, da un documento nel quale si estrinsechi un negozio.

Nonostante il punto possa essere discusso, restano legittimi negozi che fissino il termine in un momento certo nell' *an*, ma incerto sul *quando* (la fine della malattia, della gravidanza o del puerperio) <sup>(52)</sup> , cioè con riguardo a un evento di sicura verifica, senza la specificazione della data (la fine della malattia, della gravidanza o del puerperio, per fare un esempio). Anzi, l'identificazione del termine deve essere espressa, poiché l'art. 1, comma 2, del decreto n. 368 del 2001 ha una finalità garantistica, che "sta nella responsabilizzazione del consenso e nell'acquisizione di elementi di certezza circa la natura del vincolo da instaurare" <sup>(53)</sup> .

Pertanto, "sul fatto che le parti abbiano voluto porre un termine al contratto ci debba essere assoluta certezza" <sup>(54)</sup> e, se mai, si può solo pensare che il riferimento "indiretto" a un documento contenuto nell'art. 1 del decreto n. 368 del 2001 possa agevolare il ricorso alla prova per testi, con "una sola autentica novità, e cioè la possibilità per il datore di lavoro, convenuto in giudizio dal lavoratore che neghi l'esistenza di un termine (...), di allegare e provare di essere nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta" <sup>(55)</sup> . Sebbene l'accordo a tempo determinato possa essere consegnato entro cinque giorni dall'inizio della prestazione, esso deve essere stipulato prima che cominci la collaborazione <sup>(56)</sup> . La violazione delle norme sulla forma del termine comporta l'inefficacia del termine stesso, con la conseguente necessità di identificare un negozio a tempo indeterminato <sup>(57)</sup> .

Come era in precedenza, la proroga del contratto a tempo determinato presuppone un accordo fra l'impresa ed il prestatore di opere <sup>(58)</sup> . Si riteneva che non occorresse la forma scritta <sup>(59)</sup> , poiché così si ricostruivano le conseguenze della mancata previsione espressa sulla forma. Dopo il 2001, poiché la situazione è invariata (ed è alquanto singolare che il legislatore non abbia avvertito l'opportunità di intervenire in via espressa), la dottrina ha confermato la fondatezza della tesi alla quale si era pervenuti, per le medesime ragioni <sup>(60)</sup> . La proroga non doveva essere conclusa prima della scadenza dell'originario rapporto, poiché "può essere espressa anche nel corso del termine di venti o trenta giorni dopo la scadenza del termine iniziale, e cioè nel periodo in cui, in virtù dei commi primo e secondo dell'art. 5 del decreto (...), la prosecuzione del rapporto oltre il termine finale non comporta la conversione del rapporto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato" <sup>(61)</sup> . Però, "viola l'art. 4 del decreto n. 368 del 2001, che vieta più di una proroga, il comportamento di chi stipula con il lavoratore già assunto a tempo determinato un successivo contratto della stessa natura, nella costanza del rapporto precedente, ancorché il secondo contratto abbia una decorrenza da data posteriore alla cessazione del primo rapporto tale da rispettare nella forma l'intervallo minimo di tempo che deve intercorrere fra un rapporto ed il successivo" <sup>(62)</sup> .

Se il decreto n. 368 del 2001 aveva confermato principi noti nello stabilire che la proroga poteva avere luogo una sola volta <sup>(63)</sup> , l'art. 4 dello stesso decreto n. 368 del 2001 aveva fatto riferimento a motivi oggettivi, con un limite massimo di tre anni del rapporto prorogato. Il rapporto iniziale e quello derivante dalla proroga dovevano rimanere nel termine complessivo di tre anni, ai sensi dell'art. 4 del decreto n. 368 del 2001 e a prescindere dalle novità della *l. n. 247 del 2007* <sup>(64)</sup> . Non vi è ragione per modificare tali conclusioni ora che le proroghe sono diventate otto, perché, a tacere della singolarità di tale principio e della sua gravità per le condizioni di vita dei dipendenti, non solo le disposizioni relative non sono state toccate, ma non vi sono motivazioni di ordine sistematico per una diversa configurazione dell'istituto. Ne è snaturata la funzione, ma la struttura rimane identica.

Si è detto che "la proroga è legittima se vi è identità dell'attività rispetto a quella per la quale il contratto è stato stipulato" <sup>(65)</sup> e, superata ogni questione sui motivi, non più necessari, il criterio rimane attuale. Sebbene siano state espresse idee assai estensive sulla proroga, vista in qualche modo come uno sviluppo ordinario e non eccezionale dell'originario rapporto <sup>(66)</sup> , anche rispetto ad errori di previsione del datore di lavoro <sup>(67)</sup> , l'attività deve essere la stessa nel rapporto iniziale e in quello successivo e, in fondo, questa è l'unica del prestatore di opere. Se mai, nonostante il decreto n. 34 del 2014 non dica nulla di chiaro in merito, al momento di ciascuna proroga deve essere rispettato il limite percentuale rispetto all'organico complessivo. In fondo, la proroga è una nuova manifestazione di volontà volta alla

stipulazione di un contratto a termine e i pochi limiti residui devono essere osservati.

-----

(1) V. Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di A. Garilli -M. Napoli, Torino, 2003, 51 ss.

(2) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, ed. II, t. II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, vol. II, Milano, 2007, 1233 ss.

(3) Invece, nel senso della piena alternatività fra il rapporto a tempo determinato e quello a tempo indeterminato, v. Arrigo, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, vol. II, Milano, 2001, 295 ss.; Lambertucci, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 522 ss.; Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva n. 99 / 70 / CE sul lavoro a tempo determinato: profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, Milano, 2002, 49 ss.

(4) Cfr. De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei Paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, V, 2002, 95 ss.; Lazzari, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 40 ss.; Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di A. Garilli-M. Napoli, Torino, 2003, 12 ss.

(5) V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2001, 380 ss.; Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, I, 2002, 32 ss.; Piccinini, *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 197 ss.; Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro di Pesaro-Urbino del 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 90 ss.; Proia, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, in Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 164 ss.

(6) Sul fatto che il carattere temporaneo del problema organizzativo deve sussistere al momento dell'assunzione, fermo il fatto che la temporaneità può venire meno nel corso del rapporto, v. Proia, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, loc. cit., 165 ss.

(7) V. Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, loc. cit. , 32 ss.; Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, loc. cit. , 56 ss.; Viscomi, *Intervento*, in Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 221 ss.

(8) V. Montuschi, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2003, 49 ss.

(9) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1258 ss.; Vallebona-Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, 22 ss.; Marinelli, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di A. Garilli-M. Napoli, Torino, 2003, 83 ss.

(10) V. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Giur. it. Rep.*, 2008. Cfr. anche App. Milano 17 settembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 197; Trib. Milano 30 ottobre 2007, *ibid.*, 2008, 531.

(11) V. App. Milano 9 gennaio 2006, in questa *Rivista*, 2006, 823, secondo cui "il passaggio da un sistema di casi indicati in via tassativa e di clausole autorizzatorie da parte dei contraenti collettivi alla liberalizzazione della casistica e alla scelta unilaterale del datore di lavoro non è sufficiente ad escludere il carattere di eccezionalità dell'apposizione del termine rispetto ai contratti a tempo indeterminato che continuano a costituire la forma ordinaria e normale del

rapporto di lavoro. Ne consegue che non è venuto meno l'impianto che, per tradizione, regola i rapporti di lavoro e, quindi, la necessità di un ancoraggio dell'apposizione del termine alla reale esistenza di specifiche esigenze temporanee".

(12) V. App. Milano 25 ottobre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 710.

(13) V. Trib. Milano 9 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1260, sul fatto che, al momento del rientro in servizio di una lavoratrice assente per maternità, deve cessare anche il rapporto di lavoro a tempo determinato costituito su tali basi.

(14) V. Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 665.

(15) Sulla rilevanza del cosiddetto nesso di causalità fra le motivazioni indicate e l'attività del lavoratore assunto a tempo determinato, v. Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 260. La necessità di provare il cosiddetto nesso di causalità sussiste anche qualora l'assunzione abbia avuto luogo in presenza di una effettiva e notoria intensificazione stagionale dell'attività; v. App. Milano 9 dicembre 2003, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, 78; Trib. Milano 13 novembre 2003, *ibid.*, 2003, 937.

(16) V. Trib. Firenze 30 dicembre 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 422, sul fatto che è illegittimo il contratto stipulato dal datore di lavoro che aveva adottato, a giustificazione dell'apposizione del termine, le esigenze determinate dalla gestione degli adempimenti dell'Ici, senza che sia stata la prova della specifica inerenza delle mansioni del lavoratore assunto a tempo determinato agli adempimenti in tema di Ici.

(17) Sulla legittimità dell'assunzione a termine determinato destinata alla sostituzione di lavoratori in ferie, v. Trib. Cagliari 18 gennaio 2007, in *Riv. giur. sarda*, 2007, 531.

(18) V. Trib. Milano 25 novembre 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 152.

(19) Cfr. App. Bari 20 luglio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 758.

(20) V. Trib. Milano 18 luglio 2003, ord., in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 937.

(21) Invece, v. Ciucciovino, *Commento all'art. 1*, in Aa. Vv., *Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368. Commentario*, a cura di G. Santoro Passarelli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 30 ss.

(22) V. Trib. Milano 30 ottobre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 425.

(23) Cfr. Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, 49.

(24) V. M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, a cura di F. Galgano, Padova, 2005, 74 ss.

(25) V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 226 ss., il quale, a ragione, fa leva anche sull'univoco tenore letterale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

(26) V. Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, 547 ss.

(27) V. Balestrieri, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato* (decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368), in *Arg. dir. lav.*, 2002, 159 ss.

(28) V. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, V, 39 ss.

(29) Invece, v. Bianchi D'Urso-Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 12 ss.

(30) V. Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in questa *Rivista*, 2001, 919 ss.

(31) V. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Giur. it. Rep.*, 2008.

(32) Sul tema v. Miscione, *"Jobs Act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in questa *Rivista*, 2014, 305 ss.

(33) Sulle ragioni per cui, anche prima del 1966, il contratto di lavoro a tempo determinato poteva essere più conveniente per il datore di lavoro di quello a tempo indeterminato, nonostante l'inesistenza di una disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, v. Pera, *La strana storia dell'attuazione della direttiva Ce sui contratti a termine*, in questa *Rivista*, 2001, 305 ss.; Menghini, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta*, Milano, 1980, 40 ss.

(34) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 127 ss.

(35) V. Bollani, *Lavoro a termine e autonomia collettiva*, in *Quad. dir. lav. e rel. ind.*, n. 23, 2000, 157 ss.

(36) Cfr. De Luca, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei Paesi dell'Unione europea*, loc. cit., 95 ss.

(37) V. Corte di giustizia 22 novembre 2005, causa C-144 del 2004, *Mangold*, in *Guida dir.*, 2006, fasc. 1, 61.

(38) Però, v. Corte giustizia, sez. VI, 22 giugno 2011, n. 161, in *Foro it.*, 2012, 3, 4, 155, per cui "l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, non ha lo scopo di armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato, mirando soltanto a stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori e a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, di guisa che la Corte di giustizia è manifestamente incompetente a risolvere, perché non soggette al diritto dell'Unione, per un verso, le questioni concernenti le eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato e, per altro verso, le questioni concernenti la necessità di giustificare il primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato".

(39) Vi si legge: "considerando che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento; considerando che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi; considerando che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atta a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori".

(40) E ciò si aggiunge all'interesse di ordine previdenziale, in ordine al contenimento dei contributi dovuti.

(41) V. Romeo, *I limiti percentuali di lavoratori a termine rispetto al numero di lavoratori con contratto a tempo indeterminato ed i casi di esclusione*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, Milano, 2002, 186 ss.

(42) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1269 ss.; cfr. Altavilla, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano, 2001, 251 ss.; Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro termine*, in Aa. Vv., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, a cura di A. Garilli-M. Napoli, Torino, 2003, 93 ss.

(43) Cfr. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro termine*, loc. cit., 97 ss.

(44) V. Romeo, *I limiti percentuali di lavoratori a termine rispetto al numero di lavoratori con contratto a tempo indeterminato ed i casi di esclusione*, loc. cit., 194 ss.

- (45) Cfr. Trib. Salerno 7 maggio 2003, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 36.
- (46) V. Trib. Milano 2 marzo 2005, in *Guida dir.*, 2005, 80.
- (47) Cfr. Vallebona-Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 21 ss.; De Luna, *La forma del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Aa. Vv., *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*, a cura di G. Perone, Torino, 2002, 57 ss.; Lunardon, *I requisiti formali*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, Milano, 2002, 68 ss.
- (48) V. Trib. Monza 18 gennaio 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, 152.
- (49) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1253 ss.; Lunardon, *I requisiti formali*, loc. cit., 71 ss.; De Luna, *La forma del contratto di lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 55 ss.
- (50) In senso opposto, v. Centofanti, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 921 ss., che rafforza l'importanza della "indiretta" determinazione per atto scritto del termine.
- (51) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1253 ss.
- (52) Cfr. Lunardon, *I requisiti formali*, loc. cit., 711 ss.
- (53) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1254 ss.
- (54) V.: Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1254 ss.
- (55) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1254 ss.. Cfr. De Angelis, *Su aspetti formali del contratto a termine*, nota a Trib. Milano 21 giugno 2002, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 768 ss.
- (56) Cfr. Vallebona-Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 20 ss.; De Angelis, *Su aspetti formali del contratto a termine*, loc. cit., 772 ss.; Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1255; nel senso per cui, entro il termine di cinque giorni, non sarebbe possibile solo la consegna del documento, ma anche la formazione del negozio, v. Lunardon, *I requisiti formali*, loc. cit., 73 ss.
- (57) V. Vallebona-Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 23 ss.; Papaleoni, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 371 ss.; G. Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, 181 ss.
- (58) Prima del *d.lgs. n. 368 del 2001*, sulla necessità del consenso del prestatore di opere, v. Cass. 22 febbraio 1988, n. 1862, in *Giur. it. Rep.*, 1988.
- (59) Cfr. Cass. 3 luglio 1990, n. 6796, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 2840; Cass. 2 giugno 1990, n. 5184, in *Giur. it. Rep.*, 1990; Cass. 28 maggio 1990, n. 4939, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 2756; Cass. 23 novembre 1988, n. 6305, in *Mass. giur. lav.*, 1989, 28; in senso opposto, Trib. Milano 27 settembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 99.
- (60) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1272 ss.; Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, loc. cit., 402 ss; Mattarolo, *La disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, Milano, 2002, 112 ss.
- (61) V.: Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1273 ss.
- (62) V. Trib. Milano 30 giugno 2006, in questa *Rivista*, 2007, 93.
- (63) Cfr. Mattarolo, *La disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, loc. cit.,

114 ss.

(64) V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, loc. cit., 400 ss.

(65) Cfr. *Cass. 16 aprile 2008, n. 9993*, in *Giur. it. Rep.*, 2008.

(66) V. Bianchi D'Urso-Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, loc. cit., 126 ss.

(67) V. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, loc. cit., 1274 ss., per cui una volta che "sia limitata nel tempo la ragione che ha giustificato l'apposizione del termine iniziale e che tale ragioni permanga, sempre limitata nel tempo, anche dopo la scadenza del contratto, non mi pare che possa comportare l'illegittimità della proroga la merce circostanza che questa ultima sia dovuta solo ad un errore di previsione del datore di lavoro, indotto a stipulare un contratto iniziale troppo breve rispetto alle esigenze temporanee poi manifestatesi più lunghe nel tempo".