

Jobs Act

La nuova politica del lavoro: contratto a termine e somministrazione

a cura di Franco Carinci e Gaetano Zilio Grandi (*)

Modifiche al contratto a termine

La riforma del 2014 ha modificato in profondità la disciplina del contratto a termine, che viene oggi ad essere sottoposta ad un modello ben diverso rispetto alla ormai abbandonata tecnica normativa per clausole generali (o, secondo altro intendimento, per norme generali) quali fondative di limiti all'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato (1).

Scompaiono infatti nel nuovo testo del D.Lgs. n. 368/2001 le «ragioni tecniche, organizzative, produttive nonché sostitutive» sulle quali era maturata la riflessio-

ne dottrinarie e giurisprudenziale per individuare il rapporto fra regola (contratto a tempo indeterminato) e deroga o eccezione (contratto a tempo determinato).

Il salto compiuto dal legislatore è davvero inedito e non può neanche rappresentarsi come una semplice progressione normativa rispetto all'introduzione del c.d. contratto a-causale voluto dalla legge n. 92/2012 (c.d. riforma Monti Fornero) con gli ampliamenti introdotti dal D.L. n. 76/2013 (c.d. decreto Giovannini), convertito dalla legge n. 99/2013.

Qui non si tratta più di un regime eccezionale edificato sulle fondamenta della regola generale (2), un regime

(*) Il commento al D.L. n. 34/2014 è articolato in tre parti di cui il presente inserto costituisce la seconda. La prima parte è stata pubblicata nel n. 43 e la terza parte sarà pubblicata nel n. 45 della *Rivista*.

In particolare, il contributo di V. Fili, *Modifiche al contratto di somministrazione*, pubblicato nel presente inserto, si inserisce nel contesto di una ricerca realizzata per l'unità locale dell'Università degli Studi di Udine nell'ambito del progetto PRIN (2010-2011), *LEGAL_frame_WORK. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione*, responsabile dell'unità locale: M. Brollo; coordinatrice scientifica: D. Gottardi (Università di Verona).

(1) La riflessione dottrinale è già in corso e si rivela già ricca di approfondite prime analisi che lasciano intuire un quadro ricostruttivo estremamente complesso e articolato: F. Carinci, *Il diritto del lavoro che verrà (In occasione del congedo accademico di un amico)*, relazione tenuta al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, 11-12 aprile 2014, Torino, di prossima pubblicazione in *ADL*; L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, di prossima pubblicazione in *ADL*; G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in corso di pubblicazione in *ADL*; G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 220; E. Gragnoli, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 434 ss.; V. De Michele, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale ... a termine*, di prossima pubblicazione in *LG*,

2014; *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper Adapt, 2014, n. 153; M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press, 2014, 1 ss.; B. Caruso, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il "contratto ad affidamento crescente"*, in *nelMerito.com*, 12 maggio 2014; M. Miscione, *"Jobs Act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *LG*, 2014, n. 4, 305; M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, relazione presentata al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit.; M. Magnani, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212; M. De Luca, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs act e dintorni)*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 217; L. Zoppoli, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 213.

(2) Il "vecchio" art. 1, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 368/2001, abrogato dalla riforma del 2014, che nella sua breve esistenza ha provato anche il brivido 'integrativo', era così formulato: «Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto: a) nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga,

Inserto

eccettivo che peraltro non ha avuto neanche la sorte di essere effettivamente sperimentato.

Il contratto a-causale, nella versione risultante dall'annata 2013, aveva forse coltivato l'ambizione di ricostruire un rapporto fra legge ed autonomia collettiva, che trovava il proprio antecedente logico necessario nell'art. 23, legge n. 56/1987. Come si ricorderà, era stato il D.Lgs. n. 368/2001, già dalla prima delle sue molte successive versioni, a mettere la parola fine sulla flessibilità negoziata in tema di contratto a tempo determinato - una flessibilità, secondo molti, feconda ed adattiva sulla quale l'autonomia collettiva aveva saputo esprimersi con ricchezza di contenuti - e a proporre il miraggio di una falsa liberalizzazione, ponendo le premesse per un contenzioso da record che, nelle prime fasi, ha sorpreso quegli operatori che avevano salutato con entusiasmo la libertà di assumere a termine, una libertà proclamata a gran voce dal legislatore, una voce stentorea che è andata affievolendosi in prossimità delle aule di giustizia (3).

Ma poiché non è questa la sede dei bilanci, occorre prendere atto che la riforma del 2014 mostra una sostanziale indifferenza rispetto alle funzioni regolative dell'autonomia collettiva, indifferenza che si rivela un'arma a doppio taglio quando diventa sottovalutazione del peso che questa riveste nella lunga esperienza delle relazioni sindacali italiane anche sul tema del contratto a termine. Qui ovviamente non si allude alla questione politica in senso generale, all'abbandono o meno del metodo concertativo, ma al problema dell'intreccio delle fonti (e, dunque, al problema dei problemi, direbbe Giuseppe Pera) e alla rilevanza che quell'intreccio assume per risolvere questioni concrete sul versante dell'applicazione che, non è mai inutile ricordare, è cosa diversa dall'interpretazione.

Se dunque l'autonomia collettiva è la grande assente, la grande esclusa dal nuovo progetto riformatore (forse, per parafrasare Gino Giugni, il sindacato non è più un interlocutore?), se il modello regolativo flessibile è destinato ad inverarsi in una prospettiva strettamente individuale, non si vede come ciò possa portare a trascurare che il contratto collettivo è iscritto nel Dna del contratto a termine, secondo una articolazione complessa che sfugge anche al più esperto dei giuristi del lavoro. Se dunque un rapporto di lavoro a termine nel settore del commercio ha una disciplina ben diversa (es: limiti quantitativi, esenzioni da tali limiti, specifiche ipotesi legittimanti l'apposizione del termine, diritto di precedenza) da un analogo rapporto nel settore dei metalmecc-

canici - e questo richiede al giurista del lavoro l'umiltà dell'osservazione e la capacità di cogliere le differenze di contesto, che non sono un "male" proprio perché rispondono a razionali input organizzativi - ciò non è dovuto ad un "capriccio" del "sindacato" ma ad esigenze regolative specifiche che sono il frutto di una lunga esperienza di contrattazione. Su questo versante ha senza dubbio individuato un delicato problema di raccordo la dottrina che ha esaminato i contratti collettivi nei quali permangono discipline che prevedono un regime autorizzatorio di natura causale all'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato (4).

Ritornando adesso al punto nodale della riforma, occorre rimarcare che *l'eccezione - il contratto a termine senza necessità di indicazione della ragione legittimante - diviene la regola generale* al punto che la stessa espressione contratto a-causale - peraltro certamente a-tecnica - non ha più ragione d'essere utilizzata, quanto meno nell'*hortus conclusus* del modello legale che, probabilmente, intende guardare protetto da una siepe (5) e a dovuta distanza le manifestazioni dell'autonomia collettiva.

Secondo il nuovo testo dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001, *l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato non presuppone più alcun fondamento giustificativo e il legittimo ricorso a tale tipologia contrattuale viene ad essere sottoposto a limiti di natura solo quantitativa e temporale.*

Limiti siffatti in realtà erano presenti già nel quadro previgente ma oggi, come si vedrà, decisamente rimaneggiati dalla riforma del 2014, assumono un significato ben diverso rispetto al passato.

Non v'è dubbio infatti che la durata massima del rapporto di lavoro a termine, i limiti alle proroghe (nel numero di una) e il limite percentuale di assunzioni a termine operassero, secondo uno schema composito, in funzione di contenimento del ricorso al lavoro a tempo determinato nel vigore del D.Lgs. n. 368/2001 già prima della riforma del 2014.

Molteplici implicazioni connesse al meccanismo di funzionamento dei confini temporali e quantitativi del contratto a termine erano oggetto di una riflessione dottrina parallela e apparentemente minore (6) rispetto a quella, centrale, concernente il limite qualitativo del c.d. causalone, espressione, quest'ultima, decisamente colorita, quasi provocatoria, che evoca un linguaggio, si direbbe, da immediatezza concettuale.

Oggi, rimosso il profilo delle ragioni fondative, l'intera regolazione del termine, quale elemento accidentale del

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 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».

(3) Sull'evoluzione della disciplina del contratto a termine e sulla 'strana storia' che porta al D.Lgs. n. 368/2001 si veda L. Menghini, *L'apposizione del termine*, in M. Martone (a cura di),

Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo I. Contratto e rapporto di lavoro, Cedam, 2012, 239 ss.

(4) *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, cit., 7 ss.

(5) Rubo l'immagine a F. Carinci, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in DRI, 2013, n. 4, 899 ss., e alla citazione contenuta nell'*incipit* del saggio secondo cui il buio oltre la siepe è «ciò che è sconosciuto pur essendo vicino».

(6) L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

contratto di lavoro subordinato, viene a ruotare intorno ai suddetti limiti.

Il futuro - ed anche il presente - della riforma del 2014 è strettamente legato alla chiave di lettura che sarà offerta delle limitazioni quantitativo-temporali poste per la legittima stipulazione del contratto a termine.

Il nuovo modello normativo si trova infatti collocato al momento in una strettoia.

Da un lato vi è la finalità di una riforma che si proclama «sperimentale» e che proietta se stessa nella «perdurante crisi occupazionale» e nella «incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare» (art. 1, comma 1, D.L. n. 34/2014, come risultante dal testo di conversione in legge).

La drammaticità innegabile delle suddette enunciazioni muove dal presupposto che, intervenendo sulla leva del contratto a termine, si possano incrementare i livelli occupazionali pur se in via temporanea: il tratto emergenziale della disciplina dunque esprime l'auspicio (da ciò la "sperimentazione") che, almeno mediante le nuove assunzioni a tempo determinato, si possa invertire il dato inquietante della disoccupazione in Italia; è, secondo il legislatore, l'incertezza del quadro economico una, se non l'unica, causa della disoccupazione: da qui la scelta di incentivare le imprese (ed è da ritenere anche i datori di lavoro non imprenditori) ad assumere a termine secondo un modello che assecondi la massima duttilità organizzativa determinata dall'instabilità del quadro economico.

Dall'altro vi sono i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea e in particolare dalla direttiva 1999/70/Ce: sul punto deve rimarcarsi che la dottrina, nei primi commenti, sta esprimendo forti perplessità sulla compatibilità della nuova disciplina con la direttiva sopra citata (7).

È cruciale dunque comprendere se il nuovo modello normativo riuscirà a superare la strettoia, offrendo un maggior livello di elasticità organizzativa per le assunzioni a tempo determinato (chi scrive non esprime qui alcuna valutazione su tale finalità e sul rapporto fra mezzo e fine) senza infrangersi sui vincoli del diritto dell'Unione europea.

E su questo versante non può sfuggire che l'*incipit* dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 (il comma 01) continua a dirci che «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro», con formulazione che, come è ben noto, richiama il preambolo dell'accordo-quadro tra le parti sociali europee tradotto nella direttiva 1999/70/Ce (8) e che può effettivamente rappresentare «un imprescindibile riferimento ermeneutico di taluni punti oscuri della novela» (9).

A dispetto della *ratio* semplificatrice invocata e fatta propria dal legislatore, occorre mettere in rilievo che il superamento della strettoia è affidato in massima parte al ruolo dell'interprete: la riforma infatti non brilla per chiarezza e ha soprattutto sottovalutato l'innesto di frammenti di nuova disciplina in un contesto normativo lungamente sedimentato nelle aule di giustizia e non nelle aule parlamentari e che ha una complessa relazione con l'autonomia collettiva, parte integrante, a tutti gli effetti, dell'ossatura portante della regolazione del contratto a tempo determinato (10).

Ora, pur non potendo sottovalutarsi le intenzioni del legislatore, è evidente che l'interprete ha il compito di non assecondarle ove queste rivelino un intento auto-distruttivo che finisce per travolgere lo stesso meccanismo di funzionamento normativo.

Se dunque la maggiore elasticità organizzativa nel ricorso al contratto a termine è il fine del legislatore occorre interrogarsi se a) tale fine è stato ben impresso nel testo normativo e, contestualmente, b) se il testo normativo è compatibile con la disciplina comunitaria e, in particolare, con il divieto di abusare di una «successione di contratti e rapporti a tempo determinato» (clausola 5, direttiva 1999/70/Ce) (11).

Pertanto, una volta appurato che la spinta flessibile voluta dal legislatore non è fuggita dal testo normativo - e per questa ipotesi la memoria corre sul filo delle prime entusiastiche letture del D.Lgs. n. 368/2001, portatrici di una liberalizzazione ignota alla lettera della legge e non individuata affatto come tale dai giudici del lavoro - occorre comprendere se il modello risultante dalla riforma non sfoci nell'abuso vietato dal diritto dell'Unione europea, realizzandosi così una sorta di "eterogenesi dei fini" (12).

E dunque la riflessione attinge al significato delle diverse (e non poche) ipotesi interpretative che sono enucleabili dal testo normativo alla luce del contesto sistematico del diritto del lavoro e delle sue regole di funzionamento.

Come era inevitabile cominciano a delinarsi letture estremamente critiche della riforma (13) e letture che esprimono invece un atteggiamento più cauto e di apertura (14) rispetto alle pur profonde innovazioni introdotte dal legislatore (15).

Si deve peraltro segnalare che la Cgil ha recentemente presentato alla Commissione europea un atto di denuncia per la «violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea» determinata dalla nuova disciplina del contratto a tempo determinato nel quale vengono mosse pesanti critiche al complessivo impianto della riforma (16).

(7) Si veda, ad es., G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 3 del dattiloscritto.

(8) M. Magnani, *op. cit.*, 4; M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 2.

(9) M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 2.

(10) Si veda ancora l'indagine 'sul campo' *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, cit., 6 ss.

(11) M. De Luca, *op. cit.*, 9 ss.

(12) M. Brollo, *op. cit.*, 5 del dattiloscritto.

(13) G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la*

liberalizzazione?, cit., 3 del dattiloscritto; giudizio negativo ribadito anche in G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, cit., 3 ss.

(14) M. Magnani, *op. cit.*, 4 ss.

(15) Si veda, per una ricognizione delle prime letture, L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., *passim*.

(16) Il testo dell'atto di denuncia può leggersi in *CSDLE Newsletter*, 8 agosto 2014, n. 17.

Inserto

Per altro verso la circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18, che pure fornisce una serie di utili chiarimenti sul D.L. n. 34/2014 (convertito dalla legge n. 78/2014), sembra sotto diversi profili confermare una chiave di lettura particolarmente elastica della nuova disciplina del contratto a termine.

Quale che sia il punto di vista che si assume sulla recente riforma, la questione di fondo attiene alla effettiva tenuta delle limitazioni di natura quantitativo-temporale (17) che, se ben si è compreso il disegno del legislatore, hanno lo scopo di operare una sorta di *bilanciamento fra una più elastica utilizzazione del lavoro a termine e l'esigenza di tracciare una linea di confine fra la temporaneità del vincolo contrattuale e l'abuso datoriale che degenera verso il quadro patologico della precarietà del rapporto*.

Ove la suddetta linea di confine si riveli debole e agevolmente superabile non v'è dubbio che la tenuta della riforma è ad alto rischio.

Limite temporale massimo di durata del contratto a tempo determinato

Cominceremo con l'osservare che il nuovo testo dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001, pone una serie di interessanti interrogativi sul tema dell'attività lavorativa dedotta in contratto in ragione della durata del vincolo contrattuale a tempo determinato.

Il legislatore prescrive che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato 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».

Una prima interpretazione, ragionevole per la sua linearità, consente di affermare che il legislatore ha qui inteso fissare il limite della durata massima di un singolo contratto, che non può superare i 36 mesi complessivi, comprese le eventuali proroghe, a prescindere dalle mansioni esercitate dal lavoratore. Nella disciplina previgente il tetto massimo dei 36 mesi si applicava solo in caso di "successione di contratti a termine" (art. 5, comma 4-bis) e per mansioni equivalenti ed era previsto anche in relazione alla disciplina della proroga (art. 4, comma 1, inciso finale: «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore a tre anni») sulla quale torneremo (si veda il prossimo paragrafo). Nel sistema previgente era dunque possibile, secondo una diffusa opinio-

ne, che il singolo contratto fra un lavoratore ed un datore di lavoro avesse una durata complessiva superiore a 36 mesi: dopo la riforma del 2014 ciò non è più possibile (18).

Vi era e continua ad esservi l'eccezione relativa ai dirigenti - cui in realtà il D.Lgs. n. 368/2001 non si applica, fatta eccezione per gli artt. 6 e 8 - con i quali è possibile stipulare un contratto a termine di durata non superiore a 5 anni, i quali possono comunque recedere dal contratto trascorso un triennio.

Sarebbe ora stata introdotta un'ulteriore deroga per «contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica» che «possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono». In realtà, pur essendo in tal senso orientata l'intenzione del legislatore (19), è da rilevare che il testo normativo non prevede affatto una deroga espressa alla regola generale collocata nell'incipit della riforma (la durata triennale massima del contratto a termine). È dunque da ritenere che la durata del contratto è pari a quella del progetto di ricerca cui si riferisce, nel rispetto del limite triennale, fissato dall'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001. D'altro canto la deroga per i contratti a tempo determinato stipulati con i dirigenti è espressa e non si comprende perché il legislatore avrebbe inteso rendere palese l'eccezione solo in questo caso e non in quello dei contratti per attività di ricerca. Di contrario avviso è la circ. Min. lav. n. 18/2014, secondo cui per tali ultimi contratti «è possibile derogare sia al limite quantitativo dei contratti a tempo determinato sia al limite dei 36 mesi di durata massima del singolo contratto». La suddetta circolare specifica tuttavia che la deroga in questione non è espressamente riferita al limite dei rinnovi contrattuali di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/2001; per questa ragione, secondo le indicazioni ministeriali, «occorrerà prestare attenzione ad un eventuale superamento dei 36 mesi di durata complessiva di più rapporti a tempo determinato per lo svolgimento di mansioni equivalenti».

Preso atto dunque che, in base alla suddetta ragionevole interpretazione sul limite della durata massima del singolo contratto, la nuova formulazione dell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001 riguarda il limite temporale massimo del singolo contratto a tempo determinato, occorre considerare che l'innovazione non sembra assumere la valenza di un vero e proprio contrappeso diretto a bilanciare l'eliminazione del fondamento causale del termine.

(17) M. Brollo, *op. cit.*, 12 del dattiloscritto: «L'utilizzo del contratto a tempo determinato dopo il Decreto Poletti è regolato dalla circostanza che il datore deve rispettare (oltre ai tradizionali casi di divieto, ex art. 3, D.Lgs. n. 368/2001) i nuovi limiti temporali e quantitativi, combinati assieme, e sintetizzati nella regola finale del 36, 5 e 20, al punto da costituire il nuovo "triangolo della flessibilità". Tali numeri (i primi due cardinali e il terzo in valore percentuale, accompagnati dalla relativa unità di misura) individuano, sul piano quantitativo, i presupposti per l'uso del lavoro a termine, cioè misurano i limiti indispensabili per bilanciare la flessibilità in entrata a vantaggio del datore in uno scenario di perdurante incertezza economico-occu-

pazionale».

(18) L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 13 del dattiloscritto: «Sino alla riforma non c'era una regola generale espressa sulla durata massima del singolo contratto a tempo determinate. Oggi questa regola c'è»; nello stesso ordine di idee si esprime la circ. Fondazione Studi Consulenti del lavoro 12 giugno 2014, n. 13, *Legge n. 78/2014 di conversione del D.L. n. 34/2014 - modifiche al D.Lgs. n. 368/2001*, 2.

(19) G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 8 del dattiloscritto.

Ciò sia perché l'esperienza concreta dimostra che la normalità è rappresentata dalla stipulazione di una sequenza di contratti a termine di breve durata, sia perché, proprio sul versante della successione, già esisteva la regola generale fissata dall'art. 5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001.

A questo punto è opportuno verificare se esistono alternative chiavi di lettura.

La formulazione dell'art. 1, comma 1, cit., è simile ma non identica a quella contenuta, fin dal testo previgente, nell'art. 5, comma 4-*bis*: «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro tra 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 si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2». Occorre chiedersi se vi sia possibilità di identificare «lo svolgimento di qualunque tipo di mansione» con «lo svolgimento di mansioni equivalenti».

Prima di rispondere a tale quesito occorre portare l'attenzione sulla circostanza che la prima formulazione (art. 1, comma 1) fa riferimento ad un contratto concluso «fra un datore di lavoro» e «un lavoratore» e la seconda (art. 5, comma 4-*bis*) ad un rapporto «fra lo stesso datore di lavoro» e «lo stesso lavoratore». Se ne potrebbe inferire che un qualsiasi lavoratore non può stipulare con un qualsiasi datore di lavoro un contratto a termine («comprensivo di proroghe») che superi la soglia complessiva dei 36 mesi: con una lettura radicale che ponga l'enfasi sulla «durata non superiore a trentasei mesi» si potrebbe dunque ritenere che il limite massimo appartenga al singolo lavoratore con il quale, se ha alle sue spalle 36 mesi di rapporto anche con altri datori di lavoro, è vietato stipulare un contratto a termine (20). Una simile lettura potrebbe valorizzare l'ambizioso obiettivo, certamente desiderato anche dall'attuale Governo, di porre fine alla precarietà del lavoro; in effetti un siffatto traguardo può raggiungersi se la durata del contratto a termine rappresenta solo una stagione della vita lavorativa di ogni persona; se invece il limite riguarda solo il rapporto di lavoro con un medesimo datore di lavoro, può ipotizzarsi per la persona una vita lavorativa interamente precaria.

Si tratta tuttavia di una strada non percorribile giacché avrebbe, quanto meno, imposto al legislatore di codificare un obbligo di informazione gravante sul lavoratore in relazione a precedenti rapporti a termine con soggetti diversi dal datore di lavoro stipulante: nel silenzio della legge dunque possiamo scartare questo percorso ermeneutico peraltro ad alto rischio di conseguenze sanzionatorie nei confronti di un soggetto (il «nuovo» datore di lavoro stipulante) estraneo alle precedenti esperienze lavorative dell'altro contraente.

Se dunque non rimane altra strada che ritenere *le due formulazioni fungibili sul versante dell'identità delle parti contrattuali*, è evidente che queste, per non essere mere ripetizioni, devono o dovrebbero avere un diverso significato normativo (21).

E veniamo dunque alla possibilità di assimilare o differenziare i riferimenti a «qualunque tipo di mansione» e a «mansioni equivalenti».

E dunque può ipotizzarsi che l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001 esprima un divieto di stipulare contratti a tempo determinato fra un lavoratore ed un datore di lavoro, quando fra i medesimi abbia già avuto corso un rapporto di durata complessiva pari a 36 mesi, *per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione*.

Un siffatto limite non sembra coincidere con quello prescritto *ex art. 5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001*, che presuppone, nel corso di vari rapporti a termine, lo svolgimento di mansioni equivalenti.

In conclusione, seguendo questa ipotesi, con la riforma del 2014 sarebbe stato sancito il divieto *ex art. 1, comma 1*, di stipulare contratti a termine una volta decorso il periodo temporale massimo ivi prescritto ove vi sia stato fra le parti o un precedente rapporto a tempo determinato o una pluralità di rapporti a termine di durata pari a 36 mesi.

Pertanto, e lungo questa via, superato il periodo massimo di durata dell'attività lavorativa a termine svolta mediante qualunque tipo di mansione (art. 1, comma 1) la stipulazione di un contratto a termine con il medesimo lavoratore sarebbe vietata ed il termine sarebbe da ritenersi, per ciò solo, illegittimamente apposto al contratto. A questo punto però bisogna chiedersi quale senso avrebbe la previsione *ex art. 5, comma 4-*bis**, che consente al lavoratore di rivendicare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in ragione delle mansioni equivalenti svolte, in relazione ad una successione di contratti a termine, lungo un periodo complessivo superiore a 36 mesi.

Si tratta di due distinti profili che tendono tuttavia ad operare secondo logiche interferenti: una volta ammesso il divieto generale sancito dall'art. 1, comma 1, si dovrebbe prendere atto che questo opererebbe in funzione assorbente della regola sancita dall'art. 5, comma 4-*bis*. Infatti al compimento del trentaseiesimo mese di lavoro a tempo determinato svolto mediante *qualunque tipo di mansione* il lavoratore potrebbe certamente contestare la violazione dell'art. 1, comma 1, cit., ove il rapporto a termine proseguisse o, comunque, ove venisse costituito un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato con il medesimo datore di lavoro.

E v'è ragione di ritenere che il lavoratore avrebbe invece scarso interesse ad agire ai sensi dell'art. 5, comma 4-*bis*, che presuppone comunque lo svolgimento di «mansioni equivalenti» (e non di qualunque tipo di mansione).

(20) Si avvererebbe così l'auspicio di L. Zoppoli, *op. cit.*, 20, secondo cui il contrasto alla precarietà richiederebbe un limite *ad personam*.

(21) La formulazione deve essere osservata anche nella direzione della somministrazione di lavoro: sul punto, oltre al

commento di V. Filì, *Le modifiche al contratto di somministrazione*, in questo volume, si veda G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

Inserto

Tuttavia questa chiave di lettura rende del tutto incomprensibile perché il legislatore del 2014, dopo avere fissato una nuova regola generale (art. 1, comma 1), avrebbe lasciato in vita un'altra disposizione con un contenuto meno stringente per il datore di lavoro e senza dubbio interferente con la medesima innovazione normativa.

Soprattutto non può trascurarsi che l'art. 5, comma 4-bis, contempla robuste eccezioni al proprio interno rispetto alla stessa regola dei complessivi 36 mesi.

Deve infatti ricordarsi che la disposizione da ultimo citata prevede che la regola dei 36 mesi possa essere derogata da «disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Inoltre la medesima disposizione consente che «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».

Occorre dunque immaginare uno scenario composito, poco coerente e gravemente contraddittorio, con una nuova regola generale («durata non superiore a trentasei mesi per qualunque tipo di mansione»), una regola residuale («durata non superiore a trentasei mesi per mansioni equivalenti») su cui tuttavia si innestano una serie di eccezioni.

A questo punto occorre prendere atto che tale ipotesi interpretativa è da ritenersi impraticabile.

Rimane dunque in piedi la prima lettura ricordata: *il limite massimo di 36 mesi per qualunque tipo di mansione si riferisce al singolo contratto a tempo determinato fra un datore di lavoro ed un lavoratore, comprensivo di eventuali proroghe.*

Questa è peraltro l'interpretazione che è stata fatta propria anche dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, secondo cui il riferimento allo svolgimento di qualunque tipo di mansione va inteso nel senso che «l'elemento di flessibilità introdotto (eliminazione dell'obbligo di indicare le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine) trovi universalmente applicazione».

E dal punto di vista letterale è da mettere in luce che nell'art. 1, comma 1, non si fa alcun riferimento ai «rinnovi», dovendo dunque concludersi che la durata prescritta qui non è frazionabile mentre i «rinnovi» (intesi

come successioni di contratti) fanno la loro apparizione nell'art. 5, comma 4-bis.

In conclusione l'art. 1, comma 1, non sembra introdurre alcun effettivo contrappeso che bilanci, sul piano quantitativo, la scomparsa del fondamento oggettivo legittimante l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Su questo versante correttamente si è rilevato che i limiti temporali sono da ritenersi mobili sia in ragione delle eccezioni previste dall'art. 5, comma 4-bis, sia della possibilità di fare ricorso alla contrattazione in deroga ex art. 8, legge n. 148/2011 (22).

Non si registrano invece innovazioni sul versante della successione di contratti a termine e della prosecuzione del rapporto a termine oltre la scadenza (23).

Ed è proprio la circostanza che nella disciplina dell'art. 5, comma 4-bis, siano rimasti aperti importanti spazi derogatori per l'autonomia collettiva a porre dubbi di compatibilità con la normativa europea (24).

Proroghe

Altra profonda innovazione attiene alla disciplina della proroga.

L'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001, nel testo risultante dalla riforma del 2014, stabilisce che «le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi 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».

Aggiunge poi l'art. 4 (che sul punto riproduce il testo previgente) che «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni».

Il suddetto inciso è da ritenersi del tutto incongruente (un refuso?) posto che, pur con tutte le precisazioni svolte nel precedente paragrafo, la *durata complessiva del rapporto*, alla luce degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001, non può (e dunque non solo nell'ipotesi delle proroghe) superare la soglia massima dei 36 mesi.

Il nuovo art. 4, cit., pone una serie di importanti questioni concernenti la tanto discussa moltiplicazione delle proroghe che ha interessato la fase di gestazione della riforma con il passaggio dal numero di 8 a quello di 5.

Non può certo dirsi che su questo piano vi sia una restrizione quantitativa destinata a bilanciare la maggiore elasticità garantita dal venir meno di ogni fondamento oggettivo all'assunzione a tempo determinato.

Al contrario la possibilità di raggiungere la vetta di 5 proroghe (rispetto all'unica proroga ammessa in precedenza) imprime una particolare flessibilità organizzativa

(22) M. Brollo, *op. cit.*, 14 del dattiloscritto.

(23) Pertanto sul versante della prosecuzione del rapporto oltre il termine si continua a prevedere che, «se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il

periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini» (art. 5, commi 1-2); mentre, sul versante della successione è intatta la regola secondo cui «qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato» (art. 5, comma 3).

(24) M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 19.

che, a ben vedere, non ha precedenti nella storia della disciplina del contratto a termine.

Sono tuttavia individuabili due profili di particolare interesse che sembrano operare in chiave restrittiva.

Il primo profilo attiene al significato da attribuire all'espressione «stessa attività lavorativa».

Nell'attuale contesto normativo è possibile leggere tale espressione come riferita alla medesima attività lavorativa svolta dal dipendente purché, è da ritenere, riconducibile a mansioni equivalenti e non all'identità delle mansioni (25). In tal senso è orientata anche la circ. Min. lav. n. 18/2014 che, peraltro, fa riferimento alle mansioni equivalenti o, comunque, a quelle «svolte in applicazione dell'art. 2103 c.c.».

Non sembra peraltro che nella nuova formulazione dell'art. 4 vi sia un incidente di percorso con permanenza nel testo di un involontario riferimento al fondamento causale del termine (26) giacché il legislatore del 2014 ha avuto cura di rimuovere il riferimento alle «ragioni oggettive» che, nella versione anteriore alla riforma, rappresentava la naturale prosecuzione della regola generale nell'ambito della disciplina della proroga.

È vero che tale espressione aveva assunto nel vigore della legge n. 230/1962 e, successivamente, del D.Lgs. n. 368/2001 nella versione anteriore all'ultima riforma, un ben diverso significato - connettendosi alle ragioni legittimanti l'apposizione del termine e non alle mansioni svolte dal lavoratore (27) - ma non vi sono particolari ostacoli concettuali a collocare tale riferimento in un contesto che individui un possibile limite alla nuova e più elastica disciplina del contratto a termine.

Occorre mettere infatti in luce che la proroga del contratto a tempo determinato ha come naturale effetto di determinare la continuità giuridica dell'originario rapporto di lavoro, indicandone una nuova scadenza.

E non sorge dubbio che la scadenza è quella definita dalla proroga voluta dalle parti, che hanno dunque inteso che il rapporto originario proseguisse senza soluzione di continuità.

Coerentemente dunque l'idea di continuità del rapporto giuridico sottesa alla proroga presuppone che non intervengano mutamenti sul piano della qualità della presta-

zione ricevuta dal creditore di lavoro, nel rispetto della tutela della professionalità del prestatore di lavoro e, dunque, salvaguardando l'equivalenza delle mansioni.

Non sembra infatti fuori luogo affermare che una stessa attività lavorativa si presta ad essere inquadrata in mansioni equivalenti e non necessariamente in mansioni identiche.

A ben vedere l'interpretazione concernente la «medesima attività lavorativa» qui proposta è quella che, rivelando un vero e proprio paradosso della disciplina della proroga (28), riesce forse a cogliere meglio la finalità ultima del legislatore: offrire al datore di lavoro uno strumento duttile per la prosecuzione (la proroga) del rapporto a tempo determinato in un quadro di «incertezza dell'attuale quadro economico» e nel quale dunque è estremamente complesso predeterminare la durata di un vincolo che si vorrebbe stabile e continuativo.

Il limite della medesima attività lavorativa dunque consente di sanzionare un uso improprio della continuità del vincolo negoziale quale ragione della proroga e di contrastare l'abuso del contratto a termine sul versante della tutela della professionalità del lavoratore a tempo determinato, nel rispetto del principio di non discriminazione ex art. 6, D.Lgs. n. 368/2001.

Il secondo profilo attiene alla circostanza che, per effetto della riforma, si è certamente ampliato il numero complessivo delle proroghe ma la nuova regola trova applicazione non solo al singolo contratto ma anche ad una pluralità di contratti stipulati fra il datore di lavoro ed il lavoratore ed ai relativi rapporti intercorrenti fra le parti. Il limite massimo di 5 proroghe opera infatti «nell'arco dei complessivi trentasei mesi» e «indipendentemente dal numero dei rinnovi».

A ben vedere, su questo specifico versante, la riforma introduce una restrizione prima non esistente.

Nel vigore della disciplina previgente poteva infatti prefigurarsi l'ipotesi, invero frequente, della ripetuta sequenza: a) contratto a termine, b) proroga, c) scadenza del contratto prorogato; c) intervallo, d) nuovo contratto a termine, e) proroga, ecc.

Oggi una simile sequenza incontra il limite complessivo delle 5 proroghe nell'arco temporale di 36 mesi (29).

(25) Per l'identità di mansioni si veda, invece, M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 6; E. Gagnoli, *op. cit.*, 439.

(26) L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 12 del dattiloscritto, secondo cui, con il riferimento alla "medesima attività lavorativa", il legislatore «si è forse scordato che anche quest'ultima condizione attiene alle ragioni che giustificano il contratto originario, ponendo, priva com'è di alcun contemperamento con il nuovo sistema, seri problemi interpretativi, dato che oggi la stipula del contratto iniziale non richiede condizioni né oggettive né soggettive, ma solo temporali e numeriche».

(27) Ivi.

(28) M. Brollo, *op. cit.*, 7 del dattiloscritto: «Il secondo paradosso nasce dalla risposta data, in prima battuta, dal legislatore all'esigenza di fronteggiare la straordinaria incertezza del futuro con uno strumento giuridico, il contratto di lavoro a tempo determinato, che per sua natura, al contrario, si basa sulla prevedibilità e predeterminazione di una durata certa (con l'apposizione del termine finale) del rapporto di lavoro in relazione sia all'utilità della prestazione lavorativa per un determinato periodo, sia al venire meno, in linea di massima, dell'interesse

alla prosecuzione della collaborazione. È vero, tuttavia, che la rigidità/adattabilità del lavoro a termine dipende dalla durata di ciascun contratto; da qui l'importanza e la delicatezza del limite massimo combinato con le proroghe e i rinnovi».

(29) Sembrano condividere questa interpretazione M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 6, che tuttavia manifestano preoccupazione per una ipotesi che sembra riconducibile alle attività stagionali; tale preoccupazione, se ho bene inteso l'ipotesi, pare almeno in parte infondata alla luce dell'art. 5, comma 4-ter, in base al quale le disposizioni di cui al comma precedente *non trovano applicazione alle attività stagionali*, incluse quelle individuate dai contratti collettivi nazionali stipulate dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Il problema è certamente quello della fonte regolativa dell'ipotesi eccettiva che, ove non sussistente, fa riemergere il limite complessivo delle 5 proroghe. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, cit., 4, concludono nel senso indicato sopra nel testo. Tali AA. tuttavia fanno riferimento alla possibilità di «assumere un lavoratore a termine per cinque volte nell'arco di tre anni»; in realtà il tetto legale si riferisce alle proroghe e non alle assunzioni.

Inserto

È tuttavia da mettere in luce che, come indicato anche dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, «qualora il nuovo contratto a termine non preveda lo svolgimento di mansioni equivalenti, le eventuali precedenti proroghe non dovranno essere contabilizzate»: se tale interpretazione è corretta è da ritenere che la restrizione appena sopra indicata è destinata ad essere fortemente attenuata da un ragguardevole livello di elasticità negoziale che il datore di lavoro può utilizzare con ampi spazi di manovra.

Limiti percentuali

Il limite destinato ad assumere maggiore importanza nel nuovo quadro normativo attiene alla percentuale di contratti a tempo determinato consentita dall'art. 1, comma 1, secondo cui «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».

La disposizione prevede che «per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato». L'inciso viene ragionevolmente interpretato in senso numerico, con esclusivo riferimento ai limiti percentuali; diversamente, ponendo l'enfasi sulla parola “sempre”, dovrebbe giungersi alla conclusione di una totale liberalizzazione del contratto a termine per i datori di lavoro che occupano meno di 5 dipendenti (30).

La nuova previsione sui limiti percentuali deve essere coordinata con l'art. 10, comma 7, secondo cui «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, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

Occorre anzitutto stabilire, alla luce della riforma del 2014, se ed in che misura è da ritenersi operante l'abilitazione legale dei contratti collettivi a stabilire limiti quantitativi per il ricorso al contratto a tempo determinato.

Ad una prima lettura il rinvio del nuovo testo dell'art. 1, comma 1, all'art. 10, comma 7, sembrerebbe lasciare aperta la via dell'abilitazione verso il contratto collettivo.

Non si giunge tuttavia a chiare ed immediate conclusioni ove si legga l'art. 2-bis del D.L. n. 34/2014 nel testo risultante dalla legge di conversione.

La suddetta disposizione prescrive infatti al comma 2 che «in sede di prima applicazione del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), del presente decreto, conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro».

La disposizione sembrerebbe indicare una temporanea permanenza della regolazione collettiva in attesa della conformazione al limite legale.

Nel breve volgere di un comma tale sensazione viene invece capovolta. Il comma 3 dispone infatti: «il datore di lavoro che alla data di entrata in vigore del presente decreto abbia in corso rapporti di lavoro a termine che comportino il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), del presente decreto, è tenuto a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. In caso contrario, il datore di lavoro, successivamente a tale data, non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale di cui al citato articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo n. 368 del 2001».

Ora non v'è dubbio che tale previsione afferma chiaramente che il limite del 20% è da ritenersi operante dal 31 dicembre 2014.

Al tempo stesso vengono fatti salvi i limiti percentuali “più favorevoli”. Qui, singolarmente, il *favor* è quello verso il datore di lavoro nonché, indirettamente, verso il lavoratore con cui il primo si accinge a stipulare un contratto a termine, altrimenti vietato. Il *favor* dunque sembra riferirsi ad una *chance* occupazionale (31) per l'aspirante lavoratore a termine, che dunque potrebbe subire un pregiudizio (inoccupazione) infertogli dal limite percentuale meno favorevole di fonte legale.

Il contratto collettivo, ampliando il limite legale, realizzerrebbe un trattamento di miglior favore per il lavoratore in cerca di nuova occupazione. Su questo piano non è da trascurare la rilevanza definitoria dell'art. 2, comma 1, lett. j, del D.Lgs. n. 276/2003 ove il lavoratore è individuato come «qualsiasi persona che lavora o che è in cerca di un lavoro» e la funzione promozionale di nuova occupazione a termine che può essere svolta dal contratto collettivo.

Ed è da notare che nel suddetto brano della disposizione si fa riferimento al «contratto collettivo applicabile nell'azienda» mentre in precedenza il rinvio espresso è ai contratti collettivi nazionali di lavoro.

La questione non è banale giacché anche i contratti collettivi aziendali regolano il tema dei limiti percentuali mentre invece la disposizione fa salvi, «in sede di prima applicazione», solo i limiti fissati dai contratti collettivi nazionali.

Correttamente si è ritenuto che il riferimento al «contratto collettivo applicabile in azienda» possa riguardare anche il contratto collettivo aziendale (32) e, per questa via, il suddetto riferimento fa salve le previsioni in tema di limiti percentuali di tali contratti.

Il punto però è comprendere cosa il legislatore abbia inteso prescrivere con la formula «in sede di prima applicazione».

(30) M. Magnani, *op. cit.*, 9.

(31) M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 17.

(32) *Ibidem*.

È da ritenere che tale disposto ha solo lo scopo di guidare la fase transitoria e che, anche dopo il 31 dicembre 2014, i contratti collettivi possono, proprio in virtù dell'art. 10, comma 7, continuare ad esercitare la facoltà di individuare limiti quantitativi diversi da quelli legali.

«È dunque salva l'abilitazione legale verso il contratto collettivo ribadita dalla riforma (art. 1, comma 1 - art. 10, comma 7) e il legislatore ha disposto che i limiti percentuali previsti dai contratti collettivi operino in sede di prima applicazione solo per affrontare le questioni di diritto transitorio che sono molte e complesse, anche in ragione di una disciplina contrattuale variegata e con proprie regole di funzionamento non perfettamente sovrapponibili alla previsione legale del 20%» (33).

Ed anche su questo versante non può escludersi l'intervento della contrattazione collettiva in deroga ex art. 8, legge n. 148/2011.

Che il limite percentuale (legale e/o contrattuale) sia inderogabile risulta confermato dalla circostanza che il datore di lavoro che non si conformi ad esso entro il 31 dicembre 2014 non potrà stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato.

Indubbiamente si tratta di una restrizione significativa, soggetta a variazioni rilevanti e particolarmente elastiche in sede di contrattazione collettiva al punto che la circ. Min. lav. n. 18/2014 giunge ad affermare che il rinvio della legge alla contrattazione collettiva è «privo di particolari vincoli»; secondo le indicazioni ministeriali infatti «le parti sociali possono legittimamente derogare al limite percentuale del 20% di cui all'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001 (aumentandolo o diminuendolo) o alla scelta del legislatore di fotografare la realtà aziendale al 1° gennaio dell'anno di assunzione del lavoratore»; per questa via la circolare afferma infine che «può pertanto ritenersi legittimo che i contratti collettivi scelgano di tener conto dei lavoratori a tempo indeterminato non come quelli in forza ad una certa data ma come quelli mediamente occupati in un determinato arco temporale».

L'introduzione dei limiti percentuali potrebbe, ove presidiata da un efficace sistema dissuasivo per i comportamenti difforni, operare a bilanciamento della maggiore elasticità del ricorso a contratto a termine che emerge nel nuovo quadro legale.

Sul punto occorre rilevare che il nuovo testo del D.Lgs. n. 368/2001 prevede l'applicazione di sanzioni amministrative in caso di violazione dei limiti percentuali.

L'art. 5, comma 4-*septies*, stabilisce che in caso di violazione dei limiti percentuali previsti dall'art. 1, comma 1, si applica una sanzione amministrativa:

a) pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno;

b) pari al 50% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno.

La riforma non prevede (quanto meno in modo espresso) la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato quale conseguenza della violazione dei limiti percentuali.

Stanno emergendo in dottrina due diverse e contrastanti interpretazioni.

Per un orientamento il silenzio del legislatore non impedisce di prefigurare il rimedio civilistico della conversione di fronte alla violazione del limite legale (34).

Non può negarsi che, nel vigore della precedente disciplina, caratterizzata del medesimo attuale silenzio sul punto, la giurisprudenza aveva ritenuto che la violazione dei limiti percentuali comportasse la conversione del rapporto (35).

Per altro orientamento la via della conversione non è percorribile (36).

Una simile possibilità è stata peraltro esclusa dall'ordine del giorno n. 22/11 accolto nel corso dell'esame del decreto in Commissione lavoro del Senato, nel quale si è inteso rimarcare che l'unica conseguenza derivante dalla violazione del limite percentuale è quella della sanzione amministrativa, con esclusione di qualsiasi ulteriore sanzione sul piano civilistico.

Peraltro la conversione, anche ove ammessa, porrebbe - secondo una parte della dottrina - non pochi problemi di ragionevolezza anche sul piano dell'individuazione del dipendente legittimato ad agire in giudizio per contestare la legittimità dell'apposizione del termine (37).

Inoltre si sottolinea che le sanzioni per contrastare gli abusi nel ricorso al contratto a termine secondo il diritto comunitario non debbono necessariamente consistere nella conversione ma possono essere di diversa natura, purché siano proporzionate, effettive e sufficientemente dissuasive (38).

Ed è proprio sul versante dell'effettiva portata dissuasiva della sanzione amministrativa che la dottrina ha portato la propria attenzione, mettendo in rilievo la scarsa chiarezza delle modalità di accertamento (39).

La questione è dunque delicata e complessa ed è difficile individuare una soluzione univoca.

Non sembra possa escludersi una conseguenza sanzionatoria nella sfera interna al vincolo contrattuale ove si

(33) Ivi, 6 ss.

(34) G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 10 del dattiloscritto; G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, cit., 6-7, ribadiscono la loro convinzione; in senso analogo M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.*, 12.

(35) L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 8 e nota 27 del dattiloscritto, ricorda la severa giurisprudenza in tema di violazione dei limiti percentuali.

(36) M. Magnani, *op. cit.*, 8.

(37) *Ibidem*. La difficoltà di individuare il raggio di azione della sanzione civilistica è richiamata anche da M. Brollo, *op. cit.*, 17 del dattiloscritto, che mette in rilievo l'irrazionalità di una sanzione che stabilizza il lavoratore entrato per ultimo anziché quello che lavora a termine in azienda da maggior tempo.

(38) M. Magnani, *op. cit.*, 9.

(39) L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 15 del dattiloscritto; M. Brollo, *op. cit.*, 17-18 del dattiloscritto.

Inserto

tenga a mente che la disciplina transitoria sancisce *il divieto* per il datore di lavoro di stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale («il datore di lavoro [...] non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato»: art. 2-bis, D.L. n. 34/2014, risultante dal testo della legge di conversione).

La violazione di un siffatto divieto non sembra immune da conseguenze civili ove il datore stipuli un nuovo contratto a tempo determinato in violazione dei limiti percentuali.

È poi da aggiungere che, con il medesimo ordine del giorno (n. 22/11) prima ricordato, vi è l'impegno del Governo «ad adottare atti interpretativi utili a chiarire che in ogni caso i contratti a termine oggetto della violazione della percentuale consentita sono validi e proseguono fino alla scadenza stabilita dalle parti».

Il tema tuttavia non è espressamente affrontato dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, che risulta il primo atto interpretativo del Governo sulla nuova disciplina del contratto a termine. La circolare, infatti, esamina approfonditamente il regime delle sanzioni amministrative previste dalla nuova disciplina senza tuttavia prendere posizione sulla "validità" dei contratti a termine stipulati in violazione della disciplina dei limiti percentuali.

Risultano confermate le esenzioni da ogni limite percentuale già previste dal testo previgente (ancora art. 10, comma 7) per 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 D.P.R. 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.

A tali esenzioni si aggiunge anche quella introdotta dall'art. 10, comma 5-bis, riguardante i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa. Si è già peraltro detto (si veda il secondo paragrafo) che per tali contratti si prevede una durata «pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono» che, tuttavia, non sembra, in assenza di espressa deroga legale, poter superare il limite massimo previsto dall'art. 1, comma 1.

La circ. Min. lav. n. 18/2014, operando una ricognizione, ritiene che siano attratti nel regime di esenzione da ogni limite percentuale i contratti a termine stipulati dal lavoratore ai sensi dell'art. 28 del D.L. n. 179/2012, convertito dalla legge n. 221/2012, con le start-up innovative, i contratti stipulati ai sensi dell'art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, i contratti a tempo determinato

stipulati, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 68/1999, per l'assunzione di disabili e le acquisizioni di personale a termine nell'ipotesi di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda.

Dal novero delle esenzioni traspare peraltro che, acquisita la c.d. a-causalità del contratto a termine, sono enucleabili fattispecie in cui l'apposizione del termine continua a connettersi a specifiche ragioni.

Tuttavia tali specificazioni assumono oggi il solo significato di individuare particolari discipline per singole ipotesi, con ulteriori spazi di flessibilità e con regimi eccezionali: difficile dunque prefigurare una sorta di riverbero causale.

Diritto di precedenza

Una particolare innovazione, *introdotta dalla legge di conversione*, attiene all'obbligo di richiamare «espressamente [...] nell'atto scritto» il diritto di precedenza previsto dal legislatore (art. 5, comma 4-sexies, D.Lgs. n. 368/2001).

Secondo una tesi la violazione di tale obbligo, nel colpevole silenzio della legge, dovrebbe comportare la nullità del contratto a termine e la conversione a tempo indeterminato (40).

In effetti non v'è dubbio che la previsione riguardi un requisito destinato ad incidere sulla forma scritta dell'apposizione del termine, sebbene si riferisca ad un diritto che sarà *in via meramente eventuale* esercitato dal lavoratore *solo dopo la cessazione del rapporto instaurato o che potrebbe essere esercitato anche indifferente dal rapporto in essere fra le parti (essendo già maturato in virtù di precedenti contratti che hanno già avuto esecuzione fra le medesime)*; si tratta dunque di questione che non ha diretta attinenza con l'attuazione del rapporto obbligatorio sorto dal contratto stipulato.

Sul punto, ove si giunga alla conclusione della nullità del contratto a termine, deve registrarsi una sorta di sovraccarico funzionale della forma scritta *ad substantiam* posto che il requisito formale qui non opera in funzione di controllo e di regola di trasparenza rispetto al contenuto del contratto stipulato ma si propaga a circostanze esterne ad esso.

Peraltro, nel caso in cui ci si riferisca al *primo contratto stipulato fra il datore di lavoro ed il lavoratore*, l'assolvimento del suddetto obbligo di informazione gravante sul datore di lavoro renderà edotto il lavoratore dell'esistenza di un diritto che questi non potrà neanche esercitare quando il rapporto sarà cessato. Rammentiamo infatti che il diritto di precedenza presuppone che «il lavoratore, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi» (art. 5, comma 4-quater). Nell'ipotesi del primo contratto a termine l'obbligo di informazione viene assolto, al momento della stipulazione, per una finalità meramente astratta, neanche eventuale, sostanzialmente didattica.

La suddetta previsione, introdotta dalla legge di conversione, è da ritenersi operante per i contratti a termine

(40) M. Brolo, *op. cit.*, 14 del dattiloscritto; di diverso avviso G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, cit., 11.

stipulati dopo l'entrata in vigore della suddetta legge e dunque dal 20 maggio 2014. Si tratta, peraltro, di un adempimento che, attenendo alla stipulazione del contratto e alla costituzione del rapporto, non sarebbe certamente sanabile *ex post*.

Per i contratti stipulati dal 21 marzo 2014 al 19 maggio 2014 il suddetto obbligo dunque è da ritenersi inoperante; l'obbligo potrà essere assolto in caso di nuovo contratto a termine con il medesimo lavoratore o in caso di proroga del contratto, pur potendosi ritenere che al contratto prorogato debba applicarsi la disciplina vigente al momento della stipulazione del contratto originario.

Vi è poi la questione del contenuto della clausola e dunque del livello di specificità che la deve caratterizzare: è sufficiente richiamare le disposizioni legali oppure è necessario specificare, passo per passo, con quali modalità si può esercitare il diritto di precedenza?

La riforma non prevede specifiche previsioni sanzionatorie di natura amministrativa per l'omessa indicazione del richiamo al diritto di precedenza.

Non può peraltro escludersi che il silenzio del datore di lavoro possa incidere sulle chance occupazionali perdute dal lavoratore che, non essendo stato informato sul contenuto dei suoi diritti, potrà agire per il risarcimento dei danni subiti.

Inoltre non può escludersi che l'omissione possa assumere rilevanza sul piano amministrativo: gli organi ispettivi in materia di lavoro potrebbero infatti irrogare una sanzione amministrativa al datore di lavoro, previo invito ad adempiere *ex art.* 14, D.Lgs. n. 124/2004; tale possibilità non viene neanche contemplata dalla circ. Min. lav. n. 18/2014 secondo cui l'omessa informazione sui diritti di precedenza «non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli, né appare specificamente sanzionata».

È infine da aggiungere che la riforma (nel nuovo testo dell'art. 5, comma 4-*quater*) prescrive che per le lavoratrici il cui congedo di maternità (art. 16, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001) è intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine.

Contratti a termine per attività stagionali

Come già messo in luce, con la nuova disciplina le ragioni dell'assunzione a termine divengono irrilevanti.

Ed in effetti non mette conto di allegare e provare le ragioni che hanno indotto le parti a stipulare il contratto a tempo determinato.

Tale affermazione - che esprime certamente la nuova regola generale indicata dal legislatore del 2014 - è apparentemente contraddetta dalla circostanza che nel testo del vigente D.Lgs. n. 368/2001 vi sono, come già messo in luce (si veda il quarto paragrafo), molteplici riferimenti a specifiche ipotesi, quelle per le quali operano le esenzioni dai limiti percentuali, che continuano ad essere regolate con particolari previsioni.

Nell'ambito di tali ipotesi assumono un peso particolare i contratti a termine per le attività stagionali.

Esaminiamo allora le sequenze normative del D.Lgs. n. 368/2001 in cui trovano spazio e conseguente regolazione le attività stagionali.

Anzitutto la regola secondo cui «ove il lavoratore venga assunto entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato» (art. 5, comma 3, prima parte) e quella secondo cui «quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto» non trovano applicazione «nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali di cui al comma 4-*ter* nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 5, comma 3, seconda parte).

In secondo luogo la regola secondo cui il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore non può complessivamente superare i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi (art. 5, comma 4-*bis*) non si applica «nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative».

Vi è ancora da considerare la previsione secondo cui «il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali» (art. 5, comma 4-*quinqies*).

Ed infine deve tenersi a mente il già più volte ricordato art. 10, comma 7, secondo cui sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni.

Il quadro appena esposto consente di affermare che nel nuovo assetto normativo vi è una particolare disciplina per le assunzioni a termine per attività stagionali che sono ritenute meritevoli delle regole eccezionali sopra ricordate.

Ed infatti, come è evidente, i riferimenti alle attività stagionali, conservati e ulteriormente specificati nel nuovo testo del D.Lgs. n. 368/2001, rispondono alla *ratio* funzionale di tenere aperti ulteriori spazi flessibili per tali attività, storicamente salvaguardate con previsioni particolari.

In via conclusiva deve dunque ritenersi che è possibile stipulare contratti a tempo determinato per attività stagionali con le stesse limitazioni generali previste dalla vigente disciplina.

Inserto

Tuttavia, come si è già messo in luce, tali regole generali conoscono, proprio in relazione alle attività stagionali, una serie di rilevanti eccezioni: l'esenzione dalla regola di durata complessiva massima di 36 mesi (art. 5, comma 4-*bis*), il diritto di precedenza (art. 5, comma 4-*quies*), l'esenzione da limitazioni quantitative percentuali (art. 10, comma 7, lett. *b*).

Disciplina transitoria

Si è già messo in luce l'insieme di complesse questioni che attengono alla disciplina prevista dai contratti collettivi in tema di limiti percentuali e sul punto dunque si rinvia *supra* (v. paragrafo quarto).

Non sono inoltre mancati nel corso della trattazione inevitabili riferimenti alle questioni di diritto intertemporale che certamente interesseranno gli operatori per molto tempo.

Rispetto a quanto già detto, mette adesso conto di prendere in considerazione il primo comma dell'art. 2-*bis* del D.L. n. 34/2014, cit., secondo cui la nuova disciplina del contratto a termine si applica ai rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

La medesima disposizione *fa salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal decreto*.

Occorre mettere in rilievo che vengono in considerazione tre diversi regimi temporali: quello *fino al 20 marzo 2014*, secondo la disciplina del D.Lgs. n. 368/2001 (con tutte le ulteriori sequenze temporali che dalla legge n. 92/2012 portano al D.L. n. 76/2013, convertito dalla legge n. 99/2013); quello *dal 21 marzo al 19 maggio 2014*, secondo l'originario testo del D.L. n. 34/2014, quello operante *dal 20 maggio 2014*, con il testo del D.L. n. 34/2014 risultante dalle modifiche ed integrazioni introdotte dalla legge di conversione.

Secondo i principi generali è da ritenere che ai contratti a termine debba applicarsi la disciplina legale *ratione temporis* senza alcun effetto retroattivo («la legge non dispone che per l'avvenire»: art. 11, disp. prel. al Codice civile).

Il citato disposto fonda il principio di irretroattività della legge che, sul versante civilistico e dunque lavoristico (non su quello penalistico), può certo conoscere deroghe ma solo ove espressamente previste da una fonte di pari rango.

Orbene nel testo del D.L. n. 34/2014, come risultante dalla legge di conversione, non si rinvencono disposizioni che intendano regolare in via retroattiva la disciplina transitoria concernente i rapporti di lavoro a tempo determinato in essere al momento dell'entrata in vigore della riforma; al contrario l'art. 2-*bis* conferma il principio del *tempus regit actum*: ne discende che deve trovare applicazione il suddetto principio generale di irretroattività della legge.

Peraltro è opportuno rilevare che l'originario testo del D.Lgs. n. 368/2001 (sul punto non modificato dal D.L. n. 34/2014) prescrive, all'art. 11, comma 3, che «i contratti individuali definiti in attuazione della normativa previgente, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza».

Il D.Lgs. n. 368/2001, anche nella sua attuale formulazione, sembra dunque convintamente aderire alla regola del *tempus regit actum*.

Ipotesi conclusiva sulla tenuta della riforma

L'analisi condotta consente di concludere, pur con tutti i dubbi di una prima lettura, che nella riforma non sembrano individuabili adeguati contrappesi rispetto all'inequivocabile elasticità oggi consentita nell'assunzione a tempo determinato e dunque la strada verso l'abuso è da ritenersi spianata.

Il profilo numerico (riassumibile nella sequenza 36/5/20) non sembra infatti riuscire a svolgere una ragionevole azione di contenimento rispetto ad una elasticità organizzativa del contratto a termine che sembra sconfinata.

La nuova a-causalità del termine non trova un bilanciamento nel limite temporale della durata massima del rapporto né sembra che un effetto dissuasivo verso l'abuso potrà realizzarsi mediante la disciplina delle proroghe che, al contrario, opera in chiave di ulteriore dilatazione del rapporto a termine, pur con i non trascurabili correttivi prima esaminati.

Rimane dunque, in funzione di contenimento dell'abuso, solo la disciplina dei limiti percentuali.

La tenuta della riforma sembra essere strettamente legata al livello di effettività delle sanzioni che deriveranno dalla violazione dei suddetti limiti, siano esse quelle amministrative o civilistiche.

È indubbio che sul piano del diritto comunitario non v'è necessità di prefigurare la sanzione civilistica della conversione, potendo ben delinearci un efficace controllo di natura amministrativa con una ragionevole risposta sanzionatoria.

In relazione a tali limiti si è già osservato che le sanzioni amministrative, per come attualmente introdotte nel testo normativo, lasciano presagire uno scarso livello di effettività: o dunque si mette mano ad un sistema di accertamenti ispettivi che sia idoneo allo scopo oppure sarà inevitabile prendere atto che la stessa violazione dei limiti percentuali rimarrà nella disponibilità delle parti individuali, con ogni conseguenza sul versante dell'abuso del contratto a termine.

Modifiche al contratto di somministrazione

Progressivo allineamento della somministrazione al contratto a termine

Con raccomandazione COM(2014)413/2 il Consiglio dell'Unione europea, nel valutare sia il programma nazionale di riforma sia il programma di stabilità dell'Italia per l'anno 2014, ha invitato il nostro Paese, con riferimento al mercato del lavoro, ad adottare negli anni 2014 e 2015 i provvedimenti necessari al fine di «adoperarsi per una piena tutela sociale dei disoccupati [...]; rafforzare il legame tra le politiche del mercato del lavoro attive e passive [...]; intervenire concretamente per aumentare il tasso di occupazione femminile [...]; fornire in tutto il paese servizi idonei ai giovani non registra-

ti presso i servizi pubblici per l'impiego [...]; [...] far fronte al rischio di povertà e di esclusione sociale».

A questo si aggiunga che nell'ambito della strategia *Europa 2020* l'Italia si è posta gli obiettivi di un aumento del tasso di occupazione complessiva tale da raggiungere il 67-69%, partendo dal 55,6% del 2013, e della riduzione del numero di persone a rischio di povertà ed esclusione sociale (nel 2013 più di 2 milioni); nel Documento di economia e finanza 2014 (DEF), sezione III, *Programma nazionale di riforma*, deliberato dal Consiglio dei Ministri l'8 aprile 2014, si dà atto di «un mercato del lavoro rigido e segmentato, che richiede interventi incisivi al fine di accrescere il tasso di attività e di occupazione, ridurre ampiezza e durata media della disoccupazione, restituendo valore alla formazione e al merito»; nella Relazione annuale sul 2013 della Banca d'Italia si legge che «l'offerta di lavoro è disincentivata in Italia anche dal sistema fiscale, in particolare per le donne: le detrazioni e gli altri trasferimenti, calcolati sulla base del reddito familiare, innalzano l'aliquota marginale effettiva delle imposte sul reddito del secondo percettore (tipicamente il coniuge femminile), scoraggiandone la partecipazione al mercato del lavoro» (41).

Molti quindi i mali del mercato del lavoro italiano e che la cura sia il *Jobs Act* è tutto da verificare; l'ottimismo della volontà di questo come di altri Governi si scontra con il crudo realismo di norme tecnicamente approssimative e di interventi novellatori a macchia di leopardo presentati come riforme strutturali (42). In ogni caso, par di capire che il D.L. 20 marzo 2014, n. 34, c.d. decreto Poletti, entrato in vigore il 21 marzo, convertito con modificazioni nella legge 16 maggio 2014, n. 78, entrata in vigore il 20 maggio, costituisca solo l'anticipazione (43) di «una organica riforma del mercato del lavoro (*Jobs Act*) tesa a realizzare una effettiva razionalizzazione dei meccanismi di assunzione, delle forme contrattuali nonché rinnovare e rendere più efficienti il sistema degli ammortizzatori sociali. [...] Gli interventi di semplificazione dei contratti a termine e di apprendistato perseguono l'obiettivo di rendere tali tipologie contrattuali più coerenti con le esigenze dell'attuale contesto occupazionale e produttivo e costituiscono il primo passo per arrivare, nell'ambito dell'attuazione della citata delega, al complessivo riordino e alla unificazione delle molteplici forme contrattuali a oggi previste» (DEF, 12).

Ebbene, ai citati «interventi di semplificazione dei contratti a termine» vanno ragionevolmente ricondotti anche quelli sul lavoro somministrato contenuti nel D.L. n. 34/2014 e nella legge di conversione n. 78/2014 conti-

nuandosi così un discorso, iniziato nel 2003 (cfr. art. 22, D.Lgs. n. 276/2003), di contaminazione e di allineamento tra i due istituti, preso atto della prassi invalsa di utilizzare la somministrazione a termine quale strumento per aggirare i vincoli e i limiti posti al contratto di lavoro a tempo determinato.

La direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale statuisce che «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi» (art. 4, comma 1); e prima ancora che: «il miglioramento della base minima di tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale dovrebbe essere accompagnato da un riesame delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale» (considerando n. 18).

Il legislatore comunitario ha quindi ritenuto che «il lavoro tramite agenzia risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (considerando n. 11). È di tutta evidenza che, con riferimento al lavoro tramite agenzia, il cambio di rotta rispetto al passato remoto è stato di centottanta gradi e molto è dovuto al ripensamento e all'autocritica operati dall'ILO nei confronti dell'atteggiamento di profonda sfiducia tenuto sin dal 1948 (44) nei confronti della presenza dei privati nel mercato del lavoro, sia con riferimento all'attività di mediazione sia di somministrazione di lavoro, tanto da giungere a valorizzarne, con la convenzione n. 181/1997, addirittura il loro ruolo e le loro funzioni «ai fini di un buon funzionamento del mercato del lavoro» seppur sempre con l'obiettivo di «proteggere i lavoratori contro gli abusi».

In Italia, l'originaria radicale e assoluta diffidenza verso un rapporto triangolare anziché diretto tra datore e lavoratore, tradottasi dapprima nell'art. 2127 c.c. e poi nella legge n. 1369/1960, subisce un completo ripensamento con la legge n. 196/1997 (anche sulla scia all'emanazione della citata convenzione ILO n. 181/1997 sulle agenzie per l'impiego private) (45) seguita di lì a poco dal D.Lgs. n. 276/2003: cambia l'atteggiamento del legislatore verso il fenomeno e quindi la *ratio* delle norme e pertanto le soluzioni tecniche escogitate sono diverse ri-

(41) Cfr. Banca d'Italia, *Relazione annuale 2013*, 30 maggio 2014, 104.

(42) Riflette con la consueta ironica sagacia sulla politica sociale europea e italiana F. Carinci, *Il diritto del lavoro che verrà (In occasione del congedo accademico di un amico)*, relazione tenuta al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, 11-12 aprile 2014, Torino, in corso di pubblicazione, §§ 3 e 4 del dattiloscritto.

(43) Per una recente puntuale riflessione sulle politiche del lavoro degli ultimi anni realizzate in Italia ed un primo commento all'art. 2 (delega al governo in materia di servizi per il lavoro e politiche attive) del ddl AS 1428/2014 presentato al Se-

nato il 3 aprile 2014, cfr. D. Garofalo, *Le politiche del lavoro in Italia*, in corso di pubblicazione in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture*, 2014, n. 2, www.annalidipartimentojonico.org.

(44) Cfr. Employment Service Convention, 1948, n. 88, e Fee-Charging Employment Agencies Convention (Revised), 1949, n. 96.

(45) Sebbene formalmente ratificata dall'Italia solo nel 2000, cfr. G.U., 2 febbraio 2000, n. 26, Estratti, sunti e comunicati.

Inserto

spetto al passato, improntate al riconoscimento del valore aggiunto fornito dalla presenza delle agenzie, sia per la creazione di mere occasioni di lavoro, sia nella prospettiva che queste ultime possano favorire la costituzione di rapporti di impiego stabili (46).

L'approccio generale quindi al tema della "triangolazione" (47) è ormai dal 1997 di prudente fiducia, nella consapevolezza che il lavoro tramite agenzia costituisce, *in primis*, uno strumento strategico per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; *in secundis*, un mezzo di sperimentazione reciproca di durata potenzialmente maggiore rispetto al patto di prova apponibile al contratto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2096 c.c.; infine, un ponte verso un impiego stabile, sia alle dipendenze della medesima agenzia sia dell'utilizzatore.

Lo strumento della somministrazione di lavoro può poi anche essere utilizzato per favorire l'inclusione sociale dei lavoratori con maggiori difficoltà di inserimento lavorativo ovvero con scarsa propensione all'inserimento stesso.

Sul punto va segnalato come già la versione originaria del D.Lgs. n. 276/2003 conteneva all'art. 13 una disposizione, più volte rimaneggiata, rubricata *Misure di incentivazione del raccordo pubblico privato*, volta ad utilizzare le agenzie di somministrazione al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei soggetti svantaggiati, affidando contestualmente alle medesime agenzie anche il controllo sul comportamento (auspicabilmente: trasparente e collaborativo) dei lavoratori presi in carico, beneficiari di trattamenti di disoccupazione, nonché l'obbligo di comunicazione all'Inps e ai servizi per l'impiego del verificarsi di ipotesi di decadenza dai trattamenti previdenziali. Successivamente la legge n. 191/2009 ha inserito nell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003 il comma 5-*bis*, riferito ai lavoratori in mobilità assunti dall'agenzia ai sensi dell'art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, e poi il D.Lgs. n. 24/2012 vi ha aggiunto i commi 5-*ter* e 5-*quater* al fine di incentivare l'assunzione da parte delle agenzie di somministrazione dei lavoratori percettori di ammortizzatori sociali ovvero "svantaggiati" secondo la definizione della normativa comunitaria (si veda regolamento Ce n. 800/2008) o ancora di categorie di lavoratori comunque difficilmente collocabili individuati dalla contrattazione collettiva creandosi quindi delle ragioni giustificatrici speciali rispetto a quelle contenute nei commi 3 e 4 dell'art. 20 cit.

(46) Sul punto va segnalato che Assosomm, *Mercato del lavoro: eppur si muove* (comunicato stampa), 28 febbraio 2014, ha diffuso l'analisi statistica effettuata su missioni e assunzioni per l'anno 2013: ebbene, in controtendenza rispetto al trend generale, nel 2013 si è registrato un aumento del 23% rispetto al 2012 con riferimento al numero delle missioni in somministrazione attivate e un aumento di assunzioni a tempo indeterminato sia alle dipendenze delle stesse agenzie di somministrazione, sia direttamente presso gli ex utilizzatori.

(47) Per una recente disamina dell'istituto cfr. M. Aimo, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in M. Aimo, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 415 ss., e ivi un'ampia rassegna di riferimenti bibliografici; G. Zilio Grandi, *Il contratto di somministrazione*

La legge n. 92/2014 ha rafforzato l'allineamento tra contratto di lavoro a termine e somministrazione, da un lato, equiparandoli sul piano dell'irrelevanza delle ragioni giustificatrici «nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi» (48); dall'altro, prevedendo che «ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si [tenesse] altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti» (49).

Conferma del parallelismo tra i due istituti si ha anche con l'introduzione, sempre ad opera della riforma Fornero, del contributo addizionale a carico del datore di lavoro sui «rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato» pari a 1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali (50); da rilevare che per la somministrazione era stata inizialmente prevista una corrispondente riduzione dell'aliquota di cui all'art. 12, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, portandola dal 4% al 2,6% (51), disposizione che, posta proprio nella logica dell'allineamento tra gli istituti, è stata invece abrogata l'anno dopo con reviviscenza della percentuale originaria (52).

Coerentemente con il trend descritto, il D.L. n. 34/2014 nell'eliminare la necessità di una giustificazione per le assunzioni con contratto di lavoro a termine ha dovuto anche prevedere la parallela generalizzata eliminazione della necessità di una giustificazione per la stipulazione del contratto di somministrazione a termine.

Orbene, in questa logica e fatta questa premessa, non può tacersi come il c.d. *Jobs Act*, si sia però posto in maniera contraddittoria nei confronti del lavoro tramite agenzia, da un lato, "liberalizzando" il ricorso alla somministrazione a termine (e al connesso contratto di lavoro subordinato a termine), dall'altro, mortificando le agenzie con una disposizione fortemente depressiva per l'attività di somministrazione in generale; il riferimento è al contingente del 20% massimo di contratti di lavoro a termine di cui all'art. 1, comma 1, ultimo periodo, del novellato D.Lgs. n. 368/2001, previsione che, stando ad una interpretazione aderente al dato letterale della norma, dovrebbe applicarsi a tutti i datori di lavoro - salvo l'espressa esclusione ritagliata per i datori con meno di 6 dipendenti - e quindi anche alle agenzie di somministrazione, ma che secondo l'interpretazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, contenuta nella circ. 30 luglio 2014, n. 18, non riguarda in alcun modo le agenzie di somministrazione, né con riferimento alle assunzioni di lavoratori a termine da somministrare né

di lavoro, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, 1306 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(48) Art. 1, comma 9, lett. b, legge n. 92/2012. Cfr. L. Fiorillo, *Le nuove regole in materia di contratto a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato e lavoro a tempo parziale: un contributo per un uso corretto della flessibilità in entrata*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, 54-60, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

(49) Art. 1, comma 9, lett. i, di modifica dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

(50) Art. 2, comma 28, l. n. 92/2012.

(51) Art. 2, comma 39, l. n. 92/2012.

(52) Art. 1, comma 136, l. n. 147/2013.

con riferimento all'assunzione di lavoratori a termine da adibire all'attività propria dell'agenzia.

Tale posizione ministeriale appare decisamente creativa e poco convincente non essendo ancorata ad alcun dato normativo ma solo a considerazioni di natura politica e pragmatica nel tentativo di rimediare a quella che, forse, è stata una 'svista' del legislatore. L'espressa esclusione prevista per i datori che occupano da 0 a 5 dipendenti spinge, viceversa, a sostenere che ove "ubi lex voluit dixit ...", senza contare che l'applicazione anche alle agenzie di somministrazione del limite del 20% può essere stata ispirata proprio dall'obiettivo di spingere anche questi datori di lavoro ad assumere i lavoratori preferibilmente a tempo indeterminato anziché a termine; che poi una tale disposizione possa produrre l'effetto perverso di deprimere l'attività di somministrazione e quindi le stesse assunzioni dei lavoratori è possibile: è infatti preventivabile un calo delle assunzioni (sino ad ora normalmente) effettuate da parte dell'agenzia "su indicazione nominativa" dell'utilizzatore, perché, se l'agenzia ha sfiorato il tetto del 20%, non sarà tanto facilmente disposta ad assumere a tempo indeterminato il lavoratore 'segnalato' senza avere la (quasi) certezza di poterlo poi ricollocare oltre la prima missione (*amplius infra*, paragrafo quinto).

Intervento novellatore della legge n. 78/2014

Il D.L. n. 34/2014 convertito con modificazioni nella legge n. 78/2014 incide nuovamente sul D.Lgs. n. 368/2001 (53), già ripetutamente e profondamente segnato dalle modifiche subite nel corso del tempo, di cui due ad opera della Corte costituzionale (54), mentre sembra occuparsi solo marginalmente della somministrazione di lavoro con una disposizione novellatrice dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003 (55) e con due richiami inseriti nel nuovo testo del D.Lgs. n. 368/2001 (56).

In realtà le modifiche in tema di somministrazione sono tutt'altro che marginali, come si dimostrerà nella riflessione che si va a compiere.

Certo, l'intreccio funzionale dei due istituti, sulla cui opportunità si dirà nel prosieguo, finisce con il riflettere sulla regolamentazione della somministrazione la complessa disciplina del contratto a termine, divenuta disarmonica e in più punti poco coerente per effetto del reiterato intervento legislativo (57), specie a partire dalla legge n. 247/2007.

(53) Cfr. M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, relazione presentata al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit.; V. De Michele, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in questo volume, parte I; L. Menghini, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in corso di pubblicazione in *ADL*; M. Tiraboschi, *Lavoro a termine: è vera liberalizzazione?*, in *La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione*, Working Paper Adapt, 2014, n. 153, 3.

(54) Cfr. C. cost. n. 44/2008 e n. 214/2009.

(55) Si veda il comma 2 dell'art. 1 del D.L. n. 34/2014: «All'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, i primi due periodi sono soppressi e al terzo pe-

Pare venuto il momento di un riordino delle normative del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro, magari con un Testo Unico sul "lavoro temporaneo" che non solo riorganizzi ma anche elimini le aporie e le contraddizioni dell'attuale *patchwork* normativo, valorizzando sì gli intrecci ma anche le differenze tra i due istituti contrattuali proprio in una logica inclusiva di fornire strumenti di inserimento nel mercato del lavoro e occasioni di impiego anziché deprimendo l'attività di impresa ovvero disincentivando l'assunzione.

Eliminazione delle ragioni giustificatrici per la somministrazione a termine e le conseguenti ipotesi di abrogazione tacita

L'art. 1, comma 2, del D.L. n. 34/2014 ha abrogato i primi due periodi del comma 4 dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, in tal modo sintonizzando il contratto di somministrazione a termine sulla stessa lunghezza d'onda del contratto di lavoro a termine (58).

Il legislatore quindi non richiede più che un soggetto - imprenditore o no che sia - giustifichi il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato (59); viceversa, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato continua ad essere ammessa nei casi 'tassativamente' (il virgolettato è d'obbligo visto che si tratta di formulazioni piuttosto ampie) previsti dal comma 3 del medesimo art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, nonché nell'ipotesi derogatoria di cui al successivo comma 5-bis (si veda *amplius infra*).

L'abrogazione espressa dei primi due periodi del comma 4 dell'art. 20, cit., ha come conseguenza immediata l'abrogazione tacita delle disposizioni inserite nel o esterne al D.Lgs. n. 276/2003 incompatibili con la disposizione abrogatrice in quanto strettamente correlate alle norme abrogate.

Abrogazione "tacita" perché, ai sensi dell'art. 15 delle disp. prel. al codice civile, se di sicuro non v'è una «dichiarazione espressa del legislatore», non si può nemmeno dire che «la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»: ciò che esclude le ipotesi sia di un'abrogazione "espressa" che "implicita"; senza dire che le stesse righe che si vanno qui scrivendo provano la predetta natura dell'abrogazione, posto che, per comprendere ciò che è e ciò che non è da considerare abrogato dal testo in commento, appare necessaria l'attività dell'interprete (60).

riodo dopo le parole: "della somministrazione" sono inserite le seguenti: "di lavoro"».

(56) Si veda l'art. 1, comma 1, e l'art. 5, comma 4-bis, del novellato D.Lgs. n. 368/2001.

(57) M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, cit., spec. § 4 del dattiloscritto.

(58) Si veda l'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 come novellato dal D.L. n. 34/2014.

(59) Si veda l'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003 come modificato dall'art. 1, comma 10, lett. b, della legge n. 92/2012 prima dell'abrogazione ad opera del D.L. n. 34/2014.

(60) In dottrina cfr. S. Pugliatti, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, 1958, vol. I; si veda anche Cass. 7 marzo 1979, n. 1423, in *RGL*, 1980, 633.

Inserto

Il riferimento è, innanzitutto, alla disposizione di cui all'art. 5-*bis* del medesimo art. 20, D.Lgs. n. 276/2003, laddove statuisce: che «non operano le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 del presente articolo»; tale ipotesi, introdotta con la legge n. 191/2009, aveva senso se e in quanto rappresentava una eccezione alla necessaria sussistenza di ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» per la stipulazione di una somministrazione a termine e, pertanto, l'abrogazione esplicita delle ragioni giustificative provoca l'abrogazione tacita del rinvio al comma 4 per incompatibilità tra le due discipline, sopravvivendo invece il rinvio al comma 3 riferito alla somministrazione a tempo indeterminato. In secondo luogo, cadono anche le ipotesi derogatorie, rispetto alla regola della giustificazione necessaria, pensate dal legislatore solo per il caso di somministrazione a termine e con riferimento ai lavoratori in particolari situazioni di svantaggio: si tratta del comma 5-*ter* sempre dell'art. 20, cit., aggiunto dal D.Lgs. n. 24/2012. Tacitamente abrogato risulta poi il comma 5-*quater* del medesimo art. 20, così risultando eliminato il rinvio alle «ulteriori ipotesi individuate dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro». Infine, per i motivi già detti, è da ritenere tacitamente abrogato anche l'art. 28, comma 2, del D.L. n. 179/2012 convertito dalla legge n. 221/2012, secondo cui le ragioni giustificative «si intendono sussistenti qualora il contratto a tempo determinato, anche in somministrazione sia stipulato da una *start-up* innovativa per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della stessa»; va però osservato che un *favor* verso la «*start up* innovativa» comunque resta, rilevando tale requisito al fine del superamento del limite quantitativo all'utilizzazione del contratto a tempo determinato (cfr. art. 10, comma 7, D.Lgs. n. 368/2001; si veda *amplius infra*, paragrafo quinto).

A fronte dell'eliminazione delle ragioni che giustificano la stipulazione di una somministrazione a termine, è chiaro che il segnale mandato dal legislatore sembra essere di apprezzamento verso questo strumento di impiego regolare, in sintonia con la direttiva 2008/104/Ce, così definitivamente «sdoganando» tale istituto, ritenuto quindi mezzo di inserimento lavorativo non rispondente «solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti», contribuendo «pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (considerando n. 11 della direttiva 2008/104/Ce).

Soppressa da parte della nuova disciplina l'obbligatoria indicazione delle esigenze legittimanti il ricorso alla

somministrazione a termine, ne dovrebbe conseguire la caducazione dell'identica previsione o del rinvio alla norma abrogata contenuti nel contratto collettivo (61).

Una considerazione finale va dedicata all'ipotesi in cui l'utilizzatore del lavoro somministrato sia una pubblica amministrazione; in questo contesto, infatti, l'integrale applicazione delle discipline del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro a termine novellate dal D.L. n. 34/2014 va esclusa alla luce di quanto dispone l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, come da ultimo modificato dal D.L. n. 101/2013 convertito dalla legge n. 125/2013.

Sul punto va *in primis* ricordato che l'art. 1, comma 9, lett. b, legge n. 92/2012 (cioè la possibilità di stipulare il primo rapporto a termine, per massimo 12 mesi, senza addurre ragioni giustificatrici), non ha trovato applicazione nelle pubbliche amministrazioni per la generale inapplicabilità della legge n. 92/2012 all'impiego pubblico (si veda il comma 7 dell'art. 1); *in secundis*, eliminando ogni residuo dubbio relativo all'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della c.d. legge Fornero, il D.L. n. 101/2013, incidendo sull'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, ha ribadito la possibilità per le stesse di far ricorso agli strumenti di flessibilità solo «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», addirittura delineando un *modus procedendi* finalizzato a «prevenire fenomeni di precariato» («le amministrazioni pubbliche [...] sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato»).

Appare quindi evidente che il legislatore (ancora una volta) (62) con riferimento al settore pubblico sia andato in una direzione diametralmente opposta rispetto all'impiego privato, dovendosi conseguentemente ritenere che, per avvalersi della somministrazione di lavoro a termine (unica consentita ex art. 86, comma 9, D.Lgs. n. 276/2003) e anche del contratto di lavoro a tempo determinato, le pubbliche amministrazioni dovranno sempre esplicitare «le esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» nonostante l'eliminazione delle ragioni giustificatrici ad opera del D.L. n. 34/2014 (63).

Il problema dei rinvii tra discipline

Prima di affrontare le questioni sollevate dai rinvii espliciti o impliciti tra la disciplina della somministrazione di lavoro di cui agli artt. 20-28 del D.Lgs. n. 276/2003 e quella del contratto a termine contenuta nel D.Lgs. n. 368/2001, vanno evidenziate le due disposizioni «chiave» che mettono in correlazione le citate normative.

La prima è quella contenuta nell'art. 10, comma 1, lett. a, del D.Lgs. n. 368/2001, che esclude dal campo di applicazione del citato decreto «i contratti di lavoro tem-

(61) Il riferimento è all'art. 23, comma 1, n. 1, del Ccnl 27 febbraio 2014 per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro sottoscritto dall'associazione delle agenzie di somministrazione Assolavoro con Cgil, Cisl e Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil, Uil-Temp, che si limitava a richiamare «i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, di cui al comma 4, dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003».

(62) Di «inarrestabile allontanamento» parla E. Gagnoli, *L'inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *op. cit.*, 143 ss., spec. 145, cui si rinvia per i numerosi riferimenti bibliografici.

(63) Cfr. le considerazioni critiche di V. De Michele, *op. cit.*, §§ 4, 5 e 21.

poraneo di cui alla legge 24 giugno 1997, e successive modificazioni»; la seconda, è racchiusa nell'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 che espressamente prevede «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con l'esclusione delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e seguenti. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore» (64).

Orbene, l'art. 10, comma 1, lett. a, del D.Lgs. n. 368/2001, può essere considerato implicitamente abrogato in ragione dell'abrogazione esplicita degli artt. 1-11 della legge n. 196/1997 da parte dell'art. 85, lett. f, del D.Lgs. n. 276/2003, nonché vista la specifica regolamentazione da parte dell'art. 22, comma 2, del medesimo D.Lgs. n. 276/2003, che ha ritenuto di rinviare proprio al D.Lgs. n. 368/2001 per la disciplina del contratto a termine stipulato tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore. È di tutta evidenza che nell'arco di 2 anni, il legislatore ha cambiato orientamento: nel 2001 divaricando nettamente le strade dei due istituti, nel 2003, invece, riconducendoli su binari paralleli e comunicanti.

La norma di raccordo tra la disciplina del contratto a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001 e quella del lavoro somministrato è (apparentemente solo) quella contenuta nel citato comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003, che però non detta un confine preciso tra cosa si applica e cosa non si applica del D.Lgs. n. 368/2001 nel contesto di una somministrazione a tempo determinato, visto che lascia socchiusa, cioè «per quanto compatibile», la porta delle contaminazioni.

Analizzando però attentamente l'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003, appare chiaro che non è solo il comma 2 che fa da ponte tra la somministrazione di lavoro e il contratto a termine ma anche il comma 1 in quanto dispone che «in caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali».

È di tutta evidenza allora che esistono due ipotesi di rinvio al D.Lgs. n. 368/2001 (65):

1) nel caso di **somministrazione a tempo indeterminato** i rapporti tra agenzia e prestatori di lavoro seguono le normali regole applicabili a qualunque datore di lavoro e quindi anche per intero e senza eccezioni il D.Lgs. n. 368/2001;

2) diversamente, nel caso di **somministrazione a tempo determinato** l'agenzia che ha assunto con contratto a termine il lavoratore da mandare in missione applica il

D.Lgs. n. 368/2001 in modo “temperato” avendo il legislatore apposto la clausola «per quanto compatibile», che rimette all'interprete la declinazione e la portata del rinvio medesimo. Si potrebbe, a questo punto, prospettare l'ipotesi interpretativa che il termine massimo di 36 mesi previsto dall'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001 come novellato dal D.L. n. 34/2014, possa essere derogato (66) dalla contrattazione collettiva proprio ai sensi dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003 («il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore»), nonché facendo leva sulla clausola «per quanto compatibile»; ebbene, tale soluzione appare a chi scrive alquanto forzata e non condivisibile in considerazione sia del fatto che il citato rinvio alla contrattazione è antecedente (legge n. 247/2007) al termine massimo di 36 mesi posto dal D.L. n. 34/2014, sia della divaricazione che in tal modo si verrebbe a creare tra le due normative (facendo entrare dalla finestra ciò che si è fatto uscire dalla porta, cioè massimo 36 mesi con un lavoratore assunto direttamente con contratto a termine, ma senza limiti con un lavoratore somministrato) che il legislatore sta, viceversa, delineando come parallele.

A questo proposito va ricordato che l'art. 47 del Ccnl per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro sottoscritto il 27 febbraio 2014 dall'associazione delle agenzie di somministrazione Assolavoro con Cgil, Cisl e Uil, e Felsa-Cisl, Nidil-Cgil, Uil-Temp con riferimento all'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, ha disposto che «il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per 6 volte nell'arco di 36 mesi» quindi, senza porre particolari problemi con riferimento al limite massimo di legge, salvo che per l'ipotesi dell'utilizzo della somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti: in tali casi, si legge, «resta inteso che [...] il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze»; proprio questa disposizione potrà rappresentare un terreno di confronto interpretativo sulla prevalenza, come mi sembra preferibile, dello *ius superveniens* e quindi della generalizzazione del tetto invalicabile dei 36 mesi, ovvero del rinvio alla contrattazione collettiva, anche in un mutato contesto normativo.

In ogni caso va comunque evidenziato che il problema della proroga del termine inizialmente apposto al contratto a tempo determinato stipulato in caso di somministrazione a termine è un “falso problema”: ben potendo l'agenzia stipulare con quel lavoratore un nuovo contratto a termine, non applicandosi, in caso di somministrazione, la norma sanzionatoria di cui al comma 4-bis del-

(64) Va ricordato che una modifica del comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003 è stata operata dall'art. 1, comma 42, della legge n. 247/2007, che alle parole «all'articolo 5, commi 3 e 4» ha sostituito le parole «all'articolo 5, commi 3 e seguenti».

(65) Affronta la questione esplicitando chiaramente i dubbi interpretativi che pone l'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003 già nella sua versione originaria S. Ciucciovino, *Commento all'art. 22. La disciplina dei rapporti di lavoro*, in M.T. Carinci, C. Cester (a cu-

ra di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV. Artt. 20-32*, Ipsoa, 2004, 70-74.

(66) Questa soluzione è prospettata, pur con molti dubbi, da S. Spattini, M. Tiraboschi, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt University Press, 2014, 69-70.

Inserto

l'art. 5, D.Lgs. n. 368/2001, per espressa esclusione operata dal comma 2 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003 (va notato che sia il comma 4-*bis* dell'art. 5, cit., sia il comma 2 dell'art. 22, cit., sono stati introdotti dalla legge n. 247/2007).

Tornando all'applicazione in modo differenziato della disciplina del contratto a termine nella somministrazione, la stessa legge n. 92/2012 tratta in modo diverso i periodi di missione inerenti alla somministrazione a termine rispetto a quelli inerenti la somministrazione a tempo indeterminato, laddove con l'art. 1, comma 9, lett. *i*, ha aggiunto all'art. 5, comma 4-*bis*, del D.Lgs. n. 368/2001 le seguenti parole: «ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, [...], inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato».

È chiaro quindi che il contratto a termine connesso ad una somministrazione a termine viene considerato dal legislatore un vero e proprio succedaneo del contratto a termine stipulato direttamente tra lavoratore e datore/utilizzatore, così fondando la diversa declinazione del D.Lgs. n. 368/2001 nell'ambito della somministrazione. Conclusivamente, possiamo affermare che il problema della 'compatibilità' della disciplina del contratto a termine risultante dalle modifiche operate dal D.L. n. 34/2014, con le specificità della somministrazione si pone solo con riferimento a rapporti di lavoro stipulati in relazione a contratti di somministrazione a termine; viceversa nel caso di rapporti di lavoro stipulati in relazione a contratti di somministrazione a tempo indeterminato si applica integralmente la disciplina del D.Lgs. n. 368/2001 come novellata dovendosi considerare l'agenzia di somministrazione un 'normale' datore di lavoro, cui si applicano quindi anche le norme sanzionatorie e le precedenzae previste nell'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001.

Contingentamento del 20 per cento e sua "compatibilità"

Fatta la doverosa premessa e impostato secondo una logica duale il ragionamento, va affrontato preliminarmente l'impatto delle modifiche operate dal D.L. n. 34/2014 sul D.Lgs. n. 368/2001. Poiché il rinvio contenuto nel comma 1 dell'art. 22 del D.Lgs. n. 276/2003 è incondizionato, ne consegue - come testé detto - che il contratto a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore è integralmente regolato dal D.Lgs. n. 368/2001 ... tutto compreso.

Ritengo quindi che non vi sia alcun dubbio che alle citate agenzie di somministrazione in quanto datori di lavoro si debba applicare anche l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 e pertanto «fatto salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 7, il numero

complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro [...] 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» (67).

Con l'apposizione del limite del contingente massimo del 20%, il legislatore sembra aver forfezzato quelle esigenze - evocando le espressioni usate dall'abrogata legge n. 230/1962 viene da dire: "straordinarie" o "occasionalità" ovvero dettate dalla "speciale natura dell'attività lavorativa" ovvero da "esigenze sostitutive" o "per servizi predeterminati nel tempo" - che sostanzialmente giustificano il ricorso al lavoro a termine, viceversa rifiutando una strutturazione dell'organizzazione aziendale fondata proprio sul contratto a tempo determinato (68).

Per quanto argomentato (si veda *supra*, paragrafo quarto) ne consegue che alle «agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato» cioè quelle «abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da *a*) a *h*)» (69) andrebbe applicato, senza sconti, il contingente del 20% massimo di lavoratori a termine. Di tale avviso non sembra, viceversa, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali che, nella circ. n. 18/2014, esclude, sbrigativamente, l'applicabilità del limite del 20% alla somministrazione in generale, senza neppure fare distinzioni tra tempo determinato e indeterminato; come già anticipato (*supra*, paragrafo primo), non si condivide la soluzione ermeneutica sposata dal Ministero in quanto fortemente manipolativa e additiva rispetto al dato testuale.

Tornando all'analisi esegetica dell'articolato normativo, più complesso risulta, ovviamente, il ragionamento che riguarda le «agenzie di somministrazione di lavoro abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20» (70), cioè quelle che possono svolgere sia somministrazione a termine sia a tempo indeterminato. È chiaro che queste agenzie svolgono molta attività di somministrazione a tempo determinato, attività che risulta normalmente prevalente (71) rispetto a quella a tempo indeterminato e per la quale solitamente impiegano lavoratori assunti con contratti di lavoro a termine. In questo caso, il contingente massimo del 20%, può incidere in maniera significativamente depressiva sull'attività delle citate agenzie, in quanto decisamente limitate dal tetto percentuale citato nella stipulazione dei contratti di somministrazione a termine con i potenziali utilizzatori.

Appare troppo forzata e creativa, nonché di difficile traduzione pratica, l'ipotesi ermeneutica, pure astrattamente prospettabile, di far valere per l'attività di somministrazione a termine la "clausola di compatibilità" di cui all'art. 22, comma 2, cit., in modo da non ritenere applicabile il massimale del 20% per la parte di attività di somministrazione svolta a termine dall'agenzia; se l'avesse voluta, il legislatore avrebbe previsto espressa-

(67) Cfr. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in corso di pubblicazione in *ADL*, spec. §§ 3 e 4 del dattiloscritto.

(68) «una misura accettabile di contenimento della precarietà» la considera L. Menghini, *op. cit.*, § 11 del dattiloscritto.

(69) Si veda l'art. 4, lett. *b*, del D.Lgs. n. 276/2003.

(70) Si veda l'art. 4, lett. *a*, del D.Lgs. n. 276/2003.

(71) Sulle ragioni dell'insuccesso della somministrazione a tempo indeterminato si veda A. Fenoglio, *Lo staff-leasing: dieci anni di (in)applicazione*, in M. Aimo, D. IZZI (a cura di), *op. cit.*, 471 ss.

mente una deroga *ad hoc* per le agenzie di somministrazione, come ha fatto per i datori che occupano fino a 5 dipendenti (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*); e non convince neppure l'interpretazione ministeriale di cui alla circ. n. 18/2014 che, da un lato, fa leva sull'espressione «per quanto compatibile» senza nemmeno esplicitare il fondamento dell'incompatibilità (72), dall'altro, estende arbitrariamente la portata della 'clausola di compatibilità' anche alla somministrazione a tempo indeterminato (si veda *supra*).

È chiaro però che sostenere l'applicazione anche alle agenzie del limite del 20% trascina con sé una delicata conseguenza: che possa ravvisarsi una violazione della direttiva 2008/104/Ce (73), salvo voler adottare comunque una interpretazione "direttiva-orientata" leggendo il contingente del 20% applicato anche alle agenzie di somministrazione nella logica della «necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi» (art. 4, comma 1, direttiva 2008/104/Ce). La compressione dell'attività di somministrazione che si serve di contratti di lavoro a termine sarebbe quindi volta a spingere le agenzie verso la stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato. Ciò detto, non possiamo però ignorare che un effetto boomerang per i lavoratori è nascosto dietro l'angolo e cioè - come accennato all'inizio - potrà verificarsi una complessiva flessione delle assunzioni da parte delle agenzie perché se le stesse hanno sfiorato il tetto del 20%, non saranno tanto disposte ad assumere a tempo indeterminato un lavoratore, segnalato dal e gradito all'utilizzatore, senza la sicurezza di poterlo poi ricollocare.

Per la sanzione nel caso di violazione del limite percentuale contenuta nel comma 4-*septies* dell'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001, novellato dal D.L. n. 34/2014, il legislatore sceglie la via della monetizzazione, nella logica del "far cassa" da parte dello Stato (sulla scia di quanto già fatto nel 2003 con l'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003), prevedendosi una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione (mensile) per ciascun mese di durata del rapporto nel caso di un solo lavoratore assunto in violazione del limite e pari al 50% nel caso in cui in quella situazione siano almeno 2 lavoratori; la palla viene quindi rimessa agli ispettori del lavoro, mentre è tutto da verificare l'interesse del lavoratore di far valere giudizialmente il predetto limite del 20%.

(72) Non può certo essere considerata propriamente come argomentazione logico-giuridica l'affermazione: «un limite alle assunzioni a termine effettuate ai fini di somministrazione non sembra conciliarsi con la stessa natura di tale attività, legata più di ogni altra alle necessità e alle richieste - svariate quanto a competenze del personale da utilizzare e spesso limitate quanto al tempo di utilizzazione - del mondo imprenditoriale», così circ. Min. lav. n. 18/2014, 14; irrilevante appare anche il richiamo da parte del Ministero alla sentenza del Corte di giustizia 11 aprile 2013, causa C-290/12, che ha «evidenziato la necessità di tenere distinti il contratto a tempo determinato dalla somministrazione», nel momento in cui è proprio il legislatore italiano a non compiere la cennata distinzione.

(73) Evidenza sul punto il contrasto con la direttiva anche la circ. Fondazione Studi Consulenti del lavoro 12 giugno 2014, n. 13, *Legge n. 78/2014 di conversione del D.L. n.*

In ogni caso la sanzione di cui al comma 4-*septies* dell'art. 5, cit., per espressa previsione dell'art. 1, comma 2-*ter*, del D.L. n. 34/2014, «non si applica per i rapporti di lavoro instaurati precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, che comportino il superamento del limite percentuale» in esame; si tratta di una norma, in fondo superflua, in forza del noto principio della irretroattività della norma sanzionatoria.

V'è chi (74) ha già messo in dubbio l'applicabilità alle agenzie di somministrazione della sanzione amministrativa citata in quanto l'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 oltre alla "clausola di compatibilità" prevede l'esclusione, per la somministrazione a termine, dell'applicazione «delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e seguenti» del D.Lgs. n. 368/2001, da ciò ricavandosi anche l'esclusione della disposizione inserita nel neonato comma 4-*septies*. Anche la circ. Min. lav. n. 18/2014 esclude l'applicabilità della sanzione di cui al comma 4-*septies* dell'art. 5 alla somministrazione, ma senza darne adeguata argomentazione (75).

Sul punto però si consenta di esprimere qualche dubbio, non ritenendo sia possibile prescindere dal fatto che il comma 4-*septies* è stato aggiunto dal D.L. n. 34/2014 e che pertanto non può essere compreso nell'esclusione prevista dall'art. 22, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003; senza contare che il comma 2-*ter* dell'art. 1, D.L. n. 34/2014, specifica proprio che l'efficacia di tale disposizione sanzionatoria si applica per il futuro e non retroattivamente (cioè non ai rapporti in corso all'entrata in vigore della legge n. 78/2014) così differenziandosi dalle altre sanzioni contenute all'«art. 5, commi 3 e seguenti» del D.Lgs. n. 368/2001.

In ogni caso, va rilevato che non devono essere sottovalutate nella loro potenzialità applicativa e di "bypass" del citato massimale, le ipotesi di esonero da limitazioni quantitative elencate nel secondo periodo del comma 7 dell'art. 10, D.Lgs. n. 368/2001, e cioè:

- a) nella fase di avvio di nuove attività con rinvio alla contrattazione nazionale per la declinazione del periodo (c.d. start-up);
- b) per ragioni di carattere sostitutivo o stagionalità;
- c) per specifici spettacoli ovvero programmi radiofonici o televisivi;
- d) con lavoratori ultracinquantenni.

Quanto al rinvio alla contrattazione collettiva contenuto sia nella disposizione di cui al primo periodo del comma 7 dell'art. 10, D.Lgs. n. 368/2001, sia in quel che re-

34/2014 - *modifiche al D.Lgs. n. 368/2001*, 17, benché tale effetto venga utilizzato per fornire a tutti i costi una interpretazione della norma "comunitariamente orientata", in tal modo però forzandone molto il contenuto e prescindendo dalla formulazione letterale della stessa, operazione che, come spiegato nel testo, non si condivide.

(74) S. Spattini, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 72-73.

(75) Si legge: «Né si ritiene applicabile la sanzione amministrativa di cui al nuovo articolo 5, comma 4 *septies*, del D.Lgs. n. 368/2001, evidentemente riferita alla violazione dei limiti quantitativi di contratti a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001 e non anche ai limiti individuati ai sensi dell'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003 (in materia di somministrazione, come detto, trova applicazione la specifica sanzione di cui all'art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003)».

Inserto

sta dell'art. 20, comma 4, D.Lgs. n. 276/2003 (dopo l'azione abrogatrice da parte del D.L. n. 34/2014), va evidenziato che questa leva può innocuizzare certamente l'effetto dirompente del massimale legale del 20% nel momento in cui il contratto collettivo eleva (76) il tetto massimo in modo da consentire un "comodo" utilizzo del contratto a termine per le agenzie di somministrazione; viceversa, non si condivide, l'interpretazione (77) che enfatizza la portata di tale disposizione addirittura nel senso di intenderla come delega del legislatore alla contrattazione con riferimento alla scelta non solo sul *quantum* del contingentamento ma addirittura sull'*an*; tale prospettiva non mi pare aderente né alla lettera né alla *ratio* della disposizione che chiaramente intende delegare le parti sociali nell'«individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 1», senza, viceversa, lasciar loro la "possibilità" di escluderli completamente. In ogni caso, le agenzie, quindi, con il sapiente uso di una o più ipotesi di esenzione dal massimale, potranno "tenersi a galla", specie per il fatto che non sussistendo più la necessità di mettere nero su bianco la ragione giustificatrice sia con riferimento al contratto di somministrazione a termine (78) sia con riferimento al contratto di lavoro a termine (79), potrebbero essere con maggiore facilità addotte le ragioni sostitutive (80); senza contare che potrebbe anche esserci, almeno in una prima fase di studio e assestamento della nuova normativa, un incremento delle assunzioni di lavoratori ultracinquantenni (quasi una *reverse discrimination* nei confronti degli under 55).

Riflessi sulla somministrazione irregolare e fraudolenta

L'aver apparentemente 'liberalizzato' la somministrazione a termine eliminando la giustificazione, riduce inevitabilmente la portata della disposizione sanzionatoria di cui all'art. 27 del D.Lgs. n. 276/2003 che definisce la *somministrazione irregolare*, visto che non è più necessaria la sussistenza di ragioni che giustificano il ricorso della somministrazione a termine e, conseguentemente e logicamente, non è necessario specificare nulla in merito nel contratto di somministrazione (si veda la lett. c, comma 1, art. 21, D.Lgs. n. 276/2003). Non si può, a mio parere, nemmeno sostenere l'ontologica necessità di ragioni giustificative, teoria suggestiva formulata nel caso del contratto a termine (81), non sussistendo alcun appiglio normativo in proposito né nel diritto interno e tanto meno nella direttiva 2008/104/Ce.

L'art. 27 troverà allora applicazione quando ad esempio la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni poste

dall'art. 20, comma 3, oppure la somministrazione sia a tempo indeterminato sia a termine avvengono senza l'indicazione in forma scritta nel contratto degli elementi contrassegnati con le lett. a, b, d ed e di cui all'art. 21 oppure nei casi vietati dal comma 5 dell'art. 20 (82).

Non pare invece che il D.L. n. 34/2014 abbia una ricaduta sull'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003, salvo voler ritenere che l'eliminazione delle ragioni giustificative rendono ancora più ineffabile l'ipotesi normativamente delineata di somministrazione fraudolenta.

Sull'insussistenza dei motivi di "necessità e urgenza" che avrebbero dovuto giustificare il ricorso a un decreto-legge

Le motivazioni poste a supporto della scelta dello strumento della decretazione d'urgenza sono esplicitate nel preambolo del D.L. n. 34/2014: «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte a semplificare alcune tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile» e «straordinaria necessità ed urgenza di semplificare le modalità attraverso cui viene favorito l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro».

Ulteriori ragioni di necessità e urgenza vengono poi 'evocate' nell'art. 1, comma 1, prima parte, laddove si ribadisce che «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 tipologie dei contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni».

Termina questo sintetico mosaico in tema di "urgenza" la disposizione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 1 (aggiunta in sede di conversione) con la quale si prevede che «ai fini della verifica degli effetti delle disposizioni del presente capo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presenta una relazione alle Camere, evidenziando in particolare gli andamenti occupazionali e l'entità del ricorso al contratto a tempo determinato e al contratto di apprendistato, ripartito per fasce d'età, sesso, qualifiche professionali, aree geografiche, durata dei contratti, dimensioni e tipologia di impresa e ogni altro elemento utile per una valutazione complessiva del nuovo sistema di regolazione di tali rapporti di lavoro in relazione alle altre tipologie contrattuali, tenendo anche conto delle risultanze delle comunicazioni di assunzione, trasforma-

(76) Riflettono sull'ipotesi contraria cioè quella di clausole di contingentamento contrattuali, antecedenti all'entrata in vigore del D.L. n. 34/2014, che prevedono un limite inferiore al 20%, G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, *op. cit.*, § 5 del dattiloscritto.

(77) S. Spattini, M. Tiraboschi, *op. cit.*, 73.

(78) Si veda l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 34/2014, che ha abrogato il comma 4 dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003.

(79) Si veda l'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, come modificato dal D.L. n. 34/2014.

(80) Cfr. V. De Michele, *op. cit.*, § 18.

(81) Ivi, § 20.

(82) Sull'applicabilità dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 nel caso di somministrazione irregolare cfr. L. Fiorillo, *op. cit.*, 57-60; L. Giasanti, *La somministrazione illecita*, in M. Aimò, D. Izzi (a cura di), *op. cit.*, 581-584.

zione, proroga e cessazione dei rapporti di lavoro ricavate dal sistema informativo delle comunicazioni obbligatorie già previsto dalla legislazione vigente».

Come anticipato, dovrebbe essere il combinato disposto delle norme citate a dare conto delle ragioni di necessità e urgenza poste alla base della scelta del decreto-legge quale fonte più adatta a trattare l'argomento *de quo*, ma, pur non potendoci in questa sede spingere ad un'analisi approfondita del tema (83) non sembra nemmeno di poter ignorare la questione, sorvolando sulla circostanza per cui i presupposti per l'applicazione dell'art. 77 Cost. sono, a dire poco, discutibili.

Innanzitutto, non si può ignorare che le modifiche al D.Lgs. n. 368/2001 e all'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, contenute nell'art. 1 del D.L. n. 34/2014, non sono riferite solo alle categorie più svantaggiate nel mercato del lavoro e non disciplinano misure temporanee e specificamente dirette a risolvere emergenze "tutte straordinarie", contenendo il provvedimento in esame una novella di carattere generale, e cioè rivolta a tutti, e strutturale, apparendo quindi in se stessa inadatta ad affrontare situazioni impreviste o imprevedibili.

A dare conto di ciò, non serve nemmeno, l'analisi della dottrina, posto che, paradossalmente, l'atto normativo contiene in se stesso un'espressa e chiarissima auto-accusa in tale senso, nella parte in cui, all'inizio dell'art. 1, fa riferimento alla «perdurante crisi occupazionale e [alla] incertezza dell'attuale quadro economico»: ciò che è «perdurante» per definizione non può costituire alcunché di imprevisto o imprevedibile e, quindi, non può essere trattato con ciò che serve ad affrontare le emergenze.

In più, l'idea di incidere su una normativa preesistente, in modo profondo, radicale e almeno tendenzialmente

stabile (l'ulteriore intervento normativo che si ipotizza facendo riferimento alle «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», potrebbe non intervenire ... mai, non esistendo, nel nostro ordinamento un obbligo di *facere* in capo al potere legislativo) cozza, di nuovo, apertamente con la natura e la *ratio* della decretazione d'urgenza.

Il tutto senza dire che quanto riportato in apertura del presente paragrafo, relativamente al preambolo del decreto-legge, appare addirittura risibile: non diventa "necessario e urgente" ciò che si afferma essere "necessario e urgente". La sussistenza dei caratteri di cui all'art. 77 Cost. va provata, non meramente asserita. Né, certo, serve a migliorare la faccenda, specie in tema di "urgenza", il fatto che, nel provvedimento normativo, si invoca nella prima parte del comma 1, a supporto della "necessità" di apportare le modifiche al D.Lgs. n. 368/2001, la direttiva del 1999/70/Ce visto che gli ultimi interventi di novellazione del citato decreto risalgono al 2013.

Infine, quanto all'auspicato "rilancio dell'occupazione", si tratta di un *posterius*, non di una premessa, concernendo un effetto (e oltretutto solo "auspicato", cioè non certo: è lo stesso legislatore, nel comma 2-*bis* dell'art. 1, ad affermare che l'impatto nel sistema delle misure adottate va verificato) che anche solo come tale, appare del tutto inadatto a giustificare l'uso della decretazione d'urgenza.

Conclusivamente, appare come più che forzata l'opzione per il decreto-legge, assai probabilmente dettata da motivazioni contingenti di carattere meramente politico, certo non da una comprovata situazione di necessità e urgenza, come previsto dalla norma costituzionale.

(83) Prescindendo dal tentativo di dare anche una sommaria indicazione della dottrina e giurisprudenza esistente in tema di decreto-legge, quel che pare rilevante mettere qui in luce è che una palese e manifesta mancanza dei requisiti di "necessità" e di "urgenza" è capace di rendere viziata anche la legge di conversione. Non è più dato per pacifico, infatti, ciò che un tempo si considerava acquisito e cioè che un'avvenuta conversione da parte del Parlamento sia in grado di "sanare", siccome fonte di "novazione", quel tipo di vizio (... ma anche tutti gli altri) del decreto-legge. Riassuntivamente, e per tutti, si rimanda all'analisi di A. Celotto, *C'è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Giustizia Amministrativa*, 2007, n. 3, con particolare riguardo alle sue annotazioni relativamente all'ondivaga giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto di cui qui interessa dare conto. Si possono quindi vedere in tema le sentenze n. 29/1995 e n. 161/1995, n. 270/1996 e n. 330/1996, n. 398/1998; gli *obiter dicta* di cui alle pronunce n. 432/1996, n. 90/1997, n. 194/1998; le pronunce che sembrarono segnare un 'passo indietro' della Corte (n. 419/2000, n. 376/2001, n. 16/2002 e n. 29/2002) e, infine, quelle che si assestano sulla posizione della sindacabilità (n. 341/2003, n. 6/2004, n.

178/2004, n. 196/2004, n. 285/2004, n. 299/2004, n. 2/2005, n. 62/2005 e n. 272/2005) per giungere alla n. 171/2007 che è la prima con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di un decreto-legge per mancanza dei presupposti di necessità e urgenza. «L'utilizzazione del decreto-legge - e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. - non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta" (par. 6 Cons. diritto). Viene, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale [della normativa impugnata e - si badi! - già ormai contenuta nella legge di conversione]. 3. L'impianto motivazionale è logicamente ineccepibile e rispecchia l'impostazione classica del dettato costituzionale: il potere normativo spetta in via generale al Parlamento per cui il decreto-legge rappresenta una deroga. Ne discende che va valutata con rigore l'applicazione che il Governo fa di questo suo potere. Non è infatti sufficiente il controllo inevitabilmente politico operato in sede di conversione dalle Camere», così A. Celotto, *op. cit.*, in chiusura del § 2 e in apertura del § 3.