

CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO

Legge n. 133/2008: luci ed ombre

di Maria Mangiatordi

Sommario: 1. Il contratto a tempo determinato nello scenario comunitario e nazionale. 2. L'evoluzione normativa in materia di contratto a termine e la disciplina ex d. lgs. n. 368/2001. 3. Le ultime novità introdotte in materia di lavoro determinato dal d. lgs. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008.

1. Il contratto a tempo determinato nello scenario comunitario e nazionale

L'idea classica di rapporto di lavoro cui siamo abituati è quella di un rapporto caratterizzato da almeno due peculiarità: la subordinazione e l'essere a tempo indeterminato.

Tuttavia, i repentini mutamenti dello scenario economico mondiale hanno costretto l'Europa, dapprima, e l'Italia, successivamente, a rivedere la filosofia sottesa alle legislazioni giuslavoristiche vigenti.

Ecco che si è fatta avanti una nuova idea di cui sempre più si fa uso e in alcuni casi abuso: la "flessibilità", termine questo che allude al "*ricorso all'utilizzo di forme contrattuali anche atipiche, ben lontane dal rigido schema del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che consentono al datore di contenere il costo del*

lavoro ed acquisire competitività sul mercato"¹.

Sulla scorta delle conclusioni del Consiglio Europeo di Essen, tenutosi nel 1995, che evidenziarono la necessità di provvedimenti atti ad "*incrementare l'intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un'organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività*", nella risoluzione del 09.02.1999 del Consiglio europeo si invitavano "*le parti sociali a tutti i livelli appropriati a negoziare accordi per modernizzare l'organizzazione del lavoro, comprese le forme flessibili di lavoro, al fine di rendere le imprese produttive e competitive e di realizzare il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza*".

Queste, a livello comunitario, le premesse della direttiva 1999/70/CE, recepita nel nostro ordinamento tramite la stesura del d. lgs. n. 368 del 6 settembre 2001.

La portata innovativa del d. lgs. n. 368/2001 è ben evidente nella medesima relazione illustrativa al decreto, che pone l'accento sulla impostazione più semplice del rapporto lavorativo *de quo* e, allo stesso tempo, sull'intento portante della normativa in

¹ Cfr. G. VENETO, *Lezioni di diritto del lavoro*, Adriatica Editrice, Bari, 2005, p. 208.

questione di arginare il ricorso a comportamenti fraudolenti che, di fatto, inficerebbero gli effetti sperati dal legislatore.

2. L'evoluzione normativa in materia di contratto a termine e la disciplina ex d. lgs. n. 368/2001

Prendendo le mosse dal codice civile, non possiamo non fare riferimento all'art. 2097 il quale stabiliva che il contratto di lavoro *“si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto”*.

Il legislatore del 1942 aveva, in altri termini, previsto in *maniera alternativa* il ricorso al criterio della specialità del rapporto o a quello della sussistenza di un atto scritto perché il rapporto di lavoro fosse inquadrabile come rapporto a tempo determinato, così derogando alla norma generale per cui il rapporto di lavoro fosse a tempo indeterminato.

Nel 1962 il legislatore interviene sulla materia *de quo*, con la legge n. 230 la quale, abrogando il surriportato art. 2097 c.c., sanciva che affinché il rapporto fosse a tempo determinato era necessario sia che vi fosse la forma scritta, sia che il rapporto fosse caratterizzato da specialità e non più, invece, che i due requisiti fossero alternativi.

Successivamente, la legge n. 230/1962, così come modificata dalla legge n. 196/97 - meglio nota come pacchetto TREU² - è stata a sua volta

² Sul tema, per maggiori approfondimenti si veda G. VENETO, *Lezioni di Diritto del Lavoro*, pp. 208 e 209. Il pacchetto TREU introduce e sviluppa forme di lavoro improntate al concetto di flessibilità per rendere l'offerta di lavoro più adattabile alle variabili esigenze del mercato e fronteggiare il processo di modernizzazione dell'organizzazione del lavoro.

abrogata dal d. lgs. n. 368/2001, emanato in attuazione della direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La ratio principale di quest'ultimo intervento legislativo, in perfetta sintonia con le spinte comunitarie, è quella di favorire la maggior occupazione possibile.

A tal fine si è reso necessario abbandonare il precedente impianto legislativo che individuava tassativamente le ipotesi di rapporto a termine, restringendone il campo d'azione, in favore di un'utilizzazione decisamente più ampia e generalizzata, limitata solo dall'indicazione dei casi in cui la stessa è vietata.

L'art. 1, infatti, stabilisce che: *“1. E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. 2. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente od, indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1. 3. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. 4. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore ai dodici giorni”*.

Dalla lettura del comma 1 è evidente che il legislatore abbia proceduto ad una generalizzazione del rapporto di lavoro a tempo determinato, in tutti i casi in cui sussistano *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”*, con la precisazione che il termine del rapporto debba risultare da atto scritto (co. 2) e che copia dello stesso debba essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro 5 giorni dall'inizio della

prestazione (co. 3), eccezion fatta per i casi in cui il rapporto abbia natura meramente occasionale e, quindi, non superi i 12 giorni (co. 4).

L'art. 4 ha precisato che il contratto potrà essere prorogato solo quando la sua durata iniziale sia inferiore a 3 anni, per una sola volta, con il consenso del lavoratore.

A tal proposito, la Suprema Corte ha statuito che la forma scritta sia indispensabile solo ai fini dell'apposizione del termine e che la sussistenza dei presupposti per il contratto vada provata dal datore solo se contestati (*ex multis* Cass. Civ., Sez. Lav., Sent. n. 10607/2002).

Ancora, con riferimento all'art. 5, comma 4-bis, la giurisprudenza ha specificato che il limite generale di durata massima in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato richiede l'identità delle parti del rapporto di lavoro e l'equivalenza delle mansioni, con la precisazione che quest'ultima non debba essere intesa in termini di mera corrispondenza del livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni svolte precedentemente e quelle contemplate nel nuovo contratto, ma vada verificata in concreto analizzando le attività espletate.

Infatti, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha da ultimo stabilito che: *“l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa*

fase del rapporto” (Cass. Civ., SS.UU., sent. n. 25033/2006)³.

Quanto al pubblico impiego, il d. lgs. n. 368/01 precisa che le nuove disposizioni siano applicabili, eccezion fatta per la conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, che resta esclusa perché si rischierebbe di violare quanto previsto dall'art. 97 co. 3 della Carta Costituzionale secondo il quale l'ammissione negli organici del pubblico impiego deve avvenire solo mediante concorso.

Non lo stesso può asserirsi per i rapporti con aziende private, giacché, in questo caso, laddove si registri la violazione delle norme ex L. 368/2001, il contratto si converte automaticamente in contratto a tempo indeterminato.

Ad una attenta disamina, emerge chiaramente come nel decreto si tenda ad ammettere la legittimità dell'apposizione del termine non solo in presenza di una attività meramente temporanea.

Questa impostazione, superata già in parte tramite le ipotesi introdotte della contrattazione collettiva, viene rafforzata dal decreto in esame a tal punto che la stipulazione di un contratto a termine è lecita in tutte le circostanze individuate dal datore di lavoro in virtù di criteri di normalità tecnico-organizzativa o, ancora, per ipotesi sostitutive, purché l'assunzione a termine non assuma una finalità fraudolenta.

Pertanto, l'espressione usata dal legislatore, e cioè *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”* rappresenta una clausola generale e aperta, che consente al datore di ricorrere al contratto di lavoro

³ Sul punto si veda *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Lav., n. 425/2006, Cass. Civ., Sez. Lav., n. 7453/2005 e Cass. Civ., Sez. Lav., n. 7351/2005.

a tempo determinato, in modo da dare risposte alle esigenze concrete.

Resta fermo il dato della oggettività delle medesime ragioni, in modo tale che le medesime siano verificabili al momento della stipulazione del contratto.

Non è da sottovalutare neanche il riferimento alle “ragioni di carattere sostitutivo”, espressione questa volutamente ampia cosicché sia indifferente per l’ordinamento che il personale da sostituire si sia assentato per ragioni imprevedibili e, quindi, non programmabili.

3. Le ultime novità introdotte in materia di lavoro determinato dal d. lgs. n. 112/2008 convertito in l. n. 133/2008

Il d. lgs. n. 368/2001 è stato da ultimo oggetto di riforma ad opera del d. l. n. 112 del 25.06.2008 - convertito, con modifiche, nella legge n. 133 del 6.08.2008.

Il d.l. n. 112/2008, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, così come convertito in legge ha previsto all’art. 21 alcune modifiche relative alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato⁴.

⁴ **D.L. 112/2008** (convertito, con modifiche in L. n. 133/2008) - Art. 21. *Modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato.*

1. All’art. 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo le parole “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” sono aggiunte le seguenti “anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro”.

1-bis. Dopo l’art. 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, è inserito il seguente: “art. 4-bis. *(Disposizione transitoria concernente l’indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine).* 1. Con riferimento ai soli

Si ritiene di dover fermare l’attenzione sul comma 1 dell’art. 21, in base al quale “All’articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo le parole «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» sono aggiunte le seguenti: «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»”.

A parere della scrivente l’aver previsto la possibilità di ricorrere al contratto a tempo determinato anche per ragioni afferenti alla “ordinaria attività” datoriale suscita alcune perplessità.

giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un’indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni”.

2. All’art. 5, comma 4-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall’art. 1, comma 40, della Legge 24 dicembre 2007, n. 247, dopo le parole “ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti” sono inserite le seguenti: “e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

3. All’art. 5, comma 4-quater, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dall’art. 1, comma 40, della legge 24 dicembre 2007, n. 247, dopo le parole “ha diritto di precedenza” sono inserite le seguenti: “fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

4. Decorsi 24 mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali procede ad una verifica, con le organizzazioni sindacali dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, degli effetti delle disposizioni contenute nei commi che precedono e ne riferisce al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza.

Si rischia, forse, di amplificare gli effetti negativi, già evidenti, connessi al ricorso sempre più frequente a forme di lavoro flessibili e precarie, soprattutto sotto il profilo delle garanzie per il soggetto debole e cioè il lavoratore.

Infatti, se è indubbia la necessità di misurarsi adeguatamente con un mondo che è cambiato notevolmente e che, anche a livello economico, si mostra decisamente più complesso e articolato rispetto a quello di alcuni decenni fa, è altrettanto vero che in nome del progresso e dell'economia non è bene sacrificare diritti conquistati con grande fatica nei secoli, per rendere il lavoro strumento a disposizione e in funzione dell'uomo, giacché quest'ultimo è innegabilmente valore primo e imprescindibile che dà senso alle leggi dell'economia e al diritto stesso.

Ancora, dall'esame delle modifiche apportate all'art. 5, comma 4-*bis* e 5, comma 4-*quater* sembrerebbe potersi riconoscere un ruolo importante alle disposizioni dei contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ci si chiede, tuttavia, quale sia oggi l'effettiva portata della contrattazione collettiva e quanto essa sia realmente capace di incidere in maniera significativa sul mondo del lavoro.

Si è, poi, in sede di conversione del decreto legge n. 112/2008, inserito il comma 1-*bis* all'art. 21, che prevede che in caso di violazione delle norme del d. lgs. n. 368/01 di cui agli artt. 1, 2 e 4, riguardanti la possibilità e le modalità di apposizione del termine nonché la proroga del contratto a termine, la parte datoriale abbia esclusivamente l'obbligo di indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità

dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della L. n. 604/1966 e successive modifiche e cioè il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, il comportamento e le condizioni delle parti.

Per completezza, si precisa in questa sede che la legge n. 133/2008 ha apportato modifiche anche con riferimento ad altre forme contrattuali flessibili, disciplinate dal d. lgs. n. 276/2003, quali i contratti occasionali di tipo accessorio (art. 22), il contratto di apprendistato (art. 23), nonché in materia di adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro (art. 39), tramite l'introduzione del Libro Unico del Lavoro che va a sostituire i tradizionali libri paga e libri matricola.

Si ritiene di dover fare alcune brevi considerazioni in merito alle suddette modifiche.

In particolare, con riferimento ai contratti occasionali di tipo accessorio, l'art. 70, co. 1, del d. lgs. n. 276/2003, così come sostituito dalla legge in esame, in alcuni casi ha permesso una più puntuale limitazione delle condizioni necessarie perché si possa ricorrere al lavoro occasionale (si pensi alla lett. f) comma 1, che ha precisato - in relazione alle attività agricole - le dimensioni e la tipologia dell'azienda che potrà farvi ricorso).

Forti dubbi, invece, si avanzano in merito alla lett. a) relativa al lavoro domestico.

Infatti, non si può tacere la circostanza che oggi il lavoro domestico è svolto prevalentemente da immigrate, né si può non ricordare che la normativa vigente in materia di immigrazione stabilisce fra le condizioni per il rilascio del permesso di soggiorno quella per cui è necessaria la sussistenza di un

contratto di lavoro con un minimo di 24 ore settimanali.

Non si comprende, dunque, in che modo un contratto occasionale di tipo accessorio potrebbe garantire il rispetto di siffatta normativa.

Probabilmente sarebbe opportuno delimitare l'ambito *sub* art. 22, co. 1, lett. a), a prestazioni ontologicamente e *de facto* occasionali, escludendo quelle che, pur rientrando nella dicitura di lavoro domestico, mancano del carattere dell'occasionalità.

Dubbi suscitano anche le modifiche apportate ex art. 23 della legge n. 133/2008 in materia di contratto di apprendistato, sia con riferimento alla durata del contratto medesimo sia con riferimento al contenuto degli obblighi formativi.

In relazione al primo profilo, si prende atto che il legislatore ha eliminato le parole "*inferiore a due anni e superiore a sei*" e le ha sostituite con l'espressione "*superiore a sei*" (art. 23, co. 1).

Sarebbe opportuno reinserire una durata minima che sia effettivamente garanzia di poter offrire formazione al lavoratore.

L'aspetto formativo, infatti, è ontologicamente connesso al contratto di apprendistato e non può essere sminuito o, ancor meglio, reso di difficile attuazione per via della durata troppo breve del contratto stipulato.

Nella stessa direzione, sotto il secondo profilo, con riferimento alla modifica ex art. 23, co. 2, sarebbe forse auspicabile la comunicazione alla D.P.L. o agli enti bilaterali, laddove esistenti, dei programmi formativi, per evitare che gli stessi siano, di fatto, inesistenti o inadeguati.

In conclusione, si ritiene di non poter non esprimere forti dubbi e perplessità in relazione agli effetti che siffatte modifiche normative potranno

spiegare in una realtà lavorativa sempre più precaria, meno sicura e di difficile interpretazione per via delle numerose zone d'ombra.