

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI
ROMA TRE**

*Scuola Dottorale Internazionale
di diritto ed economia
"Tullio Ascarelli"
Area Diritto Privato per l'Europa
sezione: Diritto del Lavoro*

**Tesi di dottorato in
Diritto del Lavoro**

***NULLITA' DEL CONTRATTO A TERMINE:
FATTISPECIE ED EFFETTI.***

Tutor: prof. Giampiero Proia

Coordinatore: prof. Giuseppe Grisi

Dottoranda: Claudia Condoluci

Ciclo XXV

INDICE

- Introduzione	pg. 4
----------------------	-------

CAPITOLO PRIMO

1) Il termine nel contratto di lavoro.	
1.1) Il termine quale elemento accidentale o essenziale del negozio giuridico....	pg. 8
1.2) Il termine nei contratti di lavoro a tempo determinato.....	pg. 14
2) Il contratto a termine nel diritto italiano.	
2.1) Il rigore della L. 230/1962.....	pg. 20
2.2) La rivoluzione del D.Lgs. n. 368/2001.....	pg. 27
2.3) Il Collegato Lavoro.....	pg. 37
2.4) La Riforma Fornero.....	pg. 38
3) Caratteristiche delle causali di apposizione del termine.	
3.1) Effettività e specificità della clausola giustificativa del termine di durata. Ragioni oggettive temporanee e permanenti.....	pg. 42
3.2) Onere della prova e controllo giudiziario.....	pg. 50

CAPITOLO SECONDO

1) La nullità parziale.....	pg. 53
1.1) Principio di conservazione del contratto	pg. 57
2) Applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c.	
2.1) Interpretazione soggettiva ed interpretazione oggettiva	pg. 64
2.2) L'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., al contratto di lavoro nell'ipotesi di mancanza delle ragioni giustificative l'apposizione del termine e di superamento dei limiti quantitativi	pg. 70
2.3) Conseguenze delle trasgressioni.....	pg. 75
2.3.1) Le prestazioni di fatto	pg. 77
3) Applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c.....	pg. 87
3.1) Le norme imperative, inderogabili e sostitutive	pg. 91
3.2) Conseguenza delle trasgressioni	pg. 97
3.2.1) Il problema della conversione	pg. 98
3.2.2.) Nullità di protezione: riduzione teleologica della disciplina codicistica della nullità.....	pg. 102
3.2.3) Risarcimento del danno tra equo indennizzo ed indennità onni-	

comprensiva.....	pg. 108
------------------	---------

CAPITOLO TERZO

1) La giurisprudenza sul caso delle Poste Italiane S.p.A.....	pg. 118
1.1) Cassazione Civile, sezione lavoro, 21/05/2008 n. 12985.....	pg. 119
1.2) Corte Costituzionale del 14 luglio 2009 n. 214 e Corte di Cassazione, sentenze nn. 1576 e 1577 del 26 gennaio 2010.....	pg. 124
1.3) Cassazione Civile, sez. lav., 01 febbraio 2010 n. 2279.....	pg. 128
1.4) Cassazione Civile, sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10033.....	pg. 129
1.5) Cassazione civ. Sez. lavoro, 31 gennaio 2012 n. 1411 e Corte di Appello di Roma, sez. lavoro, 17 gennaio-2 febbraio 2012 n. 267.....	pg. 130
1.6) Cassazione Civile, sez. lavoro, 02 aprile 2012 n. 5241.....	pg. 133
1.7) Cassazione Civile, sez. lavoro, 26 luglio 2012 n. 13221.....	pg. 135
2) Brevi conclusioni.....	pg. 139
- Bibliografia	pg. 146

INTRODUZIONE

Nell'ordinamento italiano, la vicenda dei contratti di lavoro a tempo determinato è stata, da sempre, al centro di un intenso processo riformatore: dal vecchio Codice Civile del 1865 fino al D.Lgs. 368/2001, attuativo della Direttiva Comunitaria 1999/70/CE (relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, che stabilisce ai primi due commi: "*1. E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. 2. L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1*").

Evidentemente, l'evoluzione normativa dello strumento del contratto a termine ha, inevitabilmente, risentito dei notevoli mutamenti dei contesti economico-sociali e dello stato delle relazioni sindacali ed industriali.

La rilevanza dell'istituto contrattuale del rapporto a termine assume particolare interesse in chi scrive, in ragione dell'inspiegabile, per alcuni versi, clamore seguito all'introduzione, a far data dal 24 ottobre 2001, nel sistema giuridico nazionale, del D. Lgs. 06 settembre 2001 n. 368, in virtù del quale, con la previsione di cui all'art. 1, comma 1, il contratto a termine si è spogliato del suo originario carattere di "*mera e residuale eccezione*" rispetto al contratto a tempo indeterminato, come accadeva sotto la vigenza della L. 230/62, divenendo meno condizionato ed ingessato, potendo essere sottoscritto dalle parti alla presenza di

generiche ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche riferite all'ordinaria attività del datore di lavoro.

Invero, secondo una parte della dottrina, la nuova disciplina lascia, pressoché, invariate le precedenti rigidità relative alle vicende successive alla stipulazione del primo contratto a termine, conservando, in proposito, molti più vincoli di quelli imposti dalla direttiva comunitaria, proprio al fine di prevenire un uso improprio del detto strumento contrattuale derivante dalla successione di contratti a termine tra le stesse parti.

Come si potrà approfondire, nel diritto comunitario, il “primo” contratto di lavoro a tempo determinato non solo non è vietato né vincolato a rigidi presupposti ma, addirittura, è considerato inidoneo a precarizzare definitivamente un rapporto di lavoro stabile; invece, nell'ordinamento nazionale, anche il “primo” rapporto a termine è stato agganciato a condizioni (forma scritta, giustificazione oggettiva, etc.) che finiscono, al pari di quanto avveniva sotto la vigenza della L. 230/1962, ad “ingessare” l'impiego del detto strumento contrattuale.

E' sembrato opportuno, pertanto, avviare questo lavoro di ricerca sul contratto a tempo determinato, con l'elaborare una attenta ricostruzione e sistemazione della normativa in esame che, nel corso degli anni, unitamente allo specifico rapporto di lavoro a termine, è stata interessata dai cambiamenti socio-economici, attraverso un *excursus* storico-giuridico della disciplina del contratto a a termine, utile anche al fine di comprendere, nel complesso, senza presunzione di esaustività ed interezza, in quale campo si muove questa indagine.

Procedendo, poi, alla trattazione dell'effetto sanzionatorio della illegittimità della causale giustificativa dell'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato, atteso che l'unica certezza nel ginepraio di progetti e riforme di legge che finiscono per essere, nella maggior parte dei casi, frutto di un'estenuante trattativa fra parti sociali in rotta di collisione fra loro e, dunque, una formula compromissoria spinta all'eccesso fino a risultare contraddittoria e confusionaria, è che l'apposizione del termine è, tutt'oggi, priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale devono essere specificate le ragioni di cui al comma 1 (art. 1, comma 2, D.Lgs. 368/2001), ciò nel rispetto del principio di ragionevolezza, trasparenza, lealtà e correttezza, ad eccezione dei rapporti di lavoro puramente occasionali, della durata non superiore a 12 giorni.

Pari inefficacia, con conseguente “conversione” del rapporto di lavoro in uno *sine die*, è legislativamente previsto anche nelle ipotesi di successione di contratti a termine non rispettosi degli intervalli temporali fissati dalla legge, di superamento del limite temporale di 36 mesi. L'assenza, invece, di uno specifico regime sanzionatorio nell'ipotesi di nullità del termine per assenza ovvero inadeguatezza delle ragioni sottese al rapporto lavorativo, costituisce un aspetto che finisce per assumere una importanza fondamentale atteso che le sorti del contratto di lavoro saranno diverse, e di segno opposto, a seconda dell'orientamento dottrinario e, dunque, giurisprudenziale che, alla declaratoria di nullità del termine, fanno seguire l'applicazione della normativa di cui all'art. 1419 c.c., nella versione del primo ovvero del secondo comma.

Si conclude, infine, il presente lavoro di ricerca ed approfondimento sulla disciplina del contratto a termine, con l'analisi dell'esperienza della società Poste Italiane Spa che ha offerto l'occasione di numerosi interventi legislativi e per il consolidamento di importanti principi giuridici.

CAPITOLO PRIMO

1) Il termine nel contratto di lavoro. 1.1) Il termine quale elemento accidentale o essenziale del negozio giuridico. 1.2) Il termine nei contratti di lavoro a tempo determinato. 2) Il contratto a termine nel diritto italiano. 2.1) Il rigore della L. 230/1962. 2.2) La rivoluzione del D.Lgs. n. 368/2001. 2.3) Il Collegato Lavoro. 2.4) La Riforma Fornero. 3) Caratteristiche delle causali di apposizione del termine. 3.1) Effettività e specificità della clausola giustificativa del termine di durata. Ragioni oggettive temporanee e permanenti. 3.2) Onere della prova e controllo giudiziario.

1) Il termine nel contratto di lavoro.

1.1) Il termine quale elemento accidentale o essenziale del negozio giuridico.

Prima di passare ad analizzare in maniera specifica le sorti del termine apposto al contratto di lavoro, appare opportuno approfondire alcuni aspetti dell'elemento temporale (per quanto di nostro interesse, nell'ambito del contratto di lavoro), ed in particolare se questo debba considerarsi elemento accidentale ovvero essenziale, anche alla luce degli interventi legislativi susseguitisi numerosi nel corso del tempo e di cui si darà conto, seppur sommariamente, in seguito, senza alcuna presunzione di completezza, piuttosto, al solo fine di rendere chiaro e scorrevole il presente lavoro di indagine e confronto.

In linea generale, in ambito civilistico, il “*termine*” indica il momento nel tempo, a cui si collega, nell’obbligazione contrattuale, il sorgere o il venir meno degli effetti contrattuali¹.

¹ Nel codice civile manca una disciplina autonoma e specifica del termine; piuttosto, esistono norme che consentono o vietano l’apposizione del termine, norme relative al termine per l’adempimento dell’obbligazione (art. 1183 ss. c.c.), norme che fissano o prevedono termini per il compimento di atti. Ad ogni modo, deve ritenersi che nessun fenomeno giuridicamente rilevante si sottrae a una de-

Il termine è tradizionalmente identificato tra gli elementi accidentali del contratto ed è inteso “quale evento futuro e certo dal quale (*dies a quo*) o fino al quale (*dies ad quem*) debbano prodursi gli effetti del contratto”.

Il c.d. termine iniziale riguarda gli effetti dell’obbligazione e stabilisce il momento in cui la prestazione va eseguita, fissando il momento in cui il rapporto giuridico comincia a realizzare i suoi effetti. Il c.d. termine finale, invece, incide sulla prestazione indicandone la quantificazione temporale, fissando il momento in cui gli effetti cessano.

Ancora, il primo (cd. termine iniziale), in quanto tale, inerisce, in particolare, i negozi ad esecuzione istantanea, procrastinando l’operatività ed efficacia del contratto ad un tempo più lontano. Diversamente, il secondo (c.d. termine finale) viene in considerazione per lo più nei rapporti obbligatori di durata², poiché implica che il negozio si sia già tradotto in via di fatto determinandone la misura temporale del vincolo e dell’impegno contrattuale.

Il termine opera un “accrescimento” del negozio giuridico inteso quale “incremento quantitativo dell’articolazione della volontà negoziale”³ e come noto,

terminazione temporale, diretta o indiretta, e sia essa legale, giudiziale o convenzionale.

Sui diversi “atteggiamenti” che può assumere la parola termine cfr. E. RUSSO, *Termine* (dir. civ.), in *EGT*, XXXI, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1994. Per la dottrina giuridica in relazione ai modi cui il termine suole presentarsi nei rapporti di lavoro cfr. V. CASSI, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, Giuffrè, 1961.

² A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1990; F. PECCENINI, *Gli elementi accidentali del contratto*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I requisiti del contratto*, Torino, Utet, 1992; M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 1999; A. DI MAJO, *Elementi accidentali del contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2004.

³ M. TRIMARCHI, *Termine* (diritto civile), in *NDI*, Torino, Utet, XIX, 1973.

oltre che *certus an*, deve essere futuro, determinato o determinabile, lecito e possibile⁴.

Per quanto di nostro stretto interesse, correlativamente all'oggetto ed obiettivo finale del presente studio, merita particolare attenzione l'analisi della natura accidentale ovvero essenziale attribuita al termine nel negozio giuridico in generale, e per trasposizione, in ambito lavoristico.

In linea generale, è essenziale l'elemento da cui dipende l'esistenza giuridica e, dunque, l'efficacia del contratto (e più in generale, del negozio giuridico)⁵, che concorre a realizzare la volontà negoziale delle parti, laddove, in assenza, non si avrebbe quel tipo di negozio.

Come noto, il codice civile non contiene una disciplina del negozio giuridico in genere, prendendo, piuttosto, in considerazione la figura del contratto e disponendo, altresì, l'applicabilità della relativa normativa agli atti unilaterali *inter vivos* aventi contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.)⁶, mentre l'art. 1325 c.c., in

⁴ G. CHISÈ-A. ZAPPINI, *Manuale di diritto civile*, I Manuali Superiori, diretti da G. Alpa e R. Garofali, Nel Diritto Editore, 2011. Il termine deve essere: - futuro ossia successivo alla stipula del contratto, per cui è esclusa la possibilità di far retroagire gli effetti del contratto ad un momento anteriore alla sua stipula; - determinato o determinabile; requisito che costituisce riflesso del carattere della certezza del termine stesso, essendo necessario poter individuare, in modo diretto o indiretto, il momento di efficacia del contratto; il termine, infatti, può anche essere determinabile con riferimento ad un altro evento, purché certo dell'*an*; - liceità, che deve essere valutata prevalentemente con riferimento all'eventuale violazione di norme imperative, che stabiliscano termini diversi o escludano l'apposizione di un termine, essendo difficilmente concepibile un termine in violazione del buon costume e dell'ordine pubblico; - possibilità del termine deve essere intesa sia con riferimento alla realtà materiale (indicazione di una data non esistente nel calendario) sia alla realtà giuridica (indicazione di una data che renda giuridicamente impossibile realizzare il contratto).

Al termine, in mancanza di una disciplina specifica, vengono estese, in quanto compatibili, gran parte delle norme dettate per la condizione.

Per quanto riguarda le conseguenze della mancanza dei requisiti, gli interpreti estendono al termine la medesima disciplina della condizione impossibile ed illecita (art. 1354 c.c.): il vizio del termine iniziale rende nullo il contratto, mentre il vizio del termine finale non incide sulla validità del contratto ed il termine si considera non apposto.

⁵ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. 1, in Tratt. dir. civ. e comm., dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1973, p. 99, per il quale "la mancanza di un elemento essenziale produce nullità".

⁶ M.C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 9.

relazione agli *essentialia* del contratto, fa menzione dei seguenti elementi⁷: accordo delle parti, causa, oggetto e forma, quando è richiesta *ad substantiam actus*.

L'essenzialità di tali elementi è sottolineata dall'art. 1418 c.c. che, tra le varie cause di nullità del contratto, annovera la mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c.. Tale ipotesi di nullità è definita di tipo “strutturale” poiché deriva da un difetto della struttura del contratto ossia dalla mancanza di uno degli elementi su cui si fonda “l'impalcatura contrattuale”.

Diversamente, secondo l'opinione comune, è accidentale l'elemento che può essere aggiunto (per volontà delle parti), che non ha alcuna incidenza sull'esistenza stessa del negozio né è requisito di validità dello stesso. Piuttosto, l'elemento accidentale ha la funzione di modificare gli effetti del negozio giuridico, ed unitamente agli elementi essenziali, confluiscono a costituire la volontà negoziale unitaria, da cui origina l'accordo delle parti.

Tali elementi, non essenziali per la configurazione di un valido contratto ai sensi dell'art. 1325 c.c., costituiscono esplicitazione del potere, riconosciuto alla volontà contrattuale, di plasmare il contenuto e la struttura del contratto in modo da renderlo più confacente agli obiettivi concreti delle parti.

Come sottolineato da autorevole dottrina⁸, occorre che la non essenzialità di tali elementi sia correttamente intesa: essi non sono necessari in astratto, con

⁷ Invero, la distinzione tra i vari elementi essenziali non è in concreto così chiara come nella teoria: causa ed oggetto sono spesso strettamente associati di modo che il vizio dell'una spesso non costituisce altro se non il riflesso del vizio dell'altra. D'altronde anche volontà e dichiarazione costituiscono un *quid* difficilmente scindibile dalla forma. E', inoltre, possibile distinguere tra elementi essenziali generali (quelli di cui sopra) ed elementi essenziali speciali (quelli cioè che vengono in esame come indispensabili per ciascun singolo tipo di contratto). Ad esempio nella compravendita elementi essenziali sono la cosa venduta ed il prezzo, ciò che costituisce specificazione dell'oggetto delle pattuizioni.

⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 193; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 931 ss.

riferimento allo schema contrattuale tipico previsto dall'ordinamento, ma lo diventano in concreto, con riferimento all'effettiva volontà delle parti che si esprime nel singolo accordo contrattuale.

Tradizionalmente, si fanno rientrare nel novero degli elementi accidentali del contratto (ed in generale, del negozio giuridico), la condizione (in tutte le sue forme e tipologie), il termine e l'onere (modus), seppur in assenza, almeno nella disciplina generale del contratto, di una conforme indicazione normativa⁹.

Vale la pena fare alcune precisazioni sul carattere accidentale del termine al fine di avere una base argomentativa su cui sviluppare le successive considerazioni in relazione all'incidenza del termine nel contratto di lavoro.

Il fattore tempo trova la propria regolamentazione nella disciplina generale delle obbligazioni ed, in particolare, nelle disposizioni relative alle modalità dell'adempimento della prestazione¹⁰. Tuttavia, se si considera che, le disposizioni di cui agli artt. 1184-1186 c.c., lasciano all'autonomia delle parti diverse previsioni, può concludersi che il termine può diventare una clausola contrattuale e,

⁹ G. CHISÈ-A. ZAPPINI, *Manuale di diritto civile*, I Manuali Superiori, diretti da G. Alpa e R. Garofali, Nel Diritto Editore, 2011, 1094. Gli Autori evidenziano che parte della dottrina annovera nella categoria degli elementi accidentali anche la clausola penale e la caparra penitenziale, le quali, invero, costituiscono veri e propri negozi giuridici autonomi che accedono al contratto principale sulla base di un collegamento necessario, e chi, addirittura, vi "trascina" anche la presupposizione.

Ad ogni modo, appare utile rammentare che alcuni negozi giuridici attinenti all'ambito familiare o successorio non tollerano l'apposizione di elementi accidentali (ad esempio: del matrimonio (art. 108 c.c.), del riconoscimento del figlio naturale (art. 257 c.c.), dell'accettazione e della rinuncia all'eredità (artt. 475 e 520 c.c.), etc.

¹⁰ Il termine dell'obbligazione è il tempo dell'adempimento, cioè il tempo nel quale o durante il quale la prestazione deve essere eseguita. All'uopo è il caso di ribadire che il codice del '42, accogliendo una soluzione intermedia tra l'esperienza francese e quella tedesca, non ha introdotto una nozione di "termine" riferita all'efficacia del contratto, mentre ha disciplinato il tempo dell'adempimento agli artt. 1183 c.c. e ss.. Pertanto, secondo la dottrina, sembra che "tempo" dell'adempimento e "termine" per l'adempimento possano considerarsi sinonimi, posto che il Legislatore usa indifferentemente entrambe le espressioni. A. DI MAJO, *Termine (diritto privato)*, in ED, XLIV, Milano, 1992, 207.

come tale, espressione della volontà contrattuale delle modalità di efficacia dell'atto.

Quando si menziona il termine come elemento «accidentale» si ritiene, però, circoscriverlo a quelle clausole che definiscono la durata nel tempo del rapporto contrattuale, attribuendosi, sotto questo aspetto, al termine, la funzione di stabilire il termine iniziale o quello finale ovvero entrambi.

La limitazione, nel tempo, degli effetti del contratto, se può essere espressione pattizia, è, in alcuni casi, richiesta dalla legge quale elemento necessario per la esistenza dei requisiti costitutivi della fattispecie. Si pensi, ad esempio, nel contratto di locazione, appalto, agenzia, mutuo etc., ove l'elemento temporale non è una eventualità, ma una necessità, dipendente dalla natura e dalla funzione specifica del contratto. In altri casi, invece, alla presenza del termine si lega la individuazione di rapporti particolari, come nel contratto di lavoro subordinato.

Il sistema normativo, dunque, non sembra attribuire al termine un ruolo «accidentale», ma essenziale o addirittura caratterizzante la fattispecie e questo perché la determinazione temporale esplica una diversa funzione a seconda della natura dei rapporti su cui opera.

La presenza del termine o è una necessità della tipologia del rapporto o è una eventualità che definisce una modalità esecutiva che, di per sé, non è sufficiente per attribuire al termine la «posizione» di elemento del contratto, inteso come composizione di conflitti di interessi individuali e non necessariamente tipici.

In questa prospettiva al termine non può assegnarsi altro connotato che quello

di elemento necessario e irrinunciabile di ogni rapporto giuridico¹¹.

Per tutte le ragioni sinora esplicitate, nel contratto di lavoro a tempo determinato, il termine non sembra assurgere ad elemento accidentale del contratto; piuttosto, risulta essere *essenziale* al negozio poiché assolve a una funzione voluta dalle parti volta a produrre gli effetti dello stesso per un determinato periodo (ossia fino alla scadenza del termine).

1.2) Il termine nei contratti di lavoro a tempo determinato.

Trasponendo le considerazioni sinora svolte in relazione alla natura del termine nel rapporto obbligatorio, appare opportuno passare all'analisi dello stesso nella specifica fattispecie del contratto di lavoro subordinato che, secondo l'opinione comune, rientra nelle c.d. obbligazioni di durata.

In linea generale, il contratto di durata presuppone che la sua esecuzione non si risolva *uno actu* ma si protrae nel tempo soddisfacendo gli interessi delle parti a che il contratto dispieghi i suoi effetti nel tempo¹².

Proprio in tal senso la prestazione del contratto a termine viene determinata in funzione del tempo laddove, al pari del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, tale fattispecie assolve alla specifica funzione di soddisfare un interesse o un bisogno durevole, limitato nel tempo senza, tuttavia, perdere il proprio carattere duraturo.

Ciò premesso, in ragione delle conclusioni sopra giunte, la dottrina favorevole all'inquadramento del termine all'interno della categoria degli elementi

¹¹ M. COSTANZA, *Elementi accidentali del contratto, il termine, il modo*, AA.VV., Gli effetti del contratto, Torino, 2003.

¹² E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, Giuffrè, 1979.

accidentali ritiene esso stesso una forma di “autolimitazione della volontà”¹³ negoziale, ovvero, secondo altri, il termine rappresenta una “limitazione del contenuto tipico e ,quindi, degli effetti tipici del negozio”¹⁴.

Invero, sarebbe piuttosto riduttivo considerare il termine finale apposto al contratto di lavoro, *sic et simpliciter*, quale elemento accidentale.

Una teoria¹⁵, seppur minoritaria ed antecedente alla legge fondamentale del 1962, ha prospettato la possibilità di considerare il termine apposto al contratto di lavoro quale elemento non accidentale ritenendo che, se è vero che il termine non rientra tra gli elementi costitutivi del rapporto obbligatorio, vi è pur sempre una “modalità cronologica” che riguarda la vicenda del rapporto e la prestazione, e che assume la configurazione di durata. Ancora, la possibilità di predeterminare, preventivamente, il momento finale di efficacia del rapporto obbligatorio e della prestazione, non è solo prerogativa della volontà delle parti atteso che il termine finale può essere imposto anche dalla legge¹⁶, assumendo, in tal modo, carattere essenziale.

Tuttavia, superando tali orientamenti minoritari, in ragione delle considerazioni sopra spiegate si ritiene doversi concludere, senza addentrarci ulteriormente nei meandri della natura dell'elemento temporale, che sarebbe, piuttosto, opportuno parlare di relatività dei concetti di essenzialità ovvero di

¹³ A. DI MAJO, *Termine* (dir. priv.), in *ED*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992.

¹⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1959.

¹⁵ C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1958.

¹⁶ Accanto alla figura, assai discussa, del contratto a termine, il Legislatore ha ideato numerose tipologie contrattuali caratterizzate dalla concentrazione dell'obbligazione di lavoro in un arco temporale limitato e predeterminato *ex ante*. Si pensi, ad esempio, a quelle particolari figure contrattuali che si giustificano in base al loro carattere “strumentale” o “utilitaristico” finalizzato a promuovere ed incentivare l'occupazione di particolari categorie di lavoratori, superando gli interessi contrattuali delle parti (contratto di inserimento, contratto di apprendistato, etc.).

accidentalità, soprattutto in considerazione del fatto che l'evoluzione legislativa degli ultimi anni ha condotto il contratto di lavoro a tempo indeterminato a perdere la centralità che lo aveva caratterizzato per decenni, a seguito della flessibilizzazione del mercato di lavoro e, dunque, della dicotomia domanda-offerta.

Per tali ragioni, è fuor di dubbio che, sia con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato con carattere "causale" (come disciplinato del D.Lgs. 368/2001), sia per quei contratti a termine con funzione "strumentale" (quali quelli volti ad agevolare l'ingresso nel mondo del lavoro di particolari categorie di soggetti), appare opportuno qualificare il termine quale elemento essenziale del contratto.

Per questi ultimi, l'essenzialità del termine si spiega in ragione degli scopi ed obiettivi tipici sottesi ai detti contratti. L'incentivazione alla occupazione di soggetti particolarmente svantaggiati (contratto di inserimento) ovvero l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro (contratto di apprendistato) costituiscono essi stessi la *ratio* della preventiva durata del rapporto. Ciò si spiega, per quanto riguarda il contratto di inserimento, poiché lo stesso implica un peggioramento delle garanzie individuali del lavoratore che può trovare una ragione solo attraverso la predeterminazione della sua durata¹⁷. In merito al contratto di apprendistato, invece, l'essenzialità del termine deriva dal rapporto con

¹⁷Come noto, l'art. 59 del d.lgs. n. 276/2003 prevede che durante il rapporto di inserimento, la categoria di inquadramento del lavoratore potrà essere inferiore fino a due livelli rispetto alla categoria spettante ai lavoratori addetti a mansioni o funzioni che richiedono qualificazioni corrispondenti a quelle al conseguimento delle quali è preordinato il progetto di inserimento oggetto del contratto (comma I). Il Legislatore ha previsto, inoltre, che i lavoratori assunti con contratto di inserimento siano esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti (comma II).

l'attività formativa a cui lo stesso è diretto. Anche in tale ipotesi, al pari di quanto accade per il contratto di inserimento, la predeterminazione della durata è volta a compensare il trattamento meno favorevole per il lavoratore assunto con tale forma contrattuale, ed in aggiunta rispetto al precedente, è strettamente funzionale alla garanzia di una adeguata formazione professionale del prestatore d'opera¹⁸.

Invece, con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato con carattere "causale" (come disciplinato del D.Lgs. 368/2001), l'essenzialità del termine deriva dalla considerazione che esso non costituisce una fattispecie "speciale" rispetto al contratto di lavoro *sine die*, atteso che la previsione temporale non incide in alcun modo sulla causa tipica del contratto di lavoro, determinando semplicemente uno "scostamento dal tipo normativo delle tutele"¹⁹.

Il termine, dunque, riguarda la struttura del contratto a tempo determinato "come dato obiettivo predeterminato"²⁰ e non costituisce elemento estrinseco lasciato alla volontà libera delle parti, laddove, si ribadisce, il tempo determina l'entità quantitativa della prestazione oggetto del negozio²¹.

La conferma, infine, dell'essenzialità del termine nella fattispecie del rapporto di lavoro a tempo determinato si ricava dalle conseguenze giuridiche in caso di assenza dei presupposti formali e sostanziali per la conclusione del

¹⁸ G. LOY, *Apprendistato*, in *DI disc. priv. sez. comm.*, I, Torino, Utet, 1988.

¹⁹ M. D'ANTONA, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, II, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, Esi, 1987, secondo cui di specialità si può parlare solo in relazione alla "posizione delle parti nel mercato" e non in relazione al rapporto.

²⁰ L. DE LITALA, *Osservazioni in merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a termine*, in *MGL*, 1962, 330

²¹ A. DI MAJO, *Termine* (dir. priv.), in *ED*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992.

contratto di lavoro a tempo determinato, ovvero in caso di illegittima apposizione del termine.

Ciò sarà più specificamente oggetto di trattazione nel successivo capitolo, a cui si rimanda, e costituente il nucleo centrale del presente lavoro di ricerca; tuttavia, al fine di concludere il concetto di essenzialità del termine basti qui considerare che la vigente normativa, nonostante i numerosi interventi legislativi susseguitisi nel tempo, ancorandosi al diritto comunitario, espressamente stabilisce che “l’apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto, nel quale saranno esplicitate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”²².

²² In linea generale, in tema di sanzioni in caso di trasgressioni dal disposto di legge sull’apposizione illegittima del termine ed assenza delle ragioni giustificative, gli orientamenti formati nel tempo si possono sintetizzare nei seguenti termini.

La L. 230/1962, nel caso di conclusione del contratto al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, disponeva, senza lasciare spazio a dubbi interpretativi, la conversione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato (laddove prevedeva all’art. 1 “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate). Certezza giuridica che non è stata ribadita in sede di emanazione del D.Lgs. 368/2001 lasciando ampio spazio ad un intenso dibattito dottrinale che ha generato una serie di orientamenti che si possono così riepilogare, rimandando il lettore a quanto appresso si approfondirà in seguito (capitolo secondo): 1) un primo orientamento sostenuto da autorevole dottrina (A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 37 ss. e successivamente condivisa da F. BIANCHI D’URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, n.3, 123 ss.), secondo cui l’assenza dei presupposti formali e sostanziali genera la nullità dell’intero regolamento contrattuale in applicazione dell’art. 1419 comma 1 c.c., per cui la nullità di una clausola si riflette sull’intero contratto laddove risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso qualora fossero stati consapevoli della nullità, con la conseguenza che il lavoratore avrebbe diritto al trattamento retributivo e previdenziale per il solo periodo in cui il rapporto di lavoro ha avuto effettiva esecuzione; 2) un secondo orientamento, maggioritario tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, rinvia ad una conclusione meno drastica e penalizzante per il lavoratore, laddove, in applicazione dell’art. 1419 comma 2 c.c. e del più generale principio di conservazione del contratto, sostiene che la clausola affetta da nullità (ossia la clausola temporale ovvero relativa alle cause giustificative) infici il regolamento contrattuale da nullità parziale con automatica sostituzione della clausola nulla con altra norma imperativa (quella che dispone la normalità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato), con la conseguente trasformazione del contratto a tempo indeterminato (all’uopo, si richiamano, tra i tanti, in dottrina, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2002, n. 91; G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall’UNICE, dal CEEP e dal CES (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *NLCC*, 2002, n. 1, e I.D. *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2002, n. 1; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, 2002,

Assodata l'essenzialità nei contratti di lavoro a tempo determinato del termine, merita attenzione anche quello che è definito, generalmente, l'aspetto fisiologico del termine ossia la sua funzione economico-sociale.

L'esame di tale funzione è ancor più interessante in ragione delle evoluzioni legislative che, in maniera precipua, hanno riguardato la *ratio* dei rapporti di lavoro in generale ed, in particolare, favorito il progressivo e radicale superamento della tradizionale avversione verso le forme di occupazione temporanea, sviluppando la progressiva legalizzazione di alcune forme di lavoro temporaneo (ad es., la somministrazione a tempo determinato), l'estensione delle ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro e, infine, attraverso l'attribuzione alla contrattazione collettiva del potere di allentare i vincoli di legge nella stipulazione di contratti c.d. flessibili, in una più ampia prospettiva di "destandardizzazione"²³ del contratto di lavoro, laddove, oggi può dirsi che il termine è divenuto una esigenza quasi strutturale del contratto di lavoro, venendo meno la centralità tipica del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Utile si rivelerà l'*excursus* storico-normativo di seguito spiegato.

n. 1; G. FONTANA, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in *RIDL*, 1993, I, per il quale la conversione del contratto "assurge indubbiamente [...] a presidio del sistema di tutela" che costringe l'autonomia privata a sottomettersi alla norma inderogabile.

Contra A. VALLEBONA, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine. D. Lgs. n. 368/2001*, Ipsoa, Milano, 2002, 66, per il quale "il legislatore non intende imporre un simile vincolo a soggetti che non lo avrebbero voluto".

²³Secondo G. PROIA, *Flessibilità e tutela <<nel>> contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2002, n. 3, è più corretto parlare di "destandardizzazione proprio perché vengono prodotti modelli di disciplina parzialmente diversi da quelli che siamo abituati a considerare il lavoro normale o *standard* piuttosto che di detipizzazione, "in quanto il punto di riferimento del legislatore, nell'ambito del lavoro subordinato, resta il tipo dell'art. 2094 c.c.". Più in generale su questi profili, cfr. AA.VV., *Atti delle Giornate di studio Aidlass* (Pesaro-Urbino, 24-25 Maggio 2002), *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina di lavoro flessibile*, Milano, Giuffrè, 2003.

Sempre G. PROIA, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2008, 289, per cui "... la flessibilità ha tante facce. Non è, di per sé, sinonimo di precarietà, e può costituire uno strumento per creare nuova occupazione, per regolarizzarla, o per assecondare esigenze reali nel sistema produttivo"

2) Il contratto a termine nel diritto italiano.

2.1) Il rigore della L. 230/1962.

Dopo aver sviscerato l'elemento temporale nell'obbligazione contrattuale in ambito, dapprima, civilistico, e poi, più specificatamente, per quanto più da vicino ci occupa, in ambito lavoristico, ed aver concluso di abbracciare la tesi per cui il “termine” è elemento essenziale del contratto di lavoro a tempo determinato, si ritiene necessario ripercorrere, brevemente, la disciplina normativa che ha riguardato questa fattispecie contrattuale, rilevandosi una alternanza favore-(dis)favore mostrata dal legislatore rispetto al ricorso alla stessa.

Sotto la vigenza del codice civile del 1865, il Legislatore, proprio al fine di evitare la costituzione di vincoli perpetui e legami di tipo servili, tipici dell'epoca pre-industriale, ancora viventi soprattutto nel Sud del Paese, riteneva che l'apposizione del termine fungesse, esso stesso, da strumento di garanzia per il lavoratore, laddove, all'art. 1628 c.c. prevedeva che *“nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa”*.

Tuttavia, era diffusa la prassi di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, che trovava ampia legittimazione anche dalla giurisprudenza probivirale in virtù della riconosciuta facoltà di disdetta che escludeva, dunque, le perpetuità del vincolo.

Proprio l'affermazione della libera recedibilità nel rapporto di lavoro, indusse, nel 1942, venute meno le preoccupazioni passate circa il timore di rapporti servili, il Legislatore a considerare con sfavore il lavoro a termine, poiché

ostacolava l'interesse alla continuità dell'occupazione e privava il dipendente delle tutele riservate al rapporto a tempo indeterminato.

Per tali ragioni, venne introdotta la previsione della pattuizione per iscritto del termine (l'art. 2097, comma 1, c.c. così recitava “*Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto*”), nonché l'inefficacia del termine se apposto per eludere le disposizioni relative al contratto a tempo indeterminato (l'art. 2097, comma 2, c.c. così recitava “*In quest'ultimo caso l'apposizione del termine è priva di effetto, se è fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato*”) - con onere, evidentemente gravoso, della prova a carico del lavoratore secondo la regola del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.) -, e la trasformazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato nell'ipotesi di prosecuzione della prestazione lavorativa oltre la scadenza del termine, salvo contraria volontà delle parti (l'art. 2097, comma 3, c.c. così recitava “*Se la prestazione di lavoro continua dopo la scadenza del termine e non risulta una contraria volontà delle parti, il contratto si considera a tempo indeterminato*”) - derogabilità che, evidentemente, indeboliva un principio di tutela.

Proprio lo scarso rigore della disciplina contenuta nell'art. 2097 c.c. aveva favorito l'abusivo impiego, da parte del datore di lavoro, dei contratti di lavoro a termine, in vista dell'elusione della disciplina del contratto a tempo indeterminato e dei relativi obblighi contrattuali (ad es. indennità di anzianità), sicchè si avvertì la necessità di una nuova disciplina normativa del contratto a termine.

Il risultato fu l'introduzione della Legge n. 230 del 18 aprile 1962 le cui disposizioni assorbivano quelle di cui all'art. 2097 c.c., abrogato, e ne irrigidivano ulteriormente il contenuto, introducendo la legislazione inderogabile sul contratto a termine considerato, ora, quale fattispecie a carattere eccezionale rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato, eccezionalità ulteriormente confermata e preservata dalla introduzione di un *numerus clausus* di ipotesi di ammissibilità del termine.

Nella vigenza della L. 230/1962, rientrante nell'alveo del *favor* del lavoro stabile, il Legislatore introduceva la presunzione generale legislativa di indeterminatezza del contratto di lavoro e la natura eccezionale e derogatoria del contratto a termine.

Veniva confermata, ad eccezione dei rapporti occasionali della durata non superiore a dodici giorni, la necessità della forma scritta (*ad substantiam*) del termine a pena di inefficacia, con onere per il datore di lavoro di consegnare copia dell'atto scritto al lavoratore. Tuttavia, la forma scritta asseriva esclusivamente il termine e non anche le ragioni giustificative e doveva essere anteriore o contestuale all'inizio della prestazione²⁴.

Infine, al precedente generico e facilmente eludibile divieto di pattuizione del termine in frode alla legge, con onere probatorio a carico del lavoratore, veniva introdotta una rigorosa tipizzazione legale tassativa di ipotesi di lecita apposizione del termine²⁵ (per le quali mancava una occasione permanente di lavoro), con onere

²⁴ L'art. 1 della L. 230/1962, commi 3, 4 e 5, così recitava: “*L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro puramente occasionale non sia superiore a dodici giorni lavorativi*”.

²⁵ Si pensi che nel sistema vigente la L. 230/1962, fino alla liberalizzazione realizzata dall'art. 23 della L. 56/1987, come si vedrà in seguito, non era consentito neppure ai contratti collettivi

della prova, questa volta, a carico del datore di lavoro ed in mancanza della quale il contratto di reputava a tempo indeterminato²⁶.

Il Legislatore, dunque, non vietava in assoluto l'ammissibilità del vincolo temporale, piuttosto, restringeva la possibilità di ricorrervi a casi specificamente determinati *ex lege*, al fine di garantire una prestazione lavorativa caratterizzata dalla continuità della durata, ossia senza prefissazione di un termine finale²⁷.

Tuttavia le rigidità del sistema giuridico del rapporto di lavoro a termine, come regolamentato nel 1962, finiva per ingessare il mercato del lavoro in progressiva evoluzione, laddove, ad esempio, anche nell'ipotesi di proroga del termine originario, la disciplina vincolistica l'ammetteva, una sola volta alle seguenti condizioni: consenso del lavoratore, durata non superiore a quella del

prevedere ipotesi aggiuntive a quelle legali.

²⁶ Per la casistica tassativa di cui alla L. 230/62, si riporta l'art. 1, comma 2: “a) quando ciò sia richiesto dalla speciale natura dell'attività lavorativa derivante dal carattere stagionale della medesima; b) quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione; c) quando l'assunzione abbia luogo per la esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale; d) per le lavorazioni a fasi successive che richiedono maestranze diverse, per specializzazioni, da quelle normalmente impiegate e limitatamente alle fasi complementari od integrative per le quali non vi sia continuità di impiego nell'ambito dell'azienda; e) nelle assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi; f) quando l'assunzione venga effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione dell'ispettorato del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui alla presente lettera.

Per la presunzione generale legislativa di indeterminatezza del contratto di lavoro, il comma 1 dell'art. 1 della L. 230/62, così recitava: “Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate”.

²⁷Secondo M. G. GAROFALO (*Intervento*, in AA.VV., *Atti delle Giornate di studio Aidlass* (Sorrento, 14-15 aprile 1978), *Il lavoro a termine*), “L'obiettivo di favorire un'occupazione stabile e non precaria, a livello macro-economico”, non doveva essere perseguito “con una interpretazione «rigida» della l. n. 230” ma doveva essere perseguito “con una coerente azione programmatica”.

contratto iniziale; svolgimento della medesima attività lavorativa, eccezionalità della proroga ammessa solo per esigenze contingenti ed imprevedibili, sempre con l'onere della prova a carico del datore di lavoro (art. 2, comma 1); ed in caso di prosecuzione di fatto dell'attività lavorativa oltre la scadenza originaria ovvero prorogata, il contratto doveva ritenersi automaticamente a tempo indeterminato (art. 2, comma 2), ed ancora, la riassunzione era ammessa solo nel rispetto di certi intervalli di tempo, in mancanza del quale, anche in questo caso, il contratto si considerava dall'origine a tempo indeterminato (art. 2, comma 3).

La trasgressione delle norme di cui alla L. 230/1962, implicavano il riconoscimento, in favore del lavoratore, salvo una obiettiva incompatibilità con la natura del contratto a termine, di ogni trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori a tempo indeterminato (art. 5), oltre alla sanzione, in origine penale, e poi solo amministrativa (art. 7).

Col mutare dello scenario economico-sociale, a far data dalla fine degli anni Settanta, e sulla spinta di nuove esigenze organizzative e produttive ed un nuovo modo di lavorare da parte delle imprese, pressate dalla globalizzazione, si avvertiva la necessità di favorire rapporti di lavori più elastici, laddove il riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dall'origine, implicava un inevitabile ed oneroso aumento stabile dell'organico che finiva per arrestare la crescita economica.

Per tali ragioni, la legislazione successiva alla L. n. 230/1962 incoraggiava l'incremento di assunzioni a termine non più giustificate da oggettive esigenze

temporanee del ciclo produttivo²⁸, ampliando l'area di legittima utilizzazione del contratto a termine quale strumento di flessibilità dell'organizzazione aziendale e di riduzione della disoccupazione.

Invero, il primo grosso passo verso la "liberalizzazione" del lavoro a termine veniva compiuto dal Legislatore del 1987 (con l'art. 23 della L. n. 56/1987) che mitigava il rigore della disciplina di cui alla L. 230/1962, demandando alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare - oltre le fattispecie tassativamente previste dall'art. 1 della precitata L. n. 230/1962 e successive modifiche nonché dall'art. 8 bis del D.L. n. 17/1983, convertito con modificazioni dalla L. n. 79/1983 - nuove ipotesi di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro²⁹.

All'uopo, la giurisprudenza unanime, da sempre, configurava tale previsione normativa quale una vera e propria "delega in bianco" a favore dei sindacati, i quali senza alcun limite alla propria autonomia e senza essere vincolati alla

²⁸ Occorre rammentare che la L. n. 230/1962 è stata emanata in un periodo di forte crescita economica sicchè il Legislatore ha spinto e favorito la stipulazione di contratti a tempo indeterminato che garantissero il lavoro stabile. Conseguentemente, le difficoltà economiche che sono seguite hanno imposto al legislatore un "nuovo obiettivo" tendente a "un'occupazione provvisoria, anche precaria", abbandonando, così, "la garanzia del posto di lavoro, inteso quale bene giuridico, cioè quale oggetto di un diritto che pare vicino o analogo a quello di proprietà". Si veda, L. MONTUSCHI, *Replica*, in AA.VV., *Atti delle Giornate di studio Aidlass* (Sorrento, 14-15 aprile 1978), *Il lavoro a termine*.

²⁹ Una prima innovazione, in realtà di scarsa rilevanza, si è avuta con l'emanazione della l. n. 266/1977 che modificò la lett. e) della l. n. 230/1962 concernente il lavoro negli spettacoli. Un primo forte segnale di cambiamento si è avuto soprattutto con la l. n. 18/1978 che consentiva, limitatamente agli operatori del commercio e del turismo, di far fronte alle c.d. punte stagionali di attività. La l. n. 79/1983 intervenne estendendo a tutti i settori economici le disposizioni contenute nella l. n. 18/1978. In seguito, il legislatore è intervenuto con la l. n. 84/1986 per disciplinare le assunzioni a termine per lo svolgimento dei servizio aeroportuali. Con tale provvedimento legislativo, si è, da un lato, abbandonato il sistema amministrativo-sindacale caratteristico della disciplina delle c.d. punte stagionali; da un altro, si è tornati alla tassatività delle ipotesi ammesse, posto che il legislatore ha aggiunto all'elenco *ex art. 1*, l. n. 230/1962 la lettera f), volta a consentire la stipula di contratti a termine alle imprese e per i servizi aeroportuali, per un periodo massimo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente stabiliti.

individuazione di figure di contratto a termine, comunque omologhe a quelle previste per legge, potevano individuare nuove ipotesi di contratto di lavoro a termine per causali di carattere "oggettivo" ed anche - alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale - per ragioni di tipo meramente "soggettivo", consentendo (vuoi in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori, costituendo, anche in questo caso, l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro idonea garanzia per i suddetti lavoratori e per una efficace salvaguardia dei loro diritti, nonché stabilire le percentuali ammissibili di contratti a termine nei diversi settori produttivi³⁰.

La disciplina del contratto a tempo determinato, anche in concomitanza con l'evolversi del sistema economico e del mercato del lavoro, cedeva la propria rigidità in favore di un alleggerimento, in tema sanzionatorio, con l'art. 12 della L. 196/1997 (rubricato "Disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato"), che diede attuazione alla volontà del Governo manifestata con il Patto per il Lavoro del 24/09/1996, abbandonando il rigido criterio, previsto dalla L. 230/1962, dell'automatica conversione del contratto a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato - a prescindere dal tempo della protrazione del rapporto e dalla gravità della violazione di legge -, rivelatosi assai gravoso e penalizzante per il datore di lavoro a cui veniva impedita una sana gestione della propria attività lavorativa. L'apparato sanzionatorio del 1997 graduava e proporzionava al tempo di protrazione del rapporto, dopo la scadenza del termine inizialmente fissato, la sanzione che ne derivava introducendo penalità di tipo retributivo per le violazioni

³⁰ Cass. civ., Sez. VI, 16/11/2010, n. 23119

meno gravi e prevedendo la conversione del contratto alle ipotesi più gravi, ove era evidente l'intento fraudolento del datore di lavoro³¹.

La persistenza di seri vincoli per il rapporto a termine indusse a richiedere l'abrogazione referendaria dell'intera disciplina di cui alla L. 230/62, con risultato negativo atteso che la Consulta³² dichiarò inammissibile la richiesta per contrasto con gli obblighi comunitari derivanti dalla direttiva 1999/70³³.

2.2) La rivoluzione del D.Lgs. n. 368/2001.

Nel nostro ordinamento giuridico, in tema di contratto a termine, contratto flessibile per eccellenza, si giunge all'emanazione del D.Lgs. n. 368 del 06 settembre 2001, in esecuzione della Legge Delega 29 dicembre 2000 n. 422 ed attuazione della direttiva comunitaria 1999/70/CE, in virtù del quale è stata abrogata tutta la precedente normativa nazionale in materia di contratto a termine

³¹ Per una lettura dell'art. 12 della L. 196/1997 : *“Il secondo comma dell'art. 2 della legge 18 aprile 1962, n. 230, è sostituito dal seguente: “Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% fino al decimo giorno successivo, al 40% per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi ovvero oltre il trentesimo negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata, rispettivamente, inferiore o superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto”.*

³² Corte Cost. 7 febbraio 2000 n. 41.

³³ Le risultanze della Consulta (sentenza n. 41 del 07 febbraio 2000), invero, furono oggetto di animate critiche atteso che, a parere di autorevole dottrina, il vincolo comunitario non può impedire al popolo degli Stati Membri di esercitare il potere di abrogazione referendaria dell'intera legge nazionale, imponendo, piuttosto, soltanto al legislatore di attivarsi immediatamente dopo tale eventuale abrogazione emanando, senza soluzione di continuità, una disciplina che, nei limiti consentiti dalla direttiva, rispetti le finalità dell'abrogazione referendaria. In questa situazione, le parti sociali raggiungevano l'accordo per il recepimento della direttiva comunitaria e la revisione dell'intero sistema di disciplina del contratto a termine. Tale accordo prendeva il nome di “avviso comune” poiché, in effetti, costituisce uno schema di provvedimento legislativo indispensabile per l'abrogazione e la modifica di norme di legge; ne seguiva l'emanazione del D.Lgs. 368/2001 che recepisce integralmente l'avviso comune delle parti sociali. Così, A. VALLEBONA- C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, 18.

(in particolare, la L. 230/1962, l'art. 23 L. 56/1987, l'art. 8 bis L. 79/1983, “*nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili*” (art. 11 co. 1).

Nei criteri direttivi della Legge Delega si precisa che i decreti legislativi, recanti le norme occorrenti per dare attuazione alla detta direttiva, devono assicurare, in ogni caso, che la disciplina sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime, pur potendo il Legislatore delegato apportare le “occorrenti modifiche o integrazioni” per evitare disarmonie con le norme vigenti.

Invero, nell'ordinamento giuridico italiano, i requisiti della direttiva potevano considerarsi già soddisfatti dalla previgente disciplina sul lavoro a termine, che disciplinava, fra l'altro, il principio di parità di trattamento (art. 5 L. 230/1962) e le limitazioni alla proroga ed alla rinnovazione del contratto a termine (art. 2 L. 230/1962), tanto ancor più in considerazione del fatto che la direttiva comunitaria imponeva di attivarsi con misure appropriate soltanto a quegli Stati membri che non disponessero già di adeguate normative (clausola 5.1 dell'accordo-quadro). D'altra parte, la perfetta aderenza agli obiettivi della direttiva *de qua* da parte della L. 230/1962 venne confermata anche dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 41/2000) che ebbe, altresì, modo di sottolineare che il fine perseguito dalla direttiva stessa era essenzialmente quello di realizzare un “quadro” di garanzie atte “ad evitare l'abuso del contratto a termine”.

Per tali ragioni, una parte della dottrina, ha espresso seri dubbi circa la corretta attuazione, da parte dello Stato Italiano che ha introdotto il D.Lgs. n. 368/2001, dei principi comunitari paventando, addirittura, che la detta disciplina normativa fosse in contrasto con l'art. 76 Cost. per “eccesso di delega”, atteso che

la parte propriamente precettiva della direttiva, che doveva essere oggetto del recepimento, era solo quella contenente specifiche disposizioni relativamente al principio di non discriminazione rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili e alle misure di prevenzione dell'abuso nella successione di contratti a termine.

Il legislatore delegato, invece, sarebbe andato oltre quanto previsto dalla Legge Delega e avrebbe colto l'occasione per apportare modifiche radicali alla normativa vigente, riducendo, addirittura, in alcuni casi, il livello generale di tutela offerto ai lavoratori, in aperto contrasto con la c.d. *clausola di non regresso* prevista dall'accordo-quadro, per la quale la "*trasposizione della direttiva non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso*"³⁴.

³⁴ Sulla base della legge comunitaria del 2000, il Governo Italiano ha ritenuto di esercitare la delega abrogando la normativa precedente ed adottando il D.Lgs. 368/2001 con cui ha ridisciplinato l'intera materia, facendo sorgere dubbi in ordine alla sua legittimità costituzionale in relazione alla legge di delega, ad avviso di alcuni non rispettata dal Governo che avrebbe operato in violazione della delega conferitagli ovvero in mancanza di idonei criteri direttivi. La prima questione avrebbe riguardato proprio la violazione del presunto divieto di regresso sancito a livello comunitario. All'uopo, una dottrina esaminando la pronuncia della Corte Costituzionale n. 45 del 2001 relativa all'inammissibilità del referendum per l'abrogazione della disciplina sul part-time nelle more dell'attuazione della direttiva n. 97/81 Ce, aveva rimarcato l'affermazione della Consulta per cui "l'eliminazione pura e semplice della tutela contenuta nella vigente disciplina" avrebbe comportato la "responsabilità dello Stato Italiano per inadempimento di uno specifico obbligo comunitario". Da ciò traendo il convincimento che quello specifico obbligo andasse identificato proprio nella regola di non regresso. Così M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2002, ed ancora *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008. Nel medesimo senso, L. GAROFALO, *La clausola di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politiche sociali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I.

Mediante un'esplicita riproposizione di queste osservazioni nell'analisi della coeva pronuncia della Consulta sul lavoro a termine (sent. n. 40/2000), si era giunti ad identificare in alcune disposizioni introdotte dal d.lgs. 368/2001 una regressione di tutele, mentre per altre si propugnava una inevitabile interpretazione restrittiva proprio per scongiurare il pericolo di contrasto con l'ordinamento europeo. Così, M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, su www.cgil.it/giuridico, 2001; M. P. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. Dir.*, 2006, n. 2/3; CARABELLI, *Intervento al seminario su "La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine"*, in www.unicz.it/lavoro, 2001; V. ANGIOLINI, *Sullo schema di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato*, su www.cgil.it/giuridico, 2001; V. SPEZIALE, *Il contratto a termine*, in *Atti Aidlass, Interessi e tecniche nella disciplina del*

Invero, ad avviso di altra autorevole dottrina³⁵, il decreto si prospettava la perfetta aderenza dello stesso D.Lgs. 368/2001 alla normativa comunitaria atteso che lo stesso prevede che esigenze obiettive devono essere alla base di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, anche in considerazione che la Corte di Giustizia aveva annichilito l'interpretazione della direttiva comunitaria secondo la quale anche il primo contratto di lavoro a tempo determinato deve essere sorretto da ragioni oggettive.

Ad ogni modo, senza entrare nel merito delle critiche mosse all'introduzione della disciplina del 2001 (contestata tanto sotto il profilo costituzionale quanto sotto quello comunitario) che finirebbero per distogliere l'attenzione dal centro focale del presente studio, c'è chi ritiene che la detta normativa costituisce una delle innovazioni più significative nell'ambito della regolazione della flessibilità del lavoro, ed è un istituto nel quale si contrappongono interessi diversi (come, ad esempio, quello dell'impresa ad utilizzare il contratto a tempo determinato come strumento ordinario di gestione del personale per adattarlo alle mutevoli esigenze provenienti dal mercato, nonché l'interesse opposto del lavoratore alla stabilità dell'occupazione)³⁶.

Pertanto, non condividendo la ricostruzione critica dell'introduzione del D.Lgs. 368/2001, altra parte della dottrina³⁷ ritiene abbandonato l'orientamento

lavoro flessibile, Milano, 2003.

³⁵ G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in www.fmb.unimore.it, working paper n. 78/2009. D'altronde, prosegue l'A. Con riguardo all'interpretazione dell'art. 5 della direttiva "è stato chiarito che esso non impone l'adozione cumulativa delle tre tipologie di misure previste per prevenire gli abusi, in quanto sollecita gli Stati membri ad adottare <almeno una delle misure elencate, senza peraltro che tra quelle misure sia configurabile una gerarchia>".

³⁶ V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2/XIII, 2003, Giuffrè.

³⁷ FIORILLO-PESSI, *Giustificazione del lavoro a termine*, in Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, ritiene che l'obbligo comunitario, discendente dall'adozione della direttiva, è sempre l'obbligo di conformazione alle prescrizioni minime dettate dal legislatore

eccessivamente rigoroso introdotto dalla L. 230/1962 intesa, quest'ultima, da alcuni, come una specie di “camicia di forza” per la quale, ogni minima deviazione dai casi consentiti di rapporto di lavoro a termine ha finito con il determinare la trasformazione coatta del rapporto di lavoro da tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dimenticando che, anche nel campo giustlavoristico, pur caratterizzato dalla frequente imposizione di norme imperative, non vi sono valide ragioni per disattendere l'autonomia privata, se questa è stata esercitata nei ranghi della legittimità.

Piuttosto, per invalidare gli effetti del negozio concluso dalle parti bisogna poter supporre ed accertare, in sede giudiziale, che il datore di lavoro abbia assunto a termine non perché necessitasse di lavoratori a tempo determinato, ma perché pur necessitando di lavoratori a tempo indeterminato ha preferito, al solo fine di sottrarsi alle pastoie della giusta causa o del giustificato motivo, offrire lavoro a termine.

Ciò presupposto, sotto la cd. spinta alla flessibilizzazione, la disciplina del 2001 ha sostituito la lista “chiusa” di causali di cui alla L. 230/1962, con una formulazione più ampia, per cui per la stipulazione di un contratto a tempo determinato sono sufficienti generiche ed oggettive “*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*” (art. 1, co. 1), formulazione che deve essere interpretata in conformità al contenuto della direttiva dalla cui lettura si ricava che il rapporto a tempo indeterminato è la normalità e che il termine costituisce una deroga alla “forma comune dei rapporti di lavoro”, che deve essere basata non su

comunitario in tema di abusi, non invece un supposto obbligo di non regresso.

ragioni soggettive (ad esempio la mera volontà del datore di lavoro) ma su motivazioni di tipo oggettivo³⁸.

Per quanto di nostro interesse, utile al fine di avere un quadro generale della disciplina del contratto a termine come (ri)disciplinato dal D.Lgs. 368/2001, si riportano i punti salienti della normativa in parola:

1) riprendendo quanto già previsto in precedenza dalla previgente normativa, resta fermo il vincolo della forma scritta per il patto relativo al termine, nella prospettiva, comune nell'ordinamento anche per altri negozi giuridici, di garantire il lavoratore da un effetto potenzialmente pregiudizievole. Naturalmente la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, alla luce della formulazione della disposizione “l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta ... da atto scritto”, ad esclusione delle ipotesi in cui la durata del rapporto di lavoro sia non superiore a dodici giorni. La necessità della forma scritta implica, dunque, l'inammissibilità di una diversa prova del patto, anche a mezzo di giuramento, confessione e prova testimoniale, quest'ultima ammessa solo per il caso dello smarrimento incolpevole del documento (art. 2725 c.c.). L'atto scritto deve essere consegnato dal datore di lavoro al lavoratore, entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione, e ciò anche per contrastare la prassi di far sottoscrivere al lavoratore il classico foglio in bianco. L'onere della prova dell'avvenuta consegna è, ovviamente, a carico del datore di lavoro;

2) il termine deve risultare dall'atto scritto, direttamente o indirettamente. In particolare, la previsione, nell'atto, diretta di un termine comprende sia

³⁸ In senso adesivo a questa tesi, V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2001, Giuffrè; G. PROIA, *Flessibilità e tutela <nel> contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2001, Giuffrè.

l'indicazione specifica di una data, sia l'indicazione di un evento considerato certo. Invece, in maniera innovativa rispetto al passato, l'ipotesi del termine che risulti indirettamente dall'atto deve riferirsi ad accordi che pur non indicando una data certa o il verificarsi di specifico evento, possono interpretarsi in tal modo in base al tenore complessivo delle clausole (art. 1363 c.c.) ed alla buona fede (art. 1366 c.c.), come, ad esempio, quando nel contratto è indicata una ragione inequivocabilmente temporanea dell'assunzione. L'onere della prova della stipulazione per iscritto, in modo diretto o indiretto, del termine grava sulla parte interessata a farlo valere, in applicazione del principio generale dell'art. 2697 c.c.;

3) indicazione specifica delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine, a differenza di quanto previsto dalla previgente disciplina che imponeva la specifica indicazione delle ragioni solo nell'ipotesi di assunzione in sostituzione di lavoratori assenti (art. 1, co. 2, lett. b) L. 230/1962).

Infine, considerato che è comunemente diffusa l'accezione per cui la precarietà è individuata principalmente nella temporaneità dei rapporti di lavoro, era inevitabile che l'attenzione del Legislatore, a seguito dell'intenso dibattito politico-sindacale che ne era derivato, si concentrasse sulla disciplina del contratto temporaneo per antonomasia, ossia il contratto di lavoro a termine.

Pertanto, nell'arco di un anno, il Legislatore ha introdotto delle modifiche al D.Lgs. n. 368/2001, spinto dalla necessità di rendere il contratto a termine uno strumento, da una parte, che introducesse maggiore flessibilità senza eludere le garanzie poste a tutela dei lavoratori, e dall'altro, che rispondesse alle mutevoli

esigenze di mercato nella prospettiva, auspicabile, di flessibilizzazione della occupazione.

Proprio in tale ottica si inseriscono le due novelle legislative del 2008 di segno opposto.

In ordine cronologico: la prima, L. 24 dicembre 2007 n. 247, che ha tentato di restringere l'impiego del contratto di lavoro a tempo determinato, promuovendo una lettura “anacronistica” del comma 1 dell'art. 1 del D.Lgs. 368/2001, laddove con l'art. 1, comma 39, introduceva, all'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, il comma 01 secondo cui “*il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo determinato*” (principio poi di seguito riformulato dalla L. 92/2012, che ha specificato “*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”).

Il Legislatore ha, così, riaffermato, la “centralità” del contratto di lavoro *sine die*, recuperando la dichiarazione di principio contenuta nell'accordo quadro europeo del 1999 recepito nella direttiva comunitaria 1999/70, secondo cui “i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro”.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina, “si tratta di una disposizione che ha più un valore di principio che di rilievo”³⁹. Infatti, la nuova disciplina del D.Lgs.

³⁹ G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *La nuova disciplina del Welfare*, Commentario alla legge 24 dicembre 2007 n. 247, a cura di Persiani-Proia, Cadam, 2008, 92 e ss.. La riforma del 2007 introduce anche un limite massimo alla successione dei contratti a termine tra “*lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro*” - individuato nel periodo complessivo di 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro-. Tuttavia, già agli artt. 4 e 5 del D.Lgs. 368/2001, il legislatore aveva previsto limiti di natura diversa (alla proroga del termine, alla prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, alla successione di diverse assunzioni a termine). L'assenza, invece, di un limite di durata alla successione di contratti di lavoro a tempo determinato era avvertito, da alcuni, in contrasto con la direttiva 1999/70 sicchè era necessario tale adempimento da parte dello Stato Italiano. Tuttavia, ad avviso dell'Autore la disciplina nazionale risultava già

368/2001, come sopra modificato, non ha riproposto *tout court* l'assetto delineato dalla previgente L. 230/1962 (per la quale il “contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni” tassativamente indicate), lasciando, piuttosto, inalterata la disposizione che ammette l'apposizione del termine a fronte di ragioni oggettive di ampia portata (“di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, art. 1 co. 3 D.Lgs. 368/2001).

In senso diametralmente opposto, la seconda novella, D.L. 25 giugno 2008 n. 112, che con l'art. 21 ha, di nuovo, modificato il comma 1 del D.Lgs. n. 368/2001 estendendo, ulteriormente, la portata della clausola giustificativa del termine di durata al contratto di lavoro, laddove, dopo le parole «*tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» ha aggiunto le seguenti “*anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro*”.

Tale intervento legislativo rispondeva alla necessità di normalizzare l'uso non fraudolento dello strumento del contratto a termine, rendendo modulabile la flessibilità in termini di *flexicurity*⁴⁰, fermo il rispetto, comunque, del principio di ragionevolezza e trasparenza tanto che persiste, in capo al datore di lavoro, a pena

conforme alle disposizioni della direttiva (avendo stabilito che tanto per il rinnovo quanto per la proroga del contratto a termine fossero necessarie ragioni dal carattere obiettivo), laddove quest'ultima semplicemente stabilisce che “*per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*” gli Stati Membri devono introdurre “*una o più misure*” relative a: “*a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinati successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti*”.

⁴⁰ G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in www.fmb.unimore.it, working paper n. 78/2009, l'A. Ritene che “la nuova formulazione (il riferimento è la riferibilità delle ragioni giustificative alla ordinaria attività del datore di lavoro) non lasci più spazio ad interpretazioni restrittive, ma impone oramai un nuovo modo di approccio alla ricerca del significato da attribuire alle “ragioni” idonee a legittimare l'apposizione del termine”. Ancora, prosegue “l'introduzione (o l'esplicitazione) della riferibilità di tali ragioni anche all'ordinaria attività del datore di lavoro> richiede, a mio avviso, l'adozione di un nuovo paradigma interpretativo rispetto a quello solitamente utilizzato, e, ancora prima, sollecita la puntualizzazione, all'interno della comunità degli operatori del diritto del lavoro, del significato dei termini utilizzati e delle loro condizioni d'impiego”.

di inefficacia, il preciso onere di specificare e particolareggiare, per iscritto, le predette ragioni nel contratto di assunzione, così da rendere possibile la conoscenza della loro effettiva portata e il relativo controllo di effettività.

Dalla assoluta preferenza, accordata dalla L. 247/2007, al contratto a termine, da cui discendeva un radicale sfavore per il ricorso a qualsiasi forma di contratto a termine, dal 25 giugno 2008 per effetto del D.L. 112/2008 l'impresa viene rassicurata circa la legittimità piena di una assunzione a tempo determinato anche per le ordinarie attività, purchè a fronte di almeno una delle causali previste, concretamente ed esplicitamente individuata all'interno della singola realtà aziendale, senza pretesi vincoli di eccezionalità⁴¹.

Si aggiunga, inoltre, che il Legislatore mosso dalla condivisibile ragione di limitare gli effetti risarcitori che si riverberano sulle aziende già strangolate dal sistema economico-finanziario, (il riferimento è a quelle realtà aziendali di dimensioni, evidentemente, di interesse nazionale, in chiare difficoltà alla luce delle numerose espressioni giurisprudenziali dal tenore a loro sfavorevole), con il D.L. n. 112/2008, ha introdotto l'art. 4bis nel D.Lgs. n. 368/2001 (rubricato “*Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine*”), in base al quale per i “soli giudizi in corso” alla data del 22 agosto 2008, con salvezza delle sentenze passate in giudicato, per la violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4 del D.Lgs. 368/2001, il datore di lavoro “è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di

⁴¹ Invero, con la sentenza n. 1033/2010 del 26 aprile 2010, la Corte di Cassazione, consolidando gli arresti delle precedenti decisioni nn. 21985/2008 e 2279/2010, sigilla definitivamente l'interpretazione della clausola generale dell'art. 1 co. 1 D.Lgs. 368/2001 sulle ragioni oggettive che giustificano l'apposizione del termine, che devono esse eccezionali e, in ogni caso, temporanee, anche dopo la modifica dell'art. 21 del D.L. n. 112/2008 e l'aggiunta del riferimento all'ordinaria attività del datore di lavoro.

lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”, sfuggendo, di fatto, alla conversione in un rapporto a tempo indeterminato.

Una tale previsione non poteva non passare sotto il vaglio della Consulta che l'ha tacciata di incostituzionalità (si veda Corte Costituzionale sent. n. 214/09, nei seguenti capitoli).

2.3) Il Collegato Lavoro.

La complessa evoluzione della normativa di regolazione dello strumento del contratto a termine, riflette, pedissequamente, le trasformazioni del diritto del lavoro in Italia ed il suo alterno dibattersi tra esigenze di stabilità e flessibilità nelle modalità di impiego del lavoro dipendente.

In tale ottica, si inserisce l'ennesimo, e non ultimo, intervento legislativo del 2010 nel sistema delle assunzioni a tempo determinato.

La L. 183/2010, nota anche come Collegato Lavoro⁴², entrata in vigore il 24 novembre 2010, ha affidato il contratto a termine e tre nuove regolamentazioni con riferimento alla illegittima apposizione del termine di durata, alle conseguenze della cessazione o della trasformazione del rapporto di lavoro, ossia:

- introduzione della regola della conversione per l'ipotesi di accertata

illegittimità del termine⁴³;

⁴² V. DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i “fantasmi” della l. n. 230/1962 sul contratto a termine*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, Ipsoa, 3/2011, per il quale è opportuno prestare attenzione alla relazione tematica sul Collegato Lavoro 2010 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione del 12 gennaio 2011 che invita gli interpreti nazionali a porre adeguata attenzione al nuovo sistema di fonti del diritto, in cui l'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da parte della Corte di Giustizia sulla disciplina del contratto a termine acquista centralità nelle soluzioni delle Corti nazionali e condiziona anche le scelte legislative, del tutto incoerenti rispetto ai principi comunitari e costituzionali.

⁴³ Invero, la normativa fa esclusivo riferimento alle ipotesi di conversione del contratto di lavoro per disciplinarne, poi, le conseguenze economiche. Ad avviso di chi scrive, il riferimento alle ipotesi di conversione (già espressamente disciplinate dal D.Lgs. 368/2001 nel caso di mancanza sritta del

- predeterminazione della misura del risarcimento del danno (art. 32, commi 5 e 6);

- introduzione di un doppio termine di decadenza, sostanziale e processuale, per l'impugnazione del contratto a termine già cessati alla data di entrata in vigore del Collegato Lavoro (art. 32, commi 1 e 4, lett. b)).

Solo un accenno, di seguito meglio sviluppato, alle modifiche introdotte alla sanzione economica nei casi di conversione del contratto di lavoro a seguito di sentenza. Il Legislatore con la previsione di cui all'art. 32, commi 5-6, si proponeva l'obiettivo di contemperare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e ad un equo indennizzo, e quello del datore di lavoro a non subire un pregiudizio eccessivo derivante dalle lungaggini processuali, da eventuali comportamenti dilatori del lavoratore e, comunque, dalla genericità del precetto sulle giustificazioni del termine, introducendo la nozione di “*indennità onnicomprensiva*” che, ovviamente, per come formulata, non è stata scevra da dubbi interpretativi, successivamente, anch'essi, risolti dalla Consulta.

Si rimanda, ad ogni modo, a quanto più precisamente si dirà nei successivi capitoli, per quanto di stretto interesse nel presente lavoro, in merito alla fattispecie della conversione del contratto a seguito dell'accertamento della illegittimità del termine ed alle conseguenze risarcitorie.

2.4) La Riforma Fornero.

Da ultimo, la Riforma Fornero (L. 92 del 28/06/2012) ha introdotto varie novità nella disciplina del contratto a termine, la più importante della quale è

termine, successione di rapporti di lavoro a termine, superamento del tetto massimo, ovvero contratti a termine in violazione degli specifici divieti) non ha alcun rilievo circa l'affermazione dell'automatica conversione in tutte le ipotesi di nullità del termine.

costituita, senza dubbio, dalla previsione del *contratto a termine acausale, cd. causalone*, consistente nella possibilità di una prima assunzione a termine, per un periodo non superiore a 12 mesi e con contratto non prorogabile, per lo svolgimento di qualsiasi mansione, senza che debbano ricorrere esigenze di occupazione limitata nel tempo e senza necessità che i lavoratori abbiano specifiche caratteristiche soggettive. In alternativa, i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che in luogo dell'ipotesi dei 12 mesi, l'indicazione dei motivi non sia necessaria nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga - nel limite complessivo del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva - nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle seguenti ragioni: avvio di una nuova attività; lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente (art. 1, co. 1 bis, D.Lgs. n. 368/2012, come modificato dall'art. 9 L. 92/2012).

Sempre nell'ambito delle assunzioni a tempo determinato, la medesima riforma (art. 1, commi 9-13, L. 92/2012), ha ampliato il periodo di tempo entro cui è possibile proseguire di fatto le prestazioni di lavoro oltre la scadenza del

contratto a termine senza che ciò produca effetti sulla “conversione” del contratto a termine.

A tali ampliamenti è seguito anche un restringimento delle possibilità di riassumere a termine lo stesso lavoratore, attuato sia attraverso l'ampliamento degli intervalli di tempo da osservarsi tra un contratto e l'altro (art. 1, co. 10, lett. g)⁴⁴, sia mediante l'inclusione dei limiti dei 36 mesi dei “periodi di missione” per mansioni equivalenti (art. 1, co. 9, lett. i), nonché un aggravio contributivo del 1,4%, parzialmente restituibile in caso di conversione del rapporto. Parimenti, è stato ampliato il termine di decadenza per impugnare la nullità del termine apposto al contratto di lavoro, mentre è stato ridotto quello per proporre la domanda giudiziale, fornendo, infine, una interpretazione autentica delle disposizioni di cui all'art. 32, co. 5, L. 183/2010 in tema di conseguenze economiche derivanti dalla “conversione” del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

La *ratio* ispiratrice della riforma Fornero è sicuramente condivisibile laddove è volta, almeno negli intenti, a favorire “l’instaurazione di rapporti di lavoro più stabili” ed a contrastare “l’uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità”, da una parte, nonché ad avviare una “apertura sulla flessibilità in uscita” attenuando le conseguenze onerose previste a carico del datore di lavoro nell’ipotesi di licenziamento illegittimo⁴⁵.

⁴⁴ In sede di conversione del D.L. n. 83/2012 (c.d. Decreto sviluppo), la L. n. 134/2012 ha introdotto l'art. 46 bis che, modificando al legge Fornero, ha previsto la riduzione dei termini in questione sono a 20 o 30 giorni da parte della contrattazione collettiva di qualsiasi livello senza alcuna condizione.

⁴⁵ F. CARINCI, “*Complimenti, dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*”, in Riv. Il Lavoro nella Giurisprudenza, 2012, 538, per il quale la riforma ha voluto compiere una duplice manovra: depurare la flessibilità in entrata ed ampliare quella in uscita.

Anche A. VALLEBONA, in “*La riforma del Lavoro 2012*”, Torino, 2012, 10 e ss, ha ricostruito gli obiettivi della riforma cogliendo l'idea originale della stessa nella previsione di allentare la stretta sui licenziamenti per accrescere la propensione delle imprese ad assumere nuovi e numerosi lavoratori a tempo indeterminato, riducendo il divario tra le due forme di tutele.

Non può non sottolinearsi che la “Riforma Fornero”, con l'art. 1, comma 9, lettera a), in un sistema di “regola-eccezione”, in piena crisi economico-finanziaria ed in una realtà imprenditoriale che ha visto una drastica riduzione dei profitti delle attività economiche - riportando l'Italia e la sua economia indietro al 1995-, per il rilancio “permanente” della occupazione - si legge nel testo del provvedimento – modifica l'art. 1, comma 01, D.Lgs. 368/2001, nei seguenti termini “*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”. Per alcuni, si tratterebbe di una modifica che nulla aggiunge rispetto al passato; per altri, invece, sarebbe quasi un preoccupante ritorno al passato, atteso che parrebbe che il Legislatore riprenda a manifestare una sorta di intolleranza e sfavore per tale tipologia contrattuale di assunzione di lavoratori subordinati.

Tuttavia, anche la legge Fornero non è passata indenne da contestazioni di vario genere da parte degli addetti ai lavori che hanno ritenuto che la stessa non fosse altro che “un'opera di manutenzione” di figure contrattuali già esistenti al fine di restringere le condizioni di utilizzo e favorire il contratto *sine die*, senza, tuttavia, apportare significative innovazioni nell'ambito dei contratti flessibili che ne riducessero la congerie⁴⁶.

Non sono mancati, infatti, i primi timori e dubbi sull'introduzione di questa “relativa liberalizzazione del contratto a termine” con la previsione del contratto a termine acausale, in termini di limiti temporali e quantitativi, nonché di conformità

L'*intentio* originaria di coniugare una decisa stretta sui contratti c.d. atipici (riducendone il numero e restringendone l'uso), con una netta apertura nei confronti dei licenziamenti illegittimi (limitando al minimo la reintegra), naturalmente, ha perso molta della sua logicità e trasparenza nella travagliata gestazione della riforma.

⁴⁶ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione svolta al XVII Congresso Nazionale dell'AIDLASS, Pisa, giugno 2012, 15 del testo provvisorio.

con l'accordo quadro europeo^{47, 48}.

3) Caratteristiche delle causali di apposizione del termine.

3.1) Effettività e specificità della clausola giustificativa del termine di durata. Ragioni oggettive temporanee e permanenti.

⁴⁷Secondo A. VALLEBONA, in *“La riforma del Lavoro 2012”*, Torino, 2012, 19, l'assunzione a tempo determinato è libera quando sia la prima con il datore di lavoro, a prescindere da altre eventuali precedenti assunzioni con contratti diversi.

In senso contrario, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che, immediatamente dopo l'introduzione della L. 92/2012, con la Circolare del 18/07/2012, prot. n. 37/0013292/MA007.A001, 2, fornisce le prime indicazioni operative al personale ispettivo, e chiarisce che, il riferimento nella formulazione normativa “al primo rapporto a tempo determinato” tra lavoratore e datore di lavoro/utilizzatore, per lo “svolgimento di qualunque tipo di mansione”, la deroga al causalone possa trovare applicazione una ed una sola volta tra due medesimi soggetti stipulanti il contratto a tempo determinato, escludendosi che si possa fare ricorso allo stesso se preceduto da qualsiasi rapporto di natura subordinata, proprio perché la *ratio* di tale strumento contrattuale è quella di verificare le attitudini e capacità professionali del lavoratore in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo.

Ancora, in ambito temporale, sempre il Ministero chiarisce che “il periodo di 12 mesi non costituisce una “franchigia” - o comunque un periodo in qualche modo frazionabile – nell'ambito della quale si è sempre esonerati dalla individuazione del causalone”, così pure rammenta che “... il primo rapporto a termine acasuale non è in nessun caso prorogabile, nemmeno qualora lo stesso abbia avuto una durata inferiore ai 12 mesi e sino a tale durata massima”.

L. MENEHINI nel commento alla Riforma Fornero (Contratto a termine – art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 927 e ss), ha dato una prima risposta positiva, salva l'ipotesi di frode, alla domanda legittima che molti addetti ai lavori si sono posti: Se dopo un contratto di 6 mesi relativo a certe mansioni ne viene stipulato un altro per mansioni completamente diverse?

⁴⁸ Quanto al limite temporale dei 12 mesi di durata massima del primo contratto acasuale, non prorogabili, M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione svolta al XVII Congresso Nazionale dell'AIDLASS, Pisa, giugno 2012, 16, ritiene che sia troppo lungo poiché consentirebbe al datore di lavoro di programmare il *turn over* dei lavoratori, tutti assunti una prima ed unica volta con il causalone. Il termine più breve, originariamente previsto di 6 mesi, avrebbe escluso tale prassi e consentito la stabilizzazione del rapporto di lavoro “in considerazione dei tempi richiesti per l'adattamento del lavoratore al contesto lavorativo, almeno per le mansioni non elementari”. Per altri, invece, il contratto libero di 6 mesi, di cui al disegno di legge originario, fu oggetto di giudizi negativi probabilmente per l'eccessiva brevità del termine massimo (M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario *La Riforma del Mercato del Lavoro*, facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma Tre, 13/04/2012).

Quanto al limite quantitativo, si è ritenuto che, qualora la contrattazione collettiva abbia già fissato dei limiti percentuali con riferimento alla generalità dei contratti a termine, non siano necessari altri specifici limiti per i contratti a termine acasuali, dovendo gli stessi essere sommati a tutti gli altri stipulati dal datore di lavoro, se invece i detti limiti sono riferiti a specifiche ipotesi, deve ritenersi che, probabilmente, la contrattazione collettiva non ha ritenuto di limitare percentualmente altre ipotesi, ivi compreso, oggi, anche il contratto acasuale, per il quale la riforma non richiede autonomi e specifici limiti, come risulta dalla mancata integrazione del comma 7 dell'art. 10 D.Lgs. 368/2001 e dall'espressa menzione del limite del 6% nelle specifiche ipotesi di cui al co. 9, lett. B, art. 1, L. 92/2012; così L. MENEHINI, (Contratto a termine – art. 1, commi 9-

La nuova disciplina del contratto a termine come regolamentata dal D.Lgs. 368/2001, ha introdotto il requisito della “specificità” delle ragioni giustificative del termine apposto al contratto di lavoro, laddove si legge all'art. 1, co. 2, “*L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, ... , da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1*”.

Tale precisazione normativa trova la propria *ratio* nell'allargamento, operato dalla nuova disciplina di cui al D.Lgs. 368/2001, delle ipotesi in cui è ammesso il termine al rapporto di lavoro in sostituzione delle fattispecie tipizzate di cui alla L. 230/1962. Queste ultime si riferivano ad ipotesi temporanee di lavoro, precisamente normate e come tali non suscettibili di equivoci, tanto da non abbisognare di specifica preventiva indicazione espressa. Invece, la nuova formulazione dell'art. 1 D.Lgs. 368/2001 comprende, in maniera ampia e generica, qualsiasi oggettiva e non arbitraria convenienza aziendale per il lavoro a termine, a prescindere dal carattere temporaneo o permanente dell'occasione di lavoro.

Le ragioni giustificative del termine, come noto, devono essere puntualmente “specificate”, non bastando, invece, formulazioni generiche e di stile, in maniera da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e quindi il relativo controllo di effettività⁴⁹.

All'uopo, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che è necessario che “il contratto individuale di lavoro specifichi le ragioni poste a base dell'assunzione a termine e che evidenzi, con riferimento all'ufficio di destinazione del lavoratore,

13, l. n. 92/2012, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 931), e A. VALLEBONA, (“*La riforma del Lavoro 2012*”, Torino, 2012, 20).

⁴⁹ Corte Costituzionale, sent. n. 214 del 14/07/2009; Cassazione Civile, sez. lav., n. 6328 del 16/03/2010.

la sussistenza di ragioni produttive o organizzative o innovative o di sperimentazione ovvero, ancora, di processi di riposizionamento del personale in relazione all'area di inquadramento ed alle mansioni assegnate”, così come è necessario che il datore di lavoro dimostri la sussistenza di tali specifiche ragioni giustificative del termine nonché di un nesso funzionale tra l’assunzione a termine e le ragioni stesse, con la conseguenza che l'apposizione del termine presuppone la ricorrenza di determinate, specifiche e concrete circostanze la cui sussistenza ovviamente, per evitare facili elusioni di tale regola, non può essere meramente enunciata, peraltro in maniera del tutto generica, ma deve essere prospettata e dimostrata con riferimenti concreti, oggettivamente controllabili e verificabili”⁵⁰.

La specificazione delle ragioni giustificatrici del termine può risultare anche indirettamente nel contratto di lavoro e da esso *per relationem* in altri testi scritti accessibili alle parti, come spiegato in più occasione dalla giurisprudenza (si pensi al caso delle Poste Italiane Spa allorquando nel contratto di lavoro individuale richiamano specifici accordi che ammettono l'assunzione a termine), in particolare nel caso in cui, data la complessità e la articolazione del fatto organizzativo, tecnico o produttivo che è alla base della esigenza di assunzioni a termine, questo risulti analizzato in documenti specificatamente ad esso dedicati per ragioni di gestione consapevole e/o concordata con i rappresentanti del personale.

Appare fuori discussione, indi, che, come evidenziato dalla costante ed unanime giurisprudenza di legittimità e di merito, le ragioni di carattere tecnico,

⁵⁰ *ex multis*, si vedano Corte di Appello di Potenza, sez. lav., sentenze del 30/01/2008; 25/01/2007; 06/06/2007; 17/07/2007; 20/07/2007; Tribunale di Roma, sez. lav., 02/04/2007 n. 6445; Tribunale di Livorno, sez. lav., n. 356/2008; Tribunale di Pisa, sez. lav., 03/04/2001 n. 1005; Tribunale di Ragusa, sez. lav., 23/11/2004 n. 819.

produttivo, organizzativo e sostitutivo, di cui all'art. 1 D.Lgs. 368/2001, non possono essere dilatate a tal punto da essere identificate con le preferenze insindacabili del datore di lavoro, dovendosi, piuttosto, trattare di esigenze oggettive di temporaneità del rapporto e non di una scelta di politica aziendale delle assunzioni e della gestione dei rapporti di lavoro. Evidentemente, in tal modo la norma perderebbe qualsiasi senso e finirebbe per ammettere e giustificare la possibilità di una scelta sostanzialmente arbitraria da parte del datore di lavoro, dettata unicamente da ragioni di mera convenienza economica⁵¹. Sul punto la Suprema Corte, anche nella sua massima espressione, riflettendo le espressioni giurisprudenziali comunitarie, ha avuto modo di spiegare che il D.Lgs. 368/2001 *“nel momento in cui ha inteso innovare la materia con il superamento delle forme di assunzione a termine contrattualizzate, ha ritenuto di dovere ammortizzare il ridimensionamento delle tutele con il richiedere la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), al chiaro fine di agevolare il controllo giudiziario (chiamato a sostituire quello sindacale che si concretizzava nella tipizzazione delle diverse forme di assunzione al lavoro) sull'operato del datore di lavoro”*⁵².

Proprio con riferimento alle ragioni giustificative richieste dalla attuale disciplina per la legittima apposizione del termine, si ritiene utile, ai fini di completezza ed integrale comprensione, rammentare che le stesse devono avere

⁵¹ Corte di Appello di Potenza, sez. lav., sent. del 30/01/2008; Corte di Appello di Roma, sez. lav., 04/06/2008.

⁵² Cass. Civ., Sez. Un., 02/03/2006 n. 4588; ancora, Cass. Civ., sez. lav., 14011/2004; Cass. Civ., n. 7468/2002.

carattere “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (art. 1, co. 1, D.Lgs. 368/2001).

Le interpretazioni della norma di cui all'art. 1 co. 1 dedicato alla definizione dei principi generali e dei requisiti essenziali per la stipulazione del *primo* contratto a termine, sono già molte e assai articolate e pur tuttavia accomunate da un comune assunto di partenza: esso anziché affermare - come nella disciplina previgente - che le assunzioni a termine sono vietate tranne in alcuni casi tassativi indicati dalla legge e/o dai contratti collettivi, opta per consentire l'apposizione di un termine alla durata del contratto a fronte di ragioni dal carattere generale.

Il quesito postosi a seguito della introduzione della vigente disciplina e, in particolare, della norma di portata generale di cui all'art. 1 comma 1, è stato diversamente risolto in dottrina.

Alcuni considerano l'assunzione a termine vincolata alla presenza di ragioni esclusivamente oggettive, nonché di carattere temporaneo, mentre altri, fermo il requisito dell'oggettività, considera tale contratto stipulabile anche in presenza di un'occasione permanente di lavoro, e cioè anche quando il termine non sia inevitabile a causa della temporaneità della occasione di lavoro ⁵³.

⁵³ Fra gli esponenti della prima tesi cfr. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2001; CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. Giur.*, n. 10/2001, 913 ss.

Fra coloro che sostengono la seconda impostazione, v. invece, A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, relazione in <http://www.csdn.it>; BIANCHI D'URSO - VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 3/2001, 118 ss; COSIO, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Relazione in <http://www.csdn.it>.

Si veda anche G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, già citato, per il quale “già sulla base dell'originaria formulazione legale (ndr. Prima della riforma del 2008), poteva essere escluso che il carattere della “temporaneità” dovesse essere “intrinseco” od ulteriormente delimitabile con l'aggiunta di requisiti di cui non vi è traccia nel testo della legge, come quello della “eccezionalità” o della “imprevedibilità”, o della temporaneità “non ricorrente””. Prosegue l'A. precisando che le “esigenze temporanee configurano certamente una delle ragioni previste dall'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, queste ragioni possono essere

L'analisi di entrambe gli orientamenti induce, in ogni caso, ad interpretare la formulazione della norma senza discostarsi dal contenuto della direttiva comunitaria, nel rispetto del noto principio della prevalenza della norma comunitaria su quella nazionale - sia per quanto attiene un eventuale contrasto tra la prima e la seconda (da risolvere a vantaggio della disposizione comunitarie) sia per quanto riguarda la necessità di leggere la normativa nazionale alla luce dei principi espressi dalla fonte europea.

La tesi secondo cui nelle anzidette ragioni è da rinvenire la volontà del legislatore di ricondurre la stipulazione di un contratto a tempo determinato ad esigenze oggettive, nonché transitorie, si fonda su quella parte della direttiva in cui essa considera il contratto a termine comunque una eccezione rispetto a quello a tempo indeterminato⁵⁴, con la conseguenza necessitata per cui, sin dal primo contratto, debbano ricorrere precise ragioni oggettive le quali non possono che essere caratterizzate dal dato strutturale della temporaneità.

ravvisate anche in situazioni nelle quali il datore di lavoro ha un'esigenza di lavoro stabile o, comunque, non sa, ex ante, se l'esigenza sarà o no temporanea”.

In dottrina è stata anche avanzata la possibilità di effettuare, in forza dell'art. 1, c. 1, delle assunzioni a termine per ragioni esclusivamente soggettive, ad es. cfr. CARABELLI, *Intervento*, nel Seminario su La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine, Cersi-Luiss, Roma, 2001, www.unicz.it/lavoro/CARABELLI-368.html

⁵⁴ FERRANTE, *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, in <http://www.unicz.it/lavoro/FERRANTE2.htm>; PAPALEONI, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in RIDL, 2001, 369; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2001.

Significativa, per tale orientamento, è l'affermazione contenuta sia nel preambolo sia nel sesto “considerando”, secondo la quale il contratto a tempo indeterminato rappresenta la modalità comune dello scambio tra lavoro e retribuzione, nonché la clausola 3, p. 1, secondo cui per lavoro a termine si intende un contratto o un rapporto il cui termine è determinato da condizioni oggettive quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico. Del resto, la direttiva n. 99/70/CE sembra privilegiare e riconfermare la centralità dell'impiego stabile, tanto che ad esempio, fra le misure dirette a reprimere gli abusi è stata posta quella della conversione del contratto in un rapporto indeterminato (cl. 5.2.b) e sono previste norme dirette a limitare i rinnovi del contratto a termine (cl. 5.1).

L'altra tesi, invece, che riconosce il requisito dell'oggettività ma non anche quello della temporaneità, ritenendo che il contratto di lavoro a tempo determinato risponde anche ad esigenze di carattere permanente, trova, in ogni caso un aggancio ermeneutico nel contenuto della direttiva comunitaria considerando quelle parti, di quest'ultima, relative al miglioramento della qualità di vita dei lavoratori a termine attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, nonché attraverso la previsione, in funzione di tutela dei lavoratori e delle lavoratrici, di regole generali dirette ad evitare gli abusi derivanti da successive rinnovazioni dei contratti a termine.

Secondo tale posizione, il rapporto di regola/eccezione tra tempo indeterminato e determinato è considerato dalla disciplina europea solo nel preambolo e nelle considerazioni generali, parti prive di valore precettivo; nella parte fornita del carattere della precettività, invece, tale principio non sarebbe esplicitamente espresso, mentre la necessità della fissazione di ragioni obiettive sarebbe sancita soltanto con riferimento alla giustificazione del rinnovo del contratto a termine, e non anche per quanto attiene alla stipulazione del primo contratto⁵⁵.

⁵⁵ CARABELLI, *Intervento*, nel Seminario su La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine, Cersì-Luiss, Roma, 2001, www.unicz.it/lavoro/CARABELLI-368.htm. Vedi anche, G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, già citato.

Tale dottrina ha incontrato, però, alcune critiche. In particolare, sebbene la direttiva comunitaria sembri disinteressata alla nozione del primo contratto a termine, è altresì vero che quest'ultima considera tale contratto non l'ipotesi "normale" in cui la prestazione lavorativa viene dedotta e ciò al fine di vincolare gli stati membri a una disciplina uniforme sul problema della reiterazione del contratto a termine, al dichiarato scopo di impedire gli abusi e quindi il permanere di una condizione di precarietà dei lavoratori e delle lavoratrici, senza prevedere uno specifico obbligo generale a carico del datore di lavoro di stipulare i contratti di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, ad avviso di tale orientamento, le parti riconoscono che i contratti a tempo determinato "rispondono, in alcune circostanze sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori" e "rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atte a soddisfare sia i datori di lavoro che i lavoratori", senza però indicare né delimitare le "circostanze" ed i settori, occupazioni ed attività

Altri Autori, sostenitori della tesi che riconosce il requisito dell'oggettività ma nega quello della temporaneità, spiegano che le previsioni contenute nell'art. 1 comma 1 sostituiscono non solo le ipotesi legali di cui all'art. 1 L. 230/1962 ma anche quelle di portata assai più ampia individuate dall'autonomia collettiva - che, come abbiamo visto, determinava causali oggettive legate ad esigenze aziendali a prescindere dal carattere temporaneo o permanente dell'occasione di lavoro -, incontrando come unico limite quello quantitativo, anch'esso, peraltro, di fonte collettiva.

Pertanto, la norma in parola (art. 1 co. 1) deve essere interpretata in modo da consentire almeno la stessa ampiezza di utilizzazione del lavoro a termine, paventandosi, in caso contrario, un eccessivo irrigidimento del sistema non voluto dalla direttiva comunitaria⁵⁶. Del resto, nella disciplina del 2001 è scomparsa l'espressa previsione di "eccezionalità" del lavoro a termine (cfr. art. 1, co. 1, L. 230/1962), proprio in ragione del fatto che, già dalla legge n. 56/1987, è stata superata la tassatività della tipizzazione legale e che, comunque, proprio al fine di bilanciare la larga portata generale della norma in oggetto, il Legislatore si è preoccupato di affermare la necessità di specificare nell'atto scritto le ragioni

Si aggiunga che in merito alla natura non precettiva del preambolo e dei considerando, è stato rilevato da altri (in merito, SPEZIALE, op. cit., per il quale "la fonte comunitaria nell'articolo 1, prevede che il suo scopo è attuare l'accordo quadro sui contratti a tempo indeterminato, che figura nell'allegato... Il patto stipulato dalle parti sociali è stato recepito nella sua interezza, ivi incluso il "preambolo" e le "considerazioni generali", che, se non avessero contenuto precettivo, sarebbero state stralciate dal legislatore, che si sarebbe potuto limitare a fare proprio soltanto la parte dispositiva"), che tale considerazione si basa in realtà su una lettura parziale della fonte comunitaria, poiché, anche le suddette dichiarazioni contenute nella sezione preliminare devono essere considerate facenti parte del contenuto vincolante del patto (e, quindi, della direttiva) e, pertanto l'interpretazione delle singole clausole deve essere fatta considerando le enunciazioni di principio contenute nelle premesse dell'accordo, che sono una chiave essenziale di lettura del testo e di ricostruzione della volontà delle parti contraenti.

⁵⁶ A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, 18.

legittimanti il termine (art. 1, co. 2), ferma la attuale tipizzazione legale delle ipotesi di lavoro a termine inevitabili⁵⁷.

3.2) Onere della prova e controllo giudiziario.

L'onere della prova circa l'esistenza delle ragioni oggettive addotte nel contratto di lavoro volte a giustificare l'apposizione del termine di durata allo stesso, spetterebbe al lavoratore, in applicazione dei generali principi in tema di onere della prova, se si considera che l'inesistenza in questione deve ritenersi un fatto costitutivo della pretesa, ed in quanto tale da provarsi a carico di chi intende avvalersene (art. 2697 c.c.). Una conferma in tal senso deriva dalla disposizione normativa in tema di proroga del contratto di lavoro a tempo determinato che espressamente onera il datore di lavoro di fornire, in caso di contestazione, idonea prova.

Tuttavia, prevalendo il principio della “vicinanza della prova”, per cui la prova spetta a chi ha la possibilità di più agevolmente fornirla, l'orientamento pressoché unanime della dottrina e della giurisprudenza ritiene che, essendo il contratto di lavoro a termine un'eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato, è onere della parte datoriale dimostrare – in relazione alla sua specifica realtà imprenditoriale – la sussistenza delle ragioni che rendono

⁵⁷ Si tratta delle causali già contemplate dall'art. 1, co. 2 della L. 230/1962, ora ripetute nell'art. 10 D.Lgs. 368/2001; in particolare, assunzioni giustificate da: ragioni di stagionalità, esecuzione di opere o servizi definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale, esecuzione di specifici spettacoli, programmi radiofonici o televisivi, intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno, attività del turismo e pubblici esercizi, per l'assunzione di lavoratori di età superiore a 55 anni, etc. Tali previsioni legali, a differenza di quanto avveniva in vigenza della L. 230/1962 che aveva il fine di “tipizzare” le ipotesi di apposizione del termine, sono finalizzate all'esenzione dal limite quantitativo.

giustificato il ricorso all'assunzione a termine, poiché espressione di una sua specifica scelta imprenditoriale⁵⁸.

E' il caso di precisare che l'onere della prova deve essere sempre modulato in ragione delle deduzioni e prospettazioni delle parti in sede di giudizio, laddove, ad esempio, spetta al datore di lavoro provare che il dipendente assunto a termine ha sostituito per tutta la durata del contratto un altro lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Viceversa, a fronte di specifica contestazione del datore di lavoro, sarà il prestatore di lavoro a provare di aver sostituito, oltre a quel lavoratore assente, un altro lavoratore contravvenendo a quanto pattuito in contratto.

Sarà, naturalmente, sempre il datore di lavoro a dover dimostrare il nesso eziologico intercorrente tra le ragioni addotte a giustificazione del contratto di lavoro a termine e la stipulazione del contratto a termine⁵⁹.

Sulla base del materiale oggetto di allegazione e prova, il Giudice deve avere la possibilità di verificare l'esistenza del nesso intercorrente tra la ragione sottostante l'apposizione del termine, chiaramente indicata nel contratto di assunzione in termini sufficientemente specifici da consentirvi l'oggettiva individuazione, e il modo in cui si è sviluppato, in concreto, il rapporto di lavoro, ivi compreso tutti gli elementi che lo hanno caratterizzato, l'unità produttiva di inserimento, le mansioni svolte in concreto, il contesto complessivo di riferimento

⁵⁸ L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Il Diritto Privato Oggi, seire a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, 2011. Ancora, A. CALTANISSETTA, 23/1/2008, RCDL 2008, 551. In senso conforme, Cass. 01/02/2010 n. 2279.

⁵⁹ Vallebona e Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.

(eventuale compresenza di altri assunzioni a termine, congruità tra le esigenze indicate e numero delle stesse, etc.).

Con riguardo alle ragioni sostitutive, per esempio, è stato ritenuto logicamente articolato l'accertamento del Giudice di merito, che con riferimento all'ambito territoriale dell'ufficio interessato, aveva accertato il numero di contratti a termine e lo aveva confrontato con il numero delle giornate di assenza per malattia, infortunio, ferie, etc., del personale a tempo indeterminato, ravvisando congruo il numero dei contratti stipulati per esigenze sostitutive (Cass. 26/01/2010 n. 1577).

CAPITOLO SECONDO

1) La nullità parziale. 1.1) Principio di conservazione del contratto. 2) Applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c.. 2.1) Interpretazione soggettiva ed interpretazione oggettiva. 2.2) L'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., al contratto di lavoro nell'ipotesi di mancanza delle ragioni giustificative l'apposizione del termine e di superamento dei limiti quantitativi. 2.3) Conseguenze delle trasgressioni. 2.3.1) Le prestazioni di fatto. 3) Applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c.. 3.1) Le norme imperative, inderogabili e sostitutive. 3.2) Conseguenza delle trasgressioni. 3.2.1) Il problema della conversione. 3.2.2.) Nullità di protezione: riduzione teleologica della disciplina codicistica della nullità. 3.2.3) Risarcimento del danno tra equo indennizzo ed indennità onnicomprensiva.

1) La nullità parziale.

Tradizionalmente la nullità viene considerata la forma più grave di invalidità negoziale. Sotto il profilo causale, la nullità esprime una valutazione negativa, da parte dell'ordinamento, del contratto per la sua deficienza strutturale, ossia per la mancanza o impossibilità originaria di un elemento costitutivo ovvero per la sua dannosità sociale e, quindi, per la sua illiceità. Sul piano degli effetti, il negozio nullo è inefficace e la sentenza che accerta la nullità ha natura dichiarativa.

Le tipologie di nullità sono elencate nell'art. 1418 c.c. che distingue tre diverse fattispecie di nullità: 1) la nullità virtuale, riferita a nullità non espressamente dichiarate tali da una specifica disposizione, ma desumibili dall'interprete dal contrasto tra l'atto di autonomia e una norma imperativa; 2) nullità strutturale, relativa ai difetti strutturali del contratto (mancanza di uno dei requisiti essenziali indicati dall'art. 1325 c.c., illiceità della causa, illiceità del motivo comune determinante, mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art.

1346 c.c.); 3) nullità testuale, configurabile ogni qual volta sia la stessa legge a prevederla.

Accanto all'ipotesi di nullità assoluta che investe integralmente il negozio, il Legislatore disciplina tutta una serie di nullità codicistiche che si potrebbero definire residuali, nel senso che alla pronuncia di nullità si giunge solo dopo aver rigorosamente applicato il principio di conservazione del negozio.

E' il caso della nullità parziale ex art. 1419 c.c.: possono cioè rendere illecito il negozio quelle clausole contrastanti con norme imperative che non possono essere sostituite in via automatica da altre norme imperative (secondo comma), o che risultano essenziali nell'economia dell'affare e che le parti non avrebbero concluso senza quell'aspetto colpito da nullità (primo comma).

In linea generale, tale forma residuale di nullità, sul piano delle valutazioni giuridico-formali, presuppone che un elemento, un punto o un aspetto della struttura contrattuale risulta viziato, mentre sotto il diverso profilo degli interessi che tale fattispecie coinvolge, alla nullità parziale corrisponde un incompleto e difettoso realizzarsi dell'operazione economica perseguita dalle parti. Conseguentemente, l'esecuzione del solo regolamento residuo, non intaccata dal vizio, potrebbe condurre a risultati iniqui: come quello di imporre, arbitrariamente, alle parti una realizzazione solo parziale dell'interesse economico voluto dalle parti, e, dunque, contraddittoria con i loro intenti ed interessi; ovvero, il rischio di arricchimenti di una parte a discapito dell'altro, riducendosi ad uno squilibrio del regolamento negoziale rispetto al disegno originario⁶⁰.

⁶⁰) F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008.

Si apre, in tal modo, un panorama innovato nell'ambito delle nullità e dei suoi modi di operare. Infatti, le prerogative classiche, che ne facevano una categoria giuridica omogenea, si sgretolano di fronte a previsioni sempre più specifiche e derogatorie.

Il regime classico della nullità si pregia di alcuni caratteri essenziali, immutabili: 1) la totale e originaria inefficacia dell'atto, per la quale il negozio nullo, se pure non possa essere privo di una sua rilevanza, è *tamquam non esset* sotto il profilo degli effetti, poiché è portatore di anomalie, strutturali e non, tali da non apparire di per sé idoneo a produrre modificazioni nella realtà giuridica; 2) la natura dichiarativa della pronuncia giudiziale: questa infatti si limita ad accertare la nullità, ossia a prendere atto che al negozio non sono ricollegabili le previste conseguenze giuridiche; 3) l'imprescrittibilità dell'azione, salvo quanto previsto dall'art. 2652 comma 2 n. 6, c.c., e salvo gli effetti della usucapione: non vi è infatti ragione di porre limiti di tempo all'accertamento della nullità, dal momento che ad essa non seguono modificazioni nella realtà giuridica; 4) l'assolutezza della legittimazione ad agire, ossia la possibilità che, oltre alla parte dell'atto dell'autonomia, anche altri soggetti, purché portatori di un interesse rilevante per l'ordinamento, prendano l'iniziativa di far dichiarare la nullità del negozio; 5) la rilevanza d'ufficio da parte del giudice, quando ciò sia necessario ai fini della decisione della lite (c.d. ufficialità dell'azione); 6) l'insanabilità⁶¹, ossia

⁶¹) S. RUSCICA, *Nullità del contratto: breve analisi della recente casistica giurisprudenziale*, 2008, in Altalex, per il quale "se queste possono ancora essere indicate come le modalità di operare della nullità classica, ad esse si affiancano, in senso speculare, deroghe consistenti che ci portano a pensare non più in termini univoci all'istituto, ma in termini di sgretolamento in un sistema differenziato di nullità. Le nullità di protezione si atteggiavano come nullità relative corrodendo dal suo interno la logica della absolutezza; le nullità virtuali creano una fisiologica incertezza sul giudizio di invalidità; le nullità speciali hanno una ratio protezionistica settoriale che poco ha da condividere con il concetto di interesse pubblico, caro alla vecchia ratio di comminatoria della

l'impossibilità, per chi ha posto in essere il negozio, di attribuire validità all'atto già stipulato con una dichiarazione espressa o con il dare volontariamente esecuzione al negozio invalido.

La nullità parziale, per quanto di nostro interesse, - trovando applicazione in ambito lavoristico laddove il contratto di lavoro risulti affetto da nullità, come di seguito approfondiremo -, unitamente ad altre fattispecie di nullità, diverse dall'ipotesi classica, ha comportato uno sgretolamento della disciplina generale dell'istituto giuridico della nullità, e la dottrina ha elaborato diversi orientamenti circa l'interpretazione e funzione della nullità parziale intendendola in senso oggettivo ed in senso soggettivo.

Nel primo senso, l'art. 1419 c.c., disciplina la fattispecie della nullità parziale di un contratto o quella riguardante singole clausole che importa la nullità dell'intero contratto, soltanto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità, ovvero, prescindendo dall'indagine menzionata circa l'elemento soggettivo attinente alla volontà delle parti, la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative (art. 1339 c.c.).

Nel secondo senso, l'art. 1420 c.c. prescrive, invece, che, nei soli contratti con più di due parti, in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale. In questo caso, la parzialità della nullità non concerne il contenuto del contratto, bensì l'aspetto soggettivo relativo alla pluralità nullità".

dei vincoli nei contratti in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette alla realizzazione di uno scopo comune. L'intero contratto è nullo soltanto quando la partecipazione della parte debba essere considerata essenziale. Si tratta, in buona sostanza, di un'ulteriore figura di nullità parziale che riguarda i soli contratti con più di due parti, contrassegnati dall'aver i contraenti una comunanza di scopo: tali il contratto di società, di associazione, di costituzione di consorzio, non certamente i contratti a prestazioni corrispettive quali ad esempio la vendita, nella quale l'eventuale plurisoggettività di una delle parti non deve trarre in inganno⁶².

1.1) Principio di conservazione del contratto.

Entrambe le disposizioni normative (art. 1419 e art. 1420 c.c.) sono ispirate al medesimo principio generale di conservazione degli atti giuridici (art. 1367 c.c.), che esprime l'indirizzo politico-economico del Legislatore in favore dell'autonomia privata⁶³.

Dall'analisi, più specifica, della previsione normativa di cui all'art. 1419 c.c., si desume l'esistenza di una regola e di una eccezione: la prima si riferisce, appunto, al principio della conservazione del contratto, per cui una volta accertata la nullità della parte o della clausola inerente al contratto, tale nullità non si estende

⁶²) In questo senso si veda, CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, concordi nel ritenere che il fenomeno della nullità parziale soggettiva può verificarsi nel solo ambito dei contratti associativi, caratterizzati dalla partecipazione non essenziale dei soggetti coinvolti. Altra parte della dottrina (CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1949) però, nega che per aversi contratto plurilaterale sia necessaria la comunanza di scopo.

⁶³) In dottrina, per tutti CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

Contra ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, secondo il quale «[...] dalla formulazione dell'art. 1419 c. 1 cod. civ. non è dato quindi desumere un principio generale dell'ordinamento, volto a privilegiare la nullità parziale [...]».

La giurisprudenza è invece costante nel ritenere la nullità parziale la regola generale in virtù del principio *utile per inutile non vitiatur*. Si vedano da ultimo Cass. 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 5; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732 *ivi*, 2005, 12; Cass. 27 gennaio 2003, n. 1189, *ivi*, 2003, 186.

all'intero atto negoziale che, piuttosto, sopravvive per la parte valida; l'eccezione, invece, si riferisce al principio dell'estensione della patologia all'intero contratto “se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte colpita da nullità”⁶⁴.

L'accertamento del rapporto di interdipendenza ed inscindibilità della clausola nulla con il contratto è stato oggetto di un vivace dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento, l'essenzialità della clausola nulla deve essere valutata sotto il profilo soggettivo, rilevando esclusivamente la volontà dei contraenti. Da ciò ne consegue che, la nullità di una clausola potrà propagarsi all'intero contratto, allorché elementi secondari del negozio siano considerati

⁶⁴) Sulla eccezionalità dell'estensione della nullità all'intero contratto, motivata dal criterio di economicità nell'impiego dei mezzi giuridici e dall'interesse e dalla volontà dei contraenti, cfr. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Comm. cod. civ., vol. IV, t. 2, Torino, 1967; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Obbligazioni in generale. Contratto in generale*, Padova, 1990.

In dottrina si discute sul criterio più consono da utilizzare circa l'essenzialità della clausola. In particolare, non vi è unanimità a proposito del criterio soggettivo sostenuto da alcuni (FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943; STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961), in base al quale si dovrebbe avere riguardo alla volontà ipotetica delle parti. Sembra tuttavia prevalente l'opinione di chi (SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Tratt. Dir. Civ., diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1975; CARRESI, *Il contratto*, in Tratt. Dir. Civ., diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987) predilige la conciliabilità tra l'originario assetto di interessi e quello che emerge dal contratto.

L'estensione all'intero contratto della nullità dovrà esser oggetto di prova rigorosa mirante all'affermazione dell'inscindibilità (Cass. Civ. Sez. II, n. 2340/1995). Anche in tale ipotesi, come appena riferito, poi non potrà esser pronunciata la nullità dell'intero contratto quando la legge abbia previsto la sostituzione automatica della clausola per effetto di norme imperative (Cass. Civ. Sez. Lavoro, n. 13459/92). Diversamente dovrebbe concludersi quando l'intero contratto fosse già nullo di per sè (per una differente causa: es. per illiceità dell'oggetto). Al di là della previsione dell'art. 1149 c.c., altre volte il legislatore espressamente giunge a qualificare come parzialmente nulla una previsione negoziale introdotta dalle parti in deroga a criteri legali: si pensi all'art. 7 del D. Lgs. 231/02 (novellato per effetto dell'emanazione del D.Lgs. 9 novembre 2012, n. 192 in ottemperanza alla Direttiva 2011/7/UE) in tema di automaticità degli interessi moratori relativi ai pagamenti da effettuare nell'ambito delle "transazioni commerciali" tra soggetti imprenditori di cui meglio si dirà specificamente. D. MINUSSI, *Nullità parziale oggettiva*, in www.e-glossa.it.

essenziali dalle parti⁶⁵. Secondo tale orientamento, quindi, il giudice dovrebbe compiere il suddetto accertamento ricostruendo la sfera volitiva dei contraenti (c.d. Criterio psicologico), il loro ipotetico intento, rapportando tale valutazione al momento della conclusione del contratto, al fine di impedire possibili sperequazioni nell'ipotesi in cui un solo contraente avesse interesse alla mutazione del vincolo⁶⁶. Tuttavia, era discusso se l'indagine ermeneutica, ex art. 1419 c.c., dovesse essere compiuta avuto riguardo alla volontà ipotetica o reale dei contraenti sussistente al momento della conclusione del negozio⁶⁷.

Più recentemente, si è consolidata un'avversa tendenza che ha criticato la tesi volontaristica in quanto criterio «incerto e insicuro»⁶⁸. Secondo tale orientamento, avallato anche dalla giurisprudenza⁶⁹, al fine di prevenire arricchimenti ingiusti di una parte a scapito dell'altra⁷⁰, l'accertamento sull'essenzialità della clausola deve essere condotto sulla base di criteri oggettivi,

⁶⁵) In merito alla nozione di inscindibilità della clausola si vedano i contributi di FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I; CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, I.

⁶⁶) MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

⁶⁷) Si vedano i contributi di CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit.; Id., *Clausola illecita*, cit., in cui l'Autore adotta, tuttavia, un'impostazione differente; FRAGALI, op. cit., il quale considera la volontà ipotetica un «mezzo suppletivo e non esclusivo di indagine»; in termini di scopo pratico dei contraenti si vedano i contributi di CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; CALÒ, *Nullità parziale e autonomia privata*, in *Vita not.*, 1981; GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.* 1991; sembra aderire al filone soggettivista anche SANTINI, *I contratti divisibili*, in *Riv. Dir. civ.* 1982, I.

In giurisprudenza accolgono la tesi che fa leva sulla volontà delle parti Cass. 5 maggio 2003, n. 67526 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5; Cass. 5 luglio 2000, n. 8970 in *Foro It.*, 2000, I, 2782.

⁶⁸) Così TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978. Sul punto si veda anche SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003.

⁶⁹) In termini di perdurante utilità del contratto si vedano Cass. 21 maggio 2007, n. 11673; Cass. 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6; meno recenti Cass. 11 febbraio 1992, n. 1074 in *Corr. Giur.*, 1992; Cass. 19 aprile 1982, n. 2411 in *Giust. civ. Mass.* 1982, 4.

⁷⁰) C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2000. Anche secondo SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, 503, «non bisogna esagerare l'importanza pratica della contrapposizione fra criterio di buona fede e criterio psicologico».

come ad esempio la buona fede⁷¹, la sopravvenuta mancanza di causa in concreto del patto residuo⁷² ovvero, infine, l'oggettiva valutazione dell'economia della parte sana dell'atto⁷³. In altri termini, secondo quest'ultima interpretazione, l'indagine sull'essenzialità deve essere diretta a verificare l'incompatibilità tra l'efficacia del regolamento residuo ed il rispetto sostanziale del piano di interessi originariamente voluto dalle parti, al fine di evitare che la riduzione del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una sua parte comporti un'alterazione del disegno originario dei contraenti ed vantaggi, così, uno di questi a discapito dell'altro.

L'adozione del criterio psicologico ovvero di quello oggettivo, può presentare importanti risvolti pratici sotto il profilo dell'autonomia privata e, più precisamente, della conservazione del contratto affetto da nullità parziale⁷⁴.

⁷¹) Cfr. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I.

⁷²) Così GENTILI, *Le Invalidità*, in AA.VV., *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, II, Torino, 2006.

⁷³) Cfr. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, cit..

⁷⁴) Solo per maggiore comprensione, si precisa che «la nullità totale e quella parziale, pur trattandosi di fattispecie riconducibili al medesimo fenomeno dell'invalidità negoziale, non sono istituti assimilabili tra loro né da un punto di vista di diritto sostanziale né da punto di vista di diritto processuale. Infatti, dal punto di vista di diritto sostanziale, l'istituto della nullità totale viene giudicato, da parte di alcuni esponenti della dottrina, «strumento di controllo normativo, utilizzato insieme ad altri, per non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema» (Così TOMMASINI, *Nullità*, cit; FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983). Il verificarsi di una delle fattispecie di cui all'art. 1418 c.c. determina la nullità del contratto *ab origine*, ciò vuol dire che, sin dal momento della sua conclusione, il negozio non ha prodotto tra le parti alcun effetto giuridico.

Diversamente, nel caso della nullità parziale, il vizio genetico riguarda solo una singola disposizione e, pertanto, il contratto rimane idoneo ad esplicare efficacia tra i contraenti, salvo l'accertamento giudiziale della non volizione del contratto ridotto del suo contenuto. Nella nullità parziale, quindi, vi è una chiara tendenza conservativa del negozio che invece manca nell'istituto della nullità totale. Inoltre, i due istituti divergerebbero anche sotto il profilo processuale, dal momento che la domanda di nullità totale e quella di nullità parziale sono volte ad ottenere beni della vita assolutamente diversi sicché, come rilevato dalla dottrina, optare per la nullità parziale o totale determina un mutamento dell'oggetto di tutela richiesto dalla parte interessata (cfr. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. E si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. Giur.*, 2005). Infine, la differenza tra la nullità parziale e quella totale, sotto il profilo processuale, è confermata da parte della dottrina la quale non solo rileva che «il giudizio di nullità parziale, nella sua dimensione ontologica, necessita dell'impulso di parte» (Cfr. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008), ma afferma espressamente che, in materia di rilevanza d'ufficio della nullità parziale del contratto, «manca una espressa previsione sul potere di pronunciare il giudizio di nullità parziale in assenza di una apposita domanda» (V. TISCI, commento alla sentenza, Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017, in *La nuova giurisprudenza civile commentata* n. 1/2013).

Infatti, a seconda del criterio adottato, l'autorità giudiziaria utilizzerà parametri differenti per compiere l'indagine ermeneutica di cui all'art. 1419 c.c. e, conseguentemente, per vagliare la propagazione della nullità parziale all'intero contratto⁷⁵.

Il principio della conservazione del contratto, portata generale applicabile in materia di interpretazione⁷⁶, ha la funzione di assicurare il rispetto del regolamento di interessi voluto dalle parti ed i valori giuridici sottesi alla dichiarazione, nel senso di garantire la massima realizzazione dell'autonomia privata espressa dall'art. 1322, secondo comma, c.c.. Si è precisato, in particolare, che l'art. 1367 c.c. tende alla «conservazione dell'attività giuridica» in senso lato, ossia di una comune intenzione delle parti in senso oggettivo, e cioè quella di stipulare e di dare vita ad un regolamento di interessi, e sceglie la soluzione che dà «valore» all'atto giuridico (regola desunta dal noto aforisma romano «*magis valeat quam pereat*») e/o all'efficienza giuridica del negozio (intesa come esigenza dell'ordinamento)⁷⁷.

⁷⁵) Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017, per la quale l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice ed è onere della parte che assume l'anzidetta estensione di allegare tempestivamente, e di provare con ogni mezzo idoneo, l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità (in tal senso anche in precedenza, Cass. 11 agosto 1980, n. 4921). Continua la Corte sostenendo che non è però vero il contrario, perché mentre nel primo caso il giudice che pronuncia la nullità dell'intero contratto senza esser stato investito di tale domanda viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, nel secondo caso egli pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola soltanto parzialmente.

⁷⁶) G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1972.

⁷⁷) L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, osserva: «E ciò che essa dice è che, di fronte ad un atto che ammetta due interpretazioni tutte ugualmente plausibili, ma una delle quali, se adottata, condurrebbe all'inefficienza dello stesso (perché nullo o perché privo di valore negoziale), l'interprete non può che scegliere l'altra (...). *Magis valeat quam pereat*, dunque: ma non il contratto, bensì, si ripete, un contratto, che, ad uscir di dubbio, la legge impone alle parti in virtù di una scelta che sembra trovare in un'oggettiva esigenza di regolarità ed efficienza giuridica (non in

In definitiva, la formula tende alla conservazione dell'attività giuridica, o a dare valore all'atto giuridico, ad attribuire allo stesso efficacia o efficienza giuridica.

Quanto alle sue modalità operative, il principio di cui all'art. 1367 c.c. è considerato un criterio di natura oggettiva, in quanto presuppone una clausola o un contratto con significato ambiguo o dubbio, con funzione sussidiaria, in quanto si applica quando il ricorso ai criteri degli artt. 1362 a 1365 c.c. non ha dato esito positivo⁷⁸, i quali sono diretti ad accertare la volontà in concreto delle parti e prescindono dall'ambiguità della dichiarazione.

Il principio di conservazione tende, secondo una parte della dottrina, ad individuare non la volontà in concreto, ma «la presumibile volontà espressa nella dichiarazione, considerando come effettivo un valore soltanto presumibile»⁷⁹. Secondo altri autori, invece, l'art. 1367 c.c. non contempla l'ipotesi di una volontà neppure presunta, ma ha solo l'intento di interpretare il contratto affinché possa avere un effetto giuridico⁸⁰.

una presumibile volontà in tal senso orientata) il criterio risolutore dell'alternativa. È in tal senso quindi che si può considerare l'art. 1367 norma sulla conservazione dell'attività giuridica capace di esprimere quel profilo di essa che si traduce nel noto aforisma già enunciato (*magis valeat quam pereat*)».

⁷⁸) C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, in *Rist. anastatica*, Padova, Cedam, 1983. Negli stessi termini, Cass. 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corr. giur.*, 1999.

⁷⁹) G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1967.

⁸⁰) V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI, Napoli, 1985; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991, che nega il ricorso ad elementi presuntivi o probabilistici, quali quello della volontà *in abstracto* o ipotetica; N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, che osserva: «L'art. 1367 stabilisce la scelta del *senso produttivo di effetti* e l'abbandono dell'altro non produttivo di effetti, ma pure rivelato dal testo linguistico. Qui non c'è volontà vera né volontà presunta, ma soltanto l'esigenza di sfruttare il materiale significativo del contratto nella sua *giuridica destinazione*, che è appunto di servire all'effetto».

Si ritiene di condividere quest'ultima interpretazione perché laddove vi è un criterio oggettivo, non vi può essere un'indagine sulla volontà neppure ipotetica, che costituirebbe una finzione giuridica.

Orbene, l'analisi del principio generale di conservazione del contratto, in correlazione con la disposizione di cui all'art. 1419, co. 1, c.c., conduce alla conclusione per cui, in applicazione del principio di economia giuridica, il Legislatore ha manifestato una preferenza per la “sopravvivenza” del contratto quando questo realizza, nonostante la parte o clausola nulla, lo scopo che i contraenti si erano prefissi stipulandolo.

Più incisivo e deciso è l'effetto conservativo di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c. che prescinde dalla volontà delle parti⁸¹ ispirandosi, la sua *ratio*, alla garanzia dell'operatività delle regole imperative, quali strumenti per assicurare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento giuridico, tuttavia, con evidente compromissione dell'autonomia privata, laddove impone autoritativamente il mantenimento del contratto a prescindere dal concreto assetto di interessi diviso dalle parti.

Se tali argomentazioni valgono in linea generale, nel diritto comune, un discorso diverso deve farsi con riferimento al contratto di lavoro che, a differenza degli altri, riguarda l'aver per l'imprenditore e l'essere per il lavoratore, alla luce della diversa posizione giuridica tra le parti contraenti⁸². Evidentemente il primo avrà interesse ad assicurarsi un profitto mentre il lavoratore subordinato il quale,

⁸¹) G.B. FERRI, *Volontà del provato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in Riv. Dir. Comm., 1963, II, 268.

⁸²) F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in Saggi di diritto civile, II, Napoli, 1961.

piuttosto, nel rapporto obbligatorio, posto in condizione di inferiorità economica e contrattuale, necessita che la propria dignità sociale venga tutelata.

Proprio per tali ragioni, in ambito lavoristico, il Legislatore interviene in maniera puntuale sulla regolamentazione dei rapporti di lavoro evitando, rispetto al diritto comune, che l'autonomia individuale ovvero la volontà dei contraenti possa pregiudicare il bilanciamento degli interessi contrapposti.

2) Applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c..

2.1) Interpretazione soggettiva ed interpretazione oggettiva.

Il primo comma dell'art. 1419 c.c. dispone che *“La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*), coinvolgendo il contratto nella sua interezza.

Dalla mera lettura della norma, sembrerebbe che il Legislatore distingua i concetti di “parte del contratto” e di “clausola”. In merito, si sottolinea, brevemente, che, invero, se vi è una differenza⁸³ – peraltro, solo apparente - questa non ha alcun rilievo, per quanto di nostro interesse, visto che la norma tratta allo stesso modo la nullità di entrambe.

⁸³) Una parte della dottrina ritiene che i concetti “clausola” e “parte” non siano fattispecie diverse poiché la prima è, comunque, parte del contratto e la sua nullità si risolve, in ogni caso, in una nullità parziale. In tal senso, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.

Altra parte della dottrina sostiene, invece, che vi sia differenza tra i sopracitati concetti. In particolare, c'è chi ritiene che la parte sia una frazione della clausola (in tal senso, A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, per il quale: “ La nullità ... è parziale (o relativa) quando investe solo una o più disposizioni o soltanto una parte di una disposizione”. Ancora, c'è chi sostiene che la parte sia un complesso coordinato di clausole (in tal senso, A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000, per la quale la clausola quale regola elementare ha un suo autonomo e compiuto significato, non scomponibile in regole ulteriori, con la conseguenza che la clausola è un precetto non divisibile e, dunque, non può aversi la nullità di una sua parte).

Ad ogni modo, al di là delle elucubrazioni dottrinali in merito, si ritiene più interessante accertare a quali clausole si riferisce il comma 1 dell'art. 1419 c.c. laddove ricollega la nullità integrale del contratto all'ipotesi in cui “i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità”.

Con specifico riferimento al contratto di lavoro, nel silenzio della legge, un'autorevole dottrina assume che, i casi di contratto a termine ingiustificato perché mancano le “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro” (art. 1, co. 1, D.Lgs. 368/2001), o conclusi per una delle evenienze in cui non è ammesso l'impiego di contratti a termine (art. 3)⁸⁴, o, ancora, siano stati superati i limiti quantitativi dell'utilizzazione di contratti a termine imposti dalla legge (art. 2 D.Lgs. 368/2001, per i settori del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali)⁸⁵, o, eventualmente dalla

⁸⁴) Il riferimento è alle ipotesi di: “a) sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero, b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti, ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991 n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; c) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine; d) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626, e successive modificazioni.

⁸⁵) “... nella percentuale non superiore al quindici per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente articolo. 1-bis. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma”.

contrattazione collettiva (art. 10, co. 7, D.Lgs. 368/2001), rientrino nell'ambito di applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c., secondo una interpretazione soggettiva della detta norma, con la conseguente necessità di ricostruire la volontà ipotetica di ciò che entrambe le parti contraenti avrebbero voluto qualora fossero state a conoscenza dell'invalidità della clausola⁸⁶.

La ricostruzione soggettiva della comune intenzione delle parti contrattuali pone però alcune problematiche che ben sono espresse nella recente Relazione dell'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione⁸⁷; innanzitutto, se la prova del carattere essenziale della clausola la si connette esclusivamente al volere dei contraenti, l'esito dell'indagine è facilmente prevedibile: mentre, infatti, il datore di lavoro tendenzialmente non avrebbe concluso il contratto qualora fosse stato consapevole dell'illegittimità della clausola appositiva del termine, per il lavoratore, di norma, l'assenza della clausola in questione non inciderebbe affatto sulla sua volontà di concludere il contratto, rappresentando, anzi, la costituzione di

⁸⁶) Il riferimento principale è fatto a A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, nonché A. VALLEBONA – C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, per cui il giudizio sull'accertamento della volontà delle parti contraenti si concluderebbe, probabilmente, con una pronuncia di nullità del contratto nella sua interezza, considerato che non sarà difficile per il datore di lavoro dimostrare che non avrebbe mai concluso quel contratto senza il termine di durata: "l'esito sarebbe scontato in partenza, poiché la scelta del sottotipo è fatta dal datore di lavoro per evitare la rigidità del tipo, quindi, per definizione – salvo casi eccezionali da comprovare rigorosamente - non voluto nell'ipotesi di nullità del sottotipo".

Condividono la tesi del prof. Vallebona, anche L. FIORILLO-R. PESSI, *Le conseguenze della nullità del termine ingiustificato*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, n. 1, 2006, nonché M. MARAZZA e G. FRANZA, sempre in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, n. 1, 2006.

In questo senso, anche, G. CRISCUOLO, op. cit., per il quale l'elemento di soluzione della nullità del contratto a termine è di tipo "psicologico e subiettivo" poiché fondato sulle intenzioni delle parti. Per l'Autore, dunque, basterebbe la constatazione che una sola delle parti non avrebbe concluso il contratto senza la parte colpita da nullità per escludere la conservazione del contratto.

Nello stesso senso, anche G. NOVARA, *L'invalidità del contratto di lavoro*, Milano, 1967, per il quale occorre accertare la probabile e presumibile volontà delle parti al momento della conclusione del contratto e non la volontà comune.

⁸⁷) In tal senso si esprime l'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: v. la relazione in data 12 gennaio 2011, pag. 8.

un rapporto di lavoro a tempo senza limiti temporali, l'opzione preferibile. Inoltre il datore di lavoro, in linea generale, ha la facile possibilità di far inserire nel contratto di lavoro a tempo determinato una pattuizione che espressamente qualifichi come "essenziale" la presenza del termine ai fini della conclusione del contratto, preconstituendosi così la prova della comune intenzione delle parti di non ritenere valido il contratto in assenza di tale elemento accidentale⁸⁸.

Va detto, però, che esiste un'interpretazione oggettiva⁸⁹ del dettato di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c. secondo la quale tale precetto codicistico impone, non la ricerca della comune intenzione soggettiva delle parti, bensì un giudizio oggettivo della perdurante utilità del negozio, anche dopo la rimozione della clausola colpita da nullità; peraltro, questa soluzione interpretativa, raramente ricordata, è in realtà quella adottata dalla giurisprudenza civile in materia⁹⁰ e sembra anche quella più coerente rispetto al principio di indeterminatezza del vincolo contrattuale che caratterizza il nostro ordinamento giuridico.

Difatti, diversamente opinando, l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., comporterebbe, in concreto, una liberalizzazione di fatto dell'impiego del lavoro a

⁸⁸) Tribunale di Roma, 24/11/2010, Argomenti, 2011, 3, 669 nota di T. Laratta.

⁸⁹) Su questa linea, E. SARACINI, op. cit.; M. CASELLA, op. cit., R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Milano, 1972.

⁹⁰) Cfr. Cass. 11 agosto 1980, n. 4921, in Giust. Civ. Mass., 1980, fasc. 8, secondo cui "l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto ha carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione"; e Cass. 9 aprile 1982, n. 2411 in Giust. Civ. Mass., 1982, fasc. 4 a mente della quale "in caso di nullità parziale di un negozio, l'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio stesso, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale va condotta con criterio oggettivo con riferimento alla perdurante utilità del contratto stesso rispetto agli interessi con esso perseguiti; pertanto, il principio della conservazione deve escludersi solo quando la clausola si riferiscano ad un elemento essenziale del negozio oppure si trovino con le altre pattuizioni in tale rapporto di interdipendenza che queste non possano sussistere in modo autonomo". In dottrina sostiene la necessità di un'interpretazione oggettiva della norma V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in Riv. Dir. Civ., 1971, 1, pag. 687 e G. GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1991, pag. 1049.

termine considerata l'assenza di interesse per i lavoratori a promuovere azioni per ottenere l'accertamento della illegittimità dell'apposizione del termine e, sul punto, occorre sottolineare come per la Corte Costituzionale “*sarebbe palesemente irrazionale che dalla violazione di una norma imperativa, posta proprio al fine di tutelare il lavoratore contro la pattuizione di clausole vessatorie, potesse derivare la liberazione del datore di lavoro da ogni vincolo contrattuale*”⁹¹.

In conclusione, il dilemma dell'estensione o meno della nullità parziale all'intero contratto deve essere risolto mediante una valutazione del complessivo e concreto assetto di interessi che le parti hanno inteso realizzare con il contratto, individuando quelle parti dello stesso contratto che i contraenti hanno reputato fondamentali oppure no.

All'uopo utile si rivela quanto già argomentato nel precedente capitolo a proposito della natura essenziale ovvero accidentale del termine apposto al contratto di lavoro.

Aderendo alla tesi per cui il termine apposto al contratto di lavoro si pone come elemento essenziale della stipulazione, idoneo a configurare una clausola con valenza autonoma, *sine qua non*, si finisce per confermare la piena applicabilità dell'art. 1419 comma 1 c.c. alle ipotesi di illegittimità dello stesso con conseguente travolgimento, dunque, dell'intero contratto.

L'essentialità del termine trova la propria *ratio* ed origine proprio nella volontà dei contraenti, ed in particolare del datore di lavoro, sottesa alla stipulazione del contratto.

⁹¹) Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210 in Arg. Dir. Lav., 2005, pag. 648 e ss

In particolare, il termine apposto al contratto rappresenta un termine «funzionalmente essenziale in senso soggettivo»⁹², sia perché esso dipende dalla volontà delle parti (si legga, della parte datoriale), sia perché il termine di durata della prestazione è considerato essenziale per la parte creditrice della stessa⁹³. Conseguentemente, appare ovvio che alla scadenza del termine inizialmente pattuito, ad esclusione delle ipotesi in cui vi sia l'interesse alla proroga o alla rinnovazione del contratto, il datore di lavoro non avrà più interesse alla prestazione⁹⁴.

Se invece si volesse aderire al diverso orientamento dottrinale per cui il termine deve reputarsi inidoneo ad inficiare l'intero negozio, rientrando nel novero degli *accidentalia negotii*, ne conseguirebbe che, in caso di accertata illegittimità, la nullità sarà limitata alla apposizione medesima, con conservazione del contratto di lavoro ex art. 1419, comma 2, c.c..

In merito, i sostenitori della predetta teoria asseriscono che la formulazione della normativa, anche quella contenuta nell'originaria versione dell'art. 1, D.Lgs. 368/2001, prevede che l'apposizione del termine sia legittimata dalla sussistenza

⁹²) L'essentialità dell'apposizione del termine è stata chiaramente affermata da Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in Riv. critica dir. Lav., 2004, 904, che, però, ha ritenuto applicabile il disposto del comma 2 dell'art. 1419. Secondo il Tribunale, infatti: «Anche nel regime di cui al d.leg. 6 settembre 2001 n. 368, la nullità del termine apposto al contratto comporta la trasformazione ex tunc del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; a tal fine è irrilevante che le parti, all'atto di assunzione, abbiano previsto il carattere essenziale della clausola di termine ai sensi dell'art. 1419, 1° comma, c.c. trovando invece applicazione il 2° comma della predetta norma»

⁹³) GRAZIANI, *Il termine essenziale*, in Studi di diritto civile e commerciale, Napoli, 1953.

⁹⁴) Fra i sostenitori della tesi della applicabilità dell'istituto della nullità parziale, ex art. 1419 comma 1, all'illegittima apposizione del termine, si richiamano E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979; VESCOVINI, *Questioni sempre attuali in tema di contratto a termine: scorrimento, applicabilità dell'art. 1419, 1° comma, c.c., risoluzione tacita*, in Riv. crit. dir. Lav., 2007, 721; M. D'ANTONA, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, op. cit.. Si aggiunga che la predetta tesi è basata, per alcuni, non solo sulla essentialità del termine, ma anche sul documentato interesse del datore di stipulare, solo e soltanto, un contratto di lavoro con l'apposizione del termine

delle ipotesi previste dalla legge⁹⁵, diversamente dalla previsione contenuta nell'abrogato art. 2097 c.c.⁹⁶, e che il contratto di lavoro è strutturalmente a tempo indeterminato (principio, questo, ufficializzato con l'emanazione del d.lgs. n. 247/2007)⁹⁷, sicchè il termine apposto al contratto di lavoro è riconducibile, appunto, al novero degli *accidentalia negotii*⁹⁸.

Tuttavia, l'operatività della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c., come di seguito di rappresenterà, implica l'automatica sostituzione della clausola nulla con una norma imperativa.

2.2) L'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., al contratto di lavoro nell'ipotesi di mancanza delle ragioni giustificative l'apposizione del termine.

⁹⁵) Ha affermato G. SUPPIEJ, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, relazione al convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti, inedita, p. 3 del ciclostilato, «il nuovo testo parla di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, perché il legislatore del 2001 rifugge all'uso del lessico del legislatore corporativo, ma non mi pare che il concetto cambi».

Dalla formulazione della clausola contenuta nell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001, L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in Arg. Dir. lav., 1/2002, ha ritenuto che il contratto a termine possa atteggiarsi quale figura realmente alternativa e non subalterna del contratto a tempo indeterminato.

⁹⁶) L'art. 2097 c.c., ai primi due commi, disponeva: «Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto» (comma 1); «In quest'ultimo caso l'apposizione del termine è priva di effetto se fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato» (comma 2).

⁹⁷) Si ribadisce, in merito, quanto già spiegato nelle pagine precedenti, per cui neppure dopo l'emanazione della L. 247/2007, il legislatore ha inteso specificare che la violazione dell'apposizione del termine è sanzionata con il riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo il fondamento dei principi sanzionatori il medesimo di quello concepito con il D.Lgs. n. 368/2001.

Che poi la riforma del 2007 non abbia apportato alcuna novità sostanziale lo asserisce anche G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, op. cit..

⁹⁸) A questo proposito, M. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., secondo cui «Tipici elementi accidentali, cioè le modalità accessorie previste dal contratto sono: il termine, la condizione, il modo, la clausola penale e la caparra».

Detta conclusione, per i fautori della teoria sopra proposta, si desume dal chiaro tenore dei principi fondanti la Direttiva Comunitaria 1999/70. Secondo G. NICOLINI, *Il lavoro a tempo determinato*, Napoli, 2003, è proprio dal generale contenuto della direttiva che discende il principio per cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato resta la forma di assunzione normale di un lavoratore.

Con stretto riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato, corre l'obbligo di precisare che il Legislatore, con i continui e mutevoli interventi, si sia preoccupato di disciplinare in maniera precipua ed articolata le sanzioni in caso di mancanza del termine per iscritto (per cui “l'apposizione del termine è priva di effetto”, art. 1, co. 2), con la conseguenza che il contratto si intenderà a tempo indeterminato.

Parimenti, un preciso impianto sanzionatorio è stato disciplinato anche per le ipotesi di prosecuzione dell'attività lavorativa oltre la scadenza inizialmente fissata o successivamente prorogata, ovvero di successione di contratti a termine in assenza del rispetto degli intervalli di tempo fissati dalla legge o senza soluzione di continuità; nonché nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro supera, per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, il limite massimo di 36 mesi compresi proroghe e rinnovi (art. 5)⁹⁹, giungendo, in tali casi, finanche alla conversione del

⁹⁹) L'art. 5 D.Lgs. 368/2001, ante riforma, prevedeva “1. 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. 2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. 3. 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. 4. 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”.

La stessa disposizione di legge, come modificata, da ultimo dalla L. 92/2012, così dispone: “1. 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. 2. 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. 2-*bis*. Nelle ipotesi di cui al comma 2, il datore di lavoro ha l'onere di comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine

del contratto in tempo indeterminato.

Invece, nulla dispone il Legislatore per il caso in cui il primo contratto di lavoro a termine sia privo delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro (art. 1), ovvero se sia stato concluso per una delle ipotesi in cui è vietato

inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione. Le modalità di comunicazione sono fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. 3. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di sessanta giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero novanta giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 1-*bis*, possono prevedere, stabilendone le condizioni, la riduzione dei predetti periodi, rispettivamente, fino a venti giorni e trenta giorni nei casi in cui l'assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato: dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente. In mancanza di un intervento della contrattazione collettiva, ai sensi del precedente periodo, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, provvede a individuare le specifiche condizioni in cui, ai sensi del periodo precedente, operano le riduzioni ivi previste. I termini ridotti di cui al primo periodo trovano applicazione per le attività di cui al comma 4-*ter* e in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. 4. 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. 4-*bis*. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2; 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, ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 1 del presente decreto e del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato. [...]”.

l'impiego dello strumento contrattuale de quo (art. 3), o se siano stati superati i limiti quantitativi previsti dalla legge (art. 2) o dalla contrattazione collettiva (art. 10, co. 7).

All'uopo, appare opportuno segnalare che, sotto la vigenza della L. 230/1962 – che pure non prevedeva espressamente l'automatica conversione del contratto a tempo indeterminato fuori dalle ipotesi tassativamente previste dalla legge -, dottrina¹⁰⁰ e giurisprudenza¹⁰¹ sostenevano, concordemente, che il contratto a tempo determinato ingiustificato si conservasse senza il termine illegittimamente opposto, facendo leva sulla previsione di cui all'art. 1 della legge citata (“il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate”).

Ad avviso di qualcuno, non poteva, di certo, trattarsi di conversione ai sensi dell'art. 1424 c.c., poiché la conversione non richiedeva l'accertamento della volontà delle parti né la sua applicazione aveva, quale conseguenza, la trasformazione di un contratto in un altro tipo di contratto. Né si trattava di sostituzione di una previsione contrattuale illegittima con una norma di legge ai sensi del co. 2 dell'art. 1419 c.c., in considerazione del fatto che il primo comma dell'art. 1 della L. 230/1962 non conteneva alcun precetto espresso sotto forma di divieto o di comando che non ammettesse deroghe da parte dell'autonomia contrattuale.

Piuttosto, la norma prospettava una presunzione di durata indeterminata del contratto di lavoro, operante ogni volta che non ricorrevano le ipotesi, tassativamente

¹⁰⁰) G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, Padova, 1991; A. VALLEBONA-C PISANI, op. cit.

¹⁰¹) Ex plurimis, Cass. 07/06/2003 n. 9163; Cass. 14/04/2005 n. 7745; Cass. 23/08/2006 n. 18378; Cass. 13/04/2007 n. 8903.

previste, in cui era ammessa l'apposizione del termine¹⁰².

Ad ogni modo, la “presunzione” di lavoro a tempo indeterminato è scomparsa con l'introduzione del D.Lgs n. 368/2001, anche successivamente alla modifica operata dalla L. 247/2007, per cui all'art. 1 del citato decreto si aggiungeva il comma 01 per cui “*Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*”¹⁰³, comma nuovamente modificato dalla L. 92/2012 alla luce della quale, oggi, prevede che “*Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”¹⁰⁴.

Tutt'al più, si potrebbe concludere che il Legislatore ha espresso una “preferenza” per il rapporto di lavoro *sine die* che, tuttavia, non può assurgere a “regola” quanto, piuttosto, a mera indicazione per il giudicante allorquando dovrà accertare, con riferimento al comma 1 art. 1419 c.c., l'essenzialità del termine per l'assetto degli interessi perseguiti dalla parti con il contratto.

¹⁰²) M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, 2008, p. 64 e ss.,

¹⁰³) G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in Arg. Dir. Lav., 2008, per il quale “si tratta di una disposizione che ha più un valore di principio che rilievo pratico”. Nello stesso senso, anche, M.C. CATAUDELLA, op. cit. per la quale la disposizione sembra registrare, piuttosto, una situazione di fatto, “constatando la maggiore frequenza con la quale vengono utilizzati (o dovrebbero esserlo) i contratti di lavoro a tempo indeterminato rispetto a quelli a tempo determinato

¹⁰⁴) La recente riforma del mercato del lavoro (c.d. Riforma Fornero) aveva, almeno nell'intenzione, la finalità di ridurre la precarietà “favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato” quale “contratto dominante”, contrastando l'“uso improprio e strumentale” delle tipologie contrattuali flessibili e “adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento” (art. 1, co. 1, lett. a) e c) L. 92/2012). In sostanza si perseguiva lo scopo di ridurre la “flessibilità in uscita” ed ampliare la “flessibilità in entrata”. Invero tali aspettative, ad avviso di alcuni (V. SPEZIALE, “*La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*”, in <http://csdle.lex.unict.it>), sono state tradite poiché la riforma, sebbene da una parte contiene disposizioni che riducono la possibilità di utilizzare il contratto a termine in un'ottica di contenimento degli abusi e di maggior tutela del lavoratore, dall'altro con la previsione di un “primo rapporto” a tempo determinato “acausale” della durata massima di 12 mesi, “di fatto rafforza il lavoro a termine come contratto di ingresso nel mondo del lavoro in assenza di ragioni oggettive che possono giustificare la sua stipulazione. In questo modo, il contratto a termine diventerà la forma generale di prima assunzione, scoraggiando la costituzione di rapporti stabili con apposizione del patto di prova”.

Si richiama, a questo punto, l'autorevole dottrina¹⁰⁵ sostenitrice dell'applicazione del comma 1 dell'art. 1419 c.c. alle ipotesi di cui in epigrafe (e cioè: per l'assenza illegittima delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro, ovvero per l'impiego del contratto a termine nelle ipotesi in cui è vitato dalla legge, o per superamento dei limiti quantitativi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva), per le quali, si ribadisce, il Legislatore ha omissso la specificazione dell'assetto sanzionatorio.

In ragione di quanto sostenuto da questo orientamento, il datore di lavoro può allegare e comprovare, secondo l'onere su di lui gravante, trattandosi di eccezione al principio di conservazione del contratto, la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo con la conseguenza che l'intero contratto verrà travolto da nullità¹⁰⁶.

2.3) Conseguenze delle trasgressioni.

Venendo più specificamente agli effetti che conseguono all'accertamento della nullità del termine apposto al contratto di lavoro per assenza delle ragioni giustificative dello stesso (quelle di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), l'applicazione del comma 1 dell'art. 1419 c.c., ad avviso di qualcuno, farebbe derivare conseguenze oltremodo sfavorevoli per il lavoratore che, in pratica, si ritroverebbe privo di ragioni ed interessi concreti per avviare un'azione giudiziaria tesa ad ottenere la dichiarazione di nullità del termine; invero, la

¹⁰⁵) Il richiamo è, naturalmente, a A. VALLEBONA-C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001. All'uopo si rimanda alle considerazioni di cui alla nota 22).

¹⁰⁶) A. VALLEBONA-C. PISANI, *op. cit.*, per cui la volontà ipotetica potrà essere riferita anche solo ad un contraente (ossia, naturalmente, al datore di lavoro), trattandosi di volontà negativa, a differenza di quella richiesta dall'art. 1424 c.c. per la conversione del contratto.

giurisprudenza, tende a prediligere l'interesse del lavoratore a stabilizzare la propria posizione lavorativa, in ragione del principio generale della conservazione dell'efficacia del contratto, applicando il secondo comma dell'art. 1419 c.c..

Naturalmente anche quest'ultimo orientamento non è andato scevro da critiche atteso che la preoccupazione della magistratura di garantire la stabilizzazione dei rapporti di lavoro ha finito in molti casi, come in effetti è accaduto, per “intromettersi” nelle scelte imprenditoriali violando l'altrettanto sacrosanto e generale principio dell'autonomia privata con l'ovvia conseguenza di porre le imprese nella difficoltà di sopportare e reggere la “eccessiva stabilizzazione” giudiziariamente imposta che, magari, in determinate realtà aziendali, ha decretato la fine o l'inizio di uno stato di crisi.

Ad ogni modo, i fautori della tesi dell'applicazione del primo comma dell'art. 1419 c.c. sostengono che l'effetto principale che ne consegue è l'annullamento dell'intero contratto il quale, in effetti, a seguito della nullità della clausola temporale, perde efficacia ed esistenza tra le parti.

Il datore di lavoro ed il lavoratore, contraenti il contratto di lavoro a tempo determinato, non avrebbero mai dato vita ad alcun rapporto obbligatorio, se non limitatamente al periodo effettivamente lavorato e, dunque, alla effettiva attività lavorativa concretamente prestata dal secondo per il periodo di valenza del contratto sino al termine temporale prefissato.

Per intenderci, il lavoratore, ai sensi dell'art. 2126 c.c., avrebbe diritto esclusivamente alla corresponsione delle retribuzioni maturate durante il periodo di vigenza del contratto di lavoro (dalla sottoscrizione sino alla scadenza) a fronte

dell'attività lavorativa prestata senza, invece, diritto ad alcun altro emolumento, neppure a titolo risarcitorio.

L'onere di provare la nullità del termine è posto a carico del datore di lavoro, come sopra accennato, e sarà facile immaginare che questi non incontrerà alcuna difficoltà a dimostrare che senza l'apposizione dell'elemento temporale, non avrebbe mai sottoscritto né voluto quel contratto a termine con il lavoratore. D'altra parte sarà sufficiente la prova della volontà negativa anche solo di un contraente per far caducare il contratto a termine.

2.3.1) La prestazione di fatto.

In primo luogo, con riferimento all'art. 2126 c.c. questi dispone che “1. La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. 2. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”.

Affinché si applichi la norma, naturalmente, il contratto deve essere invalido, con la conseguenza che la norma contenuta nell'art. 2126 c.c. non può trovare applicazione quando si abbia sostituzione automatica di clausole, come può avvenire in caso di clausole contrarie a norme imperative o derogative *in peius* alle previsioni dei contratti collettivi, né dovrebbe, parimenti, valere nei casi di risoluzione o di rescissione per lesione o in cui il contratto è inefficace perché sottoposto a condizione.

Nell'ambito operativo dell'art. 2126 c.c. ricadono tutti i rapporti di lavoro, ivi compresi quelli inerenti al settore del pubblico impiego¹⁰⁷, sebbene ciò sia stato talvolta posto in dubbio argomentando da una presunta differenza di *ratio* tra l'art. 2126 c.c. che sarebbe tipicamente riferibile al settore privato, nel quale occorre evitare che l'imprenditore sfrutti le capacità del lavoratore dipendente, imponendogli prestazioni di maggiore impegno rispetto a quelle pattuite e retribuite, e le disposizioni di legge vigenti in materia di pubblico impiego ispirate, piuttosto, *"alla constatazione opposta, e cioè alla necessità di tutelare l'interesse pubblico a prestazioni di adeguato livello, con impedita effettuazione delle medesime da parte di personale non selezionato, non sussistendo al riguardo forme adeguate di controllo interno"*¹⁰⁸.

Ad ogni modo, in linea generale, la *ratio* della disposizione che si rinviene nell'art. 2126 c.c. è individuabile nella rilevanza sociale del lavoro e nella volontà legislativa di tutelare adeguatamente il lavoratore subordinato che versa in

¹⁰⁷) Come noto, l'art. 2129 c.c. estende la regola anche ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici. Recentemente, Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1218, in Foro Amm., 2001, fasc. 3, ha statuito che "la nullità ex lege della costituzione di un rapporto di pubblico impiego non ammette l'applicabilità nella fattispecie della l. 18 aprile 1962 n. 230, - che consente la trasformabilità automatica di un rapporto di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato - ma implica che tale rapporto nasca e viva come mero rapporto di fatto, con conseguente applicabilità dell'art. 2126 c.c., tranne che non vi si ravvisino elementi da cui desumere l'illiceità bilaterale delle parti o l'illiceità della causa".

Ancora, Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4134, in Dir. & Formazione, 2001, partendo da eguale premessa, ha sancito che rispetto ai rapporti di mero fatto, gli indici rilevatori del pubblico impiego "assumono solo funzione di astratta qualificazione al fine della determinazione della giurisdizione e della disciplina economica e previdenziale cui debbono essere sottoposte le prestazioni lavorative".

Infine, le Sezioni unite (Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, n. 844, in Giust. civ., 1998, I) hanno stabilito che la domanda del dipendente pubblico di pagamento della retribuzione, ai sensi dell'art. 2126 c.c., per lo svolgimento di prestazione lavorativa di fatto, e comunque di indennizzo per ingiustificato arricchimento della P.A., è inidonea ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁰⁸) Tar Toscana, sez. III, 28 aprile 1998, n. 79, in TAR, 1998, I, che ha dedotto che, nell'attuale sistema normativo, l'assegnazione di mansioni superiori al personale pubblico sanitario è in contrasto con la volontà del datore di lavoro quale espressa nel sistema normativo stesso, con la conseguenza che resta precluso il riconoscimento di effetti al rapporto illegittimamente instaurato nei termini di cui all'art. 2126 c.c..

situazione di inferiorità (economica e contrattuale) rispetto all'altra parte del rapporto, garantendo la tutela dei diritti primari del lavoratore, in ossequio alla fondamentale esigenza, costituzionalmente garantita, di assicurare che le prestazioni lavorative, comunque rese, siano retribuite, ad eccezione delle ipotesi di illiceità dell'oggetto o della causa.

Attorno alla norma di cui all'art. 2126 c.c. si sono sviluppati diversi modi di interpretazione che possono così sintetizzarsi.

Secondo la tesi "contrattualistica", la lettera dell'art. 2126 c.c.¹⁰⁹ vede nel contratto l'elemento costitutivo della fattispecie, allorché dispone che l'invalidità del contratto di lavoro "non produce effetto" chiarisce che il contratto invalido produce gli stessi effetti che produrrebbe se fosse valido¹¹⁰.

All'interno della tesi contrattualistica, numerosi interpreti hanno riconosciuto nella norma in parola un'ipotesi di convalida tacita del contratto nullo¹¹¹, mentre ad avviso di altri, l'art. 2126 c.c. produce la conversione delle cause

¹⁰⁹) RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in Comm. c.c. - Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Libro V, Del lavoro, 1969; ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in Riv. dir. lav., 1952; STELLA RICHTER, op. cit..

¹¹⁰) Ricondurre la produzione di effetti al contratto invalido, conferma la distinzione, operata di recente, per spiegare l'operatività della norma di cui all'art. 2126 c.c., tra nullità del negozio ed inesistenza: invero, l'atto nullo è, comunque, esistenza quale atto di autonomia privata, assumendo, a differenza del contratto inesistente, una rilevanza intrinseca quale atto "qualificato negativamente", in sé produttivo di effetti indiretti, come appunto accade nel caso di esecuzione del contratto di lavoro subordinato.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, per il quale "l'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto o l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale. L'importanza della distinzione fra nullità e inesistenza sta in ciò: il contratto o l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che ... il contratto o l'atto nullo produce".

¹¹¹) ANDREOLI, op. cit.; ZAGO e GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, che affianca al concetto di sanatoria quello della "relativizzazione della nullità assoluta"; FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in Dir. econ., 1958, il quale parla di una sanatoria "parziale"; CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962, che ravvisa, invece, una "sanatoria progressiva"; invece, DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, che nega che l'art. 2126 c.c. costituisca una forma di sanatoria, ma ammette la sanabilità del contratto di lavoro invalido ex art. 1444 c.c.; e più di recente, MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, per il quale la rilevanza giuridica del contratto

di invalidità in cause di risoluzione del rapporto, sicchè la pronuncia di invalidità non spiega i suoi effetti sulle prestazioni già eseguite, con conservazione del contratto per il periodo di svolgimento della prestazione di fatto¹¹².

L'applicazione dell'art. 2126 c.c., ad ogni modo, elimina tutti gli effetti della sentenza che dichiara la nullità del contratto o che lo annulla, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; sicché dalla prestazione di fatto non nasce il solo diritto alla retribuzione, ma anche altri diritti - come quello, ad esempio, all'indennità di anzianità - riconosciuti dalla legge a favore del lavoratore¹¹³; ma questi diritti sono effetti propri della fattispecie legale, e non dell'atto invalido. Più precisamente, essi non derivano dal contratto di lavoro, ma direttamente dalla legge, la quale li ricollega non già al rapporto obbligatorio, bensì all'avvenuta esecuzione della prestazione.

La mancata nascita dell'obbligazione di lavorare o di continuare il lavoro iniziato, fa cadere la tesi della convalida: se l'art. 2126 c.c. producesse davvero l'effetto di sanatoria del contratto nullo, allora dovrebbe tornare in vita l'intero contratto nullo, dovrebbe essere possibile la produzione di tutti i suoi effetti. La verità è che gli effetti che si producono sono quelli riconducibili esclusivamente

nullo sarebbe da ricondurre alla presenza di una fattispecie complessa costituita dal "fatto" del contratto stesso e dalla prestazione eseguita. L'esistenza della fattispecie complessa, consentirebbe di recuperare "quella porzione di disciplina di fonte legale del rapporto di lavoro subordinato nella misura in cui tale opera di recupero sia da un lato funzionale alla tutela della posizione delle parti e dall'altro compatibile con le differenze pur sussistenti con il rapporto nascente dal contratto validamente formatosi".

¹¹²) TORRENTE, *Del lavoro*, in Comm. Codice civile, Torino, 1962. Alla tesi aderiscono, ma con esclusivo riferimento all'ipotesi di annullamento, FEDELE, op. cit., e SUPPIEJ, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957. Spiegano il fenomeno in termini di limitazione delle conseguenze della nullità, SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968.

¹¹³) Cass., sez. lav., 1° marzo 1984, n. 1451, in Mass. Giust. civ., 1984, fasc. 3-4; Cass., sez. lav., 26 gennaio 1984, n. 618, in Mass. Giust. civ., 1984, fasc. 1.

alla prestazione in quanto tale, non ad un contratto che è, invece, inidoneo sin dall'inizio a porsi come fonte di diritti e di obblighi.

Inoltre, giacché la regola in oggetto opera indipendentemente da ogni consapevolezza delle parti, “manca nel meccanismo dell'art. 2126 c.c. quell'altro aspetto individuante della sanatoria, che è costituito dalla conoscenza in capo alle parti della causa di invalidità”¹¹⁴.

Pure criticata la tesi della irretroattività delle pronunzie di invalidità, atteso che appare alquanto innaturale equiparare la nullità e l'annullamento che essa comporta, dal momento che l'art. 2126 c.c. richiama distintamente le due forme di invalidità, rendendo così applicabili le diverse discipline disposte per ciascuna delle due sanzioni¹¹⁵.

In contrapposizione alla tesi contrattualistica, si sviluppa la tesi legalistica per la quale l'esecuzione della prestazione di fatto ha come effetto il sorgere, in capo al lavoratore, di tutti i diritti riconducibili allo svolgimento del rapporto di lavoro, il più importante dei quali è, di certo, il diritto alla retribuzione, sotto ogni sua forma (compreso il trattamento di fine rapporto), per la cui commisurazione sono applicabili la disciplina legale e quella dei contratti collettivi.

È, altresì, possibile la determinazione giudiziale ex art. 2099, comma 2°, c.c., ed in tal caso il giudice farà riferimento al parametro oggettivo della corrente

¹¹⁴) VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, in *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004.

¹¹⁵) CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 346. Analogamente: DELL'OLIO, op. cit..

Ancora, la tesi dell'irretroattività "presenta la singolarità di non ancorare l'effetto della pronunzia giudiziale, né alla data della conclusione del contratto invalido, né a quello della domanda, ma ad un momento variabile caso per caso, cioè a quello in cui cessa la prestazione lavorativa: ciò che può verificarsi anche dopo la domanda giudiziale o dopo la sentenza", CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, e DELL'OLIO, op. cit..

valutazione di mercato, ma gli tornerà utile anche una valutazione del rapporto come concretamente svoltosi e, eventualmente, senza che ciò possa però assumere rilievo assoluto, e come puro metro di riferimento, una valutazione delle pattuizioni contenute nel contratto invalido.

Il contratto, a seguito della dichiarazione di nullità o della sentenza di annullamento, è definitivamente inefficace: è alla legge ed ai contratti collettivi che l'art. 2126 c.c. rimette la protezione del prestatore, nella esclusiva considerazione dell'attività lavorativa già eseguita di fatto¹¹⁶. Soltanto se il rapporto è stato eseguito, si producono gli effetti legali diretti alla tutela del lavoratore, mentre, nell'ipotesi di mancanza della prestazione, nessun effetto si produce ed il contratto di lavoro nullo rimane nullo.

Per tali ragioni, probabilmente, alcuni studiosi sottolinearono che la fonte degli effetti è in realtà una fattispecie complessa, formata dal contratto invalido più l'atto di esecuzione del contratto medesimo¹¹⁷.

Ma aldilà delle definizioni di carattere dogmatico, è il caso di sottolineare e ribadire che, ad avviso della teoria legalistica, gli effetti prodotti dal contratto nullo hanno esclusivo riferimento a quanto già avvenuto nella realtà del rapporto, ossia l'attività lavorativa effettivamente prestata dal dipendente, quale esecuzione del contratto, sebbene in un momento passato rispetto alla sentenza dichiarativa della nullità o annullamento del contratto.

¹¹⁶) Per la tesi della produzione ex lege degli effetti: FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in Ann. dell'Università di Ferrara, 1952; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965: "in realtà la prestazione di fatto trova la sua fonte esclusivamente della legge, e la sua determinazione in questa e nelle norme collettive, ma soprattutto nella attività realmente svolta. La disciplina convenzionale è totalmente sostituita dalla disciplina normativa, e, ove questa manchi, dalla determinazione giudiziale".

¹¹⁷) FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in Annali dell'Università di Ferrara, 1952; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in Jus, 1957.

Tra i sostenitori della tesi acontrattualistica, c'è chi ravvisa l'inutile innovazione della normativa di cui all'art. 2126 c.c. laddove, per disciplinare gli effetti delle ipotesi di nullità/annullamento del contratto di lavoro, sarebbe stata sufficiente la disciplina generale dell'indebito oggettivo; tale visione "restitutoria" induce a chiedersi quali diritti competano al lavoratore in conseguenza dell'aver eseguito un *facere* a cui non era tenuto sia perché non conseguente ad un valido contratto, sia perché all'attività posta in essere non è riconducibile la nascita di un'obbligazione di lavorare o di continuare l'attività intrapresa.

Orbene, la soluzione giurisprudenziale, all'uopo, finisce per stabilire che a fronte dell'impossibilità di restituire materialmente la prestazione, si opera una restituzione per equivalente, sicché il lavoratore avrebbe diritto al corrispettivo che gli spetterebbe per la prestazione eseguita, determinato secondo valori obiettivi di mercato¹¹⁸.

Infine, l'utilità dell'art. 2126 c.c. sta nel fatto che esso impone, al di là da qualsiasi dubbio, il rispetto dei minimi retributivi sancito dall'art. 36 Cost. (per cui “il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa”), ed in ogni caso, la garanzia giudiziale della determinazione della stessa, in virtù del comma 2 dell'art. 2099 c.c. (per cui “in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice”).

Ai sensi dell'art. 2126 c.c., in ossequio alla particolare rilevanza sociale del lavoro ed alla preminente necessità di protezione del lavoratore, al lavoratore subordinato spetta il compenso medio più tutte le garanzie e tutele previste dalla

¹¹⁸) A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004.

normativa speciale in materia di lavoro, compresi i contratti collettivi e gli usi. Di tal guisa si ha un rapporto di lavoro subordinato di fatto cui è applicabile la disciplina legale del rapporto di lavoro subordinato tipico, evitando qualsivoglia disparità, atteso che sia che l'attività sia prestata di fatto, sia che consegua ad un rapporto instaurato regolarmente, non esistono discriminazioni in punto di tutela.

Al lavoratore subordinato di fatto, così come ad ogni altro lavoratore subordinato, perciò, non spetta il solo diritto al compenso commisurato secondo i canoni della restituzione per equivalente tipici della disciplina dell'indebito (salvo sempre il rispetto della retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost.), ma anche, in aggiunta, ogni tutela prevista a favore del lavoro subordinato, e così in materia previdenziale, come in materia di ferie, festività, pause, ecc.

Quale che sia l'orientamento e/o teoria a cui si vuole aderire, ad avviso del più autorevole sostenitore¹¹⁹ dell'applicabilità della normativa contemplata nell'art. 1419 comma 1 c.c. alle ipotesi di nullità del termine al contratto di lavoro, il lavoratore avrebbe diritto alle retribuzioni maturate durante il periodo in cui il rapporto ha avuto effettiva esecuzione (ex art. 2126 c.c.).

Invece, non potrebbe richiedere alcun risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1338 c.c.¹²⁰ sostenendo che il datore di lavoro avrebbe dovuto essere a conoscenza della causa di invalidità e, intenzionalmente, aveva omesso di riferirlo all'altra parte. Ciò in quanto, l'art. 1338 c.c. non si applica alle ipotesi in cui la nullità derivi dalla violazione di una norma imperativa, sull'assunto per cui, in

¹¹⁹) Il riferimento è, senz'altro, a VALLEBONA.

¹²⁰) Si riporta il testo dell'art. 1338 c.c. "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto".

applicazione del principio “*ignorantia legis non excusat*”, la legge deve ritenersi nota alla generalità dei cittadini, con la conseguenza che non può ritenersi ammissibile un affidamento incolpevole di una parte sulla validità del contratto. Inoltre, tale esclusione, troverebbe conferma, altresì, nella giurisprudenza formatasi attorno all'interpretazione della predetta norma la quale esclude che, in applicazione della stessa, si possa ottenere il risarcimento del cosiddetto interesse positivo all'adempimento del contratto ed alla disponibilità dell'oggetto di esso, che si sarebbe avuto se il contratto fosse stato validamente concluso ed eseguito¹²¹ (il contratto, si rammenta, in questo caso è quello a termine e non un ipotetico contratto *sine die* che, invero, non è mai stato voluto dalle parti).

Ad ogni modo, ad avviso di tale dottrina, il Legislatore, anche in conformità alla previsione comunitaria, di cui alla direttiva 70/1999, pur esigendo una specifica giustificazione dell'apposizione del termine, anche per il primo contratto (per il quale il diritto comunitario non pone alcun vincolo, preoccupandosi, piuttosto, di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzazione di una successione di contratti a termine con il medesimo lavoratore), col la riforma del 2001, ha riservato l'effetto legale sostitutivo, quale tecnica di massima invasione dell'autonomia negoziale privata, alle sole ipotesi di successione illegittima di contratti a termine, escludendo la regola della automatica conversione in contratto a tempo indeterminato (le cui implicazioni verranno nel dettaglio di seguito spiegate), proprio perché il Legislatore non intende imporre alle parti un vincolo che non avrebbe voluto¹²² nella fattispecie di mancata e/o incompleta e/o

¹²¹) Cass. 30 luglio 2004 n. 14539.

¹²²) A. VALLEBONA-C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, per cui “è doveroso prendere atto della voluta omissione, per il primo contratto a termine ingiustificato o vietato, sia di

insufficiente indicazione delle ragioni giustificative il termine ovvero di superamento dei limiti quantitativi.

In senso opposto, altri autori¹²³, seppur condividendo l'orientamento dottrinale per il quale troverebbe applicazione la norma di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., alle ipotesi di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, sostengono che per garantire al lavoratore una tutela aggiuntiva rispetto a quella di cui all'art. 2126 c.c., è possibile rifarsi alle norme di diritto comune ossia agli artt. 1337 e 1338 c.c.. La prima norma impone alle parti di comportarsi, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, secondo buona fede; mentre, la seconda prende in considerazione la circostanza per cui sussiste un evidente squilibrio informativo tra le parti contraenti, poiché il datore di lavoro è l'unico a conoscere effettivamente la situazione di fatto e le esigenze dell'azienda, al momento della sottoscrizione del contratto, che giustifichino l'assunzione a termine; circostanze, ovviamente, ignote al lavoratore che, dunque, rimarrebbe privo di qualsivoglia strumento idoneo a consentirgli una preventiva valutazione di utilità del contratto a termine.

Il paventato diritto al risarcimento del danno in favore dei lavoratori, ex artt. 1337 e 1338 c.c., dovrebbe essere, dunque, quantificato tenuto conto, non tanto delle spese che il lavoratore ha sostenuto facendo affidamento sulla validità del contratto di lavoro, quanto, piuttosto, nelle occasioni di lavoro perse¹²⁴.

un effetto sostitutivo invece previsto per la ingiustificata reiterazione o lo sfioramento del termine, sia di sanzioni amministrative riservate alle violazioni del principio di parità. Ed è altrettanto doveroso rispettare le ragioni che presidono a queste scelte del legislatore, pienamente conformi alla direttiva comunitaria e prive di vincoli costituzionali (Corte Cost. n. 419 del 2000)".

¹²³) Così M.C. CUTADELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, op. cit..

¹²⁴) All'uopo d'aiuto potrebbe essere la giurisprudenza formatasi attorno all'art. 36 D.Lgs. 368/2001, invero, ancora divisa su quale criterio adottare per la quantificazione del danno. Ad esempio, Trib. Rossano 4 giugno 2007, in Riv. it. Dir. Lav., 2007, ha ritenuto di quantificare il risarcimento

3) Applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c..

L'istituto giuridico della nullità parziale, di cui al comma secondo dell'art. 1419 c.c., trasposto nell'ambito del diritto del lavoro, acquisisce un peso assai diverso rispetto al diritto civile comune.

Ciò in quanto proprio il contratto di lavoro presenta caratteri ed effetti di particolare rilevanza che hanno spinto, nel corso del tempo, gli addetti del settore, a porsi l'interrogativo di quali fossero gli effetti sanzionatori derivanti dalla illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro.

Il contratto di lavoro esplica, per antonomasia, la disparità contrattuale dei contraenti laddove il prestatore di lavoro, in posizione di inferiorità sostanziale rispetto all'imprenditore/datore di lavoro, è costretto ad instaurare un vincolo di subordinazione e dipendenza rispetto ad un altro soggetto. Per tali ragioni, nel campo del diritto del lavoro, la legge e le norme collettive tendono a disciplinare direttamente il rapporto di lavoro, in misura prevalente rispetto all'autonomia privata individuale, con la conseguenza che il generico principio della conservazione del contratto, in questo ambito, è ispirato, evidentemente, a tutelare il lavoratore che potrebbe vedersi sguarnito di qualsivoglia tutela, ivi compresa la retribuzione, nell'ipotesi di nullità assoluta del contratto.

Particolarmente discussa è stata la trasposizione, nell'ambito del diritto del lavoro, del concetto di norma imperativa di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c..

Come noto, la nullità parziale del contratto investe solo una parte o clausola

tenendo conto del tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile, tenuto conto della zona geografia, dell'età, del sesso e del titolo di studio di lavoratori; invece, Trib. Genova 8 novembre 2007 n. 3324 parametrata il danno alla sanzione prevista dai commi 4 e 5 dell'art. 18.

dello stesso che potrà riflettersi sull'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpito da nullità; parte, pertanto, reputata essenziale. All'uopo, come già illustrato nell'apposito paragrafo, come sostenuto dal maggioritario orientamento, l'indagine sulla essenzialità o meno della parte viziata deve essere effettuata sulla base di una obiettiva valutazione della volontà comune delle parti, svincolata dalle motivazioni individuali e meramente soggettive dei contraenti.

Se, invece, il contratto, sebbene privato della clausola nulla, può continuare a svolgere una funzione apprezzabile e che le parti l'avrebbero perseguita anche senza quella clausola colpita da nullità, l'atto rimane valido anche senza quella parte e continua a spiegare i suoi effetti (*utile per inutile non vitiatur*).

Talvolta è proprio la legge a disporre in merito alla capacità espansiva o meno della nullità parziale: ad esempio l'art. 36 del Codice del Consumo espressamente prevede che le clausole vessatorie in danno al consumatore sono nulle “mentre il contratto rimane valido per il resto”; ancora, l'art. 1339 c.c., rubricato “Inserzione automatica di clausole”, espressamente dispone “Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”, che prevede l'inserzione automatica di clausole volte a modificare o limitare, con l'integrazione legale, il contenuto del contratto; ed ancora, anche nell'ipotesi di una locazione pattuita per una durata inferiore a quella imposta dalla legge, questa resta valida e la sua durata si estende automaticamente a quella fissata imperativamente, così come un patto di non concorrenza concordato per una durata superiore ad un

quinquennio (limite massimo fissato dall'art. 2596 c.c.), si riduce automaticamente al limite imposto dalla legge.

Secondo l'opinione prevalente, l'art. 1339 c.c. presenta delle analogie con l'art. 1419 co. 2 c.c. ed il rapporto tra le disposizioni di legge non si configura in termini di antitesi o di sovrapposizione, ma di complementarità. Ciascuna di tali disposizioni, nella loro autonomia, contribuisce a determinare l'ambito di applicazione dell'altra: l'art. 1339 c.c. si configura come norma generale che indica quando si verifica la sostituzione che è presupposta dall'art. 1419 co. 2 c.c. che, invece, si limita a recepire il fenomeno sostitutivo e a disciplinarne gli effetti rispetto al problema della nullità parziale¹²⁵.

Come già detto, più deciso è il fine conservativo del comma secondo dell'art. 1419 c.c. atteso che lo stesso prescinde dalla oggettiva ovvero ipotetica volontà dei contraenti garantendo, piuttosto, “ ... *di far rimanere in vita una determinata realtà produttiva di effetti*”¹²⁶, garantendo l'operatività delle regole imperative poste e, dunque, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento giuridico.

La nullità parziale disciplinata dal comma secondo dell'art. 1419 c.c. è definita, secondo la dottrina, “nullità virtuale” che non comporta, necessariamente, che il contrasto con una norma inderogabile (di natura imprescrittibile, pur essendo soggetti a prescrizione i diritti che discendono dal rapporto a tempo indeterminato risultante dalla conversione *ex lege* del rapporto a tempo determinato cui era stato

¹²⁵) In tal senso, Commentario al codice civile, diretto da CENDON, 734; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in Trattato del contratto, diretto da V. Roppo, Milano, 2006; S. PATTI, *Inserzione automatica di clausole*, in S. Patti e G. Patti, *Responsabilità contrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in Il Codice Civile. Commentario, Milano, 1993.

¹²⁶) G.B. FERRI “*Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*” in Riv. Dir. Comm., 1963, II, p. 268.

apposto illegittimamente il termine), la quale preveda una sanzione diversa dalla nullità del contratto, determini necessariamente la nullità del relativo contratto in virtù dell'art. 1418 comma 1 c.c.. Invero, la nullità del contratto andrà affermata solo allorché la norma inderogabile violata sia volta a tutelare interessi generali della collettività, ed al fine di escludere la nullità in caso di violazione di norma imperativa, è necessaria un'espressa previsione di nullità ovvero una diversa conseguenza correlata a quella violazione.

La fattispecie di cui all'art. 1419 co. 2 pone, però, l'interrogativo, in tema di individuazione del carattere imperativo di una norma e, dunque, quale indagine eseguire per stabilire se il contratto si ponga in contrasto con essa. In merito, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, nel tempo formatisi, hanno, quasi, concordemente concluso che sia necessario accertare il fondamento della norma e, dunque, se la stessa sia volta all'affermazione di valori di interesse pubblico e di principi fondamentali dell'ordinamento¹²⁷.

¹²⁷) Solo in linea generale, rimandando alla lettura di quanto appresso si spiegherà, si sottolinea, in linea generale, la dottrina continua a valorizzare alcuni indici quali l'assolutezza dell'obbligo e la natura proibitiva della norma violata.

La giurisprudenza, invece, continua a fondare le sue decisioni sul criterio della natura dell'interesse violato, se singolare o di categoria o pubblico, se dello Stato persona o invece collettivo o di ordine pubblico o posto a tutela di interessi meramente categoriali. Pertanto, ad esempio, la frode fiscale - diretta ad eludere le norme tributarie sui trasferimenti dei beni - trova soltanto nel sistema delle disposizioni fiscali la sua sanzione, la quale non è sanzione di nullità o di annullabilità del contratto. Ancora, si ritiene possa sanzionarsi con la «nullità virtuale» la mancata redazione per iscritto del contratto di vendita dei pacchetti turistici, in violazione del disposto di cui all'art. 6 d.lgs. n. 111 del 1995, che omette di indicare la sanzione che assiste l'osservanza del vincolo formale; o, ancora, la mancata indicazione nel contratto di taluno degli elementi descritti dall'art. 7 del decreto, che nulla pattuisce in ordine al rimedio applicabile in caso di violazione.

Allo stesso modo, anche alla luce delle ragioni che hanno determinato l'affermarsi dei caratteri speciali propri della nullità di protezione, sembra potersi estendere l'operatività degli stessi, pure in difetto di espresso riconoscimento normativo. Per esempio, si pensi alla nullità di cui all'art. 3 d.lgs. n. 427 del 1998, che, in materia di multiproprietà, si limita a prevedere la redazione per iscritto del contratto a pena di nullità, alla quale potrebbero estendersi i connotati della relatività e della rilevanza d'ufficio nell'interesse del solo acquirente-consumatore.

Il recente sviluppo giurisprudenziale della nullità virtuale ha provocato, poi, inevitabili conseguenze in relazione alla categoria di origine giurisprudenziale della c.d. nullità inequivoca. Si allude al fatto che l'art. 28 legge notarile impone al notaio il divieto di ricevere "atti espressamente proibiti dalla legge", l'art. 54 reg. not. vieta di rogare contratti nei quali intervengano persone che

Al fine di comprendere la portata, non solo letterale della norma in oggetto, occorre soffermarsi sulla nozione di norma imperativa utile anche per individuare il limite imposto dalla legge affinché si assuma legittimo il superamento dell'autonomia privata.

3.1) Le norme imperative, inderogabili e sostitutive.

In assenza di una specifica definizione codicistica, la nozione di norma imperativa, quella che ai sensi dell'art. 1419 comma secondo c.c., nell'ipotesi di violazione, importa l'automatica sostituzione della clausola nulla, è stata oggetto di indubbi contrasti dottrinali e giurisprudenziali.

All'uopo, la dottrina ha ricostruito la definizione di norma imperativa concludendo che la stessa è volta a tutelare un interesse generale avendo ad oggetto la protezione dell'ordine giuridico, assumendo una forma autoritaria, inflessibile che impone, in caso di violazione, la più grave sanzione della nullità; invece, ragionando *a contrariis*, se la norma tutela un interesse individuale ha carattere dispositivo, per cui per tale tutela vi sono altri rimedi quali l'annullabilità, risolubilità, rescindibilità e decadenza.

Del resto è lo stesso art. 1418 c.c. che prevede la nullità “*salvo che la legge disponga diversamente*”, così da escludere la sanzione più grave della nullità

non siano assistite od autorizzate, ed infine gli artt. 136, 137 e 138 l. not. comminano le sanzioni conseguenti alla violazione dei precetti normativi ora citati. Con riferimento all'art. 28 l. not. la Cassazione ha statuito che per "atti espressamente proibiti dalla legge" si debbono intendere quegli atti i cui vizi danno luogo in modo "inequivoco" alla nullità assoluta dell'atto per contrarietà a norme imperative, attribuendogli un significato estensivo e, pertanto, comprensivo di tutti gli atti contrastanti a disposizioni cogenti della legge a prescindere dalla sanzione per essi prevista (inesistenza, nullità e annullabilità e persino inefficacia), a differenza dell'orientamento contrario della dottrina prevalente la quale, invece, fa rientrare nella medesima espressione solamente gli atti specificamente e singolarmente vietati (c.d. nullità testuale).

Così, si legge nell'articolo del 08/09/2008 di S. RUSCICA, *Nullità del contratto: breve analisi della recente casistica giurisprudenziale*, 2008, in Altalex.

allorquando sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli scopi che la stessa intende perseguire¹²⁸.

Nella prospettiva di indagine propria della teoria generale del diritto, la norma imperativa appartiene al genere delle norme di condotta o regolative. Queste ultime sono volte a regolare un comportamento (anche omissivo)¹²⁹ e si differenziano dalle norme costitutive o di competenza che, invece, pongono condizioni ed indicano l'effetto giuridico che segue ad un determinato fatto¹³⁰.

A loro volta, le norme di condotta si distinguono in norme imperative e norme permissive: le prime, appunto, sono le norme che qualificano come obbligatorio un comportamento, mentre le seconde qualificano la condotta non come obbligatoria ma piuttosto come permessa o facoltativa tanto che, queste ultime, non impongono alcuna obbedienza né violazione.

In questa prospettiva, le norme imperative assurgono a norme che esigono un comportamento, attivo o omissivo, da parte del destinatario il quale è obbligato al rispetto, a pena di nullità. A parere di altri, proprio in tal senso, la norma imperativa non è solo norma di condotta ma anche norma costitutiva che detta le

¹²⁸) Secondo questa impostazione, l'imperatività della norma non dipende dalla sua formulazione letterale, piuttosto implica un'indagine sull'interesse tutelato. In questo senso, F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, che richiede che l'interesse tutelato dalla norma imperativa sia non solo pubblico ma anche proprio della collettività statale nel suo insieme. La dottrina più recente, ritiene sufficiente che sia protetto un qualsiasi interesse pubblico, in tal senso R. TOMMASINI, *Nullità* (dir. Priv.), in Enc. dir. Milano, 1978; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1988.

Secondo un orientamento rimasto minoritario, M. MAZZIOTTI di Celso, Norma giuridica, in Enc. Giurid, Treccani, Roma, 1990, le norme che attribuiscono un potere e le norme c.d. permissive sono, in senso lato, imperative: le prime, conferendo ad un soggetto un potere produttivo di effetti giuridici, implicano sia l'obbligo per gli altri soggetti di riconoscere tali effetti, sia per le Pubbliche Autorità di applicare ai trasgressori le sanzioni previste dalla legge; le seconde, invece, riconoscendo ad un soggetto il diritto di esercitare una determinata facoltà, vietano agli altri soggetti di impedire ed ostacolare tale esercizio nonché alla Pubblica Autorità di sanzionare chi impedisce tale facoltà.

¹²⁹) Così, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 1998.

¹³⁰) Così, G. U. RESCIGNO, *Tipi di regole*, in Rass. Parl, 1996.

condizioni di validità del negozio giuridico e del contratto, ovvero che detta il contenuto del regolamento negoziale.

La *ratio* della norma di condotta imperativa, dunque, è quella di imporre un comportamento alla parte forte del contratto a protezione tipicamente della corretta formazione del consenso della parte cd. debole, con la conseguenza che, se violata, determina, per espressa previsione legale, la nullità del contratto di cui è parte il soggetto destinatario della norma imperativa di condotta (c.d. nullità di protezione, per la quale si rimanda all'apposito paragrafo). La *ratio* della norma costitutiva imperativa, invece, è quella di produrre effetti sul vincolo contrattuale (si pensi alla risoluzione per inadempimento) senza, tuttavia, incidere sulla validità/efficacia del contratto.

Invero la distinzione tra le due fattispecie è piuttosto complessa ma risulta interessante soprattutto per la materia oggetto del presente lavoro di indagine, atteso che nell'ambito del diritto del lavoro è possibile rintracciare sia norme imperative di “condotta” sia norme “costitutive” qualificabili, talvolta, anche come imperative¹³¹.

Tuttavia, la ricostruzione del concetto di norma imperativa come sopra delineato, ha subito, in stretta correlazione all'istituto della nullità, delle significative evoluzioni.

Basti pensare che, nell'ultimo decennio, l'introduzione della disciplina a tutela dei consumatori e di altri parti deboli del contratto, ha esteso l'applicabilità della nullità anche a protezione di interessi palesemente settoriali o di categoria,

¹³¹) M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative ed autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

facendo venir meno la proporzione nullità - interesse generale - norma imperativa. In merito, la dottrina, appare divisa poiché, da un parte, c'è chi sostiene che la lesione di qualsiasi interesse possa avere quale conseguenza la nullità del contratto, a patto che questa invalidità rappresenti una tutela adeguata¹³², dall'altra c'è chi sostiene che *“l'elemento distintivo che caratterizza tutte le norme che prevedono la nullità del contratto, ivi comprese quelle imperative, ... non sta nel carattere generale dell'interesse protetto, ma nelle modalità con le quali tale tutela è attuata dall'ordinamento”*¹³³.

Infine, le norme imperative, cui si riferisce l'art. 1419, comma 2, c.c., non possono non essere inderogabili, laddove l'accezione “inderogabile” esprime la forza di comando della norma che non può essere derogata dai contraenti con le loro pattuizioni¹³⁴.

Si aggiunga che spesso il concetto di norma imperativa è inteso strettamente correlato a quello di norma inderogabile, talvolta erroneamente confondendoli, atteso che, invero, individuano diversi aspetti di una norma, laddove la prima, come detto, attiene al suo carattere di comando mentre la seconda al fatto di essere sottratta alla disponibilità dell'autonomia privata.

Il discrimine, che chiaro non è, tra le due specie di norma assume, anche in questo caso, particolare rilievo nell'ambito del diritto del lavoro ove sono assai numerose le fattispecie di inderogabilità poste nell'ottica di tutelare la parte debole

¹³²) G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

¹³³) A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

¹³⁴) V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967, distingue tre categorie di norme: imperative, inderogabili e costitutive. La categoria generale è quella delle norme imperative che comprende tutte le norme invalidanti; più specifica è la categoria delle norme inderogabili ovvero di quelle dotate altresì di forza sostitutiva delle contrarie manifestazioni dell'autonomia privata; ancora più specifica è quella delle norme sostitutive che si sostituiscono alle clausole con esse in contrasto ed impediscono la caducazione dell'intero contratto.

del contratto, ossia del prestatore di lavoro. A differenza di quanto accade nel diritto comune, nell'ambito del diritto del lavoro, la inderogabilità *in peius* è la regola e la derogabilità è l'eccezione, e tale inversione trova la propria ragione dal divario contrattuale tra i contraenti e dalla natura degli interessi e beni oggetto dello scambio. Se questo vale in linea generale, deve, però, sottolinearsi che, anche nel diritto del lavoro, esistono norme derogabili (l'art. 2113 c.c. nel fare richiamo a “disposizioni inderogabili di legge e contratto collettivo” presuppone che esistano non solo le norme inderogabili, mentre l'art. 2078 c.c. stabilisce la prevalenza degli usi più favorevoli al lavoratore sulle norme dispositive di legge), ed accanto a quelle espressamente derogabili per legge, vi sono quelle derogabili da parte della contrattazione collettiva.

L'ultima considerazione che vale la pena formulare, sempre in tema di applicabilità del comma secondo dell'art. 1419 c.c. nell'ambito del settore lavoristico, riguarda il concetto di sostituzione di diritto delle norme imperative alla clausole contrattuali viziate da nullità.

In dottrina, con sostegno della giurisprudenza, si è prospettata l'idea che per sostituzione di diritto debba intendersi solo quella che abbia luogo in forza di una espressa disposizione di legge che, oltre che comminare la nullità di una determinata clausola, ne imponga la sostituzione con una normativa legale; mentre l'inserzione automatica non si verifica quando il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una specifica norma imperativa¹³⁵. Trasporre questa teoria nella

¹³⁵) In tal senso, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959; nonché, *ex multis*, Cass. 28 giugno 2000, n. 8794; Cass. 22 marzo 2005 n. 6170.

realtà lavoristica, però, appare piuttosto arduo atteso che, nel diritto del lavoro, le norme “espressamente sostitutive” sono piuttosto rare e, comunque, impedirebbe la lineare applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c. poiché la stessa sarebbe limitata alle sole norme espressamente sostitutive.

Piuttosto, il comma secondo andrebbe letto nell'ottica di non ostacolare la libertà di iniziativa economica privata la quale, invece, dovrebbe svolgersi nel rispetto dell'utilità sociale e della libertà, sicurezza e dignità umana. In tal senso, la locuzione codicistica “sono sostituite di diritto” va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina.

Nell'ambito speciale del diritto del lavoro, considerato, da una parte, il carattere generalmente inderogabile delle norme giuslavoristiche e, dall'altra, la loro esaustività e completezza, delimitato dal risicato spazio che viene lasciato all'autonomia privata nella regolamentazione del contratto di lavoro, si individuano, inoltre, molte norme cd. “implicitamente sostitutive”, ovvero norme imperative ed inderogabili che contengano prescrizioni sufficientemente specifiche e compiute da subentrare alle previsioni con esse in contrasto. Si pensi alle norme sulla conservazione del posto di lavoro in caso di malattia, infortunio e maternità (art. 2120 c.c.); quelle sulla durata minima dell'orario di lavoro (art. 4, co. 2, D.Lgs. 66/2003) e sui riposi giornalieri e settimanali (art. 7 D.Lgs. 66/2003); quelle che disciplinano il licenziamento (nell'ipotesi di tutela obbligatoria, ex L. 604/66, e

nell'ipotesi di tutela reale, ex art. 18 L. 300/70). Si tratta, evidentemente, tutte di ipotesi di norme inderogabili la cui sostituzione è automatica e che, comunque, la violazione non potrebbe importare la nullità integrale del contratto.

Anche l'art. 2099, co. 2, c.c. per l'orientamento maggioritario, in tema di retribuzione (inteso quale elemento essenziale del contratto di lavoro) è da ritenersi norma imperativa inderogabile dall'efficacia sostitutiva "relativa" poiché la mancata indicazione, nel contratto di lavoro, ovvero l'indicazione della retribuzione in violazione dell'art. 36 Cost., non produce la nullità del contratto di lavoro atteso che sarà possibile rimettere al giudice la determinazione, secondo equità, della retribuzione giusta ed equa da corrispondere al lavoratore.

In conclusione, si può dire che quasi tutte le norme che disciplinano il rapporto di lavoro sono sostitutive.

3.2) Conseguenze delle trasgressioni.

In linea generale, nella fattispecie del contratto a termine, la tutela al lavoratore subordinato non dovrebbe ridursi all'alternativa tra la tutela condizionata di cui al primo comma dell'art. 1419 c.c. (allorquando la conservazione del contratto è subordinata alla volontà ipotetica oggettiva delle parti) e la tutela piena di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c. (che garantisce, nonostante la nullità della clausola, la integrale conservazione del contratto di lavoro), piuttosto alla garanzia di una tutela per così dire "rafforzata" che va ben oltre la conservazione del contratto poiché mira a garantire il rapporto di lavoro nella maniera più favorevole per il lavoratore¹³⁶. Di fatto, però, l'applicazione del secondo comma dell'art. 1419 c.c. implica la sostituzione automatica della clausola nulla con la

¹³⁶ M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, 2008.

norma imperativa della normalità del contratto a tempo indeterminato e, dunque, la conservazione e/o conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

3.2.1) Il problema della conversione.

A tal proposito deve sottolinearsi come il D.Lgs. 368/2001, avendo abrogato definitivamente la L. 230/62 e con essa il principio generale di conversione (mantenendolo, per l'appunto, soltanto nel caso di successione e proroga del contratto, come si vedrà in seguito), ponga, ad avviso di alcune interpretazioni, dei seri problemi di tutela concreta del lavoratore nel caso di illegittima stipula di un solo contratto a termine.

La giurisprudenza è alquanto oscillante sul punto e non sono poche le pronunce che si limitano alla dichiarazione di nullità del contratto senza alcuna conseguenza economica in favore del lavoratore. Tuttavia, appare opportuno richiamare le argomentazioni articolate dalla Suprema Corte, di recente, con la sentenza n. 12985/2008 del 21/5/2008 (che in seguito si analizzerà) con la quale è stata affermata l'applicabilità del principio della conversione del contratto anche in relazione alle ipotesi alle quali deve essere applicata il D.Lgs. 368/2001 nella formulazione antecedente alla modifica della L. 247/07.

La pronuncia (relativa ad una controversia sul contratto a termine stipulato da alcuni lavoratori con la società Poste Italiane Spa), appare tanto più significativa, nel presente contesto, in quanto il ragionamento seguito dagli "Ermellini" ha preso le mosse proprio dai principi contenuti nella direttiva europea e nelle pronunce della Corte di Giustizia.

E' stato infatti affermato che “pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di ragioni giustificatrici o la nullità della clausola che le individui, legittimamente e coerentemente la Corte di merito ha ricavato la sanzione dal “sistema” nel suo complesso e dai principi generali, in tal modo non ricorrendo ad una *analogia legis* e neppure sostituendosi al legislatore o al giudice delle leggi, bensì, semplicemente, interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria (della quale è attuazione) e nel sistema generale (dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato) tracciato dalla stessa Corte Costituzionale”; e, dopo un completo *exkursus* sulla giurisprudenza europea e sui principi in essa affermati, la Corte ha aggiunto che se la *ratio* della previsione della forma scritta *ad substantiam* per il contratto a termine è quella di garantire la certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore, e di consentire al giudice il controllo effettivo del contenuto del contratto stesso, verificando, attraverso l'applicazione della clausola generale, la conformità fra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo, ne consegue logicamente che, nella sostanza, le sanzioni non possono non essere accomunate dalla detta *ratio*, tanto nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto, quanto nel caso in cui manchi l'indicazione di una sufficiente ragione giustificativa.

Ad avviso della Cassazione, la c.d conversione in un “normale” contratto di lavoro in ragione della inefficace pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale, non dà spazio all'indagine – oggettiva o soggettiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine a tale esito. Ciò peraltro, nel campo del diritto del

lavoro, “è la naturale conseguenza del fatto che in ragione della disuguaglianza effettiva delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto, nonché dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi – le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizione di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto di lavoro misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicchè il rapporto di lavoro, che pure trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro si essa. Non hanno, dunque, modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente correlati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale”, dando rilievo al principio generale della conservazione del rapporto contrattuale.

Invero, la tesi della conversione del contratto residuo è argomentata anche muovendo dalla specialità del diritto di lavoro, per cui l'apposizione del termine, in assenza dei presupposti di legge, deve considerarsi come non apposto, con conseguente conversione del contratto a tempo determinato in contratto *sine die* al pari di quanto già ha fatto il Legislatore nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto.

Si precisa, autorevolmente, che la “conversione” del contratto a tempo determinato in contratto senza tempo non realizzerebbe una ipotesi di conversione in senso tecnico del contratto nullo: non si avrebbe, dunque, una conversione del

contratto ai sensi dell'art. 1424 c.c. in una diversa tipologia negoziale, piuttosto, la conservazione dell'originario contratto di lavoro subordinato che, l'eliminazione del termine, qualifica come contratto a tempo indeterminato, quale fattispecie normale.

La c.d. conversione atecnica del contratto di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato è, in pratica, una operazione ermeneutica che estende l'operatività di una disposizione testuale (il termine si ha per non apposto), prevista per il caso di assenza della forma scritta, all'ipotesi in cui il termine venga sì apposto ma in assenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, le uniche che, come noto, legittimano la deroga alla regola generale.

Nell'ambito del contratto di lavoro a termine, dovendosi parlare di “conversione atecnica”, si ritiene che il meccanismo di cui all'art. 1424 c.c. non potrebbe trovare applicazione, sia perché è il legislatore stesso a disporre espressamente la conversione del rapporto nel caso di assenza della clausola scritta del termine, sia perché la conversione codicistica presuppone l'approdo ad un contratto “diverso”, fattispecie che non può adattarsi in alcun modo al caso del contratto di lavoro a termine il quale, come abbiamo avuto modo di dire, non può essere inteso quale un “tipo” di contratto diverso dal contratto a tempo indeterminato, trattandosi, piuttosto, di una sotto-fattispecie che si ancora, in ogni caso, al contratto *sine die*.

Invero, ad avviso di autorevole dottrina civilistica¹³⁷, la fattispecie di cui all'art. 1424 c.c. troverebbe ampia e lineare applicazione anche nell'ambito del diritto del lavoro ed, in particolare, all'ipotesi del contratto di lavoro a tempo determinato, alla luce del fatto che la locuzione “diverso” non debba intendersi

¹³⁷) DE NOVA, *Conversione*, in Enc. Giur., Roma, 1988.

quale tipo contrattuale diverso. Tuttavia, non può non sottolinearsi che il regolamento contrattuale conseguente alla conversione è sempre un *minus* rispetto a quello che le parti avevano programmato; invece, ciò non vale per il contratto di lavoro a tempo indeterminato che, evidentemente, costituisce un vincolo più impegnativo per il datore di lavoro.

In conclusione, le tesi prospettate sinora dalla dottrina ed avallate dalla giurisprudenza, si rifanno, evidentemente, a principi di diritto comune e, più in particolare, argomenti di stretto diritto civile (art. 1419 c.c.) senza che la specialità del diritto del lavoro possa avere una qualche influenza su tali argomentazioni, ad eccezione della tesi per cui la conservazione del contratto di lavoro residuo derivi da un'applicazione analogica altrove esplicitamente adottata per il contratto a termine (sprovvisto del termine per iscritto) ovvero dal principio generale per cui la violazione di una norma imperativa posta a tutela del lavoratore non potrebbe mai condurre alla caducazione integrale del contratto, poiché, in senso contrario, si finirebbe per gravare la posizione, già debole, del prestatore di lavoro.

3.2.2.) Nullità di protezione: riduzione teleologica della disciplina codicistica della nullità.

A questo punto, a prospettare una terza alternativa, alle due già illustrate, che giustifichino la conservazione del contratto di lavoro, sono le cd. nullità di protezione che si sono sviluppate nell'ambito del “rigoglioso” settore della nullità e di cui si ritiene necessario comprenderne la portata spiegandone contenuto e *ratio*.

Il tema della nullità, e più in generale quello dei rimedi alle violazioni di legge, si pone come una delle questioni cruciali del nuovo diritto dei contratti, che

riguarda direttamente l'interprete, in considerazione del fatto che, sempre più di frequente, il legislatore (quello comunitario, ma anche – e meno comprensibilmente – quello interno) lascia «scoperto» proprio il profilo del rimedio da ricollegare alle violazioni delle norme che via via egli introduce, aprendo la strada (almeno nel nostro ordinamento, e in presenza di una disposizione quale l'art. 1418, comma 1°, c.c.) alla questione della configurabilità, di volta in volta, di una ipotesi di nullità virtuale.

Quello che fa discutere, invero, è lo sviluppo, teorico e concettuale, del sistema delle invalidità negoziali, laddove, oggi, vacillano principi che si ritenevano, prima, fondamentali di questo sistema, come ad es. (almeno per quel che riguarda il nostro ordinamento), il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio, in primo luogo dei vizi del consenso, e il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede. Vacilla la distinzione stessa su cui quel sistema era stato elaborato, ossia tra la nullità e l'annullabilità. Distinzione che, in passato, era sembrata così ovvia da indurre qualche autore ad escludere che le due figure potessero essere ricondotte al medesimo *genus*, laddove, oggi, si registra, al contrario, un ravvicinamento tra nullità (almeno nella forma della nullità di protezione) e annullabilità.

Sul versante specifico della nullità, il diffondersi delle «nullità di protezione» ha posto il problema della permanente unitarietà della figura della nullità, o, quanto meno, il problema di un rovesciamento del rapporto regola/eccezione rispetto a tutti i profili che connotano l'unica disciplina organica della nullità, che resta ancora quella contenuta negli artt. 1418-1424 c.c. (vale a

dire i profili della legittimazione all'azione, della sanabilità, della rilevabilità d'ufficio, della imprescrittibilità dell'azione, ecc.).

Il moltiplicarsi di regolamentazioni «cogenti» (specie nel settore della legislazione «consumeristica»), – alle quali poi, spesso, non si accompagna la previsione di un idoneo apparato sanzionatorio/rimediale – ha fatto sorgere il problema della nullità «virtuale» e, dunque, a quale disciplina assoggettare le nullità in ipotesi di violazione di norme poste a protezione di uno dei contraenti (con conseguente interrogativo circa l'ammissibilità della c.d. «nullità virtuale di protezione»).

Infine, le caratteristiche delle «nuove nullità» (soprattutto per il fatto che sempre più diffusamente si tratti di «nullità di clausole», piuttosto che di «nullità del contratto», attesa anche la tendenza del legislatore a limitare l'effetto caducatorio, mantenendo in vita il più possibile il contratto per effetto del principio generale di conservazione del negozio) fanno sì che assuma un'importanza inedita il problema della integrazione della lacuna che segue alla dichiarazione di nullità (delle clausole).

Problema, talora risolto direttamente dal legislatore, ma più spesso lasciato alla decisione dell'interprete che, ancora una volta, dovrà scegliere tra regole «generali» di natura, per lo più, civilistica ed applicazione analogica dei «nuovi modelli».

La produzione legislativa degli ultimi decenni, soprattutto quella di derivazione comunitaria, appunto, ha determinato l'introduzione di numerose e vistose deroghe al sistema tradizione della nullità, introducendo ipotesi di nullità

nuove che rispondono, invero, ad opzioni di natura propriamente politica, necessariamente variegata e multiformi e, pertanto, fortemente differenziate sia dal punto di vista strutturale sia da quello della disciplina giuridica.

In tale ottica, si inseriscono, appunto, le cd. nullità di protezione – strettamente legate concettualmente e sostanzialmente al concetto di nullità relativa in cui la legittimazione a farla valere è conferita solo a determinati soggetti – per le quali la nullità è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi, secondo la legge, in condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale, dal momento che, in tali ipotesi, la pronuncia di nullità potrebbe danneggiare la parte che la legge vuole proteggere¹³⁸.

Individuate le caratteristiche salienti della categoria delle nullità di protezione (ossia, si ribadisce, si tratta di nullità parziali che colpiscono solo clausole o parti del contratto, e relative poiché possono essere fatte valere non da chiunque vi abbia interesse ma solo dalla parte svantaggiata), resta da precisare se esse siano o meno rilevabili d'ufficio: nel caso dei contratti dei consumatori la legge lo prevede espressamente; in molti altri casi, la legge non dispone alcunché.

Si pone allora un problema, ancora una volta, interpretativo¹³⁹ che si risolve

¹³⁸) Soprattutto la legislazione a tutela dei consumatori ha comportato, al riguardo, il ricorso sempre più frequente all'uso della nullità di protezione in contesti caratterizzati: a) dalla circostanza che il rimedio invalidatorio (nella predetta forma della nullità) sia utilizzato allo scopo di fornire «protezione» in via diretta e immediata all'interesse di uno dei contraenti, prima ancora e a parte la tutela assicurata anche a interessi di carattere generale; ciò che, sul terreno della disciplina, si traduce nella «riserva della legittimazione» (a fare valere la nullità) in capo al solo contraente protetto; b) dalla circostanza che la nullità si presenti non tanto come nullità del contratto nella sua interezza (non essendo, per lo più, interessati gli elementi essenziali), quanto piuttosto, nullità parziale poiché tende a colpire clausole o parti del contratto in deroga parziale alla disciplina dell'art. 1419 c.c. (si parla di una nullità parziaria necessaria, in quanto se operasse per intero la funzione di protezione sarebbe incompleta (un esempio di nullità di protezione parziaria si ha nelle clausole vessatorie che sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto)

¹³⁹) All'uopo, in dottrina si sono sviluppate due opposte teorie: la prima, tradizionale (FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Jovene, 1983; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; BIANCA, *Diritto civile*, §Milano, 2003; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli,

riconoscendo la possibilità dell'intervento diretto del giudice perché, quando la legge prevede la nullità e lo fa indicando un soggetto destinatario del rimedio, intende proteggere un interesse evidentemente indisponibile anche se è un interesse che non appartiene alla generalità, ma ad una categoria di soggetti.

Queste generali argomentazioni in merito alla discussa e diffusa categoria delle nullità di protezione, si rivela utile se si traspongono, per quanto di nostro stretto interesse, nell'ambito lavoristico, ove le disposizioni normative, generalmente, sono ispirate, si ribadisce, a tutelare quel contraente (ossia il lavoratore) in posizione, economica e contrattuale, di inferiorità rispetto a quella del datore di lavoro¹⁴⁰.

Difatti come esordito in epigrafe, proprio la figura civilistica delle nullità di protezione, dovrebbe ritenersi, ad avviso di alcuni¹⁴¹, l'occasione di una terza alternativa (rispetto alle altre due sinora illustrate) a sostegno della conservazione del contratto di lavoro: il contratto rimarrebbe in vita perché la nullità in questione costituirebbe un'ipotesi speciale di nullità di protezione¹⁴².

2000; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel Tratt. Grosso, Santoro-Passarelli, Milano, 1972), per la quale la rilevanza d'ufficio di tale nullità deriva dall'esigenza di eliminare un atto idoneo a suscitare inutili e precari affidamenti, impedendo la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo, ovvero dalla lesione dell'interesse di natura generale che deriverebbe dalla nullità; la seconda, di segno opposto, esclude la rilevanza d'ufficio della nullità relativa poiché, ragionando *a contrariis*, si svuoterebbe di significato e contenuto l'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c. (in tal senso PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, op. cit.). Il conflitto tra le due teorie è stato risolto in senso affermativo, ossia sostenendo che il giudice può e deve procedere ex officio alla rilevazione della nullità se il rilievo risponde all'interesse (o al vantaggio) del contraente protetto a sentire dichiarato nullo il contratto, sulla base di una considerazione globale dell'attività processuale svolta (in questo senso, PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in Contr. Impr., 1995; GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in Contr. Impr., 1999).

¹⁴⁰) M. C. CAUTADELLA, op. cit., per la quale, ciò è fondato solo in parte atteso che, da alcuni decenni a questa parte, le norme giustlavoristiche, ovvero parte di esse, rispondono, non solo alle esigenze di tutela dei lavoratori, ma pure ad altre esigenze quali quelle dell'azienda ad avvalersi di manodopera più flessibile, quelle di creare nuove opportunità di lavoro, quelle dei sindacati di vedersi ampliato il proprio potere e raggio d'azione, etc..

¹⁴¹) A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in Studium Iuris, Cedam, 2009.

Questa tesi muove da un'operazione ermeneutica di riduzione teleologica della disciplina codicistica della nullità, ed in particolare dell'art. 1419 c.c..

Poiché la norma imperativa che commina la nullità è volta a tutelare l'interesse particolare ed indisponibile del contraente debole, si rivelerebbe quale la nullità speciale e, pertanto, parziale, poiché la caducazione dell'intero contratto contrasterebbe con lo scopo di protezione della norma violata e la funzione di protezione del lavoratore.

La disciplina codicistica della nullità può essere interpretata attraverso un'operazione di riduzione teleologica (o di interpretazione restrittiva¹⁴³) che tenga conto dello scopo protettivo della norma violata: se così è, tale soluzione dovrebbe essere preferita ad ogni altra che si spinga ad immaginare, in ragione dell'identità di *ratio*, un'applicazione analogica della norma speciale prevista per il caso simile del termine non apposto per iscritto.

L'argomentazione della riduzione teleologica conduce ad una soluzione "speciale" del problema: l'operatività della disciplina codicistica in tema di nullità viene, infatti, esclusa proprio in ragione della sua inadeguatezza in un ambito contrattualistico caratterizzato da un tipico squilibrio di potere contrattuale delle parti.

¹⁴²) L'argomento sembra fatto proprio anche da Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, quando afferma che: « L'art. 1419 c.c., comma 1 non è applicabile rispetto al contratto di lavoro, allorché la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore, così come, più in generale, la disciplina degli effetti della contrarietà del contratto a norme imperative trova in questo campo (come anche in altri) significativi adattamenti, volti appunto ad evitare la conseguenza della nullità del contratto. Ciò in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere.

¹⁴³) A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris*, Cedam, 2008.

Ad avviso di autorevole dottrina¹⁴⁴, questa strada può essere percorsa solo se si ritiene inesistente nel diritto del lavoro un principio generale che spinga, in questo caso, per la conservazione/conversione del contratto: un principio che argomenti dall'impossibilità che la violazione di una norma imperativa posta a tutela del lavoratore possa di fatto danneggiarlo (implicando la nullità totale del contratto). E se è vero che un tale principio permea il diritto del lavoro, rendendolo in *parte qua* autonomo, non si comprende la ragione per cui il giurista debba partire dal diritto comune per auspicarne, poi, la riduzione teleologica. Né, parimenti, si comprende il senso di un'operazione ermeneutica che dovrebbe “ridurre” la norma generale, quando la regola generale è appunto la nullità parziale, mentre l'invalidità totale è l'eccezione.

In conclusione, per i sostenitori dell'autonomia del diritto del lavoro, è dal diritto del lavoro che l'interprete deve prendere le mosse, salvo approdare al diritto civile quando la soluzione del problema non si rinvenga negli istituti, nelle categorie e nei principi del diritto speciale.

3.2.3) Risarcimento del danno tra equo indennizzo ed indennità onnicomprensiva.

Dichiarata la illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro – per assenza delle ragioni giustificative di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo – alla luce di quanto sopra descritto, l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale fa seguire la conservazione/conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in rapporto di lavoro indeterminato, ex art. 1419

¹⁴⁴) L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1966, richiamato anche da A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in Studium Iuris, Cedam, 2009

comma 2 c.c., rimane da comprendere il regime sanzionatorio *de quo* cos'altro dispone in favore del lavoratore.

Invero, la “conversione” del contratto – impropriamente definita tale, trattandosi, piuttosto di declaratoria di nullità del termine che non involge il contratto nella sua interezza facendo sopravvivere il rapporto di lavoro a tempo determinato – imponeva, sotto la vigenza della L. 230/62 sino alla originaria formulazione dell'art. 1 D.Lgs. 368/2001, la corresponsione, in favore del lavoratore, di tutte le retribuzioni maturate dalla scadenza del termine – dichiarato illegittimo (ovvero dall’offerta della prestazione lavorativa), sino al reinserimento del lavoratore all'interno dell'azienda, al pari, in pratica, di quanto avveniva ai sensi dell'art. 18 della L. 300/70 nel caso di licenziamento illegittimo, con evidente diritto del lavoratore di vedersi ristorati tutti i danni subiti.

Invero, come già detto, il D.lgs. n. 368/01 nulla dice sulle conseguenze da ricollegarsi all’ingiustificata o vietata apposizione della clausola temporale (mentre, lo si rammenta per completezza espositiva, la L. 230/1962 espressamente prevedeva quale sanzione per l’illegittima apposizione del termine la trasformazione a tempo indeterminato del contratto).

Sicchè, nel silenzio della legge, la giurisprudenza maggioritaria, facendo ricorso ai principi generali dell’ordinamento in materia di contratto, ha considerato nulla la clausola temporale e, in applicazione dell’art. 1419 co. 2 c.c., ha stabilito che la nullità investe solo detta clausola, ferma restando la validità del residuo contratto di lavoro stipulato *inter partes* da intendersi quale rapporto lavorativo a tempo indeterminato.

Quanto alle conseguenze economiche, va osservato che – prima dell'introduzione dell'art 32 del Collegato Lavoro (L. 183/2010) – la giurisprudenza di legittimità (Cass. 17/10/2001, n. 12697; cfr. anche Cass. 17/6/1998, n. 6056 e Cass. 07/02/1996, n. 976) aveva elaborato un orientamento consolidato secondo il quale per il periodo c.d. non lavorato non esiste alcun obbligo retributivo da parte del datore di lavoro, piuttosto, solamente un obbligo risarcitorio parametrato alla retribuzione non percepita, da calcolarsi con decorrenza dal momento in cui il lavoratore ha messo a disposizione le proprie energie lavorative e con termine fino alla effettiva riammissione in servizio.

Evidentemente, le pronunce giurisprudenziali, in tal senso e di siffatto contenuto, si rivelarono, soprattutto negli ultimi anni in cui la crisi economica-finanziaria ha invaso tutti, o quasi, i settori economico-commerciali, assai gravose e addirittura fallimentari e diseconomiche, tanto che il Legislatore si è visto costretto a ideare nuove fattispecie legali che ridimensionassero gli effetti sanzionatori e risarcitori derivanti dalla “conversione” *de qua*.

Così, l'introduzione dell'art. 4bis nel D.Lgs. n. 368/2001 (rubricato “*Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine*”), introdotto dall'art. 21, comma 1bis del D.L. n. 112/2008, ha disposto che per i “soli giudizi in corso” alla data del 22 agosto 2008, ad eccezione delle sentenze passate in giudicato, nel caso di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4 del D.Lgs. 368/2001, 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 sei

mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), e successive modificazioni”.

Una tale previsione legislativa finiva, di fatto, per sfuggire alla conversione del rapporto di lavoro in un contratto *sine die*, laddove, al lavoratore spettava solo “*un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto*”.

Interessata, ovviamente ed inevitabilmente, la Consulta¹⁴⁵, questa non poteva non dichiararne l'illegittimità costituzionale per evidente ed ingiustificata disparità di trattamento, atteso che, situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi) risulterebbero destinatarie di discipline sostanziali diverse (da un lato, secondo il diritto vivente, conversione del rapporto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato e risarcimento del danno; dall'altro, erogazione di una modesta indennità economica), per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4bis D.Lgs. 368/2001). Siffatta discriminazione, ad avviso del Giudice delle Leggi sarebbe priva di ragionevolezza, né è collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un certo regime normativo ad un altro. Infatti l'intervento del Legislatore non ha toccato la disciplina relativa alle condizioni per l'apposizione del termine o per la proroga dei contratti a tempo determinato, ma ha semplicemente mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole

¹⁴⁵ Corte Costituzionale sent. n. 214/09.

limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro.

Nel tentativo, vano, di aggiustare il tiro, il Legislatore non dà pace al contratto a termine ed interviene, nuovamente, sugli effetti sanzionatori derivanti dalla conversione del rapporto di lavoro con la previsione legislativa di cui all'art. 32, comma 5, della L. 183/2010¹⁴⁶ (c.d. Collegato Lavoro) che prevede che al lavoratore assunto a termine che ottenga la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, spetti, per il periodo che va dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione, non l'integrale risarcimento (come pure previsto dalla previgente L. 230/62 e dalla originaria formulazione del D.Lgs. 368/2001) ma una “indennità forfetaria onnicomprensiva”.

Alcuni (probabilmente seguendo più le logiche dell'interesse che quelle dell'ermeneutica), addirittura, sostenevano che l'art 32 cit. avesse eliminato la possibilità, in ogni fattispecie, di aversi la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, sostituendo tale conseguenza esclusivamente con l'indennità onnicomprensiva.

Ad avviso di altri, invece, ferma restando la conversione del rapporto (peraltro espressamente richiamata dalla norma, seppure, anche questa volta, senza al-

¹⁴⁶ Si riporta il testo dell'art. 32 comma 5 L. 183/2010 “*Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604*”.

Il successivo comma 7 così prevede “*Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile*”.

cun specifico riferimento di tale rimedio all'ipotesi di illegittimità del termine per difetto delle ragioni giustificative, che continua a non avere puntuale disciplina), l'indennità introdotta dal collegato lavoro ha natura sostitutiva, nel senso che assorbe ogni altra conseguenza risarcitoria derivante dalla illegittima apposizione del termine, incluso quello da *mora accipiendi* per il periodo intercorrente tra l'illegittima cessazione del rapporto e la data della sentenza dichiarativa della nullità del termine¹⁴⁷. Altri ancora ritenevano che l'indennità richiamata nella L. 183/2010 debba aggiungersi non solo alla conversione ma anche alle retribuzioni da corrispondersi dal momento del deposito del ricorso fino alla riammissione in servizio del lavoratore¹⁴⁸. In posizione intermedia tra le due interpretazione da ultimo riportate si colloca la lettura offerta dal Tribunale di Lecce che, pur accogliendo la tesi c.d. sostitutiva, si sforza di dare un'estensione temporale alla sfera operativa dell'indennità onnicomprensiva, "limitandola" al periodo intercorrente tra la costituzione in mora del datore di lavoro e la proposizione del giudizio di primo di grado¹⁴⁹.

Poco chiaro era pure se il Collegato potesse applicarsi alle fasi successive al 1° grado di giudizio. Invero, i giudici di merito di Roma¹⁵⁰, poco dopo l'introduzione della Legge *de qua*, aveva ritenuto che l'art. 32 co. 5 non trovasse applicazione ai giudizi di appello, in considerazione del tenore letterale della norma in ragione del quale la stessa appariva compatibile solo con i procedimenti in primo grado ove la domanda può essere modificata. Pronuncia che rimase isolata, laddove subito dopo il Giudice nomofilattico¹⁵¹ si affrettò a chiarire, in senso contrario, che la nor-

¹⁴⁷ In conformità, si veda Trib. Roma n. 2747/11.

¹⁴⁸ In conformità si veda Trib. Busto Arsizio, n. 7/2/2011.

¹⁴⁹ cfr. Trib. Lecce, sez. lav., 13 luglio 2011 n. 9058.

¹⁵⁰ Il riferimento è alla Corte di Appello di Roma, sezione lavoro, 11 gennaio 2011.

¹⁵¹ Il riferimento è alla Cass. 23 marzo 2011 n. 6633.

ma potesse applicarsi anche alle successive fasi giudizio ivi compreso quello in Cassazione.

Le incertezze e perplessità sottese alla norma in parola, resero inevitabile che la stessa fosse sottoposta al vaglio della Consulta¹⁵² che dichiarò, invece, con non poco stupore da parte di alcuni studiosi della materia, infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata per violazione all'art. 3, secondo comma, Cost., spiegando che la disciplina dettata dall'art. 32, co. 5, 6 e 7, L. 183/2010, prende spunto dalle obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati ed iniqui, oltre che, talvolta, assai sproporzionati. Ad avviso della Corte tra le variabili più evidenti registratesi nella prassi vi è l'identificazione del *dies a quo* del diritto al risarcimento del danno, spesso ricavato da comportamenti concludenti, nonché la determinazione dell'*aliunde perceptum e pecipiendum* da detrarre dal pregiudizio concretamente risarcibile.

In tale contesto, dunque, si inserisce la novella legislativa volta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea

¹⁵² Corte Costituzionale 11 novembre 2011 n. 303. Ad avviso della Consulta, la disposizione censurata risulta “*adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad una indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data dell'interruzione del rapporto fino a quello dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die*”.

Ancora, la Consulta esclude che siffatta previsione di legge ingerisca con i poteri dell'autorità giudiziaria ledendone l'integrità delle attribuzioni costituzionali ad essa assegnate, spiegando che “*la sfera riservata al potere giurisdizionale non è violata quando il legislatore ordinario non tocca la potestà di giudicare, ma opera sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi*”.

applicazione, che si aggiunge ed integra la sanzione della conversione¹⁵³, quale protezione più intensa che possa essere garantita al lavoratore.

Inoltre, anche le censure mosse avverso la norma in parola e riferite alla insufficienza del trattamento forfetario, sono state ritenute infondate dalla Consulta che argomenta nel senso per cui: a) l'indennità *de qua* copre solo il periodo c.d. intermedio che decorre dalla scadenza del termine sino alla sentenza che accerta la nullità e dispone la conversione; momento dal quale il datore di lavoro ha l'obbligo di riammettere il lavoratore in servizio e, comunque, di corrispondergli le retribuzioni dovute, ipoteticamente anche nell'ipotesi di mancata riammissione effettiva ovvero di mancata effettiva prestazione di attività lavorativa (se così non fosse il datore di lavoro non avrebbe alcun deterrente idoneo ad indurlo a riammettere in servizio il lavoratore); b) il nuovo regime sanzionatorio non ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum* sicchè l'indennità onnicomprensiva assume una chiara valenza sanzionatoria ed è dovuta, in ogni caso, anche in assenza di specifico danno da parte del lavoratore che, pertanto, non è gravato da alcun onere probatorio.

Evidentemente, sotto tale profilo, tale previsione di legge appare di gran lunga più favorevole per il lavoratore se raffrontata con quella previgente.

Invero, le risultanze a cui giunge la Consulta sono state, sin da subito avversate dalla giurisprudenza di merito ed oggetto di contestazione da parte della

¹⁵³ Si legge nel testo della motivazione della sentenza della Consulta (303/2011) che “... *dall'esame dei lavori preparatori si desume che la disposizione di cui all'art. 32, comma 5, dell'anzidetta legge deve essere correttamente letta come riferita alla conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato e che, conseguentemente, la previsione della condanna al risarcimento del danno in favore del lavoratore deve essere intesa come “aggiuntiva e non sostitutiva della suddetta conversione (ordine del giorno G/1167-B/7/1-11 accolto al Senato della Repubblica innanzi alla commissioni I e XI riunite nella seduta del 2 marzo 2010”.*

dottrina che ha rilevato numerosi aspetti di criticità idonei a far ritenere, in senso contrario, la normativa di cui in parola lesiva delle garanzie costituzionali.

In particolare, si è osservato che la Corte Costituzionale ha fornito argomentazioni poco persuasive da un punto di vista concreto laddove, in assenza di utili elementi logici, da una parte, ribadisce il diritto del lavoratore a vedersi trasformato il rapporto di lavoro in uno *sine die* e, dall'altra, fa leva sulla necessità della certezza del risarcimento del danno, senza, però, considerare gli effetti, anche pregiudizievoli, derivanti dalla durata del processo che, come noto, in alcune realtà giudiziarie del nostro Paese, ha raggiunto limiti temporali inverosimili che mal si adattano alla urgenza tipica del processo del lavoro ed alla necessità imminente per il lavoratore di vedersi definita la propria posizione lavorativa all'interno dell'azienda datrice di lavoro. In tali situazioni è evidente che pure il risarcimento del danno pari alla misura massima prevista dalla disposizione normativa (ossia le 12 mensilità) non è facilmente comprensibile sicché non pochi continuano a dubitare della legittimità costituzionale della riduzione del risarcimento del danno.

Chi critica la pronuncia della Consulta prospetta, altresì, presumibili ripercussioni anche nelle casse statali nel momento in cui il lavoratore si rivolgerà all'Autorità Giudiziaria per ottenere, da una parte, il risarcimento dal datore di lavoro mediante la corresponsione dell'indennità in parola e, dall'altra, il risarcimento dallo Stato per le lungaggini processuali; circostanza, questa, prospettata dalla stessa Corte¹⁵⁴. Sul punto si tenga conto che, di recente, i giudici

¹⁵⁴ R. e S. MUGGIA, *Il commento* (alla sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2011), in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3, 2012.

di legittimità¹⁵⁵ hanno ritenuto che la parte di un processo troppo lungo che ha avuto gli effetti di danneggiare la sua carriera, ha diritto ad essere risarcito dei danni non solo morali ma anche patrimoniali.

Da ultimo, la Riforma Fornero ha tentato, almeno nelle intenzioni originarie, di risolvere la *querelle* circa le conseguenze derivanti dalla conversione del contratto a tempo determinato, sancendo – con una norma di interpretazione autentica – che l'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità “ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, ivi comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostruzione del rapporto di lavoro” (art. 1, comma 3, L. n. 92/2012), con esclusione, dunque, della moltiplicazione delle somme dovute al lavoratore.

L'intervento legislativo *de quo* ha attribuito forza di legge ad un'interpretazione della norma, dalla quale - dato il carattere non cogente della pronuncia della Consulta, come tutte quelle di rigetto -, ciascun giudice era libero di discostarsi¹⁵⁶.

Si afferma, ancora, che la nuova disposizione di legge rende assolutamente chiaro che l'indennità risarcitoria esclude il diritto del lavoratore a qualsiasi altro risarcimento del danno patrimoniale e non¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Cass. 8 novembre 2011 n. 23240, per la quale la parte, danneggiata dalle lungaggini processuali, ha diritto alla differenza di stipendio che avrebbe percepito se avesse completato senza problemi la sua vita professionale.

¹⁵⁶ R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 12, 2012.

¹⁵⁷ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.

CAPITOLO TERZO

1) La giurisprudenza sul caso delle Poste Italiane S.p.A. 1.1) Cassazione Civile, sezione lavoro, 21/05/2008 n. 12985. 1.2) Corte Costituzionale del 14 luglio 2009 n. 214 e Corte di Cassazione, sentenze nn. 1576 e 1577 del 26 gennaio 2010. 1.3) Cassazione Civile, sez. lav., 01 febbraio 2010 n. 2279. 1.4) Cassazione Civile, sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10033. 1.5) Cassazione civ. Sez. lavoro, 31 gennaio 2012 n. 1411 e Corte di Appello di Roma, sez. lavoro, 17 gennaio-2 febbraio 2012 n. 267. 1.6) Cassazione Civile, sez. lavoro, 02 aprile 2012 n. 5241. 1.7) Cassazione Civile, sez. lavoro, 26 luglio 2012 n. 13221. 2) Brevi conclusioni.

1) La giurisprudenza sul caso delle Poste Italiane S.p.A.

Il percorso storico e giuridico seguito nei precedenti capitoli attorno alla figura del contratto di lavoro a tempo determinato fornisce un punto di partenza per comprendere le diverse pronunce della giurisprudenza, di tenore, talvolta, addirittura opposto.

A questo punto, si ritiene interessante rivolgere l'attenzione al caso delle Poste Italiane S.p.A., società che, come noto, fa largo ricorso allo strumento del contratto a termine e la posizione particolare occupata dalla stessa, operante nel mercato italiano in posizione, si può dire, ancora "dominante" (nonostante la liberalizzazione del mercato dei servizi postali) come titolare del servizio universale nazionale per la raccolta e distribuzione della corrispondenza, spiega il trattamento normativo a sé stante nel contesto ordinamentale.

Da un primo approccio, sembrerebbe che molti degli interventi legislativi susseguiti nel tempo (ad esempio, si veda l'art. 2 comma 1 bis D. Lgs. 368/2001), siano stati dettati, essenzialmente, per porre un freno al contenzioso delle Poste

Italiane Spa e per agevolare un particolare soggetto economico che, in realtà, nel mutato quadro normativo nazionale e comunitario, non opera più o quanto meno, non dovrebbe più operare in condizioni di monopolio, essendo, o almeno dovendo essere, piuttosto soggetto, come tutti gli altri, alle regole del libero mercato e, quindi, innanzitutto, al rispetto delle regole sulla concorrenza.

Ad avviso di alcuni, la molteplicità delle misure apprestate dallo Stato italiano alla società Poste Italiane Spa per favorire questa società e, dunque, nel mercato comune un solo operatore economico, - soggetto, si ribadisce, come tutti alle regole della concorrenza -, possono identificarsi come aiuti di Stato o comunque come una ipotesi di abuso di posizione dominante.

Ma al di là delle considerazioni meramente politico-ideologiche sottese alle ragioni che hanno indotto il Legislatore ad intervenire ed a farlo in determinati modi solo ed esclusivamente per un soggetto economico, quello che si reputa interessante, con questo lavoro di indagine ed approfondimento, è ripercorrere, senza alcuna presunzione di esaustività, le pronunce giurisprudenziali maggiormente significative e che, più di altre, hanno costituito occasione di riflessione e di consolidamento di importanti principi giuridici nell'ambito del contratto di lavoro a tempo determinato ed, in particolare, nel settore postale.

1.1) Cassazione Civile, sezione lavoro, 21/05/2008 n. 12985.

La Corte di Cassazione, con la presente pronuncia, per la prima volta, con argomentazioni particolarmente approfondite, si preoccupa di trattare i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dalla società Poste Italiane Spa ai sensi della nuova disciplina legislativa di cui al D.Lgs. 368/2001, ed affronta una questione

della massima importanza, ossia quella per cui nella nuova normativa manca una previsione esplicita, a differenza della previgente L. n. 230/1962, che disponga la trasformazione/conversione a tempo indeterminato del rapporto il cui termine sia apposto in violazione dell'art. 1, ovvero in assenza di una ragione oggettiva (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo).

La Corte risolve positivamente la questione e stabilendo, per la prima volta in maniera indubbia e scevra da perplessità, che ove il termine indicato nel contratto risulta nullo perché apposto senza la motivazione di cui all'art. 1 del D.Lgs. 368/2001 (ossia senza l'indicazione delle ragioni oggettive ovvero l'indicazione insufficiente e/o inadeguata), il contratto a termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato con conseguente ricostituzione del rapporto di lavoro originario.

La decisione della Corte assume particolare importanza, anche se non innovativa, poiché smentisce l'interpretazione sostenuta tanto dalla società postale e dai datori di lavoro in genere, quanto dai giuristi vicino alle loro posizioni, secondo i quali il D.Lgs. 368/2001 si limita a prevedere esplicitamente la trasformazione a tempo indeterminato del contratto solo in caso di vizio della forma scritta ovvero di nullità della proroga del contratto e nelle ipotesi di successione di contratti a termine, senza nulla prevedere, invece, nell'ipotesi di nullità del termine apposto al contratto per assenza/insufficienza delle ragioni giustificative.

Gli Ermellini spiegano la *ratio* del proprio ragionamento ancorandosi al diritto comunitario trasposto nella normativa nazionale, per cui non prevedere la

trasformazione avrebbe significato che il lavoratore non avrebbe avuto più tutela alcuna e dalla declaratoria di nullità del termine non ne sarebbe derivata alcuna conseguenza, con l'effetto che il datore inadempiente agli obblighi imposti dalla legge sarebbe rimasto impunito.

La Corte, dunque, assume per pacifico ed indiscutibile il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro è normalmente a tempo indeterminato (art. 1 D.Lgs. 368/2001), costituendo, piuttosto, l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto al detto principio, atteso che il termine era e rimane elemento accidentale del contratto di lavoro e la previsione della specificazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive, con forma scritta *ad substantiam*, fonda la sua *ratio* sulla garanzia della certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore; ciò consente al giudice il controllo effettivo del contenuto del sinallagma e la verifica, attraverso l'applicazione della clausola generale, della conformità tra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo.

La sanzione, in caso di invalidità del termine, è la conseguenza logica di detta *ratio*, sia nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto sia nel caso in cui manchi la indicazione di una sufficiente ragione giustificativa. Nell'uno e nell'altro caso, la sanzione è quella della conversione in rapporto a tempo indeterminato, per nullità parziale della clausola appositiva del termine.

A tale conclusione, sostiene la Corte di Cassazione, nel silenzio della legge circa l'espressa sanzione per il caso di vizi sostanziali (insussistenza di una valida

motivazione che consenta la deroga alla regola generale del contratto a tempo indeterminato), si giunge attraverso l'interpretazione sistematica, i cui parametri normativi sono costituiti dalla direttiva comunitaria (in particolare, dalla clausola n. 8 di non regresso) recepita dal D.Lgs. 368/2001, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze Mangold e Adeneler, in particolare) e dal coordinamento logico degli artt. 1, 4 e 5 dello stesso decreto legislativo, nel solco tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 210/1992 sulla inderogabilità tipica delle norme poste a tutela dei lavoratori.

Prosegue la Corte, sostenendo che l'applicabilità della previsione di cui all'art. 1419 comma 2 c.c. trova giustificazione giuridica, anche nell'ipotesi di nullità del termine apposto al contratto di lavoro¹⁵⁸, nella inderogabilità tipica delle norme poste a tutela dei lavoratori, nel chiaro solco tracciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 210 del 1992 (confermata, nella sostanza, dalla successiva sentenza n. 283 del 2005), in ragione del quale la nullità della clausola temporale deriva dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore,

¹⁵⁸ Corte di Cassazione, sez. lav., 21/05/2008 n. 12985. Si riportano alcuni passi della motivazione utili a comprendere il ragionamento logico seguito dagli Ermellini, per cui la disposizione di cui all'art. 1419 co. 2 c.c. *"impedisce che al risultato dell'invalidità dell'intero contratto possa pervenirsi in considerazione della sussistenza di un vizio del consenso cagionato da errore di diritto essenziale, avente ad oggetto la clausola nulla in rapporto alla norma imperativa destinata a sostituirla, poichè l'essenzialità di tale clausola rimane esclusa dalla stessa prevista sua sostituzione con una regola posta a tutela di interessi collettivi di preminente interesse pubblico"* (v. fra le altre Cass. 23-1-1999 n. 645, Cass. sez. 3^a 29-9-2005 n. 19156). In particolare, poi, Cass. 13-5-1983 n. 3293 (pur con riferimento al pregresso regime di cui alla L. n. 230 del 1962) ha altresì precisato che *"tale principio trova applicazione anche nel caso di apposizione del termine finale ad un contratto di lavoro subordinato, fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge, che non può mai essere considerata come una causa sine qua non della stipulazione, ma costituisce un patto che ... è riconducibile al novero degli accidentalia negotii"*.

Tale riconducibilità deve ancor più affermarsi nel nuovo regime, in considerazione della chiara lettera della norma ("E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni ...", "L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta ...") nonchè del carattere imperativo della stessa, nell'ampio senso sopra evidenziato, per cui deve ritenersi che, anche nella nuova norma (e pure anteriormente alla recente L. n. 247 del 2007), in definitiva, il termine resta elemento accidentale, con la conseguenza che, parimenti, la nullità della relativa clausola non si estende all'intero contratto.

cosicchè non può estendersi all'intero contratto la nullità di quella clausola che, nel rapporto sinallagmatico, evidentemente disparitario, che è proprio quello di lavoro, viene imposto dalla parte contrattuale più forte, con conseguente “conversione” in un “normale” contratto di lavoro (o meglio, la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale) senza che vi sia spazio per l'indagine - oggettiva o soggettiva - circa la comune volontà del contraenti in ordine a tale esito.

Ad avviso della Corte, dunque, l'operatività del secondo comma dell'art. 1419 c.c., alle ipotesi oggetto della presente trattazione, rappresenta la *“naturale e generale conseguenza del fatto che, nel campo del diritto del lavoro - in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto, dell'immanenza della persona del lavoratore nel contenuto del rapporto e, infine, dell'incidenza che la disciplina di quest'ultimo ha rispetto ad interessi sociali e collettivi - le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto all'autonomia individuale, cosicchè il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti ed anche contro di essa. Non hanno quindi modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto che sono strettamente collegati all'identificazione nel contratto della fonte primaria del regolamento negoziale, come si verifica nell'ambito della disciplina comune dei contratti”*.

In conclusione, la Corte, in questa prima sentenza, affronta con estrema meticolosità la nuova disciplina, individuandone i limiti e la portata, collegandola al complesso del sistema giuridico, per concludere che la conversione del contratto è non solo prevista dal D.Lgs. n. 368/2001 ma, soprattutto, risulta coerente con il sistema (anzi, è ricavabile dal “sistema”) e, comunque, costituisce conclusione necessaria dell’applicazione della normativa comunitaria ed, in particolare, della clausola 8, n. 3, di non regresso dell’accordo quadro, non potendosi, in mancanza di qualsiasi supporto normativo, sostenersi una sorta di “carattere imperativo differenziato” della norma stessa, tale che, solo per il detto primo e unico contratto, possa escludersi il descritto effetto sostitutivo automatico.

1.2) Corte Costituzionale del 14 luglio 2009 n. 214 e Corte di Cassazione, sentenze nn. 1576 e 1577 del 26 gennaio 2010.

In questo quadro giunge a maturazione la questione di costituzionalità sollevata dai giudici di merito italiani circa la ritenuta violazione della clausola di non regresso, della mancata previsione, nell’art. 1, comma 1, dell’obbligo di indicare il nominativo del lavoratore assente in ipotesi di assunzione per esigenze sostitutive e la causa della sostituzione¹⁵⁹.

Come è noto, con la sentenza indicata in epigrafe, la Consulta dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 *bis* e salvava l’art. 2, comma 1 *bis*, del D.Lgs. n. 368/2001, di cui in seguito si tratterà.

¹⁵⁹ La Consulta tratta due ordinanze di rimessione, dei Tribunali di Roma e di Trani, unitamente alle questioni di costituzionalità sollevate in merito all’art. 4 *bis* del D.Lgs. n. 368/2001, introdotto dal D.L. n. 112/2008, nonché quella proposta in riferimento all’art. 2, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 368/2001, sul presupposto, erroneamente ritenuto (prima del deposito della sentenza n. 12985/2008 della Cassazione) sulla scorta della sentenza Mangold della Corte di Giustizia Europea, che la Direttiva 1999/70/CE non fosse applicabile al primo ed unico contratto.

Invece, relativamente alla questione dell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 368/2001, il Giudice delle leggi rendeva una sentenza di rigetto interpretativa, affermando che, poiché il Legislatore aveva indicato quale causale di assunzione una esigenza sostitutiva ed imponendo che la stessa fosse precisata per iscritto al momento della stipulazione del contratto, “la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l’indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l’onere che l’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell’apposizione del termine e l’immodificabilità della stessa nel corso del rapporto”.

La Consulta rendeva, dunque, una pronuncia, sotto questo profilo, del tutto inaspettata¹⁶⁰, ed in aperto contrasto con l'orientamento maggioritario, in dottrina e giurisprudenza, che comunemente intendeva la nuova normativa come una sorta di sostanziale liberalizzazione, che comportava la previsione di fattispecie “in bianco” ed il conseguente venir meno, per il datore di lavoro, dell’obbligo di indicare il nominativo del lavoratore sostituito.

La decisione della Consulta non poteva, ovviamente, non destare dubbi e perplessità, sia perché finiva per essere intesa come una “pesante invasione di

¹⁶⁰ La Consulta parla di inserimento in un unico testo normativo, dove sarebbero state riunite sia la legislazione precedente che le innovazioni dovute alla approvazione in sede comunitaria della Direttiva 1999/70, sicché l’indicazione del nominativo del lavoratore sostituito è conseguenza logica di tale processo, tenuto conto anche della clausola di non regresso che avrebbe impedito un peggioramento della disciplina nazionale di tutela in tema di lavoro a tempo determinato.

Cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza “Houdini” della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2009.

campo”¹⁶¹ sia perché costituiva un evidente pregiudizio per l'enorme contenzioso, soprattutto nel settore postale, ove era maggiore e piuttosto leggero il ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, per cui era facilmente presumibile e temibile che, ove si fosse seguita la tesi della Consulta sull'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito, mancante in tutti quei contratti, si sarebbe giunti a declaratorie di nullità (in massa) delle clausole temporali apposte a tali contratti.

La reazione della Corte di Cassazione non si fece attendere laddove, nelle sentenze 1576 e 1577 del 26 gennaio 2010¹⁶², decidendo su un contratto stipulato dalla società Poste Italiane Spa, per esigenze sostitutive nella regione Lombardia (senza indicazione del nominativo dei lavoratori da sostituire) affermava che, se è vero che, ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, devono essere specificate per iscritto le ragioni di ordine tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo che giustificano l'assunzione del lavoratore, è altrettanto vero che al sistema chiuso e tassativo di cui alla previgente L. n. 230/1962 si è sostituito, con la nuova normativa, un regime elastico di ipotesi “obiettive”, legate alla sussistenza in concreto delle ragioni addotte dal datore di lavoro (unico obbligo per quest'ultimo).

Ad avviso degli Ermellini, l'interpretazione della Consulta (invasiva e relativa) non poteva, in alcun modo, adattarsi alla fattispecie assai complessa ed articolata - che è propria della situazione aziendale della società Poste Italiane Spa

¹⁶¹ Coma noto, nel sistema giudiziario italiano, ai sensi degli artt. 65 e segg. Regio decreto 12/1941 (Ordinamento giudiziario), l'interpretazione della legge spetta unicamente alla Corte di Cassazione.

¹⁶² La Cassazione, all'uopo, non perde occasione per strizzare l'occhio alla Consulta e precisare che le sentenze interpretative di rigetto (e tale è la sentenza n. 214/2009) non sono vincolanti e che, comunque, come noto il controllo di legittimità è di competenza della sola Corte di Cassazione, con l'unico limite di non accogliere l'interpretazione che la Corte Costituzionale ha ritenuto viziata.

-, per la quale, evidentemente, l'individuazione specifica, considerate le dimensioni e la dislocazione su tutto il territorio italiano della stessa, del soggetto da sostituire si sarebbe rivelato assai penalizzante, risultando, piuttosto, più “congruo e ragionevole”, per il giudice, verificare “a priori” ed “a posteriori” la corrispondenza quantitativa tra il numero dei lavoratori assunti a termine e quelli assunti a tempo indeterminato.

Conseguentemente, in quelle cause, la Cassazione ha ritenuto legittimo il contratto a termine che richiamava le esigenze di carattere sostitutivo nell'ambito regionale (della Regione Lombardia, nei casi trattati), poiché riportava per iscritto la ragione sostitutiva che lo giustificava, nonché l'indicazione, pure scritta di un termine iniziale e finale del rapporto, il luogo di svolgimento della prestazione, l'inquadramento e le mansioni dei lavoratori da sostituire (servizio recapito).

In conclusione se è condivisibile la critica mossa alla Consulta che ha operato, in maniera invadente, l'interpretazione dell'art. 1 del D.Lgs. 368/2001, per le ragioni prima illustrate, non può non sottolinearsi che pure la Corte di Cassazione ha peccato nelle argomentazioni e motivazioni, laddove per spiegare le proprie conclusioni ha, del tutto, omissis il confronto con la normativa comunitaria (pure, invece, effettuato dalla Consulta e dalla Cassazione di qualche anno prima - cfr. sent. 12985/2008), avallando un pericoloso abbassamento delle tutele per il lavoratore in ragione del definito “elastico” nuovo ordinamento¹⁶³.

¹⁶³ Il dibattito tra Giudice delle leggi nazionali e del Giudice della nomofilachia interna, passa, seppur solo di traverso, al vaglio della Corte europea (nella nota sentenza *Sorge*, che decideva sulla stessa questione già affrontata dalla Corte costituzionale n. 214/2009, sempre su istanza del Tribunale di Trani che si era rivolto ad entrambe le Corti), che così rispose al Giudice di Trani: «La clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale,

1.3) Cassazione Civile, sez. lav., 01 febbraio 2010 n. 2279.

La Corte di Cassazione non smette di stupire, poiché è essa stessa, dopo qualche giorno dalle precedenti pronunce del gennaio 2010, ad aggiustare il tiro con la sentenza n. 2279 del 1 febbraio 2010 (riguardante sempre il caso di un contratto a termine sottoscritto da Poste Italiane Spa, riportante la seguente ragione “esigenze tecniche, organizzative e produttive anche di carattere straordinario conseguenti a processi di riorganizzazione, ivi ricomprendendo un più funzionale riposizionamento di risorse sul territorio, anche derivanti da innovazioni tecnologiche ovvero conseguenti all’introduzione e/o sperimentazione di nuove tecnologie, prodotti o servizi nonché all’attuazione delle previsioni di cui agli accordi del 17, 18 e 23 ottobre, 11 dicembre 2001 e 11 gennaio 2002, anche ai sensi dell’accordo 13 febbraio e 17 aprile 2002”), con la quale attribuisce alla nuova normativa nazionale (D.Lgs. 368/01) una interpretazione rispettosa del monito comunitario, ripercorrendo la strada già intrapresa dagli stessi Giudici qualche anno prima.

Il Giudice nomofilattico, ancorandosi all’accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE, si preoccupa di spiegare la locuzione, adottata dal Legislatore italiano nella normativa in commento, “specificate” riferita alle ragioni che sottendono al contratto di lavoro a termine. All'uopo, “al fine di evitare ogni possibile abuso insito in tale tecnica” (il riferimento è al passaggio da un sistema

che ha eliminato l’obbligo, per il datore di lavoro, di indicare nei contratti a tempo determinato conclusi per sostituire lavoratori assenti il nome di tali lavoratori e i motivi della loro sostituzione, e che si limita a prevedere che siffatti contratti a tempo determinato debbano risultare da atto scritto e debbano specificare le ragioni del ricorso a tali contratti, purché dette nuove condizioni siano compensate dall’adozione di altre garanzie o misure di tutela oppure riguardino unicamente una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».

tipizzato della previgente disciplina ad un sistema elastico, proprio della vigente normativa), i Giudici precisano che “il legislatore ha imposto la trasparenza, la riconoscibilità e la verificabilità della causale assunta a giustificazione del termine, già a partire dal momento della stipulazione del contratto di lavoro, attraverso la previsione dell’onere di specificazione, vale a dire una indicazione sufficientemente dettagliata della causale nelle sue componenti identificative essenziali, sia quanto al contenuto che con riguardo alla sua portata spazio temporale e più in generale, circostanziale”.

1.4) Cassazione Civile, sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10033.

Sulla medesima scia interpretativa si colloca anche l'ulteriore pronuncia della Corte di Cassazione nella sentenza n. 10333/2010 in tema di eccezionalità e/o temporaneità delle ragioni obiettive, spiegando che la *ratio* della normativa di cui all'art. 1 D.Lgs. 368/2001 pretende la specifica indicazione delle ragioni di ordine tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, laddove irrilevante ed, anzi, illegittimo sarebbe pretendere la generica rinvenibilità delle esigenze aziendali “nel normale andamento dell’attività aziendale” senza alcun obbligo per il datore di lavoro di indicare la specifica occasione che giustifica l'apposizione del termine nel caso concreto.

La Corte ribadisce la necessità che ogni interpretazione della norma nazionale sia compatibile con la disciplina europea, pure nel rispetto della interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia Europea (le cui pronunce assumono anche valore costituzionale ai sensi dell’art. 76 Cost. in forza della delega contenuta nella L. n. 422 del 2000 di recepimento della Direttiva UE 1999/70/CE),

con la logica conseguenza che sarebbe incompatibile con la disciplina europea una disposizione generale che consenta la stipulazione di un contratto a termine in assenza di alcuna relazione con il contenuto concreto dell'attività in cui si svolge, essendo esclusa la possibilità di stipulare contratti a termine per esigenze permanenti e durevoli.

1.5) Cassazione civ. Sez. lavoro, 31 gennaio 2012 n. 1411 e Corte di Appello di Roma, sez. lavoro, 17 gennaio-2 febbraio 2012 n. 267 .

La Corte di Cassazione non può arrestare la propria attività interpretativa intorno al discusso istituto giuridico del contratto di lavoro a tempo determinato poiché gli interventi legislativi susseguitsi nel tempo hanno lasciato ampio spazio a dubbi e perplessità che potevano essere, quantomeno chiariti, dal Giudice nomofilattico.

E' il caso del tema delle conseguenze economiche e risarcitorie derivanti dalla conversione del contratto di lavoro a tempo indeterminato (anche nell'ipotesi di nullità del termine per vizio della ragione giustificativa posta a base dello stesso) alla luce dello *ius superveniens* di cui all'art. 32, comma 5, della L. 183/2010.

Con la sentenza in commento, la Corte di Cassazione sembra avere dato definitiva risposta alle incerte e contrastanti pronunce dei giudici di merito. Secondo alcuni di questi, infatti, l'indennità di cui all'art. 32 comma 5 della citata legge spettava a copertura del periodo fino all'instaurazione del contenzioso da parte del lavoratore; secondo taluni, invece, risultava onnicomprensiva anche del periodo relativo alla durata del processo e, secondo altri, ancora, l'indennità era da intendersi aggiuntiva alle retribuzioni spettanti per effetto delle trasformazioni.

Si ritiene interessante portare all'attenzione di chi legge, l'espressione della Corte di Appello di Roma, indicata in epigrafe, che dopo circa due mesi dalla sentenza n. 303/201 della Corte Costituzionale (già sopra richiamata e commentata, per la quale l'indennità di cui all'art. 32, co. 5, deve ritenersi aggiuntiva alla conversione del contratto a termine, con funzione risarcitoria laddove copre il cd. periodo intermedio decorrente dalla scadenza del termine del contratto di lavoro alla sentenza che ne dichiara la nullità, con diritto per il lavoratore, e rispettivo obbligo per il datore di lavoro, di essere riammesso nell'azienda e di percepire la retribuzione anche in assenza di effettiva prestazione lavorativa), si esprime con una singolare pronuncia di senso opposto rispetto a quella fornita dal Giudice delle Leggi. In particolare, la fattispecie trattata dal Giudice territoriale riguarda il caso, simile a moltissimi altri, di una lavoratrice dipendente delle Poste Italiane Spa assunta con contratto a termine ex D.Lgs. 368/2001 che impugnava, alla scadenza, il contratto di lavoro *de quo* chiedendone la nullità e contestuale conversione in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con corresponsione di tutte le retribuzioni dalla data di cessazione sino alla riammissione in servizio.

A fronte di un rigetto del Giudice di prime cure, la Corte territoriale accoglie le richieste della lavoratrice e dichiara la nullità del termine e la conversione del rapporto di lavoro in uno *sine die*; per quanto riguarda le conseguenze economiche, in applicazione dell'art. 32 co. 5 L. 183/2010, condanna la società datoriale “a corrispondere alla lavoratrice l'indennizzo ex art. 32 legge 183/2010 nella misura di 2,5 mensilità, oltre rivalutazioni ed interessi, per il periodo fino al deposito del ricorso in primo grado, fermo il diritto alle retribuzioni,

con rivalutazioni ed interessi, per il periodo successivo per effetto della intervenuta conversione del rapporto”. La pronuncia della Corte di Appello romana si contrappone evidentemente alle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale, fornendo una diversa interpretazione della norma, compatibile con l'art. 111 Cost. e con il principio generale per cui la durata del processo non può produrre effetti negativi per chi agisce in giudizio e ne esce vittorioso. D'altra parte, spiegano i Giudici territoriali, la formulazione letterale stessa della norma desta qualche dubbio, laddove come noto, il lavoratore, solo nel giudizio di primo grado potrà dedurre e proporre istanze istruttorie con la conseguenza che i criteri di cui all'art. 8 L. 604/66 (quali requisito dimensionale, anzianità del dipendente, etc., da utilizzarsi nella quantificazione dell'indennità risarcitoria) andranno valutati con riferimento alle condizioni esistenti al momento del deposito del ricorso presso il Tribunale di prime cure, anche perché solo con il ricorso introduttivo si può individuare l'esatto *petitutm* e, dunque, il numero di mensilità richieste a titolo di indennità.

Tuttavia, l'orientamento dei Giudici di Appello capitolini non ha avuto seguito anche se si è fatto notare perché è stato cambiato il senso di una normativa che sembrava immune da possibili incertezze interpretative.

Incetee che sono state superate con la pronuncia della Cassazione la quale, con la sentenza in commento (n. 1411/2012), che si inserisce lungo il cammino tracciato dalla sentenza della Consulta n. 303/2011, interpreta la norma secondo il senso letterale più corretto e, dunque, che l'indennizzo (da 2,5 a 12 mensilità) a titolo risarcitorio per la conversione del rapporto a termine in contratto

a tempo indeterminato, copre tutto il periodo compreso tra la fine del lavoro e la sentenza di conversione. La natura di tale indennità è puramente risarcitoria, con conseguente inapplicabilità del principio dell'*aliunde perceptum*.

La Corte chiarisce, inoltre, che la disciplina dell'indennità risarcitoria si applica anche ai giudizi pendenti in sede di legittimità; conclusioni già formulate dalla Corte Costituzionale che escludeva ogni possibile incostituzionalità delle norme del collegato lavoro, evidenziando che tali norme non producono alcuna ingiusta penalizzazione e che l'indennità prevista dal collegato lavoro assorbe ogni altra possibile rivendicazione economica del lavoratore.

La pronuncia della Corte nomofilattica dovrebbe consentire quell'uniformità interpretativa che si può, e si deve pretendere, di fronte ad una materia oggetto di repentini e continui cambiamenti legislativi oltre che in un ambito che è caro alle parti sociali (datori di lavoro e lavoratori) laddove tende a soddisfare esigenze dell'uno ed a precarizzare le esigenze dell'altro.

1.6) Cassazione Civile, sez. lavoro, 02 aprile 2012 n. 5241.

Sempre nell'ottica di ripercorrere le pronunce giurisprudenziali che, ad avviso della scrivente, appaiono maggiormente significative nello scenario storico-giuridico del contratto di lavoro a tempo determinato, soprattutto nel settore dei servizi postali, si rammenta la sentenza della Cassazione n. 5241/2012 che, per la prima volta, statuisce che la clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi, di cui all'art. 4 D.Lgs. 626/1994, è nulla per contrarietà a norma imperativa, ed il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato, spettando al Giudice di

merito accertare, con valutazione che, se correttamente motivata ed esente da vizi giuridici, resta esente dal sindacato di legittimità, la sussistenza del presupposto indicato dall'art. 3, lett. d), D.Lgs. 368/2001.

Il caso è quello di un contratto a termine impugnato da un dipendente di Poste Italiane Spa per genericità della clausola sostitutiva, per mancanza del nome del lavoratore sostituito e per violazione del divieto di procedere ad assunzioni a termine nelle sedi di lavoro ove non era stata effettuata la valutazione dei rischi.

Gli Ermellini superano i primi due motivi di impugnazione e si soffermano sulla nuova fattispecie della necessità della valutazione dei rischi, ovvero della stessa quale *condicio sine qua non*, la cui mancanza produce l'illegittimità dell'assunzione. In particolare, la Corte evidenzia che la norma di cui all'art. 3 D.Lgs. 368/2001, rubricata "Divieti" alla apposizione del termine al rapporto di lavoro, rafforza il peculiare disvalore che connota le assunzioni a termine effettuate in violazione degli specifici divieti indicati dalla norma. La valutazione dei rischi assurge, dunque, a presupposto di validità ed efficacia del contratto di lavoro, laddove più intensa deve essere la protezione dei rapporti di lavoro sorti mediante l'utilizzo di contratti atipici e flessibili, "ove incidono aspetti peculiari quali la minor familiarità del lavoratore e della lavoratrice sia con l'ambiente di lavoro sia con gli strumenti di lavoro a cagione della minore esperienza e della minore formazione, unite alla minore professionalità e ad un'attenuata motivazione, come con dovizia emerge dal rapporto OIL, del 28 aprile 2010, Rischi emergenti e nuove forme di prevenzione in un mondo del lavoro che cambia". Per la pregnanza dell'obbligo di sicurezza come sopra inteso, che la Corte dispone che incombe sul

datore di lavoro che intende sottrarsi alle conseguenze della violazione del divieto di cui all'art. 3 lett. d) D.Lgs. 368/2001, l'onere di provare di aver assolto specificamente per quella sede di lavoro l'obbligo della valutazione dei rischi nei termini richiesti dalla legge, evidentemente, in epoca antecedente alla sottoscrizione del contratto di lavoro a tempo determinato impugnato.

L'inadempimento di tale obbligo e, dunque, per quanto di nostro interesse, la violazione del divieto, posto da norma imperativa, costituisce pattuizione *contra legem* a cui consegue la nullità della clausola del termine di durata del contratto di lavoro apposto in divieto di norma imperativa e, dunque, dell'opzione contrattuale scelta dalle parti contraenti (o meglio da una parte, quella datoriale) verso l'ipotesi derogatoria del lavoro a termine, e la validità del contratto di lavoro, stipulato *inter partes*, secondo la regola generale del rapporto a tempo indeterminato.

1.7) Cassazione Civile, sez. lavoro, 26 luglio 2012 n. 13221.

Altra considerevole espressione della giurisprudenza di legittimità italiana è quella che ha riguardato la validità dei contratti a termine stipulati da Poste Italiane Spa ai sensi dell'art. 2, comma 1bis, D.Lgs. 368/2001¹⁶⁴, senza l'indicazione di alcuna ragione oggettiva come imposto, invece, dal precedente art. 1 del medesimo decreto legislativo.

Preliminarmente è il caso di sottolineare che l'intervento legislativo non mancò di attirare numerose critiche in ragione dell'evidente atteggiamento di favore

¹⁶⁴ Per maggiore chiarezza, si riporta il testo dell'art. 2, comma 1bis, D.Lgs. 368/2001, aggiunto dalla L. 266/2005 art. 1 comma 558: “Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1 gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma”.

riservato, in via esclusiva, ad un solo operatore economico, ossia la società Poste Italiane Spa. Difatti, la norma non è destinata alle imprese operanti in un determinato settore economico o produttivo e, quindi, ad una pluralità di soggetti, ma ad un unico soggetto economico e la sua operatività è individuata, esclusivamente, in base al criterio soggettivo del destinatario della norma garantendogli, in relazione all'attività svolta nel suo complesso, la stipula di contratti a termine ivi prevista.

Nonostante tali considerazioni formulate da più parti, la Corte Costituzionale (con la sentenza n. 214/2009) (interpretativa di rigetto, pertanto non vincolante per il giudice di merito) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1 bis, D.Lgs. 368/2001, sollevata dal Tribunale di Roma in riferimento agli artt. 3, primo comma, 101, 102 e 104 della Costituzione, in quanto *“la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, lo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali «costituiscono attività di preminente interesse generale». In particolare, poi, in esecuzione degli obblighi di fonte comunitaria derivanti dalla direttiva 1997/67/CE, l'Italia deve assicurare lo svolgimento del c.d. “servizio universale”. [...] Non è, dunque, manifestamente irragionevole che ad imprese tenute per legge all'adempimento di simili oneri sia riconosciuta una certa flessibilità nel ricorso*

(entro limiti quantitativi comunque fissati inderogabilmente dal legislatore) allo strumento del contratto a tempo determinato”.

Evidentemente, è esclusivamente la posizione giuridica della società Poste Italiane Spa che giustifica la norma e, dunque, con decorrenza dal 1° gennaio 2006, l'ipotesi di nuova causale di apposizione del termine esclusivamente per i dipendenti di Poste Italiane S.p.A. (posizione soggettiva, quella di quest'ultima che, invero, non avrebbe più ragione d'essere alla luce della totale liberalizzazione del mercato dei servizi postali e del progressivo venir meno del “servizio universale”).

Si aggiunga che, alla luce dell'innovato quadro normativo, scaturente dalla Direttiva 2008/6/CE, che modifica la Direttiva 1997/67/CE, come noto, dal 1° gennaio 2011, l'Italia non può concedere o mantenere in vigore diritti esclusivi o speciali per l'instaurazione e la fornitura di servizi postali e, pertanto, dovendo essere fornito anche il cd. Servizio Universale in regime di concorrenza, dovrebbe venire meno la ragione giustificatrice della disciplina di favore valevole esclusivamente in favore di Poste Italiane S.p.A., che finisce per essere chiaramente in contrasto con il diritto comunitario. Per tali ragioni, i sostenitori della tesi della incostituzionalità dell'art. 2 comma 1 bis D.Lgs. 368/2001, ritengono che le assunzioni a termine ai sensi della citata normativa, senza indicazione di alcuna causale giustificatrice, operate successivamente al 1° gennaio 2011, devono considerarsi sicuramente illegittime per incompatibilità con la normativa comunitaria.

Ad ogni modo, la Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, trova un fondamento giuridico della norma in parola, nel fatto che la previsione di cui

all'art. 2, nelle due ipotesi di cui al comma 1 ed al comma 1bis (rispettivamente disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali, e per il settore delle poste), è stata introdotta dal Legislatore operando, preventivamente, la valutazione delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine (la cui indicazione non è richiesta per iscritto nel contratto di lavoro, anche nel primo ed unico) in considerazione delle caratteristiche peculiari dei tre settori (aereo, aeroportuale, postale) coinvolti ed i requisiti per la legittimità del termine sono quindi diversi (arco temporale definito, rispetto della percentuale e comunicazione alle organizzazioni sindacali provinciali). D'altra parte, un ragionamento contrario non spiegherebbe perché il Legislatore abbia voluto, allora, disciplinare in modo differenziato il settore trasporto aereo, servizi aeroportuali e postale, introducendo una nuova ipotesi di valida apposizione del termine, del tutto autonoma rispetto a quelle previste dal precedente art. 1, comma 1.

Anche questa tesi della Cassazione si inserisce nel solco tracciato dalla Consulta con la sentenza n. 241/2009¹⁶⁵, nella parte in cui sostiene la perfetta rispondenza della previsione di legge alla Costituzione ed al diritto diritto

¹⁶⁵La Corte Costituzionale n. 214/09 ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1bis, D.Lgs. 368/2001, rilevando in particolare che *“la norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida apposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione - operata una volta per tutte in via generale ed astratta - delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ha previsto che tali imprese possano appunto stipulare contratti di lavoro a tempo determinato senza necessità della puntuale indicazione, volta per volta, delle ragioni giustificatrici del termine”*.

Tale valutazione preventiva, secondo il Giudice delle leggi, *“non è manifestamente irragionevole”* dal momento che *“la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità nell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonchè la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali costituiscono attività di preminente interesse generale ai sensi del D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, art. 1, comma 1 (attuazione della direttiva 1997/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno e i servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio”*.

comunitario, escludendo la violazione della clausola di non regresso poiché, da una parte, dalla lettura della norma non sono individuabili margini di effettivo deterioramento delle condizioni giuridiche dei lavoratori, e, dall'altra in considerazione del fatto che una legge nazionale motivata da ragioni diverse dall'applicazione di una direttiva all'interno di uno Stato Membro, in presenza di una valida ragione, può anche peggiorare lo standard di tutela preesistente.

Infine, ad avviso della Corte non ricorrono nella fattispecie della norma in commento i presupposti che, in base alla normativa europea ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, consentirebbero di affermare che la norma in questione abbia determinato per Poste Italiane Spa un abuso di posizione dominante.

2) Brevi conclusioni.

Dall'*excursus* storico-giuridico effettuato nei capitoli e pagine precedenti, a parere di chi scrive deve concludersi che la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato è stata, da sempre, caratterizzata da una certa, probabilmente enfatizzata, ambiguità.

Mi permetto di parlare di enfaticizzazione poiché i contrasti, sia sul piano politico-sindacale che su quello dottrinale, sorti intorno alla figura contrattuale del rapporto di lavoro a termine ed, in particolare, agli interventi legislativi di flessibilizzazione della disciplina dei rapporti di lavoro, appaiono mossi più da ragioni di carattere ideologico che di tipo sistematico e pragmatico.

Intendo dire che gli interpreti della legge e gli studiosi della materia, scevri da qualsivoglia pregiudizio o influenza ideologica, dovrebbero ricercare la concreta

volontà, contestualizzata nel momento storico-economico in cui il Legislatore è, a sua volta, chiamato ad operare interventi ed aggiustamenti di una normativa che deve necessariamente adeguarsi alla realtà economica-occupazionale-impresoriale, pressata dagli effetti della globalizzazione e dalle cicliche crisi economiche, al fine di evitare effetti iniqui o irrazionali ed oneri sproporzionati per i datori di lavoro e, dunque, conseguentemente, turbamenti irreversibili sul sistema economico-sociale del Paese.

L'ambiguità, invece, a cui mi riferisco, deriva dalla *intentio* del legislatore, almeno in origine, che presuntuosamente vorrebbe soddisfare esigenze ed interessi, a dir poco, antitetici ed impossibili da avvicinare. Infatti, appare impresa ardua quella di contemperare, da una parte, la garanzia della stabilità del posto di lavoro, soddisfacendo le esigenze dei lavoratori ad un'occupazione stabile e duratura nel tempo idonea a garantire il sostentamento personale e familiare, e, dall'altra, la necessità di garantire alle imprese una idonea flessibilità della forza lavoro (che non significa necessariamente precarizzazione del lavoro).

La dottrina prevalente ed i contrasti giurisprudenziali a cui abbiamo assistito negli anni non hanno fatto altro che mettere in risalto la fragilità, forse solo presunta, della disciplina del contratto a termine di cui al D.Lgs. 368/2001, a loro avviso, mal concepito e peggio ancora scritto.

Di certo, non può darsi torto a chi critica e solleva dubbi sulla coerenza e completezza dell'attuale disciplina del contratto a termine, laddove non può non notarsi che la normativa omette di occuparsi di alcune specifiche ipotesi che pure sono ben note alla platea dei lavoratori, agli addetti al settore ed alla magistratura

dei tre gradi e che, in quanto tali, meriterebbero una specifica regolamentazione anche al fine di evitare interpretazioni, su tutto il territorio nazionale, talvolta anche nell'ambito dello stesso ufficio giudiziario, contrastanti a discapito di una auspicabile uniformità dell'interpretazione della normativa.

Il riferimento è, per quanto di nostro interesse, legato alla scelta legislativa di non disciplinare in maniera precipua e dettagliata il regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di nullità del termine per mancanza ovvero incompletezza ed inadeguatezza delle ragioni giustificative della durata (si pensi agli interventi del 2007, del 2008, del 2010 e, da ultimo, del 2012). Deve prendersi atto che, piuttosto, il Legislatore si sia limitato a sancire il principio generale della “normalità” del contratto a tempo indeterminato (in coerenza con il diritto comunitario) ed a prevedere, quale conseguenza sanzionatoria, l'inefficacia del contratto a tempo determinato, cui consegue la “conversione” del rapporto in uno *sine die*, nelle sole ipotesi di assenza del termine per iscritto (vizio formale che, ad avviso di chi scrive, produce una conseguenza sin troppo penalizzante per il datore di lavoro), e più giustamente, nelle ipotesi di successione di contratti a termine non rispettosi degli intervalli temporali fissati dalla legge e di superamento del limite temporale di 36 mesi.

Tale assenza involge, purtroppo, inevitabilmente, interpretazioni normative di segno contrapposto e confuso.

D'altra parte, neppure può escludersi che, invero, nessuna mancanza o lacuna sia stata commessa dal Legislatore, se si interpreta in maniera “leale e

coerente” la volontà del legislatore che ha dato attuazione alla direttiva 1999/70/CE conformandosi alla disciplina comunitaria ed a quella costituzionale.

Infatti, a parere di chi scrive non può non evidenziarsi che il passaggio dalla vecchia alla nuova normativa in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, non ha introdotto nel nostro Paese e, dunque, nel nostro sistema ordinamentale la totale liberalizzazione del ricorso allo strumento contrattuale del rapporto di lavoro a tempo determinato. Infatti, come più volte prima evidenziato, il D.Lgs. n. 368/2001, sebbene abbia apportato una “semplificazione” della disciplina del contratto a tempo determinato, nel senso che la clausola generale che oggi giustifica l'apposizione del termine è certamente più ampia e comprensiva dei casi legalmente tipizzati del previgente sistema normativo, quello di cui alla L. 230/1962, tuttavia, la normativa non lascia alla discrezione del datore di lavoro la scelta di assumere a termine pretendendo, per iscritto (al fine di garantire trasparenza ed effettività del controllo giudiziario), la sussistenza di una delle ragioni oggettive di cui all'art. 1 del medesimo articolo, ritenendo di doversi escludere che il lavoratore sia in balia del datore di lavoro.

La giurisprudenza, in più occasioni, ha sancito che l'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 368/2001 deve essere interpretata in modo rigoroso e formale, proprio al fine di garantire dagli abusi perpetrabili con l'assunzione a termine nell'intento di sottrarsi alla disciplina e garanzie del lavoro stabile, il tutto, appunto, sempre, conformemente e nel rispetto del diritto comunitario.

Credo, pertanto, che le critiche mosse al D.Lgs. 368/2001 siano state, talvolta, esageratamente spinte ed eccessive, poiché si ritiene, più corretto, che il

confronto tra la nuova e la vecchia disciplina non deve ridursi al mero confronto tra il D.Lgs. 368/2001 e la legge del 1962 (come se queste fossero le uniche occasioni legislative di regolamentazione della fattispecie contrattuale a termine). Piuttosto, si è visto che, già alla fine degli anni settanta ed ottanta, sono state emanate numerose normative di alleggerimento delle originarie disposizioni restrittive (per tali ragioni si è dedicato un intero capitolo all'evoluzione legislativa della normativa del contratto di lavoro a tempo determinato, a cui si rimanda). Basti pensare alla “delega in bianco” di cui all'art. 23 della L. 56/1987, in forza della quale i sindacati hanno ampliato le tipologie di contratto a termine arrivando a legittimare anche causali di natura meramente soggettiva, realizzando quel contemperamento, tanto auspicato dal Legislatore, dei contrapposti interessi coinvolti nella contrattazione a termine, ed in particolare, da una parte incrementando le possibilità per le imprese di assumere a termine e, dall'altra, garantendo una migliore tutela degli interessi di alcune categorie di lavoratori particolarmente deboli che difficilmente avrebbero potuto trovare una diversa collocazione lavorativa attraverso le libere dinamiche del mercato del lavoro. D'altra parte, condividendo l'orientamento di chi legge la nuova normativa *de qua* come conforme al diritto comunitario ed a quello costituzionale, nonché coerente con l'evoluzione storico-socio-economico della realtà che viviamo, non può dirsi che il D.Lgs. 368/2001 ha leso ovvero abbassato ovvero peggiorato la posizione dei lavoratori italiani, rispetto, magari a quelli del resto d'Europa, poiché non può logicamente ritenersi che se il Legislatore non avesse abrogato la previgente disciplina, allora i lavoratori sarebbero stati assunti a tempo indeterminato.

Proprio la rivoluzione operata dal D.Lgs. 368/2001 ha fornito idonee garanzie di perdurante tutela del lavoratore, laddove, ad esempio, ha abrogato l'art. 23 della L. 56/1987, ed ha escluso che, oggi, vi sia spazio a tipologie di ragioni “soggettive”, oltre quelle precipuamente e puntualmente previste dal medesimo decreto.

Lo stesso tenore letterale dell'art. 1 D.Lgs. 368/2001 consente di individuare quale giustificazione alla valida apposizione del termine di durata al contratto di lavoro, l'esistenza di “ragioni” oggettive di carattere “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), che possono essere configurate da esigenze intrinsecamente temporanee, nonché da ogni altra esigenza obiettiva riguardante l'esercizio dell'impresa (riferibili anche “alla ordinaria attività del datore di lavoro”), purchè il datore di lavoro dimostri, dunque, la correlazione concreta tra l'assunzione a termine e la propria realtà aziendale e senza che il giudice possa operare alcuna valutazione riguardare il merito delle scelte organizzative e produttive del datore di lavoro – il quale, invero, deve agire in assoluta discrezionalità ed in ragione dell'altrettanto sacrosanto principio dell'autonomia privata, nel rispetto della normativa di legge -.

In tal senso, non ritengo che la “liberalizzazione” del contratto di lavoro a tempo determinato ad opera dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. 368/2001, ed una lettura della stessa, che si promuove ampia ed onnicomprensiva delle ipotesi legittimanti, possa avere una portata dirompente sull'insieme degli strumenti che gestiscono la flessibilità in entrata nel mercato del lavoro, proprio in considerazione del fatto che anche l'attuale disciplina del contratto a termine (sebbene neppure la precedente, quella del 1962, fosse scevra da contraddizioni ed imprecisioni, tanto che numerosi

sono i contenziosi giudiziari relativi a contratti a termine stipulati ai sensi della L. 230/1962), offre idonee garanzie di tutela tanto ai lavoratori quanto ai datori di lavoro.

Bibliografia

A

ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in Riv. dir. Lav., 1952.

V. ANGIOLINI, *Sullo schema di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato*, su www.cgil.it/giuridico, 2001.

A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004.

A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

M. P. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in Lav. Dir., 2006, n. 2/3

B

BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in Jus, 1957.

L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, Giuffrè, 1991.

M.C. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000 e 2003.

M.C. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 2000.

BIANCHI D'URSO - VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 3/2001.

BONATI, *Contratto a termine*, in *Gli Instant di Guida al Lavoro*, Il Sole 24 Ore, 2009

A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium Iuris*, Cedam, 2008.

C

CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in Riv. trim. dir. e proc. Civ., 1949.

CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987.

CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, in Riv. dir. Comm., 1948.

CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962.

C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1958.

CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità soggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, I.

M. CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica delle clausole nulle*.

V. CASSÌ, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, Giuffrè, 1961.

CALÒ, *Nullità parziale e autonomia privata*, in *Vita not.*, 1981.

A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 1990.

A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2000.

M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, 2008.

M.C. CAUTADELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè Editore, 2008.

M. COSTANZA, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in E. GABRIELI (a cura di), *I contratti in generale*, in P.

CARABELLI, Intervento al seminario su “*La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*”, in www.unicz.it/lavoro, 2001.

CENTOFANTI, Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato, in *Lav. Giur.*, n. 10/2001.

COSIO, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Relazione in <http://www.csdn.it>

A. CALTANISSETTA, 23/1/2008, RCDL 2008, 551.

CIUCCIOVINO, *La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro* (nota a Cass., sez. lav., 26 gennaio 2010, n. 1576) in *Dir. Relaz. Ind.*, 2010, 2, 460.

G. CHISÈ-A. ZAPPINI, *Manuale di diritto civile*, I Manuali Superiori, diretti da G. Alpa e R. Garofali, Nel Diritto Editore, 2011.

E. CASSANETI, *L'indennità risarcitoria in caso di nullità del termine: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 9.

F. CARINCI, “*Complimenti, dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*”, in *Riv. Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012, 538.

M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione svolta al XVII Congresso Nazionale dell'AIDLASS, Pisa, giugno 2012.

Commentario al codice civile, diretto da CENDON, 734.

D

L. DE LITALA, *Osservazioni in merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a termine*, in *MGL*, 1962.

DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970.

M. D'ANTONA, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, in M. D'Antona, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, L. Ventura (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni '80*, II, *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, Napoli, Esi, 1987.

A. DI MAJO, *Termine (diritto privato)*, in *ED*, XLIV, Milano, 1992.

A. DI MAJO, *Elementi accidentali del contratto*, in M. BESSONE (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2004.

M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2002.

M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, 2008.

F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 2008.

DI MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Monografie di diritto del lavoro, vol. 5, 2009.

DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della L. n. 230/1962 sul contratto a termine*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 3.

V. DE MICHELE, *La sentenza "Houdini" della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2009.

L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, *Il Diritto Privato Oggi*, serie a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editore, 2011.

DE NOVA, *Conversione*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988.

Divieto di conversione del contratto a tempo determinato nel settore scolastico (Trib. Milano, 26 settembre 2011), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 12.

F

FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

- FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in Dir. Econ., 1958.
- FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in Ann. dell'Università di Ferrara, 1952.
- FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in Giust. civ., 1959, I.
- G.B. FERRI, *Volontà del provato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in Riv. Dir. Comm., 1963, II.
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.
- G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, Padova, 1991.
- FERRARO, *Il contratto a termine rivisitato*, in Bollettino Adapt, 2007 e in ADL, 2008, 3.
- G. FONTANA, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in RIDL, 1993, I.
- FERRANTE, *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, in <http://www.unicz.it/lavoro/FERRANTE2.htm>.
- L. FIORILLO-R. PESSI, *Giustificazione del lavoro a termine*, in Vallebona (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006.
- L. FIORILLO-R. PESSI, *Le conseguenze della nullità del termine ingiustificato*, in Colloqui giuridici sul lavoro, a cura di A. Vallebona, n. 1, 2006.
- FALASCA, *Contratto a termine: il Collegato Lavoro finisce in Corte Costituzionale*, in Guida al lav., 7, 2011, 10
- G**
- GRAZIANI, *Il termine essenziale*, in Studi di diritto civile e commerciale, Napoli, 1953.
- M. G. GAROFALO (*Intervento*, in AA.VV., *Atti delle Giornate di studio Aidlass* (Sorrento, 14-15 aprile 1978), *Il lavoro a termine*).
- L. GAROFALO, *La clausola di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politiche sociali*, in Riv. Giur. Lav., 2004, I.
- GANDOLFI, *Nullità parziale e dimensione ontologica del contratto*, in Riv. trim. di dir. e proc. Civ. 1991.
- C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, in *Rist. anastatica*, Padova, Cedam, 1983.

F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Obbligazioni in generale. Contratto in generale*, Padova, 1990.

F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Tratt. Dir. Civ. e comm.le, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1988.

GENTILI, *Le Invalidità*, in AA.VV., *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, II, Torino, 2006.

R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 1998.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000.

GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in Contr. Impr., 1999.

H

HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968.

HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in Dir. Lav., 2002, I.

I

N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in Riv. trim. dir. proc. Civ., 1999.

L

G. LOY, *Apprendistato*, in *DI disc. priv. sez. comm.*, I, Torino, Utet, 1988.

M

MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.

MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in Trattato di diritto civile e commerciale, Milano, 1968.

MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in Comm. cod. civ., vol. IV, t. 2, Torino, 1967.

F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. 1, in Tratt. dir. civ. e comm., dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1973.

L. MONTUSCHI, *Replica*, in AA.VV., *Atti delle Giornate di studio Aidlass* (Sorrento, 14-15 aprile 1978), *Il lavoro a termine*.

L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in Arg. Dir. Lav., 1/2002.

MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995.

D. MINUSSI, *Nullità parziale oggettiva*, in www.e-glossa.it.

MISCIONE, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, in Arg. Dir. Lav., 2005.

MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. E si corregge: è vera svolta?*, in Corr. Giur., 2005.

M. MARAZZA e G. FRANZA, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, n. 1, 2006.

M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.

Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione: relazione in data 12 gennaio 2011, pag. 8.

MIAN, *Le novità in tema di contratto a termine*, in *Il Civilista*, 2010, 43.

L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere* (Trib. Trani, sez. lav., 18 giugno 2011; Cons. stato, sez VI, ord. 13 maggio 2011; Trib. Firenze, sez. lav., 27 gennaio 2011), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 12.

L. MENEGHINI nel commento alla Riforma Fornero (Contratto a termine – art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012), in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2012.

M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento al seminario *La Riforma del Mercato del Lavoro*, facoltà di Giurisprudenza, Università di Roma Tre, 13/04/2012.

M. MAZZIOTTI di Celso, *Norma giuridica*, in *Enc. Giurid*, Treccani, Roma, 1990.

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1966, richiamato anche da A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium Iuris*, Cedam, 2009.

R. e S. MUGGIA, *Una sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a termine che lascia molti dubbi* (corte Cost. 11 novembre 2011 n. 303), in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3, 2012.

N

G. NOVARA, *L'invalidità del contratto di lavoro*, Milano, 1967.

M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative ed autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

P

PECCENINI, *Gli elementi accidentali del contratto*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I requisiti del contratto*, Torino, Utet, 1992.

S. PATTI, *Inserzione automatica di clausole*, in S. Patti e G. Patti, *Responsabilità contrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Milano, 1993.

G. PROIA, *Flessibilità e tutela <nel> contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2001, Giuffrè.

G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *La nuova disciplina del Welfare, Commentario alla legge 24 dicembre 2007 n. 247*, a cura di Persiani-Proia, Cadam, 2008.

G. PROIA, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2008.

G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009.

G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in www.fmb.unimore.it, working paper n. 78/2009.

PAPALEONI, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, 369.

PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I.

R. PESSI, *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, pg. 297 e ss.

G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. Impr.*, 1995.

A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium Iuris*, Cedam, 2009.

R

RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in *Comm. c.c. - Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Libro V, Del lavoro, 1969.

ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I.

ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I.

- V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI, Napoli, 1985.
- E. RUSSO, *Termine* (dir. civ.), in *EGT*, XXXI, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1994.
- G. U. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 1999.
- G. U. RESCIGNO, *Tipi di regole*, in *Rass. Parl.*, 1996.
- M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, su www.cgil.it/giuridico, 2001.
- S. RUSCICA, *Nullità del contratto: breve analisi della recente casistica giurisprudenziale*, 2008, in *Altalex*.
- RINALDI, *Il contratto a tempo determinato*, in *Officina del diritto*, Contratto a Termine, Giuffrè Editore, 2011.
- S**
- G. SUPPIEJ, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957.
- G. SUPPIEJ, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, relazione al convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti.
- V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2001, Giuffrè.
- V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2002.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1959.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, 1961.
- F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1971, 193; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.
- SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *NLCC*, 2002, n. 1, e
- I.D. *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2002, n. 1.
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in Riv. trim. dir. proc. Civ., 1967.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, diretto da G. Grosso-F. Santoro Passarelli, Milano, 1972.

Automatica di clausole, Milano, 1974.

SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in Tratt. Dir. Civ., diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1975.

E. SARACINI, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, Giuffrè, 1979.

E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.

SANTINI, *I contratti divisibili*, in Riv. Dir. civ. 1982, I.

SACCO, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 1999.

SARACENO E CANTARELLA, *La conversione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato*, in Teoria e Pratica del Diritto, sez. I – 149, Giuffrè Editore, 2009.

V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Milano, 1967.

T

TORRENTE, *Del lavoro*, in Comm. Codice civile, Torino, 1962.

M. TRIMARCHI, *Termine* (diritto civile), in NDI, Torino, Utet, XIX, 1973.

R. TOMMASINI, *Nullità* (dir. Priv.), in Enc. dir. Milano, 1978.

TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "Collegato Lavoro" alla Legge Finanziaria*, in Riv. It. Dir. Lav., 2010, 1.

V. TISCI, commento alla sentenza, Cass. Civ., Sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017, in La nuova giurisprudenza civile commentata n. 1/2013.

V

A. VALLEBONA e C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.

A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*.

A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, relazione in <http://www.csdn.it>;

A. VALLEBONA, *La nuova disciplina sul contratto a termine. Opinioni e rassegne*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008.

A. VALLEBONA, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in *La Nuova Disciplina del Lavoro a Termine*, a cura di Menghini, Milano, 2002.

A. VALLEBONA, *Lavoro a termine illegittimo per il Collegato Lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*, in *Il Lavoro nella Giurisprudenza*, 2011, 1.

A. VALLEBONA, in *“La riforma del Lavoro 2012”*, Torino, 2012.

VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, in *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004.

VESCOVINI, *Questioni sempre attuali in tema di contratto a termine: scorrimento, applicabilità dell'art. 1419, 1° comma, c.c., risoluzione tacita*, in *Riv. crit. dir. Lav.*, 2007.

R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 12, 2012.

Z

ZAGO e GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964.

GIURISPRUDENZA

Cass. 11 agosto 1980, n. 4921, in *Giust. Civ. Mass.*, 1980, 8.

Cass. 19 aprile 1982, n. 2411 in *Giust. civ. Mass.* 1982, 4.

Cass., sez. lav., 1° marzo 1984, n. 1451, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc. 3-4.

Cass., sez. lav., 26 gennaio 1984, n. 618, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc. 1.

Cass. 11 febbraio 1992, n. 1074 in *Corr. Giur.*, 1992.

Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210 in *Arg. Dir. Lav.*, 2005.

Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, n. 844, in *Giust. civ.*, 1998, I.

Cass. 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corr. giur.*, 1999.

Corte Cost. 7 febbraio 2000 n. 41.

Cass. 28 giugno 2000, n. 8794.

Cass. 5 luglio 2000, n. 8970 in *Foro It.*, 2000, I, 2782.

Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1218, in *Foro Amm.*, 2001, 3.

Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4134, in *Dir. & Formazione*, 2001.

Tribunale di Pisa, sez. lav., 03/04/2001 n. 1005.

Cass. Civ., n. 7468/2002.

Cass. 5 maggio 2003, n. 67526 in *Giust. civ. Mass.* 2003, 5.

Cass. 07/06/2003 n. 9163.

Tribunale di Ragusa, sez. lav., 23/11/2004 n. 819.

Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *Riv. critica dir. Lav.*, 2004, 904.

Cass. Civ., sez. lav., 14011/2004.

Cass. 30 luglio 2004 n. 14539.

Cass. 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6.

Cass. 14/04/2005 n. 7745.

Cass. 22 marzo 2005 n. 6170.

Cass. Civ., Sez. Un., 02/03/2006 n. 4588.

Cass. 23/08/2006 n. 18378.

Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. it. Dir. Lav.*, 2007.

Cass. 13/04/2007 n. 8903.

Corte di Appello di Potenza, sez. lav., sentenze del 30/01/2008; 25/01/2007; 06/06/2007; 17/07/2007; 20/07/2007.

Cass. 21 maggio 2007, n. 11673.

Tribunale di Roma, sez. lav., 02/04/2007 n. 6445;

Tribunale di Livorno, sez. lav., n. 356/2008;

Corte di Appello di Potenza, sez. lav., sent. del 30/01/2008;

Corte di Appello di Roma, sez. lav., 04/06/2008.

Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16017.

Cass. civ., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985.

Corte Costituzionale, sent. n. 214 del 14/07/2009.

Cass. civ., sez. VI, 16/11/2010, n. 23119

Cass. 01/02/2010 n. 2279.

Cassazione Civile, sez. lav., n. 6328 del 16/03/2010.

Tribunale di Roma, 24/11/2010, Argomenti, 2011, 3, 669 nota di T. Laratta.

Cass. Sez. lav., 11 maggio 2011, n. 10346, in Guida Dir., 2011.

Trib. Roma n. 2747/11.

Trib. Busto Arsizio, n. 7/2/2011.

Trib. Lecce, sez. lav., 13 luglio 2011 n. 9058.

Corte di Appello di Roma, sezione lavoro, 11 gennaio 2011.

Cass. 23 marzo 2011 n. 6633.

Corte Costituzionale 11 novembre 2011 n. 303.

Cass. 8 novembre 2011 n. 23240