

## Speciale d.l. n. 112/2008 – l. 133/2008

### *La flessibilità del lavoro dopo la legge 133/2008: contratto a termine, lavoro accessorio, lavoro intermittente*

di Cristina Alessi

#### *Il contratto a termine*

*L'alternativa tra eccezionalità e normalità: la questione della temporaneità delle esigenze fatte valere dal datore di lavoro.*

Uno degli argomenti più scottanti toccati dalla L. n. 133/2008 è quello che riguarda la disciplina del contratto a tempo determinato, nella quale la legge introduce alcune modifiche in funzione di flessibilizzazione.

In primo luogo, l'art. 21 della L. n. 133/2008 interviene nuovamente sulla delicata questione delle c.d. 'causali' di ricorso al lavoro a termine, specificando che le ragioni "tecniche, organizzative, produttive e sostitutive" di cui all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 possono essere riferite anche all'ordinaria attività del datore di lavoro. Il tentativo, abbastanza maldestro a dir la verità, è quello di avvicinare il più possibile il contratto a termine a quello a tempo indeterminato, facendo passare l'interpretazione che vede una perfetta alternatività tra i due strumenti. In altre parole, di fronte ad un'esigenza "tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva" il datore di lavoro potrebbe ricorrere indifferente-mente all'uno o all'altro contratto.

In realtà, le cose non sono così semplici, per diverse ragioni. Anzitutto, la previsione deve fare i conti con il quadro normativo generale, in particolare con il principio consacrato dallo stesso art. 1, D.lgs. n. 368/2001, secondo il quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato". Tale principio, inserito nell'art. 1 dalla l. 247/2007 meno di un anno prima, ha lo scopo di chiarire che il contratto a termine deve considerarsi un'eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato. Del resto, in questo senso si è espressa di recente la stessa Corte di Cassazione, nella prima sentenza che si occupa espressamente del d.lgs. n. 368/2001 (Cass. 21 maggio 2008, n. 12985). Secondo le parole della Consulta, in particolare, la previsione sopra riportata "ha senz'altro confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo, pur sempre, la apposizione del termine una ipotesi derogatoria, rispetto al detto principio (pur nel sistema del tutto nuovo della previsione di una clausola generale legittimante la apposizione del termine per "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", che ha sostituito il pregresso sistema delle ipotesi tassative di cui alla L. n. 230 del 1962, nonché quello della "delega" alla contrattazione collettiva di cui alla L. n. 56 del 1987, art. 23)".

La previsione dell'art. 21, l. n. 133/2008, inoltre, riproduce letteralmente quella relativa alla somministrazione a tempo determinato di cui all'art. 20, comma 4, D.lgs. n. 276/2003, proprio nel tentativo di consentire, accomunando le due ipotesi, la stipulazione del contratto a termine in maniera più ampia rispetto al passato. Tuttavia, la norma sulla somministrazione si giustifica in ragione del divieto, da tutti riconosciuto ancora esistente, di interposizione nei rapporti di lavoro. La somministrazione costituisce, com'è noto, una deroga a detto divie-

to e, per questa ragione, la precisazione sulla riferibilità dell'attività dei lavoratori all'ordinaria attività dell'impresa ha lo scopo di legittimare proprio quello che la L. n. 1369/1960 in precedenza vietava, cioè l'appalto di mere prestazioni di lavoro. Ciò non significa affatto che le esigenze fatte valere dal datore di lavoro non debbano possedere i requisiti dell'eccezionalità e della temporaneità, che del resto valgono anche per la somministrazione a tempo determinato.

Se questo è dunque il quadro, occorre domandarsi quale sia il significato della modifica introdotta dalla L. n. 133/2008, posto che l'intenzione del legislatore era senza dubbio quella di consentire un ricorso più agevole al contratto a termine. A tal proposito, si può sostenere che il senso della norma sia quello di consentire la stipulazione di contratti a termine riferibili anche all'attività tipica dell'impresa, ma per esigenze che mantengano pur sempre il carattere della temporaneità e pertanto, in un certo senso, ulteriori rispetto all'andamento normale dell'impresa. Si pensi ad esempio ad incrementi temporanei di attività, oppure a prestazioni di attività di breve durata, anche se ricorrenti.

... segue a pag. 13

*Il d.l. 112 ha attratto l'attenzione pubblica soprattutto per la c.d. "norma anti-precari", di indebolimento del regime sanzionatorio del contratto a termine (presto oggetto dell'interesse della Corte costituzionale, come ci spiega L. Giasanti nel box a pag.15). Come ben illustrato nel commento di Alessi, tuttavia, la legge muove prima di tutto dalla disciplina sostanziale, ovvero dalla regola sui casi in cui si può assumere a termine. Potremmo dire, con una battuta, che il colpevole torna sul luogo del delitto: esattamente come nella legislatura 2001/2006, la maggioranza di centro-destra riprende ad occuparsi di regole del lavoro a cominciare dal tentativo di spostare gli equilibri tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato (ovviamente a favore del primo).*

*Questa volta, tuttavia, l'intervento si rivela meno rilevante; è utile, forse, ripercorrere in breve la storia di questa disciplina.*

*Con la riforma del 2001 (d.lgs. 368/2001) il primo centrodestra ha attuato la Direttiva 1999/70/CE e, nello stesso tempo, ha dato il primo segno di quella stagione di 'deregolazione' che ha visto il culmine nelle 'leggi Biagi' del 2003 (l. 30/2003 e d.lgs. 276/2003) e che ha puntato sulle c.d. forme flessibili di impiego per soddisfare esigenze dell'impresa e (nelle attese dei suoi sostenitori) come strumenti di crescita dell'occupazione. Il segno deregolativo del 2001 risiedeva nelle nuove regole sul ricorso ai rapporti a termine, col passaggio dal sistema 'chiuso' delle eccezioni al rapporto a tempo indeterminato (sancito dalla vecchia legge 230/1962, solo parzialmente elasticizzato con il rinvio alla contrattazione collettiva operato dall'art. 23 della l. 56/1987), alla clausola generale che consente l'apposizione del termine ogni volta che vi sia una ragione "di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo".*

*Da più parti si parlò di totale liberalizzazione dei contratti a termine, con accento di volta in volta favorevole o critico: si trattava però di eccessi di valutazione, come hanno chiarito i commenti più equilibrati e soprattutto la giurisprudenza, che in sede interpretativa ha posto un freno alle letture più estreme. Ferma l'indubbia novità del passaggio a un sistema aperto, nel*

## **Eccezionale o no?**

### **La querelle infinita delle ragioni per cui si può assumere a termine**

di Franco Scarpelli

*quale le ragioni per assumere a termine non sono prefigurate né dal legislatore né dalla contrattazione collettiva (e dunque possono essere liberamente valutate dall'impresa), il sistema rimaneva comunque destinato al controllo sulla giustificatezza del termine, che ben presto – superando diverse opinioni rimaste minoritarie – è stata individuata nel carattere temporaneo della ragione che giustifica il vincolo di durata del rapporto di lavoro (nel collegamento causale tra la ragione invocata e l'apposizione del termine proprio a quel rapporto di lavoro).*

*E' un fatto, in ogni caso, che l'enfaticizzazione della spinta deregolativa del 2001 ha prodotto un significativo incremento nella stipulazione di contratti a termine, spesso al di là dei limiti posti dal legislatore. Al quadro accennato, e per contrastare il richiamato eccesso di assunzioni a termine, ha dunque messo mano la maggioranza di centrosinistra nel periodo 2006/2008, con un approccio che può dirsi di manutenzione, diretto non tanto a rovesciare il senso della riforma del 2001 quanto a limitarne gli effetti socialmente più pesanti.*

*La chiara affermazione del carattere eccezionale del rapporto a termine, contenuta nel comma di apertura del d.lgs. 368/2001 aggiunto dalla legge 247/2007 (il contratto di lavoro subordinato "è stipulato di regola a tempo indeterminato"), conferma quanto già ritenuto dall'interpretazione prevalente della legge, sopra ricordata, e non mette in discussione l'apertura ad ogni reale esigenza organizzativa dell'impresa che giustifichi un rapporto temporaneo.*

*Gli interventi più significativi del 2007 sono andati invero verso politiche di stabilizzazione dei lavoratori a termine (in particolare nel settore delle pubbliche amministrazioni, invitate e autorizzate ad assumere a tempo indeterminato i lavoratori precari utilizzati per periodi significativi e tali da mostrare la permanenza dell'esigenza di impiego) o di limitazione della reiterazione nel tempo di rapporti precari (in particolare con l'introduzione del tetto dei 36 mesi alla reiterazione di rapporti a termine).*

*L'attuale maggioranza di centrodestra è tornata a mettere mano alla disciplina, ma deve dirsi che l'ha fatto, questa volta, con un disegno dotato di minore respiro e lucidità di quello (qualunque fosse il giudizio di merito che se ne desse) del 2001.*

*A parte la questione (non di poco conto) del regime sanzionatorio, il decreto aggiunge alcune parole alla ricordata clausola generale sulle ragioni ("di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo") per le quali si può assumere a termine, le quali, viene ora specificato, possono essere anche riferibili "alla ordinaria attività del datore di lavoro".*

*A mio parere anche in questo caso – come già avvenne per l'affermazione di principio voluta dal legislatore del 2007 – la legge nulla cambia rispetto alla corretta interpretazione della disciplina già possibile (e dovuta) in precedenza. Al massimo, essa contribuisce a sciogliere ogni possibile dubbio su come debba intendersi il carattere eccezionale del rapporto a termine (affermato dalla legge anche nell'attuale configurazione): questo, infatti, non deriva necessariamente dal fatto che l'attività svolta dal lavoratore assunto a termine sia, nel contesto aziendale e rispetto al normale ciclo produttivo di beni o servizi, qualcosa di esterno od occasionale, una tantum, ma dal fatto che tale attività sia necessaria solo per un certo periodo, del quale è possibile*

*(con prognosi ex ante) individuare una fine determinata o determinabile. Ciò avviene, com'è ovvio, per mansioni e compiti straordinari che si collocano al di fuori della normale attività (ad esempio: l'impiego a termine di alcuni operai per le operazioni necessarie a riorganizzare la logistica del magazzino, di un tecnico informatico per la fase di passaggio a nuovi sistemi gestionali, ecc.) per i quali il venire meno della necessità è collegato all'oggetto stesso dell'attività; ma può avvenire anche per mansioni e compiti rientranti nella normale attività aziendale, quando risulti necessario impiegare sugli stessi, solo per un periodo determinato o determinabile, un lavoratore. Ciò avviene ad esempio nei casi di sostituzione di un lavoratore assente (del quale è previsto il rientro, od anche nel caso di una sostituzione d'emergenza di un lavoratore allontanatosi dall'impresa, per il tempo necessario a reperire e selezionare il candidato alla sostituzione definitiva), nei casi di incremento temporaneo dell'attività e dunque della forza lavoro necessaria (sono i casi delle attività stagionali o delle cc.dd. punte di attività) o se vogliamo nei casi, più discussi e delicati, dello start-up di una attività (dove l'assunzione a termine si giustifica, a mio parere, solo se sia prevista una precisa fase sperimentale e solo per una parte del personale, rispetto a quello minimo comunque necessario per la gestione dell'attività intrapresa, da assumere comunque a tempo indeterminato).*

*Insomma, a me pare che la modifica introdotta all'art. 1 del d.lgs. 368 (qualunque sia l'intenzione di chi l'ha proposta) nulla dica di nuovo. Certamente, così come era scorretto limitare la possibilità del rapporto temporaneo alle sole attività straordinarie (e su ciò la norma è ora più chiara), sarebbe del tutto scorretto ritenere che tra impiego a termine e a tempo indeterminato la scelta sia indifferente, ed esclusivamente affidata alla discrezionalità del datore di lavoro: se si tratta di un'attività ordinaria dell'impresa per la quale non vi è alcuna necessità di impiego solo temporaneo di un certo lavoratore, la scelta obbligata rimane l'assunzione con rapporto a tempo indeterminato.*

L'altra previsione che ha provocato un acceso dibattito è quella di cui al comma 1-bis dell'art. 21, che ha introdotto nel d.lgs. n. 368/2001 un art. 4-bis. La norma, non presente nella versione originaria nel d.l. 112 ed introdotta in sede di conversione del medesimo decreto, ha l'obiettivo di alleggerire (temporaneamente) le sanzioni relative alla violazione della disciplina del contratto a termine, escludendo che il giudice possa applicare la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato per le violazioni concernenti:

- l'illegittima apposizione del termine (art. 1, d.lgs. n. 368/2001);
- le disposizioni in materia di contratto a termine per le aziende di trasporto aereo e di servizi aeroportuali, nonché per le imprese concessionarie dei servizi nel settore delle poste (art. 2, d.lgs. n. 368/2001);
- le disposizioni in tema di proroga del contratto (art. 3).

In questi casi, dunque, il datore di lavoro può essere condannato unicamente a versare al lavoratore un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La disciplina ora descritta, tuttavia, si applica soltanto ai contratti a termine per i quali siano in corso giudizi alla data di entrata

... segue>>

*La disciplina  
sanzionatoria  
del contratto  
a termine*

in vigore della legge (e cioè al 21 agosto 2008, ai sensi dell'art. 85).

Nel limitare la sanzione per le violazioni anzidette, inoltre, la norma si premura di precisare che il giudice dovrà determinare l'importo dell'indennità tenendo conto dei parametri indicati dall'art. 8, L. 604/1966, cioè il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio del lavoratore, il comportamento e le condizioni delle parti. Si può solo rilevare che, nella maggior parte dei casi, il parametro dell'anzianità di servizio avrà poco senso, mentre più rilevante potrebbe (e dovrebbe) essere quello relativo alle dimensioni dell'impresa, specie se si pone mente al fatto che la sanzione è assolutamente indifferenziata per piccole e grandi imprese.

In generale, si può rilevare che la norma si espone a differenti ordini di critiche. Sotto un primo profilo, perché introduce una disparità di trattamento tra lavoratori a seconda che la causa sia in corso oppure no: chi ha depositato il ricorso il 22 agosto 2008, in ipotesi, potrà vedersi applicare la conversione del contratto a tempo indeterminato, mentre chi l'ha depositato il 20 agosto dovrà accontentarsi dell'indennità. In secondo luogo, la norma differenzia la sanzione in base al tipo di violazione delle disposizioni in materia di contratto a termine, senza nessuna giustificazione ragionevole. La successione illegittima di contratti a tempo determinato, in altre parole, continua a fondare la possibilità di conversione del rapporto, così come la prosecuzione del rapporto oltre il termine, ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, mentre violazioni come quelle ricordate possono condurre solo all'applicazione della sanzione pecuniaria. Per questi aspetti, la previsione rischia di essere dichiarata illegittima per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione; del resto, alcuni giudici hanno già sollevato la questione nei giudizi pendenti di fronte a loro (v. sul punto il box di approfondimento di L. Giasanti). Inoltre, la previsione si pone in aperta violazione anche del diritto di agire in giudizio, di cui all'art. 24 della Costituzione, e del diritto ad un equo processo, sancito tra l'altro dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

*I giudizi in corso:  
a chi si applica  
la nuova disciplina*

Una questione di non poco conto riguarda la definizione di "giudizi in corso" alla data di entrata in vigore della legge. Il primo problema è quello di stabilire se il giudizio possa dirsi "in corso" alla data di deposito della domanda, alla data del decreto di fissazione dell'udienza, ovvero alla data della notifica del ricorso, che è il momento nel quale viene instaurato il contraddittorio. Ci si potrebbe spingere addirittura a chiedersi se il fatto di aver richiesto la convocazione del collegio di conciliazione e arbitrato presso la Direzione Provinciale del Lavoro per lo svolgimento del tentativo obbligatorio di conciliazione non costituisca già un atto tale da determinare la pendenza del giudizio, trattandosi di condizione di procedibilità della domanda; in questo caso, tuttavia, la conclusione è decisamente da escludere.

La seconda questione che può porsi riguarda la situazione che si verifica dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, in pendenza del termine per la proposizione dell'appello. In questa ipotesi, infatti, il giudizio è tecnicamente in corso e, pertanto, nel caso di appello, una delle parti potrebbe invocare l'applicazione dell'art. 4-bis. Ciò significa che il lavoratore vittorioso in primo grado, avendo ottenuto una sentenza che dichiara la conversione del contratto, prima dell'entrata in vigore della legge potrebbe vedersi applicata, a seguito dell'appello proposto dal datore di lavoro anche dopo l'entrata in vigore della legge, la più tenue sanzione pecuniaria. Una simile conseguenza pone, a tacer d'altro, il problema della sorte del contratto di lavoro risultante dalla conversione nonché degli effetti prodottisi medio tempore, espone il la-

voratore al rischio della perdita del posto di lavoro a fronte dell'appello del datore di lavoro.

... segue a pag. 18

L'art. 21, comma 1-bis, del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133, che ha introdotto il nuovo art. 4-bis al D.lgs 368/2001, è già stato oggetto di numerosi sospetti di incostituzionalità e ha creato non pochi problemi nelle sezioni lavoro dei Tribunali e delle Corti di Appello di tutta Italia. Diversi organi giurisdizionali si sono infatti pronunciati nel senso della rilevanza e non manifesta infondatezza di legittimità costituzionale di tale norma sotto diversi profili, investendo della questione la Corte costituzionale che sarà quindi presto chiamata a pronunciarsi.

Al momento le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale di cui si è a conoscenza, ben sapendo che appare più che probabile aspettarsene altre prima della sua decisione, sono: App. Bari, ord. 18.9.08, pres. rel. Castellaneta; App. Genova, ord. 26.9.08, pres. Meloni, rel. Ravera; App. Torino, ord. 2.10.08, pres. Peyron, rel. Trafighet; App. Roma, ord. 21.10.08, pres. Torrice, rel. Garri; App. Milano, ord. 28.10.08, pres. Salmeri, rel. Trogni; App. Milano, ord. 31.10.08, pres. Ruiz, rel. Curcio; Trib. Roma, ord. 26.9.08; Trib. Ascoli Piceno, ord. 30.9.08 n. 899/07; Trib. Ascoli Piceno, ord. 30.9.08 n. 138/08.

La norma oggetto di dubbio di costituzionalità (non presente nel decreto legge n. 112/08, che in relazione ai contratti a termine prevedeva interventi più contenuti, ma introdotta solo in sede di conversione dalla l. n. 133/08) è il comma 1-bis dell'art. 21 d.l. n. 112/08, conv. in l. n. 133/08, che a sua volta ha introdotto il nuovo art. 4-bis al D.lgs 368/2001 (vedi il commento più ampio nel contributo di C. Alessi, qui pubblicato):

«Art. 4-bis. (Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine). - 1. Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.»

Tutti i provvedimenti giurisdizionali in oggetto richiamano, a vario titolo, la sospetta violazione da parte di tale norma degli artt. 3 e 24 Cost. con argomentazioni logico-giuridiche in gran parte coincidenti. Alcuni giudicanti ritengono che si possa configurare anche la violazione degli articoli 111, 1 comma, e 117, 1 comma, della Carta costituzionale.

### *Rilevanza delle questioni*

In primo luogo tutte le ordinanze si preoccupano di sancire la rilevanza del quesito da sottoporre alla Corte costituzionale. È unanime opinione dei diversi giudici di merito che, prima dell'entrata in vigore della l. n. 133/08, la violazione delle norme in materia di contratto a termine, ancorché non rientrante nelle specifiche disposizioni di cui all'art. 5 d.lgs 368/2001, dovesse

### **La norma sui contratti a termine del d.l. 112/08 al vaglio della Corte Costituzionale**

di Lorenzo Giasanti

comportare la nullità parziale della clausola appositiva del termine ed il “ripristino del rapporto” (così App. Roma, cit.), e cioè il riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e la liquidazione di un risarcimento, parametrato alle retribuzioni del lavoratore, quantomeno dal momento della messa in mora del datore di lavoro. Comune riferimento è la recente sentenza della Suprema Corte 21 maggio 2008 n. 12985 che, accogliendo un orientamento già ampiamente consolidato nella giurisprudenza di merito, ha ritenuto che l'apposizione del termine debba considerarsi ipotesi derogatoria rispetto alla normalità di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la conseguente applicazione dell'art. 1419, 2 comma, e il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dall'inizio. Il nuovo art. 4-bis introdotto nel 2008, invece, impedirebbe ai giudici, e solo per le cause già in corso (quelle cioè in cui è stato depositato il ricorso) alla data dell'entrata in vigore della legge di conversione (22 agosto 2008), di trasformare il rapporto di lavoro a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato imponendogli la più modesta sanzione dell'indennizzo tra 2,5 e 6 mensilità.

Alcune ordinanze (è il caso delle due ordinanze del Tribunale di Ascoli Piceno) affrontano preliminarmente, escludendola, la questione dell'eventuale possibilità per il giudice della controversia di disapplicare direttamente la norma in questione, in quanto in contrasto con alcuni principi dell'ordinamento comunitario (ed in particolare con la c.d. clausola di non regresso di cui alla clausola 8 punto 3 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato come recepito nella direttiva 70/99/CE). Ciò in relazione al fatto che secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, in causa C-144/04 Mangold, devono essere ricomprese nell'ambito applicativo della clausola 8 anche “le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate” (punto 51), salvo quando una modifica peggiorativa “non è in alcun modo collegata con l'applicazione” dell'accordo quadro (punto 52). Secondo il giudice remittente la modifica peggiorativa introdotta dall'art. 21 l. n. 133/08 potrebbe in astratto concretare una violazione della clausola di non regresso, senza però che questo possa comportare la diretta disapplicazione della norma interna in relazione al consolidato principio espresso dal Giudice europeo dell'inefficacia orizzontale delle direttive comunitarie (il Tribunale di Ascoli Piceno richiama a questo riguardo la sentenza Pfeiffer in cause riunite da C-397/01 a C-403/01).

Tutto ciò comporta la necessità che la Corte costituzionale valuti la conformità ai principi costituzionali delle norme introdotte nel 2008.

### *Violazione del principio di eguaglianza*

A parere di tutti i giudicanti il primo e più grave profilo di incostituzionalità della norma riguarda la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Carta fondamentale. La norma comporterebbe una disparità di trattamento di situazioni uguali senza alcuna ragionevole giustificazione. Innanzitutto “la disposizione in esame non pare in realtà avere natura di disposizione transitoria in quanto non si ricollega ad una nuova disciplina ... destinata ad operare per il futuro” (App. Milano, cit.). La sanzione tra 2,5 e 6 mensilità vale solo per chi ha una causa in corso al momento in cui la legge

è entrata in vigore e non per chi abbia depositato il ricorso introduttivo del giudizio anche solo il giorno dopo. È cioè “una sorta di moratoria delle conseguenze generali rispetto ad un contenzioso temporalmente definito (cause pendenti alla data del 22 agosto 2008), ma certo non esaurito per il futuro” (App. Roma, cit.), con la conseguenza che “diverse persone, nella medesima situazione giuridica, si troverebbero a godere di una tutela dei propri diritti sensibilmente diversa ... senza alcuna giustificazione se non quella di aver proposto la domanda giudiziale in tempi diversi pur nell’identità del quadro normativo generale applicabile alle rispettive fattispecie. Tutto ciò con evidente violazione del principio di ragionevolezza” (App. Bari, cit.).

I giudici non ignorano certo che la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare che il legislatore è libero di applicare alla stessa categoria di soggetti trattamenti differenziati in momenti diversi nel tempo, “posto che proprio il fluire del tempo costituisce un elemento diversificatore delle situazioni giuridiche” (così App. Roma, cit. che richiama Corte Cost. n. 234/2007), né che la stessa Corte ha ritenuto legittima una norma che interveniva sulle assunzioni a tempo determinato effettuate da Poste Italiane impedendone la conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato (Corte Cost. n. 419/2000).

Ma il criterio ermeneutico sempre utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale per valutare la legittimità di una tutela differenziata in relazione a situazioni identiche fra loro è il fondamentale controllo di ragionevolezza. Nel caso della novella del 2008 “non è configurabile quella finalità di regolare una situazione di assoluta eccezionalità richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 419 del 2000 per ritenere la ragionevolezza dell’intervento legislativo del 1996, peraltro attuato con una norma che prevedeva come elemento di discriminazione la data di stipulazione del contratto a termine e che era legato, nel giudizio della Corte, esclusivamente all’interesse generale del buon esito del processo di privatizzazione delle poste, iniziato nel 1993 e terminato nel 1997, dell’amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni” (App. Milano 28.10.08, cit.).

Prevedere sanzioni limitate per i soli giudizi pendenti sarebbe quindi del tutto irragionevole e quindi in contrasto con il fondamentale principio di eguaglianza per tutte le ordinanze in commento.

### *Violazione del principio della tutela giurisdizionale e del giusto processo*

La norma in oggetto sarebbe anche in contrasto con gli artt. 24, 111 e 117 della Costituzione, in relazione a fondamentali principi di carattere processuale contenuti in tali norme.

Secondo quanto affermato dalla Corte d’Appello di Roma, che meglio di altri ha espresso tale concetto, il principio del giusto processo, immanente nel nostro ordinamento costituzionale, è stato esplicitamente proclamato nell’art. 111, 1 comma, ma trova altre fondamentali manifestazioni nel diritto ad agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi (art. 24), nel diritto ad ottenere regole giuste nel processo (art. 111, 1 comma), nella tutela del contraddittorio, della terzietà ed imparzialità del giudice (art. 111, 2 comma), nel rispetto dei vincoli dettati dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, 1 comma).



Ebbene, il nuovo art. 4-bis del D.lgs 368/01 violerebbe “il principio costituzionale del giusto processo perchè nel corso del procedimento giudiziale modifica la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato senza che siano ravvisabili ragioni oggettive e generali che sostengono tale scelta del legislatore” (App. Roma, cit.). Sussisterebbe una chiara violazione dell’art. 24, 1 comma, della Carta costituzionale visto che con la norma in oggetto “... il diritto all’azione viene leso nei confronti di coloro che sono stati più solleciti nell’esercitarlo, secondo un criterio contrario ad ogni ragionevolezza e con una punitiva intromissione legislativa nei giudizi pendenti” (App. Torino, cit.). Diverse ordinanze introducono anche un interessante profilo di illegittimità costituzionale correlato agli obblighi internazionali assunti dallo Stato italiano. Prendendo spunto da due recenti ed innovative sentenze della Corte costituzionale (sent. n. 348 e 349 del 2007), con cui il giudice delle leggi aveva affermato che dalla nuova versione dell’art. 117 Cost. discende la possibilità di valutare una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto allo stesso art. 117, primo comma, per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, i giudici remittenti hanno ritenuto il nuovo art. 4-bis D.lgs 368/01 incompatibile anche con l’art. 6 della CEDU come interpretato dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo. Secondo i giudici a quo, infatti, “la norma della Convenzione, alla quale lo Stato italiano si deve conformare ... impone al potere legislativo di non intromettersi nell’amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla risoluzione di una controversia o di una determinata categoria di controversie in corso” (App. Genova, cit.). La Corte europea dei diritti dell’Uomo, in causa Scordino c. Italia del 29.3.06, aveva infatti statuito che l’art. 6 CEDU “impedisce qualsiasi ingerenza del legislatore – salvo che per impellenti motivi di interesse generale – con l’amministrazione della giustizia volta ad influenzare la decisione giudiziaria di una controversia”. Il nuovo art. 4-bis D.lgs 368/01 sarebbe proprio una esplicita ingerenza del legislatore volta ad influenzare la decisione del giudice senza che ricorrano quegli impellenti motivi di interesse generale che potrebbero in astratto giustificare un tale intervento. L’art. 6 CEDU “viene in tal modo a costituire “fonte interposta” che fornisce contenuto al parametro costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali” (App. Milano, cit.) di cui all’art. 117, 1 comma della Costituzione italiana. ■

*La durata massima dei contratti a termine successivi e il ruolo della contrattazione collettiva*

Com’è noto, la l. n. 247/2007 ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento un tetto massimo di durata (36 mesi) per i contratti a termine stipulati tra lo stesso datore e lo stesso lavoratore per mansioni equivalenti (sul punto si rinvia al saggio in Note Informative, n. 41, 2008, p. 14). La previsione, contenuta nell’art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, può essere derogata per una sola volta, a condizione che la stipulazione del contratto in deroga avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente, e con l’assistenza di un rappresentante sindacale. L’art. 21 della l. n. 133/2008 introduce ora nel corpo dell’art. 5, comma 4-bis, la previsione della salvezza delle diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Si tratta di una previsione volta a flessibilizzare il tetto massimo di durata, consentendo alla contrattazione collettiva di prevedere un termine più ampio di 36 mesi, ma anche uno più breve. La norma parla infatti di “diverse” disposizioni dei contratti collettivi, et pour cause, perché l’utilizzo della classica formula della salvezza delle disposizioni “più favorevoli” per i lavoratori avrebbe escluso la possibilità di prevedere un termine più lungo, così come il silenzio della legge in merito. In assenza di previsione, in altre parole, non c’è dubbio che i contratti collettivi avrebbero potuto prevedere una durata più breve, restando solo il problema di stabilire quale dovesse essere la sanzione nel caso di superamento del limite contrattuale, ma non di quello legale. Da questo punto di vista, la previsione espressa ha una duplice funzione: in primo luogo, autorizza, come si è detto, sia il prolungamento che la riduzione del termine da parte della contrattazione collettiva; in secondo luogo, consente di ricondurre la sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato anche al superamento del limite contrattuale, sia esso più o meno lungo di quello di 36 mesi.

Il problema interpretativo più scottante, però, è un altro. Si tratta cioè della questione se la contrattazione collettiva possa eliminare del tutto il tetto massimo o disciplinarlo diversamente, anche sotto il profilo sanzionatorio. Ad esempio, la contrattazione collettiva potrebbe prevedere che al superamento del tetto massimo consegua il diritto del lavoratore ad una maggiorazione retributiva, sul tipo di quella prevista per la prosecuzione del contratto a termine oltre la scadenza inizialmente fissata o successivamente prorogata?

*Il contratto collettivo può eliminare il tetto massimo ai contratti a termine?*

Una interpretazione di questo tipo, tuttavia, sembra da escludere anche alla luce della direttiva comunitaria 99/70/CE e dell’interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia. Com’è noto, la disciplina interna attuativa del diritto comunitario deve essere interpretata alla luce delle indicazioni provenienti dall’ordinamento comunitario; ora, la direttiva in materia prevede che gli Stati membri, ai fini di prevenire gli abusi risultanti dalla reiterazione dei contratti a tempo determinato, debbano introdurre “una o più misure relative a:

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”.

La scelta che il nostro legislatore ha fatto, che combina le prime due misure (giustificazione dei rinnovi e fissazione della durata massima totale dei contratti), non può essere vanificata dalla contrattazione collettiva, che dunque può ritenersi abilitata unicamente a prevedere un termine di durata diverso, in ipotesi anche più lungo, ma tale comunque da impedire un ricorso abusivo al contratto.

Più complesso è il discorso relativo alla sanzione da applicarsi al superamento del termine di durata fissato dalla contrattazione collettiva. Nel nostro ordinamento la conversione è considerata ormai la sanzione tipica per la violazione delle prescrizioni che autorizzano la deviazione dal modello standard di contratto di lavoro, cioè quello a tempo indeterminato: recentemente l’importante sentenza della Cassazione prima richiamata (Cass. 12985/2008) lo ha affermato a chiare lettere, riprendendo quasi testualmente le parole di Massimo D’Antona: “la violazione del modello di contratto e di rapporto imposto all’autonomia individuale dà luogo, di regola, alla conformazione reale del rapporto

concreto al modello prescritto - per via di sostituzione o integrazione della disciplina pattuita con quella legale ovvero per via del disconoscimento di effetti alla sola disposizione contrattuale illegittima". Alla luce di queste considerazioni, si deve escludere che la contrattazione collettiva possa intervenire anche sulla sanzione conseguente al superamento del tetto massimo di durata dei contratti a termine successivi, ad esempio sostituendola con un'indennità, sia pure elevata.

Altra questione riguarda il coordinamento tra la prima parte del comma 4-bis dell'art. 5, che prevede per l'appunto il tetto massimo, e la seconda parte, che ne autorizza il superamento attraverso la procedura ivi descritta (stipula del patto in deroga presso la DPL con l'assistenza di un rappresentante delle organizzazioni sindacali). Poiché il secondo periodo si riferisce espressamente a "quanto disposto dal primo periodo", che ora comprende anche il rinvio ai soggetti collettivi, si deve concludere che la deroga valga anche per il caso della fissazione del tetto ad opera della contrattazione collettiva, anche quando quest'ultima abbia elevato il limite di durata.

*Il diritto  
di precedenza  
dei lavoratori  
a termine*

La disciplina del diritto di precedenza dei lavoratori a termine nelle successive assunzioni effettuate dal datore di lavoro ha subito diverse modifiche nel corso degli ultimi anni nonché un recente intervento della Corte costituzionale che ha fornito l'occasione, tra l'altro, per porre qualche tassello nella complessa questione della portata della clausola di non regresso contenuta nelle direttive comunitarie di ultima generazione.

Com'è noto, la disciplina del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali era prevista originariamente dall'art. 23, l. n. 56/1987, successivamente abrogato dall'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001. La nuova disciplina del diritto di precedenza contenuta nell'art. 10, commi 9 e 10, d.lgs. n. 368/2001, che lo riconosceva in modo sicuramente più restrittivo, subordinandolo alla previsione della contrattazione collettiva, è stata abrogata dalla l. n. 247/2007 ed ha subito, poco dopo, la dichiarazione di illegittimità costituzionale (Corte cost. n. 44/2008). La sentenza della Corte costituzionale, in particolare, cancellando l'art. 10, commi 9 e 10, e l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, avrebbe ripristinato la disciplina di cui all'art. 23, comma 2, l. n. 56/1987. Tale previsione, tuttavia, si può ritenere sostituita da quella introdotta dall'art. 1, comma 42, l. n. 247/2007, che ha inserito nel corpo dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 il comma 4-quinquies. Quest'ultima norma, che riguarda esclusivamente i lavoratori stagionali, non è stata toccata dalla riforma introdotta con la l. n. 133/2008, in ragione del rischio di illegittimità costituzionale cui il legislatore si sarebbe esposto, alla luce della sentenza appena richiamata.

Oggetto di modifica, invece, è stata la disciplina del diritto di precedenza introdotta ex novo dalla l. n. 247/2007, cioè quella relativa al diritto di precedenza dei lavoratori che abbiano svolto almeno sei mesi di lavoro presso uno stesso datore di lavoro rispetto alle assunzioni effettuate da quest'ultimo nell'anno successivo (art. 5, comma 4-quater, d.lgs. n. 368/2001). Non è il caso, in questa sede, di ricordare i presupposti di applicazione della suddetta disciplina (per i quali si v. ancora il saggio in Note Informative, n. 41); rispetto a quella previsione, l'art. 21, comma 3 della l. n. 133/2008 affida ora alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre disposizioni diverse. Anche in questo caso il riferimento è ai contratti collettivi di qualsivoglia livello (nazionale, territoriale,

aziendale), purché stipulati dai soggetti sindacali comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale. Come per il caso precedente, anche in questa ipotesi il rinvio è pieno; la contrattazione collettiva, cioè, deve ritenersi abilitata ad introdurre previsioni sia migliorative che peggiorative. Si può ipotizzare l'introduzione di un periodo di lavoro più lungo o di diversi presupposti di applicazione (ad esempio un termine più breve entro il quale il lavoratore ha l'onere di dichiarare di volersi avvalere di tale diritto).

### *La revisione della disciplina del lavoro accessorio*

L'art. 22 della l. n. 133/2008 rivede la disciplina del lavoro accessorio contenuta negli artt. 70 ss. del d.lgs. n. 276/2003, da un lato ampliandone l'ambito di applicazione, dall'altro eliminando il carattere sperimentale della relativa disciplina. Per quanto riguarda la definizione di lavoro accessorio, non si registrano particolari novità: l'art. 70 definisce come tali le attività di natura occasionale (prima "meramente" occasionali) rese in alcuni ambiti oppure da particolari soggetti. Per quanto riguarda, in primo luogo, l'elenco delle attività per le quali è possibile ricorrere a lavoro accessorio, si può segnalare che la riforma ha eliminato per molte di esse il carattere della straordinarietà o dell'eccezionalità [si v. la precedente formulazione della lettera a) dell'art. 70: "piccoli lavori domestici a carattere straordinario"] ovvero il carattere di "marginalità" delle prestazioni lavorative, come nel caso della precedente lettera c) dell'art. 70 ("piccoli" lavori di giardinaggio).

La nuova disciplina si preoccupa poi di sottolineare che lo svolgimento delle attività lavorative di cui al 1° comma dà luogo a rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendo per tali quelle che non danno complessivamente luogo, con riferimento al medesimo committente, a compensi superiori a 5.000 € nel corso di un anno solare. Si può osservare che in questo caso non è previsto il limite, concorrente con il primo, di 30 giorni, per cui la natura del lavoro non muta automaticamente al superamento di detto periodo, come avviene per il lavoro occasionale ex art. 61, comma 2, d.lgs. 276/2003. Resta ferma, tuttavia, la possibilità di dimostrare che le prestazioni rese a favore di un soggetto con carattere di continuità e i requisiti propri della subordinazione siano da ricondurre al rapporto di lavoro subordinato.

Dal punto di vista dei soggetti, si registra un ampliamento del novero dei lavoratori che possono svolgere attività di lavoro accessorio. In precedenza, detti soggetti erano quelli che l'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, con una formulazione tra l'infinito e il ridicolo, individuava in generale tra i soggetti "a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro ovvero in procinto di uscirne", salvo poi definirli specificamente all'art. 71, oggi abrogato, come disoccupati da oltre un anno, casalinghe, studenti e pensionati, disabili e soggetti in comunità di recupero, nonché lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro. La nuova formulazione dell'art. 70 estende a tutti la possibilità di svolgere lavoro accessorio, prevedendo però che alcune attività (quelle indicate dalla lettera f) dell'art. 70) siano esclusivo appannaggio dei soggetti in possesso di determinati requisiti di età (studenti con meno di 25 anni e pensionati). Nel caso di cui alla lettera e), poi, la norma considera am-

*Esteso a tutti il diritto di svolgere attività lavorative di tipo "accessorio"*

missibile il ricorso al lavoro accessorio, a prescindere dalla tipologia di attività, quando si tratti di attività svolte nel periodo di vacanza da giovani con meno di 25 anni "regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado". A parte la difficoltà di individuazione del "periodo di vacanza" quando si tratti di studi universitari, una simile previsione potrebbe creare qualche problema in relazione al divieto di discriminazione sulla base dell'età di cui al d.lgs. n. 216/2003.

Per quanto riguarda i soggetti autorizzati alla gestione del lavoro accessorio, l'art. 72, comma 5, demanda al Ministero del lavoro l'individuazione del concessionario del servizio. Fino a tale individuazione, tuttavia, i concessionari sono l'INPS, le Agenzie per il lavoro di cui all'art. 4, comma 1, lett. a) e c) (Agenzie di somministrazione a tempo determinato e Agenzie di intermediazione) e i soggetti individuati dall'art. 6, commi 1, 2 e 3 (Università, Fondazioni Universitarie, Comuni, Camere di Commercio, Istituti secondari, associazioni datoriali e sindacali, enti bilaterali etc.) del d.lgs. 276/2003. Nella nuova formulazione della norma è scomparso il riferimento alla prima fase di sperimentazione che avrebbe dovuto essere avviata in alcune aree metropolitane specificamente individuate; se ne deduce che la nuova disciplina è ora di generale applicazione, alle condizioni stabilite dal d.lgs. n. 276/2003.

*La questione del valore retributivo del "buono" per il lavoro occasionale accessorio*

Per quanto riguarda il trattamento retributivo del lavoro accessorio, la l. n. 133/2008 elimina la tanto discussa norma che predeterminava il valore del buono in 7,50 € e stabiliva che al prestatore di lavoro dovesse essere corrisposta la somma di 5,80 € per ciascun buono (il resto doveva essere utilizzato per il versamento dei contributi e il compenso al concessionario). Ora la determinazione del valore del buono è affidata ad un Decreto del Ministro del lavoro, che lo dovrà stabilire tenendo conto della media delle retribuzioni rilevate per le attività lavorative affini e del costo di gestione del servizio. Non è chiaro che cosa si intenda per "media delle retribuzioni rilevate"; probabilmente la legge intendeva evitare il riferimento diretto alle retribuzioni previste dai contratti collettivi, per evitare possibili profili di incostituzionalità. Di fatto, tuttavia, la rilevazione avverrà sulla base delle retribuzioni contrattuali. Si può segnalare, in proposito, che a titolo sperimentale il valore complessivo del buono è stato fissato in 10 € (di cui 7,50 per il lavoratore, il resto contributi e costi di gestione del servizio) dal decreto del Ministero del Lavoro del 12 marzo 2008 emanato per la vendemmia nella provincia di Macerata.

Dal valore del buono devono essere detratti i contributi previdenziali (13% del valore del buono) e quelli assicurativi INAIL (pari al 7% del valore del buono); per l'impresa familiare, invece, trova applicazione la normale disciplina contributiva e assicurativa del lavoro subordinato.

Una particolarità rilevante risiede nel fatto che il compenso corrisposto al lavoratore è esente da qualsiasi imposizione fiscale, il che significa che non incide sul reddito imponibile, tra l'altro, ai fini IRPEF, nè sullo stato di disoccupato o inoccupato del prestatore di lavoro. Quest'ultima precisazione è molto opportuna; benché non espressamente previsto, si deve ritenere applicabile anche alla situazione dei lavoratori in mobilità, che dunque non perderanno né l'iscrizione nelle liste né l'indennità di mobilità per il fatto di svolgere lavoro accessorio.

### 3. Il lavoro intermittente: la rinascita della fenice

Il lavoro intermittente sembra tener fede al celeberrimo motto “nomina sunt consequentia rerum” (Giustiniano, Institutiones, libro II, 7, 3), dato che la sua disciplina appare e scompare al mutare dell’orientamento del Governo. Deve esistere un disegno strategico ignoto ai più se questo contratto, scarsamente utilizzato nella pratica se non con funzioni elusive della disciplina del lavoro subordinato, viene costantemente riproposto come strumento idoneo a garantire l’emersione dal sommerso di una quantità di prestazioni che non attenderebbero altro se non di essere regolate con uno strumento così duttile. La realtà è diversa, naturalmente; al di là dei moti di spirito, si può solo segnalare che, quantomeno, la ricomparsa sulla scena giuridica della fattispecie in esame ripropone tutte le questioni già sollevate dalla dottrina, a partire dall’inquadramento sistematico del contratto, anche alla luce delle indicazioni provenienti da una nota pronuncia della Corte di giustizia europea in merito. Da un lato, infatti, la sua riconducibilità al contratto di lavoro a tempo parziale ne fa dubitare della conformità alla Costituzione, stando alle indicazioni, ormai risalenti, della Corte costituzionale (il riferimento è alla sentenza del 1992, richiamata però recentemente nella decisione della Cassazione sul d.lgs. n. 368/2001), dall’altro, il fatto che detto contratto possa essere “in ogni caso” (e quindi senza il filtro delle esigenze individuate dai contratti collettivi) concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti di età inferiore ai 25 anni o superiore ai 45, anche pensionati, pone la questione della violazione del divieto di discriminazioni sulla base dell’età.

In relazione alla rinascita del lavoro intermittente, la legge n. 133/2008 decreta anche la scomparsa delle previsioni ad esso relative della l. n. 247/2007, che lo mantenevano in vita, subordinatamente alle previsioni dei contratti collettivi, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi (si rinvia al saggio pubblicato sul n. 41 di Note). Curiosamente, l’abrogazione è contenuta nella norma di cui all’art. 39, intitolata “Adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro”, che riguarda l’istituzione del libro unico del lavoro, al comma 10, lettera m). In quella stessa norma, fra l’altro, il legislatore non ha perso l’occasione di eliminare altre “fastidiose” disposizioni, come quella dell’art. 32, lett. d) della medesima l. n. 247/2007, che prevedeva che nell’esercizio della delega per la riforma degli incentivi all’occupazione il Governo dovesse prevedere aumenti contributivi per i contratti part-time con orario di lavoro inferiore alle 12 ore settimanali, al fine di disincentivarne la stipulazione.

Si può dire, con una battuta, che la lettura della l. n. 133/2008 riserva molte sorprese, per un lettore pronto a coglierle.

