

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

## *In questo numero*

### RICERCHE

*Il lavoro di ricerca in azienda*

### INTERVENTI

*Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti  
Deontologia e ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione*

### RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE

*I rinvii alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*

### GIURISPRUDENZA ITALIANA

*I contratti a termine nel settore delle poste  
Lavoro intermittente e discriminazione per età  
La Corte costituzionale sui precari della scuola  
La Corte costituzionale su diritto alle ferie  
Riparto probatorio e sussistenza della giusta causa di licenziamento  
Articolo 18 e lavoro pubblico contrattualizzato  
Condotta antisindacale e assemblea retribuita*

### LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE

*Dottorato industriale e ricerca in azienda  
Il credito d'imposta per personale qualificato in somministrazione di lavoro*

### GIURISPRUDENZA E POLITICHE COMUNITARIE DEL LAVORO

*Il caso Barbulescu c. Romania  
e il potere di controllo a distanza dopo il Jobs Act*

### OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

*Regno Unito - Il Minimum Wage  
Spagna - Le molestie sessuali sul luogo di lavoro  
Spagna - WhatsApp e rapporti di lavoro*

N. 4/XXVI - 2016



GIUFFRÈ EDITORE



**Ricerche: Il lavoro di ricerca in azienda e nel settore privato**

MICHELE TIRABOSCHI *L'inquadramento giuridico del lavoro di ricerca in azienda e nel settore privato: problematiche attuali e prospettive future*..... 933

GIACOMO BRASCHI *I diritti sulle opere dell'ingegno create dal ricercatore che lavora in azienda e nel settore privato in generale*..... 995

**Interventi**

GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI *Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti*..... 1009

MARCO FERRARESI *L'incidenza della deontologia e dell'ordinamento forensi sulla transazione e la conciliazione in materia di lavoro*..... 1052

**Relazioni industriali e Risorse umane**

MAURIZIO FALSONE *I rinvii alla contrattazione collettiva nel decreto legislativo n. 81/2015*..... 1073

**Osservatorio di giurisprudenza italiana**

CRISTINA ALESSI *I contratti a termine nel settore delle poste tra passato e futuro* (nota a Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11374)..... 1103

ENRICO GRAGNOLI *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età* (nota a Cass. 29 febbraio 2016, ordinanza n. 3982)..... 1111

MARIA DEL FRATE *La Corte costituzionale sulla vicenda dei precari della scuola: un intervento risolutivo?* (nota a C. cost. 20 luglio 2016, n. 187)..... 1119

MATTEO CORTI *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale* (nota a C. cost. 6 maggio 2016, n. 95)..... 1129

## 1. Lavoro a termine

1.1. Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n. 11374 (in [Boll. ADAPT](#), 2016, n. 41).

**Contratto di lavoro a tempo determinato - Art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001 - Imprese concessionarie di servizi nel settore delle Poste - Necessità di indicazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive - Esclusione - Disciplina della successione di contratti a tempo determinato - Contrasto con l'art. 5 dell'accordo-quadro allegato alla direttiva 99/70/CE - Esclusione - Applicabilità art. 1344 c.c. alla successione di contratti a termine.**

*Le assunzioni a tempo determinato effettuate da imprese concessionarie di servizi nel settore delle poste, che presentino i requisiti specificati dal d.lgs. n. 368/2001, art. 2, comma 1-bis, non necessitano anche dell'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. In relazione alla disciplina dei contratti a termine successivi, deve escludersi che la legislazione italiana sia omologabile alla normativa greca considerata dalla Grande sezione nel caso Adeneler e deve escludersi che in relazione ad essa possa porsi un problema di conformità all'accordo-quadro e specificamente di contrasto con la clausola n. 5. Le norme imperative che fissano limiti massimi di durata al rapporto tra uno stesso datore di lavoro ed uno stesso lavoratore superati i quali il rapporto diviene a tempo indeterminato, possono essere ancora eluse mediante contratti la cui causa in tal caso dovrà essere reputata illecita (art. 1344 c.c.).*

### I contratti a termine nel settore delle poste tra passato e futuro

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Clausole di contingentamento e requisiti causali. – 3. Contratti a termine successivi e conformità alla direttiva 99/70/CE. – 4. Contratti a termine successivi e frode alla legge.

1. Il contenzioso sulle assunzioni a termine nelle poste ha assunto nel corso degli ultimi anni dimensioni titaniche, tali da richiedere l'introduzione di una previsione specifica, l'art. 2, comma 1-bis del d.lgs. n. 368/2001 (inserito nell'art. 2 dall'art. 1, comma 558, l. 23 dicembre 2005, n. 266) che, sulla falsariga di quanto già stabiliva il primo comma del medesimo articolo per il settore del trasporto aereo, ha autorizzato la stipula di contratti a tempo determinato per una durata massima di 6 e 4 mesi a seconda dei periodi dell'anno e con il tetto massimo del 15% rispetto all'organico aziendale.

A questa apertura della legge verso le esigenze del settore si è aggiunta poi una prima previsione in ordine al risarcimento del danno (si tratta dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, inserito dal d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008), di portata generale ma chiaramente indirizzata a risolvere il contenzioso generato dalle Poste (sul punto si veda A. BOLLANI, *La disciplina del*

lavoro a termine di fronte alla Corte costituzionale, in *q. Rivista*, 2009, 739) che, dopo la (giusta) censura da parte della Corte costituzionale (C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *q. Rivista*, 2011, 1103 ss., con nota di A. BOLLANI, e in *RIDL*, 2012, II, 252 ss., con note di L. DI PAOLA e di L. ZAPPALÀ; si vedano anche le osservazioni di G. BOLEGO, *Sub art. 32*, in L. NOGLER, M. MARINELLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Utet, 2012, 314 ss., e di F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, 2014, 348), ha trovato una formulazione diversa (e costituzionalmente corretta) nell'art. 32 della l. n. 183/2010, anche in questo caso con un'attenzione particolare al settore postale (per un'analisi dell'art. 32 della l. n. 183/2010 si vedano, tra i molti, M.L. VALLAURI, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, 332 ss.; S.P. EMILIANI, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, 2011, 214 ss.). Si può segnalare, incidentalmente, che una recente sentenza delle sezioni unite ha ritenuto che il criterio di determinazione del danno previsto dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, debba essere utilizzato anche per il danno "comunitario" conseguente all'illegittimo utilizzo del contratto a termine da parte delle PA, esentando così il lavoratore dalla (difficile) prova del danno derivante dalla violazione della disciplina del contratto a termine (Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *RIDL*, 2016, II, 597 ss., con nota di V. ALLOCCA).

Le questioni controverse sono a questo punto divenute altre e gli interlocutori diversi: mentre davanti ai giudici nazionali si è sostenuta la tesi della necessaria indicazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive per la legittimità dei contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368/2001, di fronte alla Corte di giustizia europea si è aperto un contenzioso volto a far accertare la non conformità della normativa interna rispetto alle previsioni della direttiva 99/70/CE.

In questo complesso quadro si inserisce la sentenza della Corte di Cassazione in commento. Pur intervenendo su una disciplina ormai abrogata, la Corte intende fare chiarezza su alcuni profili della disciplina del contratto a termine che possono considerarsi attuali, anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015. Sul punto si avrà modo di tornare più avanti; si può anticipare fin d'ora, però, che la Corte intende anzitutto chiudere il dibattito sulla conformità della disciplina alla direttiva 99/70/CE su un aspetto, quello della successione di contratti, più volte portata all'attenzione della Corte di giustizia UE, e porre alcuni paletti rispetto alla possibilità di ricorrere all'istituto della frode alla legge. Non è un caso, infatti, che sulla questione sia stata richiesta la pronuncia a sezioni unite e che le prime pronunce della Cassazione successive a quella in esame si siano allineate a quest'ultima, adottando peraltro la motivazione succinta della decisione prevista dall'art. 118 disp. att. c.p.c., che consente di motivare facendo riferimento a precedenti conformi (si veda Cass.,

sez. un., 30 giugno 2016, n. 13375 e n. 13376, inedite a quanto consta). La stessa situazione si sta verificando su profili diversi, sui quali pure si è registrato, nel corso degli anni, un contenzioso seriale (si veda ad esempio Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *q. Rivista*, 2016, 828 ss., con commento di P. PASSALACQUA, *Le sezioni Unite sull'abuso del contratto a termine nella PA optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude?*). L'impressione è che la Cassazione intenda limitare per il futuro le controversie in materia di abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato, stabilendo alcuni punti fermi nell'interpretazione della disciplina legale.

2. La prima questione affrontata dalla Cassazione riguarda la questione dell'alternatività o meno dei requisiti richiesti dall'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 e di quelli richiesti dall'art. 2, commi 1 e 1-bis, del medesimo decreto (trasporto aereo e poste). Si tratta, in verità, di una questione sulla quale si registra un orientamento assolutamente consolidato in giurisprudenza, nel senso di ritenere che i requisiti richiesti dall'art. 2 (durata massima del contratto e percentuale di contingentamento) sono alternativi rispetto al requisito causale richiesto dall'art. 1.

La Corte giunge a detta conclusione secondo un percorso che poggia sulla lettera della legge, sulla collocazione sistematica della norma e, *last but not least*, sulla *ratio* della previsione. Quest'ultimo, forse, è il profilo che risulta più interessante. Secondo la Cassazione, in particolare, una volta che nei settori indicati dall'art. 2 si rispettano i requisiti (numerici e temporali) previsti dalla norma non è necessario indicare, ai sensi dell'art. 1, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che lo giustificano, perché «la valutazione in ordine alla sussistenza della giustificazione è stata fatta *ex ante* dal legislatore». Si tratta di un'osservazione condivisa da tempo dalla dottrina, che faceva osservare come la predeterminazione della durata massima dei contratti e del contingente di lavoratori da assumere costituiva un'oggettivazione delle esigenze tecnico-produttive, effettuata una volta per tutte dalla legge (si vedano C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, 64 ss.; M. MARAZZA, *Commento all'art. 2*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 368/2001*, in *NLCC*, 2002, 54 ss.). Nell'affermare il suddetto principio, inoltre, la Cassazione sottolinea come la posizione sia condivisa, oltre che dalla Corte costituzionale, anche dalla Corte di giustizia dell'UE alla quale la questione è stata più volte sottoposta. Occorre ricordare, infatti, che il dibattito più acceso in merito all'interpretazione della direttiva 99/70/CE è stato quello relativo all'obbligo o meno per gli Stati membri di vincolare la stipulazione di un contratto a termine (sia il primo che i successivi) alla sussistenza di ragioni oggettive. A partire da *Mangold* in poi (C. giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *FI*, 2006, IV 341 ss.; C. giust. 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki*, *ivi*, 2009, IV, 496 ss.; C. giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, *ivi*, 2010, IV, 541 ss.), la Corte di giustizia si è sempre espressa nel senso di

ritenere che la direttiva non imponga un siffatto obbligo, né per i contratti a termine successivi al primo, né per l'unico contratto a tempo determinato stipulato tra un datore di lavoro e un lavoratore. Quest'ultima affermazione è stata svolta con particolare nettezza proprio in un caso riguardante la previsione relativa alle Poste italiane, là dove la Corte di giustizia ha precisato che «nessuna disposizione dell'accordo quadro obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato [...] con ragioni obiettive» (C. giust. 11 novembre 2010 (ord.), C-20/10, *Vino I*, punto 59, in *FI*, 2011, IV, 461 ss.; C. giust. 22 giugno 2011 (ord.), C-161/11, *Vino II*, punto 29, ivi, 2012, IV, 155 ss.).

Le sentenze della Corte UE, com'è noto, hanno aperto la strada all'introduzione nel nostro ordinamento del contratto a termine c.d. "acausale", prima nella versione *light* di cui alla l. n. 92/2012 e poi nella versione *strong* di cui al d.l. n. 34/2014, trasfuso senza grosse modifiche nel d.lgs. n. 81/2015. Questi ultimi due provvedimenti hanno ribaltato il sistema su cui si reggeva l'apposizione del termine al contratto di lavoro, che è passato dalla tecnica della necessaria indicazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive a quella del rispetto dei limiti numerici e di durata stabiliti dalla legge (M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212; C. ALESSI, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in *DLRI*, 2015, 597 ss.). Per questo nuovo sistema si può dire, come si diceva in passato per l'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, che la legge ha predeterminato la quota di flessibilità che ogni datore di lavoro può utilizzare, attraverso la fissazione della quota di contingentamento, mentre l'interesse del lavoratore alla stabilizzazione del rapporto di lavoro è tutelato dai limiti di durata massima dei contratti a termine (secondo S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in *DLRI*, 2015, 616 ss., la percentuale di contingentamento è volta a limitare la precarietà in generale, mentre il tetto massimo di durata presidia la precarietà individuale). Si può ritenere, insomma, che l'eccezione prevista per il settore postale e per il trasporto aereo sia ormai divenuta la regola, dal momento che oggi la percentuale di contingentamento svolge la funzione che aveva in passato la causale legata alle esigenze oggettive (sul punto si rinvia a C. ALESSI, *Il sistema "acausale"*, cit., 600 ss.). Non a caso la nuova disciplina cancella la previsione esplicita per i settori in parola, con la conseguenza che anche ad essi si applica ormai la regola generale: percentuale del 20% e tetto massimo di durata (36 mesi), senza neppure i limiti temporali che in precedenza individuavano i periodi di maggiore intensità lavorativa. In futuro, dunque, il contenzioso su questa materia è destinato a scomparire.

Rimane invece attuale la questione dell'onere della prova del rispetto della clausola di contingentamento, che giurisprudenza e dottrina consolidate pon-

gono correttamente in capo al datore di lavoro proprio perché su di lui incombe la dimostrazione «dell'oggettiva esistenza delle condizioni che giustificano l'apposizione di un termine al contratto di lavoro» (Cass. 10 marzo 2015, n. 4764, in *MGC*, 2015). La sentenza in commento si limita a sfiorare l'argomento, dal momento che dichiara inammissibile la censura formulata dal ricorrente sullo specifico punto, ma sembra confermare l'orientamento maggioritario. Alla luce della giurisprudenza precedente, però, occorre segnalare che grava sul lavoratore l'onere di allegare il mancato rispetto della percentuale (App. Potenza 15 maggio 2015, inedita a quanto consta, reperibile nella banca dati *De Jure*). Viene però da chiedersi quale interesse dovrebbe avere il lavoratore a contestare il superamento della percentuale di contingentamento, dal momento che attualmente il d.lgs. n. 81/2015, all'art. 23, comma 4, esclude che dalla violazione di essa derivi la conversione in contratto a tempo indeterminato, essendo previste esclusivamente sanzioni amministrative (S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 616 ss.).

3. I profili più interessanti della sentenza, tuttavia, anche per i riflessi che la pronuncia è destinata ad avere in futuro, sono quelli che riguardano, da un lato, la conformità alla direttiva 99/70/CE della disciplina dei contratti a termine successivi prevista dalla nostra legislazione e, dall'altro, il possibile ricorso all'art. 1344 c.c. nel caso in cui i contratti a termine successivi siano formalmente rispettosi dei limiti stabiliti dalla legge.

È proprio in relazione a questi aspetti che è stata richiesta la pronuncia a sezioni unite, trattandosi, come dice la stessa Corte di questioni inerenti «a un contenzioso di natura seriale già cospicuo e destinato verosimilmente ad un ulteriore incremento, in presenza del quale appare necessario scongiurare l'eventuale formarsi di contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità» (punto 39 della sentenza). Non è un mistero, infatti, che negli ultimi anni il numero delle controversie sul contratto a termine nei settori delle poste e della scuola sia cresciuto in maniera esponenziale e abbia portato a un complesso intreccio di giudizi, anche tra le massime autorità nazionali ed europee (si veda sul punto L. CALAFA, *Il dialogo "multilevel" tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2015, II, 336 ss.).

Quanto al primo profilo, la Corte ricostruisce correttamente la portata e il contenuto della direttiva 99/70/CE in ordine alle misure volte a contrastare gli abusi nel ricorso a contratti a termine successivi, alla luce della giurisprudenza interna e di quella europea, intervenendo su un aspetto (quello relativo agli intervalli di "stacco" tra un contratto a termine e l'altro) che è stato spesso oggetto di attenzione in dottrina, almeno a partire dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia (C. giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *LG*, 2006, 971 ss.).

La Cassazione ricorda anzitutto che l'art. 5 della direttiva 99/70/CE stabilisce che le misure volte a evitare gli abusi nella successione di contratti a tempo determinato previste dalla stessa norma sono misure *alternative e non cumula-*

*tive*; per rispettare la previsione dell'art. 5, insomma, lo Stato membro è tenuto ad adottare una delle misure ivi indicate (ragioni obiettive per il rinnovo, durata massima dei contratti successivi, numero massimo di rinnovi) oppure una misura equivalente. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'interpretazione di detta previsione è ormai monolitica e appare dunque estremamente difficile contestare, da questo punto di vista, tanto la disciplina dell'ormai abrogato art. 2, d.lgs. n. 368/2001, quanto la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2015. La Cassazione, pertanto, liquida molto rapidamente le obiezioni del ricorrente che chiedeva di sollevare una questione pregiudiziale, spingendosi perfino a ventilare eventuali profili di responsabilità dei magistrati in relazione all'obbligo del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE (punto 66 della sentenza).

Quanto alla disciplina dei periodi di stacco tra un contratto a termine e l'altro, la Cassazione fornisce invece una risposta piuttosto articolata, con l'evidente proposito di chiudere definitivamente la questione. Il problema riguarda, com'è noto, il fatto che la normativa italiana (sia passata che presente) obbliga il datore di lavoro a rispettare, nel caso in cui intenda stipulare successivi contratti a termine con lo stesso lavoratore, un lasso di tempo minimo di 10 o 20 giorni a seconda della durata del primo contratto, a pena di conversione in contratto a tempo indeterminato del secondo contratto. Si tratta di una previsione molto simile a quella censurata dalla sentenza *Adeneler* (sul punto si veda A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di giustizia*, in *RGL*, 2006, II, 615 ss.), ma che se ne discosta per un profilo importante. Come sottolinea correttamente la Cassazione, infatti, la legislazione greca considera(va) successivi i soli contratti stipulati nell'arco di tempo indicato dalla previsione, mentre per la legge italiana sono successivi, ai fini del computo del termine massimo di durata fissato in 36 mesi, *tutti* i contratti a termine stipulati tra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di mansioni analoghe, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro. Da questo punto di vista, insomma, la disciplina italiana è di gran lunga più protettiva di quella greca, considerato anche che il superamento del fatidico limite di 36 mesi conduce alla conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto con il quale viene superato detto limite. A essere precisi, tra l'altro, un simile dubbio neppure poteva porsi nel sistema regolato dal d.lgs. n. 368/2001 (prima delle modifiche introdotte dalla l. n. 247/2007), che non prevedeva affatto un limite massimo di durata dei contratti a termine successivi; in quel caso, però, il limite all'abuso di contratti a termine era costituito dalla necessaria individuazione delle "ragioni obiettive" alla cui sussistenza era legata la legittima stipulazione del contratto a tempo determinato (così esattamente L. NANNIPIERI, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n. 368/2001 e 36, d.lgs. n. 165/2001*, in *RIDL*, 2006, II, 742 ss.), e tanto bastava ai fini del rispetto della direttiva 99/70/CE.

Per questi aspetti, non può dubitarsi della conformità della disciplina italiana rispetto a quella europea neppure, sottolinea la Corte, invocando l'interpretazione data alla direttiva 99/70/CE dalla sentenza *Fiamingo* (C. giust. 3 luglio 2014, C-362/13, *Fiamingo*, in *FI*, 2014, IV, 477 ss.), che ha considerato conforme alle previsioni europee l'art. 326 del codice della navigazione, secondo cui i contratti a termine nel settore marittimo si considerano ininterrotti se tra l'uno e l'altro intercorre un periodo non superiore a 60 giorni, periodo per l'appunto considerato congruo dalla Corte di giustizia. La sentenza in parola, anzi, rafforza le conclusioni della Cassazione, che sottolinea come nel caso del d.lgs. n. 368/2001 (e quindi, oggi, del d.lgs. n. 81/2015) i contratti a termine siano considerati successivi qualunque sia l'intervallo che intercorre tra di essi.

La Corte ricorda inoltre, richiamando alcuni precedenti giurisprudenziali, che la disciplina della successione di contratti a termine considera computabili all'interno del limite massimo di durata complessiva anche i contratti a termine stipulati prima dell'introduzione nel comma 4-bis nel corpo dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 (sul punto si veda V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *RIDL*, 2008, 196 ss.), il che vale naturalmente anche per la nuova disciplina di cui all'art. 19, d.lgs. n. 81/2015.

4. La Corte si occupa in poche, ma significative, righe della questione della utilizzabilità (residua), nel sistema dei limiti di durata delineato dal d.lgs. n. 328/2001 prima e dal d.lgs. n. 81/2015 poi, dell'istituto della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. per sanzionare il ricorso reiterato al contratto a tempo determinato (sul punto si veda, in generale, G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011, spec. 140 ss.), svolgendo osservazioni che forniscono spunti di particolare interesse per l'interpretazione della neoriformata disciplina del contratto a termine. La Corte, pur segnalando l'irrelevanza della questione nella controversia sottoposta alla sua attenzione, afferma tuttavia che le previsioni in materia di durata massima e di contratti a termine successivi hanno limitato al minimo i casi in cui può essere invocata la norma dell'art. 1344 c.c., come del resto la dottrina ha evidenziato da tempo (S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 620 ss.; per la disciplina previgente si veda V. SPEZIALE, *op. cit.*, 203 ss.). Secondo la Corte, in particolare, «i pregressi casi di reiterazione in *fraudem legis* sono divenuti veri e propri comportamenti *contra legem* espressamente sanzionati dall'art. 5, comma 4-bis» del d.lgs. n. 368/2001 (e oggi dall'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015). Delle due, quindi, l'una: o si superano i limiti massimi di durata, e allora scatta la sanzione legale, oppure si rispettano i suddetti limiti, e allora non si può ipotizzare una frode alla legge (in questo senso si sono espresse le sentenze delle sezioni unite successive alla pronuncia in commento: si veda Cass., sez. un., 30 giugno 2016, n. 13375 e n. 13376, inedite a quanto consta). A tale drastica affermazione, tuttavia, fa seguito un'apertura di non poco momento: secondo la Corte, infatti, vi sono ancora spazi per l'applicazione dell'art. 1344 c.c. e «ciò sembra ipotizzabile in casi estremi di utilizzazione

fraudolenta delle norme che escludono dal computo alcuni tipi contrattuali o mediante l'impiego del lavoratore in mansioni diverse», anche se dette ipotesi sono divenute «ancora più residuali a seguito degli ultimi sviluppi della normativa sul contratto a tempo determinato». Il fatto che i limiti massimi di durata siano (ampiamente) superabili sia attraverso il ricorso ad altre tipologie contrattuali (come la somministrazione) sia attraverso l'individuazione di mansioni di volta in volta diverse è stato giustamente segnalato anche in dottrina (M.T. CARINCI, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro?* *Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *RGL*, 2016, I, 323 ss.), anche se si è sostenuto che la modifica dell'art. 2103 c.c. rende più stringente il conteggio dei 36 mesi (S. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 616), dal momento che la nuova formulazione della norma impone di considerare analoghe le mansioni ricomprese nella stessa categoria.

Si può allora ritenere che un uso combinato e reiterato di contratti a termine e somministrazione di lavoro, pur nel rispetto del limite di 36 mesi (che riguarda, com'è noto, il solo contratto a termine), possa essere considerato in frode alla legge quando per le modalità con le quali si svolge possa ritenersi violato il principio solennemente affermato nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015 secondo il quale il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro (così, per la disciplina precedente, G. BOLEGO, *op. cit.*, 143). Una simile possibilità sembra essere ventilata dalla stessa Cassazione, là dove sottolinea che le norme in materia di limiti massimi di durata al contratto a termine «possono essere ancora eluse mediante contratti la cui causa in tal caso dovrà essere reputata illecita», con la conseguenza che la sequenza di contratti dovrà essere considerata un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'inizio e non, come nel caso del superamento del tetto di 36 mesi, a far data dall'ultimo contratto.

A questo punto, potrebbe porsi la questione della conformità alle direttive 2008/104/CE e 99/70/CE dell'esclusione dal computo del limite di 36 mesi delle missioni svolte nel quadro di un contratto di somministrazione di lavoro, dal momento che la combinazione tra le due tipologie contrattuali potrebbe condurre alla precarizzazione del rapporto di lavoro ben oltre il limite stabilito dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81/2015. Sul fronte europeo, però, la strada sembra difficilmente percorribile, come segnalato da attenta dottrina (M. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, 2015, 646 ss.), non fosse altro perché la direttiva 2008/104/CE in materia di lavoro tramite agenzia contiene una previsione antiabusiva di impareggiabile vaghezza (si rinvia sul punto alle osservazioni di M. AIMO, *op. cit.*, 648 ss.) e perché la Corte di giustizia ha chiaramente affermato che le disposizioni della direttiva 99/70/CE sono inapplicabili al lavoro tramite agenzia, perfino nel rapporto tra agenzia e lavoratori (C. giust. 11 aprile 2013, C-290/12, *Della Rocca*, in *q.*

*Rivista*, 2013, 835 ss., con nota di S.P. EMILIANI). Da questo punto di vista, dunque, sembra che non vi sia spazio per una sentenza di condanna da parte della Corte di giustizia: al di fuori dei rimedi espressamente previsti dal d.lgs. n. 81/2015, perciò, si potrà porre solo la questione della frode alla legge, nei limiti segnalati dalla Corte di Cassazione.

Cristina Alessi

Professoressa associata di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Brescia

## 2. Lavoro intermittente

2.1. Cass. 29 febbraio 2016, ordinanza n. 3982 (in *Boll. ADAPT*, 2016, n. 41).

**Lavoro intermittente - Contratto stipulato con persona di età inferiore ai venticinque anni - Discriminazione in base all'età.**

*Si chiede alla Corte di giustizia dell'Unione europea l'interpretazione in via pregiudiziale, con riferimento all'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003, per stabilire se la disposizione secondo cui il contratto di lavoro intermittente può essere concluso da persona di età inferiore a venticinque anni possa essere considerata contraria al principio di non discriminazione in base all'età, introdotto dalla direttiva 2000/78/CEE e, comunque, risultante dall'art. 21, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.*

### Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età

**Sommario:** 1. I presupposti per la stipulazione del contratto di lavoro intermittente. – 2. L'ordinanza della Suprema Corte e la compatibilità con il diritto comunitario di una sorta di obbligo di licenziamento per il raggiungimento di una età prefissata. – 3. La possibile giustificazione del limite di età previsto dall'allora vigente art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003.

1. L'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 non avrebbe potuto evitare di fare sorgere immediate perplessità, dopo gli interventi dell'art. 1, commi 21 e 22, della l. n. 92/2012, per cui, in deroga ai principi del comma 1, «il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno». Infatti, nel breve volgere di quattro anni e in uno dei primi casi con pronunce edite è stata sollevata una questione pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia. Nell'impostazione della l. n. 92/2012, la trasformazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 276/2003 si sarebbe dovuta ricollegare alla revisione degli spazi di azione