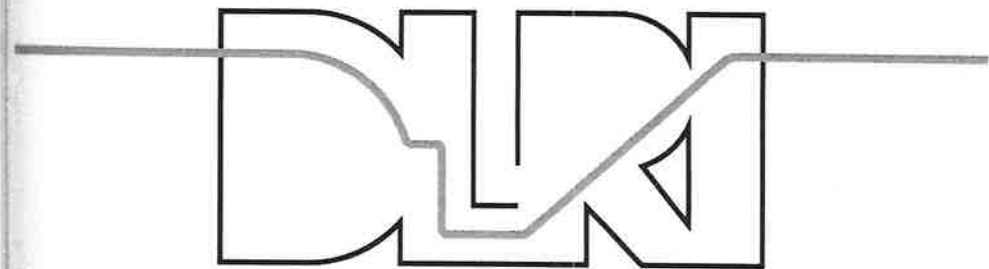


*Giornale di* n. 148, anno XXXVII, 2015, 4  
**DIRITTO DEL LAVORO e di**  
**RELAZIONI INDUSTRIALI**  
*fondato da Gino Giugni*

In questo numero

**Adams - Freedland - Prassi** *«Zero-Hours Contracts» in the United Kingdom* / **Romei - Voza** *Il contratto a tutele crescenti* / **Aimo - Albi - Alessi - Ciucciovino** *La nuova disciplina in materia di contratto a termine e somministrazione di lavoro* / **Bentivogli - Ciucciovino - De Biasi - De Luca Tamajo - Fadda - Tronti** *Il sistema retributivo premiale in Fiat-Chrysler Automobile*



Direzione: Francesco Liso e Silvana Sciarra

Redazione: Marzia Barbera, Laura Alba Bellardi, Lorenzo Bordogna, William Chiaromonte (coordinatore di redazione), Luisa Corazza, Pietro Curzio, Lorenzo Gaeta, Fausta Guarriello, Vito Leccese, Luca Nogler, Giovanni Orlandini, Paolo Pascucci, Luca Ratti, Orsola Razzolini, Roberto Romei, Valerio Speciale

Comitato scientifico internazionale: Aris Accornero, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Giovanni Cazzetta, Gian Primo Cella, Maurizio Cinelli, Carlo Dell'Aringa, Riccardo Del Punta, Raffaele De Luca Tamajo, Vincenzo Ferrari, Mark Freedland, Edoardo Ghera, Arturo Maresca, Luigi Montuschi, Marcello Pedrazzoli, Miguel Rodriguez-Piñero y Bravo Ferrer, Mario Rusciano, Spiros Simitis, Tiziano Treu, Bruno Veneziani

Comitato di valutazione: Nicola Countouris, Stefano Giubboni, Antonio Lo Faro, Adalberto Perulli, Franco Scarpelli, Antonio Viscomi

Segreteria di redazione: Giulia Proseccchi ([dtri@unifi.it](mailto:dtri@unifi.it))

Hanno collaborato a questo numero: Donato Marino, Daniela Schiuma

Il Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali partecipa alla *International Association of Labour Law Journals*.

Gli articoli, inediti e non sottoposti alla valutazione di altre riviste, devono essere proposti a questa rivista selezionando il bottone "Proporre un articolo" disponibile alla pagina di FrancoAngeli (<http://www.francoangeli.it/riviste/sommario.asp?IDRivista=19>).

Gli Autori devono uniformarsi ai criteri redazionali pubblicati sulla stessa pagina web. Ogni articolo sottoposto alla rivista sarà valutato da due referee anonimi, individuati al di fuori della redazione. La redazione può inoltre decidere di non sottoporre ad alcun referee l'articolo perché giudicato non pertinente per la rivista o non rigoroso né rispondente a standard scientifici adeguati. I giudizi dei referee saranno inviati all'autore anche in caso di risposta negativa. La valutazione sarà predisposta sulla base di una scheda resa disponibile ai valutatori attraverso il sistema *Open Journal System* e nel rispetto degli standard adottati dalle principali riviste internazionali.

A partire dal 2005, viene riservato uno sconto speciale del 15% sul canone di abbonamento ai **dottorandi, dottori di ricerca e ricercatori universitari** dietro presentazione di regolare autocertificazione da inviare via fax all'amministrazione unitamente alla ricevuta dell'effettuato versamento

Amministrazione, distribuzione, abbonamenti: viale Monza, 106, 20127 Milano - tel. 02.28.37.141; fax abbonamenti 02.26.14.19.58; e-mail: [riviste@francoangeli.it](mailto:riviste@francoangeli.it)

Abbonamenti: Per conoscere il canone d'abbonamento corrente, consultare il nostro sito ([www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it)), cliccando sul bottone "Riviste", oppure telefonare al nostro Ufficio Riviste (02-2837141) o, ancora, inviare una e-mail ([riviste@francoangeli.it](mailto:riviste@francoangeli.it)) indicando chiaramente il nome della rivista. Il pagamento potrà essere effettuato tramite assegno bancario, bonifico bancario, versamento su conto corrente, o con carta di credito.

L'abbonamento verrà attivato non appena giunta la notifica dell'avvenuto pagamento del canone. In caso di copia digitale, l'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 432 del 2.12.1978 - Direttore responsabile: Stefano Angeli - Trimestrale - Sped. in Abb. Post. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano - Copyright © 2016 by FrancoAngeli s.r.l. - Stampa Global Print s.r.l., Via degli Abeti n. 17/1, 20064 Gorgonzola (MI).

IV trimestre 2015 - Finito di stampare nel gennaio 2016

## SOMMARIO

### SAGGI

- Abi Adams, Mark Freedland, Jeremias Prassl, «Zero-Hours Contracts» in the United Kingdom: Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity? pag. 529

### OPINIONI E RASSEGNE

- La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione, di Roberto Romei » 557
- Licenziamenti illegittimi e reintegrazione: le nuove mappe del Jobs Act, di Roberto Voza » 575
- Il sistema "acausale" di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità, di Cristina Alessi » 597
- Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act, di Silvia Ciucciiovino » 611
- Il rapporto fra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente, di Pasqualino Albi » 625
- La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?, di Mariapaola Aimò » 635
- Il sistema retributivo premiale in Fiat-Chrysler Automobile (FCA). Elementi di un nuovo modello contrattuale?, di Silvia Ciucciiovino e Leonello Tronti » 651
- Interventi di Sebastiano Fadda, Pietro De Biasi, Marco Bentivogli e Raffaele De Luca Tamajo » 657
- Notizie sugli autori » 675
- Indice generale 2015 » 677

## IL SISTEMA “ACAUSALE” DI APPOSIZIONE DEL TERMINE E DI RICORSO ALLA SOMMINISTRAZIONE: COME CAMBIA IL CONTROLLO SULLA FLESSIBILITÀ

di Cristina Alessi

1. Il sistema acausale di ricorso al contratto a termine e alla somministrazione a tempo determinato. 2. Ricorso a termine e somministrazione e limiti percentuali. 3. Le ipotesi escluse dal limite percentuale. 4. Come cambia il controllo sulla flessibilità. Il controllo del giudice... 5. ...e quello della contrattazione collettiva.

1. La disciplina del contratto a termine e quella della somministrazione di lavoro sono senza dubbio tra quelle che nel corso degli ultimi anni sono state sottoposte a maggiori tensioni regolative<sup>1</sup>. Pur trattandosi di strumenti che richiedono differenti approcci quanto ad alcuni profili<sup>2</sup>, non c'è dubbio però che dal punto di vista della funzione di risposta ad esigenze di incremento dell'organico dell'impresa si tratti di tipologie equipollenti<sup>3</sup>. Non è un caso che il percorso di riforma abbia interessato in parallelo le due figure contrattuali, non da ora.

La modifica più rilevante alla disciplina di termine e somministrazione è senz'altro il passaggio dal sistema causale a quello acausale, un sistema cioè in cui il datore di lavoro non è tenuto a dimostrare la sussistenza di specifiche ragioni tecniche, organizzative e produttive per l'accesso alle tipologie contrattuali in esame. Si tratta di un vero e proprio mutamento di paradigma<sup>4</sup> nel controllo sulla flessibilità, che deve essere letto, come si avrà modo di dire, in connessione con la riforma della disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi<sup>5</sup> e che sposta decisamente il punto di equilibrio tra gli interessi coinvolti nella disciplina del lavoro

<sup>1</sup> Si tratta certamente delle tipologie più colpite dalle «ondate di flessibilità» che hanno investito il nostro diritto del lavoro. Si v. Zoppoli L., 2014, 4.

<sup>2</sup> Romei, 2014, 677; Tiraboschi, 2015; Bollani, 2013, 17 ss.

<sup>3</sup> In effetti, la somministrazione di lavoro pone da sempre il problema della distinzione dall'interposizione illecita, per la quale sono approntati specifici profili di disciplina. Non si può negare, tuttavia, come sotto il profilo funzionale i due strumenti presentino rilevanti analogie «essendo entrambe le strutture negoziali riguardate dall'ordinamento come strumenti obbiettivamente alternativi di acquisizione, diretta e indiretta, di prestazioni lavorative temporanee» (così Cass. 6.10.2014 n. 21001, *LG*, 2015, 174 ss., nt. Bavasso). Sul punto si v. Ciucciiovino 2013, 103 ss.; Alessi 2012, 7 ss.

<sup>4</sup> Parla del *Jobs Act* come «prodotto di un cambio del paradigma normativo del diritto del lavoro» Perulli, 2015, 5.

<sup>5</sup> Come conferma l'indagine comparata. Si v. Biasi, 2014, spec. 784 ss.

flessibile a favore delle esigenze dell'impresa. Come è stato esattamente osservato, «non si tratta più di un regime eccezionale edificato sulle fondamenta della regola generale»<sup>6</sup>, ma di un sistema completamente diverso, in cui anche la stessa parola «acausale» perde di significato, dal momento che viene a mancare il termine di riferimento, il contratto, per l'appunto, causale<sup>7</sup>.

Il senso profondo di questa novità si comprende ragionando sulla logica sottesa al collegamento tra legittima apposizione del termine e esigenze organizzative e produttive. Nel sistema disegnato prima dalla l. n. 230/1962 e poi dal d.lgs. n. 368/2001, l'apposizione del termine era consentita all'autonomia delle parti solo in presenza di «un interesse meritevole di tutela ulteriore rispetto a quello fondamentale»<sup>8</sup> espresso dalle ipotesi tipiche previste dalla legge e integrate dalla contrattazione collettiva, prima, e dalle esigenze tecniche, organizzative, produttive e sostitutive, poi. Nel caso della somministrazione di lavoro, il passaggio dalla l. n. 196/1997 al d.lgs. n. 276/2003 ha seguito lo stesso percorso, segnato inizialmente dalla previsione di ipotesi tipizzate con apertura alla contrattazione collettiva per arrivare poi alla previsione di una causale generale identica a quella prevista per il contratto a tempo determinato<sup>9</sup>. L'unica differenza di rilievo nel ricorso alle due tipologie contrattuali poteva intravedersi nel requisito della temporaneità delle esigenze datoriali che la dottrina aveva da subito ritenuto necessario ai fini della legittima apposizione del termine<sup>10</sup> e che, invece, alcune sentenze di legittimità hanno ritenuto non richiamabile per la somministrazione di lavoro<sup>11</sup>, sulla scorta delle indicazioni di una parte della dottrina<sup>12</sup>.

La storia della disciplina del termine e della somministrazione, insomma, mostra un progressivo allentamento dei vincoli all'utilizzo della flessibilità, nella direzione di un ampliamento delle possibilità di ricorso a tipologie contrattuali atipiche, ma in un quadro di aperture sempre controllate<sup>13</sup>, a cui si accompagnava una disciplina dei licenziamenti rigida, fondata sulla reintegrazione nel posto di lavoro. Da questo punto di vista, sono condivisibili le osservazioni di chi sottolineava, già nel vigore della l. n. 230/1962, l'intreccio tra le due normative ai fini della lettura del modello di controllo della flessibilità introdotto dal legislatore<sup>14</sup>. Il valore della

<sup>6</sup> Carinci F., Zilio Grandi, 2014, III ss.

<sup>7</sup> Si v. anche il contributo di Albi, in questo numero.

<sup>8</sup> Occhino, 2000, 25.

<sup>9</sup> Aimo, 2014, 415 ss.; Lamberti, 2014, 15 ss.

<sup>10</sup> Speciale, 2001.

<sup>11</sup> Cass. 15.7.2011 n. 15610, *DPL*, 2013, 740. In verità, la sentenza non fa chiarezza sul punto specifico e le successive decisioni della Cassazione hanno spesso valutato come legittimi contratti di somministrazione aventi a oggetto attività eccezionali/temporanee. Si v., ad es., Cass. 6.10.2014 n. 21001, cit.; Cass. 1.8.2014 n. 17540, *FI*, 2014, I, 2139. La giurisprudenza di merito, peraltro, ha continuato a richiedere, ai fini del legittimo ricorso alla somministrazione, la sussistenza di esigenze di carattere temporaneo. Si v., per tutte, A. Brescia 8.5.2014, *QGL*, 2015, I, 32 ss. Sulla giurisprudenza in materia si v. Gentile, 2014, spec. 138 ss.

<sup>12</sup> Bollani, 2013, 17; Ciucciiovino, 2008, 129 ss.

<sup>13</sup> Si v. sul punto Zappalà, 2012, 43 ss.; Saracini, 2013, 15 ss.

<sup>14</sup> Roccella, 1990, 76 ss.

stabilità del rapporto di lavoro, in altre parole, si traduceva nella fissazione di vincoli al potere di licenziamento e di controllo sull'utilizzo delle tipologie contrattuali atipiche attraverso la preventiva definizione di ipotesi di ammissibilità riconducibili a interessi tipici dell'impresa<sup>15</sup>. Perfino là dove la legge ammetteva la possibilità di ricorso al contratto a termine senza l'indicazione delle ragioni giustificative, la giurisprudenza intravedeva ipotesi di «tipizzazione legislativa di ipotesi di valida apposizione del termine»<sup>16</sup>, riconducibili pur sempre a un modello di impresa nel quale il ricorso alla flessibilità fosse legato a ragioni obiettive, che rendessero ragionevole l'utilizzazione temporanea delle prestazioni di lavoro secondo canoni di razionalità e di buon agire imprenditoriale<sup>17</sup>.

Con il passaggio al sistema «acausale» di ricorso al contratto a termine e alla somministrazione di lavoro<sup>18</sup> l'equilibrio appena visto viene completamente modificato<sup>19</sup>. Il datore di lavoro, nell'ambito della soglia numerica stabilita dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva può usufruire delle risorse di flessibilità garantite dall'ordinamento senza dover dimostrare, in caso di contestazione, la presenza di ragioni organizzative e produttive. L'ordinamento rinuncia così al controllo di merito sulla razionalità dell'agire imprenditoriale, in questa materia, risultando a questo punto del tutto indifferente la ragione per la quale il datore di lavoro ricorre alla flessibilità<sup>20</sup>. Nell'ambito della percentuale di contingentamento stabilita dalla legge, insomma, vige una sorta di presunzione (assoluta) di razionalità, al punto che la differenza tra assunzione a termine (o somministrazione) e assunzione diretta a tempo indeterminato è ormai priva di qualsivoglia elemento distintivo, *in primis* il criterio della temporaneità dell'esigenza datoriale. Da questo punto di vista, insomma, l'affermazione secondo la quale il contratto a tempo indeterminato rappresenta la «forma comune» dei rapporti di lavoro perde di significato, anche se è innegabile che il mantenimento di limiti (sia pure deboli) di ricorso a contratto a termine e somministrazione non rende totalmente indifferente la scelta per l'una o l'altra tipologia contrattuale<sup>21</sup>.

Un simile approccio può dirsi in linea con l'idea secondo cui l'impresa rappresenta una sorta di sistema dotato di regole e di razionalità proprie<sup>22</sup>, rispetto al quale l'ordinamento agisce dettando limiti legati a esigenze di tutela di diritti della persona che lavora, ma non interferisce con le scelte organizzative e gestionali proprie dell'imprenditore, almeno finché queste non incidono in maniera eccessiva sull'interesse alla stabilità del rapporto di lavoro. Nel caso del contratto a termine, la linea di confine è tracciata, più che dalla percentuale di contingentamento, dal

<sup>15</sup> Si v. Napoli, 2002a.

<sup>16</sup> Sono le parole di C. cost. 8.7.2009 n. 214. Sul punto si rinvia a Alessi, 2012, 64 ss.

<sup>17</sup> Si v. le osservazioni di Perulli, 2002, 374.

<sup>18</sup> Il passaggio al sistema acausale è avvenuto, sia per il contratto a termine che per la somministrazione di lavoro, prima del d.lgs. n. 81/2015 con il d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014.

<sup>19</sup> Zoppoli L., 2014, 21 lo definisce «contratto senza equilibrio contrattuale».

<sup>20</sup> Di «enorme discrezionalità di gestione» parla Lassandari, 2014, 67.

<sup>21</sup> Magnani, 2014, 5; Romei, 2014, 677.

<sup>22</sup> Barbera, 2014, 637 ss.

limite dei 36 mesi di durata complessiva dei rapporti a termine, oltre i quali non a caso la legge prevede la conversione in contratto a tempo indeterminato. Una conferma si può ricavare proprio dal confronto con la (nuova) disciplina sanzionatoria del licenziamento per ragioni oggettive, nella quale l'assenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro non può mai condurre al ripristino del rapporto, ma solo a una sanzione economica. In questo caso, pur a fronte del controllo giudiziale sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo, la legge riconosce al datore di lavoro la possibilità di mantenere ferma la propria decisione. Lo stesso vale per il superamento della percentuale di contingentamento prevista dalla legge per il contratto a termine (ma non per la somministrazione). Sia nel caso del licenziamento per ragioni economiche che nel caso del ricorso al termine, insomma, le scelte di dimensionamento dell'organico operate al di fuori dei confini tracciati dalla legge vengono sanzionate solo economicamente<sup>23</sup>, ferma restando l'effettività delle scelte medesime<sup>24</sup>. Ciò non significa, come si è cercato di dire, che l'ordinamento rinunci al controllo su tali scelte, ma solo che il controllo si svolge secondo forme e modalità diverse e che la violazione dei limiti ordinamentali è sanzionata con una pena pecuniaria. Da questo punto di vista, allora, si può discutere dell'efficacia delle sanzioni e del loro carattere di dissuasività rispetto alla condotta illegittima del datore di lavoro, ma non pare corretto ritenere che le legge abdichi totalmente la sua funzione di argine alla discrezionalità imprenditoriale.

Come è stato sottolineato di recente, il riconoscimento di una posizione di supremazia al datore di lavoro non esclude affatto «che un giudice possa controllare se l'esercizio del potere da parte dell'imprenditore si è mantenuto all'interno dei suoi limiti oggettivi»<sup>25</sup>; anche nel nuovo disegno della flessibilità del lavoro il controllo del giudice, sia pure solo sulle soglie numeriche, viene mantenuto

2. Come si è detto, l'apposizione del termine e il ricorso alla somministrazione sono ormai svincolati dalla sussistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive, cosicché la legittima apposizione del termine è subordinata esclusivamente al rispetto di limiti numerici coordinati tra loro (percentuale di contingentamento e durata massima) e il ricorso alla somministrazione ai limiti quantitativi stabiliti dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore. In quest'ultimo caso, dunque, sembra di potersi dire che il ricorso alla somministrazione è consentito ai soli datori di lavoro che applichino effettivamente un contratto collettivo, secondo la logica premiale spesso collegata alla disciplina della flessibilità del lavoro.

Il rispetto della percentuale di contingentamento può considerarsi oggi l'equivalente funzionale della causale giustificativa del vecchio sistema, dal momento che a detto rispetto è collegata la legittima apposizione del termine o il ri-

corso alla somministrazione. Questo è un profilo che deve essere sempre tenuto in considerazione nell'interpretazione della disciplina legale.

Una simile impostazione del rapporto tra lavoro a tempo indeterminato e lavoro flessibile implica, come si è detto, la rinuncia al controllo di razionalità nell'esercizio del potere del datore di lavoro in materia di lavori atipici, da un lato, e il riconoscimento che nell'esercizio dell'attività di impresa è necessaria una quota di lavoro flessibile<sup>26</sup>, la cui quantificazione è lasciata alla legge o alla contrattazione collettiva, dall'altro. All'interno della quota, insomma, la legge presume (*iuris et de iure*) l'esistenza di una ragione tecnica, organizzativa e produttiva ed esenta il datore di lavoro dall'onere di provarla. Ciò implica, come si è cercato di dire, un mutamento profondo della tecnica di controllo della flessibilità, attraverso la predeterminazione della quota di contingentamento, che rappresenta l'oggettivazione (in termini quantitativi) delle esigenze tecniche, organizzative e produttive e sostitutive.

Da questo punto di vista, la tecnica adottata dalla legge non è dissimile da quella in precedenza utilizzata per i contratti a termine delle poste e del trasporto aereo, in cui le esigenze produttive e organizzative si presumevano esistenti in alcuni periodi predeterminati dell'anno. Rispetto a quella tecnica, tuttavia, nel sistema di cui al d.lgs. n. 81/2015, il legislatore rinuncia anche alla preventiva tipizzazione delle ipotesi, garantendo al datore di lavoro l'utilizzo di una quota di flessibilità a prescindere dalle ragioni che la motivano. Ciò significa che, nell'ambito della quota stabilita dalla legge, per la legge è del tutto indifferente che i lavoratori a termine o somministrati siano destinati a ricoprire una posizione che fa parte dell'organico stabile dell'impresa; la differenza tra contratto a tempo indeterminato e contratti flessibili, all'interno della quota di contingentamento, perde perciò ogni consistenza.

In quest'ambito, dunque, la discrezionalità del datore di lavoro è massima; ma la legge consente al datore di lavoro di far ricorso a contratti a termine e somministrazione anche oltre la soglia percentuale, pur con l'aggravio economico derivante dalla sanzione amministrativa prevista dall'art. 23, c. 4, del d.lgs. n. 81/2015 (20% o 50% della retribuzione a seconda che i lavoratori assunti oltre la quota siano uno o più). Anche questo è un segnale importante del già ricordato mutamento del "paradigma" del diritto del lavoro, che si può comprendere se si pone mente al rilievo sistematico della previsione, da un lato, e al parallelo con la disciplina del licenziamento per ragioni oggettive, dall'altro.

Sotto il primo profilo, il fatto che l'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro non comporti più la conversione in contratto a tempo indeterminato sembra contrastare con la natura di clausola accessoria del termine rispetto al contratto di lavoro<sup>27</sup>. In altre parole, la previsione dell'art. 23, c. 4, costituisce una rilevante eccezione alla regola della durata normalmente indeterminata del contratto di lavoro subordinato, di talché si può ritenere che oggi l'affermazione secondo la quale il contratto a tempo indeterminato rappresenta la «forma comune» dei rapporti di lavoro non abbia affatto lo stesso significato di prima. La deviazione dal modello tipico di rapporto di lavoro, insomma, non comporta sempre, in caso di

<sup>23</sup> Sul sistema delle sanzioni si v. il saggio di Ciucciiovino, in questo numero.

<sup>24</sup> Da questo punto di vista, si può concordare con chi sottolinea che «oggi il diritto del lavoro è sempre più il "diritto del datore di lavoro-imprenditore"»: si v. Speciale, 2010, 4-5.

<sup>25</sup> Come ci ricorda Denozza, 2015, 52; si v. anche le condivisibili osservazioni di Perulli, 2015, 91 ss.

<sup>26</sup> Bollani, 2013, 98.

<sup>27</sup> Sul punto si v. Vallauri, 2013, 328 ss.

illegittimità, la conversione in contratto a tempo indeterminato, il che fa perdere a quest'ultimo la funzione di modello di riferimento cui ricondurre i rapporti di lavoro atipici in caso di violazione della disciplina limitativa a loro riservata<sup>28</sup>.

Il secondo aspetto è collegato al primo e costituisce espressione del nuovo atteggiamento del legislatore rispetto alla discrezionalità del datore di lavoro nelle scelte organizzative. Ci si riferisce al fatto che le scelte relative al dimensionamento dell'impresa restano in larga misura intoccabili dal giudice, anche se si collocano al di fuori dei limiti tracciati dalla legge. Tanto nel caso del superamento dei limiti numerici per il ricorso al contratto a termine, quanto nell'ipotesi di assenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, infatti, la sanzione è solo economica, il che consente al datore di lavoro di calcolare *ex ante* il costo della illegittimità della propria scelta organizzativa. A questo punto, l'ampiezza della discrezionalità del datore di lavoro nelle scelte organizzative che eccedono i limiti disegnati dalla legge si misura in ragione dell'efficacia dissuasiva della sanzione economica, che in entrambi i casi sembra piuttosto limitata.

In questo quadro risulta distonica la disciplina della somministrazione di lavoro, dal momento che l'art. 38 del d.lgs. n. 81/2015 prevede che la somministrazione che avvenga fuori dalle condizioni (tra l'altro) di cui all'art. 31, c. 2, possa condurre alla costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione. Nella scelta legislativa ha senza dubbio pesato, in questo caso, l'assenza di altri limiti nel ricorso alla somministrazione, dal momento che in questo caso, a differenza di quanto avviene per il contratto a termine, non vi sono tetti massimi di durata né di numero di rinnovi<sup>29</sup>.

3. Le conseguenze del passaggio dal sistema causale al sistema numerico di ricorso al contratto a termine e alla somministrazione di lavoro si riflettono anche sulla disciplina delle ipotesi escluse dal computo nella quota di contingentamento previste, rispettivamente, dall'art. 23, c. 2, e dall'art. 31, c. 2, del d.lgs. n. 81/2015. Si tratta, nel primo caso, di ipotesi prevalentemente legate a esigenze oggettive di apposizione del termine, come le fasi di avvio di nuova attività e di costituzione di *start up* innovative, lo svolgimento di attività stagionali, l'assunzione per specifici spettacoli o programmi televisivi, la sostituzione di lavoratori assenti, peraltro già previste dal d.lgs. n. 368/2001 (art. 10, c. 7) e dal d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012 (art. 28). Nel vigore della precedente disciplina tutti questi casi potevano considerarsi ipotesi tipizzate di sussistenza delle ragioni organizzative e produttive, alle quali la legge annetteva anche il beneficio dell'esclusione dal computo dei limiti percentuali. Il d.lgs. n. 81/2015 prevede poi alcuni casi di esclusione dal computo del limite percentuale legati a ragioni soggettive, uno per il contratto a termine (l'assunzione di lavoratori ultracinquantenni di cui all'art. 23, c. 2, lett. f) e tutti quelli previsti per il contratto di somministrazione (lavoratori in mobilità, lavoratori che fruiscono di indennità di disoccupazione o di ammortizzatori sociali, lavora-

tori «svantaggiati» e «molto svantaggiati» ai sensi del Reg. UE n. 651/2014). A questi si aggiungono i casi dei contratti stipulati con università e istituti pubblici e privati di ricerca, ai sensi dell'art. 23, c. 3.

Se la *ratio* della fissazione di limiti percentuali in luogo della causale giustificativa è, come si è cercato di dire, il riconoscimento di una quota "fisiologica" di flessibilità che il datore di lavoro può utilizzare senza controlli sul merito dell'esercizio del proprio potere, i casi esclusi dal computo costituiscono ipotesi in qualche misura eccezionali rispetto al normale andamento dell'attività produttiva o che si giustificano in relazione al tipo di attività, come il caso dei lavori stagionali o dei contratti stipulati con le università e gli enti di ricerca.

Le ipotesi soggettive, invece, evidenziano la funzione di strumenti di ingresso o reingresso nel mercato del lavoro del contratto a termine e della somministrazione; si tratta di una funzione non nuova al diritto del lavoro<sup>30</sup>, non solo italiano, ed è significativo che gran parte delle ipotesi siano riservate alla somministrazione di lavoro, che nell'ottica della direttiva 2008/104/CE ha in prevalenza una funzione di incremento dell'efficienza del mercato del lavoro. Qualche perplessità solleva, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, l'esclusione dal computo del tetto percentuale per i lavoratori ultracinquantenni, sia perché potrebbe essere considerata una discriminazione sulla base dell'età<sup>31</sup>, sia perché la disposizione costituisce un regresso rispetto alla previsione dell'art. 10, c. 7, lett. d, del d.lgs. n. 368/2001, che fissava a 55 anni la soglia oltre la quale l'assunzione a termine non incidere sulla percentuale di contingentamento. La situazione, insomma, è esattamente simmetrica a quella analizzata dalla Corte di giustizia nel celeberrimo caso *Mangold*<sup>32</sup>, se si pone mente al fatto che oggi, come si è visto, il rispetto del limite numerico costituisce l'equivalente funzionale della giustificazione per l'apposizione del termine.

Guardando però alla giurisprudenza della Corte di giustizia, specie la più recente, viene da pensare che difficilmente una previsione di questo genere possa essere censurata perché in della violazione della direttiva 99/70/CE, dal momento che la perdurante crisi occupazionale e la fascia d'età dei lavoratori interessati possono essere facilmente adottati a giustificazione di misure incentivanti la loro collocazione o ricollocazione sul mercato del lavoro e che la misura non pare sproporzionata rispetto all'obiettivo, dal momento che per questi soggetti viene meno solo il limite legato alla quota di contingentamento, ma non i limiti di durata<sup>33</sup>. Lo stesso può dirsi per le ipotesi soggettive di ricorso alla somministrazione, che non a caso si riferiscono alla definizione delle situazioni di svantaggio di cui al regolamento

<sup>30</sup> Ciucciiovino, 2013, 125 ss.

<sup>31</sup> Sulle discriminazioni sulla base dell'età si v., per tutti, Bonardi, 2007, 125 ss.

<sup>32</sup> Sul quale si v. Calafà, 2006. Per l'evoluzione successiva della giurisprudenza della Corte di giustizia si v. Izzi, 2012.

<sup>33</sup> In *Mangold* la legge che consentiva l'assunzione di lavoratori ultracinquantenni senza alcuna limitazione è stata considerata sproporzionata rispetto all'obiettivo di favorire l'occupazione della fascia di lavoratori in questione, anche se di per sé detto obiettivo poteva giustificare una deroga all'applicazione della direttiva 99/70/CE. Cgce 22.11.2005, *Mangold*, causa C-144/04, punti 54, 60 e ss. della motivazione.

<sup>28</sup> Fontana, 1993, 363 ss.

<sup>29</sup> Su questi aspetti si rinvia al saggio di Ciucciiovino, in questo numero.

651/2014; in questo caso però l'esclusione potrebbe risultare più difficile da giustificare dal momento che, come si è detto, per la somministrazione non vi sono limiti di durata o di numero di rinnovi.

L'assenza dei requisiti richiesti dalla legge per l'esclusione del computo deve essere riguardata nell'ottica del nuovo sistema di apposizione del termine o di ricorso alla somministrazione; ciò significa che i contratti stipulati al di fuori dei casi stabiliti dalla legge semplicemente perdono il beneficio dell'esclusione dal computo della percentuale, il che può avere conseguenze diverse a seconda che si tratti di contratto a termine o somministrazione. Se il computo di detti contratti non fa superare la quota di contingentamento al datore di lavoro non può essere applicata nessuna sanzione; in caso contrario, potranno essere applicate le sanzioni economiche previste dall'art. 23, c. 4, per il contratto a termine e la conversione in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore prevista dall'art. 38, c. 2, in caso di somministrazione.

4. Il passaggio dal sistema causale a quello numerico ha conseguenze di rilievo anche sul modello di controllo giudiziale e sulle prerogative della contrattazione collettiva nella gestione della flessibilità.

Per quanto riguarda il primo aspetto, non c'è dubbio che le nuove previsioni inibiscano al giudice il controllo sulle ragioni che giustificano il ricorso alla flessibilità, portando dunque al livello più elevato una tendenza che ha cominciato da tempo a farsi strada nella legislazione, attraverso le previsioni sull'impossibilità per il giudice, a fronte di norme di carattere generale<sup>34</sup>, di sindacare scelte discrezionali dell'imprenditore/datore di lavoro, specialmente in punto di dimensionamento della propria organizzazione produttiva. Che i provvedimenti assunti nel quadro del c.d. *Jobs Act* risentano di questo atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'intervento del giudice e che questo comporti, correlativamente, un'apertura di credito molto ampia nei confronti della discrezionalità del datore di lavoro è innegabile. Si tratta di una conferma della tendenza al superamento del «controllo esterno dei valori e degli interessi di cui l'impresa è portatrice», da cui deriva il «conseguente declino anche del sindacato giudiziale» sui vincoli cui l'impresa è soggetta<sup>35</sup>. Per restare al tema di questo lavoro, lo spazio di intervento del giudice è senz'altro ridotto: la verifica della legittima apposizione del termine e del legittimo ricorso alla somministrazione di lavoro costituiscono ormai un'operazione automatica, dal momento che i limiti sono tutti di carattere numerico<sup>36</sup> (20%, 36 e 5). L'adozione del sistema acausale comporta anche, di converso, che una volta superati detti limiti, in particolare quelli percentuali, non sia possibile dimostrare la sussistenza di una ragione oggettiva di carattere temporaneo per evitare l'applicazione delle sanzioni. Per questa ragione è prevedibile che il contenzioso in materia sarà

<sup>34</sup> Per il dibattito sulla nozione di clausole generali e norme generali si v., per tutti, Loy, 2015.

<sup>35</sup> Le citazioni sono tratte da Barbera, 2014, 637

<sup>36</sup> Brollo, 2014, 566 ss.

praticamente annullato, dal momento che difficilmente ci si presenterà davanti al giudice per far valere eventuali errori di calcolo: una volta accertato il superamento dei limiti, la controversia verrà presumibilmente chiusa già in fase conciliativa, almeno per quanto riguarda il contratto a termine, data la calcolabilità delle sanzioni. Tra l'altro, in quest'ultimo caso la controversia non pare neppure coinvolgere il lavoratore, dal momento che la sanzione è di carattere amministrativo e viene definita, dunque, in contraddittorio con gli organi ispettivi<sup>37</sup>.

Una simile esclusione del controllo giudiziale sulla flessibilità è tanto più discutibile quanto più si acceda all'idea, che si è cercato di argomentare in altra sede, secondo la quale un sistema acausale di apposizione del termine si pone in contrasto con i principi della nostra Costituzione (in particolare gli artt. 4 e 35), della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e della Convenzione OIL n. 158/1982, dal momento che il termine può considerarsi l'equivalente funzionale del licenziamento (per ragioni oggettive). In altre parole, consentire l'apposizione del termine senza alcuna limitazione legata alle ragioni giustificative equivale ad autorizzare il licenziamento *ad nutum* alla scadenza del contratto, violando così il diritto alla stabilità del rapporto di lavoro<sup>38</sup>. Non ci si nasconde, tuttavia, che l'accoglimento di una simile prospettiva interpretativa da parte della Corte costituzionale richiede una buona dose di propensione all'innovazione; di questo spirito non sembra, almeno per ora, dotata la Corte di giustizia che, come si vedrà, ha respinto decisamente un primo tentativo in questo senso. Nel caso *Poclava*<sup>39</sup>, infatti, la Corte smentisce la ricostruzione operata dal giudice del rinvio, che cercava di inquadrare il «contratto a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori» spagnolo come contratto a termine a partire dalla possibilità di recedere *ad nutum* riconosciuta per il primo anno al datore di lavoro, il che conferma la tendenza, manifestata già con il caso *Della Rocca*<sup>40</sup>, a non estendere la protezione offerta dal diritto europeo oltre il proprio ambito di applicazione, interpretato peraltro restrittivamente.

Quanto al contrasto con la direttiva 99/70/CE, si può solo osservare, rinviando per approfondimenti al saggio di Mariapaola Aimo, che la Corte di giustizia ha ribadito più volte che il riferimento a ragioni oggettive per il rinnovo del contratto a tempo determinato è semplicemente una delle misure antiabusive previste dalla direttiva, accanto alla fissazione della durata massima o di un numero massimo di rinnovi<sup>41</sup>. Nel nostro sistema, peraltro, sono state adottate entrambe le misure, con l'aggiunta della clausola di contingentamento, che può essere considerata una misura «equivalente», sempre ai sensi della clausola 5 della direttiva 99/70/CE. Per la somministrazione di lavoro, com'è noto, l'unica previsione volta ad evitare gli

<sup>37</sup> Secondo Tiraboschi, 2015, 13, l'indennità è dovuta al lavoratore. Nel vigore del d.l. n. 34/2014, in verità, la sanzione amministrativa doveva essere versata al Fondo per l'occupazione.

<sup>38</sup> Si rinvia in proposito ad Alessi, 2012, 152 ss.; nello stesso senso Saracini, 2013, 72 ss.; Zoppoli, 2014, 21 ss.

<sup>39</sup> Cgue 5.02.2015, *Poclava*, causa C-117/14.

<sup>40</sup> Cgue 11.04.2013, *Della Rocca*, causa C-290/12.

<sup>41</sup> Da ultimo si v. Cgue 26.02.2015, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, causa C-238/14, punto 38 della motivazione.

abusi è quella relativa alla percentuale di contingentamento; tuttavia la direttiva 2008/104/CE ha una formulazione ancora più *soft* in punto di prevenzione degli abusi<sup>42</sup> essendo la sua finalità esplicita quella di favorire la diffusione del lavoro temporaneo come strumento volto a incrementare l'occupazione<sup>43</sup>. Del resto, detta finalità è stata di recente sottolineata dalla Corte europea nella prima sentenza avente ad oggetto il contenuto precettivo della direttiva 2008/104/CE<sup>44</sup>. Da questo punto di vista, dunque, si può dubitare che una censura della recente disciplina italiana del termine e della somministrazione venga dalla Corte di giustizia, almeno per quanto riguarda la questione dell'acausalità.

Più fondate, invece, potrebbero rivelarsi le censure rivolte all'inadeguatezza dell'apparato sanzionatorio previsto per il contratto a termine a contrastarne l'utilizzazione abusiva, alla luce dei principi elaborati dalla Corte di giustizia sull'efficacia e sulla dissuasività delle sanzioni poste a garanzia dell'osservanza del diritto europeo<sup>45</sup>. Come si è detto, se di per sé la sanzione economica per la violazione della quota di contingentamento non può dirsi contrastante con la direttiva europea, certamente la sanzione prevista può essere valutata negativamente in punto di effettività, da un lato, e di dissuasività, dall'altro<sup>46</sup>.

La Corte potrebbe arrivare, cioè, a ritenere che una disciplina così congegnata non sia idonea a evitare l'impresa possa avvalersi di personale precario per coprire posti di lavoro inseriti nell'organico ordinario dell'impresa, minando così il principio portante della stabilità dell'impiego, che viene richiamato in moltissime sentenze<sup>47</sup>.

5. Se dunque l'esclusione del controllo giudiziale sulle ragioni giustificative del ricorso al termine o alla somministrazione non sembra facilmente censurabile sotto il profilo della contrarietà al diritto interno e a quello europeo, il controllo sul ricorso alla flessibilità tradizionalmente operato dalla contrattazione collettiva attraverso l'introduzione di specifiche ipotesi non sembra godere di migliore fortuna.

In generale, non si può che confermare il giudizio già espresso in altra sede in relazione al d.lgs. n. 34/2014<sup>48</sup>: la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015 relega la contrattazione collettiva a un ruolo secondario nella gestione della flessibilità, pur dovendosi differenziare la sorte del contratto a termine rispetto a quella della somministrazione di lavoro.

<sup>42</sup> Per una posizione diversa si v. Ferrara, 2014, 135 ss.

<sup>43</sup> Bollani, 2013, 17; Tiraboschi, 2015, 13 ss.

<sup>44</sup> Cgue 17.03.2015, *Auto-ja*, causa C-533/13, *FI*, 2015, 5, IV, 239 ss.

<sup>45</sup> Si v., in materia di contratto a termine, Cgce 23.04.2009, *Angelidaki*, causa C-378/07, *RCDL*, 2009, 2, 385 ss., nt. Peruzzi.

<sup>46</sup> In proposito è opportuno ricordare che le sanzioni previste dall'art. 23 possono essere ridotte a 1/3 dell'importo in applicazione dell'art. 16 della l. n. 689/81, il che ne riduce ulteriormente l'efficacia. Si v. la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014 sull'analoga previsione del d.l. n. 34/2014.

<sup>47</sup> Si v. da ultimo Cgue 3.07.2014, *Fiamingo*, causa C-362/13, punto 55 della motivazione. Sul punto si v. Zappalà, 2012, spec. 55 ss.

<sup>48</sup> Alessi, 2014.

Nel caso del contratto a termine, la contrattazione collettiva interviene in funzione suppletiva rispetto alla percentuale del 20% stabilita dalla legge, come si ricava chiaramente dal c. 1 dell'art. 23. Ciò significa che al datore di lavoro, nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva applicabile non preveda nulla in proposito, è riconosciuta *almeno* la flessibilità garantita dalla medesima legge, che risulta essere piuttosto ampia, se si considera, da un lato, che il limite del 20% è elevato, se si guarda alle previsioni dei contratti collettivi stipulati nel vigore della precedente disciplina<sup>49</sup> e, dall'altro, che alcune delle ipotesi più utilizzate di ricorso al contratto a tempo determinato sono espressamente esentate da limiti quantitativi dallo stesso art. 23, al c. 2 (ad esempio la sostituzione di lavoratori assenti). Si tratta di un cambiamento di non poco conto, quanto meno per chi sosteneva, nel vigore della disciplina precedente, che in assenza delle clausole di contingentamento stabilite dalla contrattazione collettiva non fosse possibile per il datore di lavoro ricorrere al contratto a termine<sup>50</sup>. La stessa percentuale del 20%, derogabile dalla contrattazione collettiva, è stabilita per la somministrazione a tempo indeterminato. Nel caso della somministrazione a termine, invece, la legge richiede che l'utilizzatore possa farvi ricorso «nei limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi applicati» dallo stesso. La situazione è in questo caso molto diversa, dal momento che è la stessa possibilità di ricorso alla somministrazione a termine ad essere subordinata all'applicazione del contratto collettivo, con una tecnica ben nota al diritto del lavoro della flessibilità. La ragione del differente approccio normativo risiede probabilmente, ancora una volta, nella necessità di maggiore protezione dei soggetti coinvolti in fenomeni di esternalizzazione, come i lavoratori somministrati.

In entrambi i casi la legge nulla dice sul livello contrattuale abilitato a individuare i limiti percentuali; si deve perciò concludere, secondo quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che il rinvio sia a qualsivoglia livello contrattuale, compreso quello aziendale, purché l'accordo sia stipulato dai soggetti indicati dalla medesima norma. La legge qui opera una scelta diversa da quella di cui al d.lgs. n. 34/2014, in cui il rinvio era rivolto al contratto collettivo nazionale<sup>51</sup>. Tra contratto a termine e somministrazione, però, c'è una differenza. Nel caso della somministrazione, come si è detto, la legge richiede che i contratti collettivi siano *applicati* dall'utilizzatore, mentre nel caso del contratto a termine manca del tutto questa specificazione. A meno di voler ritenere la differente dizione del tutto casuale o dovuta a una svista del legislatore, viene da chiedersi se nel caso del termine i contratti collettivi nazionali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative integrino la disciplina legale *a prescindere dall'iscrizione del datore di lavoro alle organizzazioni imprenditoriali stipulanti*. La questione non è di poco conto, specie nell'ipotesi in cui la quota stabilita dal contratto collettivo sia inferiore a quella legale; ma sembra doversi concludere che il riferimento sia al contratto collettivo *applicabile* al datore di lavoro.

È importante segnalare, in proposito, che la contrattazione collettiva può intro-

<sup>49</sup> Lozito, 2013, 11 ss.

<sup>50</sup> Napoli, 2002b, 96 ss.; Menghini, 2014, 1230. *Contra* Alvino, 2013, 47 ss.

<sup>51</sup> Alessi, 2014, 97 ss.



durre limiti più ampi o più ristretti di quelli legali; l'osservazione non ha particolari conseguenze se si guarda al livello nazionale di contrattazione, mentre per quello aziendale occorre dire che una simile previsione, insieme a quella sulla durata massima dei contratti a termine, riduce l'interesse a stipulare, in questa materia, un contratto collettivo in deroga ex art. 8 del d.l. n. 138/2011<sup>52</sup>. In altre parole, le disposizioni in materia di durata massima e di percentuale di contingentamento sono derogabili, sia *in pejus* che *in melius*, dalla contrattazione collettiva aziendale anche al di fuori dei limiti di cui al citato art. 8<sup>53</sup>, alle cui previsioni si può invece fare riferimento per la deroga agli intervalli tra contratti a termine successivi e per il numero delle proroghe consentite<sup>54</sup>.

La disciplina ora descritta, come si è detto, comporta un mutamento importante del ruolo della contrattazione collettiva nel controllo sul ricorso alla tipologie contrattuali in parola da parte del datore di lavoro. Non si vuole negare che una forma di controllo sulla flessibilità sia possibile *anche* attraverso la fissazione delle percentuali di contingentamento, né che la carta dell'incremento della quota non possa essere giocata sul tavolo della contrattazione; ciò che si vuol dire è che gli spazi a disposizione del sindacato non sono molti e che il controllo cambia radicalmente, non riguardando più direttamente le ragioni dell'agire del datore di lavoro. Perfino nel vigore del d.lgs. n. 368/2001, là dove la legge aveva introdotto una causale amplissima, l'individuazione da parte dei contratti collettivi di specifiche ipotesi di ricorso al termine o alla somministrazione aveva la funzione di farne presumere la conformità alle previsioni legali<sup>55</sup>.

Nel nuovo sistema, invece, fermo restando che certamente la fissazione di precise ipotesi di ricorso a termine e somministrazione può essere oggetto di contrattazione, viene da chiedersi quale convenienza potrebbe avere il datore di lavoro a vincolarsi al rispetto delle causali stabilite dal contratto collettivo e ad assoggettarsi al controllo giudiziale conseguente, con il rischio che il giudice che accerti l'insussistenza delle ragioni giustificative dichiari la conversione del contratto. Meglio restare ancorati al tranquillo porto dell'acausalità, sia pure nel rispetto dei tetti di contingentamento, che sembra ormai essere diventata, smentendo un'ottimistica previsione, tutt'altro che provvisoria<sup>56</sup>.

#### Riferimenti bibliografici

Aimo M. (2014). La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa. In: Aimo M., Izzi D., a cura di, *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*. Torino: Utet.

<sup>52</sup> In questo senso anche Santoro Passarelli, 2015, 18.

<sup>53</sup> Peraltro di incerta determinazione: sul punto si v. le osservazioni di Perulli, Speciale, 2011, 48 ss.; Corti, 2012.

<sup>54</sup> In effetti questi sembrano i temi più spesso oggetto di intesa nei contratti collettivi stipulati ex art. 8. Si v., ad esempio, i contratti raccolti nell'Osservatorio trentino sui diritti sociali del lavoro (<http://www.dirittisocialitrentino.it>).

<sup>55</sup> Alessi, 2014, 94.

<sup>56</sup> Menghini, 2014.

- Alessi C. (2012). *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*. Torino: Giappichelli.
- Alessi C. (2014). La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato. In: Carinci F., Zilio Grandi G., *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*. Adapt Labour Studies. e-Book series, n. 30, p. 90 ss.
- Alvino I. (2013). Autonomia collettiva e legge nei rapporti di lavoro a termine. In: Del Punta R., Romei R., a cura di, *I rapporti di lavoro a termine*. Milano: Giuffrè, p. 35 ss.
- Barbera M. (2014). "Noi siamo quello che facciamo". Prassi ed etica dell'impresa postfordista. *DLRI*, p. 631 ss.
- Biasi M. (2014). La (a)causalità del contratto a termine in Europa. Riflessioni comparative sulle novità in Italia. *DLM*, p. 763 ss.
- Bollani A. (2013). *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*. Padova: Cedam.
- Bonardi O. (2007). Le discriminazioni basate sull'età. In: Barbera M., a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*. Milano: Giuffrè, p. 125 ss.
- Brollo M. (2014). La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine. *ADL*, I, p. 566 ss.
- Calafà L. (2006). Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso *Man-gold* e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro. *RGL*, II, p. 222 ss.
- Carinci F., Zilio Grandi G. (2014). *Jobs Act*. La nuova politica del lavoro: contratto a termine e somministrazione. *DPL*, Inserto n. 44, p. III ss.
- Ciucciovino S. (2008). *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*. Torino: Giappichelli.
- Ciucciovino S. (2013). I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine. In: Del Punta R., Romei R., a cura di, *I rapporti di lavoro a termine*. Milano: Giuffrè, p. 99 ss.
- Corazza L. (2013). Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea. In: Del Punta R., Romei R., a cura di, *I rapporti di lavoro a termine*. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.
- Corti M. (2012). La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/211. In: Napoli M., Ferrante V., Corti M., Occhino A., *Nuove tendenze nelle fonti del Diritto del lavoro. Dagli accordi del 2009 e 2011 al decreto legge 138*. Milano: Vita e Pensiero, p. 23 ss.
- Denoza F. (2015). Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo-liberale. *RIDL*, I, p. 41 ss.
- Ferrara M.D. (2014). La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione. *DRI*, p. 111 ss.
- Fontana G. (1993). La conversione legale nei rapporti di lavoro atipici. *RIDL*, I, p. 363 ss.
- Ichino P. (2015). La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali. *RIDL*, I, p. 205 ss.
- Izzi D. (2012). La Corte di giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito. *RGL*, I, p. 125 ss.
- Gentile G. (2014). Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità e di merito: temporalità, specificità, oneri probatori e regime sanzionatorio. In: Lamberti M., Mercurio R., a cura di, *La somministrazione di lavoro. Normativa, organizzazioni e profili di tutela*. Torino: Giappichelli, p. 131 ss.
- Lamberti M. (2014). Il lavoro tramite agenzia nell'evoluzione del diritto del lavoro italiano: dal divieto di interposizione alla somministrazione di lavoro. In: Lamberti M., Mercurio R., a cura di, *La somministrazione di lavoro. Normativa, organizzazioni e profili di tutela*. Torino: Giappichelli, p. 13 ss.
- Lassandari A. (2014). L'ordinamento perduto. *LD*, p. 63 ss.
- Loy G. (2015). Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile. *DLRI*, p. 3 ss.

- Lozito M. (2013). Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, *part-time* e apprendistato professionalizzante. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 186/2013. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Tendenze-della-contrattazione-nazionale-in-materia-di-contratto-a-termine-part-time-e-apprendistato-4475.aspx> (consultato il 6.10.2015).
- Magnani M. (2014). La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 212/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-disciplina-del-contratto-di-lavoro-a-tempo-determinato-novita-e-implicazioni-sistematiche/4914.aspx> (consultato il 6.10.2015).
- Menghini L. (2014). La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria. *ADL*, I, p. 1221 ss.
- Napoli M. (2002a). Elogio della stabilità. *QDLRI*, 26, p. 9 ss.
- Napoli M. (2002b). Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine. In: Garilli A., Napoli M., a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Torino: Giappichelli, p. 90 ss.
- Perulli A. (2002). Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. *DLRI*, p. 335 ss.
- Perulli A. (2015a). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi. Un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro? In: Fiorillo L., Perulli A., a cura di, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*. Torino: Giappichelli.
- Perulli A. (2015b). Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente. *RIDL*, I, p. 83 ss.
- Perulli A., Speciale V. (2011). L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 132/2011. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/L'articolo-8-della-legge-14-settembre-2011-n-148-e-la-rivoluzione-di-Agosto-del-Diritto-del-lavoro-1967.aspx> (consultato il 6.10.2015).
- Roccella M. (1990). I rapporti di lavoro a termine. In: Varesi P.A., Roccella M., a cura di, *Le assunzioni. Prova e termine. Commentario al codice civile* diretto da P. Schlesinger. Milano: Giuffrè.
- Romei R. (2014). La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine. *DLRI*, p. 675 ss.
- Santoro Passarelli G. (2015). Il contratto aziendale in deroga. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 254/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Il-contratto-aziendale-in-deroga/5403.aspx> (consultato il 6.10.2015).
- Saracini P. (2013). *Contratto a termine e stabilità del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Speciale V. (2001). La nuova legge sul lavoro a termine. *DLRI*, p. 361 ss.
- Speciale V. (2010). Il datore di lavoro nell'impresa integrata. *DLRI*, p. 3 ss.
- Tiraboschi M. (2015). Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro. *Adapt Labour Studies*. e-Book series, n. 45.
- Vallauri M.L. (2013). Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali. In: Del Punta R., Romei R., a cura di, *I rapporti di lavoro a termine*. Milano: Giuffrè, p. 323 ss.
- Zappalà L. (2012). *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*. Torino: Giappichelli.
- Zilio Grandi G., Sferrazza M. (2014). Il lavoro a termine verso la liberalizzazione? *ADL*, I, p. 919 ss.
- Zoppoli L. (2014). Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 213/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/Il-riordino-dei-modelli-di-rapporto-di-lavoro-tra-articolazione-tipologica-e-flessibilizzazione-funz/4916.aspx> (consultato il 6.10.2015).

## IL SISTEMA SANZIONATORIO DEL CONTRATTO A TERMINE E DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO DOPO IL *JOBS ACT*

di Silvia Ciucciiovino

1. Il cambio di paradigma nella disciplina delle tipologie contrattuali flessibili e le ricadute sul sistema sanzionatorio. 2. Dalla incertezza alla certezza della sanzione: la drastica limitazione degli spazi di discrezionalità giudiziale nella repressione delle violazioni. 3. La diversificazione della tecnica rimediale per l'"uso" illegittimo e per l'"abuso" del contratto a termine. 4. La sanzione indennitaria nei casi di trasformazione giudiziale del rapporto a tempo indeterminato. 5. Gli spazi residui per i rimedi di diritto comune. 6. La diversificazione del nuovo apparato sanzionatorio della somministrazione di lavoro.

1. Sarebbe affetta da miopia una lettura del nuovo sistema rimediale varato dal *Jobs Act* per l'utilizzo improprio del lavoro temporaneo che non tenesse in considerazione il radicale cambiamento che ha parallelamente investito il contratto di lavoro a tempo indeterminato e, più in generale, il paradigma normativo giuslavoristico<sup>1</sup>.

Il cuore della riforma messa in campo dal *Jobs Act* ruota attorno al riposizionamento del contratto di lavoro a tempo indeterminato al centro del sistema del diritto del lavoro per restituirgli la perdita primazia. Una posizione dalla quale, al di là delle formali declamazioni del legislatore, era stato obiettivamente scalzato, non soltanto nella pratica delle relazioni di lavoro radiografata dalla indagini statistiche, ma anche dalla stessa produzione legislativa dell'ultimo ventennio, tutta tesa ad iniettare dosi di flessibilità al margine del contratto a tempo indeterminato, attraverso la creazione di alternative più o meno convenienti a quest'ultimo.

Non occorre essere acuti osservatori dei fenomeni giuridico-sociali per riconoscere che lo sviluppo abnorme della flessibilità tipologica e – segnatamente – di quella caratterizzata dalla temporaneità dell'impiego, ha ingenerato negli ultimi anni almeno due grandi distorsioni nell'utilizzo dei rapporti di lavoro temporanei: a) in primo luogo il termine contrattuale è stato utilizzato, spesso e volentieri, come surrogato del licenziamento, in definitiva come via di fuga dalle strettoie e dai costi di separazione dal contratto a tempo indeterminato connessi al licenziamento illegittimo, *id est* come scappatoia dall'art. 18; b) in secondo luogo la domanda di flessibilità espressa dal sistema produttivo ha trovato indulgente risposta da parte

<sup>1</sup> Sul cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro portato a compimento dal *Jobs Act* cfr. Perulli, 2015; Caruso, 2015.