D&L

Rivista critica di diritto del lavoro

1

gennaio-marzo 2008

DL Rivista critica di diritto del lavoro
ISSN 1128-1561
Redazione: 20121 Milano - Via S. Prospero, 4
Spedizione in A.P. - 45% - art. 2, comma 20/B,
legge 662/96, Filiale di Milano

Anno XVII N. 1 - GENNAIO-MARZO 2008

Direzione: Alberto Guariso (direttore responsabile), Stefano Chiusolo, Lorenzo Franceschinis

Comitato di redazione: Fabrizio Amato, Maurizio Borali, Giuseppe Bronzini, Filippo Capurro, Luigi De Andreis, Michele Di Lecce, Sergio Mattone, Roberto Muggia, Stefano Muggia, Giampaolo Muntoni, Giovanni Paganuzzi, Marco Pivetti, Renato Scorcelli

Segreteria di redazione: Tinina Rosboch e Susanna Marchesin

Hanno collaborato a questo fascicolo: Francesca Ajello, Cristina Alessi, Angelo Beretta, Giovanni Luca Bertone, Matteo Bonini Baraldi, Davide Bonsignorio, Luce Bonzano, Andrea Bordone, Giuseppe Bulgarini d'Elci, Enrico U. M. Cafiero, Ilaria Cappelli, Alba Civitelli, Valentina Civitelli, Andrea Danilo Conte, Giuseppe Cordedda, Giancarlo Esposti, Barbara Fezzi, Aldo Garlatti, Nadia Gobessi, Sara Huge, Andrea Leone D'Agata, Marcella Mensi, Mario Meucci, Ulpiano Morcavallo, Alvise Moro, Roberta Maddalena Paris, Matteo Paulli, Ferdinando Perone, Paolo Perucco, Luciano Petronio, Eleonora Pini, Maria Cristina Romano, Sara Russi, Carmen Schettini, Yara Serafini, Andrea Stanchi, Patrizia Testa, Alberto Vescovini, Sara Vinciguerra, Luigi Zezza

Inchiostro Rosso coop. a r.l.
20121 Milano - via San Prospero, 4
tel. 02.36582498 r. a. - fax 02.36582594
riv.dielle@libero.it

Abbonamento 2008: quattro numeri e indice annuale	€ 140
Per i magistrati	€ 75
un numero singolo	€ 39
un numero arretrato	€ 39
indice dell'annata	€ 39
un'annata completa arretrata	€ 155

Pagamento a favore dell'editore Inchiostro Rosso coop. a r.l
c/c postale n. 24707200 oppure bonifico bancario sul c.c. n. 571 della Banca Popolare Commercio & Industria Ag. 76 Mi - CIN A - ABI 05048 - CAB 01629
Codice *IBAN* IT93 A050 4801 6290 0000 0000 571 *BIC* POCHTML076

Gli abbonamenti decorrono comunque dal 1° gennaio, anche se effettuati nel corso dell'anno. Per ragioni amministrative gli abbonamenti non disdetti entro il 31/3/2008 sono considerati automaticamente rinnovati.
I fascicoli non pervenuti all'abbonato, se richiesti entro 30 giorni dal ricevimento del fascicolo immediatamente successivo, verranno rispediti senza alcun addebito; decorso tale termine, si rispediranno solo dietro pagamento dell'importo relativo a un singolo fascicolo maggiorato di spese postali.

Spedizione in abbonamento postale - 45% - art. 2, comma 20/B, legge 662/96, Filiale di Milano

Registrazione n. 46 Tribunale di Milano 25/1/1992

Questo periodico è associato alla Unione Stampa Periodica Italiana

Finito di stampare nel mese di aprile 2008 presso Grafiche Speed 2000 – Milano

Biblioteca Centrale Interfacoltà
Università degli Studi di Brescia
n° Inventario 79973
Anno 2008 b.c. 12730

28 MAG. 2008

Sommario

Interventi

Cristina Alessi
La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni 9
Matteo Bonini Baraldi
Congedo matrimoniale al dipendente omosessuale e diritto internazionale privato comunitario: a proposito di un recente caso 37
Andrea Stanchi
Riflessioni sulla Responsabilità Organizzativa dell'impresa 51
Mario Meucci
Considerazioni sulla cd. «professionalità dinamica» 63

Note a sentenza

Part-time e discriminazione: la Corte di Giustizia e la «verifica fattuale» delle norme nazionali
(A. Guariso - G. Paganuzzi) 78
La Corte di Giustizia apre definitivamente la strada all'applicazione dell'art. 18 SL al licenziamento in gravidanza
(A. Guariso) 87
E finalmente finì la peregrinazione del socio lavoratore da un giudice all'altro
(A. Guariso) 93
Il requisito di diffusione nazionale nell'art. 28 SL
(A. Beretta) 107
Licenziamento in prova, obbligo di motivazione e controllo di congruità
(A. Guariso) 117
Scorrimento della graduatoria e diritto all'assunzione
(V. Civitelli) 122
Il giornalista grafico
(S. Chiusolo) 128
Risoluzione del rapporto per scadenza del termine e licenziamento: una sentenza condivisibile ma non condivisa
(A. Leone D'Agata) 135
La maggior precarietà del posto di lavoro dei disabili
(A. Vescovini) 141
Sui criteri per la quantificazione del compenso spettante al lavoratore autonomo
(G. Cordedda) 150

La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni

Cristina Alessi

Sommario: *1. Premessa; 2. Le disposizioni in materia di contratto a termine; 2.1. Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato; 2.2. Le previsioni sulla successione di contratti a termine; 2.3. La deroga «autorizzata»; 2.4. Le ipotesi escluse dall'applicazione del limite temporale; 3. Le disposizioni in tema di lavoro a tempo parziale; 3.1. Le modifiche alla disciplina delle clausole flessibili ed elastiche; 3.2. le modifiche all'art. 12 bis: la tutela dei lavoratori (e dei loro familiari) affetti da patologie oncologiche; 4. Le novità in materia di somministrazione e lavoro intermittente; 4.1. L'abolizione dello staff leasing; 4.2. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente.*

1. Premessa

La L. 24/12/07 n. 247 è stata emanata in attuazione delle previsioni del Protocollo sul *Welfare*, stipulato tra Governo e parti sociali il 23/7 del medesimo anno[1]. Si tratta di un provvedimento complesso, di difficile lettura[2], che affronta sia la spinosa questione della riforma previdenziale, da tempo oggetto di discussione politica, sia la questione, non meno discussa, della riforma complessiva del mercato del lavoro, attraverso le previsioni in materia di ammortizzatori sociali, servizi all'impiego, lavoro dei disabili, apprendistato. Occorre segnalare, fin d'ora, che alcune delle previsioni della L. 247/07 non sono immediatamente operative. In qualche caso, la legge contiene infatti norme di delega al Governo per la revisione di importanti settori della normativa lavoristica. Il riferimento è qui, tra l'altro, alla riforma degli ammortizzatori sociali (art. 1, 28° comma) e degli incentivi all'occupazione (art. 1, 30° comma), nonché al riordino della normativa in materia di occupazione femminile (art. 1, 81° comma). In altre ipotesi, le previsioni della L. 247 richiedono, per la loro piena operatività, l'adozione di decreti ministeriali di attuazione ovvero l'intervento della contrattazione collettiva in funzione integrativa. È il caso, per quanto di interesse in questa sede, della previsione in materia di clausole elastiche e flessibili nel *part-time*, su cui si tornerà più avanti.

Per quanto riguarda le tipologie contrattuali flessibili, in linea generale si può osservare che il legislatore, andando anche oltre le previsioni del Protocollo sul

[1] Per un primo commento al Protocollo sul *Welfare* si v. G. Zilio Grandi, «Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?», in *Dir. rel. ind.* 2007, 787 sgg.

[2] La L. 247 è composta da un unico articolo con ben 94 commi, che intervengono in numerosissimi settori della disciplina lavoristica. La struttura è paragonabile a quella della legge finanziaria. Sull'intero provvedimento era stata posta la fiducia, il che ne spiega la tecnica di redazione.

Welfare, sembra voler attenuare gli aspetti più problematici della disciplina previgente, spostando in qualche modo l'asse della regolazione nella direzione di una maggiore tutela degli interessi dei lavoratori. In questa prospettiva, in particolare, si collocano le previsioni sul contratto a tempo determinato e sul *part-time*. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente e della somministrazione a tempo indeterminato, invece, risponde senza dubbio alla scarsa utilizzazione di tali strumenti evidenziata dalla prassi applicativa, ma può essere letta anche come un omaggio alle posizioni critiche rispetto alle forme di flessibilità più esasperate[3].

2. *Le disposizioni in materia di contratto a termine*

2.1. *Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato*

L'art. 1, 39° comma, L. 247/07 si apre con la previsione secondo la quale all'art. 1, 1° comma, D. Lgs. 368/01 deve essere premesso un comma del seguente tenore: «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». La norma costituisce la riaffermazione del rapporto di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato originariamente contenuto nella L. 230/62[4] e cancellato dall'art. 1, 1° comma, D. Lgs. 368/01 (oggi 2° comma), a mente del quale l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato è consentita in presenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo. All'entrata in vigore della nuova disciplina del contratto a tempo determinato, in effetti, parte della dottrina aveva segnalato come la previsione di una clausola generale per l'individuazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine poteva far pensare alla perfetta alternatività tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato[5].

La novella legislativa sul punto recepisce, sviluppandole, le indicazioni del Protocollo sul *Welfare* che segnalava, sulla scorta delle previsioni della Direttiva 99/70/Ce, come il rapporto a tempo indeterminato dovesse tuttora ritenersi la «forma comune dei rapporti di lavoro»[6]. In realtà, sulla stessa posizione si era già assestata la

[3] In tal senso si v. G. Zilio Grandi, *op. cit.*, p. 791, che riconduce l'abrogazione della somministrazione a tempo indeterminato all'operare di «dinamiche non tecniche, bensì politiche».

[4] E ancora prima dall'art. 2097 c.c. nonché dalla legge sull'impiego privato del 1924. In proposito si v. M. Roccella, «I rapporti di lavoro a termine», in P.A. Varesi, M. Roccella, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1990, p. 85 sgg.

[5] In tal senso M. Tiraboschi, «Apposizione del termine», in M. Biagi, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano 2002, p. 90 sgg.; prima del D. Lgs. 368/01 si v. L. Montuschi, «L'evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all'alternatività: un modello per il lavoro», in *Quad. Dir. lav. rel. ind.* n. 23-2000, p. 9 sgg.

[6] Sul punto si v. R. Blanpain, «I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?», in *Dir. rel. ind.* 2007, 1045 sgg.; A. Bellavista, «La direttiva sul lavoro a tempo determinato», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino 2003, p. 7 sgg. Sulla previsione citata ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di Giustizia, sia pure incidentalmente, prima nel celeberrimo caso *Mangold* e, più di recente, nel caso *Adeneler*, nel quale la Corte ha affrontato la

giurisprudenza successiva al D. Lgs. 368/01[7], a partire dalle affermazioni contenute, *incidenter tantum*, in una sentenza della Cassazione del 2002, secondo la quale «il termine costituisce deroga di un generale sottinteso principio: il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine»[8]. Nello stesso senso è indirizzata anche la recente riforma dell'art. 36, D. Lgs. 165/01, in materia di tipologie contrattuali flessibili nel pubblico impiego, attuata dall'art. 3, L. 244/07 (legge finanziaria per il 2008). In questa ipotesi, fra l'altro, il carattere eccezionale del ricorso al lavoro flessibile, *in primis* al contratto a tempo determinato, risulta affermato con ancora maggiore vigore. Secondo il nuovo testo dell'art. 36, 1° comma, infatti, «le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile (...) se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi». Non è possibile, in questa sede, approfondire il significato di una previsione di tale portata; si può, tuttavia, segnalare come la limitazione così introdotta renda difficile, almeno per quanto attiene all'utilizzo di strumenti di flessibilità numerica, l'equiparazione dei poteri della PA a quelli del «privato datore di lavoro» di cui all'art. 5, 2° comma, D. Lgs. 165/01[9].

Per restare all'ambito del lavoro privato, le conseguenze della richiamata impostazione attengono anzitutto alla necessaria presenza di un legame del contratto a termi-

questione della successione di contratti a tempo determinato. In entrambe le sentenze si trova l'affermazione secondo la quale il «beneficio della stabilità dell'occupazione» costituisce «un elemento portante della tutela dei lavoratori. Si v. Corte di Giustizia 22/11/05, C- 144/04, *Mangold*, (punto 64 della sentenza) in *Riv. giur. lav.* 2006, II, 205 sgg., con nota di L. Calafà, «Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro»; in *Riv. it. dir. lav.* 2006, II, 250 sgg., con nota di O. Bonardi, «Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia»; in questa *Rivista* 2006, 387, con nota di Guariso; Corte di Giustizia 4/7/06, C- 212/04, *Adeneler* (punti 61-62 della sentenza), in *Riv. it. dir. lav.* 2006, II, 713 sgg., con nota di 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. 368/01 e 36, D. Lgs. 165/01», e in questa *Rivista* 2006, 1017, con nota di Schettini.

[7] Si v., ad esempio, Appello Firenze 11/7/06, in *Riv. giur. lav.* 2007, II, 459 sgg., con nota di L. Menghini, «Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice»; Appello Firenze 30/5/05, in *Riv. it. dir. lav.* 2006, II, 120 con nota di P. Albi, «Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato», cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

[8] Cass. 21/5/02 n. 7468, in questa *Rivista* 2002, 609 sgg., con nota di S. Chiusolo, «La riforma del contratto di lavoro a termine».

[9] In tal senso anche S. Mainardi, «Piccolo *requiem* per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9/3/06 n. 80», in *Lav. pubbl. amm.* 2006, 12 sgg., a proposito della previsione introdotta nel corpo dell'art. 36 dalla L. 80/06, che subordinava l'attivazione di contratti di lavoro flessibile nelle PP.AA. alla ricorrenza di esigenze temporanee ed eccezionali, nonché al previo esperimento di procedure di assegnazione temporanea di personale e alla preventiva valutazione circa l'opportunità di ricorrere alla somministrazione di manodopera a termine.

ne con esigenze limitate nel tempo di incremento dell'organico, esigenze cui, in altre parole, non appare (economicamente) giustificato far fronte con un'assunzione a tempo indeterminato[10]. Viene in tal modo confermato l'orientamento dottrinale secondo il quale la specificità del contratto a termine rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato risiede nella temporaneità dell'esigenza fatta valere dal datore di lavoro[11].

Da questa affermazione discende inoltre l'imposizione, in capo al datore di lavoro, dell'onere di allegare specificamente le ragioni giustificative dell'apposizione del termine e di provare, in caso di contestazione, il nesso esistente tra le suddette ragioni e l'assunzione del lavoratore[12]. Ciò significa, fra l'altro, che non possa considerarsi sufficiente a tal fine la mera indicazione nel contratto della formula utilizzata dal legislatore (ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive), ma debba richiedersi la puntuale individuazione delle ragioni giustificative del termine finale[13].

2.2. Le previsioni sulla successione di contratti a termine

Alla finalità di prevenire gli abusi derivanti dalla successione di contratti a termine rispondono le modifiche all'art. 5 D. Lgs. 368/01, previste dal 40° comma del medesimo art. 1 L. 247/07, che introduce nel corpo della previsione citata i commi da 4° *bis* a 4° *sexies*. La nuova disciplina, come si è accennato, trova origine nella clausola 5 della Dir. 99/70/Ce, che prevede la possibilità degli Stati membri, ai fini suindicati, di introdurre la previsione di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti a tempo determinato, ovvero un limite di durata massima dei contratti di lavoro a ter-

[10] Si intende fare riferimento alla ricostruzione dottrinale secondo la quale la disciplina del contratto a termine ha la funzione di consentire al datore di lavoro un impiego efficiente della manodopera, attraverso una normativa in grado di razionalizzare l'esercizio del potere datoriale. In tal senso, in particolare, L. Zappalà, «Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine», *Working Paper* del Csdle «Massimo D'Antona». Int, n. 37/05, reperibile sul sito *Labour Web*, all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 30 sgg.

[11] La prima formulazione dell'orientamento in parola si deve a V. Speziale, «La nuova legge sul lavoro a termine», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2001, spec. 379 sgg.; si v. anche M. Marinelli, «Contratto a termine e cause di giustificazione», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 45 sgg. Attualmente la richiamata posizione si deve ritenere quella assolutamente prevalente in dottrina. Si v. le opinioni raccolte nel Supplemento di *Guida al Lavoro* n. 1/06, *Colloqui giuridici sul lavoro*, a cura di A. Vallebona, spec. p. 10 sgg. sulla giustificazione del lavoro a termine.

[12] In tal senso si v., fra le altre, Trib. Milano 9/10/06, in questa *Rivista* 2007, 123, con nota di A. Vescovini, «Prova delle ragioni del contratto a termine». In dottrina si v. M. Aimo, «Il contratto a termine alla prova», in *Lav. dir.* 2006, spec. p. 462 sgg. Criticamente, L. Montuschi, «Il contratto a termine e la liberalizzazione negata», in *Dir. rel. ind.* 2006, 110 rileva che la giurisprudenza di merito avrebbe addossato al datore di lavoro oneri probatori ancor più gravosi di quelli derivanti dall'assetto precedente al D. Lgs. 368/01.

[13] In tal senso, ad esempio, Appello Firenze 11/7/06, cit.; Trib. Bologna 2/12/04, in *Arg. dir. lav.* 2005, 655 sgg., con nota di A. Miscione. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali formatisi dopo il D. Lgs. 368/01 si v. L. Nannipieri, «La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale», in *Riv. it. dir. lav.* 2006, I, 327 sgg.

mine tra le medesime parti o, infine, un limite al numero dei rinnovi dei predetti contratti.[14]

Il legislatore italiano ha scelto di introdurre la seconda delle misure ipotizzate dalla direttiva: l'art. 5, 4° comma *bis*, del D. Lgs. 368/01 prevede ora un limite di durata massima di 36 mesi per i contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti. La norma si apre facendo salva la disciplina prevista dai due commi precedenti, che riguardano le ipotesi di illegittima successione di contratti, cioè i casi di stipulazione di un secondo contratto a termine entro 10 o 20 giorni dalla cessazione del primo contratto (a seconda che si tratti di contratto di durata inferiore o superiore a 6 mesi) e il caso di contratti a termine stipulati senza soluzione di continuità tra l'uno e l'altro[15]. Il 4° comma *bis*, insomma, si applica quando la successione dei contratti avviene nel rispetto dei termini (di 10 e 20 giorni) di cui al 3° comma dell'art. 5; si tratta di un'ipotesi tipizzata di abuso o, per usare una terminologia più familiare alla legislazione italiana, di frode alla legge, perché la previsione sottende la presunzione per la quale il ricorso reiterato al contratto a termine oltre un certo limite di tempo è indicativa di un'esigenza stabile di utilizzo delle prestazioni del lavoratore da parte del datore di lavoro. Com'è noto, la possibilità di dimostrare l'esistenza di una frode alla legge, al di fuori delle ipotesi di successione illegittima espressamente regolate, era prevista dall'art. 2, 2° comma, ultimo periodo, della L. 230/62[16]. La cancellazione della previsione, già contenuta nell'art. 12 della L. 196/97[17] e poi confermata dal D. Lgs. 368/01, non ha fatto venir meno, secondo la dottrina assolutamente prevalente, tale possibilità, che deve invece ritenersi ammissibile ex art. 1344 c.c.[18]. Oggi, alla luce della nuova disciplina, è quasi scontato ritenere che il ricorso alla disposizione codicistica sarà residuale, anche se non escluso a priori[19].

[14] La suddetta finalità è stata espressamente ripresa, a fondamento della necessità di introdurre le modifiche in commento alla disciplina del lavoro a termine, dal Protocollo sul *Welfare*. Si v. sul punto A. Vallebona, «Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007», in *Mass. Giur. lav.* 2007, 698 sgg.

[15] Sulla disciplina della successione di contratti a tempo determinato si v. L. M. Dentici, «Scadenza del termine e successione dei contratti: il regime sanzionatorio», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 119 sgg.; G. Mautone, «Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti», in M. Biagi, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano 2002, p. 157 sgg.

[16] Sulla previsione si v. M. Roccella, *op. cit.*, p. 198 sgg.

[17] Sulla disciplina della successione di contratti a termine di cui all'art. 12, L. 196/97 si v. M. Roccella, «Disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato», in M. Napoli, a cura di, *Il «Pacchetto Treu». Commentario sistematico alla L. 24/6/97 n. 196*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 1298 sgg.; A. Tampieri, «La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine», in L. Galantino, a cura di, *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, Torino 1997, p. 313 sgg.

[18] In tal senso V. Speziale, *op. cit.*, p. 379; L. M. Dentici, *op. cit.*, p. 131; L. de Angelis, «Sub art. 5. Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti», in L. Menghini, a cura di, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano 2002, p. 130 sgg.

[19] L'ipotesi di una serie di contratti che, nel rispetto dei termini di cui all'art. 5, 3° e 4° comma,

La fattispecie tratteggiata dal 4° comma *bis* è formata da diversi elementi: l'identità delle parti, la successione di contratti a termine per un periodo superiore a 36 mesi, compresi proroghe e rinnovi e indipendentemente dai periodi intercorrenti tra un contratto e l'altro, nonché l'equivalenza delle mansioni previste dai diversi contratti.

Per quanto riguarda il periodo di durata massima dei contratti a termine, occorre rilevare immediatamente che la norma non prevede affatto un arco temporale di riferimento (ad esempio: 36 mesi in 5 o 10 anni): il limite riguarda dunque l'intera vita lavorativa. L'interpretazione è confermata anche dall'inciso riferito ai periodi di intervallo tra un contratto e l'altro, che possono anche essere di considerevole durata senza far venir meno l'applicabilità della norma. Una questione che potrebbe porsi, in astratto, riguarda la legittimità di un unico contratto a termine la cui durata venga *ab origine* stabilita in un periodo superiore 36 mesi. Secondo la dottrina, infatti, il D. Lgs. 368/01 avrebbe consentito la stipulazione di contratti a termine di durata molto ampia, perfino oltre i fatidici tre anni cui ora fa riferimento la previsione in commento[20]. In questo caso, stando alla lettera del 4° comma *bis*, non si ricadrebbe nell'ipotesi sanzionata con la conversione, poiché la norma prevede che il superamento del limite debba avvenire «per effetto di successione di contratti a termine». Le parti, però, non potrebbero stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato, fatta salva la possibilità di deroga di cui si parlerà tra poco o la stipulazione di un nuovo contratto per mansioni non equivalenti. In realtà, appare plausibile una diversa interpretazione che, proprio alla luce delle novità ora descritte, valorizzi il termine di 36 mesi come termine massimo di durata del contratto a tempo determinato in tutte le ipotesi previste dal D. Lgs. 368/01: stipulazione di un unico contratto a termine, successione (legittima) di contratti per mansioni equivalenti tra le medesime parti, proroga del contratto a termine di durata iniziale inferiore a 3 anni. La conclusione non è contraddetta dalla previsione secondo la quale il limite di tre anni di durata complessiva del contratto riguarda esclusivamente l'ipotesi di proroga del contratto di durata inizialmente inferiore ai tre anni (art. 4, 3° comma, D. Lgs. 368/01), potendosene ora formulare un'interpretazione adeguatrice, che riferisca la norma alla possibilità di deroga previ-

ed entro i limiti di durata ora tracciati dall'art. 5, 4° comma *bis*, rivelino comunque l'intento fraudolento del datore di lavoro potrà essere accertata sulla scorta dei criteri elaborati dalla giurisprudenza nel vigore della disciplina di cui alla L. 230/62. In particolare, indici rivelatori della frode possono essere considerati la stipulazione di numerosi contratti a termine, la continuità temporale degli stessi, la brevità del periodo intercorrente tra gli uni e gli altri. Si v., in proposito, Pret. Milano 8/4/93, in questa *Rivista* 1993, 829; in dottrina, M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., p. 202; G. Nicolini, *Il lavoro a tempo determinato*, Napoli 2003, p. 105 e ivi ulteriori riferimenti.

[20] La conclusione si ricavava, *a contrario*, dalla disciplina della proroga, che l'art. 4 D. Lgs. 368/01, consente nella sola ipotesi in cui il contratto inizialmente stipulato prevede una durata inferiore ai tre anni. La norma precisa anche che «con esclusivo riferimento a tale ipotesi» la durata complessiva del contratto non può essere superiore a tre anni. Sulla previsione si v. V. Speziale, *op. cit.*, p. 400 sgg. Nulla vietava, dunque, di prevedere una durata iniziale superiore a tre anni, fermo restando, però, il requisito della temporaneità delle esigenze del datore di lavoro.

sta dal 4° comma *bis*. In altre parole, il limite di durata complessiva di 36 mesi del contratto prorogato potrebbe essere superato solo per effetto della deroga «generale» di cui all'art. 5, 4° comma *bis*, ovvero nelle ipotesi non soggette al limite di durata individuate dall'art. 10, e in particolare per il rapporto di lavoro dirigenziale, di cui all'art. 10, 4° comma, nel testo riformulato dalla L. 247/07.

Quanto ai requisiti sostanziali, opportunamente il 4° comma *bis* fa riferimento all'equivalenza (e non all'identità) delle mansioni, prevenendo così facili elusioni. In caso di contestazione il giudizio sull'equivalenza delle mansioni dovrà essere effettuato sulla scorta della ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale in materia di equivalenza professionale[21]. Nel caso in cui le mansioni previste dai contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti siano diverse (*id est*: non equivalenti), la sanzione di cui si dirà non può essere applicata; in questa ipotesi, la conversione in contratto a tempo indeterminato avverrà solo quando la durata dei contratti stipulati per mansioni omogenee supera il tetto massimo stabilito dalla legge[22].

Nel caso di superamento del limite di 36 mesi, la norma prevede che il rapporto di lavoro si consideri a tempo indeterminato «ai sensi del 2° comma» dell'art. 5, come modificato dal 40° comma, lett. *a*), art. 1 L. 247/01. Si può rilevare una lieve incongruenza, perchè l'art. 5, 2° comma, prevede che nelle ipotesi di successione entro i termini di 10 o 20 giorni ivi previsti il *secondo* contratto debba considerarsi a tempo indeterminato, mentre nel caso della successione ex 4° comma *bis* il contratto che supera il limite di 36 mesi può non essere il secondo, ma il terzo, il quarto e via dicendo. La discrasia, tuttavia, può essere superata in via interpretativa, intendendo cioè la norma riferita al contratto con il quale il limite stabilito dalla legge viene superato.

Una previsione di difficile lettura è quella che regola i contratti già in corso e, in particolare, il computo del periodo di lavoro già svolto presso il medesimo datore di lavoro. Anzitutto, l'art. 1, 43° comma, lett. *a*), L. 247/07 prevede che i contratti in corso continuano fino alla loro scadenza anche in deroga alle disposizioni del 4° comma *bis*. Questa disposizione non sembra sollevare particolari difficoltà interpretative, limitandosi a regolare la sorte dei contratti in corso di svolgimento; più complesso sembra il significato da attribuire alla lett. *b*) della medesima norma, a mente della quale «il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato 4° comma *bis*, decorsi quindici mesi

[21] Si fa riferimento qui all'orientamento che ricollega l'equivalenza delle mansioni non solo, o non tanto, all'identità di inquadramento contrattuale delle mansioni, ma anche al contenuto professionale delle mansioni, inteso come «come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto»: in questi termini si v., da ultimo, Cass. 26/7/06, in questa *Rivista* 2006, 1117 sgg., con nota di M. Orlando, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Per una compiuta ricostruzione della giurisprudenza in materia si v. A. Occhipinti, G. Mimmo, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Milano 2002.

[22] Sul punto si v. M. Tatarelli, «Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato», in *Guida al lav.* n. 2-2008, p. 115.

dalla medesima data». Da un lato, infatti, si può ritenere che i periodi precedenti e successivi al 1/1/08 siano sì rilevanti ai fini del computo del limite di 36 mesi, ma solo a partire dal 1/4/09[23]. La conversione del contratto, in altre parole, potrebbe essere pronunciata solo da quella data, costituendo il periodo di 15 mesi una sorta di «termine di grazia». Diversamente, si può ritenere che i periodi di lavoro compresi tra il 1°/1/08 e il 31/3/09 non si conteggino affatto ai fini del raggiungimento della fatidica soglia dei 36 mesi, mentre devono conteggiarsi il periodo precedente e quelli successivi[24]. La soluzione ora descritta sembra, in effetti, la più ragionevole; si può ritenere infatti che il legislatore abbia voluto permettere ai datori di lavoro di godere di un periodo transitorio in cui i periodi di lavoro svolti in esecuzione di un contratto a termine non rientrino nel computo del periodo massimo previsto dal 4° comma *bis*, art. 5.

Una precisazione, a questo punto, merita la previsione circa la computabilità del «periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge»; tale periodo deve intendersi come quello già svolto in attuazione di un contratto a termine *in corso al momento dell'entrata in vigore della legge*, e cioè al 1/1/08. È solo per questo periodo, in effetti, che ha senso porsi il problema della sommatoria con i periodi successivi. La norma non può essere interpretata come volta a consentire di sommare tutti i periodi di lavoro svolti in precedenza[25], sia in virtù del principio di irretroattività della legge, sia perchè diversamente bisognerebbe immaginare che il legislatore fosse intenzionato a incrementare a dismisura il contenzioso. Quel periodo di lavoro (e solo quello), pertanto, andrà sommato ai periodi di attività successivi al 1/4/09[26] ai fini del raggiungimento della fatidica soglia.

2.3. La deroga «autorizzata»

Come si è detto, decorso il periodo di 36 mesi stabilito dalla legge, non è più possibile stipulare un ulteriore contratto a termine tra le medesime parti, per mansioni equivalenti, pena la trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto che superi il limite suddetto.

L'art. 5, 4° comma *bis*, D. Lgs. 368/01 prevede tuttavia la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine per una sola volta, alle condizioni ivi previste. In primo luogo, la stipulazione del contratto deve avvenire presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio; inoltre, il lavoratore deve essere assistito da un rappresentante sindacale delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative cui aderisce o conferisce mandato *ad hoc*. Il modello è quello, ormai classico, della derogabilità assistita[27] previsto, ad esempio, per le dimissioni della lavoratrice

[23] In tal senso sembra l'interpretazione di P. Gremigni, «Lettura comma per comma della L. 24/12/07 n. 247», in *Guida Lav.* n. 2-2008, p. 167; così anche F. Rotondi, «Le modifiche ai contratti di lavoro a tempo determinato e part-time», in *Dir. & pratica lav.* 2008, 239.

[24] In tal senso M. Tatarelli, *op. cit.*, p. 116.

[25] Come sembra ritenere M. Tatarelli, *op. loc. ult. cit.*

[26] Non pare un caso, fra l'altro, che il legislatore utilizzi il singolare per il periodo di lavoro già effettuato prima dell'entrata in vigore della legge e il plurale per i successivi periodi di attività.

[27] Di «flessibilità negoziata» parla G. Zilio Grandi, *op. cit.*, p. 791

madre o per la trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time*[28]. La dottrina ha sostenuto che, in questo caso, la funzione del procedimento previsto dalla norma dovrebbe essere quella di controllo sulla giustificazione dell'ulteriore contratto a termine, controllo che lo renderebbe inoppugnabile sotto il profilo causale[29]. Si tratterebbe, in altre parole, di una certificazione *sui generis*, dato che il ricorso alla certificazione non sembra ammissibile per il contratto di lavoro a termine[30]. La conclusione, in ogni caso, non può essere condivisa, sia perchè, come è stato correttamente rilevato, anche volendo ammettere l'intenzione del legislatore di introdurre una sorta di certificazione del contratto a termine in deroga, non si potrebbe mai escludere il potere di accertamento del giudice sulla ricorrenza in concreto del presupposto causale, «pena la violazione del diritto costituzionale alla difesa»[31], sia perchè la funzione del procedimento previsto dalla norma sembra diversa. In effetti, la stipulazione «assistita» ha lo scopo di avvertire il lavoratore che l'ulteriore contratto a termine costituisce un'eccezione alla previsione della legge e che egli, concludendolo nella sede indicata, non potrà agire per far dichiarare l'intervenuta conversione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato[32]. Il presupposto è, dunque, che il termine di 36 mesi venga superato proprio attraverso la conclusione dell'ulteriore contratto[33]; con la procedura ora descritta, in definitiva, il nuovo contratto viene escluso dal computo dei periodi di lavoro necessari a integrare la fattispecie prevista dall'art. 5, 4° comma *bis*, D. Lgs. 368/01.

[28] Sulle ipotesi di derogabilità assistita si v. la ricostruzione di R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari 2007.

[29] In tal senso A. Vallebona, «Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007», in *Mass. Giur. lav.* 2007, 698 sgg., secondo il quale in questo caso «la tecnica del controllo obbligatorio preventivo amministrativo-sindacale sulla giustificazione sostituisce la tecnica, foriera di incertezze, del controllo successivo del giudice, cui resta solo la verifica della legittimità del procedimento».

[30] Com'è noto, il ricorso alla certificazione è espressamente previsto «in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro» dall'art. 75 D. Lgs. 276/03 (come modificato dal D. Lgs. 251/04), per il regolamento interno delle cooperative (art. 83) nonché per la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino (art. 84). Sulla possibilità di interpretare in modo estensivo la dizione della norma, ricomprendendovi anche le questioni «che attengono alla sussistenza dei presupposti o requisiti del contratto» si v., dubitativamente, A. Tursi, «La certificazione dei contratti di lavoro», in M. Magnani, P. A. Varesi, a cura di, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino 2005, p. 620 sgg. Sulla certificazione, in generale, si v., ad esempio, L. Nogler, «Procedure di certificazione», in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 869 sgg.; G. Perone, A Vallebona, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Torino 2004; per i profili operativi si v. C. Enrico, M. Tiraboschi, *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, Milano 2005.

[31] In questi termini R. Voza, *op. cit.*, p. 200 sgg.

[32] Per questo profilo si ritiene di dover dissentire parzialmente dall'opinione di R. Voza, *op. cit.*, p. 200, secondo il quale in questa ipotesi non si realizza «nessuna disposizione di diritti da parte del lavoratore».

[33] È questa la ragione per la quale non si condivide la posizione di M. Tatarelli, *op. cit.*, p. 114, secondo il quale «non si comprende perché il lavoratore dovrebbe preferire una nuova occupazione precaria alla possibilità di agire in giudizio per farsi riconoscere l'intervenuta conversio-

Sempre secondo le previsioni dell'art. 5, 4° comma *bis*, la durata (massima)[34] del contratto ulteriore è stabilita da avvisi comuni tra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro. Fino dunque all'emanazione degli avvisi in parola, la deroga non può essere attuata; è questa una delle previsioni della L. 247/07 che richiede l'intervento della contrattazione collettiva. Sui soggetti e sugli atti legittimati a integrare la previsione legale è opportuno svolgere alcune considerazioni. Non costituisce una novità l'individuazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi come soggetti abilitati; si tratta, com'è noto, di un criterio spesso utilizzato dalla legislazione più recente in funzione selettiva dei soggetti negoziali[35]. Il D. Lgs. 368/01 non costituisce un'eccezione, da questo punto di vista; nelle sue previsioni si trova spesso il rinvio alla contrattazione collettiva, sia pure nel quadro di un sostanziale ridimensionamento del ruolo della stessa nella disciplina del lavoro a tempo determinato[36]. L'aspetto innovativo della previsione risiede, invece, nel rinvio legale ad «avvisi comuni», che la L. 247/07, utilizzando una terminologia di stampo comunitario[37], distingue dai contratti collettivi[38].

ne», che sembra partire dal presupposto secondo cui la fattispecie si sarebbe perfezionata *prima* della nuova stipulazione.

[34] La precisazione è d'obbligo, perchè la legge parla solo di «durata del predetto ulteriore contratto». Sembra però possibile ritenere che le parti sociali fisseranno un tetto massimo di durata, all'interno del quale potrà essere individuata la durata concreta del contratto, anche in relazione alle esigenze produttive fatte valere per l'apposizione del termine.

[35] Sull'utilizzazione del criterio della maggiore rappresentatività comparata nelle fattispecie di devoluzione legale di funzioni alla contrattazione collettiva si v. P. Campanella, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, Milano 2000, spec. p. 226 sgg.; L. Silvagna, «Il sindacato comparativamente più rappresentativo», in *Dir. rel. ind.* 1999, 211 sgg.

[36] A cominciare dalla sottrazione alla contrattazione collettiva della funzione di individuare ulteriori ipotesi di apposizione del termine, prevista dall'art. 23 della L. 56/87 e svuotata di significato dalla previsione di una causale «omnicomprensiva» di ricorso al lavoro a tempo determinato di cui all'art. 1, 1° comma (ora 2° comma), D. Lgs. 368/01. Sul punto si v. S. Giubboni, «Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul D. Lgs. 368/01», in *Riv. giur. lav.* 2002, I, 505 sgg. Per una rivalutazione del ruolo della contrattazione collettiva, pur nel mutato contesto normativo, si v. M. Napoli, «Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine», in Id., *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001-2005)*, Torino 2006, p. 159 sgg.

[37] L'espressione «pareri comuni» è stata utilizzata, ad esempio, in relazione al dialogo sociale comunitario: cfr. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 2007, p. 415. In merito si v. inoltre F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale*, Milano 1992; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, Milano 2001, spec. p. 16 sgg.; G. Zilio Grandi, *Parti sociali e contratto collettivo nell'Unione europea*, Torino 1998, p. 37 sgg.; sul ruolo e le diverse funzioni della contrattazione collettiva in ambito comunitario si v. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano 1999.

[38] Lo si ricava dalla disposizione del nuovo 4° comma *ter* dell'art. 5, che fa riferimento alle ipotesi individuate «dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali». Sulla previsione si tornerà più oltre, nel testo.

Probabilmente per «avvisi comuni» si devono intendere quelli stipulati a livello interconfederale, che non costituiscono tecnicamente veri e propri accordi, non avendo contenuto negoziale, ma che hanno la funzione di rappresentare l'orientamento delle parti sociali su una data materia[39].

Il 4° comma *bis* si chiude con la previsione secondo la quale il mancato rispetto della procedura ora descritta, ovvero il superamento della durata massima comporta la conversione del contratto ulteriore in contratto a tempo indeterminato. Non sembra applicabile all'ipotesi *de qua* il periodo di tolleranza di 20 o 30 giorni previsto dall'art. 5, 1° comma, per le ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato. La conclusione si ricava dalla dizione della norma, che si riferisce al «superamento del termine stabilito nel medesimo contratto».

2.4. Le ipotesi escluse dall'applicazione del limite temporale

Il nuovo 4° comma *ter* dell'art. 5, D. Lgs. 368/01, prevede che le disposizioni di cui al 4° comma bis non trovino applicazione nei confronti delle attività stagionali. Si tratta anzitutto delle attività indicate dal DPR n. 1525/63, emanato in attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, 2° comma, lett. *a*), L. 230/62[40], nonché delle attività individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative. La norma risulta opportuna, perchè in mancanza l'elenco avrebbe dovuto considerarsi tassativo. Quanto all'ampiezza del potere di integrazione della previsione, guardando alla lettera della legge dovrebbe ritenersi che anche le ipotesi previste dai contratti collettivi debbano rivestire carattere necessariamente stagionale[41].

Si può osservare, inoltre, che nella previsione in parola il legislatore distingue tra avvisi comuni e contratti collettivi nazionali, il che sembra costituire una conferma della tesi sostenuta in queste pagine circa il significato del rinvio agli avvisi comuni (si v. *supra*, par. 2.3). La previsione del rinvio al contratto nazionale è particolarmente importante in questo contesto, perchè è al livello di categoria che possono meglio essere valutate le attività che richiedono l'impiego di prestazioni di lavoro stagionali.

Resta escluso dall'applicazione del limite di 36 mesi il rapporto di lavoro dei dirigenti; l'art. 1, 41° comma, lett. *c*), L. 247/07, introduce nell'art. 10, 4° comma, D. Lgs. 368/01 la precisazione secondo la quale la stipulazione di contratti di lavoro a termi-

[39] Tra gli avvisi comuni finora adottati, il più noto è certamente quello sull'orario di lavoro del novembre 1997, sul quale si v. R. Delvecchio, *L'Avviso comune Confindustria - Cgil, Cisl, Uil sul recepimento della Direttiva della Comunità europea n. 104 del 1993*, in *Arg. dir. lav.* 1998, 511 sgg.; più di recente si v. l'Avviso comune 4/10/06 di Confindustria, Cgil, Cisl e Uil sull'attuazione della circolare ministeriale in materia di *call center*, reperibile sul sito della Fondazione Marco Biagi, all'indirizzo: http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo2698.html.

[40] Per la ricostruzione del significato della previsione si v. M. Roccella, «I rapporti di lavoro a termine», cit., p. 88 sgg.

[41] La formulazione della norma non sembra lasciar spazio a una diversa interpretazione, dato che si riferisce alle «attività stagionali definite dal» DPR del 1963 e a «quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali».

ne con i dirigenti può avvenire «in deroga a quanto previsto dall'art. 5, 4° comma *bis*». La previsione, in realtà, è ridondante, perchè per il lavoro dirigenziale il medesimo 4° comma dell'art. 10 prevede l'esclusione dal campo di applicazione dell'intero D. Lgs. 368/01, fatta eccezione per le disposizioni degli artt. 6 e 8[42].

Infine, restano ferme le esclusioni dal campo di applicazione della disciplina di cui al D. Lgs. 368/01 individuate dal medesimo art. 10.

2.5. Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine

Una delle principali novità della revisione della disciplina del contratto a tempo determinato è senza dubbio costituita dalla riproposizione, in forma rinnovata, del diritto di precedenza dei lavoratori a termine nel caso di nuove assunzioni effettuate dal datore di lavoro in un arco di tempo definito. Si tratta di un diritto originariamente previsto dall'art. 23 L. 56/87, per i soli lavoratori stagionali e per i lavoratori assunti in occasione delle punte stagionali di attività[43] e cancellato dal D. Lgs. 368/01, che aveva affidato alla contrattazione collettiva l'eventuale reintroduzione del suddetto diritto.

La L. 247/01, dopo aver disciplinato nuovamente il diritto di precedenza, del quale si discuterà tra breve, dispone, al 41° comma, lett. *b*), l'abrogazione del 9° e 10° comma, art. 10, D. Lgs. 368/01. La previsione ha anticipato di qualche settimana la pronuncia di illegittimità costituzionale delle medesime norme, nonché di quella di cui all'art. 11, 2° comma nella parte in cui abrogava l'art. 23, 2° comma, L. 28/2/87 n. 56, per violazione dell'art. 77, 1° comma, Cost.[44]. La Corte Costituzionale, in particolare, ha sottolineato come le previsioni sul diritto di precedenza originariamente contenute nell'art. 23 L. 56/87 e nell'art. 8 *bis* della L. 79/83 non rientrino nel campo di applicazione della direttiva n. 99/70/Ce, «né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante» e, pertanto, su di esse il legislatore delegato non avrebbe dovuto intervenire. La pronuncia, oltre a dare ragione a chi aveva sostenuto che la riforma della disciplina del contratto a termine di cui al D. Lgs. 368/01 non poteva dirsi rispettosa delle indicazioni della direttiva comunitaria[45], costituisce un significativo passo della Corte

[42] Sulla previsione di cui all'art. 10, 4° comma, si v. L. M. Dentici, «Esclusioni dal campo di applicazione del D. Lgs. 368/01 e discipline specifiche», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 153 sgg.; F. Pasquini, «Contratto a termine e lavoro dirigenziale», in M. Biagi, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 279 sgg.; F. Basenghi, «Contratto a termine e lavoro dirigenziale», in *Mass. Giur. lav.* 2001, 1089 sgg.

[43] Sulla disciplina in parola si rinvia ancora a M. Roccella, «I rapporti di lavoro a termine», cit., p. 185 sgg.

[44] Corte Cost. 25/2/08 n. 44. La questione di costituzionalità è stata sollevata da Trib. Rossano 17/5/04, in *Riv. giur. lav.* 2005, II, 85 sgg., con nota di A. Andreoni, «La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso)».

[45] In questi termini si v. L. Zappalà, «Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola», in *Dir. Merc. Lav.* 2001, 633 sgg.; P. Saracini, «*Flexicurity* e lavoro a termine: problematiche attuali e prospettive», in L. Zoppoli, a cura di, *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico*, *Working Paper* Csdle «Massimo D'Antona» Int - 57/07, reperibile sul sito «*Labour Web*», all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 44 ss.

verso l'accoglimento della teoria della vincolatività della clausola di non regresso[46]. Pur non ritenendo la disciplina del diritto di precedenza rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 99/70/Ce, la Corte non perde l'occasione di rilevare, richiamando la sentenza *Mangold*[47], che «se (l'invocata giurisprudenza della Corte di giustizia) fosse applicabile alla fattispecie in esame, potrebbe realmente incidere sulla legittimità delle norme censurate sotto il profilo delle loro contrarietà ai principi enunciati dalla direttiva sopra indicata».

Tornando ora alla disciplina del diritto di precedenza, occorre ricordare che, come anticipato, l'art. 10, 9° comma, D. Lgs. 368/01 l'aveva subordinato alla previsione dei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi[48], limitandolo inoltre alle ipotesi di assunzione «con la medesima qualifica». La previsione del diritto di precedenza di cui ai nuovi commi 4° *quater* e 4° *quinquies* dell'art. 5 è molto più incisiva. Se ne possono individuare due fattispecie: una prima, quella di cui al 4° comma *quater*, di portata generale, e una, quella di cui al 4° comma *quinquies*, riservata dai lavoratori stagionali.

Per quanto attiene alla prima ipotesi, un generale diritto di precedenza è ora previsto dall'art. 5, 4° comma *quater*, per tutti i lavoratori a termine, inclusi i lavoratori stagionali, a date condizioni. In primo luogo, è richiesto che il lavoratore abbia prestato attività lavorativa in esecuzione di uno o più contratti a termine per un periodo complessivo superiore a sei mesi; a questo punto, in capo al lavoratore sorge un diritto di precedenza nelle assunzioni che il datore di lavoro effettua nei successivi 12 mesi per le mansioni già espletate. È però necessario che il lavoratore manifesti la volontà di avvalersi di tale diritto nei sei mesi successivi alla cessazione del contratto a termine. In ogni caso, il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Sulla disciplina ora descritta occorre svolgere qualche considerazione. Anzitutto, il periodo di sei mesi si riferisce all'intero arco della vita lavorativa; il diritto in parola si costituirà dunque in capo al lavoratore nel momento in cui si realizza la fattispecie. É bene ricordare, anzitutto, che l'effetto si verificherà per i periodi di lavoro successivi all'entrata in vigore della legge, non potendo, secondo le regole generali, essa disporre che per l'avvenire. Le questioni più delicate riguardano l'ipotesi in cui il lavoratore

[46] Sul significato e la portata delle clausole di non regresso si v. U. Carabelli, V. Leccese, «Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di *favor* e di non regresso nelle direttive sociali», *Working Paper* Csdle «Massimo D'Antona» Int - 35/2005, reperibile sul sito «*Labour Web*», all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor.

[47] Corte di giustizia Ce 22/11/05, C- 144/04, *Mangold*, cit. In dottrina si v., oltre agli Autori citati in nota 6, S. Sciarra, «Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea: un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro», *Working Paper* del Csdle «Massimo D'Antona». Int - 52/07, reperibile sul sito «*Labour Web*», all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor, spec. p. 14 ss.

[48] Si v., in proposito, M. Marinelli, «Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino 2003, p. 157 sgg.

abbia complessivamente totalizzato sei mesi di lavoro nell'esecuzione di più contratti a termine stipulati per mansioni diverse[49]. La previsione non sembrerebbe infatti subordinare il diritto di precedenza allo svolgimento delle medesime mansioni per tutto il periodo stabilito. Si potrebbe anche ritenere, in altre parole, che il diritto di precedenza riguardi tutte le mansioni svolte presso la stessa azienda, anche in esecuzione di più contratti a termine. La soluzione appare, tuttavia, irragionevole, tenuto conto sia della *ratio* della norma che della legislazione precedente. Se si guarda agli obiettivi della previsione, è agevole concludere che le mansioni svolte durante i 6 mesi devono essere le medesime per le quali il datore di lavoro procede a nuove assunzioni[50], dato che lo svolgimento della medesima attività per un dato periodo di tempo può far ritenere acquisita, in capo al lavoratore, l'idoneità allo svolgimento, in via definitiva, delle mansioni pattuite. Non a caso, la durata massima del patto di prova, ex art. 10 L. 604/66, coincide con quella del periodo che determina l'insorgenza del diritto di precedenza[51].

La previsione del diritto di precedenza fa sorgere, in capo al lavoratore, una legittima aspettativa all'assunzione nel periodo di tempo indicato dalla norma[52]. Tale posizione, tuttavia, è subordinata alla manifestazione di volontà in tal senso da parte del lavoratore, da rendere entro 6 mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 5, 4° comma *sexies*, D. Lgs. 368/01, pure introdotto dalla norma in esame. Si tratta, in questo caso, di una previsione discutibile, sia per il lavoratore, che è vincolato a rendere una dichiarazione in forma tale da poterla provare in caso di controversia, sia per il datore di lavoro, che per sei mesi non è in grado di sapere, in caso di nuove assunzioni, se debba o meno rispettare il diritto di precedenza dei lavoratori assunti a termine nel periodo antecedente. Anche nel vigore dell'art. 23 L. 56/87, non erano mancate critiche alla previsione, formulata in termini analoghi, perchè rite-

[49] La formulazione dell'art. 5, 4° comma *quater* è, sul punto, ambigua. Nell'individuare i requisiti per l'insorgenza del diritto di precedenza, infatti, la norma si riferisce semplicemente alla prestazione di attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi in esecuzione di uno o più contratti a termine, senza indicare per quali mansioni, precisando poi che il diritto sorge con riferimento alle assunzioni «a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle *mansioni già espletate* in esecuzione *dei* rapporti a termine» (corsivo di chi scrive).

[50] La norma sembra escludere che il diritto di precedenza possa essere fatto valere in relazione a mansioni solo *equivalenti* a quelle precedentemente svolte dal lavoratore, dato che si riferisce alle mansioni *già espletate* dal lavoratore in esecuzione dei rapporti di lavoro a termine. In tal senso si v. M. Tatarelli, *op. cit.*, p. 115.

[51] Secondo A. Vallebona, *op. cit.*, p. 699, la disposizione in commento sarebbe volta a eliminare la «la funzione di sperimentazione in vista dell'occupazione stabile dei più meritevoli finora opportunamente assolta dai contratti a termine», facendo prevalere una sorta di «egualitarismo demagogico». Una simile posizione non è condivisibile, perchè riduce la funzione del contratto a termine a quella di strumento di selezione del personale, che invece è propria di altri dispositivi, quali il patto di prova, per l'appunto.

[52] Per la ricostruzione delle ipotesi e del significato dell'aspettativa di diritto nel contratto di lavoro si v. A. Occhino, *L'aspettativa di diritto nei rapporti di lavoro e previdenziali*, Torino 2004.

nuta fortemente limitativa del diritto del lavoratore[53]. Ai fini della certezza delle posizioni giuridiche in gioco, sarebbe stato, in effetti, più opportuno limitare sì la durata del diritto, ma senza subordinarlo alla dichiarazione del lavoratore.

La norma non prevede alcunché in ordine alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del diritto di precedenza. Dovrebbe ritenersi esclusa, in ossequio ai principi generali e alla giurisprudenza formatasi in casi analoghi[54], la possibilità di ordinare la costituzione *ope judicis* del rapporto di lavoro, ex art. 2932 c.c.[55] Il lavoratore ha però diritto al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa. Per ciò che attiene alla quantificazione della somma da erogare al lavoratore, un'indicazione può forse ricavarsi dalla giurisprudenza che si è occupata del risarcimento del danno dovuto dalla pubblica amministrazione per la violazione della disciplina del contratto a tempo determinato. Com'è noto, in questo caso, in forza del disposto dell'art. 36, 2° comma, D. Lgs. 165/01, è esclusa la possibilità di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione[56], a causa del vincolo del concorso per l'accesso al lavoro pubblico previsto dall'art. 97 Cost. Per la quantificazione del risarcimento del danno in queste ipotesi, la giurisprudenza ha utilizzato come parametro di riferimento la retribuzione percepita, ragguagliata al tempo necessario per trovare una nuova occupazione, tenuto conto del sesso e dell'età del lavoratore[57], oppure ha applicato analogicamente i parametri desumibili dall'art. 18 SL per il danno da licenziamento illegittimo[58].

Oltre all'ipotesi «generale» ora descritta, la L. 247/07 (re)introduce il classico diritto di precedenza per i lavoratori stagionali in relazione alle assunzioni effettuate dal datore di lavoro, entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, per le medesime attività stagionali. In dottrina si è ritenuto che vi sia, in questo caso, un ampliamento del diritto di precedenza, per via del riferimento alle «medesime attività stagionali», che implicherebbe l'estensione del diritto del lavoratore a tutte le mansioni riconducibili all'attività stagionale[59]. In realtà, si deve ritenere che una simile let-

[53] M. Roccella, «I rapporti di lavoro a termine», cit., p. 187.

[54] In relazione al diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per riduzione di personale, di cui all'art. 8, 1° comma, L. 223/91, si v. Cass. 5/10/02 n. 14293, in *Orientamenti* 2002, 799.

[55] La possibilità di una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. è sostenuta da M. Tatarelli, *op. cit.*, p. 116; si v. anche, in relazione alla precedente disciplina di cui all'art. 10, 9° comma, M. Marinelli, *Il diritto di precedenza...*, cit., p. 162 sgg.

[56] La conformità di detta previsione al diritto comunitario è stata affermata dalla Corte di giustizia in due sentenze coeve, che sottolineano al tempo stesso la necessità che la violazione sia assistita da sanzioni efficaci: si v. Corte di Giustizia Ce 7/9/06, C-53/04 e C-180/04, in *Riv. giur. lav.* 2006, II, 601 sgg., con nota di A. Gabriele, «Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di giustizia».

[57] In questi termini Trib. Rossano 13/6/06, in *Foro it.* 2007, I, 2589 sgg.

[58] Così Trib. Genova 14/5/07, in *Foro it.* 2007, I, 2248, che ha applicato l'importo minimo del risarcimento del danno (5 mensilità di retribuzione), oltre all'indennità sostitutiva della reintegrazione.

[59] Sembra questa l'interpretazione di M. Tatarelli, *op. cit.*, p. 116.

tura non tenga conto né del tenore letterale della norma, che appare riferita alla medesima attività stagionale già svolta dal lavoratore, né della sua *ratio*, da rinvenire, come per l'ipotesi precedente, nel favore verso la riassunzione di lavoratori già impiegati, in ragione della capacità acquisita nello svolgimento delle precedenti mansioni.

Anche in questo caso il lavoratore è tenuto a manifestare la volontà di avvalersi del diritto di precedenza entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto, e il diritto si estingue entro un anno dalla medesima data. In questo caso, trattandosi di attività stagionali, il periodo di tre mesi per la manifestazione della volontà di avvalersi del diritto di precedenza non pone i problemi più sopra evidenziati, proprio perchè il lasso di tempo tra un periodo di lavoro e quello successivo è di norma superiore a tre mesi.

2.6. Le modifiche all'art. 10, D. Lgs. 368/01

Com'è noto, l'art. 10, 7° comma, D. Lgs. 368/01 affida alla contrattazione collettiva il compito di individuare limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato, escludendo però dall'apposizione dei suddetti limiti le ipotesi individuate nelle lettere da *a*) a *d*)[60]. Il 41° comma, art. 1 L. 247/07 sostituisce le lett. *c*) e *d*) della norma in commento, eliminando così dall'elenco i contratti a termine stipulati per l'intensificazione di attività in determinati periodi dell'anno (punte stagionali), quelli stipulati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale, nonché quelli genericamente destinati a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro e stipulati al termine di un periodo di tirocinio o *stage*. Per queste tipologie di contratti, dunque, la contrattazione collettiva è nuovamente abilitata a prevedere limiti quantitativi per il loro utilizzo.

Restano esenti da limiti i contratti a termine stipulati per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi (nuova lett. *c*, art. 10, 7° comma) e i contratti stipulati con i lavoratori di età superiore ai 55 anni (nuova lett. *d*). Si tratta di previsioni presenti anche nella precedente formulazione della norma, sia pure in una diversa collocazione.

Per quanto riguarda il caso dell'assunzione a termine dei lavoratori ultracinquantacinquenni, è opportuno svolgere alcune osservazioni. In primo luogo, la norma riafferma la possibilità di prevedere causali di assunzione a tempo determinato legate a caratteristiche soggettive del lavoratore, l'età, per l'appunto. Di queste ipotesi di assunzioni si è discusso molto anche nel vigore della L. 230/62[61], in relazione soprattutto alle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva, ma anche a quelle stabilite espressamente dal legislatore, come, ad esempio, l'art. 8, 2° comma, L. 223/91, per l'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità[62]. La prima questione da affrontare

[60] Sul significato delle clausole di contingentamento si v. M. Napoli, *Il ruolo della contrattazione collettiva...*, cit., p. 167 sgg.

[61] Sul punto si v. M. Roccella, «I rapporti di lavoro a termine», cit., p. 161 sgg.; M. D'Antona, «I contratti a termine», in AA. VV, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli 1988, p. 111 sgg.

[62] M. Marinelli, «Contratto a termine e cause di giustificazione», in A. Garilli, M. Napoli, a cura di, *op. cit.*, p. 52 sgg. L'A. rileva, fra l'altro, come l'introduzione della fattispecie generale di cui all'art. 1 del D. Lgs. 368/01 escluderebbe l'ammissibilità di ipotesi collegate a situazioni soggettive dei lavoratori, al di fuori di quelle espressamente previste dalla legge.

è quella di stabilire se anche queste tipologie contrattuali debbano pur sempre corrispondere a esigenze temporanee dell'impresa[63], ovvero se la sola previsione della legge o del contratto sia sufficiente a giustificare l'apposizione del termine[64]. Quest'ultima soluzione appare condivisibile, perchè nelle fattispecie in parola prevale la finalità di favorire l'occupazione di soggetti che la legge o il contratto collettivo reputano in una posizione di particolare debolezza sul mercato del lavoro. A questo punto, però, si apre una seconda questione, legata alla possibile violazione dei divieti di discriminazione attuata dalle previsioni che individuano, quali criteri di applicazione della relativa disciplina, fattori come l'età, l'*handicap*, la nazionalità, l'orientamento sessuale[65]. Problemi di questo genere, del resto, sono destinati a riproporsi ogni volta che i fattori ora ricordati vengano utilizzato in funzione selettiva dei destinatari di misure rivolte a favorire l'occupazione, come è avvenuto nel caso del Patto per Milano[66]. È opportuno rammentare, infatti, che nel caso *Mangold* già richiamato si trattava proprio di valutare la compatibilità con il diritto comunitario della normativa tedesca che consente la stipulazione, senza alcun requisito sostanziale, di contratti a termine con lavoratori che abbiano già compiuto una certa età[67]. Alla luce dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, la previsione della lett. *d*), art. 10, 7° comma, D. Lgs. 368/01, può essere considerata legittima solo se si ritiene che la sottesa finalità di politica occupazionale possa giustificare la differenziazione di trattamento tra lavoratori giovani e anziani, secondo i criteri di necessità e proporzionalità indicati dalla Corte di Giustizia comunitaria[68].

[63] Così Trib. Milano 11/5/06, in questa *Rivista* 2006, 787 sgg., con nota di F. Bernini, «L'art. 2, D. Lgs. 368/01 e il contratto a termine per il trasporto aereo».

[64] In questo senso, in relazione all'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità, si v. Cass. 6/3/03 n. 3374.

[65] Com'è noto, l'ampliamento del «catalogo» dei fattori di discriminazione si deve al diritto comunitario e, per quanto riguarda il nostro ordinamento, alle disposizioni di cui ai D. Lgs. 215 e 216/03. Sulla «nuova stagione» della legislazione antidiscriminatoria si v. M. Barbera, «Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità», in Ead., a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano 2007, p. XIX sgg.; D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli 2005, spec. p. 373 sgg.

[66] Il Patto per Milano del 2/2/2000 era finalizzato, tra l'altro, a consentire, in un quadro regolativo concordato tra le parti sociali e il Comune di Milano, l'assunzione a termine di lavoratori extracomunitari inoccupati o disoccupati, lavoratori svantaggiati ai sensi della L. 381/91 e lavoratori con più di 40 anni di età. Il Patto ha aperto un acceso dibattito sia tra i sindacati dei lavoratori, sfociato poi nel rifiuto della Cgil di sottoscriverlo, sia in dottrina. Si v. ad es. M. Biagi, «Il Patto Milano Lavoro: un'intesa pilota», in *Dir. rel. ind.* 2000, 127 sgg.; L. Castelvetri, «Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», *ivi* 1999, 321 sgg.

[67] Corte di giustizia 22/11/05, C- 144/04, *Mangold*, cit.

[68] Sull'applicazione del criterio di valutazione della *strict necessity* in materia di differenziazioni sulla base dell'età si v. O. Bonardi, «Le discriminazioni basate sull'età», in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., spec. p. 138 sgg.; sulla giurisprudenza della Corte di giusti-

L'art. 1, 41° comma, L. 247/07, infine, abroga espressamente le previsioni dell'8°, 9° e 10° comma del medesimo art. 10. Si tratta, in primo luogo, della norma che esentava dalle limitazioni quantitative i contratti a termine di durata inferiore a 7 mesi (8° comma), che oggi dunque devono ritenersi soggetti alle clausole di contingentamento. In secondo luogo, in coerenza con l'introduzione del diritto di precedenza di fonte legislativa, viene abrogata la previsione che ne rinviava alla contrattazione collettiva l'eventuale disciplina (9° comma), insieme a quella che ne regolava l'estinzione (comma 10).

3. Le disposizioni in tema di lavoro a tempo parziale

3.1. Le modifiche alla disciplina delle clausole flessibili ed elastiche

L'art. 1, 44° comma, L. 247/07 prevede alcune significative modifiche alla disciplina della flessibilità della prestazione nel *part-time*, e in particolare delle clausole flessibili ed elastiche, quelle cioè che attribuiscono al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente, rispettivamente la collocazione temporale o la durata concordata della prestazione di lavoro. Ancora una volta, dunque, il lavoro a tempo parziale risulta il perno attorno al quale ruotano diverse concezioni della flessibilità[69] e anche diverse interpretazioni della direttiva comunitaria in materia[70].

La norma ritorna sulle modalità di inserimento delle clausole in esame nel contratto, richiedendo nuovamente per la legittima apposizione delle stesse, secondo quanto prevedeva la versione originaria del D. Lgs. 61/2000[71], il c.d. «doppio filtro»: da un

zia in materia si v. F. Savino, «Differenze di trattamento e giustificazioni legittime nella giurisprudenza della Corte di giustizia», in *Lav. dir.* 2004, sgg.

[69] Sia consentito il rinvio a C. Alessi, «Lavori a orario ridotto e prevedibilità dell'orario di lavoro», in L. Guaglianone, F. Malzani, a cura di, *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano 2007, spec. p. 258 sgg. Si v. anche R. Del Punta, «Lavoro a tempo parziale», in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna 2004, p. 469 sgg. In generale, sulle tecniche di regolazione dei lavori flessibili, si v. A. Perulli, «Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2002, 335 sgg.

[70] Sulla direttiva comunitaria 97/81/Ce in materia di lavoro a tempo parziale si v. B. Caruso, «Riforma del *part-time* e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentale», in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli 2004, p. 17 sgg.; M. Delfino, «Riforma del *part-time* e vincoli comunitari», *ibidem*, 77 sgg.; S. Scarponi, «Luci e ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale», in *Riv. giur. lav.* 1999, I, 410 sgg.; S. Caliandro, «Il lavoro a tempo parziale nella prospettiva comunitaria», in *Riv. giur. lav.* 2007, I, 733 sgg.

[71] Sulle clausole elastiche nella «versione» di cui al D. Lgs. 61/2000 sia nuovamente consentito il rinvio a C. Alessi, «La flessibilità della prestazione: clausole elastiche, lavoro supplementare, lavoro straordinario», in M. Brollo, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale. D. Lgs. 61/2000*, Milano 2001, p. 70 sgg.; si v. inoltre S. Bellomo, «Le clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale dopo il D. Lgs. 25/2/2000 n. 61», in F. Liso, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, Roma 2002, p. 49 sgg.; M. Biagi, A. Russo, M. Tiraboschi, «Modalità del rapporto di lavoro a tempo parziale. Lavoro supplementare, lavoro straordinario e clausole elastiche», in M. Biagi, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, Milano 2000, p. 48 sgg.

lato, la possibilità di introdurre clausole flessibili ed elastiche deve essere prevista dai «contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»; dall'altro, è richiesto altresì il consenso del lavoratore, formalizzato attraverso un apposito patto scritto[72] (art. 3, 9° comma, D. Lgs. 61/2000). La previsione rappresenta un omaggio alle posizioni dottrinali più critiche rispetto all'affidamento alla sola volontà individuale del compito di introdurre deroghe alla disciplina legislativa ovvero della funzione di flessibilizzazione di una tipologia contrattuale, come il *part-time*, in bilico tra le esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro e le istanze di flessibilità delle imprese[73]. Il fatto che non basti più il semplice consenso delle parti per l'apposizione delle clausole è sottolineato anche dall'abrogazione dell'art. 8, 2° comma *ter*, secondo il quale in assenza di contratti collettivi le clausole flessibili ed elastiche potevano essere concordate direttamente tra datore e lavoratore.

Per quanto riguarda la disciplina così rinovellata, è opportuno sottolineare che i contratti collettivi ai quali viene fatto rinvio devono essere integralmente applicati dal datore di lavoro che intenda ricorrere alle clausole elastiche o flessibili. La conclusione si desume, oltre che dalla tradizionale impostazione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva[74], anche dalla funzione promozionale del sistema contrattuale «posto in essere dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative» che la dottrina ha individuato proprio nel rinvio legale[75]. Si può osservare che proprio in questo aspetto si coglie il cambiamento di filosofia di fondo della disciplina del *part-time*; una modifica di poche righe all'art. 3, 7° comma, è sufficiente a restituirle la funzione di normativa promozionale dell'autonomia collettiva che l'art. 46 D. Lgs. 276/03 le aveva sottratto[76].

[72] Com'è noto, una delle principali modifiche introdotte dal D. Lgs. 276/03 rispetto alla disciplina del *part-time* contenuta nel D. Lgs. 61/2000 è stata proprio l'affidamento alla (sola) autonomia individuale della possibilità di introdurre clausole elastiche e flessibili nel contratto. Si v. R. Del Punta, *op. cit.*, p. 514 sgg. La dottrina ha prontamente segnalato come una previsione siffatta consegnasse al consenso individuale «infinite possibilità di deregolazione», incentivando anche la «fuga dal contratto collettivo»: in questi termini, condivisibilmente, B. Caruso, *op. cit.*, p. 25

[73] In questo senso si vv. le osservazioni di S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», *Working paper* del Centro Studi «Massimo D'Antona» int, n. 18/2004, spec. p. 21 sgg.

[74] Appare chiaro, infatti, che la norma si colloca nel quadro delle ipotesi di rinvio all'autonomia collettiva in funzione autorizzatoria, cioè ai fini della rimozione dei «vincoli legali che gravano sulla capacità negoziale del datore di lavoro», operando quindi solo nei confronti dei datori di lavoro che sono obbligati all'applicazione del contratto collettivo: si v. in merito le osservazioni di M. D'Antona, «Pubblici poteri nel mercato del lavoro. Amministrazioni e contrattazione collettiva nella legislazione recente», in *Riv. it. dir. lav.* 1987, I, 226 sgg., ripubblicato in Id., *Contrattazione, rappresentatività, conflitto. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di G. Ghezzi, Roma 2000, spec. p. 168 sgg.

[75] In tal senso, in relazione alla formulazione originaria della norma, V. Pinto, «Legge e autonomia nella disciplina del lavoro privato a tempo parziale dopo il D. Lgs. 26 /2/01 n. 100», in F. Liso, a cura di, *op. cit.*, spec. p. 160 sgg.

[76] Si vedano le lucide osservazioni in merito di R. Del Punta, *op. cit.*, p. 476 sgg. e di M. Brollo,

La conseguenza principale dell'impostazione accolta è che in assenza di previsioni contrattuali, ovvero nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo, al contratto di lavoro a tempo parziale non possono essere apposte clausole flessibili o elastiche. L'ipotesi in cui il contratto collettivo applicato dal datore di lavoro non contenga alcuna disciplina delle clausole in esame, tuttavia, sembra abbastanza peregrina; l'esperienza precedente dimostra come, in realtà, la contrattazione collettiva abbia fatto largo uso dei rinvii legislativi in materia. E se si pone mente al fatto che spesso queste clausole sono apposte al momento della conclusione del contratto[77], ci si rende conto che il ruolo della volontà del lavoratore continua a restare, tutto sommato, limitato. É vero che spetta ai contratti collettivi pure l'individuazione di «condizioni e modalità» in relazione alle quali il datore di lavoro può esercitare il proprio potere, nonché la fissazione di limiti massimi di variabilità della prestazione (art. 3, 7° comma, D. Lgs. 61/2000), ma è altrettanto vero che il lavoratore può in qualche misura «subire» l'apposizione delle clausole.

Neppure la modifica riguardante il preavviso può costituire un serio ostacolo all'esercizio del potere del datore di lavoro; l'art. 1, 44° comma, lett. *c*), L. 247/07, sostituisce l'8°comma, art. 3 D. Lgs. 61/2000, con la previsione secondo la quale «l'esercizio, ove previsto dai contratti collettivi di cui al 7° comma e nei termini, condizioni e modalità ivi stabiliti, da parte del datore di lavoro del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa, comporta in favore del prestatore di lavoro un preavviso, fatte salve le intese fra le parti, di almeno cinque giorni lavorativi». La previsione costituisce, anzitutto, una conferma del ruolo dell'autonomia collettiva sia nell'autorizzare il ricorso alle clausole flessibili ed elastiche che nella disciplina dei termini e delle modalità di esercizio del potere di variabilità; il suo contenuto innovativo, tuttavia, sembra piuttosto limitato, dato che si tratta semplicemente dell'innalzamento da due a cinque giorni del termine minimo di durata del preavviso, facendo però salve, come nella formulazione precedente, le intese tra le parti. A conclusioni di segno opposto si potrebbe giungere ove si ritenesse che l'inciso si riferisca esclusivamente alla volontà delle parti *collettive*, che sarebbero dunque le sole abilitate a prevedere un termine di preavviso più breve; siffatta interpretazione, tuttavia, sembra esclusa dal tenore letterale della norma[78]. È opportuno sottolineare, a questo punto, che la stipulazione della

«La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità», in *Lav. giur.* 2004, 252 sgg.; si v. inoltre, F. Bano, «Contratti flessibili: lavoro a tempo parziale e lavoro intermittente», in *Lav. dir.* 2006, spec. p. 296 sgg.; S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», cit., p. 21 sgg.

[77] Che si tratti di clausole ormai diventate di stile è dimostrato anche dalla modulistica pubblicata sulle riviste specializzate. Vedi ad esempio i modelli contrattuali pubblicati in *Dir. & pratica lav.* 2007, 1677 sgg.

[78] La previsione dell'art. 3, 8° comma, non risulta affatto modificata per quanto riguarda questo profilo. In riferimento alla disciplina precedente si v. R. Del Punta, *op. cit.*, p. 518; M. Ferraresi, «Part-time», in M. Magnani, P.A. Varesi, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, cit., p. 466, riferisce la possibilità di modificare il preavviso sia alle parti collettive che a quelle individuali, ma solo in aumento.

clausola elastica o di quella flessibile assoggetta il lavoratore al potere di variabilità del datore di lavoro per l'intera durata del contratto[79]: l'abrogazione del c.d. diritto di ripensamento, a opera del D. Lgs. 276/03, gli impedisce infatti di far valere sopravvenute esigenze di cura o, più in generale, di vita[80]. La situazione è aggravata anche dal fatto che l'apposizione della clausola obbliga il lavoratore a svolgere la prestazione secondo la variazione richiesta dal datore di lavoro, poiché, a differenza di quanto avviene per il lavoro supplementare, in questo caso il consenso del lavoratore è preventivo[81]. Si può senz'altro auspicare che sul punto intervengano le previsioni dei contratti collettivi, introducendo strumenti che in qualche misura garantiscano la tutela delle esigenze del lavoratore[82].

3.2. Le modifiche all'art. 12 bis: *la tutela dei lavoratori (e dei loro familiari) affetti da patologie oncologiche*

La L. 247/07 prevede inoltre la sostituzione dell'art. 12 *bis* D. Lgs. 61/2000, inserito dall'art. 46 D. Lgs. 276/03[83], con un nuovo articolo, che ne riprende parzialmente le previsioni, estendendole.

Il primo comma dell'art. 12 *bis* prevede il diritto dei lavoratori pubblici e privati affetti da patologie oncologiche[84], per i quali residui una sia pur ridotta capacità lavorativa, alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. La prima novità risiede proprio nella previsione del diritto alla trasformazione del rapporto anche per i dipendenti pubblici[85]; l'estensione in parola, tuttavia, riguarda più gli aspetti legati all'immediatezza e alla reversibilità della trasformazione, dato che per il

[79] Vedi le osservazioni di F. Bano, «Il lavoro a tempo parziale», in A. Perulli, a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino 2004, p. 120.

[80] Il diritto di ripensamento, o di denuncia, consisteva nella possibilità, riconosciuta dall'art. 3, 10° comma, D. Lgs. 61/2000, di recedere unilateralmente dal patto di variabilità in presenza di alcune esigenze espressamente individuate dalla legge. Sul punto si rinvia a C. Alessi, «La flessibilità della prestazione», cit., p. 78 sgg. Sulla previsione si erano rivolte le critiche di chi riteneva il diritto di denuncia un ostacolo alla gestione flessibile del *part-time*: si veda in tal senso, tra i molti, A. Vallebona, «La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale», in *Mass. Giur. lav.* 2000, 492 sgg.; A. Reale, «Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno», *ivi* 2000, 1273. Si v. inoltre, dopo l'abrogazione della norma a opera del D. Lgs. 276/03, R. Del Punta, *op. cit.*, p. 474. In senso nettamente favorevole, invece, S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», cit., p. 7, che sottolinea come l'abrogazione del suddetto diritto ponga problemi di costituzionalità e questioni relative alla possibile violazione della clausola di non regresso

[81] R. Del Punta, *op. cit.*, p. 510

[82] S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», cit., p. 20 segnala alcune soluzioni previste dai contratti collettivi, come la clausola di reversibilità o il diritto di rifiutare la modifica dell'orario di lavoro a fronte di circostanze particolari.

[83] Sulla previsione precedente si v. S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», cit., p. 32 sgg.; M. Tiraboschi, P. Tiraboschi, «Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno», in *Dir. rel. ind.* 2006, 524 sgg.

[84] La norma precisa che l'accertamento della capacità lavorativa residua deve essere effettuato da una commissione istituita presso l'Ausl territorialmente competente.

[85] Così F. Rotondi, *op. cit.*, p. 240.

lavoro pubblico il diritto alla trasformazione da *full-time* a *part-time* è previsto da tempo dall'art. 1, 56° comma, L. 662/96[86]. Sia in questa che nella precedente formulazione, si tratta di un diritto soggettivo potestativo, perchè la trasformazione opera, in presenza dei relativi presupposti, a richiesta del lavoratore e a esso il datore non può opporre un rifiuto[87]. Spetterà poi alle parti individuare la concreta articolazione dell'orario, che tuttavia dovrà essere tale da consentire il rispetto delle esigenze di cura del richiedente[88]. Il medesimo carattere di diritto potestativo è previsto anche per il passaggio inverso, da tempo parziale a pieno, che avviene per l'appunto a richiesta del lavoratore medesimo.

Se la previsione ora richiamata non presenta sostanziali innovazioni, una novità assoluta è costituita dalla previsione di una (meno efficace) priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a parziale in alcuni casi individuati dal 2° e 3° comma, art. 12 *bis*, introdotti dalla L. 247/07.

Si tratta, anzitutto, dei casi in cui i genitori, i figli o il coniuge del lavoratore o della lavoratrice siano affetti da patologie oncologiche. In queste ipotesi la norma non richiede che si tratti di persone conviventi con il richiedente, anche se nel caso del coniuge il requisito potrebbe (forse) ritenersi *in re ipsa*[89]. La seconda ipotesi è quella in cui il lavoratore assista una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che sia incapace di compiere gli atti quotidiani della vita. Infine, la priorità è riconosciuta nel caso in cui sia fatta richiesta da parte del lavoratore o della lavoratrice con figli conviventi di età inferiore a 13 anni, o con figli conviventi portatori di *handicap*, in questo caso senza limiti di età.

La differenza tra l'ipotesi ora descritta e quella di cui al 1° comma della stessa norma risiede nel fatto che il diritto di priorità può essere esercitato solo quando il datore di lavoro intenda assumere lavoratori a tempo parziale, non trattandosi in questo caso di un diritto potestativo. Qualche problema può porsi circa la determinazione delle modalità con le quali esercitare la priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. Com'è noto, il datore di lavoro è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale, ai sensi dell'art. 5, 3° comma, D. Lgs. 61/2000, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare richiesta di trasformazione del rapporto. Dette richieste devono però semplicemente essere «prese in considerazione» dal datore di lavoro[90]. Rispetto alle richiamate richieste, i lavoratori

[86] Sul lavoro a tempo parziale nella p.a. si v. M. Miscione, «Il tempo parziale generalizzato nelle pubbliche amministrazioni», in M. Brollo, a cura di, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 232 sgg.

[87] In tal senso anche M. Tiraboschi, P. Tiraboschi, *op. cit.*, p. 528, in relazione alla precedente formulazione.

[88] Così M. Tiraboschi, P. Tiraboschi, *op. loc. ult. cit.*; S. Scarponi, «Il lavoro a tempo parziale», cit., p. 32.

[89] In effetti, si potrebbe porre la questione della spettanza del diritto di priorità a favore del coniuge legalmente separato.

[90] Sulla portata della previsione si v. F. Bano, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 124 sgg.; sulla previsione precedente alle modifiche introdotte dall'art. 46 D. Lgs. 276/03, si v. M. Brollo, «Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)», in Ead., a cura di, *op. cit.*, p. 125 sgg.

che si trovano in una delle situazioni di cui all'art. 12 *bis*, 2° e 3° comma, godono senza dubbio di una posizione preferenziale, ma non è chiaro quali obblighi sorgano in capo al datore di lavoro, né quale sia la sanzione per la violazione della priorità. Per quanto riguarda il primo aspetto, la contrattazione collettiva potrà individuare «criteri applicativi» sia per le domande «ordinarie» di passaggio al tempo parziale (come già prevede l'art. 5, 3° comma, D. Lgs. 61/2000), sia per le situazioni di priorità. Anche in assenza di tali previsioni, tuttavia, si può ritenere che il datore di lavoro debba motivare l'eventuale priorità fatta valere dal dipendente, in ragione della gravità delle situazioni legittimanti. Per le sanzioni, in questo caso si può prospettare il diritto del lavoratore alla trasformazione del rapporto, oltre al risarcimento del danno, proprio alla luce del particolare rilievo interessi sottesi alla previsione legale.

3.3. Il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro

L'art. 12 *ter* D. Lgs. 61/2000, introdotto *ex novo* dalla L. 247/07, disciplina il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. La previsione non è un'assoluta novità, dato che l'art. 5, 3° comma *bis*, L. 863/84 conteneva una disciplina per molti versi analoga a quella attuale[91]. La precedenza riguarda le assunzioni che il datore di lavoro intende effettuare «per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale».

La prima questione rilevante riguarda le modalità con le quali esercitare la precedenza nella trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno. Come si è visto, il datore di lavoro è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale, ai sensi dell'art. 5, 3° comma, D. Lgs. 61/2000, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare richiesta di trasformazione del rapporto, ma la norma non prevede che sia tenuto a fare altrettanto con riguardo alle assunzioni a tempo pieno. Si può ritenere, tuttavia, che anche in questo caso vi sia un obbligo di comunicazione, desumibile dalle clausole di buona fede e correttezza[92]. Sul punto è auspicabile, comunque, l'intervento della contrattazione collettiva, che è certamente libera di individuare ulteriori obblighi di informazione in capo al datore di lavoro.

Un secondo problema concerne la «graduatoria» rispetto alle domande di trasformazione. Poiché l'ipotesi prevista dall'art. 12 *ter* riguarda tutti i lavoratori che abbiano trasformato in precedenza il rapporto, a prescindere dalle ragioni che hanno sorretto la trasformazione, ci si potrebbe chiedere se i soggetti in una delle situazioni di cui all'art. 12 *bis*, 2° comma, godano di una priorità anche nel ritorno al rapporto di lavoro a tempo pieno. In realtà, la norma, non operando alcuna distinzione, sembra

[91] Si trattava della previsione di un diritto di precedenza dei lavoratori assunti a tempo parziale rispetto alle nuove assunzioni a tempo pieno programmate dal datore di lavoro. Una forma di priorità era poi stabilita per i lavoratori che avessero in precedenza trasformato il rapporto da tempo pieno a *part-time*. Sulla previsione si v. M. Brollo, *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Napoli 1991, p. 135 sgg.; A. Maresca, «Il part-time», in AA. VV., *Il diritto del lavoro negli anni 80*, Napoli 1988, p. 48 sgg.

[92] In questi termini M. Brollo, *Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, cit., p. 149.

lasciare alla discrezionalità del datore di lavoro la soluzione del conflitto tra le diverse posizioni in considerazione.

Il problema, anche in questo caso, riguarda la sanzione applicabile per la violazione del diritto di precedenza da parte del datore di lavoro. A differenza della violazione del diritto di precedenza di origine contrattuale, per il quale l'art. 8, 3° comma, D. Lgs. 61/2000 prevede espressamente una sanzione[93], l'ipotesi *de qua* non ne ha una specifica, dato che la previsione ora richiamata si riferisce esclusivamente alla «violazione del diritto di precedenza di cui all'art. 5, 2° comma». Le prospettive di soluzione che si aprono, a questo punto, sono diverse. Fermo restando che deve riconoscersi il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa, tenuto conto anche degli interessi sottesi alla trasformazione[94], la questione più rilevante risulta quella relativa alla possibile applicazione dell'art. 2932 c.c., con la conseguente costituzione *ope judicis* di un rapporto di lavoro a tempo pieno in capo al lavoratore pretermesso. La giurisprudenza, nel vigore della L. 863/84, era giunta a questa conclusione, sulla scorta della considerazione per cui l'assetto negoziale tra le parti sarebbe stato modificato «solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite e alla loro distribuzione temporale»[95]; in questo caso, infatti, tutti gli elementi del contratto sarebbero sufficientemente determinati, trattandosi di trasformazione di un contratto in corso di svolgimento. Una simile conclusione, tuttavia, sembra trascurare, da un lato, il fatto che il diritto di precedenza, tecnicamente, non determina l'insorgenza, in capo al datore di lavoro, di un vero e proprio obbligo di concludere un contratto[96], dall'altro che potrebbe porsi, in presenza di più titolari del medesimo diritto, un problema di selezione tra posizioni analoghe, selezione che implica necessariamente una manifestazione di volontà del datore di lavoro. Infine, non si può trascurare che in questa ipotesi, come nel caso del diritto di precedenza previsto per il contratto a termine, l'imposizione di una data organizzazione dell'impresa, che conseguirebbe alla

[93] La norma prevede il risarcimento del danno nella misura corrispondente alla differenza tra la retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio a tempo pieno, per un periodo di sei mesi.

[94] Si può ipotizzare, ad esempio, che nelle ipotesi di cui all'art. 12 *bis* la violazione del diritto di precedenza debba considerarsi più grave che nelle ipotesi di precedenza «ordinaria».

[95] Così Cass. 2/6/98 n. 5415, in *Mass. Giur. lav.* 1998, 816.

[96] Un caso in cui, invece, sembra essere applicabile l'art. 2932 c.c. è quello del collocamento mirato dei disabili: si v., in riferimento alla disciplina riformata dalla L. 68/99, A. Tursi, «Il diritto al lavoro dei disabili», in *Riv. giur. lav.* 1999, I, 797 sgg. In giurisprudenza, si v. Cass. 14/8/04 n. 15913, in questa *Rivista* 2004, 881, con nota di F. Capurro, «Collocamento obbligatorio e costituzione del rapporto ex art. 2932 c.c.: il caso dei centralinisti non vedenti come spunto per un riesame della tutela in forma specifica». Per l'inapplicabilità del medesimo rimedio nel vigore della L. 482/68, si v. Cass. 16/5/98 n. 4953, in *Orientamenti* 1998, 311 sgg. Si v., per l'applicabilità dell'art. 2932 a un obbligo, assunto contrattualmente, di convertire i contratti di lavoro a termine in contratti a tempo indeterminato, Cass. 5/5/04 n. 8568, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 95 sgg., con nota di P. Sciortino, «Sulla sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro e sui suoi presupposti», cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

trasformazione, potrebbe porsi in contrasto con l'art. 41 Cost. La violazione del diritto di precedenza presuppone infatti che sia stato assunto un lavoratore a tempo pieno in luogo della trasformazione del contratto del lavoratore pretermesso.

4. Le novità in materia di somministrazione e lavoro intermittente

4.1 L'abolizione dello staff leasing

L'art. 1, 4° comma, L. 247/07, abolisce il contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (il c.d. *staff leasing*)[97]. Com'è noto, il contratto di somministrazione a tempo indeterminato costituiva una delle novità introdotte dal D. Lgs. 276/03 rispetto alla precedente disciplina del lavoro temporaneo[98], e poteva essere stipulato in diverse ipotesi, tassativamente individuate dall'art. 20, 3° comma, del medesimo D. Lgs. 276/03. Piuttosto che procedere all'abrogazione delle singole norme che disciplinavano la fattispecie in parola, il legislatore ha preferito utilizzare lo strumento, abbastanza inusuale, dell'abolizione. Come è stato sottolineato in dottrina, la cancellazione dello *staff leasing* non avrà grosse ripercussioni, trattandosi di un contratto poco o nulla utilizzato nella prassi[99]. Senza dubbio, però, si tratta di un atto dalla forte valenza simbolica che, se letto insieme alle previsioni sul contratto a termine prima analizzate, costituisce l'affermazione del principio secondo il quale un'esigenza stabile di lavoro deve essere soddisfatta con prestatori di lavoro a tempo indeterminato assunti e retribuiti dal soggetto che ne utilizza le prestazioni. Con l'abolizione del contratto in parola, devono ritenersi caducate tutte le disposizioni connesse, come quella che prevedeva la possibilità di costituire Agenzie per il lavoro «specialiste», cioè abilitate al solo svolgimento di somministrazione a tempo indeterminato (art. 4, 1° comma, lett. *b*). Ora, le Agenzie così costituite[100] potranno svolgere l'attività di somministrazione a tempo determinato, integrando il capitale versato e la garanzia pecuniaria[101] e sulla scorta del possesso dei requisiti richiesti dall'art. 5, 2°

[97] In generale, sulla disciplina del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, si v. M. L. De Margheriti, «La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato», in M. Magnani, P.A. Varesi, a cura di, *op. cit.*, p. 319 sgg.

[98] Sulla disciplina del lavoro temporaneo si v. il commentario curato da M. Napoli, *Il «pacchetto Treu»*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 1998, 1171 sgg.

[99] In tal senso G. Zilio Grandi, *op. cit.*, p. 791.

[100] Come rileva D. Papa, «Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente», in *Guida Lav.* n. 2-2008, p. 125, a oggi risulta una sola agenzia specialista iscritta nell'Albo informatico tenuto dal Ministero.

[101] Com'è noto, per lo svolgimento dell'attività di somministrazione a tempo determinato è richiesto un capitale sociale versato di almeno € 600.000 e il versamento di una cauzione di € 350.000, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, lett. *a*) e *b*), D. Lgs. 276/2003. I predetti requisiti sono ridotti, rispettivamente, a € 350.000 e a € 200.000 per le agenzie ammesse allo svolgimento della sola attività di somministrazione a tempo indeterminato [art. 5, 3° comma, lett. *a*) e *b*)]. Sul punto si v. G. Falasca, «I soggetti privati autorizzati a svolgere i servizi per l'impiego e la somministrazione di manodopera», in M. Magnani, P.A. Varesi, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino 2005, p. 88 sgg.

comma, D. Lgs. 276/03[102], ovvero le altre attività previste dallo stesso decreto legislativo; in caso contrario, ferma restando la continuazione dell'attività per il periodo necessario alla conclusione dei contratti in corso, dovranno essere sciolte.

Resta aperta, naturalmente, la possibilità per le Agenzie di assumere a tempo indeterminato i dipendenti destinati alla somministrazione; l'abolizione si riferisce infatti al solo contratto *commerciale* stipulato tra Agenzia e utilizzatore, non certo al contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore, per il quale deve continuare ad applicarsi la previsione di cui all'art. 20, 3° comma, D. Lgs. 276/03 circa la corresponsione dell'indennità di mobilità. Come avveniva nel vigore della precedente disciplina, tuttavia, una simile possibilità sarà scarsamente utilizzata, forse ancor meno dopo che ne è venuta meno la possibilità di collegamento con il contratto di somministrazione a tempo indeterminato.

4.2. L'abrogazione della disciplina del lavoro intermittente

Tra le tipologie contrattuali flessibili introdotte o modificate dal D. Lgs. 276/03, il contratto di lavoro intermittente è forse quella sulla quale si erano appuntate le critiche più feroci, sia per le difficoltà di inquadramento sistematico della fattispecie (in particolare di quella senza obbligo di risposta alla chiamata), sia per i dubbi di legittimità costituzionale che sollevava la facoltà, riconosciuta al datore di lavoro, di chiamare *ad libitum* il dipendente ogni volta che insorgesse una necessità organizzativa[103]. Si tratta dunque di un'abrogazione annunciata da tempo, di un istituto fra l'altro pochissimo utilizzato, se non nel settore dei pubblici esercizi e dello spettacolo. Proprio la richiesta proveniente dagli addetti dei suindicati settori di mantenere la possibilità di usufruire di detto contratto ha motivato un'apertura del legislatore verso la regolazione contrattuale dell'istituto.

In questo caso, infatti, la L. 247/07 non si limita ad abrogare gli articoli da 33 a 40 del D. Lgs. 276/03, ma autorizza la contrattazione collettiva dei settori del turismo e dello spettacolo a introdurre un analogo contratto al fine, enfaticamente proclamato, di prevenire il possibile ricorso a forme di lavoro irregolare o sommerso[104]. La prima questione che si pone, in proposito, è proprio sul significato dell'autorizzazione legislativa; in questo caso, a differenza dei classici rinvii in funzione di deroga e/o integrazione della disciplina legale, la legge affida alla contrattazione collettiva la stessa scelta sull'introdu-

[102] Sui requisiti richiesti per lo svolgimento delle attività delle Agenzie per il lavoro si v. inoltre P. Tullini, «Commento agli artt. 4-7», in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 83 sgg.; V. Angiolini, «Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato», in G. Ghezzi, a cura di, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma 2004, p. 28 sgg.

[103] Si veda, ad esempio, R. Voza, «La destrutturazione del tempo di lavoro: part-time, lavoro intermittente, lavoro ripartito», in P. Curzio, a cura di, *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs. 276/03*, Bari 2004, p. 252 sgg.; A. Perulli, «Il lavoro intermittente», in Id., a cura di, *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino 2004, p. 133 sgg.; un giudizio meno negativo è espresso da R. Romei, «Lavoro intermittente», in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 401 sgg.

[104] La medesima finalità stava alla base dell'introduzione della fattispecie in esame, stando alle indicazioni del Libro Bianco dell'ottobre 2001 sul mercato del lavoro. Si vedano in proposito le osservazioni di R. Romei, *op. cit.*, p. 402 sgg.

zione o meno di uno strumento di flessibilità. La ragione risiede, con tutta probabilità, nel fatto che in assenza dell'espressa previsione legale è dubbio che la contrattazione collettiva avrebbe potuto regolare una simile fattispecie; essa, probabilmente, avrebbe dovuto essere fatta ricadere nella disciplina del lavoro a tempo parziale[105], con la conseguenza che l'attribuzione al datore di lavoro del potere di chiamata sarebbe stato soggetto ai limiti previsti per le clausole elastiche e flessibili, nonché a quelli individuati a suo tempo dalla Corte Costituzionale[106]. Il rinvio legislativo e l'individuazione dei principi cui deve attenersi la contrattazione collettiva finisce, invece, per far assurgere il contratto in parola a tipologia autonoma rispetto al lavoro a tempo parziale.

Per quanto riguarda la disciplina prevista dalla legge, l'art. 1, 47° comma, L. 247/07 stabilisce che i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative del settore del turismo e dello spettacolo possono prevedere la stipula di rapporti di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo durante il fine settimana, nelle festività, nei periodi di vacanze scolastiche e per ulteriori casi, comprese le fattispecie già individuate ai sensi dell'art. 10, 3° comma, D. Lgs. 368/01[107]. I contratti collettivi *de quibus* devono poi prevedere condizioni requisiti e modalità dell'effettuazione della prestazione connessa a esigenze oggettive e i suoi limiti temporali. Da questa indicazione si ricava la necessità di collegare la stipulazione del contratto a esigenze di incremento dell'attività che siano, per l'appunto, intermittenti, anche se prevedibili.

La norma prosegue poi precisando che il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore intermittente non deve essere inferiore a quello di un lavoratore che svolga le medesime mansioni, in proporzione alla prestazione effettivamente svolta. Si tratta dell'applicazione del principio del *pro rata temporis*, che impone di riproporzionare i trattamenti economici e normativi collegati dalla durata della prestazione di lavoro[108].

Una previsione interessante è quella che riguarda la corresponsione di un'indennità di disponibilità, nel caso in cui il lavoratore si impegni a svolgere la prestazione a richiesta del datore di lavoro, in un arco temporale definito. In primo luogo, il fatto

[105] La riconducibilità del lavoro intermittente al lavoro a tempo parziale è stata però messa in dubbio dalla dottrina, sulla scorta di una sentenza della Corte di giustizia in materia di lavoro «secondo il fabbisogno». Si v. Corte di giustizia 12/10/04, C-313/02, *Wippel*, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 772 con nota di V. Bavaro, «Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori»; in *Foro it.* 2006, IV, 266, con nota di G. Ricci, «Il lavoro a chiamata: una fattispecie «atipica» per la Corte di giustizia» e in questa *Rivista* 2004, 827.

[106] Il riferimento nel testo è alla celeberrima sentenza della Cort. Cost. 11/5/92 n. 210, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 277 sgg., con nota di M. Brollo. Si v. anche, in proposito, Corte Cost. 15/7/05 n. 283, in *Giust. civ.* 2005, I, 2600.

[107] Si tratta degli speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, per i quali è ammessa l'assunzione diretta, individuati dai contratti collettivi nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

[108] Il principio deriva dalle direttive comunitarie in materia di lavoro a termine (Dir. 99/70/Ce) e di lavoro a tempo parziale (Dir. 97/81/Ce) ed è ripreso, rispettivamente, dall'art. 6 del D. Lgs. 368/01 e dall'art. 4 del D. Lgs. 61/2000.

che la legge obblighi la contrattazione collettiva a individuare un «arco temporale» entro il quale il lavoratore può ritenersi tenuto a svolgere la prestazione riecheggia l'esigenza di programmabilità del tempo di non lavoro di cui alla sentenza della Corte Cost. 210/92, sia pure in un contratto in cui il dato caratteristico è proprio il potere di chiamata del datore di lavoro. Del resto, è la stessa norma che indica alcune ipotesi «predefinite», come il fine settimana, le vacanze scolastiche e le festività. Pertanto, anche nelle ipotesi che verranno introdotte dai contratti collettivi deve ritenersi necessaria l'indicazione non solo delle esigenze oggettive che legittimeranno la stipulazione del contratto, ma anche dei periodi di tempo nei quali potrà richiedersi la prestazione. In secondo luogo, il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione dell'indennità di disponibilità apre ulteriori spazi di flessibilità rispetto alla disciplina precedente, che prevedeva che l'importo minimo dell'indennità dovesse essere stabilito con decreto del Ministro del lavoro, sentite le organizzazioni sindacali più rappresentative[109].

La disciplina descritta non è però immediatamente operativa; il 49° comma della norma rinvia a un emanando decreto ministeriale la definizione delle modalità (espressamente definite semplificate) degli adempimenti amministrativi connessi all'instaurazione, allo svolgimento e alla cessazione del rapporto di lavoro, nonché i profili previdenziali dell'indennità di disponibilità. Dopo due anni dall'emanazione delle disposizioni contrattuali attuative delle previsioni della L. 247/07, è prevista, ai sensi del 50° comma, l'apertura di un tavolo di confronto tra le Parti sociali e il Ministero del Lavoro per verificare gli effetti degli accordi, anche in termini di contrasto al lavoro sommerso.

Qualche parola conclusiva merita la questione relativa alla sorte dei contratti di lavoro intermittente in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della L. 247/07. Sul punto, infatti, vi è stata una piccola *querelle* interpretativa innescata da una circolare della DPL di Modena, nella quale si è sostenuta la tesi che i contratti di lavoro in corso al 31/12/07 dovrebbero ritenersi cessati, con la conseguenza che avrebbero dovuto essere posti in essere «tutti gli adempimenti di rito connessi con la risoluzione del rapporto»[110]. Alla circolare citata ha fatto seguito una presa di posizione della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro che, condivisibilmente, sottolinea come il principio di irretroattività della legge renda preferibile ritenere che i contratti in corso continuino a essere validi ed efficaci fino alla loro naturale scadenza[111].

[109] Il Ministero del lavoro aveva provveduto con DM 10/3/04, fissando l'indennità di disponibilità minima al 20% della retribuzione ordinaria.

[110] Circolare del 5/1/08, reperibile sul sito www.dplmodena.it.

[111] Si v. Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, circolare 14/1/08, n. 1, in *Guida lav.* 2008, n. 4, p. 12 sgg., con commento di E. De Fusco; la soluzione è stata accolta anche dal Ministero del lavoro. Si veda le circolare n. 7 del 25/3/08.

*Congedo matrimoniale al dipendente omosessuale e diritto internazionale privato comunitario: a proposito di un recente caso**

Matteo Bonini Baraldi

1. Premessa

Ha di recente preso pubblicamente avvio anche nel nostro Paese il dibattito sulla posizione giuridica delle coppie di fatto e, specificamente, delle coppie formate da persone dello stesso sesso. Il disegno di legge governativo sui Di.Co., scaturito dalla pressante campagna condotta dalle associazioni lgbt (lesbiche, gay, bisessuali, e transgender) sulla proposta di legge relativa al Patto civile di solidarietà (Pacs), è poi sfociato nella proposta relativa al Contratto d'unione sociale (Cus). Prima di allora il Parlamento aveva effettivamente dato avvio a un'indagine conoscitiva sul fenomeno delle convivenze, senza tuttavia giungere ad alcuna soluzione concreta[1]. Subito smorzato, il dibattito sui Cus è poi stato sostituito da quello sull'omofobia e l'istigazione alla discriminazione, recentemente al centro di una sfortunata vicenda legata a un'imprecisa citazione del Trattato comunitario nell'ambito del c.d. «pacchetto sicurezza».

L'interessante caso discusso e approfondito nelle pagine seguenti riguarda proprio tutti gli aspetti ora richiamati, ancorché in diversa misura e con diversa intensità. Da un lato coinvolge certamente il diritto del lavoro e della discriminazione, trattandosi di controversia concernente un vantaggio salariale previsto dal contratto di lavoro; inoltre chiama in causa, in maniera diretta ed evidente, il ruolo del diritto internazionale privato e di quello comunitario, dal momento che il lavoratore era stato distaccato all'estero e lì eseguiva la propria prestazione. Infine coinvolge, anche se in maniera solo indiretta e mediata, il diritto di famiglia, visto attraverso la particolare ottica del conflitto di leggi.

Sono certamente note al lettore le principali azioni della Comunità sui due versanti, quello del lavoro e della politica sociale[2] e quello del diritto internazionale priva-

* Le pagine che seguono riportano, con l'aggiunta di una bibliografia essenziale, i punti principali del parere da me espresso al datore di lavoro in merito ai fatti esposti, dietro esplicita richiesta dell'interessato.

[1] V. i resoconti stenografici dell'indagine conoscitiva condotta dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, pubblicati sul sito www.unpacsavanti.it.

[2] V. il sito http://ec.europa.eu/employment_social/index_it.html. V. in generale Shaw, Hunt, Wallace, *Economic and Social Law of the European Union*, Houndmills, New York 2007, pp. 341 sgg.; Barnard, *EC Employment Law*, 3° ed., Oxford 2006; Blanpain, *European Labour Law*, 10° ed., L'Aja 2006; Giubboni, Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna 2007; Giubboni, «Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea», in *Quad. dir. lav. e rel. ind., Ordinamento comunitario e rapporto di lavoro*, 2004, 9 sgg.; Id., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna 2003; Foglia, «La politica