

La presunzione di frode nel contratto a termine

Marco Papaleoni *Professore ordinario di Diritto del lavoro all'Università di Pisa, Avvocato in Firenze*

Cass., sez. lav., 23 agosto 2007, n. 17932

Pres. Senese; Rel. Picone; P.M. Velardi (concl. parz. diff.); Ric. Rai Radiotelevisione Italiana Spa; Res. Fr. Li.

La ripetizione delle assunzioni a termine può avere finalità elusiva della legge, ove il ricorso al contratto a termine persegue il fine di provvedere a soddisfare esigenze di lavoro di carattere permanente (considerata la continuità del lavoro, e la sostanziale identità dei compiti) e normale (rientrando nell'ordinaria attività aziendale), con conseguente diritto del lavoratore alla stabilizzazione.

La fattispecie presa in esame dalla S.C. rivestiva indubbio rilievo paradigmatico, considerato che si discuteva di una dipendente assunta con qualifica di programmista-regista dalla Rai con contratti a tempo determinato per ben quattordici volte in tredici anni, fra il 1983 e il 1996.

Il ricorso al Tribunale di Roma per l'accertamento della illegittimità dei termini apposti ai singoli contratti e l'esistenza di un unico rapporto a tempo indeterminato, con conseguente diritto a riprendere servizio e al risarcimento del danno, è stato fondato sul disposto dell'art. 2 della legge n. 230/1962 secondo cui, in caso di ripetute assunzioni a termine, può affermarsi l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ove venga accertata l'esistenza di un intento elusivo della legge.

La sentenza di solo parziale accoglimento adottata in primo grado è stata riformata dalla Corte d'Appello che, sempre con riferimento al cit. art. 2, ha desunto l'intento elusivo dal numero e dalla frequenza delle assunzioni a termine, dalla identità della qualifica attribuita nei vari contratti, con la conseguente sostanziale identità delle mansioni espletate, ed infine dalla considerazione che, seppure specifici, i programmi si inserivano tutti nel-

l'ordinaria attività aziendale nel settore «varietà e notizie».

Il ricorso per cassazione dell'azienda è stato sostanzialmente respinto sulla questione di principio, avendo la S.C. ritenuto che l'esperto accertamento da parte dei giudici del merito aveva correttamente tratto la conclusione che, mediante i reiterati contratti a termine, l'azienda aveva soddisfatto il fabbisogno ordinario di personale in possesso di una determinata professionalità.

Il quadro normativo

Il referente normativo di base è rappresentato, rispettivamente, dall'art. 2, comma 2, ultima parte, legge n. 230/1962 nonché, con riferimento allo specifico settore radiotelevisivo, dalla legge 23.5.1977, n. 266, mediante la quale il disposto dell'art. 1, lett. e) è stato integrato istituendo testualmente, in sostituzione della precedente menzione della «scrittura artistica» la fattispecie delle «assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli, ovvero a specifici programmi radiofonici o televisivi».

In forza di questa diversa formulazione, il legislatore aveva inteso pervenire ad una unificazione della disciplina per tutti i lavoratori dello spettacolo, eliminando la precedente distinzione tra personale tecnico e artistico.

Nel contempo, è stato introdotto il requisito della specificità dello spettacolo o del programma, costituente elemento discrezionale atto a legittimare la reiterazione delle assunzioni a termine⁽¹⁾.

L'interpretazione - Secondo l'immediata valutazione interpretativa, la modifica normativa era stata finalizzata al recupero di un'area di flessibilità, agevolando l'assunzione di lavoratori a termine, superando nel contempo il complesso contenzioso intervenuto a fronte di rapporti caratterizzati da reiterate assunzioni a termine, di norma coincidenti con le programmazioni stagionali⁽²⁾.

(1) S. Menghini, *I problemi interpretativi in tema di lavoro a termine nella recente giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, I, 127.
 (2) A. Maresca, *La nuova disciplina del contratto a termine per la produzione di spettacoli e programmi radiotelevisivi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I, 594; R. Scognamiglio, *Lavoro a termine nello spettacolo: produzione di programmi dell'emittenza pubblica e privata*, in *Il futuro del contratto a termine*, Milano, 1984, 142.

Nella successiva elaborazione interpretativa, la giurisprudenza aveva ravvisato la ricorrenza del requisito della **specificità** «quando esiste un vincolo di necessità diretta, anche se complementare e strumentale, rispetto ad uno spettacolo determinato»⁽³⁾, consentendo che il contratto a termine poteva essere «utilizzato per spettacoli o programmi articolati su più puntate, purché tali puntate facciano parte di un unico progetto»⁽⁴⁾.

Sotto questo profilo, si era così ritenuto che «è legittima la stipulazione di contratti di lavoro a termine *in successione* per lo svolgimento di un'attività riferita a "specifici programmi televisivi", ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *d*), legge 18 aprile 1962, n. 230 (nel testo sostituito dalla legge 23 maggio 1977, n. 266), poiché *il requisito della "specificità" non implica la straordinarietà o l'occasionalità*, bensì impone, sotto il profilo soggettivo, che l'apporto lavorativo si inserisca con vincolo di necessità diretta nel particolare programma, e, sotto il profilo oggettivo, che il programma, oltre ad essere destinato ad una temporanea necessità (ancorché ripetuto nel tempo e in diverse puntate), sia caratterizzato dall'appartenenza ad una specie di un certo *genus* e, inoltre, sia individuato, determinato e nominato (nella specie, l'ente televisivo aveva stipulato successivi contratti a termine, per l'allestimento di programmi televisivi da inserire in un "programma contenitore")»⁽⁵⁾.

Il punto è stato sviluppato recentemente, sostenendosi che:

- «il prescritto requisito della specificità richiede che le caratteristiche oggettive dello spettacolo o del programma richiedano un *apporto peculiare e temporaneo*, che non possa essere fornito dal personale assunto in pianta stabile; pertanto, va esclusa la liceità dell'apposizione del termine nell'ipotesi di mera individuazione nel contratto dello spettacolo o del programma per la cui realizzazione il dipendente sia stato assunto, senza alcuna

specificazione circa la natura e lo scopo di essi e prescindendo dalla temporaneità delle esigenze che rendono necessaria l'assunzione»⁽⁶⁾;

- ... «ma richiede che lo spettacolo o il programma, anche se diviso in più puntate, abbia una *durata limitata nell'ambito del cd. palinsesto*, così che non contrasta con tale requisito la possibilità che sia riproposto in anni successivi, ed inoltre richiede che il contenuto del programma o spettacolo sia tale da rendere essenziale l'apporto di un peculiare contributo professionale, tecnico o artistico, non sostituibile con i dipendenti assunti in pianta stabile»⁽⁷⁾.

In sede di collocazione sistematica della fattispecie, la giurisprudenza ha precisato che «il fatto che la legge preveda espressamente l'assunzione a termine per singoli spettacoli si spiega con la natura intrinseca della produzione artistica e con la conseguente esigenza di ampia discrezionalità di chi la organizza: in questo tipo di rapporti si determina una sorta di scambio tra eccellenza professionale e occasioni di gratificazione, da un lato, e obiettiva mancanza di stabilità e di sicurezza, dall'altro.

Per lo stesso motivo, non può configurarsi violazione o aggiramento della disciplina generale della materia nel fatto che fra lo stesso teatro e lo stesso lavoratore vengano stipulati in successione diversi contratti a termine»⁽⁸⁾.

Mentre, relativamente al requisito della temporaneità, si è ritenuto che esso, attenendo ad un elemento comune a tutte le ipotesi contemplate dall'articolo 1 della legge n. 230/1962, costituisca «elemento necessario della fattispecie, con la conseguente inammissibilità dell'assunzione a termine nei confronti dei lavoratori per cui esista la possibilità di un inserimento permanente in azienda»⁽⁹⁾, e nell'ambito specifico «che lo spettacolo o il programma radiotelevisivo, oltre ad essere destinato a sopperire ad una temporanea necessità (ancorché ripetuto nel tempo ed in diverse punta-

In senso parzialmente critico, ritenendo irrilevante una possibile differenziazione di contenuto tra la nozione di spettacolo e di programma: F. Mazziotti, *Lavoro a termine nello spettacolo: produzione di programmi dell'emittenza pubblica e privata*, in *Lav.* '80, 1983, 846.

(3) Cass. 17.11.1979, n. 6001, in *Foro It.*, 1980, I, 1843.

(4) Cass. 18.8.1983, n. 5386, in *Lav. Prev. oggi*, 1983, 2122.

(5) Cass. 20.2.1995, n. 1827, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2111, con nota di M. Franco, *Successione di contratti a termine nell'attività giornalistica e criteri di identificazione della prestazione di lavoro subordinato*, in *Dir. Lav.*, 1995, II, 166, con nota di F.M.C., *Programmazione televisiva, contratti a termine e attività giornalistica*.

(6) Cass. 24.1.2000, n. 774.

(7) Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto la sussistenza del suddetto requisito in riferimento a due contratti con la Rai, con la qualifica di programmatista regista, stipulati da un esperto della materia per un programma religioso «Parola e Vita» il quale, di durata limitata nella programmazione, andava in onda da molti anni): Cass. 5.9.2005, n. 17752, in *Foro It., Rep.*, 2005, v. Lavoro (rapporto), 238.

(8) Trib. Milano 21.11.2002, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, 102, con nota di A. Fortunato, *Sul contratto a termine nel settore dello spettacolo*.

(9) Cass. 6.7.1990, n. 7100; Cass. 8.5.1989, n. 2130, in *Foro It.*, 1989, I, 2160; Cass. 10.2.1989, n. 6661, in *Foro It., Rep.*

te), sia caratterizzato dall'appartenenza ad una *species* di un certo *genus* e sia, inoltre, individuato, determinato e nominato»⁽¹⁰⁾, «tali da rendere essenziale l'apporto di un peculiare contributo professionale, tecnico o artistico, che non possa essere fornito dai dipendenti assunti in pianta stabile»⁽¹¹⁾.

Si segnala che, in quest'ultima decisione, già la sentenza d'appello (confermata) aveva rilevato che l'oggetto dei vari contratti concerneva sistematicamente conoscenze che, «anche se di diversa tematica, esprimevano un'identica impostazione culturale, sia nella elaborazione che nei contenuti, come pure nella ricorrente messa in onda settimanale, protrattasi per 52 puntate annuali della durata di circa mezz'ora, alla stessa ora e nello stesso giorno», e la S.C. ha per parte sua precisato che nel ribadire «per l'ennesima volta» che «il requisito dell'obbiettivo riferimento ad un'esigenza di carattere temporaneo - la quale essendo destinata ad esaurirsi, non consente lo stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa - è comune a tutte le ipotesi, aventi carattere tassativo, di cui all'articolo 1, legge n. 230 del 1962, che eccezionalmente permettono l'apposizione di un termine al contratto di lavoro; pertanto, anche nell'ipotesi di cui alla lett. e) del detto articolo ..., la specificità dello spettacolo ..., mentre non implica la straordinarietà e la occasionalità, richiede che lo spettacolo ..., oltre ad essere destinato a sopperire ad una temporanea necessità ... sia caratterizzato dall'appartenenza ad una *species* di un certo *genus* e sia, inoltre, individuato, determinato e nominato», individuando la *ratio* di tale norma nel fine di consentire al servizio radiotelevisivo di apprestare, a vantaggio dell'intera collettività, una maggiore varietà e ricchezza di programmi e spettacoli facendo ricorso all'apporto di diverse componenti culturali, artistiche e sociali, così da rappresentare, in modo più completo e dialettico, la realtà che si vuole illustrare; solo in funzione di tale necessità il

legislatore ha voluto concedere gli strumenti per potersi avvalere, a tempo determinato, dell'apporto di risorse esterne all'azienda.

Di fatto, il conferimento per vari anni delle identiche funzioni di programmatista regista per la realizzazione di una serie di puntate divulgative di carattere predeterminato e costante «la cui specificità concerneva soltanto il tema della notazione», mentre «le modalità di acquisizione, elaborazione e diffusione della comunicazione» rimanevano sostanzialmente analoghe nelle diverse edizioni, ed escludevano la temporaneità della relativa esigenza.

Merita segnalare come l'elemento fondante la disposta conversione da parte della giurisprudenza non è stato ricavato da una valutazione di ricorrenza di un intento frodatorio, quanto piuttosto in conseguenza del rilevato difetto del requisito della temporaneità: in questo modo, l'intervento della magistratura ha evitato di ingerirsi di un'indagine di tipo introspettivo, invero delicata e dagli esiti sempre opinabili, seguendo invece un approccio di contenuto sostanzialmente oggettivo, verificando e vagliando le implicazioni insite nelle caratteristiche dell'esigenza soddisfatta tramite il ricorso al contratto a termine.

Il decreto legislativo n. 368/2001

L'impianto normativo sopra delineato è stato oggetto di due successive modifiche. Dapprima, una riformulazione della disciplina della continuazione e successione dei contratti, attraverso l'articolo 12 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e poi la complessiva riforma della disciplina con il Dlgs 6.9.2001, n. 368⁽¹²⁾.

Ai fini che interessano, l'impatto della prima riforma è stato in parte assorbito dalla più articolata portata complessiva della legge n. 196/1997, preminentemente rivolta alla istituzione e regolamentazione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo (artt. 1-11), all'interno del quale l'art. 12 ha coperto un'area più contenuta.

In realtà, la carica fortemente innovativa di questa nuova regolamentazione è emersa successivamente

1989, v. Lavoro (rapporto), 549: Cass. 26.6.1986, n. 5503, in *Foro It.*, Rep. 1987, v. Lavoro (rapporto), 593: Cass. 21.12.1982, n. 7092, in *Foro It.*, Rep. 1982, v. Lavoro (rapporto), 746: Cass. 12.3.1982, n. 1600, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, 835: Cass. 13.6.1981, n. 3862, in *Foro It.*, Rep. 1981, v. Lavoro (rapporto), 715: Cass. 22.4.1980, n. 2632, in *Foro It.*, Rep. 1980, v. Lavoro (rapporto), 1610.

(10) Cass. 6.7.1990, n. 7100, in *Segn. Giur. Lav.*, II, 3, 12: Cass. 23.6.1987, n. 5503, in *Foro It.*, Rep. 1987, v. Lavoro (rapporto di), n. 593.

(11) In una situazione fortemente analoga a quella oggi presa in esame, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva affermato l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, per nullità del termine apposto a dodici contratti, relativi allo stesso lavoratore, ciascuno di durata semestrale, per lo svolgimento del compito di programmatista-regista per la realizzazione di una serie di inchieste divulgative di carattere economico sociale prive di specificità quanto alle modalità di acquisizione, elaborazione e diffusione della comunicazione): Cass. 2.12.2002, n. 17070, in *Guida al Lavoro*, 2003, 10, 101.

(12) N. De Marinis, *Il contratto a termine nell'impresa destrutturata - Per un approccio non ideologico alla lettura del Dlgs n. 368/2001*, in *Dir. lav.*, 2006, I, 83.



te, allorché il dettato dell'articolo 12 della legge n. 196 del 1997 è stato reimpiantato nell'articolo 5 del decreto legislativo n. 368/2001, ivi trovando una collocazione di indubbio rilievo sistematico.

Rimane comunque fermo che sin dalla legge n. 196/1997 sia stata data attuazione alla volontà manifestata dal Governo con il Patto per il lavoro del 24.9.1996, di alleggerimento della disciplina sanzionatoria dei contratti a termine, conseguito mediante l'abbandono del criterio rigido ed uniforme della legge n. 230/1962 che prevedeva l'automatica conversione del contratto a tempo indeterminato, a prescindere dal tempo della protrazione del rapporto e dalla gravità delle violazioni di legge.

Il nuovo apparato sanzionatorio, invece, introduce un sistema graduato e proporzionato al tempo di protrazione del rapporto dopo la scadenza del termine inizialmente fissato, con penalità di tipo retributivo per le violazioni meno gravi e con la conversione del contratto a tempo indeterminato per le ipotesi più rilevanti.

In questo quadro, nel rispetto del principio di gradualità e proporzionalità delle sanzioni, già l'articolo 12 della legge n. 196/1997 aveva istituito un periodo di tolleranza (rientrante nell'ottica della flessibilità così perseguita dal legislatore) durante il quale l'eventuale prosecuzione del rapporto di lavoro non comporta l'automatica conversione del contratto, ma una maggiorazione retributiva per il lavoratore per ogni giorno di continuazione successivo alla scadenza del termine.

Il periodo di flessibilità entro il quale è consentita la continuazione del rapporto, senza la necessità di un contratto di proroga, è stato fissato dalla legge in 20 giorni se il termine del contratto inizialmente fissato è di sei mesi, 30 giorni negli altri casi: mentre la maggiorazione retributiva è fissata nelle seguenti misure:

a) 20% per ciascun giorno di continuazione fino al 10° giorno successivo a quello della scadenza del termine;

b) 40% per ciascun giorno ulteriore rispetto a quello pattuito dall'11° al 20° o 30° giorno (termine massimo della flessibilità).

La sanzione più grave della conversione del contratto è stata invece prevista:

1) quando il rapporto di lavoro continui oltre il periodo di flessibilità consentito (21° o 31° giorno), ed in tale ipotesi il contratto si considera a

tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini, cioè senza effetti retroattivi.

2) quando «il lavoratore venga riassunto a termine entro 10 giorni ovvero 20 giorni dalla scadenza di un contratto di durata rispettivamente inferiore o superiore a sei mesi; ed anche in tal caso solo il secondo contratto deve considerarsi a tempo indeterminato e, quindi, senza effetti retroattivi;

3) «quando si tratti di due assunzioni successive a termine il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato a decorrere dalla data di stipulazione del primo contratto».

L'interpretazione - Quest'ultima disposizione ha dato origine a qualche incertezza interpretativa. Sulla proposta che aveva sostenuto la natura di norma di chiusura del disposto, destinato ad esaurire la preesistente disciplina della frode alla legge, onerando il lavoratore dell'eventuale asseverazione probatoria è prevalsa quella che aveva invece individuato l'ipotesi di assunzione senza soluzione di continuità rispetto alla scadenza di un precedente contratto a termine (con conversione a tempo indeterminato «a decorrere dalla data di stipulazione del primo contratto»). Donde la conseguenza che il datore di lavoro avrebbe potuto effettuare una pluralità di successive assunzioni a termine senza implicazioni sanzionatorie, purché fossero rispettati gli intervalli di tempo tra i successivi contratti, fissati dalla legge. Come sopra anticipato, questa specifica disposizione è stata confermata dalla legislazione successiva, ed a tal fine inserita *sub* art. 5 del Dlgs n. 368/2001.

Sul piano tecnico giuridico, la riproposizione del disposto confermava l'abbandono dell'istituto della «frode alla legge», in precedenza disciplinato dall'articolo 2, comma 2, ultima parte della legge 18 aprile 1962, n. 230.

È noto come questa specifica fattispecie rivestiva un'importanza centrale nel passato assetto normativo, e costituiva una sorta di valvola di sicurezza che consentiva interventi demolitori della magistratura laddove, pur nell'apparente osservanza delle prescrizioni formali, fossero stati ravvisati elementi indiziari di un uso improprio del contratto, in difformità della *ratio legis*.

In effetti, il disposto normativo letterale che già in epoca antecedente rispetto al decreto legislativo n. 368/2001, sin dalla modificazione introdotta ex articolo 12 della legge n. 196/1997⁽¹³⁾, aveva totalmente espunto dal disposto normativo la specifica disposizione; ed una volta eliminata

(13) C. Corsinovi, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, diretto da M. Grandi, G. Pera, Padova, 2001, 916; M. Papaleoni, *Su alcune recenti iniziative di sostegno dell'occupazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, III, 131 ss.

la previsione di diritto speciale istituita nell'ambito della disciplina del contratto a termine, appariva invero arduo ipotizzare la persistente esistenza di un criterio limitativo di portata sanzionatoria generale.

Ed è altrettanto evidente che nel nuovo assetto cui l'evoluzione della legislazione, la disciplina del contratto a tempo determinato era pervenuta ad un assestamento, nel cui ambito il regime sanzionatorio era stata basata su criteri oggettivi, nel perseguimento di una regolamentazione avulsa da elementi discrezionali, nella ricerca di un commendevole obiettivo di chiarezza applicativa.

Per completezza di informazione, si deve ricordare come le conclusioni sopra espresse siano state fortemente avversate da una interessante proposta dottrinale⁽¹⁴⁾ in base alla quale è stata ritenuta tuttora operante in materia la tutela antifrodatoria, in base al richiamo del disposto dell'art. 1344 c.c. ed alla sua persistente operabilità, attraverso la tecnica della sostituzione di diritto ex art. 1419, comma 2, c.c.⁽¹⁵⁾.

Questa proposta ermeneutica è stata fondata sulla rilevata inesistenza di elementi testuali, o di ragioni sistematiche idonee a precludere l'applicabilità dei canoni vigenti nella disciplina del diritto comune dei contratti nei confronti della regolamentazione di diritto speciale istituita in materia di contratti a termine.

Nel contempo, è stata sostenuta la concorrente valenza in termini di disposizione imperativa sostitutiva *ex lege* di difformi previsioni normative, recuperando a questo proposito anche il persistente carattere eccezionale dell'assunzione a termine.

In realtà, per quanto suggestiva, questa tesi si scontrava col rilievo spettante alla formulazione testuale della duplice previsione normativa, la cui sostanziale reiterazione era inevitabilmente destinata ad attribuire al disposto una specifica valenza. La circostanza, tra l'altro, che l'eliminazione del rilievo assegnato all'istituto della frode fosse maturata nell'ambito di due maggioranze governative di segno opposto induceva ad attribuirgli il

significato di una precisa opzione interpretativa, riconducibile comunque al superamento di alcuni aspetti «critici» della precedente disciplina.

Sia la legge n. 196/1997 che il decreto legislativo n. 368/2001 hanno concretamente perseguito l'obiettivo di flessibilizzare il complessivo impatto della regolamentazione del contratto a termine, introducendo correttivi implicanti evidenti alleggerimenti alla disciplina di uno dei passaggi più critici della normativa, superando il criterio originario che aveva rispettivamente previsto la conversione *ex tunc* del contratto sia nel caso di superamento del termine iniziale, che in quello di reiterazione successiva di contratti temporalmente appressati.

Ove ricollegata a questi due ultimi interventi, si deve rilevare come la complessa elaborazione normativa maturata nell'arco del tempo abbia evidenziato una progressiva flessibilizzazione delle rigidità istituite dalla legge n. 230/1962:

- dapprima attraverso l'ampliamento ed il decentramento delle fonti abilitate all'istituzione della relativa casistica legittimante (a partire dagli interventi in materia di punte stagionali - legge 3 febbraio 1978, n. 18 - legge 25 marzo 1983, n. 79, articolo 8-bis, comma 2 -, per poi passare alla sede contrattuale collettiva - articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56):

- e successivamente con la *deregulation* delle ipotesi di conversione automatica in base al combinato disposto degli articoli 12 della legge n. 196/1997 e 5 del decreto legislativo n. 368/2001, che hanno infatti sostituito alla precedente rigida sanzione una soluzione invero più duttile, istituendo un incremento retributivo in caso di «sforamento» e una forma di conversione invero più blanda (*ex nunc*) nel caso di reiterazione di contratti senza l'osservanza del cd. *spatium deliberandi*, anch'esso a sua volta ridotto nell'entità temporale.

In questo contesto, solo l'ipotesi di successione di contratti a termine senza alcuna soluzione di continuità intertemporale ricade nella sanzione della trasformazione *ex tunc*.

(14) L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, 2002, V, 36; G. Pera, *Sul contratto di lavoro a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, 15.

(15) S. Centofanti, *Peculiarità geneticali e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. Giur.*, 2001, 923; G. Mannacio, *Contratto a termine: prime riflessioni sulla nuova disciplina*, in *Foro It.*, 2002, I, 57§ 3; spunto in P. Lambertucci, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 532, con riguardo alla disciplina contenuta nell'accordo sindacale separato dell'aprile-maggio 2001; *contra*, A. Vallebona, *La giustificazione*, cit., § 3; ID., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. Lav.*, 2002, I, 1; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001; M. Papaleoni, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, 369.

Ancora in senso contrario, ma in una prospettiva fortemente critica del nuovo intervento normativo, M. Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm, § 3; V. Angiolini, *Sullo «schema» di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo indeterminato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm, § 2.

Nel contesto del sopravvenuto venir meno della tipicità delle ipotesi di assunzioni a termine consentite e del complessivo disegno di flessibilizzazione si colloca l'abbandono della previsione frodatrice. Questa evoluzione è riconducibile ad una precisa scelta di campo, individuabile nella preferenza accordata ad una tecnica qualificatoria fondata sui criteri oggettivi, per ciò stesso meno opinabili.

Nel momento in cui ha stemperato il profilo sanzionatorio scaturente dal prolungamento del contratto oltre la scadenza del termine, il legislatore ha decisamente abbandonato la rigidità pregressa, riconoscendo che il prolungamento della prestazione lavorativa non incide su disposizioni imperative; e seguendo la stessa ottica, nel caso di reiterazione successiva di contratti a termine, la sanzione della conversione *ex tunc* è stata limitata alla fattispecie davvero paradigmatica del sostanziale assorbimento della scadenza.

Per completezza espositiva, si deve peraltro tener conto del rilievo forse più suggestivo opposto nei confronti di un'interpretazione eccessivamente disinvolta della riforma, e consistito nella ravvisata «insopportabile incongruenza» sul piano sistematico di una previsione che trattasse la fraudolenta elusione di una normativa di tutela invalidando il contratto a danno della parte tutelata, quando invece era riconosciuta una più incisiva protezione ad ipotesi meno meritevoli⁽¹⁶⁾.

In realtà, il fondamento della proposizione risiede nell'assunto secondo il quale esisterebbe tuttora una prescrizione imperativa operante nei confronti del contratto a termine: con la conseguenza che, una volta esclusa tale situazione, non sono ravvisabili elementi di possibile rilevazione di questa incongruità.

Sul punto, peraltro, l'interprete non può trascurare la considerazione complessiva della regolamentazione normativa ormai sopravvenuta, e che ha fortemente limitato la possibilità di pervenire alla conversione a tempo indeterminato del contratto, ove proseguito dopo la scadenza del termine inizialmente fissato, o successivamente prorogato, come a suo tempo disciplinato dall'articolo 2, comma 2, legge n. 230/1962.

Attraverso l'art. 12, legge n. 196/1997, confermato dall'art. 5 della riforma, si è da tempo radicato un ulteriore avanzamento della tendenza liberalizzatrice, che ha sostituito all'originario regime della conversione *ex tunc* una ben diversa regolamentazione basata sulla (eventuale) conversione *ex nunc*, operante nel caso di superamento del tetto massimo di possibile prolungamento del contratto a termine, oppure da quello della rinnovazione del contratto senza il rispetto dello stacco temporale intermedio, e che ha infine limitato la conversione *ex tunc* nella sola ipotesi delle «due assunzioni successive a termine»⁽¹⁷⁾.

Nel contesto dell'assetto normativo vigente, l'interpretazione letterale della disciplina introdotta rafforzava la convinzione dell'avvenuto superamento, già dall'art. 12, legge n. 196/1997, della fattispecie frodatrice.

Ad un attento esame, seppure emessa nella ormai radicata vigenza del nuovo assetto normativo, la decisione in commento rimane comunque ancorata alla normativa vigente all'epoca in cui la vicenda si era concretamente svolta, tutt'ora rappresentata dalla legge n. 230/1962: e su tale presupposto, allorché la S.C. ha fatto riferimento al canone della frode alla legge, si è attenuta alla disciplina applicabile *ratione temporis*, anche se, come vedremo nello sviluppo successivo, introducendo una notazione di indubbio rilievo ricostruttivo.

(16) L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine ...*, cit., *passim*: Id., *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 762.

(17) La disposizione dell'ultimo comma dell'art. 12 è quella che ha dato origine a maggiori perplessità interpretative, dibattendosi l'interrogativo su quale fosse il contenuto da assegnare alla fattispecie della «assunzione successiva». Seguendo un'interpretazione rigida, si sarebbe potuto sostenere che un'assunzione successiva si poteva verificare ogniqualvolta, nell'arco della complessiva vita lavorativa dei soggetti interessati, fosse intervenuto tra le parti un «secondo» contratto a termine. Questa interpretazione avrebbe portato al sostanziale esautoramento del contratto a termine, in quanto destinato a trasformarsi in contratto a tempo indeterminato ove seguito (in qualsiasi tempo) da un «altro» contratto a termine. Le perplessità applicative cui tale criterio interpretativo avrebbero dato corso (atteso che la sanzione approntata per le ipotesi delle assunzioni successive introduceva una sanzione rimediabile di contenuto estremamente rigido, che sarebbe risultato particolarmente gravoso nell'ipotesi di stipula di un secondo contratto anche se a notevole distanza di tempo dal primo) ha suggerito un'interpretazione più «razionale», in base alla quale la conversione *ex tunc* del contratto a termine dovrebbe configurarsi solo qualora il successivo contratto intervenga senza soluzione di continuità temporale. Al riguardo, dovendosi osservare come esattamente ed esclusivamente nei confronti di questa particolare fattispecie si giustifichi la diversa e più rigida sanzione contemplata dalla norma citata. In questi termini la soluzione proposta trova una razionale collocazione anche sul piano della *ratio* complessiva della norma, essendo ravvisabile una coerente progressione sanzionatoria che, iniziata con la previsione di una semplice maggiorazione retributiva, passa poi nella fattispecie successiva a introdurre una conversione *ex nunc* per poi finire nella fattispecie appunto dell'assunzione senza soluzione di continuità, la conversione *ex tunc*.

In effetti, dalla lettura della parte motiva, non si ricava una netta opzione per la teorica della frode alla legge, considerato che l'invalidazione della sequela di contratti a termine è stata essenzialmente ricavata dalla ritenuta impossibilità di ritenere presente il requisito della temporaneità, in ragione della notevole protrazione temporale della durata complessiva di prestazioni richieste senza particolari caratteristiche di specialità (la sentenza ha fatto riferimento indiziario al duplice elemento della continuità del rapporto di lavoro e della sostanziale identità delle mansioni). Come vedremo più oltre, questa diversa impostazione presenta aspetti di indubbio spessore, potenzialmente utilizzabili anche nell'ambito della disciplina normativa vigente.

Mentre non si ritiene, invece, che dal principio così espresso, ove ritenuto esclusivamente riferito alla nozione della frode alla legge, sia possibile desumere la sua estensibilità alla situazione normativa successiva, ed attualmente vigente, proprio in considerazione della circostanza che l'affermazione di fondo accolta dalla decisione in commento, rientra coerentemente nell'ambito della disciplina originariamente istituita, senza poter assumere a declaratoria dotata di portata ricognitiva generale.

Il disegno di legge sul welfare

Ancora per completezza espositiva, non si ritiene che un'indicazione divergente sia ricavabile dall'analisi del recente Protocollo sul *welfare* del 23.7.2007 e del suo disegno di legge attuativo.

Per quanto è dato desumere dall'analisi di un testo ancora oggetto di dibattito, e pertanto nell'ambito di una valutazione condizionata da persistenti elementi di fluidità, si rileva come il disegno di legge si astenga dall'enunciare finalità di restaurazione tali da invalidare le indicazioni espresse dalla più recente legislazione.

In realtà, la formulazione concertata delle linee di riforma del contratto a termine, sul punto intende essenzialmente introdurre un correttivo limitativo alla reiterazione dei contratti a termine, così rispondendo a specifiche sollecitazioni comunitarie⁽¹⁸⁾ (in cui era stata ravvisata la possibilità di «abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato»), che riveste connotati di relativa originalità.

La conversione è stata infatti prevista nel caso di «*successione di contratti per lo svolgimento*

di mansioni equivalenti», allorché «*il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi*» e sembrerebbe destinata ad operare in via automatica, salva l'operatività della particolare deroga istituita nel caso di specifico accordo sindacalmente gestito presso la Dpl competente.

L'ambito di intervento della progettata riforma, oltre che limitato soggettivamente (rimanendo esclusi i rapporti di lavoro dei dirigenti, relativamente ai quali la limitazione temporale finisce per poter rappresentare un evento endemico, e dei lavoratori da somministrare ai sensi degli artt. 20 e ss. del Dlgs n. 276/2003 e successive modifiche, rispetto ai quali la temporaneità costituisce un attributo usuale), è soprattutto caratterizzato da un criterio meccanico (reiterazione di contratti aventi ad oggetto *mansioni equivalenti*, e di complessiva durata cumulata di 36 mesi, non convalidati dalla Dpl), di per sé incompatibile con una ipotetica reviviscenza del pregresso criterio della frode alla legge.

In certa misura, questa proposta sembra destinata a collocarsi nell'ambito della evoluzione scaturita a partire dalla legge n. 196/1997, nel momento in cui istituisce semplicemente un limite interno alla reiterazione dei contratti, individuato nella soglia dei 36 mesi complessivi (tra l'altro, senza nemmeno precisare il limite esterno: 5 anni?), che semplicemente introduce un potenziale contenimento della durata, tra l'altro derogabile con l'assistenza sindacale, che idealmente non preclude la reiterabilità anche ulteriore dei contratti ove passati dalla Dpl.

Rimane pertanto fermo che, nello stesso momento in cui viene ipotizzata una soluzione di possibile conversione dei contratti a termine ove reiterati oltre un certo numero, il Protocollo introduce un criterio comunque fondato su elementi meccanici che, per ciò stesso, si oppone a quello, ben più duttile e caratterizzato da un'intrinseca base di discrezionalità insita nella elastica nozione di «*frode alla legge*».

Osservazioni conclusive

In conclusione, e riallacciandosi ai rilievi già anticipati in precedenza, si ritiene che il carattere più originale della sentenza in commento, e che sostanzialmente si ricollega alla pregressa evoluzione giurisprudenziale, risieda nel criterio ispiratore della disposta conversione a tempo indeterminato di vari contratti a termine reiterati nel tempo.

(18) L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. relazioni ind.*, 2006, 109; L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 671; F. Di Maolo, *Tempo determinato: ora stop agli abusi - Contratti a ripetizione nel mirino, legge italiana da rivedere*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 33, 95; R. Foglia, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav.*, 2006, I, 67; *Percorsi di rientro dalla precarietà*, presentazione di P. Alleva.



Così come nelle analoghe decisioni emanate in questi anni, anche in quest'occasione la conversione non è stata disposta (quanto meno, testualmente) in attuazione del canone della frode alla legge, ma in base ad un elemento tecnico di rilievo strutturale: la rilevanza assegnata al requisito della temporaneità, necessariamente legittimante l'apposizione del termine.

Per quanto anch'essa oggetto di dibattito, soprattutto nella fase immediatamente successiva alla riforma del 2001, si ritiene che la ricorrenza del requisito della temporaneità rivesta rilievo centrale nella regolamentazione del contratto a termine, trattandosi di elemento strutturalmente connaturato alla specifica tipologia considerata⁽¹⁹⁾. Per poter legittimare la stipula del termine, le esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive devono rivestire un elemento di differenziazione temporale che ne costituisce il substrato essenziale.

In effetti, l'espressione definitoria dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001 riveste contenuto neutro, in quanto teoricamente estensibile a situazioni o fattispecie anche distinte tra loro, ma che, proprio in ragione del contenuto generico della formula espressiva, possono attagliarsi a ciascuna (ad esempio, come è noto, essa trova applicazione sia relativamente alla nozione di giustificato motivo di licenziamento, che di motivazione

del trasferimento, che infine di fondamento dell'assunzione a termine). Proprio per questa ragione, laddove utilizzata dal cit. art. 1, il significato giuridico dell'espressione acquista specifica rilevanza solo ove coniugata con l'attributo presupposto, e cioè appunto la temporaneità. Da ciò conseguendo che l'assenza di tale requisito incide negativamente sulla stessa sussistenza di questa tipologia contrattuale.

Si ritiene invero ragionevole, se non addirittura ovvio, che così come quelle sostitutive, di per sé destinate ad operare entro uno spazio temporale istituzionalmente limitato, anche le esigenze tecniche, produttive e organizzative, ove addotte a fondamento di un'assunzione a tempo determinato, debbano rivestire analoghe caratteristiche, tecnicamente costituenti presupposto strutturale per la stipula del relativo contratto. essendo evidente che, altrimenti, ove questo elemento caratterizzante dovesse mancare, si svuoterebbe di contenuto la funzione propriamente assegnata a questo particolare tipo di assunzione.

Questa precisazione non incide sull'inquadramento sistematico ora assegnato al contratto a termine, atteso che, seppure «speciale», questo contratto costituisce, nella disciplina vigente, soluzione «non eccezionale», e dunque giuridicamente quanto meno equiparata a quella «normale», ferme rimanendone peraltro le sue specifiche caratteristiche differenziali.

(19) Cfr. E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 618; L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, 4; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, 393; M. Papaleoni, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 664; L. Angelini, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, 77. Contra, A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2005, 401, che ritiene che la temporaneità caratterizzi soltanto le ipotesi esonerate dall'osservanza di un limite quantitativo percentuale (ex art. 10, Dlgs n. 368/2001), e non concerna quelle istituite ai sensi dell'art. 1: Id., *La nuova disciplina del lavoro a termine*, *Il Diritto del Lavoro*, 2002, I, 1; M. Biagi (a cura di) *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002; F. Bianchi D'Urso, G. Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 118; M. Miscione, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, *Arg. Dir. Lav.*, 2005, 615.