



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Francesca Marinelli

Le conseguenze del contratto a termine
sostanzialmente privo di causale giustificativa:
tra categorie civilistiche e
ambigue risposte del legislatore

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 85/2009



© Francesca Marinelli 2009
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Milano
francesca.marinelli@unimi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Le conseguenze del contratto a termine
sostanzialmente privo di causale giustificativa:
tra categorie civilistiche e
ambigue risposte del legislatore**

**Francesca Marinelli
Università di Milano**

Sezione I: Analisi dello stato del dibattito.....	3
1. Il recente intervento legislativo e le tesi prospettate dagli "addetti ai lavori"	3
2. Le tesi che fanno perno su istituti disciplinati nel codice civile8	
2.1. Le tesi a favore della trasformazione ex art. 1419 c. 2 c.c.	8
2.2. <i>Segue:</i> ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso oggettivo)	9
2.3. <i>Segue:</i> ex art. 1424 c.c.	10
2.4. La tesi che esclude la trasformazione automatica del contratto ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso soggettivo)	11
3. Le tesi incentrate su meccanismi civilistici extra-codicistici. 12	
3.1. La tesi favorevole alla applicazione in via analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368//2001. Critica	13
3.2. La tesi della riqualificazione del rapporto. Critica.....	14
3.3. La tesi dell'inefficacia in senso stretto. Critica	15
Sez. II: Analisi della questione alla luce degli istituti del codice civile	17
4. Una digressione obbligata: il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine.....	17

4.1. L'elemento differenziale: il termine finale di efficacia e la sua differenza dal termine di adempimento dell'obbligazione...	19
4.2. L'irrelevanza del termine finale di efficacia sulla causa del contratto di lavoro	20
5. Verifica delle tesi incentrate sulle categorie del codice civile	23
5.1 La priorità gerarchica del meccanismo della sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c. e la mancanza di valide controindicazioni alla sua applicazione.....	23
5.2. Il conseguente abbandono delle altre tesi.....	27

Sezione I: Analisi dello stato del dibattito

1. Il recente intervento legislativo e le tesi prospettate dagli "addetti ai lavori"

Se era prevedibile un ulteriore intervento del legislatore in materia di contratto di lavoro a termine al fine di sciogliere i numerosi dubbi ermeneutici sollevati dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368¹, non lo era altrettanto pensare che il Parlamento, con la novella, avrebbe finito non solo per non chiarirli, ma persino per crearne di nuovi. Eppure è quanto avvenuto con riferimento ad una delle questioni dalle maggiori ricadute pratiche quale quella degli effetti del contratto a termine stipulato in mancanza della causale giustificativa pur formalmente addotta².

In proposito sono note le perplessità causate dal silenzio serbato sul punto dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Perplessità amplificate dal fatto che nel decreto in parola, almeno fino al 2007, non era possibile rintracciare alcuna previsione del genere: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo... eccezioni» - disposizione presente invece

¹ Per un'analisi degli innumerevoli problemi interpretativi suscitati dal d.lgs. n. 368/2001 si rinvia a: M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Milano, 2002; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002; G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002; G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2002, p. 25 e ss.; A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003; N. MIRANDA, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro "privato" e "pubblico"*, Padova, 2007. Sull'influenza nella ambiguità del testo legislativo delle divergenti vedute politico-sindacali dei protagonisti cfr.: G. LUDOVICO, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*, nota a Trib. Pavia, 12 aprile 2005, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 264 e G. DONDI, *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *Lav. giur.*, 2002, p. 27 e ss.

² Il problema infatti non tocca le ipotesi di mancanza formale della causale giustificativa, in quanto in questi casi la trasformazione è espressamente sancita dal c. 2 dell'art. 1. Non si condivide invece quella tesi che, facendo leva sul fatto che la norma «non riguarda soltanto il contratto, ma anche le "specifiche ragioni" di cui al c. 1», ritiene di dover ricomprendere nel c. 2 dell'art. 1 anche la mancanza sostanziale delle ragioni giustificative (S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 478). Infatti, e lo ha messo in luce più volte anche la giurisprudenza, il c. 2 dell'art. 1 è volto a sanzionare solo la violazione dei profili formali e non anche sostanziali, come dimostra l'uso di termini afferenti al programma negoziale piuttosto che al rapporto di lavoro quali: «apposizione del termine» e «se non risulta direttamente o indirettamente da atto scritto». Sul punto cfr.: Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *D&L*, 2004, p. 912; App. Bari, 20 luglio 2005, in *D&L*, 2005, p. 764; Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, p. 158; Trib. Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, p. 476.

nell'art. 1 della l. 18 aprile 1962, n. 230, nonché nella previgente³ normativa sul contratto a termine – da cui dottrina e giurisprudenza hanno da sempre ricavato la regola della indeterminatezza del contratto di lavoro subordinato, non desumibile ex se dall'art. 2094 c.c.

Non solo, il silenzio del d.lgs. n. 368/2001 su tali questioni è apparso ancora più «rumoroso»⁴ se raffrontato alla minuziosa cura con cui invece lo stesso decreto ha *ab origine* regolato le conseguenze del contratto a termine stipulato in violazione degli obblighi circa la forma, la proroga e la successione di contratti⁵.

Da qui il diffondersi di molteplici interpretazioni tra gli addetti ai lavori, non prive di significative ricadute sul piano della certezza del diritto⁶.

A dire il vero, il legislatore ha mosso qualche timido passo verso il superamento della questione allorquando nel 2007 ha anteposto al c. 1 del d.lgs. n. 368/2001 il c. 01 che così recita: «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»⁷. La disposizione, che pure qualcuno⁸ ha percepito come una "resurrezione"

³ Prima ancora della l. 230/1962, l'art. 2097 c.c. recitava: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto» e, prima ancora, il R.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825 all'art. 1 c. 2 statuiva «il contratto di impiego privato può anche essere fatto con prefissione di termine: tuttavia saranno applicabili in tal caso le disposizioni del presente decreto che presuppongono il contratto a tempo indeterminato, quando l'aggiunzione del termine non risulti giustificata dalla specialità del rapporto e apparisca invece fatta per eludere le disposizioni del presente decreto».

⁴ È stato infatti osservato: «occorre... riconoscere che il silenzio sul sistema sanzionatorio connesso alla violazione dell'art. 1 non è il silenzio di un legislatore "innocente" ed anzi quel silenzio appare particolarmente "rumoroso", soprattutto se raffrontato con le articolate previsioni relative alla prosecuzione o alla successione dei contratti» (A. VISCOMI, *Intervento*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2003, p. 222).

⁵ Cfr. art. 1 c. 2 ed art. 5 d.lgs. n. 368/2001.

⁶ Questo silenzio può essere infatti assimilato, quanto agli effetti, alla tecnica di redazione delle c.d. "norme inderogabili a precetto generico" che, come è stato messo in luce da un attento Autore, altro non sono se non «una sorta di delega del potere legislativo al potere giudiziario, che ne esce onerato e rafforzato quale protagonista della mediazione tra interessi contrapposti realizzata formalmente in via interpretativa, ma sostanzialmente attraverso giudizi di valore». (A. VALLEBONA, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 6).

⁷ V. art. 1 c. 39, l. 24 dicembre 2007, n. 247.

⁸ V. M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 460 e ss.; G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 217, il quale, pur essendo stato in passato tra i fautori della non necessaria trasformazione del contratto, oggi afferma: «a seguito della recente novella, le ragioni fatte valere ... a sostegno della tesi della inconvertibilità del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato hanno perso la loro rilevanza nel mutato quadro

della presunzione legale di indeterminatezza del contratto di lavoro subordinato, è tuttavia apparsa ai più⁹ talmente blanda da risultare inutile ai fini della soluzione della *querelle*.

Questo timido passo avanti si è trasformato, tuttavia, in un clamoroso salto all'indietro al varo della c.d. "manovra d'estate": il d.l. n. 112 del 25 giugno 2008. Il Parlamento, infatti, al momento della conversione in legge, dopo una difficile gestazione¹⁰, ha aggiunto al d.lgs. 368/2001 una norma di non poco conto, l'art. 4-*bis*.

Che l'opportunità politica di porre in essere un'eccezione alla regola generale per evitare il dissesto economico di Poste Italiane¹¹, abbia prevalso sull'opportunità giuridica di chiarire quale fosse la regola, risulta chiaro se solo si pone mente al testo della disposizione in parola. L'art. 4-*bis*, infatti afferma: «con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto *unicamente ad indennizzare* il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni».

Il problema è che, come anticipato, così facendo il legislatore ha finito per complicare ulteriormente la questione. Infatti la novella non solo non ha chiarito cosa accade al contratto a termine sostanzialmente

normativo, che sembra accreditare l'opposta soluzione legittimante detta conversione». Cfr. sul punto anche G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 657 e s.

⁹ V. Circolare del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 13/2008 in cui si legge che la previsione del c. 01 «pur non reintroducendo una presunzione legale a favore del contratto a tempo indeterminato, esprime l'intento del Legislatore di ribadire che tale tipologia contrattuale rappresenta la fattispecie "ordinaria" di costituzione dei rapporti di lavoro». In dottrina nello stesso senso cfr.: G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, p. 358 e s. e A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 298.

¹⁰ Una disciplina sul punto è stata introdotta solo col maxi-emendamento approvato dalla Camera dei Deputati il 21 luglio 2008. La disposizione originaria era molto diversa rispetto a quella vigente, in quanto stabiliva l'«applicazione nei casi di violazione degli articoli 1, 2 e 4 del... decreto legislativo n. 368 del 2001, e successive modificazioni, [del]l'articolo 1419, primo comma, del codice civile».

¹¹ Cfr. G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *Guida al lavoro*, 2008, n. 32/33, p. 18 nonché M. TIRABOSCHI, *Contratti a termine. "Sanatoria" da salvare*, in *Bollettino Adapt*, n. 9 del 14 novembre 2008, i quali, per primi hanno messo in luce come "l'emendamento" sia stato strategicamente studiato al fine di aiutare Poste Italiane.

privo di causale giustificativa, ma ha anche sollevato nuovi dubbi circa la costituzionalità dell'eccezione introdotta dall'art. 4 *bis*¹².

Dunque, nemmeno il tentativo di individuare la regola ricavandola dall'eccezione appare, a ben vedere, una strada percorribile. Infatti anche volendo leggere tra le righe dell'art. 4-*bis* una conferma della soluzione della trasformazione - dal momento che quell'"unicamente indennizzare" non può, per ovvi motivi di costituzionalità, essere inteso come alternativa alla tutela di cui all'art. 2126 c.c. - tale sforzo interpretativo è destinato a scontrarsi con la precarietà della stessa disposizione, visti i numerosi e difficilmente superabili¹³ dubbi di legittimità costituzionale della norma recentemente sollevati da diversi giudici¹⁴, con il pieno avallo della dottrina¹⁵.

¹² V. G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate 2008)*, in ID. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato. Aggiornato al d.l. n. 112/2008 conv. in l. n. 133/2008*, Torino, 2008, p. 52 ove si legge: «balza subito agli occhi che le varie manipolazioni... hanno compromesso la linearità della disposizione transitoria che, avulsa da disposizioni innovative di carattere generale, è risultata una norma spuria sostanzialmente estemporanea, in buona parte ingiustificata».

¹³ Chi scrive ritiene infatti, da un lato, impensabile ritenere che la Corte possa salvare la norma dall'incostituzionalità facendo leva su Corte cost., 13 ottobre 2000, n. 419 in *Foro it.*, 2001, I, c. 1087. Con questa pronuncia, infatti, la Consulta ha dichiarato legittima una norma, l'art. 9 c. 21 d.l. 1 ottobre 1996, n. 510 conv. con mod. in l. 28 novembre 1996, n. 608, solo in parte simile all'art. 4-*bis*. La disposizione del 1996 infatti prevedeva un "condono" in caso di conclusione di contratti a termine illegittimi stipulati dal solo settore delle Poste, giustificato «dall'esigenza di porre rimedio ad una situazione del tutto eccezionale» quale il processo di privatizzazione dell'ente. Sulla questione Poste si rinvia a: R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato. Dalla l. n. 230/1962 al d.lgs. n. 368/2001*, Milano, 2001, p. 174 e ss.; L. MENGHINI, *Contratto a termine e poste italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 509 e ss.; G. GENTILE, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste Italiane*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato. Aggiornato al d.l. n. 112/2008 conv. in legge n. 133/2008*, Torino, 2008, p. 235 e ss. Né pare plausibile pensare di poter salvare la norma avvalendosi della argomentazione fatta propria, tra le altre, da Corte cost., 12 aprile 1989, n. 181, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2100 che, chiamata a giudicare sulla invisibilità degli apprendisti nel computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della legislazione sui licenziamenti individuali, ha finito per legittimare tale esclusione sulla base della straordinaria situazione di crisi occupazionale di quel momento, ritenendo «nel bilanciamento degli interessi... ragionevole... in presenza di una grave ed acuta crisi dell'occupazione giovanile e nella difficoltà di reperire in tempi rapidi mezzi di intervento diversi... un sacrificio di meccanismi di tutela pur così rilevanti» (tesi in qualche modo richiamata da Trib. Roma, 21 ottobre 2008 per argomentare la costituzionalità dell'art. 4-*bis* - vedila in *Bollettino Adapt* 37/2008, in <http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/NewsletterBollettinoAdapt/BollettinoAdapt.html>,). Troppe e troppo macroscopici appaiono infatti nel caso *de quo* i principi costituzionali violati (v. nota seguente).

¹⁴ Diversi giudici (Corte d'appello di Bari, ord. 22 settembre 2008, e App. Genova, ord. 26 settembre 2008, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 853 e ss. con nota di A. VALLEBONA; Trib. Ascoli Piceno, ord. 30 settembre 2008, in *Bollettino Adapt* 31/2008, *cit.*; App. Torino,

Dunque, *rebus sic stantibus*, la "spada di Damocle" che pende sull'art. 4-*bis* (*rectius* sull'art. 21 del d.l. 112/2008 conv. con mod. in l. 133/2008 là dove ha introdotto nel d.lgs. n. 368/2001 l'art. 4-*bis*) pare frenare anche l'interprete più volenteroso.

Alla luce di quanto detto, pare opportuno mettere da parte gli ambigui spunti recentemente offerti dal legislatore per continuare a ragionare sulla questione avvalendosi, come finora fatto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, soltanto dei tradizionali e ben più solidi meccanismi civilistici.

Non si può pertanto che prendere le mosse dal dibattito intercorso tra gli addetti ai lavori. Nonostante la molteplicità delle ricostruzioni¹⁶, si vuole comunque riproporre qui un sintetico quadro della *querelle*¹⁷, al fine di analizzarla sotto una diversa luce. Si intende infatti procedere partendo dalla contrapposizione non tra tesi favorevoli alla automatica trasformazione del contratto e tesi contrarie, quanto, piuttosto, tra tesi

ord. 2 ottobre 2008 e Trib. Trieste, ord. 15 ottobre 2008 entrambe in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.; App. Roma, ord. 21 ottobre 2008, in *Bollettino Adapt* 34/2008, cit.; App. Milano, 31 ottobre 2008, in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.; Trib. Tivoli, 3 dicembre 2008, in *Bollettino Adapt* 3/2009, cit.) hanno recentemente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, l. n. 133/2008 sotto diversi profili: per contrasto con l'art. 3 (vista l'irragionevolezza del criterio - la pendenza di un giudizio - posto alla base dell'applicazione della tutela attenuata); per contrasto con l'art. 111 c. 1 (per violazione della garanzia del giusto processo sancita dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950); per contrasto con gli artt. 24, 101, 102 c. 2 e 104, c. 1 Cost. (per il suo intento di incidere sulle sorti di fattispecie *sub iudice*, e dunque di invadere l'ambito riservato al potere giurisdizionale); per violazione degli artt. 111 e 117 c. 1 Cost. (per avere la norma infranto la clausola di non regresso statuita dalla direttiva 1990/70/Ce). *Contra* v. tuttavia Trib. Roma, 21 ottobre 2008, cit. ove si legge, con riferimento all'art. 4-*bis* d.lgs. n. 368/2001, che la norma è legittima in quanto ispirata ad un criterio di ragionevolezza quale quello di «arginare, nell'interesse generale, l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese che si produrrebbe nel caso in cui numerosi rapporti a termine si trasformassero in rapporti a tempo indeterminato a seguito del contenzioso in corso».

¹⁵ Cfr.: V. ANGIOLINI, *Nota sull'incostituzionalità dell'art. 21, comma 1-bis del d.l. n. 112/2008, come conv. con la legge n. 133/2008* e D. CARPAGNANO, *Sull'art. 21 della l. 133/2008: ovvero la cronaca di una storia annunciata*, entrambi in www.cgil.it/giuridico; G. FERRARO, *Il contratto a termine tormentato*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 742 e ss.; A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i "giudizi in corso"*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 776; R. ROMEI, *Questioni sul contratto a termine*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 334 e ss.

¹⁶ V. A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro*, Milano, 2006, nonché L. MENGHINI, *Il lavoro a tempo determinato*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, p. 1282. Per una rassegna giurisprudenziale v. M.C. CATAUDELLA, *Contratto a termine e nullità parziale: gli orientamenti della giurisprudenza civilistica*, in *Dir. lav.*, I, 2006, p. 184 e ss.

¹⁷ Nel presente lavoro si terrà conto solo della dottrina e della giurisprudenza che si sono specificamente soffermate sul punto facendo leva su categorie civilistiche.

che hanno utilizzato meccanismi civilistici di stampo codicistico e tesi che, invece, hanno fatto leva su uno strumentario civilistico extra-codicistico, tenendo conto, solo in via secondaria, del risultato cui sono giunte. L'idea è infatti quella di mettere ordine tra gli orientamenti proposti, partendo dalla gerarchia esistente tra gli istituti sui quali gli stessi orientamenti fanno leva.

2. Le tesi che fanno perno su istituti disciplinati nel codice civile

Le tesi che si sono avvalse di congegni di stampo codicistico sono numerose ed hanno portato, tranne in un caso (v. *infra* § 2.4), all'accoglimento della soluzione della automatica trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine privo di causale giustificativa.

La maggior parte degli interpreti ha fatto leva sulla sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.; altri hanno utilizzato la nullità parziale di cui all'art. 1419 c. 1 c.c. - interpretato da qualcuno in chiave soggettiva e da altri in chiave oggettiva -; infine, ma solo come ipotesi di scuola, qualcuno ha fatto cenno alla conversione di cui all'art. 1424 c.c.

Per una questione di sistematicità le tesi si prenderanno in considerazione singolarmente, partendo da quelle favorevoli alla trasformazione del contratto (§§ 2.1, 2.2 e 2.3) e lasciando per ultima quella contraria (§ 2.4).

2.1. Le tesi a favore della trasformazione ex art. 1419 c. 2 c.c.

L'orientamento ancora maggioritario sia in dottrina¹⁸ che in giurisprudenza¹⁹, è quello che ritiene applicabile al contratto a termine

¹⁸ Cfr.: V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2001, p. 405 e ss.; G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002, p. 46 e s.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 181 e s.; A. VISCOMI, *Intervento*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2003, p. 222; L. MENGhini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 707 e ss.; S. LIEBMAN, M. DEL CONTE (con la collaborazione di C. MAZZA e O. RAZZOLINI), *Intervento*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro, cit.*, p. 52 e ss.

¹⁹ Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *D&L*, 2004, p. 904 e ss.; Trib. Roma, 12 gennaio 2005 e 3 febbraio 2005, entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 707 e ss.; Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 152 e ss.; App. Bari, 20 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1540 e ss.; Trib. Ariano Irpino, 3 aprile 2006, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 3142 (m); Trib. Genova, 14 novembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 693 e ss.; Trib. Milano, 26 gennaio 2007, in *D&L*, 2007, p. 715 e ss.; Trib. Roma, 2 aprile 2007, n. 6445, *cit.*; Trib.

privo della causale giustificativa l'istituto della sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.

La tesi *de qua* ritiene indispensabile, visto il silenzio del d.lgs. n. 368/2001, risolvere la questione alla luce dei principi civilistici tradizionali. In particolare, per l'orientamento in esame, poiché la mancanza della causale giustificativa incide sulla validità del termine, devono trovare applicazione nel caso di specie le norme relative alla nullità delle singole clausole del regolamento contrattuale, *id est* l'art. 1419 c.c. Tale disposizione prevede, al c. 1 che: «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità» ed, al c. 2 che: «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». Ed è proprio quest'ultimo comma che secondo questa tesi deve trovare applicazione nel caso in esame. Infatti, le norme imperative "sostitutive" di cui parla il c. 2 dell'art. 1419 c.c. non devono ritenersi scomparse a seguito delle modifiche alla disciplina introdotte nel 2001, dovendo la presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro ricavarci, oggi, dal c. 01 nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e, prima del 2007, dai "considerando" della Direttiva 99/70/CE del Consiglio 28 giugno 1999 a cui, come noto, è stato proprio il d.lgs. n. 368/2001 a dare attuazione²⁰.

2.2. Segue: ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso oggettivo)

Una tesi minoritaria in dottrina²¹ e, a quanto consta, priva di riscontro in giurisprudenza, è invece arrivata a sostenere la trasformazione del contratto a termine privo di causale giustificativa partendo da una premessa contraria a quella cui si è appena accennato.

Per l'orientamento in esame, infatti, il silenzio del d.lgs. n. 368/2001 circa gli effetti del contratto a termine sostanzialmente privo di

Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, p. 474 e ss.; App. Firenze, 30 ottobre 2007, in *D&L*, 2008, p. 553 e ss.; Cass., 21 maggio 2008, n. 12985, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 638, con nota di A. VALLEBONA.

²⁰ La Direttiva, infatti, afferma: «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro».

²¹ È la tesi sostenuta da: M.T. SPADAFORA, *Gli effetti dell'accertamento in sede giudiziale della mancanza delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine ai sensi dell'art. 1, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, p. 73 e ss.; S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 36 e s.; M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenza della violazione dei limiti formali e sostanziali alla conclusione di un contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, p. 79.

causale giustificativa, nonché circa la presunzione di indeterminatezza del contratto di lavoro, impone di applicare al caso di specie il c. 1 e non il c. 2 dell'art. 1419 c.c. Ciò nonostante la tesi in parola non arriva ad una dichiarazione di nullità dell'intero contratto a tempo determinato, in quanto ritiene che la ricostruzione della volontà delle parti di cui parla il c. 1 dell'art. 1419 c.c. non debba essere «condotta sulla base della impossibile ricostruzione del.. [loro] intento soggettivo... ma attraverso una valutazione oggettiva della perdurante utilità del negozio, anche dopo la rimozione della clausola nulla»²². Ciò significa che, ogni qual volta si accerti l'inesistenza di un interesse economico meramente temporaneo all'acquisizione della prestazione lavorativa, la perdurante utilità del negozio comporterà la salvezza del negozio stesso. In conclusione per la tesi in esame la mancanza della causale giustificativa, evidenziando l'insussistenza dell'interesse economico temporaneo alla prestazione di lavoro, renderà sempre inessenziale ex art. 1419 c. 1 c.c. la clausola del termine, e conseguentemente impossibile la dichiarazione di nullità dell'intero negozio.

2.3. Segue: ex art. 1424 c.c.

Nonostante la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato sia stata spesso definita come "conversione", in realtà non si è inteso, se non come ipotesi di scuola, utilizzare tale vocabolo in senso tecnico, ossia volendosi riferire all'istituto disciplinato dall'art. 1424 c.c. La conversione, infatti, permette al contratto nullo di produrre gli effetti di un contratto *diverso*, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità. Tale istituto presuppone, per la lettura maggioritaria²³, ma non unanime²⁴, l'esistenza di un contratto di partenza

²² M. MARINELLI, *Obblighi formali... cit.*, p. 79.

²³ Cfr. M. FRANZONI, *Della nullità del contratto. Art. 1424*, in F. GALGANO, F. PECCENINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione. Della nullità del contratto. Dell'annullabilità del contratto. Art. 1414-1446*, in SCIALOJA-BRANCA, *Commentario del codice civile*, Bologna- Roma, 1998, p. 215 il quale propende per la diversità tipologica dei due contratti, sostenendo che quest'ultima, pur non essendo «un elemento esplicito della fattispecie normativa, risulta implicitamente dalla necessità che l'atto trasformato presenti i requisiti di sostanza e di forma di un altro contratto». Tra i tanti, in senso conforme cfr.: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 377; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 494; B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 90 e ss.

²⁴ V. G. DE NOVA, *Conversione. 1) Conversione del negozio nullo*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1988, p. 3. Per un'analisi del problema cfr. G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, Varese, 1984, p. 281 e ss. e L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 240 e ss.

nullo, differente in termini di diversità del tipo rispetto a quello in cui si converte. Proprio per questo a molti non è sembrato un istituto calzante per la soluzione della *querelle* in esame, posto che, come si avrà modo di vedere oltre (§ 4.2), il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato non è un contratto diverso, ma il prototipo normativo del contratto a termine²⁵.

2.4. La tesi che esclude la trasformazione automatica del contratto ex art. 1419 c. 1 c.c. (in senso soggettivo)

Infine, un orientamento minoritario in giurisprudenza²⁶, ma sempre più accreditato in dottrina²⁷, facendo leva sull'art. 1419 c.c. è arrivato a sostenere la tesi della non necessaria trasformazione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa.

I passaggi logici sottesi alla tesi in esame sono gli stessi utilizzati dalla teoria che fa perno sull'art. 1419 c. 1 c.c. letto in chiave oggettiva (v. § 2.2). La differenza sta però nel fatto che l'orientamento *de quo* dà di questo c. 1 una lettura tutt'altro che oggettiva. La volontà delle parti di cui parla la norma deve essere infatti intesa soggettivamente, così che ciascuno dei contraenti può ottenere la dichiarazione di nullità del contratto (e dunque evitare la trasformazione dello stesso), dando la prova della essenzialità della clausola del termine, con conseguente applicazione della sola tutela - in capo al prestatore di lavoro - di cui all'art. 2126 c.c.

Seppur in forte contrasto con il tradizionale principio del *favor* del lavoratore, la tesi in parola non appare di certo priva di un suo solido fondamento. L'argomentazione su cui si regge è infatti la seguente: posto che «l'esclusione di qualsiasi effetto legale di ritorno al tipo in caso di

²⁵ Cfr. L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 121.

²⁶ In giurisprudenza cfr.: Trib. Marsala, 27 gennaio 2005, in *Corr. merito*, 2005, p. 777; Trib. Roma, 21 febbraio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, p. 706 e ss., con nota di M. ORLANDO; Trib. Palermo, 6 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 395 e ss., con nota di M.L. VALLAURI; Trib. Roma, 27 maggio 2008, 12 marzo 2008 e 5 luglio 2007, tutte in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 772 e ss. con nota di A. VALLEBONA.

²⁷ Si tratta dell'orientamento proposto in origine da: A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, p. 36; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, I, p. 20 e ss.; F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 123 e s. e poi condiviso da: L. FIORILLO, R. PESSI, *Intervento*, in A. VALLEBONA (a cura di), *Colloqui giuridici sul lavoro, cit.*, p. 48; C. PISANI, *ibidem*, p. 58; M. MARAZZA, *ibidem*, p. 56; R. PESSI, *Tecniche normative e lavoro atipico*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 11; A. PIZZOFRATTO, *Violazione degli obblighi formativi nel contratto di apprendistato: quali effetti e sanzioni?*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 255 e ss.; M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, p. 59 e ss.

nullità di sottotipi flessibili è [stata] espressamente sancita per il lavoro pubblico privatizzato, con disposizioni... [avallate dalla stessa]... Corte costituzionale», tale meccanismo non può essere considerato un congegno «generalmente necessitato, poiché se attenesse... a diritti fondamentali della persona dovrebbe... essere... [garantito] anche nei confronti del datore di lavoro pubblico»²⁸. A questo discorso la tesi in esame, aggiunge che la stessa Consulta nonché la Corte di Giustizia sembrano avere escluso nel settore privato l'esistenza di un obbligo di "trasformazione" del contratto di lavoro flessibile in contratto di lavoro standard²⁹.

3. Le tesi incentrate su meccanismi civilistici extra-codicistici

Non rimane, da ultimo, che affrontare le tesi che hanno bypassato l'armamentario civilistico fornito dal codice per far perno su quello extra-codicistico.

Gli orientamenti sono sostanzialmente tre: quello che applica in via analogica l'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, quello che parte dalla riqualificazione del rapporto ed, infine, quello che opta per l'inefficacia in senso stretto.

²⁸ Le frasi tra virgolette sono tutte di A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 547. La Corte costituzionale con sentenza 27 marzo 2003, n. 89, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 443, con nota di BARBIERI, ha infatti giudicato non contraria all'art. 3 Cost. l'art. 36, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 là dove afferma che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pp.aa.

²⁹ La Corte costituzionale con sentenza 15 luglio 2005, n. 283, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 895 nel rigettare la questione di illegittimità costituzionale dell'ormai abrogato art. 5, c. 2, d.l. 30 ottobre 1984 n. 726, conv. con mod. in l. 863/1984 per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost. (là dove non prevedeva, diversamente dalla disciplina del contratto a termine, in caso di mancanza della forma scritta del contratto di lavoro *part-time*, la trasformazione del rapporto a tempo pieno) ha affermato che è da escludere «la conversione automatica del rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno» in quanto «nel diritto vivente ... la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, prevista espressamente dalla particolare disciplina del settore per l'ipotesi di nullità della clausola di durata, non è – in quanto speciale – estensibile in via analogica». Così la CGCE ha affermato, nella pronuncia 4 luglio 2006, C-212/04, al par. 91 che «l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato», e in quella del 7 settembre 2006, C-53/04, al par. 52 che «quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate», entrambe le pronunce sono pubblicate in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1623 e ss., con nota di A. MISCIONE.

Di ciascuno si darà immediatamente conto, per arrivare a dimostrare che si tratta di tesi o prive di alcuna possibilità di applicazione nel caso di specie (le ultime due §§ 3.2 e 3.3), o di carattere meramente residuale (la prima § 3.1).

3.1. La tesi favorevole alla applicazione in via analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368//2001. Critica

Un orientamento accolto dalla giurisprudenza³⁰ è quello che fa leva sull'interpretazione analogica dell'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, ossia su un meccanismo che, a voler essere rigorosi, occorre considerare extra-codicistico, posto che la disciplina circa l'interpretazione della legge è contenuta nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile.

Questa tesi parte dal presupposto che sia illogico ritenere che il legislatore abbia previsto la trasformazione del contratto solo per l'ipotesi della successione illegittima di più contratti a termine – come effettivamente ha fatto nell'art. 5, c. 3, d.lgs. 368/2001 – e non anche per l'illegittima stipulazione di un solo contratto, posto che il difetto di giustificazione del termine implica, di per sé, la mancanza di un interesse apprezzabile del datore di lavoro alla temporaneità del contratto indipendentemente dal numero di contratti stipulati. Da qui l'applicazione analogica dell'art. 5, commi 2 e 3 del d.lgs. n. 368/2001 anche al caso di stipula di un solo contratto a termine illegittimo³¹.

Poiché però l'interpretazione analogica è un congegno che, per espressa disposizione di legge, ha valore residuale (il c. 2 dell'art. 12 disp. prel. c.c., infatti, lo legittima solo qualora una controversia non possa essere decisa con una precisa disposizione) essa può entrare in gioco solo nel caso in cui non si arrivi ad applicare, come invece si intende sostenere oltre, una precisa regola alla questione in esame. Si tratta dunque di una tesi da scartare.

³⁰ Cfr.: App. Milano, 9 dicembre 2003, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 81; Trib. Milano, 26 gennaio 2007 e Trib. Milano, 3 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, rispettivamente a p. 343 e p. 479.

³¹ Cfr.: L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro it.*, V, 2002, c. 40; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, III, p. 421 e s.

3.2. La tesi della riqualificazione del rapporto. Critica

Un'altra parte della dottrina³² prendendo spunto, probabilmente, dagli accenni fatti da una pronuncia notissima, quale la sentenza della Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210³³, ha prospettato un diverso orientamento, a quanto consta privo di un concreto riscontro giurisprudenziale. Secondo tale tesi in caso di stipula di contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa «il problema... non ... [è] quello di individuare una sanzione per la clausola illegittima (quella relativa al termine), bensì di qualificare il tipo, secondo gli schemi contrattuali inderogabilmente previsti dal legislatore»³⁴. Questo significa che «il difetto dei requisiti legittimanti l'apposizione del termine sposta la questione dal piano sanzionatorio a quello dell'accesso al tipo temporalmente determinato»³⁵.

Anche tale tesi non può essere accolta, in quanto si fonda su un errore di prospettiva. Infatti una cosa sono gli effetti del contratto a termine privo di causale giustificativa, altra è l'operazione di qualificazione del rapporto. Pertanto, sebbene appaia inevitabile una reciproca commistione tra i piani³⁶, la qualificazione, ossia il meccanismo che attiene al rapporto di lavoro, è qualcosa di diverso dal meccanismo di verifica della validità del contratto, che concerne il programma negoziale. La prima opera infatti nella fase esecutiva e, pertanto, l'eventuale sindacato giudiziale avrà quale obiettivo il rispetto della volontà delle parti, mentre la seconda attiene alla fase genetica del contratto e,

³² Cfr.: R. FOGLIA, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 76; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, cit., p. 479. Pare seguire questa tesi anche V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 220 e ss.

³³ Pronuncia recentemente ripubblicata in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 648 e ss. In tale sentenza la Consulta, (nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, c. 2, d.l. 30 ottobre 1984 n. 726, conv. con mod. in l. 863/1984 là dove non prevedeva in caso di nullità della clausola concernente la riduzione e la distribuzione dell'orario la trasformazione del contratto da *part-time* a tempo pieno) ha parlato della "conversione" del contratto a tempo parziale come di «qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale».

³⁴ S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*, p. 479.

³⁵ S. CIUCCIOVINO, *op. ult. cit.*, p. 479.

³⁶ Infatti, se «dalla concreta attuazione del rapporto... [è] desumibile la volontà di ritorno al tipo generale... in questi casi i problemi della nullità e delle sue conseguenze restano assorbiti nel preliminare accertamento e qualificazione del programma negoziale effettivamente realizzato» (A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, cit., p. 534).

dunque, un eventuale sindacato giudiziale avrà quale scopo quello di far rispettare alle parti l'ordinamento a prescindere dalla loro volontà³⁷.

3.3. La tesi dell'inefficacia in senso stretto. Critica

Altri autori, infine, hanno utilizzato la categoria della inefficacia della clausola appositiva del termine priva di causale giustificativa³⁸.

Secondo tale tesi, poiché «il contratto a termine non è un contratto "diverso" rispetto alla specie standard... la violazione delle regole imperative... [comporterà] non già l'applicazione di una sanzione di diritto comune ovvero speciale, quanto la mera constatazione che il termine non ha prodotto effetti»³⁹.

Tale orientamento incentrato non sull'inefficacia «dipendente da invalidità»⁴⁰ (c.d. inefficacia c.d. "in senso ampio"), ma sull'efficacia "in senso stretto" o "semplice" che cioè «colpisce l'effetto senza toccare il negozio»⁴¹, bypassa lo strumentario codicistico, in quanto «ai capi dedicati alla nullità ed alla annullabilità non fa ... riscontro nel... codice, un capo... dedicato alla inefficacia semplice»⁴².

Anche questa tesi, pur allettante, in quanto permette di neutralizzare «l'operatività del singolo patto, senza influire sul resto del negozio»⁴³, non appare risolutiva. Ciò non tanto perché, come è stato correttamente notato, «lo "statuto" dell'inefficacia è incerto»⁴⁴, quanto perché tale inefficacia, per sua natura, presuppone un negozio o... [un] patto valido⁴⁵, quale non è il patto appositivo del termine stipulato senza ragione giustificativa. Il patto in parola, infatti, come del resto riconosce la totalità della dottrina giuslavoristica⁴⁶, appare contrario a norma

³⁷ Cfr. A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, p. 531 e ss.

³⁸ Cfr.: R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato... cit.*, p. 247; L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata, cit.*, p. 121.

³⁹ L. MONTUSCHI, *op. ult. cit.*, p. 121.

⁴⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 735.

⁴¹ R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1989, p. 3. Sulla distinzione tra i due tipi di inefficacia è pressoché concorde tutta la dottrina, cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico, cit.*, p. 457; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, cit.*, p. 333; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.* 1962, p. 995; A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983, p. 18 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 985; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 139.

⁴² A. FEDELE, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁴³ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 121.

⁴⁴ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 137.

⁴⁵ A. D'ADDA, *op. ult. cit.*, p. 139. Sul punto la dottrina è concorde cfr., tra i tanti, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 985.

⁴⁶ E questo indipendentemente dalla tesi sostenuta, v. fra i tanti: A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, *cit.*, p. 535; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007, cit.*, p. 219.

imperativa di legge, in quanto viola l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 che è, da un lato, norma giuslavoristica, inderogabile per sua natura⁴⁷ e, dall'altro, limite fissato dal legislatore alla libertà contrattuale delle parti⁴⁸ per motivi di interesse generale⁴⁹, posto che «le disposizioni sulla giustificazione [del termine]... non hanno ... [la] funzione di tutela del singolo lavoratore» ma, piuttosto, del mercato⁵⁰.

Ciò premesso, poiché l'art. 1418 c.c. stabilisce che «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente» e poiché, nel caso di specie, l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 diversamente non dispone, la sua violazione comporterà necessariamente

⁴⁷ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 48 ove si legge: «se è vero che l'autonomia privata si definisce comunemente come "autoregolamentazione di privati interessi", è altrettanto evidente che nel rapporto di lavoro una sua svalutazione resta giustificata non solo... in considerazione del fatto che è fuor di luogo parlare di autoregolamentazione (almeno nei confronti del prestatore) in presenza di una disciplina tendenzialmente unilaterale del contenuto del rapporto, quanto in vista del rilievo "generale" e non meramente "privato" degli interessi implicati. Come dire che quella sovrapposizione tra motivazioni soggettive ed oggettive dell'intervento inderogabile, che nel diritto privato è soltanto eventuale, appare qui un dato costante e di elementare rilevazione, così da autorizzare una spiegazione della *ratio* dell'inderogabilità nel diritto del lavoro... degli interessi e dei beni oggetto dello scambio. Da qui l'automatica identificazione del carattere tendenzialmente inderogabile di tutte le norme di tutela del lavoratore subordinato». Per una ricostruzione storica del principio di inderogabilità nel diritto del lavoro cfr.: G. SUPPES, *Interesse pubblico e interessi privati nella disciplina giuridica del rapporto di lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972; S. HERNANDEZ, *Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro*, in *Dir. lav.*, 2003, I, p. 1; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 229; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006, p. 4 e ss.; M. NAPOLI, *Introduzione - Interrogativi sull'inderogabilità*, ALBANESE A., *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, tutti in *RGL*, 2008, I, p. 157 e ss.

⁴⁸ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, p. 71.

⁴⁹ Nonostante l'equivocità del termine "norma imperativa", messo in luce da una parte della dottrina (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 601, nota 11; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 436; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 1 e ss.), è oramai consolidato anche in giurisprudenza l'orientamento che considera imperative le norme inderogabili che pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale indipendentemente dal fatto che la norma ne preveda espressamente la nullità (c.d. nullità virtuale). In dottrina cfr.: F. GALGANO, *Della nullità del contratto*, in F. GALGANO, F. PECCENINI, M. FRANZONI, D. MEMMO, R. CAVALLO BORGIA, *Della simulazione...* cit., 1998, p. 80 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 747; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 15. In senso critico, ma, a ben vedere, non contrario cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.

⁵⁰ A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i "giudizi in corso"*, cit., p. 775.

l'utilizzo della categoria codicistica della nullità, piuttosto che quella extra-codicistica dell'inefficacia.

Né vale argomentare che il termine finale si colloca, come la condizione, tra gli *accidentalia* attinenti all'efficacia del negozio⁵¹. Infatti lo stesso codice civile, all'art. 1354, prevede la nullità del contratto qualora sia ad esso apposta una condizione - sospensiva o risolutiva - contraria a norme imperative.

Dunque, chi scrive concorda con quella dottrina secondo la quale «quando il legislatore ... [disapprova] un patto a scopi di protezione - o comunque di regolazione del mercato - la via dell'inefficacia si rivela... una illusoria "scorciatoia" e l'interprete è chiamato a fare i conti con gli effetti della nullità del patto»⁵².

Sez. II: Analisi della questione alla luce degli istituti del codice civile

4. Una digressione obbligata: il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine

Fin qui si è parlato delle numerose tesi sotto il profilo giuridico. In realtà, a leggere con attenzione gli interpreti ci si rende conto che il discorso spesso sottaciuto, ma tenuto costantemente presente, è di politica del diritto⁵³. Né forse poteva accadere diversamente, dal

⁵¹ Cfr. A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, cit., p. 19, il quale afferma che l'inefficacia in senso stretto si distingue dalla inefficacia in senso ampio per la diversità della causa «che è estrinseca alla fattispecie negoziale, trattandosi del difetto di un requisito esterno al negozio (requisito di efficacia) e non di un elemento interno o costitutivo» come nell'inefficacia in senso ampio. Si tratta fra l'altro di una tesi non pacificamente accolta dalla dottrina cfr.: V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1971, p. 326 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., p. 3.

⁵² A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 144.

⁵³ Tutte le tesi che optano per la trasformazione automatica del contratto finiscono infatti per mischiare argomentazioni giuridiche con valutazioni di politica del diritto. Gli interpreti infatti sostengono che diversamente ragionando, si arriverebbe a soluzioni paradossali: *in primis* che il legislatore abbia inteso sanzionare meno gravemente la mancanza sostanziale della causale giustificativa rispetto alla sola mancanza formale (posto che ex art. 1 d.lgs. n. 368/2001 quest'ultima comporta espressamente la trasformazione del contratto). In secondo luogo molti sostengono che, sostenendo la tesi contraria, si arriverebbe ad una sostanziale liberalizzazione del contratto a tempo determinato in contrasto con la permanenza, nella disciplina del 2001, non solo delle causali giustificative, ma anche della rigida disciplina circa la proroga e la successione dei contratti a termine. Infine diversi autori mettono in luce che, sostenendo l'orientamento contrario si offrirebbe ai datori di lavoro la possibilità di "disfarsi" dei lavoratori illegittimamente assunti a termine, semplicemente agendo in giudizio per sentire dichiarare la nullità dei rispettivi contratti. Per avvalorare l'orientamento della trasformazione del contratto molte tesi, poi, sottolineano il contrasto

momento che la questione circa gli effetti del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa non è privo di implicazioni sanzionatorie⁵⁴. L'impressione è dunque che dietro al dibattito, apparentemente giuridico, si sia consumata una vera e propria "guerra di religione" tra letture *pro-lavoratore* e letture *pro-datore di lavoro*.

Da qui l'idea del presente scritto. L'intento è quello di arrivare ad una soluzione della *querelle* limitandosi a prendere in esame la strumentazione civilistica offerta dal codice civile e messa in rilievo dagli interpreti, visto che le tesi che hanno battuto strade extra-codicistiche non sono apparse, per quanto sopra argomentato, convincenti (v. §§ 3.1, 3.2, 3.3).

Poiché il dubbio è se sia possibile, pur in mancanza di una espressa disposizione, ricondurre il contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa nell'alveo del contratto di lavoro a tempo indeterminato, non si può prescindere da un'analisi del rapporto esistente tra i due contratti. Infatti, se è vero che la conseguenza civilistica in caso di apposizione ingiustificata della clausola del termine è la nullità (art. 1418 e ss. c.c.), quest'ultima potrebbe ben essere solo parziale. Dunque, la prima cosa da considerare è l'effettiva estensione dell'invalidità. Infatti, «presupposto ineludibile per la conservazione del negozio parzialmente viziato è proprio l'autosufficienza strutturale del negozio residuo»⁵⁵. Per fare questo occorre partire dal ruolo dell'elemento differenziale tra il

che si verrebbe a creare tra il d.lgs. n. 368/2001 e la direttiva comunitaria - cui il d.lgs. n. 368/2001 ha dato attuazione - in caso di mancata applicazione dell'art. 1419 c. 2. Infatti, imputando al d.lgs. n. 368/2001 l'abolizione del meccanismo della trasformazione del contratto, si finirebbe per farlo entrare in rotta di collisione con la clausola di non regresso della direttiva in cui è stato espressamente sancito che «l'applicazione... [della direttiva] non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso». Tuttavia sull'interpretazione "debole" da attribuire a tale clausola cfr. CGCE, Grande sez., 22 novembre 2005, c. -144/04, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 250 e ss., con nota di O. BONARDI. Sulla clausola di non regresso e contratto a termine v. anche il recente scritto di L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausola di non regresso*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 499 e ss.

⁵⁴ La dottrina ha infatti spesso messo in luce come la sanzione, «tocca[ndo] la sfera delle garanzie, [e] quindi la sfera del politico» comporti «un nesso di necessaria e stretta correlazione... tra ... [le] tecniche sanzionatorie che un determinato ordinamento giuridico adotta in un dato momento storico e gli obiettivi di politica del diritto che attraverso queste tecniche si intendono perseguire» (le prime parole tra virgolette sono di A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003, p. 13; la seconda frase è invece di O. MAZZOTTA, *Intervento*, in AA.VV., *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del lavoro, Alba, 1-3 giugno, 1978, Milano, 1979, p. 170. Cfr. anche E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1979, p. 310).

⁵⁵ V. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 41.

contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato: il termine finale di efficacia.

4.1. L'elemento differenziale: il termine finale di efficacia e la sua differenza dal termine di adempimento dell'obbligazione

È noto che ciò che distingue il contratto di lavoro subordinato a termine rispetto a quello a tempo indeterminato è la «determinatezza o determinabilità preventiva della durata»⁵⁶. La prima fattispecie si caratterizza infatti rispetto alla seconda per la presenza di un elemento aggiuntivo: il c.d. termine finale di efficacia del contratto.

Che cosa sia quest'ultimo per il diritto privato è oramai un dato acquisito: si tratta di una clausola «indica[n]te il tempo in cui il contratto cesserà di produrre i suoi effetti»⁵⁷, di solito liberamente negoziata e predeterminata⁵⁸ dalle parti «in modo conforme ai ... [propri] piani e... interessi»⁵⁹. È bene dire "di solito" in quanto talvolta, come per il contratto di lavoro a tempo determinato, la legge impone o vieta tale clausola, o la subordina alla presenza di determinati requisiti.

Il termine finale di efficacia, a ben vedere, non trova una regolamentazione generale nel codice civile. Infatti, l'unico termine organicamente disciplinato nel libro IV agli artt. 1184-1187 e 1457 è quello c.d. di adempimento dell'obbligazione. Quest'ultimo viene dalla maggior parte della dottrina⁶⁰ tenuto distinto dal primo in quanto attiene al tempo di esecuzione della prestazione e, dunque, all'obbligazione, e non, invece, al contratto come è per il termine di efficacia. Tale lacuna,

⁵⁶ G. BALZARINI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1966, p. 7.

⁵⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642.

⁵⁸ Cfr. in proposito V. CASSÌ, *la durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, 1961, p. 30 e s. il quale osserva «occorre notare che anche nel contratto a tempo indeterminato il termine finale non manca: non è indicato preventivamente ed espressamente ma lo è implicitamente, essendo data ad ognuna delle parti di avvalersi del recesso volontario o per giusta causa».

⁵⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 643.

⁶⁰ Si veda tra i tanti: F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, p. 108; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 663 e ss.; V.M. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, in *Nov. dig. It.*, Torino, 1973, p. 106 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, ristampa del 2002, p. 204 e ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 940. Sulla distinzione tra i due termini v. però criticamente E. RUSSO, *Il termine del negozio giuridico*, Palermo, 1969 p. 21 e ss., nonché A. MATTARELLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1970, p. 37 che, diversamente da Russo non concorda sulla necessità di distinguere tra il termine di efficacia del negozio ed il termine di adempimento della obbligazione, in quanto «sul terreno pratico... la differenza tra termine finale e momento finale della durata è... evanescente, giacché sia nell'una che nell'altra ipotesi la scadenza coincide con l'estinzione del diritto e la fine del rapporto».

come noto, ha spesso indotto la dottrina⁶¹ ad avvicinare il termine alla condizione, dal momento che quest'ultima trova una organica regolamentazione nel codice civile agli artt. 1353 e ss.

4.2. L'irrelevanza del termine finale di efficacia sulla causa del contratto di lavoro

Una volta definito il termine finale di efficacia e, dunque, l'elemento differenziale tra contratto di lavoro subordinato a termine e a tempo indeterminato, non rimane che chiedersi se la presenza di tale elemento contrattuale abbia delle ricadute sulla causa del contratto, ossia sul «significato dell'operazione economica espressa dal contratto tipico»⁶². Non si tratta di una questione di poco conto posto che, nonostante qualche voce contraria⁶³, la dottrina dominante⁶⁴ ritiene ancora corretto individuare il tipo facendo riferimento alla causa. Infatti, qualora quest'ultima risultasse disomogenea nei due contratti, ciascuno potrebbe essere considerato come un tipo autonomo, ossia come «astratto schema regolamentare che racchiude in sé la rappresentazione di una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale»⁶⁵; diversamente, invece, la determinatezza del contratto, così come di riflesso la sua indeterminatezza, dovranno essere considerati come elementi di disciplina ininfluenti per la determinazione del tipo. Nel primo caso, dunque, il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine sarà di pari-ordinazione, in quanto rapporto tra tipi, mentre nel secondo caso, sarà di sotto-ordinazione, in quanto rapporto tra tipo e sottotipo⁶⁶, posto che il termine finale di efficacia altro non è che «la progressiva specificazione [del tipo] mediante l'aggiunta ai requisiti e agli effetti tipici di requisiti ed effetti extratipici»⁶⁷. Infatti, se è vero, come detto (§ 1), che l'indeterminatezza non è un elemento che

⁶¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 204. Contra v. però A. DI MAJO, *Termine (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, p. 189 e ss.

⁶² E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in ID. (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 46.

⁶³ Cfr. G. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

⁶⁴ Tra i tanti cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 179 e ss.; A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1983, I, p. 81; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, cit., p. 45 e ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 430 e s.

⁶⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 809.

⁶⁶ Per un'analisi civilistica della questione tipo-sottotipo si rinvia a E. GABRIELLI, *Il contratto...* cit., p. 42 e ss. Per una lettura lavoristica, cfr. V. SPEZIALE, *L'articolazione della fattispecie*, in A. PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2007, tomo II, p. 115 e ss.

⁶⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 218.

caratterizza il tipo contrattuale lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., - norma che, tra l'altro, non dà una definizione di contratto di lavoro subordinato ma di prestatore di lavoro subordinato - si tratta tuttavia di un suo elemento di disciplina obbligatorio. A stabilirlo era, in origine, l'art. 2097 c.c., che seguiva di poco l'art. 2094 c.c., poi l'art. 1 della l. n. 260/1962 ed, infine, oggi, l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 là dove afferma che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

La questione non rileva ex se, posto che, come visto (§ 3.2.) il metodo della qualificazione del rapporto non appare utilizzabile nel caso di specie, ma per le sue ricadute sul ruolo della clausola del termine nel contratto di lavoro: infatti a quest'ultima dovrà essere riconosciuto un ruolo di essenzialità solo nel caso in cui incida sulla causa del contratto⁶⁸.

Per individuare «l'esatta delineazione degli elementi che... [risultano] essenziali nell'astratta configurazione dello schema tipico»⁶⁹, occorre infatti verificare se «le regole dettate dalle parti siano in grado di incidere sulla funzione [del contratto] modificandola»⁷⁰. Dunque, la domanda che ci si deve porre è se il termine finale di efficacia sia un elemento accidentale od essenziale del contratto di lavoro subordinato.

In accordo con la tesi maggioritaria⁷¹, si deve propendere per la prima soluzione, in quanto il termine appare un elemento che può, ma che non deve necessariamente, accompagnare il contratto di cui all'art. 2094 c.c. E se è vero che, come è stato sottolineato da qualcuno⁷², anche l'elemento accidentale, una volta pattuito, diventa essenziale nell'economia del singolo negozio, occorre tuttavia precisare che un conto sono gli elementi del contratto ritenuti essenziali dall'ordinamento o dalla prassi per l'identificazione astratta del tipo negoziale, altro sono gli elementi del contratto ritenuti essenziali dalle parti per la stipulazione, in concreto, di uno specifico contratto. Nel primo caso «elemento essenziale è quello senza il quale non esiste il negozio di quel tipo», nel secondo

⁶⁸ Cfr. A. CATAUDELLA *Sul contenuto de contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁶⁹ E. GABRIELLI, *Il contratto... cit.*, p. 47.

⁷⁰ E. GABRIELLI, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁷¹ Cfr., tra i tanti: L. BARASSI, *L'apposizione del termine nel contratto di impiego*, Città di Castello, 1920, p. 4; L. MONTUSCHI, *In merito alla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 914 e s.; V.M. TRIMARCHI, *Termine (diritto civile)*, cit., p. 114 e ss.; L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, I, p. 13; L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in genere. Artt. 2060-2134*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro V. Del lavoro*, Bologna- Roma, 1986, p. 292; E. RUSSO, *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1994, p. 10; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., p. 217.

⁷² V. CASSÌ, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, cit., p. 9.

caso, invece, «elemento essenziale è quello necessariamente voluto dalle parti perché lo schema legale sia operante»⁷³. Dunque, «giustamente s'insegna che vanno qualificate come essenziali le determinazioni degli stipulanti che consentono l'inquadramento del contratto in un certo schema tipico, mentre non lo sono quelle che, pure arricchendo il contenuto e consentendo di realizzare una più idonea disciplina degli interessi che le parti hanno inteso regolare col contratto, non assolvono siffatta funzione»⁷⁴.

Né appare condivisibile quell'orientamento⁷⁵ che ritiene il termine finale di efficacia elemento essenziale del contratto di lavoro facendo perno sulla sua natura di contratto di durata. Infatti, anche volendo aderire alla tesi, in realtà non unanimemente condivisa, secondo la quale «la durata è... elemento causale e non modalità accessoria del contratto»⁷⁶, non si può comunque trascurare la differenza tra "durata" intesa come «elemento individuatore della (entità quantitativa della) prestazione»⁷⁷ e "durata" intesa come proiezione del rapporto nel tempo. In quest'ultimo senso la durata «non è elemento causale ma modalità accessoria»⁷⁸ del contratto, in quanto si limita ad «indica[re] il tempo in cui il contratto cesserà di produrre i suoi effetti»⁷⁹, prescindendo dal fatto che vi «[sia] o meno a fondamento del rapporto un interesse duraturo»⁸⁰.

Né infine può essere accolta l'osservazione che fonda l'essenzialità del termine di efficacia sul fatto che in alcuni casi, come per la locazione, non sono le parti ma è la legge a prevederlo⁸¹. Il fatto che il termine finale di efficacia possa essere un elemento essenziale per un tipo di contratto non significa, infatti, che non possa non esserlo per un altro, a meno di non volere forgiare una nozione unitaria del termine di efficacia sconosciuto, come visto, allo stesso legislatore del 1942 (v. § 4.1).

⁷³ Le frasi fra virgolette sono tutte di E. Russo, *Termine (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Trecc.*, 1994, p. 9.

⁷⁴ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁷⁵ Cfr.: C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958, p. 10 e ss.; C. CALABRÒ, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine prestabilito*, in *Dir. lav.*, 1962, I, p. 168.

⁷⁶ G. OPPO, *I contratti d durata*, in ID., *Obbligazioni e negozio giuridico. Scritti giuridici*. III, Padova, 1992, p. 248.

⁷⁷ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 240.

⁷⁸ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 249.

⁷⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 642.

⁸⁰ G. OPPO, *op. ult. cit.*, p. 249. Cfr sul punto: A. OCCHINO, *Apposizione del termine e struttura del contratto di lavoro*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 23/2000, p. 21 e s.

⁸¹ V.: C. ASSANTI, *op. cit.*, p. 10; M. COSTANZA, *Condizione, termine e modo*, in A. CHECCHINI, M. COSTANZA, M. FRANZONI, A. GENTILI, F. ROSELLI, G. VETTORI (a cura di), *Il contratto in generale*, Torino, 2002, tomo V, p. 252.

Dunque, trattandosi di un elemento accidentale del contratto di lavoro subordinato, il termine finale di efficacia viene apposto al negozio «nel limite segnato dalla causa»⁸², che nel contratto di lavoro consiste, come noto, nello «scambio tra lavoro e salario, in condizion[e] ... di eterodeterminazione della prestazione»⁸³.

Del resto, l'unica tesi⁸⁴ che, a quanto consta, ha tentato di attribuire al contratto a termine una causa diversa da quella del contratto a tempo indeterminato, non è apparsa convincente. Questa teoria, infatti, individuando la causa del contratto a tempo indeterminato nel «sinallagma tra la collaborazione nell'impresa da parte del lavoratore e retribuzione e massima continuità e stabilità del rapporto di lavoro fino all'età pensionabile»⁸⁵ pare non tenere conto del fatto che nel nostro ordinamento vi sono ancora zone di licenziamento *ad nutum*.

Il fatto che la clausola del termine sia un elemento accidentale del contratto di lavoro non è privo di conseguenze, in quanto, come si vedrà nel prossimo paragrafo, consente di aderire senza riserve alla tesi dell'applicazione dell'art. 1419 c. 2 c.c.

5. Verifica delle tesi incentrate sulle categorie del codice civile

5.1 La priorità gerarchica del meccanismo della sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 1419 c. 2 c.c. e la mancanza di valide controindicazioni alla sua applicazione

A leggere le norme del codice in materia di nullità del contratto, non può sfuggire la gerarchia che il legislatore ha creato tra sostituzione automatica di clausole (art. 1419 c. 2 c.c.), nullità parziale (art. 1419 c. 1 c.c.), nullità totale (art. 1418 c.c.) e conversione (art. 1424 c.c.)⁸⁶. Quest'ultima infatti può trovare applicazione solo in conseguenza di una nullità totale, in quanto la nullità parziale ha come scopo proprio quello di «evitare... quell'evento che potrebbe provocare la conversione, cioè, la nullità del negozio»⁸⁷. A sua volta la nullità totale, per espressa

⁸² F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 193.

⁸³ M. D'ANTONA, *Il termine nel contratto di lavoro*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere. Scritti sul diritto del lavoro*, vol. III, tomo III, Milano, 2000, p. 1230.

⁸⁴ M. VICECONTE, *Il contratto di lavoro a termine. Legislazione, giurisprudenza e contrattazione collettiva*, Torino, 1994, p. 9 e ss.

⁸⁵ M. VICECONTE, *op. ult. cit.*, p. 11.

⁸⁶ È lo stesso codice civile a stabilirlo. In dottrina cfr.: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 475 e ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 367; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 869.

⁸⁷ L. BIGLIAZZI-GERI, *Conversione. I) Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 537 e s. D'accordo con l'A. si ritiene infatti non condivisibile la tesi di E. BETTI, *Conversione*

disposizione dello stesso art. 1418 c.c., opera solo se la legge non dispone diversamente. Così la nullità parziale, sempre per espressa disposizione dell'art. 1419 c.c., non opera quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

Stando così le cose, la prima tesi da verificare è quella che opta per l'applicazione del c. 2 dell'art. 1419 c.c. Infatti, qualora quest'ultima risultasse calzante, non avrebbe senso interrogarsi sulle altre.

Come noto il c. 2 dell'art. 1419 c.c. afferma che «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative». A ben vedere, anche senza volere utilizzare l'ambiguo c. 01 dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001, non vi sono controindicazioni affinché il meccanismo in parola operi nel caso di stipula di contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa. Non sembrano infatti insuperabili le argomentazioni a favore della tesi contraria.

In primis, infatti non appare un ostacolo all'applicazione dell'art. 1419 c. 2 c.c. il fatto che, in seguito alla novella del 2001, non vi sia più, almeno per qualcuno, un principio di indeterminatezza del contratto di lavoro che possa fungere da norma imperativa sostitutiva. Infatti sia la dottrina⁸⁸ che la giurisprudenza⁸⁹ hanno finito - a volte facendo leva

del negozio giuridico (diritto vigente), in *Nov. dig. It.*, 1959, p. 811 che, noncurante del testo normativo, ritiene di poter ricomprendere nella figura della conversione (parziale) il meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419 c. 2 c.c. Chiarisce bene la distinzione tra l'istituto della conversione di cui all'art. 1424 c.c. e la sostituzione automatica di clausole di cui agli artt. 1419, c. 2 e 1339 c.c. G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, Varese, 1984, p. 11. L'A. afferma che sono «due operazioni ontologicamente diverse: perché la nullità di una sola porzione del negozio implica che mediante la suddetta operazione resti in vita il negozio medesimo, del tipo "prescelto" dalle parti... sia pure in una dimensione più limitata. Mentre la nullità totale del negozio esige che, per il mantenimento in vita di esso mediante la conversione, abbia a configurarsi un atto "diverso" da quello voluto dai soggetti». V. anche P. GIANNITI, *Conversioni contrattuali proprie ed improprie*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 1105 e s., per il quale nei casi in cui opera «l'art. 1339 c.c.... non si può parlare di conversione del contratto per la fondamentale ragione che non ci si muove più in una logica contrattuale: invero la legge, in tali casi, determina gli effetti del contratto, non deducendoli dall'autonomia privata, e cioè in base ad una valutazione dell'intento delle parti, ma prescindendo da questo, e, anzi, contrastandolo». Cfr. anche L. MOSCO, *La conversione del negozio giuridico*, Napoli, 1947, p. 269 e ss.; B. MARUCCI, *Conversione sostanziale e procedimento di qualificazione del contratto*, Napoli, 2006, p. 45 e ss.

⁸⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 164 e s. il quale afferma: dalla «chiara ed ampia dizione dello stesso art. 1339... è agevole... desumere che l'effetto sostitutivo si produce indipendentemente dal fatto che la forza sostitutiva sia specificamente riconosciuta anche alla singola norma, essendo sufficiente l'idoneità strutturale della stessa ad inserirsi nel contratto in luogo della difforme previsione di autonomia e la mancanza di una previsione tendente ad escludere la sostituzione», per

sull'art. 1339⁹⁰ - per ammettere l'applicazione del c. 2 dell'art. 1419 c.c. anche in mancanza dall'esistenza di una espressa disposizione sostitutiva, allorquando ricorrano tre requisiti: la norma violata sia imperativa, riguardi una clausola del contratto posta a tutela non solo dei contraenti, ma anche di interessi superindividuali (di carattere pubblico o privato) sanciti da norme inderogabili ed, in ultimo, sia chiaro quale sia l'elemento destinato a sostituire la clausola nulla. In tal caso, infatti, si afferma che «i meccanismi invalidanti e sostitutivi che regolano l'impatto tra la disciplina eteronoma inderogabile e le manifestazioni... di autonomia privata vengono... innesscati dalla... "contrarietà"... di queste ultime al precetto normativo»⁹¹.

Non vi è dubbio che questa sia la situazione del caso di specie. Il patto con cui si assume con contratto a termine senza causale giustificativa viola infatti l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 che, come si è già detto, è non solo una norma inderogabile, ma anche un limite fissato dal

concludere che: «l'efficacia sostitutiva, in definitiva, è propria di tutte le norme cogenti la cui struttura logica e il cui contenuto appaia con essa compatibile».

⁸⁹ La Cassazione, infatti, dopo un periodo di interpretazione restrittiva (v.: Cass. S.u., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081 e ss.; Cass., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 3265, con nota di PANELLA), sembra avere negli ultimi anni cambiato direzione: v. Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1206 che, facendo appunto leva sulla «ratio ispiratrice [nonché sul]... principio di inderogabilità di tutte le norme sull'affitto» ha ritenuto di dover «interpretare l'espressione codicistica "sono sostituite di diritto" non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma nel senso della automaticità della stessa, trattandosi di... aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina». Né pare un ritorno alla tesi restrittiva previgente la successiva pronuncia Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *Arch. civ.*, 2000, p. 977 e ss. Anzi, tale sentenza pare specificare la portata di Cass. n. 7822/1997 in un senso che conferma la tesi qui sostenuta. Cass., n. 8794/2000, infatti afferma che: «l'automaticità dell'inserzione della normativa legale in luogo di quella contrattuale difforme [di cui parla Cass. n. 7822/1997] (come viene spiegato nel successivo corso del testo della suddetta sentenza) richiede e presuppone che sia sempre indicato, con criteri predeterminati, l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla».

⁹⁰ Quanto al rapporto di vassallaggio o di vera e propria integrazione tra artt. 1339 e 1419 c. 2 c.c. (per una parte della dottrina, infatti, l'art. 1419, c. 2 altro non è che una ripetizione dell'art. 1339 c.c., per altri, invece, la lettura combinata delle due norme permette una estensione potenzialmente illimitata del meccanismo sostitutivo) poiché è questione ininfluyente sulla problematica in esame non verrà affrontata nel presente scritto. Sul punto si rinvia pertanto a: P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 139 e ss.; E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 717 e ss.; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 172 e ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 107 e ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, p. 108 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 158 e ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 31 e ss.

⁹¹ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 185.

legislatore alla libertà contrattuale delle parti per motivi di interesse generale (v. § 3.3). La *ratio* del vincolo circa la causale giustificativa del contratto a termine è stata, infatti, almeno a partire dalle norme previste contro il licenziamento ingiustificato dei lavoratori a tempo indeterminato, quella di evitare un abuso del contratto a termine a sfavore del contratto a tempo indeterminato, ritenuto non solo maggiormente «conforme all'interesse individuale delle parti», ma anche alle «esigenze sociali e quindi agli interessi generali»⁹² visti i «maggiori vantaggi con esso conseguibili dal lavoratore o da entrambe le parti in conseguenza della continuità del rapporto e del progressivo dilatarsi dell'anzianità del prestatore d'opera»⁹³. Né vi è incertezza, nel caso di specie, circa l'elemento destinato a sostituirsi alla clausola nulla, ossia l'indeterminatezza del contratto.

In secondo luogo non appare convincente la critica di chi ritiene impossibile applicare al caso di specie il c. 2 dell'art. 1419 c.c., sulla base della argomentazione che «il meccanismo... della sostituzione automatica di clausole... riguarda... clausole di disciplina e non elementi della fattispecie, sicché non tocca il problema della nullità del sottotipo»⁹⁴. Essa infatti, considera il termine finale di efficacia una clausola essenziale del sottotipo, dimenticando che sono da qualificare «come essenziali le determinazioni degli stipulanti che consentono l'inquadramento del contratto in un certo schema tipico, mentre non lo sono quelle che, pur arricchendo il contenuto e consentendo di realizzare una più idonea disciplina degli interessi che le parti hanno inteso regolare col contratto, non assolvono siffatta funzione»⁹⁵, *id est* gli elementi costitutivi del sottotipo, quale è nel caso di specie (v. § 4.2), il termine finale di efficacia. Dunque senz'altro il contratto a termine privo di causale giustificativa può essere soggetto al meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 c. 2 c.c.

Oltre a questo non si può non tenere conto della profonda differenza che intercorre tra i due commi dell'art. 1419 c.c. Infatti mentre «il primo... pone le regole del giudizio di nullità parziale, il secondo definisce... le conseguenze dell'integrazione legale, collocandosi al di fuori (meglio, impedendo il ricorrere) del fenomeno della nullità»⁹⁶. Perciò, a ben vedere, «nullità e sostituzione di clausole contrattuali sono definizioni che... hanno riguardo a fattispecie diverse. Dalla nullità consegue la non

⁹² L. MENGhini, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta*, Milano, 1980, spec. p. 6 nota 9 dove riprende le opinioni di Calabrò.

⁹³ L. MENGhini, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁹⁴ A. VALLEBONA., *La nullità dei contratti di lavoro "atipici"*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, p. 538.

⁹⁵ A. CATAUDELLA *Sul contenuto de contratto*, Milano, 1966, p. 193.

⁹⁶ E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede, cit.*, p. 726 e s.

produzione di tutti o di taluni effetti del contratto; dalla sostituzione consegue la produzione di effetti diversi da quelli che dal precetto autonormativo dovevano conseguire»⁹⁷. Ne deriva che «il problema dell'estensione o meno della invalidità parziale non si pone neppure per quelle clausole che sono sostituite di diritto da norme imperative.... infatti, in tali casi è la stessa nullità parziale che finisce con lo sparire, essendo eliminate le parti del negozio, cui inerisce, e sostituite da altre valide, corrispondenti ad altrettante statuizioni»⁹⁸.

Lo stesso Guardasigilli nella relazione al progetto ministeriale relativo al libro V del codice civile, commentando l'istituto della sostituzione automatica di clausole affermava: «la volontà stessa della norma esclude che si possa considerare essenziale la clausola nulla, tenuto conto che le parti non potevano ignorare la norma proibitiva e che, se si proclamasse in tali casi la nullità del contratto nel suo complesso, si renderebbe impossibile la stessa inserzione automatica nel rapporto delle disposizioni imperative»⁹⁹.

La *ratio* della norma è pertanto quella di sostituire la componente del negozio invalido «a prescindere dal carattere di quella [stessa] componente»¹⁰⁰.

5.2. Il conseguente abbandono delle altre tesi

L'accoglimento senza riserve della tesi che propende per l'applicazione del congegno della sostituzione automatica di clausole di cui all'art. 1419, c. 2 c.c. al caso del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa rende conseguentemente superflua l'analisi degli altri orientamenti.

Alla luce di quanto detto, non rimane da segnalare che, non avendo le recenti novelle del legislatore intaccato l'operatività del meccanismo della sostituzione automatica di clausole, qualora l'attuale organo politico intendesse muoversi in una diversa logica, dovrà necessariamente ricordarsi di intervenire attraverso disposizioni esplicite. Infatti, anche se, come noto, «il diritto del lavoro si è staccato dal diritto civile... [ed] ha uno spirito proprio che gli conferisce una autonoma ragione d'essere», occorre tenere presente che «non è autosufficiente...

⁹⁷ M. CASELLA, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁸ L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, cit.*, p. 369. In senso conforme cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, cit.*, p. 36 e ss. spec. nota n. 62. *Contra* E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali, cit.*, p. 35 e ss., il quale ritiene che l'art. 1419 c.c. possa operare solo in caso di invalidità di clausole secondarie.

⁹⁹ *Relazione del Guardasigilli al progetto ministeriale. Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1940, p. 107.

¹⁰⁰ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, cit.*, p. 41, nota n. 62.

[in quanto] infrastrutture e snodi gli sono pur sempre forniti dal diritto civile»¹⁰¹.

Allo stesso modo, nella fase ermeneutica l'interprete dovrà rammentare che, nonostante le tendenziali spinte centrifughe del diritto del lavoro dal nucleo del diritto civile e le urgenze di politica del diritto ad esso sottese, «il giuslavorista al pari di ogni giurista non... [può] prescindere nella sua opera di interprete dall'uso delle categorie giuridiche... pena la sua trasforma[zione] in sociologo»¹⁰².

¹⁰¹ Le frasi fra virgolette sono di L. MENGONI, in ID., A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 10.

¹⁰² G. SANTORO PASSARELLI, *Intervento*, in ID. (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992, p. 143. Sul rapporto tra diritto civile e diritto del lavoro si v. anche: L. MENGONI, A. PROTO PISANI, A. ORSI BATTAGLINI, *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 5 e ss.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, p. 35 e ss.; F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007. Per un'analisi dei meccanismi sanzionatori originali del diritto del lavoro si rinvia a: E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in AA.VV., *Atti del VI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro. Alba, 1-3 giugno 1978*, Milano, 1979, p. 10 e ss.; A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Napoli, 2003; L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 1188 e ss.

