DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Cláudio Jannotti da Rocha: Professor Adjunto da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), em Brasília-DF, e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Coordenador e pesquisador do Grupo de Pesquisa: Processo, Trabalho e Previdência: diálogos e críticas, da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Pesquisador do Grupo de Pesquisa: Constitucionalismo, Direito do Trabalho e Processo, do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Grupo de Pesquisa: Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB), ambos com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais (ICJS). Pesquisador. Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado.

Giuseppe Ludovico: Professore Associato di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano. Il 2 dicembre 1997 ha conseguito la Laurea in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano con votazione finale di 110/110, discutendo con il Prof. F. Peschiera la tesi in Diritto Sindacale dal titolo "La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali", pp.1-313.

Nel dicembre 1998 ha superato l'esame di accesso alla Scuola di Specializzazione in Discipline del Lavoro dell'Università degli Studi di Parma classificandosi al 1º posto. Ha superato gli esami del Iº e IIº anno con media rispettivamente di 30/30 e lode e di 30/30. Il 6 novembre 2000 ha conseguito il Diploma di Specializzazione in Discipline del Lavoro con votazione finale di 50/50 e lode, discutendo la tesi dal titolo "Il decentramento produttivo tra esigenze di flessibilità e di tutela", pp.1-158.

Il 1º giugno 2001 ha superato il concorso di accesso al Dottorato di Ricerca in Diritto del Lavoro, Ciclo XVIº, con sede amministrativa presso l'Università degli Studi di Bologna, con diritto alla relativa borsa di studio. Nel corso del triennio ha elaborato la tesi dal titolo "Assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro e responsabilità civile del datore", p. I-IX, p. 1-121, con relatori Proff. G. Dondi e M. Grandi. Il 1º aprile 2005 ha discusso la tesi davanti alla commissione giudicatrice composta dai Proff. F.Carinci, P.Alleva e P. Campanella e ha conseguito il titolo di Dottore di ricerca. Il 4 e 5 febbraio 2004 ha partecipato ad un concorso per un posto di Ricercatore universitario in Diritto del Lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano (bandito con d.r. n.1833/valcomp del 24.6.2003), risultandone vincitore. Il 3 gennaio 2005 è stato nominato ricercatore universitario (D.R. n. 2373 del 3.1.2005) e il 25 gennaio 2008 ha ottenuto la conferma in ruolo (D.R. n. 3594 del 25.8.2008). Alla tornata 2013, indetta con D.D. n. 161 del 2013, ha conseguito l'Abilitazione Scientifica Nazionale alla funzione di Professore Universitario di seconda fascia in Diritto del Lavoro.

Lorena Vasconcelos Porto: Procuradora do Trabalho. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Bacharel em Direito pela UFMG. Professora Titular do Centro Universitário UDF. Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Processo, Trabalho e Previdência: diálogos e críticas", da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS). Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais (ICJS).Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior.

Marcelo Borsio: Professor Titular do UDF. Pós-Doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutor em Direito Previdenciário pela Universidade de Milão. Doutor em Direito Previdenciário PUC-SP. Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Limites Constitucionais da Investigação pela Univ. Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP. Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado da Pós Graduação da PUC-SP (COGEAE). Professor de Direito Previdenciário da Pós Graduação em Direito Previdenciário e Preparatório para Magistratura do Trabalho e Procurador do Trabalho na ATAME -DF. Professor convidado na Pós-Graduação de Direito Previdenciário na Faculdade Bahiana - Salvador. Professor de Direito Tributário e Previdenciário do Gran Cursos Online em Brasília. Coordenador Científico-Jurídico do Gran Cursos Online. Professor Visitante nos cursos de Seguridade Social no Mestrado e no Doutorado na Universidad Complutense de Madrid (Prof. José Luís Tortuero Plaza). Título de Professor Visitante na Universidade de Milão (Prof. Giuseppe Ludovico). Editor Assistente da Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas da Faculdade de Direito do UDF. Avaliador da Revista Jurídica da Presidência da República. Autor de obras na RT, RTM, LTr, Juspodivm, Saraiva, Juruá e Impetus.

Rúbia Zanotelli de Alvarenga: Professora Titular do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, Brasília. Professora de Direitos Humanos, Direito Internacional do Trabalho e de Direito do Trabalho em Cursos de Pós Graduação. Doutora em Direito pela PUC Minas e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas.

Cláudio Jannotti da Rocha
Giuseppe Ludovico
Lorena Vasconcelos Porto
Marcelo Borsio
Rúbia Zanotelli de Alvarenga
Coordenadores

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

LTR®

EDITORA LTDA.
© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP – Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Agosto, 2018

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: META

Versão impressa: LTr 6043.2 — ISBN: 978-85-361-9688-6
Versão digital: LTr 9422.9 — ISBN: 978-85-361-9768-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito internacional do trabalho : aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador / Cláudio Jannotti da Rocha, coordenador. – São Paulo : LTr, 2018.

Vários colaboradores.
Bibliografia.

1. Direito internacional do trabalho 2. Direitos humanos 3. Organização Internacional do Trabalho 4. Proteção do trabalho I. Rocha, Cláudio Jannotti da.

18-15983 CDU-341.1:331

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito internacional do trabalho 341:331
2. Organização Internacional do Trabalho 341.1:331
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Colaboradores

Alessandra Ingrao: Research fellow. (POST DOC). University of Milan. alessandra.ingrao@unimi.it.

Alicia Villalba Sánchez: Profª de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela. alicia.villalba@usc.es.

Ana Cláudia Nascimento Gomes: Doutora em Direito Público (2015) e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas (2001), ambos títulos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procuradora do Trabalho em Belo Horizonte (PRT 3ª Região/MPT-MPU). Professora Concursada da PUCMINAS-Belo Horizonte.

Antoine Jacobs: Emeritus Professor in Labour Law, Social Security Law and Social Policy at the University of Tilburg, The Netherlands.

Bruno Gomes Borges da Fonseca: Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Constitucional pela UFES. Procurador do Trabalho na 17ª Região. Ex-procurador do Estado do Espírito Santo. Ex--advogado trabalhista. Aprovado para o concurso de juiz do trabalho na 5ª Região. Coordenou, na FDV, os seguintes grupos de estudo: O método em Karl Marx, Direito e marxismo e Direito e trabalho. Autor dos livros *Compromisso de ajustamento de conduta* e, em coautoria, *Ministério Público brasileiro*: entre unidade e independência, entre outros estudos jurídicos.

Cesar Henrique Kluge: Pós-graduado em Direitos Humanos e Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Membro do Ministério Público do Trabalho em Uberlândia/MG.

Eduardo Enrique Taléns Visconti: Profesor Ayudante Doctor Universidad de Valencia.

Florença Dumont Oliveira: Mestra em Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho.

Gabriela Neves Delgado: é Advogada e Professora Associada de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UnB. Atual Vice-Diretora da Faculdade de Direito da UnB. É líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania" (UnB - CNPq). Foi Professora da Faculdade de Direito da UFMG (graduação e pós-graduação) e, também, das Faculdades de Direito PUC-Minas e Milton Campos. É Doutora em Filosofia do Direito pela UFMG e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-Minas. Atualmente cursa o Pós-Doutorado em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP-SP.

Gionata Golo Cavallini: Graduated in Law at the University of Milan, Italy; Ph.D. Candidate in Labour Law at University of Milan.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia: Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Sevilla. Especialista em Direito pela Universidad de Sevilla. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27. Advogado. Foi Juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões, ex-Procurador do Trabalho do Ministério Público da União e ex--Auditor-Fiscal do Trabalho.

Ilario Alvino: Professore di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Roma Tre; Membro della Commissione di Certificazione dei Contratti di lavoro dell'Università Roma Tre; Dottore di Ricerca in Diritto dell'Impresa presso l'Università Bocconi di Milano; Membro del Collegio dei Docenti del Dottorato di Ricerca in "Autonomia privata, Impresa, Lavoro e Tutela dei diritti nella Prospettiva europea ed internazionale" dell'Università La Sapienza di Roma; Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma Tre; Membro dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale; Premio "Massimo D'Antona" per la migliore opera prima conferito dall'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale; Avvocato.

Irving Aldo Rojas Valentino: Profesor contratado de la Universidad de Milán. Doctorando del PhD en Ciencias Jurídicas en la Sapienza – Universidad de Roma, Magister en Derecho del Trabajo y Relaciones Industriales por la Universidad de Milán, con posgrado en Perfeccionamiento y Alta Especialización en Derecho Laboral por la Universidad de Milán. Con estudios de pregrado realizados en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Abogado. E-mail: irving.rojas@unimi.it.

José Claudio Monteiro de Brito Filho: Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor do PPGD-UFPA. Professor do PPGD e do Curso de Graduação em Direito do CESUPA. Titular da Cadeira n. 26 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Juliano Sarmento Barra: Docteur en droit (Summa Cum Laude) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Enseignant Ater à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1).

Lourdes Mella Méndez: Universidad de Santiago de Compostela (España).

Luca Ratti: Associate Professor of European and Comparative Labour Law; Director of the Master in European Law at the University of Luxembourg; Doctorate from the University of Bologna (2007); Senior Researcher and Adjunct Professor in Labour Law and Social Security at the University of Bologna (since 2012), Principal Investigator in research projects funded by the Luxemburgish Fond National de la Recherche (FNR) and by the European Commission, focusing on Life Time Contracts, the European Social Model, and the implication for labour rights of the most recent EU regulations concerning the transport sector.

Lucio Imberti: Professore Associato di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Milano; Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Diplomato al Master Europeo in Scienze del Lavoro presso l'Università degli Studi di Milano; Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale; Abilitato all'esercizio della professione forense.

Marcelo Rodrigues: Advogado. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho e Mestrando em Direitos Fundamentais pelo UNIBRASIL.

Marco Antônio César Villatore: Advogado. Mestre em Direito pela PUC/SP, Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma I, "La Sapienza", Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata". Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado da PUCPR. Professor Adjunto III da UFSC, e do curso de graduação em Direito da UNINTER. É coordenador do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico – PUCPR. Membro do Centro de Letras do Paraná.

Mª Carmen Salcedo Beltrán: Profesora Titular de Universidad Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Valencia.

Maria Teresa Carinci: Full Professor in Labour Law and Industrial Relations, School of Law, University of Milan, Italy; Coordinator of the Doctoral School in Comparative, Private and Civil procedural Law, University of Milan, Italy; Coordinator of the Labour Law Section, Department of Private Law and Legal History, University of Milan, Italy; Member of the Italian Association of Labour and Social Security Law; Ph.D. in Labour Law and Industrial Relations, School of Law – Alma Mater Studiorum University of Bologna, Italy; J.D. (cum laude), School of Law – Alma Mater Studiorum University of Bologna, Italy.

Matteo Avogaro: Graduated in Law at the University of Trento, Italy; Master in Labour Law at the University of Venice; Ph.D. Candidate in Labour Law at University of Milan.

Mauricio Godinho Delgado: é Ministro do TST e Professor Titular do UDF, em Brasília, inclusive, de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Foi Professor da UFMG, da PUC-Minas e do IESB. É Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG e Mestre em Ciência Política pela UFMG.

Michele Squeglia: Professore di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano; Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bergamo; Master in Assicurazioni, Assistenza e Previdenza nell'Università di Castellanza; Specialista in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Ney Maranhão: Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-graduação). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de Doutorado-Sanduíche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Ex-bolsista CAPES. Professor convidado do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Universidade da Amazônia (UNAMA) (em nível de pós-graduação). Professor convidado das Escolas Judiciais dos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª (SP), 4ª (RS), 7ª (CE), 8ª (PA/AP), 10ª (DF/TO), 11ª (AM/RR), 12ª (SC), 14ª (RO/AC), 15ª (Campinas/SP), 18ª (GO), 19ª (AL), 23ª (MT) e 24ª (MS) Regiões. Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho (IGT) e do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Membro fundador do Conselho de Jovens Juristas/Instituto Silvio Meira, sendo Titular da Cadeira de n. 11. Membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Trabalho – RDT (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais). Membro do Comitê Gestor Nacional do Programa Trabalho Seguro (TST/CSJT – Ato GP n. 08, de 10/03/2016). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Macapá (AP) (TRT da 8ª Região/PA-AP).

Paulo Roberto Lemgruber Ebert: Advogado e professor universitário. Doutor em direito do trabalho e da seguridade social pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em direito constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em direito e processo do trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Platon Teixeira de Azevedo Neto: Juiz Titular da Vara do Trabalho de São Luís de Montes Belos/GO (TRT da 18ª Região). Professor Adjunto de Direito Processual do Trabalho da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Titular da Cadeira n. 3 da Academia Goiana de Direito.

Rafael de Araújo Gomes: Procurador do Trabalho e Coordenador do Grupo de Trabalho Instrumentos Econômicos e de Governança do Ministério Público do Trabalho.

Raimundo Simão de Melo: Consultor Jurídico e Advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor Titular do Centro Universitário UDF/Mestrado em Direito e Relações Sociais e Trabalhistas e na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP, na Pós-Graduação em Direito e Relações do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Autor de livros jurídicos, entre outros, *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador* e *Ações acidentárias na Justiça do Trabalho*.

Raquel Betty de Castro Pimenta: Doutora em Direito pela Università di Roma "Tor Vergata" e pela Universidade Federal de Minas Gerais em cotutela internacional, Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e professora dos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG e da Faculdade Arnaldo.

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira: Subprocurador Geral do Ministério Público do Trabalho. Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal, UDF-Brasília, no Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas e colíder do Grupo de Pesquisa. Mestre pela Universidade de Brasília. Pesquisador colaborador do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito da UNB "Trabalho, Constituição e Cidadania". Pesquisador visitante do Instituto de Relações Laborais da Universidade de Cornell (NY). *Mastering of Law* pela Universidade de Syracuse (NY). Coordenador da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical do MPT (CONALIS) no período de 2009 a 2012.

Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho: Doutor em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva e com *Master II Livello* em Direito do Trabalho, Sindical e da Seguridade Social pela Università degli Studi di Roma "Tor Vergata". Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Presidente do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho (IIBDT). Vice-Presidente da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Professor da Faculdade Damas. Advogado.

Silvio Beltramelli Neto: Professor pesquisador da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas. Membro do Ministério Público do Trabalho em Campinas/SP.

Thaís Dumêt Faria: Advogada, mestre e doutora em Direito pela Universidade de Brasília. Oficial Técnica em Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT.

Valerio De Stefano: BOF-ZAP Research Professor at the Faculty of Law of the University of Leuven; Master degree in Law, at Bocconi University in Milan; Ph.D. at Bocconi University in Milan; Postdoctoral researcher at Bocconi University in Milan; Post-doctoral member at Clare Hall College at the University of Cambridge (2013); Visiting academic at the University College of London (2012); Technical Officer on Non-Standard Forms of Employment of the International Labour Office (ILO) (2014-2017).

Sumário

PREFÁCIO 13

PREFAZIONE 15

APRESENTAÇÃO 17

INTRODUÇÃO 19

PARTE I
DOUTRINA INTERNACIONAL

CAPÍTULO 1 – L'ULTIMA RIFORMA DEL CONTRATTO A TERMINE IN ITALIA TRA MAGGIORE FLESSIBILITÀ E MINORE CONFORMITÀ AL DIRITTO EUROPEO 23
Giuseppe Ludovico

CAPÍTULO 2 – TRADE LIBERALISATION AND LABOUR LAW: THE EU PERSPECTIVE 38
Antoine Jacobs

CAPÍTULO 3 – "IN THE SPIRIT OF FLEXIBILITY". AN OVERVIEW OF RENZI'S REFORMS (THE SO-CALLED JOBS ACT) TO 'IMPROVE' THE ITALIAN LABOUR MARKET 45
Maria Teresa Carinci

CAPÍTULO 4 – LA NUOVA DIRETTIVA EUROPEA SULL'ACQUISIZIONE E SALVAGUARDIA DEI DIRITTI PENSIONISTICI COMPLEMENTARI ALLA PROVA CON IL DIRITTO NAZIONALE ITALIANO 51
Michele Squeglia

CAPÍTULO 5 – THE GIG ECONOMY AND LABOUR REGULATION: AN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE APPROACH 61
Valerio De Stefano

CAPÍTULO 6 – THE (UNBEARABLE?) LIGHTNESS OF SELF-EMPLOYED WORK INTERMEDIATION 66
Gionata Golo Cavallini

CAPÍTULO 7 – RIGHT TO DISCONNECT: FRENCH AND ITALIAN PROPOSALS FOR A GLOBAL ISSUE 80
Matteo Avogaro

CAPÍTULO 8 – RESEAUX D'ENTREPRISES ET *CO-EMPLOI*: LA DISCIPLINE ITALIENNE A L'EPREUVE DU DROIT COMPARE 89
Luca Ratti

CAPÍTULO 9 – LA MULTIPERIODALIDAD DE LA JORNADA DE TRABAJO: UN ENFOQUE ITALIANO Y SU APLICABILIDAD A LA PROBLEMÁTICA DEL TRABAJO EN HORAS EXTRAS EN EL PERÚ 93
Irving Aldo Rojas Valentino

CAPÍTULO 10 – REFLEXOS PSICOSSOCIAIS DAS TRANSFORMAÇÕES DO TRABALHO 108
Giuseppe Ludovico

CAPÍTULO 11 – EL USO DE LAS REDES SOCIALES POR EL TRABAJADOR COMO INCUMPLIMIENTO LABORAL Y SU RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y CONTRACTUAL 123
Lourdes Mella Méndez

CAPÍTULO 12 – L'ACCORD INTERNATIONAL EN MATIERE DE SECURITE SOCIALE ENTRE LA FRANCE ET LE BRESIL 139
Juliano Sarmento Barra

CAPÍTULO 13 – HACIA UN IUS COMMUNE EUROPEO DEL CONTRATO DE TRABAJO ANÁLISIS JURÍDICO DE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A UNAS CONDICIONES LABORALES TRANSPARENTES Y PREVISIBLES EN LA UNIÓN EUROPEA 146
Alicia Villalba Sánchez

CAPÍTULO 14 – LA CARTA SOCIAL EUROPEA: PILAR FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EUROPA 157
Mª Carmen Salcedo Beltrán

CAPÍTULO 15 – THE ALGORITHMIC ANALYSIS OF REVIEWS USED BY "GIG ECONOMY PLATFORMS": A NEW FORM OF TRACKING WORKERS 176
Alessandra Ingrao

CAPÍTULO 16 – PORTATA E MERITO DELLA TENDENZA AL DECENTRAMENTO DELLA REGOLAZIONE COLLETTIVA DEI RAPPORTI DI LAVORO IN ITALIA 183
Ilario Alvino

CAPÍTULO 17 – I RIFLESSI DELLA CRISI ECONOMICA E DELLA GLOBALIZZAZIONE. SULLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA IN ITALIA 199
Lucio Imberti

CAPÍTULO 18 – A VUELTAS CON LA VÍDEO-VIGILANCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO. A PROPÓSITO DE LA STEDH DE 9 DE ENERO DE 2018, ASUNTO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS CONTRA ESPAÑA 210
Eduardo Enrique Taléns Visconti

PARTE II
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO 19 – AS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A LEI DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL 223
Mauricio Godinho Delgado e *Gabriela Neves Delgado*

CAPÍTULO 20 – PANORAMA NORMATIVO-JURISPRUDENCIAL DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 235
Silvio Beltramelli Neto e *Cesar Henrique Kluge*

PARTE III
DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

CAPÍTULO 21 – CRIAÇÃO, FUNDAMENTOS E ATIVIDADE NORMATIVA DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT 251
Rúbia Zanotelli de Alvarenga

CAPÍTULO 22 – DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO: DA SUA FUNDAMENTAÇÃO À SUA APLICAÇÃO.. 265
Rúbia Zanotelli de Alvarenga

CAPÍTULO 23 – ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DA OIT 271
Raquel Betty de Castro Pimenta

CAPÍTULO 24 – OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO 280
Thaís Dumêt Faria

CAPÍTULO 25 – TRABALHO ESCRAVO E O SISTEMA FINANCEIRO 284
Rafael de Araújo Gomes

CAPÍTULO 26 – MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: RELEVÂNCIA SOCIOJURÍDICA DE SEU RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL 289
Ney Maranhão

PARTE IV
APLICABILIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

CAPÍTULO 27 – A CONSTITUIÇÃO DA OIT (1919) E A DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA (1944) 299
Paulo Roberto Lemgruber Ebert

CAPÍTULO 28 – OS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948) 310
Raquel Betty de Castro Pimenta

CAPÍTULO 29 – ORGANICIDADE E FUNDAMENTALIDADE DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 324
Vitor Salino de Moura Eça

CAPÍTULO 30 – OS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES NOS PACTOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E SOBRE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966) 330
José Claudio Monteiro de Brito Filho

CAPÍTULO 31 – A EFICÁCIA DA DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO DE 1998 336
Ricardo José Macêdo De Britto Pereira

CAPÍTULO 32 – A SUPEREXPLORAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO E A DECLARAÇÃO TRIPARTITE DE PRINCÍPIOS SOBRE EMPRESAS MULTINACIONAIS E POLÍTICA SOCIAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO 346
Bruno Gomes Borges da Fonseca

CAPÍTULO 33 – DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE JUSTIÇA SOCIAL PARA UMA GLOBALIZAÇÃO EQUITATIVA (2008) 352
Tadeu Henrique Lopes da Cunha

PARTE V
AS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS DA OIT

CAPÍTULO 34 – A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E O RECONHECIMENTO EFETIVO DO DIREITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA: CONVENÇÕES NS. 87 E 98 DA OIT 393
Gustavo Filipe Barbosa Garcia

CAPÍTULO 35 – A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E O RECONHECIMENTO EFETIVO DO DIREITO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA: HÁ CAMINHO HERMENÊUTICO PARA SUPERAÇÃO DO *STATUS QUO?*..... 400
Ana Cláudia Nascimento Gomes

CAPÍTULO 36 – A ATUALIZAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 29 DA OIT NO CONTEXTO DO TRABALHO DECENTE E DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 416
Cláudio Jannotti da Rocha, Cristiane Rosa Pitombo e *Carlos Ioney Carneiro Melo*

CAPÍTULO 37 – A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE TRABALHO FORÇADO: CONVENÇÕES N. 29 E 105 DA OIT 424
Platon Teixeira de Azevedo Neto

CAPÍTULO 38 – ABOLIÇÃO EFETIVA DO TRABALHO INFANTIL..... 431
Florença Dumont Oliveira

CAPÍTULO 39 – A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPREGO E OCUPAÇÃO: CONVENÇÕES NS. 100 E 111 DA OIT..... 439
Rúbia Zanotelli de Alvarenga

PARTE VI
CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO

CAPÍTULO 40 – A VIGÊNCIA, REVISÃO E INTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS DO TRABALHO NO DIREITO INTERNO 449
Rômulo Nei Barbosa de Freitas Filho

CAPÍTULO 41 – HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO DIREITO INTERNO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO..... 453
Silvio Beltramelli Neto

CAPÍTULO 42 – APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS CONVENÇÕES NS. 148 E 155 DA OIT NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA..... 466
Raimundo Simão de Melo

CAPÍTULO 43 – A CONVENÇÃO N. 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E O DIREITO BRASILEIRO..... 478
Lorena Vasconcelos Porto

CAPÍTULO 44 – CONTROLE, SUPERVISÃO E APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO..... 491
Marco Antônio César Villatore e *Marcelo Rodrigues*

CAPÍTULO 45 – AS DISPENSAS ANALISADAS NO BRASIL E NO DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO..... 501
Cláudio Jannotti da Rocha

CAPÍTULO 46 – A URGENTE NECESSIDADE DE IMEDIATA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO N. 158 DA OIT À REALIDADE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL 515
Valdete Souto Severo

CAPÍTULO 47 – O NOVO DIREITO INTERNACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL: A SOLIDARIEDADE ENTRE NAÇÕES SIGNIFICA PAZ E DESENVOLVIMENTO 533
Marcelo Borsio e *Hélio Gustavo Alves*

Prefácio

Em seu "discurso aos bispos do Brasil" de 27 de julho de 2013, Jorge Mario Bergoglio, recordando as indicações do documento final da conferência geral do episcopado latino-americano de 2007 (o chamado "documento de aparecida", espec. n. 86 e 120-122), enfatizou fortemente "a vocação e a missão do homem na família, na igreja e na sociedade, como pais, trabalhadores e cidadãos".

O presente trabalho está idealmente posicionado, e numa perspectiva secular, na esteira deste ensino precioso.

Esse, coordenado por Cláudio Jannotti da Rocha, Giuseppe Ludovico, Lorena Vasconcelos Porto, Marcelo Borsio e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, nasce da colaboração acadêmica entre a seção de direito do trabalho da faculdade de direito da Universidade de Milão e o centro Universitário do Distrito Federal (UDF) de Brasília, oferece aos leitores as reflexões que os autores elaboraram sobre os temas da legislação trabalhista nacional, comunitária e internacional, no contexto de uma "globalização" cada vez mais incessante que causou e está causando mudanças radicais em todas as áreas da vida humana (social, econômica, política, legal).

Tratando-se de um fenômeno "polivalente", para o qual não existe uma definição universalmente aceita (ou mesmo exaustiva), a "globalização" também tem consequências no terreno das relações sociais, instituições políticas, trabalho e segurança social. Embora ainda não seja totalmente determinável em seus efeitos jurídicos, sem dúvida questionou os fundamentos da ordem de trabalho internacional, pois poderia representar o início de uma verdadeira revolução da base social da comunidade internacional, cujo resultado não é no momento previsível.

Além de gerar uma restrição dos poderes tradicionais do estado em favor de organismos de natureza e gênese diferentes (empresas multinacionais, instituições supranacionais, organizações não-governamentais etc.), a "globalização" afetou e também está afetando a produção de regras do direito do trabalho e da segurança social das legislações nacionais, uma vez que requer a regulamentação de novos fenômenos inexplorados no momento atual, que colocam a "dignidade do trabalho" no centro do debate.

Os ensaios contidos na primeira parte deste volume, que desenvolvem temas de investigação diferentes, mas coligados, dedicam-se à mudança e às novas tendências do direito do trabalho, tanto comunitárias como europeias. Estes são, em particular, os ensaios de Maria Teresa Carinci e Giuseppe Ludovico sobre a recente reforma do mercado de trabalho italiano, mais conhecida como "lei do emprego"; Antoine Jacobs, sobre a perspectiva europeia da liberalização do mercado; e Michele Squeglia, sobre a identificação dos requisitos mínimos para aumentar a mobilidade dos trabalhadores entre os estados-membros da união europeia, a fim de melhorar a aquisição e a proteção dos direitos a pensão complementar; por Valerio de Stefano e Alessandra Ingrao, sobre as reflexões coletivas e individuais da "economia GIG"; por Luca Ratti e Lourdes Mella Méndez, sobre o trabalho em redes de negócios e redes sociais; de Gionata Cavallini, sobre as tendências do novo trabalho independente não empresarial; por Matteo Avogaro, sobre a solução francesa para o fenômeno da reconciliação do trabalho e do tempo de vida (a chamada "porosidade do tempo"); por Ilario Alvino e Lucio Imberti, sobre os efeitos da descentralização produtiva e a crise econômica na negociação coletiva na Itália; por Alicia Villalba Sanchez e Carmen Salcedo, sobre os perfis críticos da lei trabalhista "europeia"; de Giuseppe Ludovico, sobre os "novos riscos" psicossociais no campo da saúde e segurança no trabalho; por Juliano Barra, sobre o acordo previdenciário entre a França e o Brasil; por Eduardo Enrique Taléns Visconti, sobre a disciplina de videovigilância no local de trabalho na Espanha; e, finalmente, o ensaio de Irving Aldo Rojas Valentino, sobre a multiperiodalidade das jornadas de trabalho por meio de uma comparação entre a disciplina italiana e a peruana.

A segunda parte do trabalho, ao contrário, contém as reflexões de vários acadêmicos brasileiros sobre direito internacional do trabalho, que propõem várias questões relacionadas ao debate em curso sobre a recente reforma do trabalho brasileiro, considerado na perspectiva dos princípios universais das convenções da organização internacional do trabalho.

Nesta seção estão alojados, em particular, os ensaios de Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado, Beltramelli Neto e Silvio Cesar Henrique Kluge sobre a lei internacional de proteção dos direitos humanos; Rubia Zanotelli de Alvarenga, Raquel Betty Pimenta de Castro, Thaís Dumet Faria, Rafael de Araújo Gomes Ney Maranhão, sobre as normas internacionais do trabalho, bem como o nascimento, estrutura e evolução da organização internacional do trabalho; Paulo Roberto Lemgruber Ebert, Raquel Betty Pimenta de Castro, José Claudio Monteiro de Brito Filho, José Ricardo Macedo de Britto Pereira, Bruno Gomes Borges da Fonseca, e Tadeu Henrique Cunha Lopes, a aplicabilidade e a eficácia dos instrumentos internacionais de protecção dos trabalhadores; Gustavo Barbosa Filipe Garcia, Ana Claudia Nascimento Gomes, Platon Teixeira de Azevedo Neto, Florença Dumont de Oliveira e Rubia Zanotelli de Alvarenga, em as convenções fundamentais da organização internacional do trabalho; Romulo Barbosa de Freitas Filho, Silvio Beltramelli Neto, Raimundo Simão de Mello, Lorraine Vasconcelos Porto, Marco Antônio César Villatore, Marcelo Rodrigues, Jannotti Cláudio da Rocha, Valdete Souto Severo e Marcelo Borsio, em convenções e recomendações do trabalho internacional.

Diante dos desafios da globalização, a melhor resposta para reformar e modernizar a lei trabalhista "global", no alvorecer do século XXI, parece ser aquela oferecida pelos ensinamentos oriundos de normas universais e direitos trabalhistas fundamentais, cujas regras, desde 2008 – com a adoção da declaração da OIT sobre justiça social para uma globalização justa – garantem a todos os homens e mulheres o "acesso ao trabalho produtivo, em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana".

Por outro lado, o direito internacional do trabalho tornou sua "mutabilidade" o meio de resistir aos desafios de um mundo em constante transformação. Essa característica contribuiu para instilar confiança em um "cidadão global" em um sistema dedicado à proteção dos direitos trabalhistas e da previdência social.

Boa leitura.

Prof. Dr. Armando Tursi

Professor de Direito do Trabalho na Universidade de Milão desde 2002 e Diretor do Mestrado em Direito do Trabalho e Relações Industriais, atualmente no departamento de Direito Privado e História do Direito, e anteriormente no departamento de estudos do trabalho e bem-estar, onde coordenou por seis anos os cursos de graduação em organização e recursos humanos e em ciências do trabalho. Anteriormente, desde 1992, ele é pesquisador de Direito do Trabalho na Università Cattolica del Sacro Cuore, em Milão. Advogado Trabalhista e Advogado de Seguridade Social. Doutor em Direito do Trabalho. Autor de numerosos ensaios e volumes sobre o tema Direito do Trabalho e Seguridade Social.

Prefazione

Nel suo "discorso all'Episcopato brasiliano" del 27 luglio 2013, Jorge Mario Bergoglio, richiamando le indicazioni del documento finale della Conferenza Generale dell'Episcopato latino-americano del 2007 (cd. "*Documento di Aparecida*", spec., nn. 83-86 e 120-122), sottolineò con forza "*la vocazione e la missione dell'uomo nella famiglia, nella Chiesa e nella società, come padri, lavoratori e cittadini*".

La presente opera si colloca idealmente, e in una prospettiva laica, nel solco di questo prezioso insegnamento.

Essa, coordinata da Cláudio Jannotti da Rocha, Giuseppe Ludovico, Lorena Vasconcelos Porto, Marcelo Borsio e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, nasce dalla collaborazione accademica tra la sezione di Diritto del Lavoro della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano e il Centro Universitario del Distretto Federale (UDF) di Brasilia, offre ai lettori le riflessioni che gli Autori hanno elaborato sui temi del diritto del lavoro nazionale, comunitario e internazionale, sullo sfondo di una sempre più incessante "globalizzazione" che ha provocato, e sta provocando, cambiamenti radicali in ogni settore della vita umana (sociale, economico, politico, giuridico).

Trattandosi di un fenomeno "polivalente", per il quale non esiste una definizione universalmente accettata (né tanto meno esaustiva), la "globalizzazione" causa conseguenze anche sul terreno delle relazioni sociali, delle istituzioni politiche, del lavoro, della sicurezza sociale. Pur non ancora compiutamente determinabile nei suoi effetti giuridici, essa ha senza dubbio messo in discussione le fondamenta dell'ordinamento internazionale del lavoro, giacché potrebbe rappresentare l'inizio di una vera rivoluzione della base sociale della comunità internazionale, il cui l'esito non è al momento prevedibile.

Oltre a generare un restringimento dei tradizionali poteri dello Stato a favore di enti di differente natura e genesi (imprese multinazionali, istituzioni sovranazionali, organizzazioni non governative, ecc.), "la globalizzazione" ha inciso, e sta incidendo, anche sulla produzione di norme di diritto del lavoro e della previdenza sociale degli ordinamenti nazionali, giacché impone di regolare fenomeni nuovi, inesplorati nell'ora presente, che pongono al centro del dibattito "la dignità del lavoro".

Al cambiamento e alle nuove tendenze del diritto del lavoro, comunitario e europeo, sono dedicati i saggi contenuti nella prima parte del presente volume, che sviluppano differenti, ma collegati, temi di ricerca. Si tratta, in particolare, dei saggi di Maria Teresa Carinci e Giuseppe Ludovico, sulla recente riforma del mercato del lavoro italiano, meglio nota come "Jobs Act"; di Antoine Jacobs sulla prospettiva europea in ordine alla liberalizzazione dei mercati; e di Michele Squeglia sulla individuazione dei requisiti minimi per accrescere la mobilità dei lavoratori tra Stati membri dell'Unione Europea, al fine di migliorare l'acquisizione e la salvaguardia di diritti pensionistici complementari; di Valerio De Stefano e Alessandra Ingrao, sui riflessi collettivi e individuali della "*gig economy*"; di Luca Ratti e Lourdes Mella Méndez, sul lavoro nelle reti d'impresa e nelle reti sociali; di Gionata Cavallini, sulle tendenze del nuovo lavoro autonomo non imprenditoriale; di Matteo Avogaro, sulla soluzione francese al fenomeno della conciliazione dei tempi di lavoro e di vita (la cosiddetta "*time porosity*"); di Ilario Alvino e Lucio Imberti, sugli effetti del decentramento produttivo e della crisi economica sulla contrattazione collettiva in Italia; di Alicia Villalba Sanchez e Carmen Salcedo, sui profili critici del diritto del lavoro "europeo"; di Giuseppe Ludovico, sui "nuovi rischi" psico-sociali nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro; di Juliano Barra, sull'accordo di sicurezza sociale tra Francia e Brasile; di Eduardo Enrique Taléns Visconti, sulla disciplina della videosorveglianza nei luoghi di lavoro in Spagna; e infine, il saggio di Irving Aldo Rojas Valentino, sulla multiperiodalità dell'orario di lavoro attraverso una comparazione tra disciplina italiana e peruviana.

La seconda parte dell'opera raccoglie invece le riflessioni di diversi accademici brasiliani sul diritto internazionale del lavoro, che propongono diversi interrogativi connessi al dibattito in corso sulla recente riforma del lavoro brasiliana, considerati nella prospettiva dei principi universali delle convenzioni dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

In questa sezione sono ospitati, in particolare, i saggi di Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado, Silvio Beltramelli Neto e Cesar Henrique Kluge sul diritto internazionale di protezione dei diritti umani; di Rúbia Zanotelli de Alvarenga, Raquel Betty de Castro Pimenta, Thaís Dumêt Faria, Rafael de Araújo Gomes e Ney Maranhão, sulle norme di diritto internazionale del lavoro nonché sulla nascita, struttura ed evoluzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro; di Paulo Roberto Lemgruber Ebert, Raquel Betty de Castro Pimenta, José Claudio Monteiro de Brito Filho, Ricardo José Macêdo de Britto Pereira, Bruno Gomes Borges da Fonseca, e Tadeu Henrique Lopes Cunha, sull'applicabilità ed efficacia degli strumenti internazionali di protezione dei lavoratori; di Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Ana Claudia Nascimento Gomes, Platon Teixeira de Azevedo Neto, Florença Dumont de Oliveira e Rúbia Zanotelli de Alvarenga, sulle Convenzioni fondamentali dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro; di Romulo Nei Barbosa de Freitas Filho, Silvio Beltramelli Neto, Raimundo Simão de Mello, Lorena Vasconcelos Porto, Marco Antônio César Villatore, Marcelo Rodrigues, Cláudio Jannotti da Rocha, Valdete Souto Severo e Marcelo Borsio, sulle Convenzioni e Raccomandazioni internazionali del lavoro.

Dinanzi alle sfide della globalizzazione, la migliore risposta per riformare e modernizzare il diritto del lavoro "globale", all'alba del ventunesimo secolo, sembra essere, infatti, quella offerta dagli insegnamenti provenienti dalle norme universali e dai diritti fondamentali in materia di lavoro, le cui norme, già dal 2008 - con l'adozione della Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta - , garantiscono a tutti gli uomini e le donne "*l'accesso ad un lavoro produttivo, in condizioni di libertà, uguaglianza, sicurezza e dignità umana*".

D'altronde, il diritto internazionale del lavoro ha fatto della sua "mutevolezza" il mezzo per resistere alle sfide di un mondo in continua trasformazione. Questa sua caratteristica ha contribuito a instillare nel "cittadino globale" la fiducia in un sistema votato alla tutela dei diritti del lavoro e della sicurezza sociale.

Buona lettura.

Prof. Dr. Armando Tursi

Professore ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli studi di Milano dal 2002 e Direttore del Master di II livello in Diritto del lavoro e Relazioni Industriali, attualmente presso il dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, e precedentemente presso il dipartimento di studi del lavoro e del welfare, dove ha coordinato per sei anni i corsi di laurea in Organizzazione e Risorse Umane e in Scienze del lavoro. In precedenza, dal 1992, è stato ricercatore di diritto del lavoro nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Avvocato Giuslavorista e Previdenziale. Dottore in Diritto del Lavoro. Autore di numerosi saggi e volumi sulla materia del Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale.

Apresentação

Caro leitor,

A Editora LTr e o Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), por seu Programa de Pós-Graduação em Direito, em parceria que muito tem contribuído para o estudo do Direito e do Processo do Trabalho no nosso país, trazem agora importantíssima obra coletiva que trata especificamente do Direito Internacional do Trabalho. Essa parceria institucional brasileira recebe, na presente obra coletiva, excepcional colaboração europeia, com destaque para a Universidade de Milão. Trata-se da mais importante coletânea sobre o Direito Internacional do Trabalho já publicada no Brasil, vistos os autores envolvidos e a temática tratada. São 18 artigos desenvolvidos em importantes universidades europeias e outros 29 textos assinados por renomados autores do Direito do Trabalho brasileiro, totalizando assim 47 excepcionais e inéditos artigos, elaboradas para este livro.

É perceptível que os assuntos referentes ao Direito Internacional do Trabalho vêm sendo historicamente negligenciados no nosso país. Poucos são os cursos jurídicos que na Graduação oferecem análise sistemática sobre o tema. Até mesmo em sede de Pós-Graduação o Direito Internacional do Trabalho é quase sempre secundário. Uma breve análise nas matrizes curriculares e projetos pedagógicos de cursos jurídicos revelará claramente tal defasagem. Também por isso é importante e oportuna a iniciativa conjunta do PPGD do UDF e da LTr, que por seu valor recebeu excepcional contribuição de tradicionais instituições europeias.

Em raras oportunidades o Poder Judiciário Trabalhista considerou Convenções da OIT para dizer o direito no caso concreto, conforme previsão legal do art. 5º, § 1º e § 2º da Carta Magna de 1988. Tal situação decorre principalmente do fato de não haver, como regra geral, provocação da advocacia em tal sentido ou preocupação de magistrados com a afirmação da norma internacional nos casos concretos a eles submetidos e tenham aplicabilidade imediata. As boas exceções, tanto na advocacia quanto na magistratura, apenas confirmam a regra geral. Exemplificativamente, em uma análise superficial, no ano de 2016 (quando ainda a "Reforma Trabalhista" era uma ameaça distante, relacionada à terceirização e à prevalência do negociado sobre o legislado) o TRT da 3ª Região julgou em sede de segundo grau de jurisdição quase cem mil processos. Uma simples pesquisa em seu site na internet revela que a expressão "OIT" constou em 68 acórdãos. Ampliada a pesquisa para a íntegra do acórdão o resultado é 806 processos. Pouco em um universo de quase cem mil julgados.

Ocorre que agora estamos todos nós que nos ocupamos profissionalmente da proteção aos direitos trabalhistas premidos pela irresponsabilidade do legislador reformador da CLT, sendo o Direito Internacional do Trabalho instrumento valioso para o enfrentamento cotidiano dos efeitos nocivos da "Reforma Trabalhista". A resistência ao Golpe de 2016, especificamente no que concerne ao Direito e ao Processo do Trabalho, deve ser feita pelo intérprete tendo em uma das mãos a Constituição da República e na outra as Convenções Internacionais da OIT. Trata-se não só da necessária afirmação do caráter protetivo do Direito do Trabalho, mas, também, de respeito à Democracia e aos Direitos Humanos no Brasil.

Muitos estudos estão sendo desenvolvidos principalmente no sentido da afirmação da incompatibilidade entre as regras da CLT reformada e Convenções da OIT, através de controle de (in)convencionalidade. A necessidade fez surgir, então, a oportunidade de se compreender e aplicar normas internacionais em situações corriqueiras do trabalho.

O presente livro, então, em sintonia com a necessidade premente de compreensão e aplicação das normas internacionais do trabalho no cotidiano das relações trabalhistas nos traz, em 6 partes, o que há de mais relevante sobre o tema, sendo elas: "Doutrina Internacional", "Direito Internacional dos Direitos Humanos", "Direito Internacional do Trabalho", "Aplicabilidade e Eficácia dos Instrumentos Internacionais de Proteção ao Trabalhador", "As Convenções Fundamentais da OIT" e "Convenções e Recomendações Internacionais do Trabalho".

Destaque necessário para a parte reservada à "Doutrina Internacional", que reúne, sob a coordenação do Prof. Giuseppe Ludovico (Universidade de Milão), excelentes análises sobre o momento do trabalho, do Direito do Trabalho, das relações de trabalho e da seguridade social no mundo. Ao lado do Prof. Giuseppe Ludovico contribuem para a compreensão do tema proposto pelo UDF Antoine Jacobs, Maria Teresa Carinci, Michele Squeglia, Valerio De Stefano, Gionata Golo Cavallini, Matteo Avogaro, Luca Ratti, Irving Aldo Rojas Valentino, Lourdes Mella Méndez, Juliano Sarmento Barra, Alicia Villalba Sánchez, Mª Carmem Salcedo Beltrán, Alessandra Ingrao, Ilario Alvino, Lucio Imberti e Eduardo Enrique Taléns Visconti. Itália, Holanda, Bélgica, Espanha e França também representadas no presente livro, tornando-o poliglota, já que possui cinco distintos idiomas, algo inédito na academia brasileira. Mais uma vez o Centro Universitário do Distrito Federal garante a internacionalização de seus trabalhos, estudos e pesquisas.

O sucesso e alcance da presente obra estão também garantidos pela representatividade nacional dos autores convidados: Amapá, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Pará, Paraná, Pernambuco e São Paulo.

Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste. O Brasil mais uma vez se encontra no Centro Universitário do Distrito Federal, as cinco regiões brasileiras, reunidas para discutir e defender o Direito do Trabalho como instrumento de realização da dignidade humana. Garantida também a representatividade institucional, pois a presente obra coletiva conseguiu reunir renomados Professores, Advogados, Representantes do Ministério Público do Trabalho e Magistrados brasileiros.

A Coordenação da obra coletiva está a cargo de quatro jovens professores doutores do Centro Universitário do Distrito Federal, que nos últimos anos vêm trabalhando incansavelmente não só pela afirmação de seu Programa de Pós-Graduação (Mestrado Acadêmico) mas, principalmente, pela preservação do Direito do Trabalho como estrutura de proteção do trabalhador. São eles Cláudio Jannotti da Rocha, Lorena Vasconcelos Porto, Marcelo Fernando Borsio e Rúbia Zanotelli de Alvarenga. Todos eles sob a segura, admirável e serena orientação do Professor Maurício Godinho Delgado, referência de todos nós brasileiros, e do Professor Giuseppe Ludovico, no que concerne à doutrina internacional.

Muitos são, portanto, os motivos para que o leitor aprecie cada texto da presente obra. Livro indispensável para aqueles que pretendem continuar na luta pela afirmação do Direito do Trabalho como instrumento civilizatório na desigual sociedade capitalista global.

Boa leitura!

Ouro Preto, Patrimônio da Humanidade, 15 de junho de 2018.

Prof. Dr. Amauri Cesar Alves
Universidade Federal de Ouro Preto

Introdução

No ano de 2006, durante o Festival Mundial da Paz em Florianópolis, no Brasil, a jornalista e filósofa Lia Diskin relatou sobre uma tribo africana de nome Ubuntu. Ela passou a contar a história de um antropólogo que estudou e pesquisou anos a fio essa tribo. Após o término do trabalho, já no aeroporto de volta para casa, ele resolveu fazer uma brincadeira com crianças que ali estavam e deixou diversos doces e balas perto de uma árvore. Quando disse "já", todas elas correram juntas e de mãos dadas. Cada uma pegou sua parte distribuída por uma delas. Então, perguntou a essa que distribuiu sobre o porquê de não ter ficado com todos os doces. E ela disse: "Ubuntu", tio. Como um de nós poderia estar feliz se os outros estivessem tristes? "

E o antropólogo ficou desconcertado, pois havia estudado por meses a tribo e jamais havia compreendido a essência daquele povo. Disse ele: "Sou quem sou, porque somos todos nós!". Perceba o detalhe: "porque SOMOS", não "porque sou", "porque tenho" ou "porque temos".

Essa passagem foi bem retratada por Marco Fabossi e que concluiu de modo muito feliz que "Pessoas foram criadas para relacionar-se, amar e serem amadas; já as coisas existem para serem usadas. Infelizmente, vivemos um tempo onde as coisas estão sendo amadas e as pessoas usadas, para que poucos consigam ter cada vez mais".

Lamentavelmente, no mundo, o sentimento que prepondera é o do "quero a qualquer preço", "custe o que custar", "doa a quem doer", em que o ser humano é meio e mercadoria de passagem. A melhor conquista é a coisa. Está estabelecido, há muito tempo, a competição entre as pessoas, as coletividades e entre as nações. Primeiro sou eu, depois sou eu, aí, sim, sou eu. Pessoas apreenderam da pior forma sobre como serem individualistas, mas se afastaram do concreto conceito de individualidade.

Ser individualista é ser egoísta e atender a seus próprios interesses, e ter individualidade é ter autoconfiança, determinação, e vontade de colaborar com o coletivo, com o melhor de si.

É nesse espírito de solidariedade, há algum tempo não visto nesse tom pelo mundo, que o Direito Internacional do Trabalho poderia se refundar. E, daí, surtir reflexos nos direitos internos nos países. Como um grupo de abastados e controladores da produção e das riquezas pode estar feliz se o restante dos trabalhadores explorados, maltratados, desrespeitados e vilipendiados em seus mínimos direitos está triste?

Os objetivos do Direito do Trabalho e do Direito Internacional do Trabalho se confundem e entrelaçam-se entre si, ao estilo de um tradicional *spaghetti* italiano. Se o Direito do Trabalho por si só já oferta aos trabalhadores o sentimento de pertencimento, solidariedade, melhoria de vida e empatia, o Direito Internacional do Trabalho oferta estes mesmos sentimentos em um escalonamento ainda maior, fazendo com que trabalhadores de todo o mundo recebam o mesmo (ou parecido) tratamento, bem como evita o *dumping* social, a concorrência desleal e o trabalho em condições análogas ao de escravo, ainda mais nos tempos atuais em que presenciamos e vivenciamos a imigração e o refúgio de maneira tão acentuados e próximos, quando as pessoas almejam uma vida melhor por meio do seu trabalho, fazendo-nos retornar ou até mesmo retomar os tempos do imperialismo e os das guerras mundiais, no estilo *déjà vu*. Não podemos olvidar ainda as transformações e mutações que o mundo do trabalho vem recebendo por meio da Revolução Cibernética, Tecnológica e da Globalização, que de fato alteraram quase que tudo na vida do ser humano, derrubando as fronteiras físicas e quase que acabando com as distâncias geográficas. Diante deste contexto exige-se do Direito do Trabalho uma nova dimensão e movimento, eis que (res)surge por intermédio do Direito Internacional do Trabalho uma nova tutela jurisdicional: no estilo Fênix.

Há eterna necessidade de o direito ser vetor de equilíbrio entre partes desiguais, trazendo harmonia para a proteção do ser humano trabalhador. Por vezes, esquece-se que por detrás dos óculos de proteção, do capacete, do macacão, das botas, das ferramentas, existe um ser humano que sente por não ser visto como ser.

E nas linhas bem escritas das Convenções, aprovadas por Conferências Internacionais do Trabalho, é que repousa o bálsamo de esperança dos obreiros. Lá a pacificação do Direito Internacional do Trabalho ganha matizes de expectativa de pactuação, pois várias nações ratificaram seus termos, a fim de fazerem preponderar, entre os seus, aquele estado de equilíbrio.

São normas que generalizam o processo para a afirmação dos direitos humanos dos trabalhadores no mundo capitalista. Não se é contra o bom capitalismo – saudável e sustentável, mas sim contra o canibal capitalismo: o selvagem em que se ressalta o lucro em detrimento das pessoas. Assim disse Noam Chomsky em seu célebre livro: O lucro ou as pessoas?

O linguísta do século XX, professor do MIT, e que contribuiu com seu trabalho para o desenvolvimento da informática, sempre teve posições firmes a respeito de vários assuntos da humanidade, tornando-se um filósofo, também. Ensinou que "parte do motivo pelo qual o capitalismo parece ter sucesso é que sempre contou com muita mão de obra escrava, a metade da população. O que as mulheres fazem – fora do mundo profissional – não conta para nada".

E, para que esse contexto se modifique no mundo, princípios, deveres e objetivos traçados pela Organização Internacional do Trabalho precisam ser pontos norteadores nas Constituições dos países.

Afinal, como ensina Arnaldo Süssekind, "o Direito Internacional do Trabalho (DIT) vem sendo empregado cada vez mais para identificar capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção ao trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano".

Ensina, ainda, que o DIT se refere: "a) às relações, não só dos Estados entre si, mas, igualmente, entre eles e os organismos internacionais competentes na matéria; b) à atividade normativa tendente a incorporar direitos e obrigações aos sistemas jurídicos nacionais; c) aos programas de assistência técnica destinados a harmonizar o desenvolvimento econômico com o progresso social".

E o que seria do trabalho digno se não fosse a educação? A educação para capacitar pessoas a trabalhar. A educação para capacitar pessoas empresárias a aprender a respeitar. A educação para capacitar pessoas a entender o próximo.

Antes mesmo de dignificar o trabalho, precisamos ensinar as pessoas a serem dignas e respeitar isso nos seus semelhantes. A educação é a base do trabalho, o trabalho é a base da sociedade justa, que o tendo em seu meio, traz oportunidades sociais, como saúde, previdência social, assistência social transitória, alimentação, cultura, lazer, moradia etc. O direito social da educação tira a pessoa da assistência e a conduz à previdência social, onde o primado é o trabalho.

É preciso destacar que o preâmbulo da Constituição da OIT preconiza que todos os objetivos da Organização só devem ser alcançados *"considerando-se que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social"*.

John D. Rockefeller Jr., citado por Luciane Cardoso Barzotto, considera que "da relação estabelecida no preâmbulo, entre paz e justiça social, a conclusão possível é que o conceito de paz não pode ser apenas ausência de guerra, mas deve ser a construção de uma comunidade universal justa".

Portanto, o DIT não se ocupa de somente normas ou fontes específicas advindas da OIT, mas, sim, de todos os diplomas internacionais que contêm dispositivos de proteção social que influenciam, de alguma forma, o DIT, por também garantirem promoção dos Direitos Humanos dos trabalhadores.

E além dos limites do trabalho, árduo e indigno trabalho em muitos postos, o homem do mundo vive as incertezas de seu futuro: sem futuro na saúde, sem futuro numa pretensa e impensada carreira. Só trabalho. Trabalha para comer, trabalha para vestir, trabalha para criar, trabalha para educar. E nos tempos de danos mensuráveis: biológico, estético, moral, da perda de uma chance, surge o existencial, pela perda do tempo livre para viver e ser feliz.

E nos versos de Herbert Vianna, em Capitão da Indústria, como retrato de muitos trabalhadores pelo mundo opressor, quase que oração dos oprimidos: "*Eu acordo prá trabalhar. Eu durmo prá trabalhar. Eu corro prá trabalhar. Eu não tenho tempo de ter. O tempo livre de ser. De nada ter que fazer. É quando eu me encontro perdido. Nas coisas que eu criei. E eu não sei. Eu não vejo além da fumaça. O amor e as coisas livres, coloridas. Nada poluídas, Ah, Eu acordo prá trabalhar. Eu durmo prá trabalhar. Eu corro prá trabalhar*", vive-se tão assim!

E, seguindo nesta obra, uma homenagem a todos os trabalhadores do mundo, num colóquio de selecionados artigos internacionais e nacionais, descortinam-se verdadeiras preciosidades de linhas doutrinárias italianas, espanholas, francesas, inglesas, holandesas, entre outros países. Todos eles desenvolvendo tramas jurídicas sobre reformas trabalhistas de normatividades pátrias e comparativas, quer do contrato de trabalho, flexibilizações de direitos, desregulamentações, seguros sociais e complementares de previdência do trabalhador, regulações laborais, intermediações de mão de obra, direito à desconexão dos trabalhadores "sequestrados" tecnicamente pelos superiores, multidisciplinariedade de jornadas de trabalho, entre outros temas fascinantes que aproximam diálogos entre academias jurídicas do Brasil e comunidade internacional. Todas na busca pelo bem-estar do trabalhador cidadão.

Assim, sobremaneira, se comportaram os valiosos artigos nacionais sobre o Direito internacional do Trabalho e seu franco e direto diálogo com a preservação dos Direito Humanos, com a OIT e suas estruturas e Convenções, com os Instrumentos Internacionais de Proteção do trabalhador, bem como das normas internacionais de supedâneo, boas práticas e recomendações para a garantia de porto mais seguro no labor.

Enfim, essa obra se mostra inédita no Brasil, muito pela especial reunião de notáveis doutrinadores internacionais e nacionais, que passaram a oferecer ao leitor a oportunidade de artigos que convergem para um único ideário: a proteção do ser humano no ambiente de trabalho e a garantia de direitos essenciais a ele. E para que? Para que haja no mundo muito mais prestadores e tomadores do labor vivendo em comunhão de felicidade.

Como poucos de nós, na humanidade como um todo, podem estar felizes com suas posses, se, a maioria de nós outros está vivendo triste por trabalhar triste?

Grato pela companhia e desfrutem do livro sem moderação.

Fraternais saudações e obrigado pelo preito.

Brasília, 06 de julho de 2018 – uma data especial

Profs. Drs. Cláudio Jannotti da Rocha, Giuseppe Ludovico,
Lorena Vasconcelos Porto, Marcelo Borsio e Rúbia Zanotelli de Alvarenga
Coordenadores

PARTE I

DOUTRINA INTERNACIONAL

CAPÍTULO 1

L'Ultima Riforma del Contratto a Termine in Italia Tra Maggiore Flessibilità e Minore Conformità Al Diritto Europeo

Giuseppe Ludovico

Professore di Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale nei Corsi di Laurea, Master, Perfezionamento e Dottorato dell'Università degli Studi di Milano, Dottore di Ricerca in Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bologna, Specialista alla Scuola Biennale di Specializzazione in Discipline del Lavoro dell'Università degli Studi di Parma, Laureato in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Milano, Socio dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale. Email: giuseppe.ludovico@unimi.it.

1. PREMESSA

È opinione condivisa che le riforme varate nel 2015 con il *Jobs Act* abbiano avuto l'intento e l'effetto di modificare i rapporti di forza tra le parti a tutto vantaggio del datore di lavoro che ha visto ampliarsi i propri poteri nel rapporto, con conseguenze negative, secondo alcuni(1), sulla effettività dei diritti del prestatore di lavoro, mentre, secondo altri(2), con positivi riflessi sulla efficienza, produttività e competitività delle imprese.

Se il riequilibrio di poteri nella fase di esecuzione del rapporto ha senza dubbio costituito una delle finalità – se non addirittura il principale obiettivo – della recente stagione riformatrice, l'intervento del legislatore ha interessato nondimeno anche la fase genetica del rapporto, modificando le ragioni di convenienza della scelta del tipo contrattuale specialmente tra le due tipologie che hanno tradizionalmente incarnato i valori della stabilità ed instabilità ovvero il contratto a tempo indeterminato e determinato.

L'aspetto più contraddittorio e meno comprensibile delle recenti scelte di politica legislativa sta nel fatto che l'incentivazione fiscale, contributiva e normativa del contrato a tempo indeterminato è stata accompagnata da una consistente dilatazione anche delle possibilità di ricorso al contratto a tempo determinato che da solo rappresenta la quasi totalità dei contratti di lavoro atipici nonché la principale fattispecie concorrente del contratto a tempo indeterminato.

2. IL PRINCIPIO DI CAUSALITÀ DEL TERMINE NELLA DISCIPLINA PREVIGENTE

Per comprendere l'effettiva portata della riforma del contratto a tempo determinato introdotta dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, emanato in attuazione della legge delega n. 10 dicembre 2014, n. 183, occorre preliminarmente concentrarsi sul principale limite, ora abrogato, previsto dalla disciplina previgente.

Il riferimento è alla previsione contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, il quale ammetteva il ricorso al contratto a tempo determinato soltanto «*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*».

Sul significato di questa formula erano emerse in dottrina diverse opinioni.

Secondo una prima, ma minoritaria, lettura, i contenuti del decreto non offrivano alcun elemento a sostegno della tesi che richiedeva la sussistenza di particolari esigenze aziendali(3).

(1) Così M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lavoro e dir.,* 2015, p. 39 ss.; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?,* in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi,* Giappichelli, Torino, 2015, p. 4 ss.; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. Dir.,* 2015, p. 13 ss..

(2) A. Tursi, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi,* in M.T. Carinci, A. Tursi (a cura di), Jobs Act. *Il contratto a tutele crescenti,* Giappichelli, Torino, 2015, p. 66 ss.

(3) S. Ciucciovino, *Commento all'art. 1,* in G. Santoro Passarelli (a cura di), *D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Commentario*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2002, p. 30 ss..

In questo senso, secondo tale opinione, non deponeva la previsione dell'accordo-quadro, poi trasfusa nella direttiva 99/70/CE del 28 giugno 1999, secondo la quale l'apposizione del termine deve essere sorretta da «*condizioni oggettive*», trattandosi di "*ragioni*" che non alludono a particolari esigenze aziendali[4] [5]. La precisazione dell'accordo-quadro secondo cui il contratto a tempo indeterminato rappresenta la «*forma comune di rapporto di lavoro*»[6], era stata intesa come semplice constatazione della normalità di tale contratto sotto il profilo organizzativo, escludendosi una posizione di sfavore nei confronti del termine, la cui diffusione, anzi, doveva ritenersi fortemente incentivata come strumento di promozione dell'occupazione[7]. Le regole contenute nella direttiva – secondo questa lettura – avrebbero piuttosto inteso limitare gli abusi derivanti dalla successione di tali contratti, restando viceversa esclusi dal suo ambito applicativo i presupposti necessari alla prima stipulazione che potevano coincidere anche con l'acausalità del termine[8].

Alle stesse conclusioni erano pervenuti anche coloro i quali, in chiave decisamente più critica, avevano ravvisato proprio nella eccessiva genericità dell'art. 1, comma 1, del decreto, un motivo di contrasto con le finalità di tutela perseguite dalla direttiva, oltre che una palese violazione della clausola di "non regresso"[9].

Senonché, la lettura che è successivamente prevalsa, tanto in dottrina[10], quanto in giurisprudenza[11], era quella che individuava nella sussistenza delle «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» un presupposto condizionante la legittima apposizione del termine. Per quanto generiche e indeterminate – ed è qui che in effetti si poneva la vera questione –, le ragioni indicate dalla norma erano intese come un limite imposto alla libera espressione dell'autonomia negoziale, precludendo il ricorso all'apposizione del termine ogniqualvolta non fosse sorretto da uno specifico interesse aziendale. In questo senso, secondo tale lettura, deponeva la previsione della direttiva che definisce il rapporto a tempo indeterminato come la «*forma comune dei rapporti di lavoro*», richiedendosi viceversa, per quello a tempo determinato la sussistenza di «*condizioni oggettive*»[12].

3. DALLA CAUSALITÀ ALLA TEMPORANEITÀ DELLE RAGIONI GIUSTIFICATRICI

Occorre tuttavia rilevare come le "ragioni" indicate dal decreto n. 368 del 2001 siano risultate del tutto inidonee per la loro genericità come argine contro la diffusa apposizione del termine. In assenza di ulteriori specificazioni, era difficile infatti distinguere le ragioni dell'art. 1 da quelle – parimenti di carattere tecnico, produttivo e organizzativo – sottese alla stipulazione del contratto a tempo indeterminato[13]. Non era dato comprendere, infatti, in quali circostanze il giudice poteva affermare la mancanza di quelle ragioni, la cui verifica si risolveva inevitabilmente in una operazione meramente tautologica. Nell'intento di completare il significato della norma – ma anche soprattutto per garantire un senso alla tesi della causalità – parte della dottrina aveva così proposto di interpretare la norma nel senso che le ragioni sottese al contratto, oltre che effettive ed attuali, dovevano anche contraddistinguersi per la loro "*temporaneità*"[14].

---

(4) Clausola 3, punto 1, dell'Accordo quadro.

(5) V. S. CIUCCIOVINO, *op.cit.,* p. 36.

(6) Considerando n. 6 dell'Accordo quadro.

(7) S. CIUCCIOVINO, *op.cit.,* p. 33. V. anche G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive,* in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *op.cit.,* p. 25, nonché G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato,* in *Arg.Dir.Lav.*, 2002, p. 177.

(8) In questi termini S. CIUCCIOVINO, *op.cit.,* p. 36.

(9) M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, 2001, in *www.cgil.it*; V. ANGIOLINI, *Sullo "schema" di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, 2001, in *www.cgil.it*; L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto e termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola,* in *Dir. Merc. Lav.,* 2001, p. 639 ss..

(10) In dottrina per questa lettura v. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, p. 226 e ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, p. 374 e ss.. V. anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato,* Cedam, Padova, 2005, p. 74 e ivi ampie citazioni di dottrina. Con una diversa posizione G. SANTORO PASSARELLI, *Note introduttive, cit.,* p. 26, secondo il quale, seppur estranee alla causa del contratto, le ragioni sottostanti il termine non erano prive significato, assumendo la funzione di motivi giuridicamente rilevanti sulla cui effettiva sussistenza e sul relativo nesso causale il giudice sarebbe stato chiamato ad esercitare il proprio controllo.

(11) Tra le prime decisioni nella giurisprudenza di legittimità che hanno riconosciuto la causalità ed eccezionalità del termine: Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *Dir. Lav.,* 2002, II, p. 255, con nota di L. CACCIAPAGLIA; Cass. 6 settembre 2003, n. 13044, in *Orient. Giur. Lav.* 2003, I, p. 857; Cass. 27 ottobre 2005, n. 20858 e Cass. 26 maggio 2003, n. 8352.

(12) V. per tutti V. SPEZIALE, *La riforma, cit.,* p. 229-231, secondo il quale una conferma a favore della causalità del termine discenderebbe dalla stessa formulazione dell'art. 1, comma 1, del decreto, nella parte in cui prevede che l'apposizione del termine "*è consentita*" in presenza delle suddette ragioni.

(13) M. ROCCELLA, *op. ult. cit.,* p. 2-3.

(14) Così V. SPEZIALE, *op. cit.,* p. 231 e ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge, cit.,* p. 379 e ss. In favore della temporaneità tra i primi: DONDI G., *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine,* in *Lav. Giur.,* 2002, p. 33; S. HERNANDEZ, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime,* in *Dir. Lav.,* 2002, I, p. 32; F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato (d.lg. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 159; M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione,* in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa,* Giappichelli, Torino, 2003, p. 55 e ss.; L. ANGELINI, *La riforma del contratto di lavoro a tempo determinato. Temporaneità delle esigenze aziendali e ruolo del sindacato,*

A tali considerazioni era stato replicato come la temporaneità dovesse essere semmai riferita alla durata del contratto e non invece alle ragioni sottostanti[15], trattandosi di un requisito non contemplato dalla norma ed implicitamente escluso dalla mancata esplicita conferma della regola che presumeva il contratto a tempo indeterminato[16].

Era chiaro tuttavia che la normativa poneva l'interprete dinanzi ad una precisa alternativa: o si ammetteva la natura acausale del termine e la sua fungibilità rispetto al contratto a tempo indeterminato; oppure, si ammetteva la sua causalità, condizionando la previsione del termine alla sussistenza di apposite ragioni giustificatrici, e allora doveva necessariamente concludersi – per non ricadere nella tesi della acausalità – a favore della loro temporaneità. In poche parole, l'opinione che sosteneva la natura causale del termine e che negava, al contempo, la temporaneità delle esigenze sottostanti, non sembrava allontanarsi molto, almeno sul piano concreto, dalla tesi che affidava l'apposizione del termine alla completa discrezionalità del datore di lavoro.

Le articolate soluzioni emerse nel dibattito dottrinale sembravano dunque ridursi all'alternativa tra la natura acausale del termine e la temporaneità delle ragioni giustificatrici. Si è già detto tuttavia come la prima soluzione fosse smentita dalla stessa scelta legislativa di dettare un'apposita disciplina sin dalla fase della stipulazione del contratto. E nello stesso senso sembrava deporre la disciplina della proroga del contratto, la cui ammissibilità era condizionata alla sussistenza di "*ragioni oggettive*" per la "*stessa attività lavorativa*" che aveva indotto alla stipulazione del contratto (art. 4, comma 1). Una previsione che, evidentemente, assumeva un significato soltanto se intesa nel senso che le ragioni originarie devono essere di natura temporanea[17].

Sennonché, la stessa dottrina che aveva proposto il principio della temporaneità non aveva mancato di sottolineare come quel criterio fosse per sua natura «*relativo*» e «*sfuggente*»[18] poiché fondato su un parametro – il tempo – inevitabilmente generico ed astratto[19]. L'intrinseca relatività di quel criterio aveva alimentato, infatti, notevoli incertezze sul piano interpretativo e applicativo: si era discusso se la temporaneità dovesse essere valutata *ex ante*[20] o *ex post*[21] e se dovesse avere natura intrinseca e necessaria[22] oppure straordinaria e imprevedibile[23].

Secondo l'opinione maggioritaria, il significato da attribuire alla temporaneità doveva risultare dalla contrapposizione rispetto alla normalità delle esigenze che inducono all'assunzione a tempo indeterminato[24]. In questo senso, anche esigenze di natura non straordinaria o imprevedibile – come, ad esempio, l'aumento dell'attività in determinati periodi dell'anno – potevano legittimare l'apposizione del termine[25], purché oggettivamente esistenti e non semplicemente rappresentate dalla volontà del datore di lavoro[26].

---

in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, p. 90 e ss.; M.T. Carinci, *op.cit.,* spec. p. 146 e ss.; M. Papaleoni, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2002, p. 699; G. Proia, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro,* in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 190 e ss.; G. Proia, *Flessibilità e tutela, cit.,* p. 164 e ss.; A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile,* in Aa.Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile,* Giuffrè, Milano, 2003, p. 90 e ss.; R. Del Punta, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2002, p. 547 ss.; P. Salvatori, *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo,* in G. Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368,* Giappichelli, Torino, 2002, p. 47 e ss.; N. Miranda, *La nuova disciplina sul lavoro a termine alla luce della normativa comunitaria,* in *Riv. Crit. Dir. Lav.,* 2004, p. 736 e ss..

(15) G. Santoro Passarelli, *op. ult. cit.,* p. 26.

(16) G. Santoro Passarelli, *loc.ult.cit.*; S. Ciucciovino, *op. cit.,* p. 42; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine,* Cedam, Padova, 2001, p. 27; M. Tiraboschi, *Art. 1. Apposizione del termine,* in M. Biagi (a cura di), *op.cit.,* p. 104; F. Bianchi D'Urso, G. Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità,* in *Mass. Giur. Lav.,* 2002, p. 121. In questi termini anche la Circolare del Ministero del Lavoro del 1 agosto 2002, n. 42, in *Gazz.Uff.,* n. 189 del 13 agosto 2002.

(17) V. Speziale, *La riforma, cit.,* p. 232-233; F. Balestrieri, *op. cit.,* p. 160; L. Zappalà, *op. ult. cit.,* p. 657. *Contra* S. Bellomo, *Commento all'art. 4,* in G. Santoro Passarelli (a cura di), *op. cit.,* p. 64-65; R Salomone, *Disciplina della proroga,* M. Biagi (a cura di), *op. cit.,* p. 150. V. anche M.G. Mattarolo, *Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato,* in L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine,* Giuffrè, Milano, 2002, p. 112-113.

(18) V. Speziale, *La riforma, cit.,* p. 233; V. Speziale, *La nuova legge, cit.,* p. 381.

(19) R. Del Punta, *op. cit.*, p. 542.

(20) R. Del Punta, *loc. ult. cit.*; G. Proia, *op. cit.,* p. 430; L. Nannipierri, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2006, I, p. 337.

(21) M. Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione,* in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *op. cit.*, p. 57.

(22) In questo senso V. Speziale, *op. ult. cit.,* p. 381-382; in senso contrario G. Proia, *loc. ult. cit..*

(23) *Contra* V. Speziale, *op. ult. cit.,* p. 381; A. Perulli, *op. ult. cit.*, p. 93-94; G. Proia, *op. ult. cit.,* p. 430, nota 95; L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2002, p. 41 ss..

(24) V. Speziale, *loc. ult. cit.*; F. Balestrieri, *op. cit.,* p. 161; M. Papaleoni, *op. cit.,* p. 693-694.

(25) V. Speziale, *loc. ult. cit.*; F. Balestrieri, *op. cit.,* p. 162; G. Proia, *loc.ult.cit.*, che nell'escludere la "imprevedibilità" comprendeva tra le ragioni temporanee anche l'"avvio di nuove attività". *Contra* con riferimento a tale ultima ipotesi M.T. Carinci, *op.cit.,* p. 147-148. Sul punto v. anche S. Hernandez, *op. cit.,* p. 33.

(26) Per una valutazione in senso oggettivo v. M.T. Carinci, *loc. ult. cit.*, che, sul presupposto dell'inquadramento del giustificato motivo oggettivo nella figura dell'abuso del diritto, condizionava la legittima apposizione del termine alla "verifica che l'interesse perseguito in

4. L'INEFFETTIVITÀ DEL LIMITE DELLA TEMPORANEITÀ DINANZI AL CRESCENTE UTILIZZO DEL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO

Dal punto di vista concreto – come già detto – il criterio della temporaneità non è riuscito tuttavia ad evitare il diffuso ricorso al contratto a tempo determinato.

Nel corso del biennio 2010-2011 le assunzioni a tempo determinato hanno costituito una quota superiore al 63% dei nuovi rapporti di lavoro fino ad arrivare, nel terzo trimestre 2010, pari al 67 % delle assunzioni(27). Nel biennio successivo, nonostante le deroghe introdotte dalla l. n. 92/2012 e dal d.l. n. 76/2013(28), il ricorso al contratto a termine ha fatto registrare invece soltanto un lieve incremento(29), così dimostrando che l'utilizzo di questa fattispecie aveva già raggiunto la massima diffusione nel mercato del lavoro.

L'«*abnorme espansione*»(30) del contratto a termine nei flussi delle assunzioni si è accompagnato ad una contenuta diffusione di questa tipologia negoziale nei dati di *stock*: la quota di lavoratori a tempo determinato sul totale degli occupati è stata nel 2013 di poco superiore al 13%(31), attestandosi su livelli analoghi – e talvolta inferiori – a quelli dei principali paesi europei(32).

Il confronto tra questi dati e quelli precedenti dimostra evidentemente la profonda dualità del nostro mercato del lavoro nel quale il sistematico ricorso a questa fattispecie si è concentrato soprattutto nella fascia dei lavoratori più giovani(33), i quali, oltre a vedersi applicare livelli retributivi generalmente inferiori rispetto agli altri lavoratori(34), hanno visto altresì ridursi durante la crisi la durata media dei rapporti(35) nonché le possibilità di transizione verso l'occupazione stabile(36).

Le indagini statistiche dimostrano, in definitiva, come nel corso degli ultimi anni il contratto a tempo determinato sia stato utilizzato non tanto per rispondere a limitate esigenze di carattere temporaneo, quanto piuttosto come vero e proprio strumento di organizzazione dell'attività lavorativa al fine di disporre di una stabile riserva di manodopera alla quale attingere, in modo ricorrente, in ragione delle mutevoli esigenze del mercato(37). È inutile aggiungere che nell'ultimo periodo

---

concreto sia, appunto, l'interesse dell'organizzazione, riconoscibile come tale in base a criteri di normalità sociale". Per una valutazione in senso oggettivo anche A. PERULLI, *op. cit.,* p. 93. Riteneva invece che la temporaneità fosse rimessa alla "esclusiva determinazione imprenditoriale", S. HERNANDEZ, *loc. ult.cit.* e in quest'ultimo senso anche G. PROIA, *loc. ult.cit.*. Secondo M. MARINELLI, *op. cit.,* p. 56, invece, pur dovendo essere valutata "in modo oggettivo", la temporaneità "può anche derivare dalla scelta dell'imprenditore di aumentare o diminuire la produzione in determinati momenti o periodi dell'anno".

(27) In particolare, nel corso di tutti i trimestri del biennio 2010 e 2011 – prima delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012 e dal d.l. n. 78/2014 – le assunzioni con contratto a tempo determinato sono state pari al 60,7 % nel I trim. 2010, al 64,6 % nel II trim. 2010, al 67,0 % nel III trim. 2010, al 62,5 % nel IV trim. 2010, al 60,9 % nel I trim. 2011, al 64,1 % nel II trim. 2011, al 64,1 % nel III trim. 2011 e al 62,3 % nel IV trim. 2011 (*Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie del Ministero del Lavoro 2013*, in *www.lavoro.gov.it).*

(28) Sulle precedenti deroghe alla causalità v. S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine,* in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, spec. p. 125 ss.; P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro,* Ed. Scient., Napoli, 2013, p. 108 ss.

(29) Le assunzioni a termine sono state pari al 59,2 % nel I trimestre 2012, al 62,6 % nel II trimestre 2012, al 67,1 % nel III trimestre 2012, al 66,6 % nel IV trimestre 2012, al 64,4 % nel I trimestre 2013, al 69,3 % nel II trimestre 2013, al 70,4 % nel III trimestre 2013 e al 67,9 % nel IV trimestre 2013 (*Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie del 2014,* in *www.lavoro.gov.it).*

(30) Così L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2015, p. 94.

(31) La percentuale di lavoratori a termine sul totale degli occupati era pari nel 2001 al 9,6% ed è costantemente aumentata fino a raggiungere il 13,3% nel 2008. Dopo una leggera flessione nel 2009 (12,5%) la quota di lavoratori a termine è nuovamente aumentata negli anni 2010 (12,7 %), 2011 (13,3 %), 2012 (13,8 %) per poi registrare una leggera flessione nel 2013 (13,2 %) (fonte: EUROSTAT, *Temporary employees as percentage of the total number of employees, by sex and age*).

(32) Nel periodo 2002-2013 la percentuale di lavoratori italiani con contratto a termine è risultata sempre inferiore rispetto alla media dei 28 paesi dell'Unione Europea nonché dei principali paesi membri come Germania, Francia, Spagna, Olanda, Polonia, Portogallo, Svezia, Finlandia (fonte: EUROSTAT, *Temporary employees as percentage of the total number of employees, by sex and age*).

(33) Basti pensare che nel periodo 2005-2013 la quota di lavoratori a tempo determinato sul totale degli occupati è aumentata soltanto di un punto percentuale (dal 12,2 % del 2005 al 13,2 % del 2013), mentre tra i lavoratori di età compresa tra i 15 e i 29 anni è aumentata di oltre tredici punti (dal 26,3 % del 2005 al 39,8 % del 2013). L'incidenza dei contratti a termine tra i giovani occupati è risultata così superiore rispetto alla media dei 28 paesi dell'Unione Europea che è stata pari nel 2013 al 31,7 % (fonte: EUROSTAT, *Young temporary employees as percentage of the total number of employees, by sex, age and country of birth*).

(34) Sul punto v. ISTAT, *Rapporto annuale 2013 – La situazione del Paese,* Istat, Roma, 2013, spec. p. 102; CNEL, *Rapporto sul mercato del lavoro* 2013-2014, Cnel, Roma, 2014, su www.cnel.it, p. 55.

(35) M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 3, la quale parla giustamente di lavoratori «*stabilmente precari*».

(36) Emblematica al riguardo la recente indagine dell'ISFOL, *Rapporto di monitoraggio del mercato del lavoro 2014*, Isfol, Roma, 2014, spec. p. 51 ss., la quale rivela come nel 2007, il 43,6% dei lavoratori a termine aveva un contratto di durata inferiore a 6 mesi, e il 17% di durata inferiore a 3 mesi; nel 2014, invece, il lavoratori con contratto di durata non superiore a 5 mesi erano il 46,8%, mentre il 18,8% non superava i 2 mesi. Dal 2007 al 2013, inoltre, la percentuale dei lavoratori a tempo determinato che transitava verso l'occupazione a tempo indeterminato nei dodici mesi successivi è scesa dal 25% al 18,5%.

(37) In questi termini ISFOL, *Rapporto di monitoraggio del mercato del lavoro 2011* e *2012*, risp. p. 43 e 78 (in *www.isfol.it*) nonché CNEL, *op. cit.,* p. 55.

questa situazione si è ulteriormente aggravata dal momento che sono andati riducendosi i passaggi verso l'occupazione stabile, mentre è andata proporzionalmente aumentando la percentuale di coloro che permangono in una condizione di occupazione temporanea o che da questa transitano verso la disoccupazione[38].

Ebbene, dinanzi a questi dati riesce davvero difficile pensare che il criterio della temporaneità abbia costituito un effettivo argine contro il sistematico ricorso al termine, a meno di voler ritenere che oltre il 60% delle assunzioni sia stato costantemente alimentato negli ultimi anni da ragioni di carattere temporaneo.

Il fatto è che è profondamente cambiato lo stesso significato della temporaneità rispetto al contesto economico. Occorre riconoscere, infatti, che quel criterio era stato pensato per operare evidentemente in una situazione economica in cui le esigenze temporanee costituivano una limitata eccezione rispetto a quelle stabili, sicché la sua capacità selettiva è andata inevitabilmente riducendosi in un diverso contesto nel quale, anche a causa della crisi, qualunque esigenza può essere in astratto qualificata come temporanea.

Difficile stabilire in verità se la scarsa effettività di quel criterio è dipesa dalla intrinseca relatività del concetto, dai suoi limiti applicativi[39], dal suo limitato utilizzo da parte dei giudici, dall'accentuata instabilità provocata dalla crisi o da tutti questi fattori messi insieme. Quel che è certo, è che, al di là della rilevanza attribuitagli dalla dottrina, la regola della temporaneità non è stata in grado di limitare il sistematico ricorso al termine, né di evitare che questa fattispecie fosse utilizzata in concreto come strumento di flessibilità dell'organizzazione del lavoro.

5. L'ENNESIMA RIFORMA DEL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO INTRODOTTA CON IL JOBS ACT: DALLA TEMPORANEITÀ ALL'ACAUSALITÀ DEL TERMINE

Le ripetute modifiche subite negli ultimi anni dalla disciplina del contratto a tempo determinato testimoniano la particolare difficoltà nel definire uno stabile compromesso tra l'esigenza di flessibilità delle imprese e quella alla stabilità dell'impiego dei lavoratori. Erano già quindici le modifiche subite dal d.lgs. n. 368 del 2001 quando l'attuale Governo, nel quadro della nuova strategia riformatrice definita *Jobs Act,* ha deciso di rimettere nuovamente mano a questa disciplina con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, poi convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78.

Il decreto si poneva espressamente l'obiettivo della «*semplificazione*» delle disposizioni in materia di contratto a termine che si è tradotto nella riduzione dei principali vincoli che limitavano il ricorso a questa tipologia contrattuale. Nonostante l'ampia portata di queste modifiche, si trattava in realtà – come chiarito dall'art. 1 dello stesso decreto – di una riforma soltanto provvisoria in quanto adottata nell'attesa «*di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro*» e della «*previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente*».

Quelle anticipazioni hanno trovato poi conferma nell'ampia delega contenuta nella legge 10 dicembre 2014, n. 183 che ha definito, fra l'altro, i criteri direttivi per i successivi interventi del legislatore delegato tanto sul contratto a termine quanto su quello a tempo indeterminato: mentre sul primo versante, l'obiettivo impartito dalla delega era quello di rifondere le discipline delle diverse tipologie contrattuali in un «*testo organico semplificato*» al fine di adeguarne i contenuti alle «*attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*», sul versante del contratto a tempo indeterminato il delegato era stato sollecitato invece ad incentivarne l'utilizzo «*in termini di oneri diretti e indiretti*» anche attraverso la previsione in materia di licenziamenti individuali di un nuovo regime di protezione «*a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio*».

A distanza di pochi mesi dal d.l. n. 34 del 214 che ne aveva già radicalmente modificato la disciplina, il contratto a tempo determinato ha così subito una nuova riforma da parte del legislatore delegato, il quale, dopo aver disciplinato il contratto a tutele crescenti con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ha provveduto con il successivo d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 a rifondere in un unico testo normativo la disciplina del termine con quelle delle altre tipologie contrattuali.

L'aspetto certamente più significativo di questo decreto non è tanto l'abrogazione del d.lgs. n. 368/2001 o la rifusione delle sue norme in un testo organico con le discipline delle altre fattispecie, quanto piuttosto il fatto che il legislatore non ha rinunciato, dopo appena un anno dalla precedente riforma, ad introdurre nuove e significative modifiche nella disciplina del termine che danno così la netta sensazione di una perenne riforma dell'istituto.

Le norme contenute nel d.lgs. n. 368/2001, come modificato da ultimo dal d.l. n. 34/2014, sono state trasfuse negli artt. 19 e ss. del Capo III, rubricato «*Lavoro a tempo determinato*» del d.lgs. n. 81/2015.

La novità senz'altro più significativa e criticata[40] del d.l. n. 34/2014 e fedelmente recepita dall'attuale disciplina è

(38) Cfr. Istat, *Rapporto annuale 2014 – La situazione del Paese,* Istat, Roma, 2014, p. 103, secondo il quale durante la crisi la percentuale di lavoratori atipici che dopo un anno dall'ultimo rapporto si trovano in condizione di disoccupazione è aumentata dal 10 al 16,4 % (dal 12,8 % del Centro-Nord al 25,3 % del Mezzogiorno). Sul punto v. anche Cnel, *op. cit.,* p. 62 ss.

(39) Il *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie del 2014, cit.,* p. 46, rivela che il 46,3 % dei contratti a termine cessati nel 2013 hanno avuto una durata inferiore ad un mese (il 19,6 % di un solo giorno, l'8,1 % di 2-3 giorni e il 18,6 % di durata compresa tra 4 e 30 giorni). Tenuto conto che, già ai sensi dell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 368/2001, la forma scritta non era richiesta per i contratti di durata non superiore a 12 giorni, è facile concludere che una rilevante quota di contratti a termine è stata stipulata senza alcuna specificazione delle ragioni giustificatrici.

(40) Critici verso l'acausalità già all'indomani del d.l. n. 34/2015: V. Speziale, voce *Lavoro a termine,* in *Enc. Dir., Annali,* IX, Giuffrè, 2016, p. 499 ss.; F. Carinci, *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico),* in *Arg. Dir. Lav.,* 2014, spec.

costituita dal completo superamento del principio di causalità del termine mediante la soppressione delle «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*» richieste dal d.lgs. n. 368/2001.

Si tratta senza dubbio di una modifica radicale che si colloca tuttavia nel solco già tracciato dalla legge n. 92/2012, la quale, novellando il d.lgs. n. 368, aveva già ammesso la possibilità di stipulare un «*primo*» contratto acausale «*di durata non superiore a dodici mesi*»[41].

Nell'attuale disciplina, quella deroga, temporalmente circoscritta, assume invece la portata di regola generale, svincolando l'apposizione del termine dalla natura delle ragioni datoriali che cessano così di costituire un presupposto costitutivo della fattispecie.

Le considerazioni sopra svolte a proposito della scarsa efficacia del criterio della temporaneità consentono tuttavia di comprendere meglio la scelta legislativa di rimuovere dalla disciplina del termine qualunque riferimento alle ragioni giustificatrici, riconoscendo in questo modo la definitiva acausalità della fattispecie. L'intento era evidentemente quello di assecondare la tendenza da tempo in atto nel mercato del lavoro.

6. DAL CRITERIO QUALITATIVO AL LIMITE QUANTITATIVO: LA PERCENTUALE DI CONTINGENTAMENTO COME PRINCIPALE LIMITE DI UTILIZZO DELLA FATTISPECIE

A giudicare dagli effetti concretamente prodotti dalla causalità, l'importanza attribuita alla sua abolizione deve essere infatti ridimensionata. Tanto più che quella regola non è stata soltanto abolita, ma sostituita da un criterio che potrebbe in teoria risultare addirittura più efficace.

Dalla condizione qualitativa inerente il singolo rapporto si è passati, infatti, ad un limite quantitativo riferito all'intero organico che vieta di assumere a termine un numero di lavoratori superiore al 20% dei dipendenti a tempo indeterminato. Non si tratta evidentemente di una novità, posto che l'art. 10 del d.lgs. n. 368 del 2001 già demandava all'autonomia collettiva la previsione di eventuali limiti percentuali. La novità sta semmai nel fatto che nell'art. 23 del d.lgs. n. 81 del 2015 quella percentuale non è più eventuale, ma diventa limite legale che si sostituisce all'abolita regola della causalità[42].

Si tratta, in teoria, di un limite più rigoroso rispetto alla temporaneità nella misura in cui trasferisce il controllo della fattispecie dalle ragioni del singolo rapporto[43] alla complessiva organizzazione dell'attività lavorativa che risulta così vincolata ad una precisa proporzione tra manodopera stabile e lavoro temporaneo. Il legislatore mostra così di aver compreso che questa fattispecie è stata sovente utilizzata non tanto per rispondere ad imprecisate esigenze temporanee – divenute peraltro strutturali a causa della crisi –, ma come vero e proprio strumento di organizzazione del lavoro.

Il criterio quantitativo esprime quindi un criterio che potrebbe rivelarsi addirittura più efficace nella misura in cui, diversamente dalla temporaneità, impone un limite complessivo alla fattispecie che si traduce in una minore libertà organizzativa del datore di lavoro. Occorre anzi riconoscere – come rilevato da parte della dottrina[44] – che la percentuale di contingentamento costituisce in teoria una più coerente traduzione del principio sancito dalla direttiva europea 1999/70 ed esplicitamente recepito nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, che qualifica il contratto a tempo indeterminato come la «*forma comune*» di contratto di lavoro, nella misura in cui, diversamente dalla temporaneità, delimita il ricorso al termine entro una quota minoritaria rispetto al contratto a tempo indeterminato, che viene così concretamente rappresentato come la forma di lavoro quantitativamente prevalente.

La percentuale legale si limita dunque a tradurre semplicemente sul piano quantitativo la stessa distinzione in precedenza declinata sul più incerto piano qualitativo. Sono

---

p. 663; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2014, p. 919 ss.; V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta ecco Il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale…a termine,* in *Lav. Prev. Oggi*, 2014, p. 372 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine,* in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, Adapt Labour studies, e-book series n. 25, 2014, p. 1 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Così si scambia l'eccezione con la regola*, in *Lavoro Welfare,* 2014, n. 4, p. 13 ss.; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine, ibidem*, p. 30 ss.; D. GOTTARDI, *Osservazioni alla nuova disciplina sul contratto a termine, ibidem,* p. 22; V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014,* in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi – Atto I*, Adapt Labour studies, e-book series n. 30, 2014, p. 38; P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine,* in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.,* p. 114 ss.; E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine,* in *Lav. Giur.,* 2014, p. 434; M. MISCIONE, «Jobs Act» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *Lav. Giur.,* 2014, p. 309.

(41) Per una ricostruzione delle diverse deroghe alla regola della causalità v. S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine,* in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *op. cit.*, p. 125 ss.; SARACINI P., *op. cit.*, p. 108 ss.

(42) Così M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *Arg. Dir. Lav.,* 2014, p. 581; V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine, cit.,* p. 499; F. CARINCI, *Jobs Act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro,* in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 47.

(43) Sul controllo giudiziale della causalità v. M.T. CARINCI, «Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro»? Contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato *versus contratto di lavoro subordinato a termine, somministrazione di lavoro e lavoro accessorio*, in *Riv. Giur. Lav.,* 2016, I, p. 321.

(44) Cfr. L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, n. 6, I, p. 1242 ss.; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 212/2014, p. 5 ss.; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, p. 677-678; L. CALCATERRA, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, in *Arg. Dir. Lav.,* 2014, p. 1317.

semmai le numerose deroghe ed eccezioni imposte a quella percentuale e la probabile ineffettività della relativa sanzione che inducono a dubitare – come si vedrà – della sua capacità di limitare il ricorso al contratto a tempo indeterminato.

Con l'abolizione della causalità del termine anche la specificazione delle relative ragioni giustificatrici ha cessato così di rappresentare un requisito costitutivo per la valida stipulazione del primo rapporto o dei successivi rinnovi, fatte salve ovviamente le ipotesi in cui il termine non derivi dall'indicazione di una data certa, ma dal riferimento ad una determinata attività che come tale deve essere specificata. Quelle ragioni continuano ad avere rilievo – in termini di onere e non più di obbligo(45) – soltanto ai fini delle agevolazioni contributive o della esenzione dalla percentuale di contingentamento riservate ad alcune attività(46).

L'importanza dei requisiti formali risulta così fortemente ridimensionata, limitandosi a disporre l'art. 19 dell'attuale decreto che, fatta eccezione per i contratti di durata non superiore a dodici giorni, il termine deve risultare, direttamente o indirettamente, da atto scritto del quale deve essere consegnata copia al lavoratore entro cinque giorni e nel quale deve essere data indicazione del diritto di precedenza di cui al successivo art. 24.

Il controllo sulla legittima apposizione del termine si sposta di conseguenza sul rispetto della percentuale di contingentamento, sebbene la quota effettiva di rapporti legittimamente instaurabili dipenda dal novero di lavoratori sul quale deve essere calcolata quella percentuale. Ed è proprio su tale versante che l'art. 23 dell'attuale decreto pone alcuni problemi nella parte in cui, riproponendo quanto già disposto dal novellato art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, si limita a fare riferimento al «*numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza dal 1° gennaio dell'anno di assunzione*»(47), senza specificare quali tipologie contrattuali devono essere incluse nel calcolo.

In assenza di ulteriori indicazioni è ragionevole intanto supporre che il legislatore abbia voluto riferirsi ai soli lavoratori subordinati, restando così esclusi rapporti di lavoro autonomo.

Nell'area della subordinazione la generica formulazione della norma potrebbe indurre invece a pensare che nel calcolo debba essere compresa qualunque tipologia contrattuale a tempo indeterminato. Per quanto formalmente coerente con la lettera della norma, questa lettura non tiene conto tuttavia del significato di quella percentuale che – come già detto – costituisce la diretta traduzione del principio sancito dalla direttiva 1999/70 che riconosce la prevalenza dei «*contratti di lavoro a tempo indeterminato*». Di questa espressione la Corte di Giustizia ha più volte chiarito il significato, facendo riferimento non alla semplice durata del vincolo contrattuale, ma al «*beneficio della stabilità dell'impiego*» inteso come «*elemento portante della tutela dei lavoratori*»(48). Sebbene la Corte non lo dica esplicitamente, la "tutela" alla quale si riferisce non può che essere quella contro il licenziamento ingiustificato di cui all'art. 30 della Carta di Nizza, giacché, diversamente, non si comprenderebbe di quale "stabilità" dovrebbero beneficiare i lavoratori che non sia soltanto quella connessa alla semplice durata del rapporto.

Quel principio esprime, quindi, il netto favore dell'ordinamento europeo non per *un* qualunque rapporto a tempo indeterminato, ma per *il* modello tradizionale di contratto di lavoro che, per la sua stabilità, viene così preferito alla fattispecie tipicamente temporanea del lavoro a termine(49). Nella stessa ottica potrebbe essere allora interpretato il limite stabilito dall'art. 23 del d.lgs. n. 81/2015 che all'art. 1 ribadisce esplicitamente quel principio. Il che significa che nella base di calcolo di quella percentuale potrebbero essere inclusi anche i lavoratori occupati con tipologie contrattuali diverse da quella tradizionale a condizione che siano dotate di una stabilità analoga a quella garantita dalla «*forma comune*» di contratto di lavoro.

Nel computo del limite percentuale dovrebbero così essere inclusi i lavoratori a tempo parziale, i quali, ove assunti a tempo indeterminato, andranno computati «*in proporzione*

(45) Così Brollo M., *op. cit.,* p. 587.

(46) È quanto previsto dall'art. 23, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 81/2015, che definisce le fattispecie escluse dai limiti percentuali di fonte legale o contrattuale, e dall'art. 2, comma 29, lett. *a*) e *b*), della legge n. 92/2012, che esclude dal contributo addizionale pari all'1,4 % le assunzioni a termine per sostituzione di lavoratori assenti o attività stagionali.

(47) Recependo le indicazioni fornite dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, l'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015 ammette l'arrotondamento per eccesso del risultato in caso di decimale uguale o superiore a 0,5, e prevede che, in caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, la percentuale debba essere calcolata sul numero di lavoratori a tempo indeterminato al momento dell'assunzione. Analogo criterio è previsto dall'art. 31 dello stesso decreto con riguardo al limite del 20% riferito al rapporto tra lavoratori somministrati con contratto di somministrazione a tempo indeterminato e lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore.

(48) Corte giust. 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio,* in *Foro It.* 2012, IV, c. 230 ss.; Corte giust. 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet,* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2012, II, p. 942 ss., con nota di G. Beltrame; Corte giust. 10 marzo 2011, C-109/09, *Deutsche Lufthansa,* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2012, II, p. 528 ss., con nota di R. Diamanti; Corte giust. 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2010, II, p. 1042 ss., con nota di L. Zappalà; Corte giust. 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki,* in *Foro It.* 2009, IV, c. 496 ss., con nota di A.M. Perrino; Corte giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact,* in *Dir. Rel. Ind.* 2008, p. 854 ss., con nota di R. Cosio; Corte giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler,* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2006, II, p. 714 ss., con nota di L. Nannipieri; Corte giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold,* in *Riv. It. Dir. Lav.* 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. Bonardi.

(49) Per un'analisi del dibattito sul valore giuridico di quel principio, ormai pacificamente riconosciuto dalle pronunce sopra citate dalla Corte di Giustizia, v. L. Menghini, *Il lavoro a termine,* in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro,* in *Trattato dei contratti,* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Tomo I, Utet, Torino, 2009, p. 1025 ss.

all'orario svolto» ai sensi di quanto ora previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 81/2015[50].

Per i lavoratori con contratto di lavoro intermittente si dovrebbe invece distinguere a seconda che lo stesso sia stato stipulato con o senza diritto all'indennità di disponibilità: mentre nel primo caso sarebbero computabili «*in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre*» ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 81/2015[51], nel secondo dovrebbero invece essere esclusi, tenuto conto della facoltà del datore di recedere dal rapporto astenendosi semplicemente dalla chiamata[52].

Anche i dirigenti andranno certamente inclusi nel calcolo, tenuto conto che gli stessi, oltre alla tutela legale contro i licenziamenti discriminatori, godono di una tutela contrattuale contro quelli ingiustificati sostanzialmente analoga a quella offerta dal d.lgs. n. 23/2015[53].

Un discorso diverso dovrebbe essere svolto invece per il contratto di apprendistato[54], il quale, pur potendo avere una durata indeterminata[55], rimane comunque soggetto alla libera recedibilità del datore di lavoro al termine del periodo formativo[56], con la conseguenza che gli apprendisti potranno essere inclusi nel calcolo soltanto dopo quel momento, quando cioè il rapporto prosegue come «*ordinario*» rapporto a tempo indeterminato (art. 42, comma 4, d.lgs. n. 81/2015).

7. GLI ALTRI LIMITI IMPOSTI ALL'UTILIZZO DEL TERMINE: LA DURATA MASSIMA COMPLESSIVA DI 36 MESI

Novità di rilievo si registrano anche sul versante dei limiti di durata tanto del singolo rapporto, quanto della successione di più rapporti.

Con riguardo al primo aspetto, l'art. 19 del d.lgs. n. 81/2014, confermando quanto già stabilito dal d.l. n. 34/2014, ha chiaramente stabilito che il termine apposto al contratto di lavoro non può superare la durata di 36 mesi, restando così esclusa la possibilità – in precedenza invece ammessa[57] – di stipulare fin dall'origine un contratto di durata superiore. Si tratta in verità di una scelta alquanto discutibile nella misura in cui impedisce di instaurare un rapporto che, nell'arco della sua durata, potrebbe garantire una stabilità anche maggiore rispetto a quella offerta dal contratto a tutele crescenti.

Da valutare senz'altro con maggiore favore sono invece le modifiche introdotte nei limiti imposti alla successione di più contratti, i quali, ove stipulati per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, non possono complessivamente superare i 36 mesi, indipendentemente dalle interruzioni tra un contratto e l'altro e tenuto conto, invece, dei periodi di missione con mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra gli stessi soggetti, nell'ambito di somministrazioni a tempo determinato[58]. In deroga a questo limite è stata confermata la possibilità di stipulare un ulteriore contratto dinanzi alla direzione territoriale del lavoro, la cui durata è ora fissata in un termine massimo di 12 mesi[59].

Prima di esaminare le novità introdotte nell'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015, è utile ricordare come la durata massima prevista in caso di successione di più contratti abbia rappresentato uno degli aspetti più controversi di questa disciplina per la sua incapacità di costituire un effettivo argine contro l'abuso del termine. Le ragioni di questa incapacità risiedevano nella condizione posta dalla stessa l. n. 247/2007, la quale, introducendo quel limite, ne aveva al contempo condizionato l'applicazione ai soli rapporti aventi ad oggetto

(50) La norma ripropone quanto già previsto dall'abrogato art. 6 del d.lgs. n. 61 del 2000. Nel senso indicato nel testo anche M. BROLLO, *op. cit.,* p. 587 nonché la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, p. 3 e la giurisprudenza intervenuta con riguardo alla individuazione dell'"organico complessivo" di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 368 del 2001: Trib. Brescia 14 ottobre 2011, in *Riv. Crit. Dir. Lav.* 2011, p. 621.

(51) Si tratta della testuale riproposizione del criterio già previsto dell'art 39 del d.lgs. n. 276 del 2003.

(52) In questo senso anche la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, p. 3.

(53) E ciò a maggior ragione dopo il rinnovo del CCNL dei dirigenti industria del 30 dicembre 2014, il quale, non diversamente dal d.lgs. n. 23/2015, ha previsto in caso di cessazione del rapporto il pagamento di una indennità che aumenta gradualmente in ragione dell'anzianità di servizio.

(54) In senso affermativo, invece, la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, p. 3, che ricomprende nel calcolo i contratti di lavoro intermittente con indennità di disponibilità.

(55) È quanto ora disposto dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015, il quale stabilisce che il contratto di apprendistato ha durata minima non inferiore a sei mesi.

(56) Vedi l'art. 42, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015, il quale ammette la facoltà di recedere dal rapporto al termine del periodo di formazione ai sensi dell'art. 2118 c.c.. Sulla identica previsione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *m*), del d.lgs. n. 167/2011 v. D. GAROFALO, *Art. 2134 Norme applicabili al tirocinio*, in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro. Artt. 2118-2187*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, Utet, Torino, 2013, spec. p. 390, per il quale si tratterebbe di un rapporto a tempo indeterminato sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva meramente potestativa.

(57) Sul punto v. MENGHINI L., *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014, cit.,* p. 1238, per il quale «Sino alla riforma non c'era una regola generale espressa sulla durata massima del singolo contratto a tempo determinato». È stata così implicitamente smentita l'opinione di chi sosteneva che il termine dei 36 mesi fosse già in precedenza applicabile al singolo contratto, v. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge 247/207,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2008, I, p. 198 ss..

(58) Analogo limite non è invece previsto nella somministrazione sicché, una volta superato il limite dei 36 mesi, sarà sempre possibile, e senza limiti di durata, continuare a impiegare lo stesso lavoratore mediante somministrazione a termine. Sul punto v. V. SPEZIALE, *loc. ult. cit.*; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 87; M. PANCI, *Proroga del termine, continuazione del rapporto dopo la scadenza e rinnovi,* in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), Jobs Act *e contratto e tempo determinato,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 29.

(59) Nella previgente disciplina la durata di questo ulteriore contratto era completamente rimessa alle previsioni dell'autonomia collettiva (art. 5, comma 4-*bis,* del d.lgs. n. 368/2001).

mansioni equivalenti[60], permettendone così il facile superamento in caso di assunzioni con mansioni inferiori o superiori alle precedenti[61].

Anche la durata di quel limite era parsa a molti eccessiva, tenuto conto della diffusa tendenza ad instaurare rapporti di breve o brevissima durata da prorogare o rinnovare in momento successivo.

Onde evitare una facile reiterazione del termine era stato proposto di ricorrere all'istituto della frode alla legge[62], sebbene da più parti ne fosse stata ravvisata l'inutilità[63], mentre un più efficace contributo al rafforzamento di quel limite era stato indirettamente offerto dalla estensiva nozione di equivalenza elaborata dalla giurisprudenza[64].

Al legislatore sarebbe stato invece sufficiente ridurre la durata di quel limite o estenderne l'applicazione ai rapporti instaurati per lo svolgimento di qualunque mansione. Nessuna di queste opzioni è stata però accolta dal d.l. n. 34/2014, il quale, pur novellando il comma 4-*bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, aveva confermato la condizione dell'equivalenza delle mansioni, lasciando peraltro inalterata la durata di 36 mesi.

In termini decisamente diversi si esprime ora l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015, il quale ha ampliato la portata applicativa di quel limite facendo riferimento non più alle mansioni equivalenti ma a tutte quelle «*di pari livello e categoria legale*». Il legislatore ha voluto così adeguare quella condizione alle nuove regole in materia di *jus variandi* introdotte dall'art. 3 dello stesso decreto, il quale, riformulando integralmente l'art. 2103 cod. civ., ha sancito il superamento della garanzia dell'equivalenza delle mansioni, ammettendo l'assegnazione del lavoratore a mansioni riconducibili «*allo stesso livello e categoria legale di inquadramento*» rispetto alle ultime svolte.

Il potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente le mansioni del lavoratore cessa quindi di essere governato dal rigoroso concetto di equivalenza professionale – intesa come conservazione del patrimonio professionale acquisito – per essere regolato dagli inquadramenti operati dall'autonomia collettiva che indirettamente fungono anche da criterio di individuazione dei rapporti da includere nel calcolo dei 36 mesi, con il risultato che la portata di quel limite è ora decisamente più ampia rispetto a quella prevista dalla stessa l. n. 247/2007. Non resta a questo punto che attendere gli interventi dell'autonomia collettiva alla quale spetta in verità il non facile compito di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di contenere lo *jus variandi* e quella, viceversa, di ampliare la sfera applicativa del limite dei 36 mesi.

L'ultimo intervento del legislatore ha altresì chiarito gli effetti della violazione di quel limite, eliminando, da un lato, l'inciso che faceva presumere la possibilità della continuazione del rapporto per ulteriori 30 o 50 giorni[65] e precisando, dall'altro, che il superamento dei 36 mesi, per effetto di un unico contratto o di una successione di più contratti, comporta la trasformazione del contratto a tempo indeterminato a decorrere dalla data di tale superamento.

Il legislatore ha scelto invece di ignorare, ancora una volta, le ripetute sollecitazioni volte alla individuazione di un limite temporale oltre il quale azzerare il computo dei 36 mesi[66], con la conseguenza che, anche nell'attuale disciplina, i rapporti già intercorsi continuano ad avere rilievo anche a distanza di tempo dalla loro cessazione.

8. I LIMITI IN MATERIA DI PROROGHE E RINNOVI

I recenti interventi in materia di contratto a termine non hanno risparmiato neppure i profili attinenti alla flessibilità della durata del rapporto, con particolare riguardo ai rinnovi e alle proroghe.

Quanto ai primi la rimozione delle ragioni giustificatrici del termine – come già detto – ha comportato, per ovvia conseguenza, anche l'acausalità degli eventuali successivi rinnovi

(60) Sul punto v. G. Proia, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato,* in M. Persiani, G. Proia (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247,* Cedam, Padova, 2008, p. 97 ss.; Speziale V., *op. ult. cit.*, p. 196 ss.; 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. 303 ss..

(61) Cfr. V. Speziale, *op. cit.,* p. 202 ss.; G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2008, p. 666; A. Maresca, *op. cit.,* p. 325-326; S. Ciucciovino, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo,* Giappichelli, Torino, 2008, p. 393 ss.

(62) G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro,* Cedam, Padova, 2011, p. 145 ss. In termini più dubitativi Speziale V., *op. cit.* p. 203 ss.

(63) Così A. Pandolfo, P. Passalacqua, *op. cit.,* p. 97 ss.; in precedenza v. S. Ciucciovino, *op. ult. cit.* p. 393; C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni,* in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 68/2008, p. 7, secondo la quale il ricorso alla frode alla legge è da ritenersi «residuale, anche se non escluso a priori». Anche per O. Mazzotta, *Diritto del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2011, p. 367, si tratterebbe di un'«ipotesi residualissima».

(64) Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, p. 336, con nota di A. Occhino, la quale, in presenza delle clausole di fungibilità previste dall'autonomia collettiva, aveva escluso la violazione dell'art. 2103 c.c. (vecchio testo) in caso di assegnazione a mansioni diverse della medesima area contrattuale.

(65) A deporre in questo senso era il rinvio al comma 2 da parte del comma 4-*bis* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001.

(66) Sul punto v. V. Speziale, *op. cit.* p. 202; L. Menghini, *L'apposizione del termine,* in Martone M. (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione,* Tomo I, *Contratto e rapporto di lavoro,* Cedam, Padova, 2012, p. 297. Per mitigare la rigidità della norma A. Maresca, *op. cit.,* p. 317, aveva proposto di azzerare i 36 mesi in caso di occupazione a tempo indeterminato, mentre per G. Ferraro, *op. cit.*, p. 662, quel limite doveva essere applicato solo in caso di reiterazione di contratti «nel quadro di un processo sostanzialmente unitario e temporalmente (comunque) delimitabile».

per i quali è stata invece confermata la necessità di osservare gli intervalli minimi tra un contratto e l'altro che sono ora disciplinati dall'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015, il quale, ribadendo quanto già previsto dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001, dispone che l'instaurazione di un nuovo rapporto a termine non può avvenire prima che siano trascorsi almeno dieci o venti giorni dal precedente contratto, rispettivamente, di durata inferiore o superiore a sei mesi.

Non è stata invece riprodotta nell'attuale disciplina la previsione che, in caso di successiva assunzione effettuata senza soluzione di continuità, disponeva la conversione del rapporto a tempo indeterminato dal momento della stipulazione del primo contratto, sicché nell'attuale disciplina tanto questa ipotesi quanto quella della semplice violazione degli intervalli minimi soggiacciono alla medesima sanzione costituita dalla conversione a far data dalla stipulazione del secondo contratto.

Con riguardo, invece, al regime delle proroghe l'art. 21 ribadisce in parte quanto già previsto dal d.l. n. 34/2014 ovvero che la proroga è ammessa solo quando l'iniziale durata del contratto sia inferiore a 36 mesi e che la stessa – come già detto – deve essere compresa, al pari dei rinnovi, nel calcolo del limite di durata massima.

La novità più rilevante prevista nell'art. 21 è rappresentata invece dall'abolizione della condizione – risalente alla precedente disciplina e confermata dal d.l. n. 34/2014 – che subordinava la proroga allo svolgimento della «*stessa attività lavorativa» per la quale il contratto era stato stipulato. Quella locuzione – come si ricorderà – aveva sollevato molte incertezze dovute per lo più alla difficoltà di conciliarne il significato con la superata regola della causalità.* Al di là di una possibile dimenticanza del legislatore[67], era stato allora proposto di interpretare quella espressione come un riferimento alle stesse mansioni[68] o a mansioni equivalenti[69], mentre altri, con maggiore coerenza alla lettera della norma, ne avevano dedotto la necessità di assegnare il lavoratore alla stessa attività precedentemente svolta[70].

Eliminando quel riferimento, il legislatore ha così garantito maggiore certezza alla disciplina, ma, al contempo, evidentemente, ha anche ampliato le possibilità di ricorso alla proroga per la quale si richiede ora soltanto il consenso del lavoratore che potrebbe essere prestato anche per fatti concludenti, posto che l'attuale disciplina, così come quella precedente[71], non impone l'uso della forma scritta.

Ciò nondimeno, l'atto scritto potrebbe comunque rivelarsi necessario al fine di distinguere la proroga dalla mera continuazione del rapporto e ciò in quanto diversamente dalla prima quest'ultima comporta il pagamento di una maggiorazione retributiva pari al 20 per cento per i primi dieci giorni e al 40 per cento per ogni giorno ulteriore oltre il termine inizialmente fissato o prorogato (art. 22)[72]. Le due fattispecie sarebbero altrimenti indistinguibili, con il rischio così di rendere incerta anche l'applicazione della conversione che nel primo caso – come ora precisato dall'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015 – decorre dalla sesta proroga, mentre nel secondo, ai sensi del successivo art. 22, decorre dal trentesimo o cinquantesimo giorno di continuazione del rapporto per i contratti di durata, rispettivamente, inferiore e superiore a sei mesi[73].

L'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015 ha infine confermato la previsione già introdotta dal d.l. n. 34/2014 che aveva elevato da uno a cinque il numero massimo di proroghe consentite, con l'unica differenza che nell'attuale disposizione è stato opportunamente precisato che quel limite opera «*a prescindere dal numero dei contratti*». È stato così risolto il dubbio alimentato dal d.l. n. 34/2014 che il limite delle cinque proroghe fosse riferito al singolo contratto anziché all'intera sequenza di contratti stipulati nell'arco dei 36 mesi[74].

9. LE MODIFICHE DELL'APPARATO SANZIONATORIO: L'ESCLUSIONE DELLA SANZIONE CIVILE DELLA CONVERSIONE IN CASO DI VIOLAZIONE DELLA PERCENTUALE DI CONTINGENTAMENTO

Particolarmente controversa è stata anche la scelta legislativa di escludere l'applicazione della sanzione civile in caso di violazione della percentuale di contingentamento che rimane così unicamente presidiata dalla sanzione amministrativa ora prevista dall'art. 23, comma 4, del decreto n. 81 che, in caso di assunzione di uno o più lavoratori oltre il limite, impone il pagamento di un importo, rispettivamente, pari al 20 e 50% della retribuzione per ogni mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto.

Si tratta – come noto – della stessa sanzione già prevista dal d.l. n. 34/2014, il quale, introducendo il comma 4-*septies* nell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, aveva omesso di precisare se, oltre quella amministrativa, fosse applicabile anche la più efficace sanzione civile della conversione del rapporto a tempo indeterminato. In senso favorevole alla sua applicazione si era espressa quella parte della dottrina che nella conversione del

(67) Cfr. L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014, cit.,* p. 1237.

(68) M. PANCI, *op. cit.,* p. 23.

(69) Così P. ALBI, *op. cit.,* p. 124 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *loc. ult. cit.*; E. GRAGNOLI, *op. ult. cit.,* p. 439. In questo senso anche la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, p. 10.

(70) Cfr. L. MENGHINI, *loc. ult. cit.*; R. ROMEI, *op. cit.,* p. 685; V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta, cit.,* p. 416.

(71) Sul punto L. MENGHINI, *IL LAVORO A TERMINE, cit.,* p. 1106.

(72) Cfr. A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.,* p. 70.

(73) Sul punto v. L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014, cit.,* p. 1237; M. PANCI, *op. cit.,* p. 23; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *op. cit.,* p. 70, rilevano giustamente come, a seconda dei casi, l'interesse delle parti potrebbe essere in un senso o nell'altro.

(74) Così R. ROMEI, *op. cit.,* p. 686. Con riferimento all'intera sequenza di contratti invece M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *loc. ult. cit.*; L. MENGHINI, *loc. ult. cit..*

rapporto aveva ravvisato l'inevitabile conseguenza della nullità del termine[75], mentre altri avevano argomentato in senso contrario, facendo leva sul silenzio del legislatore[76] e sulle indicazioni emerse in sede di conversione del decreto[77]

La questione – come già detto – è stata ora risolta dall'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015, il quale, confermando la sanzione amministrativa introdotta dal d.l. n. 34/2014[78], ha espressamente «*esclus*[o] *la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato*».

Questa esclusione ovviamente non è priva di conseguenze per la percentuale di contingentamento, tenuto conto che la sanzione amministrativa ben difficilmente avrà la stessa efficacia deterrente di quella civile per il semplice fatto che la sua applicazione è affidata alle sporadiche verifiche degli organi ispettivi, mentre il lavoratore – ammesso che ne abbia conoscenza – non ha alcun interesse a denunciare una violazione dalla quale non trae alcuna utilità.

Che l'intento del legislatore fosse quello di ridimensionare l'efficacia di quel limite lo si evince anche dal fatto che la sanzione della conversione è stata invece confermata per la violazione della durata massima, degli intervalli minimi e dei limiti imposti alla continuazione del rapporto[79], con il risultato che l'abuso del termine nel singolo rapporto viene ad essere sanzionato in misura assai più grave rispetto a quello di una pluralità di rapporti.

Per comprendere le reali implicazioni di quella scelta è sufficiente rammentare che la funzione della percentuale di contingentamento non è soltanto quella di limitare l'uso del termine nella fase genetica del rapporto, bensì quella di imporre una generale limitazione all'utilizzo della fattispecie che finisce così per delimitare indirettamente anche le proroghe, i rinnovi e le continuazioni di precedenti rapporti[80].

Ciò significa che la percentuale di contingentamento assume una efficacia trasversale che integra il contenuto degli altri limiti, con la conseguenza che l'ineffettività della prima rischia di propagarsi agli altri vincoli che delimitano l'uso del termine.

10. LE DEROGHE, LE ECCEZIONI E LE FATTISPECIE ESCLUSE DALL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA

Preme invece ora soffermarsi sulle numerose eccezioni che, sebbene già presenti nella precedente disciplina, risultano ora notevolmente ampliate[81].

Occorre dire in primo luogo che, ai sensi dell'art. 29, numerose fattispecie sono completamente escluse dal campo di applicazione di questa disciplina: oltre ai lavoratori in mobilità, agli operai agricoli e al personale volontario dei vigili del fuoco che sono sottoposti a specifiche normative, le disposizioni in materia non trovano alcuna applicazione nei confronti dei dirigenti, del personale docente della scuola, di quello sanitario del Servizio Sanitario Nazionale, dei ricercatori universitari, e nei rapporti di durata non superiore a tre giorni, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi nei casi individuati dall'autonomia collettiva.

A queste esclusioni si aggiunge poi un lungo elenco di esenzioni dai limiti imposti dalla disciplina. Di particolare rilievo è la disposizione contenuta nell'art. 19, comma 4, che esonera dall'obbligo della forma scritta i rapporti di durata non superiore a 12 giorni[82], ma non meno significative sono le esenzioni dal limite dei 36 mesi[83] e dagli intervalli minimi tra un contatto e l'altro[84].

(75) M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *op. cit.,* p. 11 ss.; Zilio Grandi G., Sferrazza M., *op. cit.,* p. 929 ss.; P. Albi, *op. cit.,* p. 130 ss.; M. Brollo, *op. cit.,* p. 589 ss.; A. Preteroti, *La violazione dei limiti quantitativi tra sanzione amministrativa e conversione del contratto,* in Santoro Passarelli G. (a cura di), *op. cit.,* p. 69 ss. In senso più dubitativo L. Menghini, *op. ult. cit.,* p. 1239-1240.

(76) M. Magnani, *op. cit.,* p. 8-9; A. Pandolfo, P. Passalacqua, *op. cit.,* p. 45 ss.; R. Romei, *op. cit.,* p. 689.

(77) Il riferimento è all'ordine del giorno G/1464/22/11 al d.d.l. n. 1464, approvato dal Senato, il quale impegnava il Governo ad «*adottare atti interpretativi utili a chiarire che in ogni caso i contratti a termine oggetto della violazione della percentuale consentita sono validi e proseguono fino alla scadenza inizialmente stabilita dalle parti*». Sul punto v. T. Treu, *Jobs act in Gazzetta: tutte le novità dopo la conversione*, in *Contratti & contrattazione collettiva*, Il Sole24ore, n. 6, 2014, p. 6.

(78) L'unica differenza rispetto al d.l. n. 34/2014 è la mancata conferma della previsione che assegnava i maggiori introiti derivanti dalle sanzioni amministrative al Fondo sociale per occupazione e formazione.

(79) È soltanto in queste ipotesi quindi che trova applicazione la previsione contenuta nell'art. 28, il quale, replicando la disposizione – ora abrogata – contenuta nell'art. 32, commi 5 e 6 della legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato lavoro), stabilisce che in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato al lavoratore è dovuto un'indennità omnicomprensiva di importo compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r..

(80) In questo senso, con riguardo a d.l. n. 34/2014, E. Gragnoli, *op. cit.,* p. 439.

(81) Sul punto v. M. Aimo, *op.cit.*, p. 156 ss.; L. Menghini, *Il contratto a tempo determinato, cit.,* p. 292 ss.; V. De Michele, *op. ult. cit.*, p. 377 ss.

(82) Per valutare l'impatto di questa esenzione, già prevista nella precedente disciplina, basti considerare che nel 2015 il 35,4% dei rapporti di lavoro attivati a tempo determinato aveva una durata inferiore ad un mese e di questi il 56% aveva una durata pari o inferiore a tre giorni (v. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2016. Le dinamiche del mercato del lavoro dipendente e parasubordinato,* in www.lavoro.gov.it, p. 24-26).

(83) Gli artt. 19, comma 2, e 23, comma 3, escludono dall'applicazione del limite di durata massima, rispettivamente, i lavoratori stagionali e i contratti aventi ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica.

(84) Ai sensi dell'art. 21, commi 2 e 3, sono sottratti agli intervalli minimi i rapporti attivati per lo svolgimento di attività stagionali così come individuate dalla contrattazione collettiva e da un decreto ministeriale nonché i contratti stipulati da imprese *start-up* innovative come definite all'art. 25, commi 2 e 3, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 che sono altresì escluse per quattro anni a partire dalla loro costituzione dal limite delle cinque proroghe.

Non mancano infine numerose fattispecie sottratte alle percentuali di contingentamento anche di fonte negoziale[85], tra le quali, in particolare, le assunzioni effettuate in fase di avvio di nuove attività[86], da datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti[87], per ragioni sostitutive[88] e quelle riguardanti i lavoratori ultracinquantenni[89].

Tenuto conto della consistenza numerica di queste esenzioni, non è difficile allora immaginare che questa disciplina e i relativi vincoli sono destinati a trovare soltanto residuale applicazione, senza considerare che, anche ove applicabili, quei limiti devono fare i conti con le modifiche introdotte nell'apparato sanzionatorio e con le possibili deroghe dell'autonomia collettiva.

11. IL POTERE DEROGATORIO ATTRIBUITO ALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

I dubbi sulla effettività di quei limiti sono destinati infatti ad aumentare ove si consideri che sugli stessi sono ammessi ampi interventi derogatori dell'autonomia collettiva che è così legittimata a ridisegnare profondamente i confini di utilizzo della fattispecie[90].

Non pare anzi eccessivo ritenere che il vero rischio della liberalizzazione del termine si annidi proprio nei numerosi e incondizionati rinvii alla fonte negoziale, anziché – come da molti erroneamente ritenuto – nell'abolizione del principio di causalità.

Basti pensare alla previsione contenuta nell'art. 19 che non pone alcun limite alla facoltà dell'autonomia collettiva di regolare diversamente la durata massima della successione di più contratti, attribuendo alla stessa – come già detto – anche il potere di definirne l'ambito applicativo attraverso l'individuazione delle mansioni ricomprese nello stesso livello di inquadramento.

Occorre altresì aggiungere che, in forza del richiamo contenuto nell'art. 22, quel limite definisce anche la durata massima entro cui è ammessa la continuazione del rapporto, sicché ogni intervento sul primo è destinato automaticamente a riflettersi su quest'ultima. Analoga possibilità non sembra invece sussistere in materia di proroghe per le quali il primo comma dell'art. 21 ha espressamente confermato il limite dei 36 mesi.

Ancora più ampia è la facoltà attribuita alla fonte negoziale di intervenire sulla percentuale legale di contingentamento e, di riflesso, sull'applicazione della sanzione amministrativa. Quel limite, che pure è stato ritenuto troppo elevato[91], può essere infatti liberamente modificato dall'autonomia collettiva alla quale spetta altresì l'individuazione di ulteriori ipotesi, oltre quelle già previste dalla norma, di completa esenzione dalla sua applicazione (art. 23, commi 1 e 2).

Numerosi rinvii si trovano poi disseminati nelle altre disposizioni che riconoscono alla fonte negoziale la facoltà di individuare nuove ipotesi di lavoro stagionale sottratte agli intervalli minimi (art. 21, comma 2), di stabilire quali informazioni devono essere rese alle rappresentanze sindacali (art. 23), di modificare la disciplina del diritto di precedenza (art. 24), di stabilire i confini applicativi del principio di non discriminazione (art. 25), di disciplinare la formazione dei lavoratori (art. 26) nonché di modificare le regole di computo dei lavoratori a termine (art. 27).

Non occorrono a questo punto ulteriori spiegazioni per comprendere che la disciplina della fattispecie è affidata in larga parte all'autonomia collettiva rispetto alla quale la fonte legale è inevitabilmente condannata ad un ruolo meramente sussidiario. Il rischio che sembra allora profilarsi – come già segnalato in dottrina[92] – è quello di una disciplina destinata a frammentarsi in tante normative diverse quanti saranno gli interventi della contrattazione collettiva. Un rischio che appare ancora più concreto alla luce della scelta legislativa di moltiplicare i livelli contrattuali abilitati a intervenire, avendo stabilito l'art. 51 che «*salvo diversa disposizione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti nazionali, territoriali o aziendali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali o unitarie ovvero dalla rappresentanza sindacale aziendale*».

L'obiettivo della norma è chiaramente quello di legittimare l'intervento dei contratti aziendali e territoriali, superando in questo modo i dubbi che in passato si erano posti rispetto a un possibile intervento derogatorio dei contratti di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011[93]. Si può dire anzi che nella disciplina in esame questa disposizione sia stata resa completamente inutile dall'ampia facoltà derogatoria

(85) Oltre alle ipotesi espressamente indicate nel testo, l'art. 23 commi 2 e 3, esclude dai limiti percentuali i contratti conclusi da imprese *start-up* innovative, per attività stagionali, per spettacoli o programmi radiofonici o televisivi, nonché quelli conclusi da università ed enti di ricerca per attività di insegnamento, ricerca scientifica o tecnologica e di assistenza tecnica o coordinamento e direzione della stessa.

(86) Art. 23 comma 2, lett. *a*).

(87) È quanto disposto dall'art. 23, comma 1, ultimo periodo. Secondo MAGNANI M., *op. cit.,* p. 9-10, l'esenzione è da intendersi riferita ai soli limiti di contingentamento e non all'intera disciplina. Sul punto v. anche V. SPEZIALE, *op. ult. cit.,* p. 500.

(88) Art. 23 comma 2, lett. *e*).

(89) Art. 23 comma 2, lett. *f*). È stata così estesa agli ultracinquantenni l'esclusione già contemplata dalla precedente disciplina che si riferiva agli ultracinquantacinquenni.

(90) A. PIZZOFERRATO, *Il contratto a termine dopo il Jobs Act. Atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva,* in *Mass. Giur. Lav.,* 2015, p. 102 ss.

(91) M. BROLLO, *op. cit.,* p. 581-582.

(92) A. PIZZOFERRATO, *op. cit.,* p. 106.

(93) C. ALESSI, *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato,* in F. CARINCI, G. ZILIO GRANDI (a cura di), *op. cit.,* p. 98 ss.; A. PRETEROTI, *op. cit.,* p. 64 ss.; P. SARACINI, *op. cit.,* p. 146 ss.

ora esplicitamente attribuita alla contrattazione di secondo livello[94].

È inutile aggiungere che le probabilità di eventuali deroghe sono decisamente maggiori a livello aziendale dove i rapporti di forza tra le parti sono radicalmente diversi rispetto al livello nazionale. Diventa così essenziale chiedersi quali siano gli spazi di intervento concessi all'autonomia collettiva e, in particolare, se la stessa possa spingersi fino alla completa rimozione dei limiti legislativamente imposti all'uso del termine. L'interrogativo nasce dal fatto che l'attuale disciplina non prevede formalmente alcun limite all'intervento derogatorio dell'autonomia collettiva, facendo così sorgere il dubbio di una incondizionata libertà della fonte negoziale.

Sussistono in verità numerose ragioni per escludere – come già precisato dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011[95] – che l'intervento della fonte negoziale possa tradursi in una violazione degli obblighi sanciti dalla direttiva europea, specialmente nella parte in cui impone ai legislatori nazionali di apprestare efficaci misure di prevenzione degli abusi del termine.

In questa logica alla contrattazione collettiva può essere allora riconosciuto il potere di ridurre o aumentare il limite dei 36 mesi, di introdurre limiti diversi o di escludere dal computo gli intervalli più lunghi[96], restando invece esclusa, in ragione dei vincoli derivanti dalla disciplina europea, la completa rimozione di quel limite o della sanzione della conversione[97].

Allo stesso modo deve concludersi con riguardo al rinvio in materia di lavoro stagionale contenuto nell'art. 21, comma 2, dovendosi ritenere che i contratti collettivi non siano legittimati alla individuazione di qualunque fattispecie, ma soltanto di ulteriori ipotesi di lavoro stagionale rispetto a quelle che saranno definite tramite decreto ministeriale[98].

Una più ampia riflessione merita invece il rinvio dell'art. 21, il quale, a differenza del d.l. n. 34/2014[99], riconosce ai contratti di qualunque livello, compresi quelli aziendali, la facoltà di regolare diversamente la percentuale di contingentamento[100].

Anche in questo caso è ragionevole supporre, in mancanza di esplicite indicazioni, che l'autonomia collettiva possa introdurre non soltanto limiti inferiori[101] ma anche superiori alla soglia legale[102] e che possa altresì modificarne i criteri di calcolo[103] o disporre limiti quantitativi differenti in ragione dei diversi livelli di inquadramento. Ciò che invece deve ritenersi preclusa è la completa abolizione di quella percentuale o la sua fissazione in misura superiore al 50% che renderebbe di fatto minoritario il contratto a tempo indeterminato.

Una diversa lettura nel senso di una più ampia facoltà derogatoria dell'autonomia collettiva non può ignorare infatti che, mentre in passato le soglie quantitative negoziali operavano nel regime di causalità del termine, assumendo così una valenza ulteriore e aggiuntiva rispetto al criterio della temporaneità, nell'attuale regime di acausalità quelle percentuali sono invece destinate a sostituirsi all'unico limite legale di ricorso alla fattispecie[104].

La contrattazione collettiva è così investita del potere di decidere direttamente il rapporto quantitativo tra il contratto a termine e quello a tempo indeterminato e sarà certo interessante osservare come tale ruolo sarà esercitato dalle parti sociali[105]. È proprio la delicatezza di tale ruolo, unitamente al principio di necessaria preminenza del contratto a tempo indeterminato, che porta così ad escludere la possibilità che l'autonomia collettiva possa rimuovere quel limite o determinarlo in misura tale da rendere il contratto a termine quantitativamente prevalente rispetto a quello a tempo indeterminato.

---

(94) Cfr. G. Santoro Passarelli, *Il contratto aziendale in deroga,* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 254/2015.

(95) Vedi sul punto l'interpello del Ministero del lavoro n. 30 del 2 dicembre 2014, il quale aveva espressamente chiarito che «l'intervento della contrattazione di prossimità non potrà comunque rimuovere del tutto i limiti quantitativi previsti dalla legislazione o dalla contrattazione nazionale ma esclusivamente prevederne una diversa modulazione».

(96) Con riguardo alla previsione contenuta nell'art. 5, comma 4-*bis,* del d.lgs. n. 368/2001 v. Franza G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento,* Giuffrè, Milano, 2010, p. 294; G. Ferraro, *Il contratto a termine tormentato,* in *Mass. Giur. Lav.,* 2008, p. 739 ss. Per un'analisi delle previsioni introdotte sul punto dalla contrattazione collettiva v. I. Alvino, *Autonomia collettiva e legge nella regolazione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *op. cit.*, p. 57 ss.

(97) Ancora G. Franza, *op. cit.*, p. 295.

(98) Con riferimento all'analoga previsione contenuta nell'art. 5, comma 4-*ter,* del d.lgs. n. 368/2001, la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, p. 12, ha ritenuto invece che l'autonomia collettiva fosse abilitata alla individuazione anche di attività non stagionali.

(99) Nel senso della esclusione di un autonomo intervento della contrattazione aziendale C. Alessi, *op. cit.,* p. 97. *Contra* nel senso di una «titolarità di fatto della contrattazione aziendale sull'istituto» M. Tiraboschi, P. Tomassetti, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi,* in M. Tiraboschi (a cura di), *op. cit.,* p. 26.

(100) Ai sensi dell'art. 32, comma 2, nella somministrazione a tempo determinato – in mancanza di un limite legale – la percentuale di contingentamento è invece soltanto quella eventualmente stabilita dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore.

(101) Così Gragnoli E., *op. cit.,* p. 436; Calcaterra L., *op. cit.,* p. 1318.

(102) In questo senso M. Brollo, *op. cit.,* p. 588; C. Alessi, *op. cit.,* p. 96 ss.; A. Preteroti, *op. cit.,* p. 63.

(103) Secondo la circolare del Ministero del Lavoro n. 18 del 2014, p. 5, la contrattazione collettiva sarebbe ad esempio autorizzata a modificare la scelta legislativa di "fotografare" la realtà aziendale al 1° gennaio dell'anno di assunzione.

(104) Cfr. C. Alessi, *op. cit.,* p. 98.

(105) Nel senso di una valorizzazione dell'autonomia collettiva anche L. Calcaterra, *op. cit.,* p. 1317 ss.