

Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine*

Alessandro Riccobono

1. Il lavoro a termine e le sue incessanti tensioni interpretative. 284
2. Il regime delle proroghe nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015: sulla necessità della forma scritta ai fini del prolungamento del termine di durata. 286
3. La tesi della non necessità della forma scritta secondo la Corte di Cassazione: una posizione da ripensare. 289
4. Le perduranti ambiguità sulla forma della proroga dopo le modifiche della l. n. 96/2018: le questioni risolte e quelle ancora da risolvere. 290
5. «Trova le differenze»: l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 e l'obbligo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato in caso di somministrazione. 294
6. Disciplina delle proroghe e vincoli di forma: per una lettura conforme al diritto eurounitario. 296

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 403/2019

1. Il lavoro a termine e le sue incessanti tensioni interpretative.

In un recente saggio dedicato agli interventi di riordino delle tipologie contrattuali attuati con il cosiddetto «*Jobs act*», Francesco Santoni affermava che «l'attuale fase di sviluppo del diritto del lavoro si caratterizza per il variegato pluralismo delle forme lavorative, di fronte alle quali è difficile configurare un sistema coerente di protezioni giuridiche»⁸⁷⁷.

Questa considerazione si attaglia in modo particolarmente efficace alle vicende regolative del contratto a tempo determinato, la cui disciplina non smette di sollevare questioni interpretative di rilevante interesse teorico e di ancor più significativo impatto pratico, specialmente ove si considerino le percentuali di diffusione dell'istituto nel sistema produttivo italiano⁸⁷⁸.

L'infinita saga delle modifiche legislative che hanno riguardato il lavoro a termine – le ultime delle quali sono state apportate dalla l. 9 agosto 2018, n. 86 («Decreto Dignità»)⁸⁷⁹ – ha avuto come protagonista principale l'obiettivo di contemperare l'interesse delle imprese alla flessibilità occupazionale e quello dei lavoratori alla prevenzione degli abusi derivanti dalla condizione di instabilità dell'impiego temporaneo.

Rispetto a tale scopo, di particolare rilievo sono le innovazioni che hanno riguardato la disciplina delle proroghe e dei rinnovi, con l'introduzione di limiti orientati a contenere i rischi di precarizzazione e a garantire certezza alla gestione dei rapporti di lavoro, anche nella prospettiva della rimozione dei contrasti interpretativi e delle occasioni di contenzioso che l'utilizzo di tale forma contrattuale ha storicamente generato⁸⁸⁰.

Allo stato attuale, e nonostante le oscillazioni legislative sospingano rapsodicamente l'istituto tra i due poli del liberismo e del garantismo⁸⁸¹, il quadro delle regole sul prolungamento della durata del contratto a termine è stabilizzato su una posizione sostanzialmente rispettosa dei vincoli im-

⁸⁷⁷ Cfr. F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, ADAPT University Press, 2014, 116 ss.

⁸⁷⁸ Cfr. il rapporto diffuso da Istat, Inps, Inail e Anpal, *Il mercato del lavoro 2018. Verso una lettura integrata*, Roma, 25 febbraio 2019, in <https://www.istat.it/it/files/2019/02/Rapporto-mercato-del-lavoro.pdf>. Per una lettura del fenomeno in chiave economica, cfr. C. DELL'ARINGA, F. DE NOVELLIS, M. BARBINI, V. COMEGNA, *L'esplosione dei contratti a termine: fattori ciclici o strutturali?*, *Arel*, 2018, 9 ss.; B. ANASTASIA, *I rapporti di lavoro a tempo determinato nel mercato del lavoro italiano: rilevanza, funzioni, regolazione*, in A. BOLLANI, P.A. VARESI (a cura di), *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, Milano, 2019, 7 ss.

⁸⁷⁹ Cfr., tra i primi commenti, L. MARIUCCI, *Luci e ombre del decreto-dignità*, in *Comma2.it*, 7 agosto 2018; F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustizia Civile.com*, 3 settembre 2018; A. GARILLI, *Introduzione ai Seminari di Bertinoro, Dal "contratto di governo" agli interventi legislativi*, 28-29 novembre 2018, dattiloscritto, 1 ss.; A. BELLAVISTA, *Le prospettive della tutela della persona del lavoratore tra le politiche del nuovo Governo gialloverde e le tendenze del diritto europeo*, *ivi*, dattiloscritto, 1 ss.; L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, n. 377/2018, 1 ss.; V. FILÌ, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, *LG*, 2018, 869 ss.; F. DI NOIA, *"Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 381/2018, 1 ss.

⁸⁸⁰ Ancora F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, cit. 118.

⁸⁸¹ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La vicenda del contratto a termine come metafora della legislazione del lavoro a cavallo del secolo*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Napoli, 2018, 323.

posti dal diritto eurounitario, pur in un contesto che consente di cumulare una pluralità di proroghe e rinnovi entro un limite di durata massima oggi portato a ventiquattro mesi⁸⁸².

Restano tuttavia rilevanti zone d'ombra dovute in parte alla non felice formulazione delle disposizioni che regolano a vario titolo il sistema delle successioni e, più al fondo, all'assenza di una chiara scelta di indirizzo da parte del legislatore su alcuni snodi nevralgici della disciplina del rapporto *in fieri*. Dalle opzioni interpretative che ad esse saranno riservate in sede giurisprudenziale dipende l'effettività degli ingranaggi antiabusivi costruiti dal d.lgs. n. 81/2015 e, di conseguenza, la loro complessiva tenuta rispetto agli obblighi previsti dalla clausola 5 dell'Accordo quadro annesso alla Direttiva n. 99/70/UE.

L'interrogativo che si intende porre in queste brevi note riguarda l'esistenza o meno di un obbligo di forma scritta per la proroga del contratto a tempo determinato.

Al riguardo, va subito precisato che la questione si pone soprattutto con riferimento alla formulazione dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, antecedente alle modifiche apportate dal «Decreto dignità»⁸⁸³. Essa merita attenzione in ragione della lunga coda applicativa che tale disciplina è destinata a produrre sul versante giudiziale, considerato che il regime transitorio di cui all'art. 1, comma 2, l. n. 96/2018, assoggetta i contratti preesistenti all'applicazione delle vecchie regole in tema di proroghe e rinnovi, disponendo l'applicazione di quelle nuove soltanto a partire dal 1° novembre 2018⁸⁸⁴.

Come si avrà modo di vedere, tuttavia, il problema non è stato risolto, se non in parte, neppure dalla «mini riforma» del 2018⁸⁸⁵. Ed infatti, analoghi aspetti problematici, seppure in misura più contenuta, si pongono anche in seguito alla novella del citato art. 21, ove continua a non essere chiaro se la libertà di proroga concessa durante i primi dodici mesi del contratto a termine possa prescindere o meno dalla sua comunicazione in forma scritta.

⁸⁸² Per una riflessione di insieme in chiave critica, cfr. E. ALES, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*, in *RIDL*, 2015, I, 301 ss.; M.P. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, 2015, 635 ss.; V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in *RGL*, 2014, I, 709 ss.

⁸⁸³ Sulla riforma operata dal d.lgs. n. 81/2015, cfr. V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in *ED, Annali*, IX, Milano, 2016, 499 ss.; R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, 2015, 765 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act*, in *DLRI*, 2015, 611 ss.; M. ESPOSITO, *Il lavoro a termine*, in M. ESPOSITO, L. GAETA, R. SANTUCCI, A. VISCOMI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale*, Vol. III, *Mercato, contratto e rapporti di lavoro*, Torino, 2015, 33 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2015, 19 ss.; L. FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 99 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*, 1 ss.

⁸⁸⁴ Sulle numerose questioni poste dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 87/2018, alla luce delle modifiche operate in sede di conversione dalla l. n. 96/2018, cfr. A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto Dignità*, in *ADL*, 2018, I, 1012; A. UBERTI, *Contratti a termine, somministrazione e tutele crescenti nel "Decreto dignità"*, in *LG*, 2018, 977 ss.

⁸⁸⁵ Sulle modifiche apportate al lavoro a termine dal «Decreto dignità», cfr. A. BOLLANI, *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, in A. BOLLANI, P.A. VARESI (a cura di), *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, Milano, 2019, 21 ss.; A. M. MINERVINI, *Il "decreto dignità" per i lavoratori e per le imprese e la nuova disciplina del contratto a termine*, in *DRI*, 2019, 359 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 380/2018*, 1 ss.; L. MENGHINI, *Contratto di lavoro a termine e contratto a tempo indeterminato: attualità di una alternativa*, in *Labor*, 2018, 253 ss.; M. MARAZZA, *Decreto dignità: prime considerazioni sulle novità in materia di contratto di lavoro a termine e somministrazione di lavoro*, *Giustizia Civile.com*, 12 luglio 2018.

2. Il regime delle proroghe nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015: sulla necessità della forma scritta ai fini del prolungamento del termine di durata.

Nella formulazione originaria dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, non vi erano indicazioni in ordine alle modalità di comunicazione della proroga da parte del datore di lavoro. La disposizione stabiliva che il contratto a tempo determinato potesse essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto fosse stata inferiore a trentasei mesi, e comunque per un massimo di cinque volte nell'ambito del medesimo arco temporale, a prescindere dal numero dei contratti. In caso di superamento del numero delle proroghe, operava la sanzione della trasformazione del contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della sesta proroga.

L'individuazione di modalità di comunicazione che permettano di stabilire con certezza se e quante volte il contratto sia stato prorogato assume rilevanza centrale ai fini della distinzione con la contigua fattispecie della prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza del termine. Diverso è infatti l'apparato sanzionatorio collegato alle due fattispecie: in caso di violazione dei limiti alle proroghe opera direttamente la «conversione», mentre la mera continuazione oltre la scadenza è punita inizialmente con l'obbligo di corrispondere una maggiorazione retributiva e, successivamente, con la trasformazione del rapporto con efficacia *ex nunc*, ove vengano superati i periodi di tolleranza previsti dall'art. 22 (rispettivamente trenta giorni per i contratti di durata inferiore a sei mesi e cinquanta giorni per tutti gli altri).

Ora, sebbene le disposizioni di riferimento non impongano l'osservanza di uno specifico obbligo di forma per la comunicazione della proroga, l'utilizzo dell'atto scritto sembra essere l'unica modalità in grado di separare con certezza l'ipotesi del prolungamento della durata del rapporto da quella della sua prosecuzione di fatto, garantendo l'effettività del richiamato regime sanzionatorio.

Per argomentare questa conclusione è opportuno partire dall'art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81/2015. Tale disposizione stabilisce che «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto, una copia del quale deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione». Il legislatore ha dunque imposto l'utilizzo della forma scritta come requisito di validità del contratto a termine, stabilendo che la sua violazione determina la caducazione della clausola accessoria e la riespansione del modello contrattuale comune a tempo indeterminato⁸⁸⁶.

*Come è noto, secondo le tradizionali regole civilistiche i vincoli di forma previsti ad substantiam riguardano gli elementi essenziali dei negozi giuridici, mentre ne restano tendenzialmente esclusi quelli accidentali*⁸⁸⁷. Nell'ambito della disciplina lavoristica, tuttavia, il termine non può essere

⁸⁸⁶ Sul punto, Cass. 5 febbraio 2018, n. 2774, in *Dejure*, ha da ultimo precisato che «ai fini del riconoscimento della legittimità del contratto a tempo determinato, il rispetto della forma scritta della clausola appositiva del termine – prevista ad substantiam – presuppone la avvenuta sottoscrizione del contratto stesso ad opera del lavoratore in momento antecedente o contestuale all'inizio del rapporto. Non è sufficiente la consegna al predetto lavoratore del documento sottoscritto dal solo datore, anche se seguita dall'espletamento di attività lavorativa, perché non è suscettibile di esprimere inequivocabilmente una accettazione (peraltro irrilevante ove manifestata per fatti concludenti) della durata limitata del rapporto, ma, plausibilmente, la semplice volontà del lavoratore di esser parte di un contratto di lavoro.

⁸⁸⁷ Cfr. per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile – Il contratto*, III, Milano, 2000, 283 ss.

considerato un semplice elemento accidentale del contratto. La sua apposizione qualifica infatti l'essenza del rapporto e ne denota l'eccezionalità rispetto allo schema negoziale ordinario, così come si desume già dal Preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva n. 99/1970/UE⁸⁸⁸. L'imposizione della forma scritta *ad substantiam* si giustifica dunque in ragione della instabilità della relazione a tempo determinato e ai rischi di precarizzazione che essa può scaricare su lavoratore. Anche in assenza di un'apposita previsione, pertanto, la proroga del termine non può che soggiacere al medesimo requisito di forma previsto per la stipulazione iniziale.

Questa ricostruzione è già stata prospettata dalla giurisprudenza di merito intervenuta nel vigore del d.lgs. n. 368/2001. Un'interessante sentenza del Tribunale di Bolzano, ad esempio, ha affermato che «l'iniziale apposizione del termine nel sinallagma genetico del negozio non può che riverberare i suoi effetti anche sul sinallagma funzionale del contratto, trattandosi, la proroga, di un negozio bilaterale di secondo grado, incidente su un elemento essenziale di un contratto, rappresentato dal termine, che è pur sempre eccezionale rispetto al tipo contrattuale generale rappresentato dal contratto di lavoro a tempo indeterminato»⁸⁸⁹. In altre parole, poiché la proroga costituisce uno sviluppo del contratto, la sua apposizione, a seguito di previo accordo bilaterale fra lavoratore e datore di lavoro, deve necessariamente rivestire la forma scritta⁸⁹⁰.

Il diritto del lavoro dialoga ormai stabilmente con il cosiddetto «neoformalismo di protezione»⁸⁹¹. Il fenomeno del ritorno alle forme ha interessato numerosi settori dell'ordinamento (ad es. la normativa bancaria e sui contratti del mercato finanziario, la legislazione in tema di consumatore, la subfornitura, ecc.), apportando trasparenza e permettendo il riequilibrio delle relazioni negoziali caratterizzate da disparità di poteri contrattuali, tecnologici o economici⁸⁹². Dalla tradizionale

⁸⁸⁸ Sul rapporto fra contratto a termine e a tempo indeterminato e la sua evoluzione nella legislazione italiana cfr., A. BELLAVISTA, *La Direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa* Torino, 2003, 4 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino 2015, 1 ss.; 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 *RGL*, 2016, I, 316 ss.; P. ALBI, *Il rapporto tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *DLRI*, 2015, 625 ss.; S. BELLOMO, *La "forma comune" tra il Jobs Act e i principi costituzionali*, in F. CARINCI (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Adapt labour studies e-Book series n. 54, 2016, 209 ss.; A. PRETEROTI, *Contratto a tempo determinato e forma comune di rapporto di lavoro dopo il Jobs Act*, Torino, 2016, 26 s.

⁸⁸⁹ Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, in *Dejure*; Trib. Milano, 27 settembre 2002, in *RCDL*, 2002, 99. In dottrina già M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 75; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, t. I, 1104 ss. cit., 1106; S. BRUNO, *La disciplina della proroga, dei rinnovi e del diritto di precedenza*, in A. GARILLI, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la l. 6 agosto 2008*, n. 133. *Pubblico e privato a confronto*, Torino, 2009, 96 ss.

⁸⁹⁰ Secondo Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, cit., la circostanza che il lavoratore abbia continuato a prestare la propria attività oltre l'iniziale termine non dimostra per fatti concludenti la stipulazione di un valido patto di proroga, atteso che lo stesso legislatore ha valutato tale accadimento non già come manifestazione tout court della volontà di continuare il rapporto di lavoro, bensì collegando meri effetti economici a vantaggio del lavoratore, secondo quanto previsto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001.

⁸⁹¹ Cfr. M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, ma già G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1989, 555. Più recentemente L. ANGIELLO, *Forma e formalismo nel diritto del lavoro*, in *LG*, 2012, 645.

⁸⁹² Cfr. E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impresa*, 2018, 217 ss.; P. CAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, *ivi*, 2016, 1463 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'incerto incidere del formalismo di protezione tra usi e abusi*, *ivi*, 2013, 299 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; U. BRECCIA, *La forma*, Milano, 2006;

concezione secondo cui gli adempimenti formali costituiscono ostacoli alla rapidità del commercio⁸⁹³, si è passati all'idea che essi rappresentino una risorsa proprio nei mercati di massa, potendo attribuire incontestabilità e univocità ai traffici contrattuali e così agevolare la circolazione della ricchezza⁸⁹⁴. Oltre a tutelare il contraente debole, infatti, il formalismo può recare vantaggi anche alle imprese, nella misura in cui comprime gli spazi lasciati alla verifica *ex post* del giudice e i conseguenti rischi di decisionismo dell'interprete.

La rivalutazione degli obblighi documentali che è emersa a partire dalla produzione legislativa dei primi anni duemila ha molto ridimensionato, se non proprio svuotato di contenuto, il principio generale della libertà della forma⁸⁹⁵. Al contempo, la tradizionale ripartizione tra obblighi formali previsti per la validità o per la prova dell'atto è stata arricchita dalla categoria della forma *ad regularitatem*, la quale viene diffusamente richiamata nel discorso giuridico civilistico per indicare l'insieme di prescrizioni formali accomunate da un programma normativo di armonizzazione della contrattazione e tutela degli interessi collettivi dei soggetti più deboli⁸⁹⁶.

Nell'ambito dei contratti di lavoro flessibile, la diffusione di questa tecnica ha permesso di assicurare l'autenticità della volontà del prestatore di lavoro di fronte a schemi e vicende negoziali che comportano deviazioni funzionali rispetto alla disciplina comune, contribuendo ad arginare i rischi di sfruttamento legati alle asimmetrie informative e operando più in generale come strumento di legalizzazione del mercato del lavoro⁸⁹⁷. Se la forma vincolata assolve innanzitutto una funzione di certezza della vicenda contrattuale al momento della stipulazione, a maggior ragione essa dovrebbe trovare applicazione per gli atti destinati a modificare un rapporto che sia già stato costituito tramite atto scritto.

In questa prospettiva, l'obbligo di rispettare la forma scritta per la modifica della durata iniziale del contratto a termine discende dagli ordinari principi civilistici sui negozi formali, laddove la previsione della forma scritta *ad substantiam* in sede di stipulazione attrae nel medesimo regime vincolato tutte le successive vicende modificative del rapporto⁸⁹⁸.

E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; M. MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, Torino, 2004; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in RCDP, 2001, 396 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1997.

⁸⁹³ Cfr. per tutti M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in ED, Milano, 1968, 988 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 284 ss.

⁸⁹⁴ Cfr. G. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 5 ss.; G. MESSINA, "Libertà di forma" e nuove forme negoziali, Torino, 2004, 81 ss.

⁸⁹⁵ L'esistenza di tale principio è peraltro oggetto di risalente contestazione nella dottrina civilistica. Cfr. N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, 43 ss.; ID., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in AA. VV., *La forma degli atti nel diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 449 ss.; P. PERLINGIERI, *Forme dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 322 ss. Per una lettura volta a smitizzare la contrapposizione tra la regola della libertà e l'eccezione della forma vincolata cfr. R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 2004, 709 ss.

⁸⁹⁶ Cfr. già F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 311. Da ultimo, E. Tosi, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., 14 ss.; M.C. ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale, documentazione informatica*, in *Contr. e impresa*, 2001, 156.

⁸⁹⁷ Cfr. G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, cit., 577.

⁸⁹⁸ Cfr. Cass. 27 maggio 1971, n. 1573; Cass. 2 gennaio 1997 n. 2; Cass. 14 maggio 1993, n. 5486, Cass. 18 giugno 2003, n. 9687, tutte in *Dejure*. Le pronunce affermano che, quando il legislatore, derogando al principio di libertà della forma indirettamente sancito dall'art. 1350 cod. civ., richiede la scrittura *ad substantiam*, questo elemento formale investe tutte le dichiarazioni di volontà dei contraenti, le quali, per avere rilevanza giuridica, debbono essere manifestate per iscritto.

3. La tesi della non necessità della forma scritta secondo la Corte di Cassazione: una posizione da ripensare.

Nell'unica sentenza di legittimità sinora intervenuta in materia, la Corte di Cassazione ha preso posizione in senso opposto alla tesi sinora prospettata⁸⁹⁹. La pronuncia ha scrutinato una vicenda assoggettata *ratione temporis* al d.lgs. n. 368/2001, precisando che il datore di lavoro può comunicare la proroga del contratto a termine senza avvalersi della forma scritta, atteso che la mancata previsione di tale vincolo risulta bilanciata dagli altri meccanismi antiabusivi previsti dalla legge, ed essenzialmente dal fatto che la proroga, per esser valida, deve essere comunque giustificata da ragioni obiettive ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 368/2001.

Secondo la S.C., l'onere di provare l'esistenza delle ragioni obiettive a sostegno della proroga – posto in via di eccezione a carico del datore di lavoro – è in grado di compensare efficacemente la mancata previsione della forma scritta, poiché permette di tracciare una linea di confine certa con la diversa fattispecie della prosecuzione di fatto oltre la scadenza del termine iniziale e con il suo peculiare apparato sanzionatorio.

Proprio perché resa su un assetto regolativo differente, tuttavia, questa pronuncia non può essere richiamata come un precedente cui dare continuità, costituendo piuttosto un utile strumento di comparazione per argomentare la diversa conclusione cui si deve pervenire nel nuovo quadro normativo di cui al d.lgs. n. 81/2015 (prima e dopo le modifiche apportate dalla l. n. 96/2018).

Segnatamente, il principio di diritto formulato dalla Corte di Cassazione si attaglia ed è in grado di reggere dal punto di vista sistematico proprio perché elaborato con riguardo ad un sistema regolativo in cui l'apposizione del termine al contratto di lavoro era sottoposta al vincolo inderogabile della ricorrenza di ragioni oggettive sia nella fase iniziale sia al momento della proroga. L'art. 4, d.lgs. n. 368/2001, infatti, assoggettava la proroga al consenso del lavoratore e autorizzava un unico prolungamento della durata iniziale, entro il limite dei trentasei mesi, a condizione che l'estensione fosse richiesta da ragioni oggettive e si riferisse alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto era stato stipulato a tempo determinato.

Il rigore della disciplina, che consentiva una sola ed unica proroga e ne imponeva la giustificazione mediante l'ancoraggio ad un'attività temporanea correlata a quella che aveva legittimato l'assunzione a termine, rappresentava garanzia sufficiente per prevenire gli abusi, addossando sul datore di lavoro l'onere della prova circa la sussistenza dell'esigenza giustificativa sopravvenuta e la sua coerenza con l'originaria ragione dell'assunzione a tempo determinato. Si intendeva in questo modo legare l'unica proroga al riproporsi di una esigenza occupazionale transeunte, oggettiva e verificabile, in quanto obbligatoriamente formalizzata già in fase di reclutamento.

È tuttavia evidente che un simile argomento non può più essere avanzato nel regime normativo di cui al d.lgs. n. 81/2015, sia che si esamini il modello proposto dal «Jobs Act», sia che si guardi a quello scaturito dal «Decreto Dignità». Ed infatti, nel primo caso il sistema si caratterizza per una marcata liberalizzazione del modello contrattuale a tempo determinato tanto in fase assuntiva quanto nel momento della eventuale proroga. Al riguardo, è sufficiente rammentare che prima

⁸⁹⁹ Cfr. Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058, in *D&G*, 22 gennaio 2016, con nota di P. DI MICHELE, *Proroga del contratto di lavoro a termine: non necessaria la forma scritta*.

della novella del 2018 non sussisteva alcun obbligo di giustificare l'apposizione del termine al contratto di lavoro, né al momento della stipulazione iniziale, né in caso di proroghe o rinnovi. La disciplina era improntata alla piena a-causalità del contratto di lavoro a termine, con facoltà di prorogare il rapporto iniziale fino a un massimo di cinque volte (comprehensive anche di eventuali rinnovi), con il solo limite del rispetto della durata massima di 36 mesi.

In presenza di un simile quadro normativo, è difficile ritenere che le modalità di perfezionamento della proroga possano essere disallineate rispetto a quelle stabilite per la stipulazione iniziale. Essendo venuti meno i precedenti obblighi di motivare l'assunzione a termine e la proroga, infatti, sono stati sostanzialmente caducati proprio quei meccanismi antiabusivi che la Corte di Cassazione aveva utilizzato per ritenere bilanciato il sistema costruito dal d.lgs. n. 368/2001 e concludere per la possibilità di prescindere dall'uso della forma scritta ai fini della proroga. In un sistema che non impone alcun obbligo di giustificare l'apposizione del termine, la linea di demarcazione tra l'esistenza di una proroga e la mera prosecuzione di fatto del rapporto diviene impercettibile, con intuibili ricadute sul piano processuale: nel caso in cui il lavoratore deduca in giudizio la prosecuzione di fatto ed il superamento dei limiti di tolleranza di cui all'art. 22, d.lgs. n. 81/2015, il datore di lavoro potrà sempre eccepire che la sua volontà era quella di prorogare il contratto e di averla manifestata oralmente o per comportamenti concludenti. In questo modo il contraente più forte diventa l'arbitro della qualificazione giuridica delle diverse fattispecie di prolungamento del termine, col risultato di rendere estremamente difficile sia la distinzione tra proroga e prosecuzione di fatto del rapporto, sia l'accertamento sul rispetto del numero massimo delle proroghe. Il che permetterebbe al datore convenuto di eludere la disciplina sanzionatoria invocata dal lavoratore ricorrente mediante una scelta strategica su ciò che risulti più conveniente dichiarare per sfuggire alla sanzione della conversione.

4. Le perduranti ambiguità sulla forma della proroga dopo le modifiche della l. n. 96/2018: le questioni risolte e quelle ancora da risolvere.

Gli interrogativi sulla forma della proroga si ripropongono, seppure in termini differenti, anche nel nuovo regime normativo scaturente dal d.l. n. 87/2018, conv. dalla l. n. 96/2018.

Con il ritorno ad un regime parzialmente causale, il legislatore ha infatti ridisegnato il perimetro degli obblighi di forma, assegnando all'atto scritto la funzione di esplicitare le nuove esigenze temporanee richieste per la stipula di contratti a tempo determinato della durata superiore a dodici mesi. Alla consueta regola dell'inefficacia della clausola appositiva del termine in caso di inosservanza della forma scritta all'atto dell'assunzione, si aggiunge la nuova previsione di cui all'art. 19, comma 4, secondo periodo, la quale precisa che, «l'atto scritto contiene, in caso di rinnovo, la specificazione delle esigenze di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato».

Sebbene la disposizione non lo preveda espressamente, non vi sono dubbi sul fatto che la mancata indicazione delle ragioni giustificatrici nel documento contrattuale, in presenza delle condizioni sopra indicate, determini la trasformazione del contratto a tempo indeterminato. Oltre ad essere collocata nel medesimo articolo e nel medesimo comma, la previsione che qualifica il contenuto dell'obbligo formale è infatti collegata, anche dal punto di vista sintattico, all'enunciato normativo che la precede, ove è esplicitamente disposto che «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto». D'altra parte, l'art. 21, comma 01, prevede che «il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1», sanzionando espressamente la violazione di tale regola con la sua trasformazione a tempo

indeterminato. Si tratta di una «nullità di protezione», dettata per tutelare il contraente debole attraverso la caducazione della clausola che altera l'equilibrio contrattuale, facendo salvo il contenuto dell'accordo.

Dubbi più consistenti si profilano invece in relazione alla portata applicativa della regola della giustificazione. Premesso che la forma scritta *ad substantiam* è comunque richiesta per ogni ipotesi di rinnovo, in ragione dell'attivazione di un rapporto contrattuale a termine nuovo e separato da quello in precedenza esaurito col medesimo lavoratore, si tratta di capire se l'obbligo di specificare le ragioni debba trovare applicazione per i soli rinnovi che, quand'anche intervenuti entro l'anno dalla stipula iniziale, conducano a superare il termine soglia dei dodici mesi (ad es. contratto avente durata iniziale di sei mesi, rinnovato per ulteriori dodici mesi), ovvero se il legislatore abbia imposto l'obbligo di giustificazione in ogni caso di rinnovo, anche se intervenuto e limitato al primo anno (ad es. contratto avente durata iniziale di sei mesi, rinnovato per altri sei mesi). In quest'ultimo caso, l'adempimento formale relativo all'esplicitazione delle ragioni giustificatrici avrebbe anche valenza sostanziale, con conseguente deroga all'assetto binario delineato in chiave generale dall'art. 19, comma 1, ove la disciplina applicabile al contratto a tempo determinato è scissa in base alla durata *infra* o *ultra* annuale del rapporto.

Ragioni di coerenza sistematica dovrebbero condurre ad optare per la prima soluzione, preservando così la regola generale della a-causalità dei contratti a termine contenuti entro una durata complessiva non superiore a dodici mesi ed evitando il paradosso di imporre oneri giuridici diversi e di entità opposta (nessuna giustificazione vs giustificazione rigorosa) a rapporti di lavoro che non superino la soglia annuale per effetto di un unico contratto a termine ovvero per effetto di una successione di contratti rinnovati entro il medesimo arco temporale.

Tuttavia, l'alternativa prescelta dal legislatore è certamente la seconda. Tanto si desume dal citato art. 21, comma 01, dove si prevede che il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, senza ulteriori specificazioni.

Diverso è invece il regime della proroga. Esso va ricostruito sulla base del combinato disposto degli artt. 19, comma 4, ultimo periodo, e 21, comma 01, secondo periodo. La prima disposizione stabilisce che, in caso di proroga dello stesso rapporto, l'indicazione delle ragioni giustificatrici nell'atto scritto è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi. La seconda prevede che il contratto può essere prorogato «liberamente» nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1.

Di conseguenza, mentre la disciplina in tema di rinnovi impone la sussistenza e l'indicazione per iscritto delle esigenze temporanee in ogni caso di rinnovo, quella in tema di proroghe consente uno o più prolungamenti acausali (entro il limite di quattro), quando il contratto non superi il termine complessivo di dodici mesi. È questa, peraltro, la lettura fornita anche dal Ministero del lavoro con la scarna circolare n. 17 del 31.10.2018, laddove si afferma testualmente che è consentito «prorogare liberamente un contratto a tempo determinato entro i 12 mesi, mentre per il rinnovo è sempre richiesta l'indicazione della causale»⁹⁰⁰.

Al di là del *drafting* normativo poco felice, l'assetto appena delineato suscita perplessità sul piano della coerenza con la filosofia politica del «Decreto dignità»: se quest'ultima coincide con la scelta

⁹⁰⁰ La si veda in <http://www.lavoro.gov.it/documenti-e-norme/normative/Documents/2018/Circolare-n-17-del-31102018.pdf>.

di restringere il campo in cui opera la liberalizzazione del contratto a termine, individuando la soglia di durata massima ritenuta ragionevole a tale scopo, sarebbe stato certamente più opportuno garantire l'unitarietà del sistema attraverso la possibilità di disporre proroghe e rinnovi liberi fino al complessivo limite di dodici mesi. D'altra parte, come si è già detto, l'utilizzo della forma scritta costituisce requisito di validità di qualunque stipulazione di un nuovo contratto a termine fra le stesse parti, indipendentemente dalla durata. Si può dunque ritenere che, per i contratti interamente sottoposti al regime di a-causalità, l'adempimento formale avrebbe già costituito un efficiente presidio a garanzia della certezza e della trasparenza dell'operazione di rinnovo, considerato peraltro che la sua inosservanza determina la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Al contrario, l'obbligo di giustificare qualsiasi rinnovo, anche infra-annuale, non sembra apportare alcun incremento reale all'apparato protettivo contro gli abusi derivanti dalla successione di più contratti a termine, potendo piuttosto tradursi in un formidabile deterrente ai rinnovi proprio nell'area delle relazioni di breve durata, dove maggiori sono i rischi di irretire i lavoratori nella trappola della precarietà. Nell'incertezza generata dalla latitudine semantica delle nuove causali giustificatrici, i datori di lavoro potrebbero scegliere di non rinnovare i contratti scaduti (circo- stanza effettivamente registratasi in massa all'indomani dell'entrata in vigore del d.l. n. 87/2018), ovvero optare per il *turn over* strumentale di più lavoratori su una medesima posizione, con evidente torsione della fisiologia dei rapporti di lavoro temporanei, visti anche nella loro dimensione di strumenti di transizione verso un impiego stabile dei soggetti di cui sono state sperimentate le capacità professionali.

Ancora più criptico è il quadro delle disposizioni che regolano la forma della proroga.

In questo caso, l'unica previsione chiara è quella che impone di specificare le esigenze giustificatrici in caso di proroghe che comportino il superamento della durata complessiva di dodici mesi, poiché ciò presuppone logicamente l'uso della forma scritta. Da essa va ricavata, *a contrario*, la disciplina che regola le proroghe disposte entro la durata annuale. In questo caso, tuttavia, il dettato normativo è alquanto vago e consente ancora una volta letture opposte. Dal punto di vista strettamente letterale, infatti, la norma permette soltanto di desumere la non necessità di indicare le ragioni giustificatrici per le proroghe *infra* annuali, ma non chiarisce se l'esenzione riguardi soltanto il contenuto dell'atto scritto ovvero consenta di prescindere direttamente dalla sua adozione. Nulla al riguardo è precisato dalla già citata circolare n. 17/2018, che si occupa esclusivamente dell'aspetto della giustificazione della proroga, indicando – con interpretazione tra l'altro *praeter legem* – che l'istituto implica che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine e che pertanto «non è possibile prorogare un contratto a tempo determinato modificandone la motivazione, in quanto ciò darebbe luogo ad un nuovo contratto a termine ricadente nella disciplina del rinnovo».

In linea con quanto sinora sostenuto, sarebbe preferibile un'interpretazione che consideri l'utilizzo della forma scritta come presupposto indefettibile di qualsiasi proroga, indipendentemente dalla sua estensione temporale⁹⁰¹. Una simile conclusione, tuttavia, non è affatto scontata, anche

⁹⁰¹ Così anche P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 21.

perché il successivo art. 21, comma 01, permette come detto di prorogare il contratto «liberamente» nei primi dodici mesi, adottando un lessico ancora una volta ambiguo e infelice, in ragione della contrapposizione fra il concetto stesso di libertà e l'eventuale presenza di vincoli, anche solo formali.

Naturalmente, va subito chiarito che la proroga non può ritenersi in alcun modo libera, se non nel senso che all'interno della finestra annuale non occorre fornire una giustificazione, né ovviamente esplicitarla per iscritto. Premesso che la modifica della durata va in ogni caso accettata dal lavoratore, è appena il caso di precisare che la libertà concessa dall'art. 21, comma 01, si arresta di fronte all'obbligo di rispettare il tetto massimo di quattro proroghe nell'arco di ventiquattro mesi a prescindere dal numero dei contratti, pena la trasformazione in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga (cfr. art. 21, comma 1).

Tutto ciò riapre la questione degli obblighi di forma, atteso che una modalità di comunicazione della proroga diversa dall'atto scritto permetterebbe il facile aggiramento del limite quantitativo in una fase del rapporto in cui lavoratore è particolarmente vulnerabile e disponibile ad accettare più prolungamenti di breve durata che, in quanto non documentati, risulteranno facilmente occultabili. Si ripropongono così i problemi già esaminati con riguardo alla disciplina previgente, ed in particolar modo la difficoltà di accertare in giudizio quante proroghe siano state disposte nel corso del periodo libero, unita alla possibilità di «sanare» *ex post* i casi di prosecuzione del rapporto in via di fatto, tramite una strategica riqualificazione del periodo scoperto come proroga intervenuta oralmente o per fatti concludenti. In una simile prospettiva, il datore convenuto in giudizio diverrebbe sostanzialmente l'artefice del suo destino: sia che il lavoratore chieda la conversione, deducendo la prosecuzione di fatto del rapporto ed il superamento delle soglie di tolleranza (ad esempio un contratto di sei mesi, protrattosi per ulteriori sessanta giorni), sia che domandi soltanto la condanna alle maggiorazioni retributive, non essendo state superate le soglie di tolleranza (ad esempio, un contratto di sei mesi, protrattosi per quarantanove giorni), il convenuto potrebbe sempre eccepire di aver comunicato tempestivamente una proroga e paralizzare in questo modo l'operatività dell'intero apparato sanzionatorio di cui all'art. 22, d.lgs. n. 81/2015.

È evidente come una simile conclusione metterebbe a dura prova l'effettività del sistema di protezione contro i pericoli di sfruttamento scaturenti dall'incertezza sulla stabilità del rapporto lavorativo a termine, spostando di fatto sul lavoratore il difficilissimo onere di provare l'esistenza di un evento giuridico che non dispone di altri riscontri al di fuori della mera volontà del datore di lavoro. Al contrario, sul piano processuale l'utilizzo della forma scritta consente di evitare qualsiasi dubbio, atteso che l'imposizione di un vincolo formale *ad substantiam* esclude la possibilità di provare per testimoni o per presunzioni l'intervenuta proroga e la sua comunicazione al lavoratore⁹⁰².

⁹⁰² Cfr. Cass. 5 febbraio 2018, n. 2774, cit., Cass. 8 gennaio 2002, n. 144, in *Dejure*.

5. «Trova le differenze»: l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 e l'obbligo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato in caso di somministrazione.

A differenza del contratto a termine, l'obbligo di disporre la proroga in forma scritta è espressamente previsto nell'ambito della disciplina della somministrazione di manodopera. L'art. 34, d.lgs. n. 81/2015, stabilisce infatti che «il termine inizialmente apposto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore»⁹⁰³. Analoghe previsioni erano dettate, in precedenza, dall'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, e dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 196/1997⁹⁰⁴. La regola si riferisce espressamente al rapporto di lavoro che intercorre tra l'agenzia e il prestatore, che è oggi assoggettato alla medesima disciplina stabilita per il contratto di lavoro a tempo determinato, con le sole esclusioni relative agli intervalli di riassunzione, al regime del contingentamento e al diritto di precedenza, ritenute dal legislatore incompatibili con la struttura e le finalità della somministrazione. Si tratta di una previsione che non risente né della struttura trilaterale della relazione fra agenzia, lavoratore e utilizzatore, né del collegamento negoziale fra contratto commerciale e contratto di lavoro, tanto è vero che essa non trova corrispondenza nelle prescrizioni di forma imposte dall'art. 33 per il contratto fra agenzia e utilizzatore. Essa costituisce pertanto una misura di trasparenza ad esclusiva garanzia del prestatore di lavoro, come dimostra la nuova scelta di assoggettare il contratto di lavoro temporaneo agli stessi vincoli previsti in materia di proroga del contratto a tempo determinato, eccezion fatta per il numero di prolungamenti consentiti, per i quali vige la regolamentazione da ultimo dettata dal Ccnl delle Agenzie di somministrazione⁹⁰⁵. Quanto alle conseguenze sanzionatorie derivanti dal superamento del numero massimo di proroghe, si deve ritenere che trovi applicazione la medesima regola della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato prevista dall'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, con effetti in capo all'agenzia datrice di lavoro. Ed infatti, posto che tale fattispecie non rientra fra i vizi del contratto commerciale cui è dedicato il regime dettato dall'art. 38 per le ipotesi di somministrazione irregolare, non può che ritenersi applicabile la sanzione della conversione in capo al soggetto da cui dipende formalmente il lavoratore, quale naturale conseguenza di una fattispecie di invalidità che affligge il contratto intervenuto fra quest'ultimo e il somministratore.

L'interpretazione che la Corte di Cassazione ha sinora offerto delle prescrizioni di forma in materia di proroga del contratto di lavoro interinale è particolarmente rigorosa. È al riguardo consolidato l'orientamento secondo cui la forma scritta è richiesta *ad substantiam*, quale conseguenza della

⁹⁰³ Cfr. V. FILI, A. RICCARDI, *La somministrazione di lavoro*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 293 ss.; A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro liberalizzata*, in A. PANDOLFO, M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Il codice dei contratti*, Torino, 2016, 155 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

⁹⁰⁴ Cfr. M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, vol. II, 5 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2012, vol. VI, 1306 ss.; F. SANTONI, *I contratti a termine e di lavoro temporaneo*, in *Diritto al lavoro e politiche per l'occupazione. Atti del convegno di studio per il 50° anno della Rivista giuridica del lavoro*, in RGL, 1999, suppl.al n. 3, 141 ss.

⁹⁰⁵ Cfr. il nuovo Ccnl delle Agenzie di somministrazione, sottoscritto il 21 dicembre 2018, che prevede un limite di 6 proroghe nell'arco dei 24 mesi, elevate a 8 se il CCNL applicato dall'utilizzatore contiene un diverso limite di durata. Per un commento cfr. E. MASSI, *Somministrazione: cosa cambia, dal 1 gennaio 2019*, in www.generazionevincente.it.

ricostruzione della proroga come negozio giuridico contrattuale e non già come atto unilaterale del datore di lavoro. Ciò comporta l'esclusione della possibilità di concordare la proroga in forma orale o per comportamenti concludenti, desumendo la volontà del lavoratore dalla prosecuzione della medesima attività lavorativa⁹⁰⁶.

La giurisprudenza di legittimità ritiene tuttavia di non potere applicare la medesima regola alla disciplina del lavoro a tempo determinato *tout court*, poiché l'art. 34, d.lgs. n. 81/2015 (*rectius* le sue precedenti formulazioni vigenti *ratione temporis*), sarebbe norma di stretta interpretazione: trattandosi di una deroga al principio generale di libertà della forma, essa sarebbe insuscettibile di applicazione analogica al di fuori della disciplina per cui è espressamente prevista. Questo ragionamento, in verità, appare eccessivamente formalistico (qui nel senso deteriore del termine), atteso che la proroga del contratto a tempo determinato ha in entrambi i casi natura di negozio giuridico contrattuale e che la prescrizione di forma dettata in tema di lavoro a termine tramite agenzia esaurisce i suoi effetti all'interno del solo contratto di lavoro, senza configurare in alcun modo un elemento di specialità collegato al peculiare schema della fornitura di manodopera. Allo stato attuale, peraltro, la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato tra lavoratore e somministratore risulta sostanzialmente parificata a quella del contratto di lavoro a termine, con le indicazioni più forti che provengono proprio dal regime della proroga, laddove il legislatore ha invertito la precedente scelta di esentare il lavoro tramite agenzia dall'intero regime dettato dall'art. 21, d.lgs. n. 81/2015, nel segno della liberalizzazione dell'istituto⁹⁰⁷. In presenza di *fattispecie* «sostanzialmente, equiparabili», è stata la stessa Corte di Cassazione ad ammettere la possibilità di una applicazione analogica dell'art. 1351 c.c., estendendo l'obbligo di forma scritta a pena di invalidità dell'atto a fattispecie per le quali essa non era stata espressamente prevista⁹⁰⁸.

In ogni caso, non vi sarebbe neppure bisogno di ricorrere all'argomento analogico, dovendosi semplicemente pervenire alla soluzione interpretativa più armonica con le finalità antiabusive che l'obbligo di forma scritta consente di realizzare in tutte le ipotesi in cui si intenda prolungare la durata di un rapporto di lavoro a tempo determinato, sì da valorizzare il nesso che sussiste tra il vincolo di forma e gli interessi che esso è destinato a tutelare.

In precedenza si è avuto modo di rammentare come il principio della libertà delle forme negoziali, già oggetto di autorevoli critiche della civilistica, sia stato progressivamente sopravanzato dall'incedere nei traffici commerciali del nuovo formalismo a carattere protettivo, il quale mette seriamente in discussione l'idea che i vincoli di forma non espressamente previsti dal legislatore non possano essere altrimenti ricavati in via interpretativa⁹⁰⁹. In questa prospettiva, le disposizioni sulla trasparenza del contratto operano come manifestazione del dovere di buona fede, permet-

⁹⁰⁶ Cfr. Cass. 7 ottobre 2016, n. 20225; Cass., 10 ottobre 2014, n. 21520; Cass. 14 luglio 2006, n.16017.

⁹⁰⁷ Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 15 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, 34; A.M. MINERVINI, *Il "decreto dignità" per i lavoratori e per le imprese e la nuova disciplina del contratto a termine*, cit., 369.

⁹⁰⁸ Cfr. Cass. 17 settembre 1981, n. 5144 e, più recentemente, Cass. 9 maggio 2011, n. 10163, in *Dejure*.

⁹⁰⁹ Cfr. già R. SACCO, *La forma*, cit., 709, che ricorda come alcune norme che prevedono forme vincolate sono comunemente oggetto d'interpretazione estensiva e/o di applicazione analogica. In senso analogo P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 809 ss.

tendo la tutela del contraente debole e il suo interesse ad avere piena consapevolezza dello sviluppo della relazione negoziale anche di fronte alla lacunosità di certe disposizioni normative⁹¹⁰.

6. Disciplina delle proroghe e vincoli di forma: per una lettura conforme al diritto eurounitario.

Venuto meno il meccanismo di cui al previgente art. 4, d.lgs. n. 368/2001, che bilanciava l'assenza dell'obbligo di forma scritta, occorre verificare se l'attuale disciplina sulla proroga presenti profili di contrasto con la clausola n. 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a termine allegato alla Direttiva n. 99/70/UE.

Ancorché non richieda l'adozione congiunta di tutte e tre le misure di prevenzione ivi indicate⁹¹¹, tale clausola impone al legislatore domestico di garantire il pieno «effetto utile» della normativa sovranazionale, delineando un quadro regolativo che risponda a criteri di adeguatezza ed effettività contro gli abusi derivanti dall'utilizzo prolungato del lavoro a tempo determinato⁹¹². È vero che l'ordinamento italiano ha sopravanzato il livello minimo di tutela richiesto dalla clausola 5, avendo introdotto sia l'obbligo di giustificare i rinnovi (lett. a), sia un limite alla durata massima dei contratti a tempo determinato (lett. b), sia un tetto al numero dei rinnovi consentiti (lett. c). Tuttavia, un sistema che lascia aperto uno spazio in cui il datore di lavoro può aggirare l'applicazione dei rimedi stabiliti per i casi di violazione del regime delle proroghe e della prosecuzione di fatto, non sembra garantire quella capacità dissuasiva dell'apparato sanzionatorio che la giurisprudenza europea ha più volte posto come condizione necessaria per la corretta trasposizione delle prescrizioni sovranazionali orientate ad uno specifico risultato.

Come è noto, spetta al giudice nazionale «valutare in che misura i presupposti per l'applicazione nonché l'effettiva attuazione delle disposizioni rilevanti del diritto interno costituiscano una misura adeguata per prevenire e, se del caso, punire l'uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato»⁹¹³.

Il compito di evitare la disarmonia con l'ordinamento europeo ricade dunque sulle Corti nazionali, alle quali è richiesto di interpretare il diritto nazionale alla luce del testo e dello scopo della Direttiva n. 99/70/UE, sì da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi all'art. 288, par. 3, TFUE⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Così E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impresa*, 2005, 592 ss., sul punto 614.

⁹¹¹ Cfr. Cgue 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, in *Racc.*, 2006, 443; Cgue, 23 aprile 2009, causa C-378/07, *Angelidaki*, in *Racc.*, 209, 250.

⁹¹² Cfr. da ultimo Cgue 8 maggio 2019, causa C-494/17, *Rossato*, in *Racc.*, 2019, 387; Cgue 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto*, in *Racc.*, 2018, 859, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 383/2019*; Cgue 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, in *ADL*, 2018, II, 888, con nota di N. FRASCA, *Il regime sanzionatorio del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine*; Cgue 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo*, in *DML*, 2014, II, 345, con nota di C. DE MARCO, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)*.

⁹¹³ Cfr. Cgue 7 settembre 2006, Causa C-180/04, *Vassallo*, in *Racc.*, 2006, 518, punto 41, Cgue, 23 aprile 2009, causa C-378/07, *Angelidaki*, cit., punto 164.

⁹¹⁴ Cfr., da ultimo, per un'interessante applicazione del principio di interpretazione conforme, Trib. Trento, 4 dicembre 2018, in *questione giustizia.it*, con nota di I. NASSO, *L'europeseismo giudiziario: notazioni a margine di una sentenza del giudice del lavoro di Trento*, che ha dichiarato illegittima una sequenza di contratti di lavoro a tempo determinato intrattenuti da un lavoratore con diverse società nel formale rispetto dei limiti legali su durata e rinnovi previsti dagli artt. 19 ss., d.lgs. n. 81/2015, ravvisando, nel caso di specie, gli estremi di una condotta datoriale elusiva delle finalità sottese alla clausola n. 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 99/70/UE.

Una lettura sistematica degli artt. 19 e ss., d.lgs. n. 81/2015, ben consente di ricavare l'esistenza di un vincolo di forma scritta per la proroga del contratto di lavoro a tempo determinato. In fondo si tratta solo di una pura formalità.