

Contratti a termine: nuova disciplina (Parte prima)

Eufranio Massi - Esperto in Diritto del lavoro

La legge 16 maggio 2014, n. 78, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 34/2014, rappresenta, nel nostro ordinamento lavoristico, una sorta di “spartiacque” per quel che riguarda la disciplina dei contratti a termine: si giunge, infatti, al traguardo di un percorso iniziato, timidamente, con l’art. 28 della legge n. 221/2012 in favore delle c.d. «start-up innovative» per l’assunzione a tempo determinato del personale e, proseguito, in maniera più incisiva, con le leggi n. 92/2012, n. 99/2013 e, soprattutto, con la contrattazione collettiva, anche di secondo livello, sviluppatasi a partire dal 28 giugno 2013, data di entrata in vigore del D.L. n. 76. Le ragioni giustificatrici che hanno costituito il “perno” della materia non ci sono più e la loro assenza influisce anche sull’istituto della proroga (peraltro, molto ampliato e diverso), non più ancorato alle ragioni oggettive. Si tratta di un passaggio epocale, che è, tuttavia in linea con la Direttiva comunitaria n. 1999/70/Ce e con l’accordo quadro sottoscritto tra Ces, Unice e Ceep (è sufficiente il solo requisito del limite massimo fissato a trentasei mesi, rispetto ai tre possibili ipotizzati anche in alternativa) e che postula un profondo ripensamento dell’istituto, rispetto al quale molti altri aspetti sono stati toccati: ci si riferisce ai limiti numerici legali prima non esistenti, al momento della verifica degli stessi, alle proroghe non più correlate ai singoli contratti, all’introduzione di una sanzione amministrativa applicabile in caso di sforamento della percentuale massima, all’informazione sui diritti di precedenza ed alle nuove previsioni in favore delle donne in astensione obbligatoria per maternità.

D.Lgs. n. 368/2001

L’analisi che segue riguarda tutto l’articolato del

D.Lgs. n. 368/2001 quale si è venuto man mano configurando dopo una serie di interventi normativi successivi, non sempre correlati tra di loro.

La riflessione non dimenticherà di esaminare anche alcune tipologie contrattuali “speciali” che sono fuori dall’ombrello applicativo del decreto legislativo pocanzi citato o che da tale disposizione sono parzialmente “toccati” e che tuttavia sono molto importanti: ci si riferisce, ad esempio, ai contratti a termine dei lavoratori in mobilità, a quelli dei dirigenti, a quelli dei lavoratori marittimi ed a quelli che riguardano il settore pubblico. In questa ultima tipologia il riferimento che l’art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 effettua nei confronti del D.Lgs. n. 368/2001 subisce molti condizionamenti che sono dettati dal fatto che l’apparato pubblico, estremamente variegato e “speciale”, non può, ad esempio, per evidenti motivi, accettare sia la fine delle ragioni giustificatrici che, ad esempio, la conversione automatica del rapporto a tempo indeterminato per superamento del limite massimo dei trentasei mesi, stante la previsione contenuta nell’art. 97 della Costituzione.

Art. I - Apposizione del termine

Fine delle ragioni giustificatrici e introduzione del limite dei 36 mesi

L’art. 1 aveva già subito con la legge n. 247/2007, una integrazione attraverso il comma 01 (abbastanza inusuale fu la numerazione adottata) in base alla quale si affermava che «il contratto di lavoro subordinato è stipulato, di regola, a tempo indeterminato»: tale principio, lungi dal rappresentare una presunzione legale a favore di tale tipologia, stava a significare anche, secondo l’indirizzo amministrativo espresso con la circolare del Ministero del lavoro n. 13 del 2 maggio

2008, che la fattispecie “ordinaria” nei rapporti di lavoro subordinato era rappresentata dal contratto a tempo indeterminato. Tale principio è stato reso più stringente dalla riforma Fornero: infatti il nuovo comma 01, quale scaturisce dall’art. 1, comma 9, della legge n. 92/2012, afferma che «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro, divenendo, in sostanza, una sorta di “contratto dominante”».

Questo principio, complice anche la situazione economica, viene, nella sostanza, ora, di molto attenuato, da quanto viene affermato nel nuovo articolo 1, comma 1: «È consentita l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato, di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell’ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell’art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Fatto salvo quanto disposto dall’art. 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati per ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1º gennaio dell’anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato».

A ciò va aggiunto che l’art. 10, comma 5-bis offre la possibilità di derogare sia al limite di durata dei trentasei mesi che ai limiti legali percentuali in quelle ipotesi che vedono coinvolti gli istituti pubblici e gli enti privati di ricerca che stipulano contratti con lavoratori chiamati, in via esclusiva, a svolgere attività di ricerca scientifica e tecnologica, di coordinamento o di direzione della stessa. Tale deroga, sulla quale si tornerà più diffusamente allorquando si esaminerà l’art. 10, risponde ad una logica strettamente connessa ai bandi di ricerca, anche internazionali, la cui durata può ben essere superiore al triennio.

La fine delle ragioni giustificatrici è quindi l’aspetto veramente innovativo che permea la riforma: a rendere possibile il raggiungimento di questo risultato hanno molto contribuito le pattuizioni collettive nazionali o di secondo livello (si pensi, ad esempio, al contratto del settore alimentare dell’industria ove la «acausalità» era arrivata a ventiquattro mesi ed era possibile farvi ricorso, per un massimo di dodici mesi, pur se il lavoratore aveva già stipulato altri contratti a termine con causale). Allora, per effetto delle disposizioni introdotte con la legge n. 92/2012, il contratto senza ragioni giustificatrici era possibile soltanto se era il primo rapporto di lavoro, cosa che, almeno in dottrina, non aveva portato ad indirizzi uniformi.

Ovviamente, non porre la causale non è un obbligo

e, in alcune ipotesi (si pensi alla stagionalità ed alle ragioni sostitutive) ai fini della esclusione dal computo previsto dai contratti collettivi nazionali è, forse, opportuno continuare a farvi riferimento. In ogni caso, siccome a tali tipologie a termine è correlato il non pagamento dell’addizionale dell’1,40%, in vigore dal 1º gennaio 2013, l’Inps ha avuto modo di tranquillizzare i datori di lavoro attraverso il messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014. L’Istituto ha chiarito che, pur in assenza della motivazione specifica (ci si riferisce alle ragioni sostitutive), i datori di lavoro possono, in ogni caso, continuare a non pagare l’addizionale compilando il flusso uniEmens, valorizzando l’elemento «Qualifica 3» con il previsto codice A.

Ovviamente, l’assenza di ragioni giustificatrici riguarda anche l’ulteriore contratto a tempo determinato, oltre la scadenza dei trentasei mesi (o del limite maggiore fissato dalla contrattazione collettiva) che il datore di lavoro ed il lavoratore (assistito da un rappresentante sindacale) possono sottoscrivere avanti al funzionario della Direzione territoriale del lavoro per una durata massima fissata dalla stessa pattuizione collettiva.

Il limite massimo dei trentasei mesi non riguarda i contratti di lavoro stagionali per i quali è restata invariata la previsione contenuta nell’art. 5, comma 4-ter e che, all’interno del D.Lgs. n. 368/2001, percorrono una strada parallela, destinata a non incontrarsi mai con quella degli altri contratti a termine: infatti, oltre alla non computabilità all’interno dei trentasei mesi intesi quale limite massimo, va ricordato che lo “stop and go” tra un rapporto e l’altro non trova applicazione e che l’esercizio del diritto di precedenza per un nuovo contratto, ora rafforzato attraverso l’informazione contenuta nella lettera di assunzione, riguarda soltanto le ulteriori “campagne stagionali”.

Limite percentuale legale e limite contrattuale

Il Legislatore non si è limitato ad eliminare le ragioni giustificatrici: ha, infatti, introdotto un numero in percentuale oltre il quale, fatte salve specifiche discipline della contrattazione collettiva, non si può andare. Lo stesso viene considerato un limite “accettabile” ed è fissato nel 20% del personale in forza a tempo indeterminato alla data del 1º gennaio dell’anno al quale si riferiscono le assunzioni.

È questo uno degli elementi fortemente innovativi che caratterizza la nuova disciplina dei contratti a tempo determinato pur se, è inutile negarlo, quella che rappresenta una sorta di “rivoluzione planetaria” è la fine delle ragioni giustificatrici e la piena agibilità, in ogni ipotesi, del contratto «acausale».

Il limite del 20% nella stipula dei contratti a termine non riguarda, ad avviso di chi scrive, le Agenzie di somministrazione intese quali datori di lavoro che

stipulano contratti a termine con lavoratori da inviare in missione: è pur vero che il D.Lgs. n. 276/2003 afferma che trova applicazione, per quanto compatibile, il D.Lgs. n. 368/2001, ma è anche vero che una inclusione delle stesse nella casistica generale, oltreché contraria allo spirito della somministrazione, urterebbe con la Direttiva Comunitaria n. 104/2008/Ce che disciplina la somministrazione e che è del tutto diversa e distinta da quella che concerne il contratto a termine.

Prima di andare nel merito delle singole questioni interpretative si ritiene opportuno focalizzare l'attenzione sul testo normativo: «Fatto salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato».

Questa è la frase fondamentale di riferimento dalla quale non si può prescindere ma che, tuttavia, fa salvi (art. 2-bis) i limiti previsti (maggiori o minori) dal Ccnl di riferimento e che consente ai datori di lavoro con un organico dimensionato oltre la percentuale legale di rientrare nei limiti entro il prossimo 31 dicembre a meno che un contratto collettivo applicabile nell'azienda non disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. Tutto questo comporta l'impossibilità per le imprese “renitenti” di stipulare nuovi contratti a tempo determinato fino a quando non sono rientrate nell'aliquota.

La prima riflessione da effettuare riguarda quei datori di lavoro che nell'arco di vigenza del D.L. n. 34/2014 (21 marzo - 19 maggio 2014) hanno assunto a termine fidandosi del testo originario che prevedeva il 20% calcolato sull'organico complessivo senza alcun riferimento alla data del 1° gennaio e che, quindi, avendo computato anche altre tipologie contrattuali e, soprattutto, avendole calcolate al momento dell'assunzione, sono al di sopra dell'aliquota in quanto la legge di conversione ha parlato soltanto di contratti a tempo indeterminato e di una data ben precisa. Si ritiene che il datore di lavoro, in assenza di chiarimenti amministrativi, forniti dal Ministero del lavoro che ha tacito per tutto il periodo di vigenza del provvedimento d'urgenza (ma anche oltre) abbia operato correttamente anche perché, si afferma nelle disposizioni transitorie contenute nell'art. 2-bis della legge n. 78/2014, gli effetti generati dall'applicazione del D.L. n. 34/2014 sono fatti salvi.

La seconda considerazione che balza agli occhi è rappresentata dal fatto che, nella maggior parte dei casi, le imprese continueranno ad applicare l'aliquota contrattuale che, se si eccettua il Ccnl dei bancari e quello dei metalmeccanici che non ne fanno cenno,

è presente nella maggior parte delle pattuizioni collettive più importanti, andando da un 7% nel settore del lavoro elettrico al 35% in quello dell'autotrasporto, con, talora, una sommatoria di ipotesi indistinta tra contratti di lavoro a tempo determinato e contratti di somministrazione, e, talaltra, una dimensione aziendale diversa ove il riferimento contrattuale è all'unità produttiva (ad esempio, il contratto del terziario) e non all'azienda nel suo complesso.

Il riferimento al dettato contrattuale fa sì che in quelle aziende che, all'interno della propria organizzazione, applicano più contratti collettivi (ad esempio, terziario per la rete di distribuzione e tessile per quella di produzione), si debbano, necessariamente, tenere distinte le posizioni del personale a cui si applica un contratto da quelle di coloro che, invece, hanno come riferimento, l'altro accordo collettivo, con la conseguente specifica del numero dei contratti a termine stipulabili, secondo le diverse previsioni.

Rispetto del dettato contrattuale applicato, significa anche, rispettare la percentuale complessiva tra contratti a termine e contratti di somministrazione che molti accordi nazionali richiamano indistintamente, per cui se il numero non fa alcuna distinzione a quello occorre attenersi, sommando le due tipologie.

Già qualche settore, approfittando della previsione contenuta nell'art. 10, comma 7, sta aggiornando la propria disciplina sul contratto a termine alla luce delle novità introdotte con la legge n. 78: è il caso, ad esempio, di Federalberghi, Faita e organizzazioni sindacali Filcams Cgil, Fisascat Cisl e Uiltucs Uil che, nel turismo, hanno confermato, con l'accordo del 16 giugno 2014, la percentuale del 20% già in essere alle imprese dimensionate con più di cinquanta dipendenti, mentre per quelle minori hanno previsto un numero di contratti a termine “a fasce” rapportato al numero del personale in forza a tempo indeterminato, compresi gli apprendisti, focalizzato al momento della instaurazione del rapporto e non, come fa la legge, al 1° gennaio dell'anno al quale si riferiscono le assunzioni. La previsione circa l'inserimento del personale apprendista (cosa che, potenzialmente, fa crescere il numero dei contratti a tempo determinato stipulabili) nella base di calcolo è stata possibile alla luce di quanto affermato dall'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 167/2011, il quale consente alla legge (che nel caso di specie, non sembra averlo fatto, o alla contrattazione collettiva, che nel settore turistico lo ha previsto) di derogare al principio generale della non computabilità ai fini dell'applicazione di istituti previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva.

Un discorso del tutto analogo è intervenuto il 1° luglio con il rinnovo del Ccnl per il settore edile, sottoscritto dall'Ance, dalle Organizzazioni del mondo cooperativo e dalle strutture di categoria di Fillea Cgil, Filca Cisl e Feneal Uil.

Il nuovo art. 93 (per le imprese edili cooperative è,

invece, l'art. 32, lettera b), dopo aver fatto proprio quanto affermato dalla legge n. 78/2014, integrativa del D.Lgs. n. 368/2001, relativamente alla «acausalità», alle cinque proroghe nell'arco temporale di trentasei mesi e del diritto di precedenza, e dopo aver ripetuto le disposizioni che, per legge, vietano il ricorso al tempo determinato e dopo aver ribadito le esclusioni ex art. 10, comma 7, riduce, innanzitutto, l'intervallo tra un contratto tempo determinato e l'altro a cinque e dieci giorni a seconda che la durata del precedente rapporto sia stata fino a sei mesi o superiore in una serie di ipotesi che sono quelle, di gran lunga, più ricorrenti:

- a)** avvio di un nuovo cantiere;
- b)** avvio di una specifica fase lavorativa nel corso di un lavoro edile;
- c)** proroga dei termini di un appalto;
- d)** assunzione di giovani fino a 29 anni e soggetti di età superiore ai 45 anni;
- e)** assunzione di cassaintegrati;
- f)** assunzione di disoccupati e inoccupati da almeno sei mesi;
- g)** assunzione di donne, di qualsiasi età, prive di impiego retribuito da almeno sei mesi, residenti in aree geografiche il cui tasso di occupazione sia inferiore almeno del 20% di quello maschile.

La percentuale contrattuale dei contratti a tempo determinato, cumulata con quelli di somministrazione, non può superare il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato intesi come media riferita all'anno civile (1° gennaio - 31 dicembre), precedente quello dell'assunzione. Le frazioni eventualmente risultanti dai conteggi sono, sempre, arrotondate all'unità superiore. Una ulteriore aliquota pari al 15% di assunzioni con contratto a termine può essere effettuata esclusivamente con riferimento ai lavoratori iscritti in Blen.It, che sono le iniziali di Borsa Lavoro Edile Nazionale. Le imprese edili con un organico fino a cinque dipendenti possono sempre effettuare una assunzione con contratto a termine.

Tornando al testo normativo non si può che sottolineare come il Legislatore abbia individuato il momento ed il modo nel quale va calcolata la percentuale del personale in forza nell'anno di riferimento. Esso è il 1° gennaio dell'anno al quale si riferisce l'assunzione ed il computo va effettuato soltanto sul personale in forza a tempo indeterminato. Ciò significa che la "fotografia" non tiene assolutamente conto di altro personale, a vario titolo, in organico, come i lavoratori a termine, quelli accessori, quelli con contratto di lavoro intermittente a tempo determinato o quelli che sono titolari di rapporti di natura autonoma. L'aver individuato, quale riferimento la data del 1° gennaio, indubbiamente favorisce la contabilità, soprattutto se rapportata ad altri criteri presenti nella contrattazione collettiva che fanno riferimento alla media semestrale od annuale. Tuttavia, la scelta

adottata dal Legislatore presenta alcune criticità che possono così evidenziarsi:

- a)** se un'azienda nasce in corso d'anno, in quale momento si quantifica il personale, atteso che all'atto della costituzione potrebbero esserci pochi dipendenti a tempo indeterminato o forse anche nessuno? Il problema è abbastanza rilevante sol che si pensi alla circostanza che la non computabilità per l'inizio delle nuove attività è rimessa soltanto alla determinazione della contrattazione collettiva.
- b)** se un'azienda, durante l'anno incorpora un'altra impresa fondendosi o costituendo un nuovo soggetto giuridico, quale è la soluzione da adottare ai fini del limite percentuale?
- c)** se, durante l'anno, a seguito di acquisizione, anche in virtù di una norma contrattuale, di personale già in forza presso un altro datore di lavoro a seguito di cambio di appalto o, comunque, di successione nel contratto, cresce il numero dei dipendenti, si resta ancorati all'organico fissato al 1° gennaio pur se lo stesso è notevolmente aumentato in corso d'anno? E se ciò determina un aumento dell'organico tale da far scattare l'aliquota anche per il collocamento dei disabili, si può procedere, previa convenzione con il servizio competente (art. 11 della legge n. 68/1999) ad una assunzione a termine di lavoratori con handicap senza che questa vada ad intaccare la percentuale del 20%?
- d)** se a seguito di acquisizione di personale per cambio di appalto, si assumono dall'azienda cedente lavoratori a tempo determinato e ciò provoca il superamento della percentuale legale, cosa succede?
- e)** se un'azienda, per effetto di dimissioni, risoluzioni consensuali, cessione di ramo d'azienda, perdite di appalti, vede ridotto di gran lunga, in corso d'anno, il proprio organico rispetto a quello "fotografato" al 1° gennaio, deve considerare la percentuale dei rapporti a termine sempre correlata al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza a tale data?
- f)** se un'impresa, accertato il numero dei contratti a termine stipulabili, ha come politica aziendale quella di assumere personale a tempo determinato, salvo procedere, successivamente, a conversioni di rapporti a termine, il datore di lavoro può continuare ad assumere coprendo la percentuale lasciata libera dai lavoratori trasformati?

A molte di queste domande si sarebbe potuto, agevolmente, fornire delle risposte esaurienti sol che si fosse adottato il metodo della rilevazione del personale al momento dell'assunzione, essendo ben mutevole, per vicende connesse alla vita aziendale, il numero dei dipendenti: questa, come detto in precedenza, è stata la strada seguita dalla contrattazione collettiva del settore turistico, con l'accordo del 16 giugno 2014.

Altre domande, invece, potranno essere soddisfatte con chiarimenti espressi in via amministrativa dallo stesso Ministero del lavoro come, ad esempio, relati-

vamente al numero percentuale delle imprese nate da una fusione od una incorporazione (si potrebbe ben sostenere che per le stesse vale il momento della "nascita" pur se avvenuta in corso d'anno), o al contratto a termine con i disabili (si può affermare che lo stesso è fuori dall'aliquota legale o contrattuale trattandosi di adempimento di un obbligo di legge), mentre ad altri quesiti, a meno che non si voglia andare "oltre i confini segnati dalla legge", non si potrà rispondere, pur se, potrebbe anche essere all'interno dei confini legali, una interpretazione che considerasse il 20%, individuato all'inizio dell'anno, come un riferimento "mobile", in base al quale la "capienza" (si è sopra o sotto l'aliquota?) dovrebbe essere individuata al momento dell'assunzione.

Certo se si fosse, ad esempio, normativamente adottato lo stesso criterio in uso nella legge n. 68/1999 (art. 9) che considera la variazione dell'aliquota in aumento anche in corso d'anno ai fini della richiesta di avviamento e la si fosse riferita anche alla percentuale dei lavoratori da assumere con contratto a tempo determinato, ci sarebbe stata qualche questione in meno da risolvere.

Due problemi per i quali necessita un chiarimento. Il primo riguarda il numero dei lavoratori assumibili a temine con rapporto a tempo parziale: se, ad esempio, l'azienda, sulla base della "fotografia" del personale dipendente al 1° gennaio, può assumere venti persone, la stessa azienda resta all'interno del limite legale se assume quaranta lavoratori a tempo parziale con un orario che è la metà di quello contrattuale. La cosa appare possibile alla luce dell'art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000 il quale afferma che i dipendenti part-time sono considerati "pro - quota". Ovviamente, si pone la questione relativa ad un possibile successivo aumento delle ore: ciò non inficia, in alcun modo, l'assunzione, né l'azienda può essere sottoposta a sanzione amministrativa, atteso che la dinamica contrattuale successiva (esigenze dell'impresa, volontà del lavoratore all'espletamento di una maggiore attività anche con il ricorso a clausole elastiche) è una dinamica positiva che va favorita e non punita.

Il secondo appare del tutto ovvio: il Legislatore ha parlato di numero percentuale e non di durata del contratto a tempo determinato. Ciò significa che è del tutto ininfluente la circostanza relativa al fatto che un contratto sia di breve durata (ad esempio, un mese) ed un altro abbia un termine a trentasei mesi.

Base di calcolo del limite legale e specifiche di alcuni Ccnl

Si pone, ora, il problema della computabilità dei dipendenti a tempo indeterminato: sembra una cosa semplice (ed in effetti lo è) ma occorre, ad avviso di chi scrive, tenere presenti alcune disposizioni che sembrano restringere la base di calcolo (a meno di interpretazioni amministrative "espansive" che

non sembrano, tuttavia, trovare un supporto normativo), atteso che non vanno compresi quei lavoratori per i quali la norma non ne prevede il conto ai fini dell'applicazione di istituti contrattuali o legali o prevede una contabilità parziale:

a) gli apprendisti, per tutta la durata della fase formativa, ivi compresi quelli (pochissimi) assunti dalle liste di mobilità, atteso quanto affermato dall'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 167/2011: come detto in precedenza, l'ostacolo normativo può essere aggirato con una previsione esplicita come è avvenuto, ad esempio, per i limiti minimi dimensionali (quindici dipendenti riferiti alla media degli occupati dell'ultimo semestre) per l'applicabilità alle imprese industriali della normativa sulla integrazione salariale straordinaria (art. 1, comma 1, della legge n. 223/1991), cosa che non è stata prevista nel nuovo art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001;

b) gli assunti con contratto di reinserimento ex art. 20 della legge n. 223/1991 (anche questi sono pochissimi se rapportati agli anni di vigenza della norma);

c) i lavoratori provenienti da esperienze di lavori socialmente utili o di pubblica utilità, così come affermato dall'art. 7, comma 7, del D.Lgs. n. 81/2000 (anche di questi, se si eccettuano alcuni limitatissimi casi), non sembrano essercene, presso i datori di lavoro privati, un gran numero;

d) i lavoratori somministrati, perché dipendenti dall'Agenzia di lavoro.

I lavoratori a tempo parziale sono calcolati "pro-quota" rispetto all'orario contrattuale pieno alla luce di quanto affermato dall'art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000, mentre per quelli intermittenti a tempo indeterminato le prestazioni lavorative vanno rilevate con riferimento al semestre precedente, secondo quanto afferma l'art. 39 del D.Lgs. n. 276/2003.

Nella base di calcolo vanno, infine, ricompresi i lavoratori a domicilio mentre per i dirigenti ciò è possibile soltanto se gli stessi hanno in essere un rapporto a tempo indeterminato, atteso che, quello a termine, fino ad un massimo di cinque anni, richiamato anche dall'art. 10 ai fini della esclusione dall'applicazione della normativa del D.Lgs. n. 368/2001, è riferibile alla maggior parte di essi e non può essere ricompreso.

La percentuale del 20% quale risulta dal calcolo non necessariamente porta ad un numero "pieno": se allo stesso segue una frazione, come va calcolata quest'ultima?

Il Legislatore non ha detto nulla per cui, salvo indicazione diversa derivante da chiarimenti amministrativi forniti dal Ministero del lavoro, vi dovrebbe essere un arrotondamento per eccesso o per difetto al numero superiore od inferiore, secondo i criteri generali in uso. Va, tuttavia, rimarcato come la contrattazione collettiva (ad esempio, Ccnl industria tessile, Ccnl Turismo dopo l'accordo integrativo del 16 giu-

gno 2014, Ccnl edilizia, settore industria e movimento cooperativo, sottoscritto il 1° luglio 2014) abbia anche previsto la possibilità “tout court” di arrotondare, sempre, all’unità superiore.

Va, peraltro, ricordato ciò che si evince dal comma 7 dell’art. 10 del D.Lgs. n. 368/2001, nel senso che alcuni contratti a tempo determinato non rientrano nei limiti del contingentamento. Essi sono:

a) quelli stipulati nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento sia ad aree geografiche che a compatti merciologici. Qui, non essendo rilevabile una disposizione di carattere comune, i datori di lavoro interessati debbono, necessariamente, riferirsi al Ccnl applicato e verificare ciò che, eventualmente, lo stesso ha disciplinato. Soltanto per fare un esempio, si richiama l’attenzione sull’accordo del settore turistico ove sono stati esclusi i rapporti a tempo determinato fino a dodici mesi, elevabili a ventiquattro attraverso la contrattazione di secondo livello: esso è del tutto simile a quanto previsto dall’art. 67 del Ccnl del terziario;

b) quelli per ragioni di carattere sostitutivo (malattia, maternità, infortunio, ferie, anche a scorrimento) o di stagionalità (D.P.R. n. 1525/1963 o attività definite come tali dalla contrattazione collettiva, cosa che, in alcuni settori, ha portato a definizioni molto ampie);

c) quelli per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi;

d) quelli con lavoratori di età superiore ai 55 anni (che, forse, il Legislatore avrebbe potuto abbassare a 50, viste le disposizioni incentivanti anche in materia di contratti a termine previste dall’art. 4, commi 8 e 9 della legge n. 92/2012).

Detto questo, per completezza di informazione si ricorda che non rientrano nella percentuale del 20% perché non disciplinati dal D.Lgs. n. 368/2001 (fatti salvi, per talune tipologie, gli articoli 6 ed 8) i contratti a termine stipulati con:

a) i lavoratori in mobilità ex art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, secondo quanto affermato dall’art. 10, comma 1, lettera *c-ter* del predetto decreto legislativo. Ad essi non sono, minimamente, applicabili taluni elementi specifici come il periodo di intervallo tra un contratto e l’altro, il diritto di precedenza (tranne che ciò non risulti dalla contrattazione collettiva od individuale), il numero “contingentato” delle proroghe, la sommatoria dei 36 mesi;

b) i richiamati in servizio appartenenti al servizio volontario del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, secondo la previsione dell’art. 10, comma 1, lettera *c-bis*. La piena legittimità della disposizione è stata riconosciuta dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 267 del 13 novembre 2013;

c) i lavoratori con contratto di somministrazione di lavoro (art. 10, comma 1, lettera *c*);

d) i lavoratori con contratto di formazione e lavoro: questo affermava, in origine, il D.Lgs. n. 368/2001 ma, oggi, non ha più senso parlarne, in quanto tale tipologia contrattuale non esiste più, ma non è stata cancellata dalla previsione contenuta nell’art. 10;

e) i rapporti di apprendistato, nonché le tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro che, pur caratterizzate dall’apposizione di un termine, non costituiscono rapporto di lavoro. In verità, l’apprendistato, in linea di massima, non può essere compreso atteso che si tratta di un contratto a tempo indeterminato, sia pure a contenuto formativo. L’unica eccezione riguarda l’apprendistato professionalizzante per cicli stagionali a tempo determinato, attualmente previsto soltanto per il settore turistico dall’art. 15 dell’accordo del 2012, allargato (sia pure condizionato alla emanazione della normativa regionale, ai minorenni in età scolastica, per effetto dell’accordo del 16 giugno 2014 che ha tradotto in norma contrattuale l’apposita previsione contenuta nell’art. 3, comma 2-*quater* del D.Lgs. n. 167/2011, come introdotto dalla legge n. 78/2014). La norma parla anche di altre tipologie formative caratterizzate dall’apposizione di un termine sia di lavoro subordinato che senza subordinazione. Per quel che concerne la prima ci si riferiva, senz’altro, al contratto di inserimento ex art. 54 del D.Lgs. n. 276/2003 ma esso è stato abrogato a partire dal 1° gennaio 2013 (e, pochissimi, forse, limitatamente ai portatori di handicap ove la previsione era per trentasei mesi, sono ancora in vigore). Per le seconde, invece, la non applicabilità della disposizione riguarda i tirocini, gli stages, le borse lavoro e tutte quelle altre situazioni di apprendimento, senza alcuna subordinazione che trovano la propria disciplina nelle leggi e nei regolamenti regionali e delle province autonome, attesa la loro competenza primaria ex art. 117 della Costituzione;

f) gli operai a tempo determinato nel settore agricolo, secondo la definizione fornita dall’art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 375/1993 (art. 10, comma 2). L’estrappolazione trova una specifica giustificazione nel fatto che la regola che disciplina tale tipologia né rappresentata da prestazioni di natura giornaliera;

g) i prestatori con contratti di durata non superiore a tre giorni per l’esecuzione di servizi speciali, nei settori del turismo e dei pubblici esercizi (art. 10, comma 3). Si tratta di una disposizione che, per la specialità dei rapporti e per il periodo breve (è personale che serve per banchetti, meetings e ceremonie), trova una propria giustificazione anche per le modalità sintetiche della comunicazione on-line di assunzione (se non si hanno tutti i dati disponibili). Si tratta, a ben guardare, di una tipologia di contratto a termine che appare sempre più soppiantata da prestazioni di lavoro accessorio (art. 70 e seguenti del D.Lgs. n. 276/2003) o dal contratto di lavoro intermittente;

h) i dirigenti il cui contratto a tempo determinato può

avere una durata non superiore a cinque anni (art. 10, comma 4). Tale disposizione conferma quanto già fu detto con la legge n. 230/1962 e, comunque, consente al dirigente di recedere dal contratto, previo preavviso ex art. 2118 c.c., dopo che sia trascorso un triennio;

i) i lavoratori a termine con conferimento di supplenze sia del personale docente che Ata (art. 10, comma 4-*bis*), vista la particolare necessità «di assicurare la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea» dei titolari dell’incarico;

j) il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, ivi compresi i medici, attesa la necessità di assicurare la continuità dell’attività;

l) i lavoratori alle dipendenze di aziende che esercitano il commercio di import - export e all’ingrosso di prodotti ortofrutticoli (art. 10, comma 5). Tale esclusione non è supportata da alcuna disposizione specifica: da ciò ne consegue che tali rapporti sono da collocare in un’area di totale libertà contrattuale.

Proviamo, ora, ad immaginare le conseguenze a cui andrebbe incontro un datore di lavoro il quale, applicando integralmente un Ccnl, decidesse, in via del tutto discrezionale, di riferirsi alla percentuale legale del 20% rispetto a quella contrattuale che è minore (si pensi, ad esempio, al 7% del settore elettrico). Occorre subito rilevare come il richiamo effettuato dal Legislatore alla contrattazione collettiva (art. 2-*bis* della legge n. 78) faccia sì che questa assuma forza di legge per le imprese che rientrano in quel campo di applicazione, assorbendo lo stesso regime sanzionatorio previsto in via generale.

In passato, una giurisprudenza consolidata (v., *ex pluris*, Tribunale Massa Carrara, 8 ottobre 2010, Tribunale di Napoli, 4 luglio 2012, Corte Appello Brescia, 3 aprile 2014) aveva ritenuto che lo sforamento del limite contrattuale portasse alla conversione a tempo indeterminato del rapporto e, ad avviso di chi scrive, tale rischio per i datori di lavoro (che riguarda anche la clausola legale del 20%) sussiste ancora, atteso che, una lettura formale del testo attuale (che, ovviamente, prescinde sia dal dibattito parlamentare che dalle polemiche dei “media”) introduce una sanzione amministrativa che potrebbe non escludere altre conseguenze sul piano civilistico. La posizione espressa dalla Magistratura nelle sentenze di merito sopra riportate è stata quella di valorizzare il limite percentuale previsto dalla contrattazione collettiva quale “baluardo” a difesa contro l’eccessiva precarizzazione.

La sanzione amministrativa (art. 5, comma 4-*septies* e 4-*octies*) è rapportata alla durata del rapporto a termine “eccedente” che è pari al 20% della retribuzione (il Legislatore non fornisce altri elementi di valutazione) per ogni mese o frazione di mese superiore ai quindici giorni se l’infrazione si è realizzata per un solo lavoratore, per salire al 50% se interessa più la-

voratori. Indubbiamente, la sanzione amministrativa potrebbe essere particolarmente pesante, in presenza di un rapporto a termine, in violazione della percentuale, che abbia avuto una lunga durata: basti pensare ad un contratto a termine durato tre anni, cosa che potrebbe produrre un importo pecunioso pari a migliaia di euro, sol riferendosi ad una percentuale del 20%.

In attesa di auspicabili chiarimenti ministeriali la norma relativa alla sanzione amministrativa, applicabile, sulla scorta delle disposizioni transitorie, a partire dal 20 maggio 2014, si presta ad alcune riflessioni che possono così sintetizzarsi:

a) i contratti eccedenti il limite contrattuale, seppur sanzionati a seguito di visita ispettiva, proseguono fino alla scadenza: in caso contrario si potrebbero ipotizzare situazioni di natura civilistica che il lavoratore potrebbe far valere in giudizio con forti possibilità di un riconoscimento positivo;

b) il dettato normativo, lettere a) e b) del comma 4-*septies* dell’art. 5, sembra escludere qualunque sanzione amministrativa per i contratti a tempo determinato la cui durata sia inferiore ai sedici giorni;

c) il dettato normativo esclude la possibilità che la sanzione economica possa essere riferita a tutto il rapporto di lavoro a termine (qualora lo stesso sia in essere), essendo, necessariamente, limitata al periodo intercorrente dal momento dell’assunzione a quello del giorno della verifica ispettiva. Andrà, indubbiamente, chiarito, in via amministrativa, anche come indirizzo operativo da fornire agli ispettori del lavoro, se la sanzione possa essere ripetuta a seguito di un altro accesso ispettivo (magari compiuto da uno dei altri organi di vigilanza che operano anche *ex lege* n. 183/2010) relativa al periodo successivo;

d) la sanzione amministrativa relativa ad un contratto a termine stipulato in violazione della aliquota percentuale, trova applicazione anche nel caso in cui il rapporto sia stato trasformato a tempo indeterminato, con la commisurazione dell’importo riferita all’intera durata del contratto prima della conversione;

e) il riferimento al concetto di retribuzione (londa o netta?) quale base per l’applicazione della sanzione amministrativa, fa sì che lo stesso sia desumibile da quanto riportato nella lettera di assunzione o, in mancanza, da quanto previsto nel Ccnl. Ovviamente, resta aperto il discorso concernente gli eventuali emolumenti accessori corrisposti (ad esempio, gli straordinari) e le somme riconosciute e corrisposte (si pensi ad aumenti retributivi frutto di rinnovi contrattuali) nel corso del rapporto di lavoro: ma su questo deve fare chiarezza il Dicastero del lavoro;

f) in caso di rapporto a termine ad orario parziale di tipo verticale (alcuni mesi nell’anno) l’eventuale sanzione andrebbe calcolata sulle retribuzioni corrisposte e non, ad esempio, per le mensilità non ancora lavorate;

g) ai fini della quantificazione del periodo non sembrano essere escluse dal conteggio le assenze relative a malattia od infortunio;

h) la sanzione amministrativa, al di là dei problemi interpretativi appena citati, appare costruita “male”, risultando un po’ avulsa dal sistema generale relativo all’apparato sanzionatorio in materia di lavoro, atteso che non è prevista una misura minima, né la stessa può essere onorata attraverso il pagamento con l’istituto della diffida, applicabile a tutte le sanzioni sanabili (e tale appare questa).

Per quel che riguarda, invece, la persistenza di una ulteriore sanzione di natura civilistica, anche in relazione alla previsione dell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, il dubbio, come già detto in precedenza, è forte e, forse, può essere superato soltanto attraverso una norma di interpretazione autentica da inserire in un prossimo provvedimento.

Gli importi della sanzione amministrativa, irrogata dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, confluiscono nel fondo sociale per l’occupazione e la formazione, previsto dall’art. 18, comma 1, lettera a) della legge n. 2/2009.

Un’altra cosa che, correttamente, è cambiata nel passaggio parlamentare (dal D.L. n. 34 alla legge n. 78) è stata quella attraverso la quale il riferimento alle imprese che, con un organico fino a cinque dipendenti potevano sempre assumere un lavoratore con contratto a termine, è stato sostituito, più propriamente, con le parole «i datori di lavoro»: che il cambiamento sia stato giusto lo dimostra il fatto che, ora, anche i datori di lavoro che non sono imprese (si pensi, ad esempio, agli studi professionali, alle associazioni o alle fondazioni) e che, prima, erano esclusi, possono assumere lavoratori con contratto a tempo determinato «acausale». Quando si parla di datori di lavoro con un organico (di lavoratori subordinati a tempo indeterminato) fino a cinque unità, si intende affermare che il numero va da zero fino a cinque.

C’è, poi, una ulteriore specificazione (oltremodo meritabile), intervenuta in sede di conversione che riguarda gli Istituti e gli Enti pubblici e privati di ricerca (art. 10, comma 5-bis): qualora si intenda assumere lavoratori destinati, in via esclusiva (è questo l’unico requisito richiesto) a svolgere un’attività di ricerca scientifica e tecnologica o che debbono effettuare assistenza tecnica, coordinamento o direzione, non c’è alcun limite di percentuale come non c’è il limite massimo di trentasei mesi. Tutto questo si giustifica con la circostanza che, sovente, i progetti che sono anche di provenienza comunitaria, hanno una durata superiore ai tre anni.

Una particolare attenzione va dedicata ad alcune disposizioni transitorie che sono comprese nei commi 2 e 3 dell’art. 2-bis. Esse riguardano due fattispecie diverse.

La prima è quella nella quale i datori di lavoro che applicano Ccnl che prevedono limiti percentuali di-

versi e quella riferita a datori di lavoro per i quali la pattuizione collettiva non ha stabilito limiti.

Ebbene, fino alla scadenza (ma anche dopo, alla luce della previsione contenuta nell’art. 10, comma 7), le imprese che si rifanno a Ccnl che prevedono limiti e modalità di calcolo diverse potranno continuare ad applicare quanto ivi stabilito. È il caso, ad esempio, del Ccnl del terziario ove la percentuale è del 20% annuo sull’organico a tempo indeterminato ma la stessa viene calcolata su quello in forza nell’unità produttiva e dove si afferma che nelle unità che occupano fino a quindici dipendenti è consentita la stipula di quattro contratti a termine che salgono a sei per le unità dimensionate tra le sedici e le trenta unità (con una percentuale che, di fatto, viene ad essere superiore ai limiti legali). Per completezza di informazione va ricordato che è, altresì, possibile in questo settore nelle unità produttive che occupano fino a quindici dipendenti la utilizzazione di sei lavoratori a termine in somministrazione. Lo stesso identico discorso può essere fatto per il contratto del legno (aziende industriali) ove la percentuale è del 25% rapportata non all’impresa nel suo complesso, ma all’unità produttiva, con le frazioni sempre arrotondabili all’unità superiore, o anche nel Ccnl del tessile industriale ove le percentuali di riferimento sono elevabili con accordo aziendale.

Con il successivo comma 3, l’art. 2-bis (ed è la seconda fattispecie) si occupa dei datori di lavoro che alla data del 21 marzo 2014 non hanno percentuali di riferimento nel Ccnl applicato ma che hanno in corso rapporti di lavoro a termine in percentuale superiore al 20%. Ebbene, il datore di lavoro sarà tenuto a rientrare nella percentuale legale del 20%, entro il 31 dicembre 2014, a meno che un contratto collettivo applicabile nell’azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole: in caso contrario non potrà accedere a nuovi contratti a tempo determinato fino al momento in cui sarà rientrato nei limiti di percentuale.

Vale la pena di ricordare come il Legislatore abbia chiarito che la sanzione amministrativa comminabile in caso di sforamento della percentuale non trova applicazione per i rapporti di lavoro instaurati prima del 21 marzo 2014 che comportino il superamento della percentuale: da ciò si deduce che se un datore di lavoro che è già sopra la percentuale di riferimento stipula, comunque, altri contratti a termine nel corso dell’anno, è comunque soggetto alla sanzione amministrativa. Ovviamente, qualora se ne presenti la necessità (perché, ad esempio, ha acquisito nuove commesse), dovrà, necessariamente, ricorrere ad altre tipologie contrattuali come la somministrazione che sono fuori dal limite “legale”.

Il concetto appena riportato sembra aprire la porta a contrattazioni collettive anche di secondo livello (aziendale, *in primis*, ma anche territoriale) in base alle quali si possa stabilire, in via alternativa, un li-

mite percentuale diverso (maggiore o minore) o un termine più favorevole (ad esempio, il posticipo della data di “rientro nella percentuale” al 31 dicembre 2015): tali accordi andranno raggiunti e stipulati prima della fine del 2014.

Forma scritta, rapporti stagionali e altri adempimenti dei datori di lavoro

L’art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 continua trattando altri argomenti che o non sono stati toccati dalla legge n. 78 o sono stati ritoccati, sia pure di poco, dalla stessa.

È il caso che riguarda l’apposizione del termine ove il Legislatore, cancellando qualsiasi riferimento alle ragioni giustificatrici, oggi afferma soltanto che deve risultare, direttamente od indirettamente, da atto scritto: la mancanza inficia, alla radice, il contratto con la conseguenza che lo stesso si considera *ab initio* a tempo indeterminato, come affermato, da tempo, dallo stesso Ministero del lavoro nella circolare n. 42/2002.

È appena il caso di precisare come, in caso di prova, sempre apponibile anche nei contratti a tempo determinato, la stessa debba risultare da atto scritto, con l’ovvia conseguenza che la mancanza di quest’ultimo, non inficia in alcun modo la legittimità degli stessi.

Dall’abrogazione delle ragioni giustificatrici discende che sono venuti meno tutti i ragionamenti che, riferendosi alle ragioni giustificatrici parlavano non soltanto di straordinarietà ma anche di ordinarietà della prestazione e rispetto alle quali, la previsione del comma 1-bis (anch’esso cancellato) che disciplinava l’acausalità come deroga, era vista con molta circospezione.

Da come è scritta la norma emerge un fatto importante: il termine non necessariamente discende da un fatto di natura negoziale espresso, ma può essere rilevato anche, in via induttiva, dall’esame delle clausole contrattuali, potendo anche desumersi dall’incontro della volontà risultante da documenti diversi, seppur correlati tra loro, ma tali da evidenziare il consenso di entrambe le parti, come affermato dalla Corte di Cassazione (Cass., 2 febbraio 1988, n. 1004).

La disposizione circa l’obbligatorietà della forma scritta del contratto riguarda anche i contratti legati alle attività stagionali, per le quali lo stesso Legislatore, come si vedrà successivamente, ha stabilito ipotesi diverse sia per quel che concerne la non necessità dello “stacco” tra un contratto e l’altro, che per l’esclusione dal computo massimo dei trentasei mesi, che, infine, per l’esercizio del diritto di precedenza e per la quota contributiva aggiuntiva: come è noto, su tutti i contratti a tempo determinato è scattata, a partire dal 1° gennaio 2013, una maggiorazione contributiva pari all’1,4% che, però, non riguarda i contratti «sostitutivi» e, appunto, a quelli «stagionali».

L’applicazione della disciplina relativa ai contratti a termine per attività stagionali non può prescindere da un esame, sia pure breve delle disposizioni, anche di natura pattizia, che hanno regolamentato la stagionalità. Il Ministero del lavoro con la circolare n. 42 del 1° agosto 2002, affermò che non esiste alcuna predefinizione alla durata dei contratti (si faceva riferimento alla voce n. 48 del D.P.R. n. 1525/1963 - attività esercitate da aziende turistiche, con un periodo di inattività non inferiore a settanta giorni continuativi o a centoventi giorni non continuativi -), essendo la stessa una variabile strettamente correlata alle esigenze produttive del datore di lavoro, attesa anche la nota dell’Inps (circolare n. 36/2003) con la quale si ribadiva l’ammissibilità, in via generale, del contratto a termine, strettamente riferito alle esigenze aziendali, supportate dalle motivazioni datoriali. Va, inoltre, ricordato come la contrattazione collettiva (si pensi, ad esempio, al settore turistico), sia andata oltre il concetto di mera stagionalità, tale da comprendere quelle imprese che non operano soltanto in un determinato periodo, ma anche durante tutto l’anno e che si trovano ad affrontare problemi legati ad incrementi dell’attività, sulla scorta di un indirizzo del Ministero del lavoro espresso nel corso degli anni 1997 e 1998 (nota n. 5/27475/70/APPR del 16 dicembre 1997 e nota n. 5/25509/70/APPR del 16 febbraio 1998) secondo il quale era possibile, ad esempio, assumere apprendisti con contratto di lavoro stagionale anche nelle aziende con apertura annuale interessate dalla intensificazione dell’attività produttiva.

Ovviamente, parlando di contratto a termine per lavoro stagionale, il pensiero corre anche all’apprendistato «a termine» stagionale, previsto dall’art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 167/2011 e regolamentato, al momento, soltanto nel settore turistico che, però, è bene dirlo, a scanso di equivoci, trova la propria regolamentazione, anche per gli aspetti sanzionatori seguiti dagli organi di vigilanza, nel D.Lgs. n. 167/2011 e negli accordi di settore (17 aprile 2012 per le aziende aderenti a Federalberghi e 14 maggio per quelle aderenti a Federturismo di Confindustria) e non nel D.Lgs. n. 368/2001.

La circolare n. 34 del Ministero del lavoro del 29 settembre 2010 ricorda anche come il Ccnl Turismo del 20 febbraio 2010 ed il Ccnl dell’industria turistica del 3 febbraio 2008 abbiano stabilito, a proposito della formazione, il principio della uguale incidenza dell’attività formativa in relazione alla durata della prestazione lavorativa, sicché se l’impegno riferito all’intero anno è, ad esempio, pari a centoventi ore, in caso di rapporti di apprendistato in cicli stagionali, l’attività formativa debba essere quantificata in modo da rispettare la proporzione rispetto al tetto massimo dei dodici mesi.

Gli accordi sull’apprendistato cui si è fatto cenno, disciplinano gli articoli 14 (per gli aspetti formativi) e

15, per il rapporto che si svolge in cicli stagionali (la previsione riguarda anche quello dei minorenni ex art. 3, comma 2-*quater*, alla luce dell'accordo del 16 giugno 2014 che, però, mancando le normative regionali non è ancora possibile), osservando che:

a) è consentito articolare lo svolgimento in più stagioni attraverso più rapporti a tempo determinato, l'ultimo dei quali dovrà, comunque, avere inizio entro quarantotto mesi consecutivi di calendario dalla data di prima assunzione;

b) viene garantito a tutti gli assunti a tempo determinato un diritto di precedenza per l'assunzione presso la stessa azienda nella stagione successiva, con le medesime modalità che la legge e la contrattazione riconoscono ai qualificati. Nel caso di specie trova applicazione la disciplina collettiva che fa estinguere la precedenza entro l'anno successivo alla data di cessazione del rapporto e che impone, per il successivo esercizio, l'esternazione per iscritto al datore di lavoro della volontà da esercitare entro tre mesi dalla cessazione. Appare appena il caso di ricordare come, in via generale, il diritto di precedenza (diritto, peraltro, disponibile da parte dell'interessato nel momento del suo esercizio) non si applichi a favore di chi sia stato licenziato per giusta causa;

c) le prestazioni di breve durata eventualmente rese tra una stagione e l'altra sono utili ai fini del computo della durata dell'apprendistato;

d) l'impegno formativo annuo (art. 14, comma 2) previsto in relazione ai livelli di inquadramento dal precedente comma 1 viene determinato riproporzionando il monte ore annuo (che varia dalle quaranta alle ottanta ore) in base alla effettiva durata di ogni singolo rapporto di lavoro.

Il comma 3 dell'art. 1 riguarda l'obbligo che incombe sul datore di lavoro di consegnare al lavoratore copia dell'atto scritto entro i cinque giorni successivi all'assunzione. È questo uno degli oneri che gravano sul datore di lavoro e che, in considerazione delle normative che si ritiene è opportuno ricapitolare.

Innanzitutto, su tutti i datori di lavoro privati che stipulano un rapporto di lavoro autonomo o subordinato (e tale è il contratto a tempo determinato) incombe l'onere della comunicazione preventiva di assunzione da effettuare on-line al centro per l'impiego almeno nel giorno antecedente l'effettivo inizio del rapporto. I lavoratori, potenzialmente, interessati sono tutti i cittadini italiani e comunitari, nonché quelli extra comunitari con regolare permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

I datori di lavoro pubblici (quelli individuati dall'art. 1 comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001) possono effettuare tale comunicazione entro il giorno venti del mese successivo a quello in cui si è verificata l'effettiva instaurazione del rapporto (la disposizione riguarda tutte le comunicazioni - assunzioni, cessazioni, proroghe -).

La violazione dell'obbligo è punita con una sanzione

amministrativa compresa tra 100 e 500 euro, sanabile, nella misura minima, attraverso l'istituto della c.d. «diffida obbligatoria».

Anche l'eventuale trasformazione del rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato o le proroghe vanno comunicate dai datori di lavoro privati, con le stesse modalità telematiche, agli organi per l'impiego entro i cinque giorni successivi al verificarsi dell'evento: la sanzione è sempre la stessa e le modalità di estinzione, anche nella misura minima, sono le medesime.

La comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro a termine, se la data è stata già indicata in quella iniziale di assunzione, può non essere effettuata: in caso contrario, valgono sempre gli usuali cinque giorni (se l'ultimo è festivo si slitta al successivo) da quando il rapporto è cessato (ed identico è l'apparato sanzionatorio).

Rispetto alla normativa "consolidata" nei precedenti atti normativi, la legge n. 92/2012 aveva introdotto, in caso di "sforamento" del termine contrattuale con prosecuzione del rapporto nei nuovi limiti previsti nel nuovo art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 368/2001, un onere di comunicazione al centro per l'impiego, da assolvere entro la scadenza del termine inizialmente previsto: ora, questo obbligo, peraltro non accompagnato da alcuna sanzione amministrativa, non c'è più in quanto cancellato dal D.L. n. 76/2013, convertito nella legge n. 99/2013.

Ma cosa succede, da un punto di vista amministrativo, se il contratto a termine si risolve per dimissioni o per risoluzione consensuale prima della scadenza? Anche qui soccorrono le novità della legge n. 92 del 2012: l'art. 4, commi 17 e seguenti, impone la procedura della convalida delle dimissioni attraverso un *iter* procedimentale che, alternativamente, può essere effettuata presso la Direzione territoriale del lavoro competente per territorio, presso il centro per l'impiego o la sede individuata dalle parti sociali (l'accordo interconfederale del settore industria del 3 agosto 2012 prevede quella ex art. 411 c.p.c.), o in azienda, con la sottoscrizione della copia della comunicazione di cessazione inviata al centro per l'impiego, con una dichiarazione di conferma del lavoratore della propria volontà libera di recedere dal rapporto. Le dimissioni non sono più, quindi, un atto unilaterale ricettizio che produce l'effetto nel momento in cui arriva nella sfera giuridica del destinatario, ma sono sottoposte, prima della convalida «confirmatoria», ad un diritto di ripensamento che l'interessato può esercitare entro sette giorni da quello nel quale sono state espresse. Da tutto questo sono escluse le Pubbliche Amministrazioni sulla base di quanto chiarito dalla Funzione Pubblica in relazione ai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

Per il resto, nulla è cambiato rispetto agli altri adempimenti relativi alla gestione del contratto a termine, le cui scritturazioni vanno riportate sul Libro Unico

del lavoro entro la fine del mese successivo cui le stesse si riferiscono.

Rapporti di breve durata e mancanza della forma scritta

L'ultimo comma dell'art. 1 ripete, in maniera pedissequa, quanto già affermato dalla legge n. 230/1962: per i rapporti di breve durata non superiori a dodici giorni, a carattere meramente occasionale, non è necessaria la forma scritta. La prova di queste situazioni non è, infatti, soggetta a prescrizioni formali e, in caso di giudizio, può essere fornita dal datore di lavoro secondo i principi generali sulla ripartizione dell'onere probatorio (Cass., 8 luglio 1995, n. 7507). Qui non è detto chiaramente come debba essere inteso tale periodo: ad avviso di chi scrive, i dodici giorni dovrebbero essere considerati lavorativi, in quanto appare plausibile che il Legislatore abbia preso quale parametro di riferimento «due settimane». L'occasionalità è un requisito essenziale, cosa che comporta l'inapplicabilità dell'istituto della proroga, in considerazione della brevità dell'impegno. Ovviamente, tutti gli adempimenti connessi alla instaurazione del rapporto (comunicazione anticipata on-line, scritturazione sul Libro Unico del lavoro nei termini di legge, ecc.) vanno effettuati.

Contribuzione aggiuntiva

Si è parlato, pocanzi, delle modalità assuntive e di gestione del rapporto di lavoro con i prestatori assunti a termine. A tal proposito, però, è opportuno ricordare ciò che è divenuto operativo, a partire dal 1° gennaio 2013, sotto l'aspetto contributivo: ai rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato (art. 2, commi 28 e 29, della legge n. 92/2012) si applica un contributo addizionale, a carico dei datori di lavoro, pari all'1,4% della retribuzione imponibile, ai fini previdenziali, il cui scopo principale è quello di contribuire a finanziare la nuova assicurazione per l'impiego (ASPI).

Il contributo addizionale non si applica:

- a)* ai lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti;
- b)* ai lavoratori assunti a termine per lo svolgimento delle attività stagionali;
- c)* per i periodi contributivi maturati dal 1° gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, alle attività definite dagli avvisi comuni e dai Ccnl stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative (in questa ipotesi, il Legislatore non fa alcun riferimento all'ambito territoriale). Tra queste l'interpello n. 42 del 21 dicembre 2012 del Ministero del lavoro, comprende anche le attività stagionali del settore alberghiero individuate dal Ccnl del turismo risalente al 2010;
- d)* agli apprendisti (ma qui il Legislatore ha, forse, dimenticato che l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011, definisce l'apprendistato un contratto a

tempo indeterminato), a meno che non ci si voglia riferire all'apprendistato per cicli stagionali attivabile in quarantotto mesi, con più rapporti, secondo la previsione contenuta, al momento, soltanto nell'art. 15 dell'accordo sull'apprendistato nel settore turistico; *e)* ai lavoratori dipendenti dalle Pubbliche Amministrazioni individuate dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

Da quanto appena detto, si evince che il contributo addizionale si applica sia a tutti i contratti a tempo determinato (con l'eccezione di quelli stagionali e di quelli sostitutivi), sia a quelli delle c.d. «star-up innovative», sia, infine, a quelli di breve durata fino a dodici giorni, per i quali non è obbligatoria la forma scritta.

Ma, nell'intento di favorire la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto, il Legislatore (art. 2, comma 30, come interpretato dall'art. 1, comma 135, della legge n. 147/2013) ha previsto la possibilità di una restituzione della contribuzione aggiuntiva. Essa, limitata alle ultime sei mensilità fino al 31 dicembre 2013, dal successivo 1° gennaio è totale, e avviene nel caso in cui, alla scadenza del termine, il rapporto viene trasformato a tempo indeterminato, fatto salvo il decorso dell'eventuale periodo di prova. C'è, poi, un'altra ipotesi che non è «legata» alla immediata trasformazione: è quella secondo la quale la riassunzione con contratto a tempo indeterminato del lavoratore avvenga entro il termine massimo di sei mesi dalla cessazione del precedente rapporto. In questo caso, però, la restituzione degli ultimi sei mesi non è «piena» in quanto vanno «defalcate» le mensilità trascorse dalla cessazione del precedente rapporto a termine, come chiaramente affermato dalla circolare Inps n. 15/2014. La trasformazione a tempo indeterminato secondo l'Istituto (v. messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014) può avvenire, qualora ne ricorrono le condizioni, anche con rapporto di apprendistato: a tal proposito, l'Inps richiama il contenuto dell'interpello del Ministero del lavoro n. 8/2007 il quale riteneva attivabile la tipologia pur in presenza di precedenti rapporti a termine o in somministrazione la cui durata non avesse superato la metà del periodo formativo dell'apprendistato (in sostanza i diciotto mesi per quello professionalizzante).

Art. 2 - Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo, i servizi aeroporutuali e quelli postali

L'art. 2 riprende in maniera letterale, il contenuto della lettera f) dell'art. 1, della legge n. 230/1962 che fu aggiunto dalla legge n. 84/1986. La disposizione è specifica per un settore estremamente particolare ove picchi di attività, soprattutto in certi periodi dell'anno, sono costanti. Ci si riferisce alle aziende di trasporto aereo, a quelle aeroporutuali che svol-

gono i servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri ed alle merci. Orbene, queste imprese possono stipulare con i singoli lavoratori contratti a termine per un periodo massimo complessivo di sei mesi tra aprile ed ottobre, o di quattro mesi in altri periodi dell'anno nel rispetto di una percentuale massima del 15% dell'organico aziendale adibito costantemente a tali attività. Tale aliquota massima va calcolata sul personale in forza alla data del 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono le assunzioni: la formula è quasi uguale a quella adottata dal Legislatore con la legge n. 78/2014.

Il Legislatore si è preoccupato anche dei c.d. "aeroporti minori" che lavorano oltre le proprie normali possibilità in alcuni brevi periodi dell'anno (si pensi alle strutture ubicate in luoghi di vacanze): orbene, il limite del 15% può essere "sforato" ma è necessaria la preventiva autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro che è tenuta ad emettere il provvedimento sulla base di considerazioni relative alla quantità dell'attività ed al parere delle organizzazioni sindacali provinciali di categoria cui vanno comunicate tutte le richieste di assunzione. Il riferimento alle strutture provinciali sta a significare l'esigenza, avvertita dal Legislatore, di un confronto, più diretto (cosa necessaria per i problemi gestionali) con le c.d. "questioni locali".

Vale la pena di ricordare che, secondo un indirizzo giurisprudenziale formatosi sotto la vecchia disciplina (Cass., 23 aprile 1999, n. 4065), l'atto amministrativo emesso dalla Direzione territoriale del lavoro è sottratto ad ogni indagine di merito da parte del giudice ordinario circa le condizioni che ne hanno determinato il rilascio, in quanto si tratta di un atto discrezionale rimesso dal Legislatore alla valutazione dell'autorità amministrativa. Ovviamente, è soggetto a valutazione incidentale nel caso in cui si controverta in ordine ad una richiesta avanzata ed il giudice può effettuare il controllo formale del provvedimento, secondo i principi generali ed in relazione al campo di applicazione (Cass., S.U., 11 aprile 1994, n. 3354).

Per completezza di informazione si ritiene, che sia pure nella forma residuale rimasta per i c.d. "aeroporti minori", la Direzione territoriale del lavoro sia tenuta ad emettere il provvedimento entro i sessanta giorni successivi alla presentazione dell'istanza, come previsto dal D.M. n. 227/1995.

Una breve considerazione si rende necessaria: il Legislatore ha voluto recuperare per questo specifico settore "una specialità" introdotta successivamente nel *corpus* della legge n. 230/1962 che, forse, poteva essere eliminata alla luce della previsione generale contenuta nell'art. 1, atteso che le esigenze del settore aeroportuale nel periodo estivo, con contratti limitati, al massimo a quattro o sei mesi, potevano essere soddisfatte senza ricorrere ad una disciplina *ad hoc*. In ogni caso la previsione dell'art. 2 è da intendersi

come limitata a sopperire alle implementazioni stagionali, per così dire, strutturali che, di per sé, non necessitavano di causale, fino alla piena liberalizzazione intervenuta con il D.L. n. 34/2014. Sull'argomento, già prima della circolare n. 42/2002 (punti 2 e 3) il Ministero del lavoro era intervenuto con la nota del 19 dicembre 1995 (si era, quindi, sotto l'imperio della legge n. 230/1962), osservando che essendo unico e complessivo il parametro di riferimento sul quale calcolare la percentuale (15% dell'organico aziendale in forza al 1° gennaio), non per questo le assunzioni a tempo determinato devono riguardare tutti i servizi interessati, rientrando nella libera determinazione aziendale la necessità di valutare i settori operativi maggiormente esposti provvedendo al loro rafforzamento, senza che il suddetto rapporto sia osservato tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori a termine in ogni singolo reparto operativo. Tale orientamento vale anche per i c.d. aeroporti minori, allorquando la Direzione territoriale del lavoro autorizza il superamento della percentuale del 15% (circ. n. 42/2002).

Le disposizioni che si sono appena commentate relativamente alle imprese aeroportuali (tranne quelle che concernono i c.d., aeroporti minori) si applicano anche alle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste: così recita il comma 1 *bis*, che parla di periodo massimo complessivo di sei mesi tra aprile ed ottobre, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, secondo una percentuale non superiore al 15% dell'organico in forza alla data del 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono. Sulle aziende grava l'onere della semplice comunicazione alle organizzazioni sindacali provinciali di categoria delle richieste di assunzione.

La disciplina dell'art. 2 non è stata toccata dalla legge n. 78: ci si chiede, tuttavia, se la percentuale legale del 20% per i settori sopra evidenziati possa essere considerata aggiuntiva rispetto a quella specifica che trovava, senz'altro, una giustificazione nel momento in cui la normativa generale non diceva nulla ed, effettivamente, vi erano delle particolari esigenze, nelle imprese aeroportuali (le Poste si sono aggiunte in un secondo momento). Nulla esclude che queste aziende possano avere una percentuale totale del 35% (che, poi, sarebbe la stessa che il Ccnl degli autotrasporti riconosce a quel settore), anche se appare di tutta evidenza come essa sia particolarmente ampia, in una misura tale che, difficilmente, le stesse imprese avranno necessità di coprire l'aliquota complessiva (si pensi, ad esempio, a Poste Italiane Spa che ha, in organico, decine di migliaia di dipendenti).

Art. 3 - Divieti

L'art. 3 individua le ipotesi in cui non è possibile assumere lavoratori con contratto a termine. Simili, in larga parte, alla casistica già individuata, a suo tem-

po, dalla legge n. 196/1997 per la utilizzazione dei lavoratori interinali, attraverso la stipula del contratto di fornitura, esse sono:

a) la sostituzione di lavoratori in sciopero. La ragione appare evidente: si tratta di evitare, attraverso l'uso di tale tipologia contrattuale, una forma di contrasto all'esercizio del diritto costituzionale, attraverso forme di crumiraggio esterno. È appena il caso di ricordare come tale divieto sussista anche per altri contratti come quello intermittente o quello di somministrazione;

b) il divieto di assunzione in sostituzione di lavoratori licenziati al termine delle procedure collettive di riduzione di personale, previste dagli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991. Fatta salva l'eventualità di un termine diverso previsto da accordi sindacali, esso ha una durata limitata nel tempo e nelle mansioni, nel senso che l'arco temporale di riferimento è di sei mesi dall'ultimo licenziamento ed, inoltre, il nuovo contratto a tempo determinato non deve riguardare soggetti che svolgevano la medesima mansione di quelli oggetto di recesso. Fuori da questa ipotesi rimangono i contratti a contenuto sostitutivo, quelli concernenti i lavoratori in mobilità, stipulati ex art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, e quelli che hanno una durata iniziale non superiore a tre mesi. La disposizione merita alcune riflessioni. Qui, per le imprese interessate, c'è una perfetta assimilazione con quanto ora dice l'art. 8, comma 1, della legge n. 223/1991 e, prima ancora l'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 297/2002: il diritto di precedenza alla riasunzione, valevole anche con la tipologia del contratto a termine, dura sei mesi ed il rispetto dello stesso viene richiesta dall'Inps (ovviamente, insieme ad altri requisiti) qualora si intendano richiedere agevolazioni per altre assunzioni (art. 4, commi 12 e seguenti della legge n. 92/2012). L'esercizio di tale diritto, differenza di quello previsto per i lavoratori con contratto a termine di durata superiore a sei mesi (comprendenti delle proroghe e dei rinnovi) o dei contratti stagionali, non necessita di un comportamento attivo del lavoratore finalizzato alla esternazione della propria volontà finalizzata a godere del beneficio, ma è legata, esclusivamente, al decorso temporale. C'è, poi, il discorso che riguarda le unità produttive delle imprese ove è applicabile la procedura di mobilità. L'art. 24 della legge n. 223/1991 stabilisce che le disposizioni in materia di riduzione di personale previste dagli articoli 4 e 5 si applicano alle imprese con più di quindici dipendenti le quali, in conseguenza di una riduzione od una trasformazione dell'attività intendano effettuare, nell'arco di centoventi giorni, almeno cinque licenziamenti comunque riconducibili alla medesima trasformazione o riduzione. Il riferimento ai cinque recessi riguarda, ovviamente, il momento di apertura della procedura, potendo la stessa concludersi con un numero inferiore di risoluzione

dei rapporti (il Ministero del lavoro, ha ritenuto, da un punto di vista teorico, come collettivo anche un singolo licenziamento, purché avvenuto al termine di una procedura che ne prevedeva almeno cinque nella fase iniziale). È del tutto ovvio che, pur in mancanza di richiamo specifico, la disposizione si applichi anche alle imprese sottodimensionate alle sedici unità, atteso che, il diritto di precedenza (di sei mesi) previsto, in via generale, dal nuovo art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, trova applicazione anche nei confronti di tali datori di lavoro che debbono, necessariamente, ricorrere a licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo. Il termine di sei mesi non vale se l'impresa ricorre a lavoratori iscritti nelle liste di mobilità: in questo caso, potrebbe essere soddisfatto il diritto di precedenza anche di un lavoratore licenziato dalla stessa impresa. L'ultima eccezione contemplata dalla lettera b) dell'art. 3 fa riferimento al fatto che il contratto a termine abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi: ovviamente, ricorrendone le condizioni, lo stesso potrebbe arrivare fino a tre anni, utilizzando anche il nuovo istituto delle cinque proroghe nell'arco del triennio;

c) il divieto di assunzione presso unità produttive interessate da cassa integrazione guadagni o da contratti di solidarietà difensiva che riguardi lavoratori adibiti a mansioni cui si riferisce il contratto a temine. La norma non fa alcuna distinzione tra intervento ordinario o straordinario e, senz'altro, fa salve le eventuali assunzioni a tempo determinato che riguardino lavoratori con mansioni del tutto diverse. È opportuno sottolineare come tale previsione non preveda alcuna forma di attenuazione o di disciplina diversa come avviene allorquando il Legislatore apre la possibilità a soluzioni diverse, offrendo tale possibilità alla pattuizione collettiva, anche aziendale, fatta salva l'ipotesi nella quale sia operante il contratto di solidarietà difensiva ex art. 5, comma 5, della legge n. 236/1993;

d) le imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 626/1994, e successive modificazioni ed integrazioni. La disposizione che oggi va strettamente correlata agli adempimenti previsti nel D.Lgs. n. 81/2008 che ha disciplinato *ex novo* la materia, è contenuta anche nella previsione di altre tipologie come il *job on call* e la somministrazione: essa risponde alla necessità, particolarmente più necessaria in tutte quelle forme che prevedono lavoro flessibile, del rispetto delle norme di sicurezza, cosa che comporta per il datore di lavoro che assume a tempo determinato una adeguata formazione ed informazione al fine di prevenire i rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro. La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5241 del 2 aprile 2012, ha affermato che l'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001 ha introdotto una quadruplica serie di divieti all'apposizione del termine ai contratti di lavoro subordinato, così rafforzando il disvalore che conno-

ta le assunzioni a termine effettuate in violazione di determinati principi qualificati anche sul piano costituzionale («rischi per la salute»), come nel caso di imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi. La specificità del preceppo, alla stregua del quale la valutazione dei rischi assurge a presupposto di legittimità del contratto, trova la *ratio legis* nella più intensa protezione dei rapporti di lavoro sorti mediante l'utilizzo di contratti non a tempo determinato, ove incidono aspetti peculiari quali la minor familiarità del lavoratore sia con l'ambiente che con gli strumenti di lavoro.

Per completezza di informazione è opportuno ricordare come la contrattazione collettiva faccia, sovente, riferimento nella propria disciplina sui contratti a termine, a questi precisi divieti «legali», richiamandoli esplicitamente come, da ultimo, è avvenuto nel nuovo Ccnl per il settore edile, stipulato il 1° luglio 2014.

Art. 4 - Disciplina della proroga

Tra le novità più importanti rilevabili nella disciplina dei contratti a termine dopo le profonde modifiche introdotte con la legge n. 78/2014, spicca quella delle proroghe.

L'esame che intende effettuare riguarda non soltanto l'istituto ma anche le possibili correlazioni con altri passaggi normativi non toccati dalla legge di riforma.

Ma, andiamo con ordine partendo da ciò che il D.Lgs. n. 368/2001 affermava fino al 20 marzo 2014.

La proroga, secondo il vecchio art. 4, era strettamente legata al singolo contratto e poteva essere prevista anche per un periodo superiore al termine iniziale (e, comunque, entro il tetto massimo dei 36 mesi) a condizione che vi fosse il consenso del lavoratore, che si riferisse alla stessa attività lavorativa e che, infine, sussistessero ragioni oggettive. Ora, ferma restando la previsione dell'originario D.L. n. 34/2014 che prevedeva ben otto proroghe nell'ambito dello stesso contratto (e che è stata superata dal testo definitivo pubblicato in Gazzetta Ufficiale la sera del 19 maggio u.s.), il numero massimo delle stesse viene stabilito in cinque nell'ambito dei 36 mesi e a prescindere dal numero dei rinnovi contrattuali. In sostanza, le proroghe costituiscono una sorta di «bonus a scalare» da spendere nell'arco temporale massimo e non sono più riferite ai singoli contratti a tempo determinato. Da ciò ne consegue che il datore di lavoro può gestire, con la fine delle ragioni giustificatrici, le proprie eventuali esigenze a termine, stipulando sia una pluralità di contratti a tempo determinato, sostanzialmente indefinito, pur nel rispetto degli intervalli di dieci e venti giorni se non abrogati o ridotti dalla contrattazione collettiva, che, attingendo alle proroghe, che, infine, ricorrendone le condizioni, alla

possibilità di «sforamento» del termine, con la prosecuzione del rapporto fino a trenta o cinquanta giorni (a seconda della durata del contratto) con le maggiorazioni legali previste dall'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001.

Le motivazioni oggettive, determinanti per la legittimità della vecchia proroga, non ci sono più: l'eliminazione è coerente con il fatto che è stato superato il requisito delle ragioni giustificatrici.

Il consenso del lavoratore è sempre richiesto: qui nulla è cambiato rispetto al passato e la stessa Giurisprudenza ha convenuto, fin dalla vigenza della legge n. 230/1962, che lo stesso potesse essere manifestato in forma orale (Cass., n. 6305/1988; Cass., n. 4360/1986; Cass., n. 3517/1981), o ravvisabile per «fatti concludenti» dalla prosecuzione dell'attività lavorativa (Cass. n. 4939/1990), potendo essere fornito dal prestatore, anche in via preventiva, al momento della stipula iniziale (Cass., n. 6305/1988).

La proroga deve riguardare la «stessa attività lavorativa», rispetto alla quale, in passato, in presenza delle «causalì», la Giurisprudenza (Cass., n. 10140/2005; Cass., n. 9993/2008) l'aveva riferita alla «dimensione oggettiva riferibile alla destinazione aziendale». Ciò stava a significare che attraverso la proroga il dipendente non potesse essere adibito ad altre attività non correlate a quelle per le quali il contratto era stato originariamente stipulato. Detto questo, e in attesa di auspicabili chiarimenti amministrativi ed orientamenti dottrinari non può che affermarsi il principio secondo cui il lavoratore può essere utilizzato, anche in reparti od uffici diversi, soltanto per le mansioni per le quali è stato sottoscritto il contratto originario. Una novità conseguente alla fine delle ragioni giustificatrici è rappresentata dal fatto che il Legislatore ha cancellato il comma 2 dell'art. 4 (l'onere della prova della esistenza delle stesse a carico del datore di lavoro) in quanto esso era divenuto del tutto superfluo, mentre per un puro refuso normativo (ossia una dimenticanza del Legislatore) non è stata abrogata l'ultima parte del comma 1 nella quale si dice che la durata complessiva del rapporto a termine, comprensivo delle proroghe, non può essere superiore a tre anni: ciò appare una ridondanza atteso che, in via generale, il contratto a tempo determinato e non soltanto quello prorogato, non può superare i trentasei mesi. Il dubbio relativo alla applicabilità delle nuove regole ai contratti in essere stipulati prima del 21 marzo 2014 (data di entrata in vigore del D.L. n. 34 del 2014) è stato risolto dall'art. 2-bis (introdotto in sede di conversione) il quale afferma che le modifiche introdotte con l'art. 1 (contratti a termine) e con l'art. 2 (contratti di apprendistato) si applicano unicamente ai rapporti di lavoro instaurati a decorrere dalla data appena citata, fermi restando gli effetti già prodotti dalle disposizioni del D.L. n. 34/2014 (prima delle modifiche) che è stato in vigore dal 21 marzo al 19 maggio 2014. Detto principio non è altro che l'applicazione

cazione di quanto previsto, in via generale, sotto l'aspetto civilistico, secondo cui nei contratti si applicano le regole vigenti al momento della loro conclusione.

Da quanto appena detto emergono alcune considerazioni:

a) qualora il contratto a tempo determinato sia stato stipulato prima del 21 marzo 2014 e non si intenda interromperlo, a quel rapporto è applicabile una sola proroga, con l'esplicitazione della ragione oggettiva che deve essere accompagnata sia dal consenso, anche tacito, dell'interessato, che dallo svolgimento della stessa attività;

b) qualora il contratto sia stato stipulato tra il 21 marzo ed il 19 maggio 2014, lo stesso può essere prorogato otto volte: così dice la norma ma motivi di opportunità normativa consigliano, nel caso in cui durante tale periodo non sia stato prorogato otto volte, di seguire la nuova disposizione che ne consente, a partire dal 20 maggio 2014, cinque rapportate all'arco temporale triennale;

c) qualora il contratto a termine sia stato stipulato dopo il 19 maggio 2014 valgono «in toto» le nuove disposizioni.

Sotto l'aspetto prettamente operativo non si può non sottolineare come, in prospettiva, un uso oculato delle proroghe da parte del datore di lavoro (che, quindi, possono essere più di una in ogni contratto, nel limite massimo di cinque riferibili a più rapporti nell'arco del triennio complessivo di durata intesa anche come sommatoria di rapporti), potrebbe portare ad una utilizzazione minore dello sforamento del termine finale che, in un'ottica di flessibilizzazione del contratto fu introdotta per non gravare sul datore di lavoro con il peso della scadenza del termine e con la conversione automatica a tempo indeterminato. Ebbene, tale flessibilità ha un costo che è pari al 20% di aumento sulla retribuzione riferita ai primi dieci giorni, che sale al 40% a partire dall'undicesimo e che ha incidenza non soltanto sulla contribuzione ma anche sugli istituti contrattuali connessi (art. 5, comma 2). Va, peraltro, sottolineato come l'allungamento “monetizzato” del rapporto attraverso la continuazione delle prestazioni oltre il termine fissato è possibile soltanto per la durata massima fissata dalla norma (trenta giorni se il contratto aveva una durata fino a sei mesi e cinquanta, se superiore), con la conseguenza che se, per ipotesi, dovesse allungarsi ulteriormente, senza soluzione di continuità, lo stesso, in assenza di comunicazioni al centro per l'impiego, diverrrebbe “in nero” a partire dal giorno successivo. Orbene, si potrebbe verificare il caso che un datore di lavoro provveda a prorogare un contratto (pur se già prorogato almeno una volta) “risparmiando” sulla retribuzione dovuta in caso di sforamento. Ovviamente, la proroga va comunicata, entro cinque giorni dal momento in cui è iniziata, on-line al centro per l'impiego (la sanzione per l'inottemperanza, dif-

fidabile nella misura minima, è compresa tra 100 e 500 euro), mentre lo sforamento non va comunicato, essendo venuto meno l'obbligo, peraltro non sanzionato, per effetto della previsione contenuta nel D.L. n. 76/2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 99/2013.

Le questioni relative alla nuova disciplina delle proroghe non riguardano i contratti a termine che sono al di fuori dell'ombrello applicativo del D.Lgs. n. 368/2001: ci si riferisce, ad esempio, a quello più in uso che riguarda l'assunzione a tempo determinato dei lavoratori in mobilità per un massimo di dodici mesi. L'esclusione dal campo di applicazione è sancta dall'art. 10, comma 1, lettera c-ter, che fa salvi soltanto l'art. 6 che fissa i principi anti discriminazione e l'art. 8 sul computo dei dipendenti ai fini delle garanzie sindacali ex art. 35 della legge n. 300/1970. Ciò significa che una serie di istituti non sono minimamente applicabili a tale tipologia come, ad esempio, il fatto che il contratto a termine del lavoratore in mobilità non rientra nella sommatoria dei 36 mesi, che non c'è dell'intervallo tra un contratto e l'altro, che non trova applicazione la specifica disciplina dello sforamento del termine fissato e, infine, che le proroghe, pur in un arco temporale ridotto che è di dodici mesi, potrebbero anche essere più di cinque.

Da quanto sopra emerge che l'istituto della proroga non è applicabile ai contratti a tempo determinato di durata pari o superiore a trentasei mesi, anche alla luce delle profonde novità introdotte dalla legge n. 247/2007, sulla durata massima dei contratti a termine (anche per sommatoria con la somministrazione) dei quali si parlerà diffusamente più avanti.

Un problema del tutto particolare è rappresentato dall'istituto della proroga per i dirigenti che, come si vedrà successivamente, possono stipulare contratti a termine di durata non superiore a cinque anni. La giurisprudenza, sotto la vigenza della precedente normativa, aveva chiarito che la proroga (comunque, entro il limite massimo) era possibile anche senza necessità di rispetto delle condizioni modali e temporali stabilite dall'art. 2 della legge n. 230/1962 (Cass., 28 novembre 1991, n. 1274; Cass., 17 agosto 1998, n. 8069).

L'istituto della proroga non trova applicazione, come si vedrà, commentando il comma 4 dell'art. 11, per il personale artistico e tecnico delle Fondazioni di produzione musicale.

Il discorso relativo a tale istituto non può non riferirsi, sia pure, con un breve accenno, alle proroghe previste per altre tipologie contrattuali a termine alle quali, peraltro, non trova applicazione il D.Lgs. n. 368/2001: nel contratto di inserimento (almeno per quelli che sono stati stipulati entro il 31 dicembre 2012 e che fossero, tuttora, in corso di svolgimento, atteso che l'istituto è stato abrogato dall'art. 1, comma 14, della legge n. 92/2012), il termine finale, che

non può essere superiore a diciotto mesi (trentasei per i portatori di handicap), può essere raggiunto attraverso più proroghe, come ribadito dalla circolare del Ministero del lavoro n. 31/2004.

Nel contratto di somministrazione, invece, la possibilità di più proroghe rispetto al contratto iniziale è ampiamente ammessa dalla contrattazione collettiva di settore (fino a sei volte secondo i contenuti dell'ultimo Ccnl) e il Ministero del lavoro espresse, a suo tempo, l'opinione che, a fronte dell'ampia formulazione adottata dall'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, che si doveva escludere l'applicabilità del limite di legge previsto per i contratti a termine. La proroga del contratto a tempo determinato va comunicata esclusivamente in via telematica, entro cinque giorni dal momento in cui si è verificata (se cade di giorno festivo il termine è, legittimamente, prorogato al primo giorno non festivo successivo) al centro per l'impiego, competente per territorio o presso il quale il datore di lavoro è accreditato, utilizzando la sezione 4 del modello «Unilav».

Art. 5 - Scadenza del termine e sanzioni - Successione di contratti - Risoluzione

L'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001 è stato oggetto di profonde e radicali trasformazioni per effetto sia della legge n. 247/2007 che della legge n. 133/2008, che, soprattutto, della legge n. 92/2012, della legge n. 99/2013 e della legge n. 78/2014.

Ma, andiamo con ordine cercando di focalizzare le varie problematiche presentate dai vari commi.

Scadenza del termine, "sforamento" e sanzioni

L'art. 5, nella versione contenuta nei primi 4 commi, riproduce, nella sostanza, le modifiche all'originario rigido apparato sanzionatorio previsto dalla legge n. 230, individuate dall'art. 12 della legge n. 196/97 con una aggiunta normativa che, rifacendosi ad un indirizzo amministrativo contenuto nella circolare del Ministero del lavoro n. 153 del 28 novembre 1997, chiarisce definitivamente l'oscuro contenuto dell'ultimo periodo del suddetto art. 12. Viene ribadito che se lo "sforamento" del termine è di pochi giorni il rapporto non è trasformato come prevedeva la legge del 1962 ed il disagio viene monetizzato con una percentuale di salario maggiorata. Si afferma, infatti, che se il rapporto continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato (ora possibile fino a tre anni di durata complessiva) il datore di lavoro deve corrispondere una maggiorazione della retribuzione pari al 20% per i primi dieci giorni: tale percentuale sale al 40% per le giornate successive fino alla trentesima od alla cinquantesima, a seconda che il contratto stipulato

sia stato inferiore, pari, o superiore ai sei mesi (è questa una novità contenuta nella legge n. 92/2012 che ha innovato la previsione originaria).

La maggiorazione percentuale ha natura di vera e propria retribuzione con tutte le conseguenze sia sotto l'aspetto degli oneri previdenziali che sotto quello del trattamento di fine rapporto.

Tale incremento in percentuale per i giorni di "sforamento" spetta anche, ad avviso di chi scrive, ai lavoratori con contratto a termine stipulato con datori di lavoro pubblici non economici: si è in presenza, infatti, di una forma retributiva maggiorata, prevista dalla legge e per nulla legata alla conversione del rapporto.

Ma, cosa succede, da un punto di vista amministrativo, in caso di "sforamento"? Ci sono obblighi particolari per il datore di lavoro?

Fino al 17 luglio 2012 non esisteva alcun onere, ma dal giorno successivo e fino al 27 giugno del 2013, le linee di comportamento sono fornite dal comma 2-bis dell'art. 5, come modificato dalla legge n. 92/2012. Il datore di lavoro aveva l'onere di comunicare al centro per l'impiego competente per territorio, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto sarebbe continuato oltre la scadenza, indicando, al contempo, la durata della prosecuzione. Tutto questo, però, non era stato disposto dal Legislatore in via automatica, nel senso che l'onere era correlato alla emanazione di un decreto di natura non regolamentare del Ministro del lavoro, cosa avvenuta con il D.M. 10 ottobre 2012 entrato in vigore il successivo 25 novembre e accompagnato da due note della Direzione Generale per il mercato del lavoro. Tale onere della comunicazione della prosecuzione da inviare al centro per l'impiego non risultava accompagnato da alcuna specifica sanzione. Dal 28 giugno 2013, data di entrata in vigore del D.L. n. 76, l'obbligo è stato cancellato e, quindi, è venuto meno anche il D.M. che lo aveva disciplinato.

"Sforamento" e ipotesi di conversione a tempo indeterminato

Se il rapporto a termine continua oltre il trentesimo giorno (se inferiore a sei mesi) od oltre il cinquantesimo (se uguale o superiore a sei mesi) il contratto si considera a tempo indeterminato a partire dalla scadenza di tali termini: questa disposizione vale per tutti i datori di lavoro, ad eccezione delle Amministrazioni pubbliche per le quali va fatto un discorso a parte, completamente diverso.

La conversione a tempo indeterminato del rapporto, così come risulta disciplinata dall'art. 5, non è possibile nel settore pubblico, in quanto l'instaurazione di tale tipologia di rapporto, in virtù dell'art. 97 Cost. e dell'art. 36 del D.Lgs. n. 29/1993 (sul quale, da ultimo, è intervenuto l'art. 4 del D.L. n. 101/2013 convertito, con modificazioni, nella legge n. 125/2013) che contiene le regole generali per l'accesso al pub-

blico impiego, può avvenire soltanto attraverso procedure concorsuali o selettive pubbliche. A tal proposito, e fermi restando gli approfondimenti specifici che saranno effettuati successivamente, si ricorda che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato, ferma restando ogni responsabilità o sanzione. Questo significa nullità del contratto protrattosi oltre i termini cosa che comporta, però, la possibilità che il lavoratore sia comunque retribuito per l'attività «di fatto» prestata in applicazione dell'art. 2126 c.c.: tale tutela si estende anche alla parte previdenziale, nonché all'eventuale danno subito a causa della sottoscrizione di un contratto nullo (ma il danno deve essere dimostrato dal ricorrente). Ovviamente, va posta in rilievo la responsabilità patrimoniale del dirigente, perché le somme erogate al lavoratore si concretizzano, da un punto di vista patrimoniale, in un danno erariale che l'Amministrazione sopporta e che deve pagare senza titolo di spesa. Il comma 3 dell'art. 5, profondamente ritoccato dalla legge Fornero e già soggetto ad alcuni cambiamenti con la legge n. 134/2012 che, prevedeva un periodo di «latenza» tra un contratto a termine e l'altro estremamente «spropositato» (sessanta o novanta giorni a seconda che il contratto avesse avuto una durata rispettivamente inferiore a sei mesi o pari e superiore), in un'ottica destinata a favorire la c.d. «flessibilità buona» (ma ciò non è stato, da subito) è stato riformulato dall'art. 7 del D.L. n. 76/2013 e confermato dalla legge di conversione n. 99/2013.

Intervallo tra un contratto a termine e l'altro

Ma, andiamo con ordine, cercando di fare un minimo di chiarezza. Il «testo base» del nuovo articolo 5, comma 3, dopo le correzioni intervenute è il seguente: «Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'art. 1, entro un periodo di dieci giorni (prima erano sessanta) dalla scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero di venti giorni (prima erano novanta) dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Le disposizioni di cui al presente comma non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali di cui al comma 4-ter, nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Come si vede il c.d. «stop and go» è tornato alla formulazione originaria nel senso che tra un rapporto a termine e l'altro sono sufficienti dieci o venti giorni di «stacco» (a seconda della durata del precedente rapporto) contati con il calendario. Questa disposi-

zione non si applica ai contratti stagionali di cui parla il successivo comma 4-ter e che hanno, anche per altri aspetti, una loro specifica disciplina, ai contratti nelle imprese «star-up innovative» (art. 28 della legge n. 221/2012) ove i rapporti, nel periodo massimo di trentasei mesi, possono succedersi senza soluzione di continuità, nei contratti a termine con i lavoratori in mobilità (art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991 che, come vedremo, sono fuori «dall'ombrello applicativo» del D.Lgs. n. 368/2001, e, infine, laddove la contrattazione collettiva, anche aziendale, è intervenuta.

L'aspetto innovativo riferito agli accordi sindacali, rispetto alla previsione contenuta nel testo in vigore dopo la legge n. 92/2012 e «i correttivi» dell'art. 46-bis della legge n. 134/2012, è che la contrattazione, anche aziendale (e non c'è bisogno di alcuna delega per l'esercizio del potere di secondo livello) può sia diminuire i periodi di «stacco» che annullarli del tutto (su quest'ultimo passaggio, tra gli operatori, c'è qualche perplessità, atteso che, si afferma, i termini sono, ora, «legali»), magari utilizzando la deroga prevista dall'art. 8 della legge n. 148/2011. Parimenti si intendono superati i termini che, dopo le correzioni della legge n. 134/2012 hanno consentito alle parti sociali di abbassare a venti e trenta giorni i periodi di «latenza» fissati dalla riforma Fornero.

Tanto per fare un esempio riferito al primo accordo collettivo sottoscritto a livello nazionale, quello del settore alimentare delle imprese aderenti a Confindustria (o anche quello, immediatamente successivo dell'occhialeria), i termini generali relativi allo «stacco» sono stati, rispettivamente, ridotti a cinque e dieci giorni ma completamente annullati in alcune ipotesi come quelle riguardanti le ragioni sostitutive come la maternità, le ferie o la malattia. La riduzione a cinque e dieci giorni del periodo di interruzione è stato previsto anche nella maggior parte dei contratti a termine stipulabili all'interno del nuovo Ccnl del settore edile sottoscritto il 1° luglio 2014.

La norma sullo «stacco» è, però, in via generale, fatte salve le eccezioni appena descritte, di dieci o venti giorni computati secondo il calendario e la cui inosservanza fa sì che il successivo contratto si consideri a tempo indeterminato. La circolare n. 35/2013 afferma che l'intervallo di dieci o venti giorni trova applicazione anche rispetto ai contratti stipulati prima del 28 giugno 2013, data di entrata in vigore del D.L. n. 76/2013.

In ordine alla questione relativa al rispetto dello «stacco» va esaminato il comportamento di quei datori di lavoro che, nei dieci o venti giorni di intervallo, utilizzano il lavoratore, senza soluzione di continuità, ricorrendo ad altre tipologie contrattuali come l'intermittente, la somministrazione, a prestazioni di lavoro accessorio o ad improbabili forme di lavoro autonomo. Ebbene, ciò non è legittimo configurandosi un *negotium in fraudem legis*, in quanto il Legi-

slatore ha previsto, obbligatoriamente, un intervallo, consentendo, peraltro, alle parti sociali di trovare accordi, anche aziendali, finalizzati a ridurre o cancellare i termini.

In tale ottica può essere considerata una sentenza del Pretore di Milano, per la verità un po' "datata" (Pret. Milano, 31 dicembre 1982), con la quale si sostenne la legittimità del comportamento di un datore di lavoro che si era rifiutato di riassumere a termine un lavoratore prima che fossero passati i termini legali dalla scadenza del precedente contratto: il ragionamento si basava sul presupposto che tale rifiuto era determinato dalla necessità di evitare la conversione legale del rapporto a tempo indeterminato.

Successione di contratti a tempo determinato

Il comma 4 dell'art. 5 fa "giustizia" di una frase infelice, contenuta nelle ultime righe dell'art. 12 della legge n. 196/1997, ove si affermava che «quando si tratti di due assunzioni successive a termine il rapporto si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto». Frutto di un poco corretto passaggio parlamentare ove, probabilmente, si era perso "qualche inciso", esso aveva creato qualche problema e, negli anni passati, si era cercato di dare alla frase una interpretazione razionale in linea con il sistema sanzionatorio ipotizzato dalla nuova norma, in quanto, se si guardava al puro testo letterale, la disposizione sembrava in radicale contraddizione con quanto affermato nelle righe precedenti. Fu così che il Ministero del lavoro, con la circolare n. 153/1997, anticipata, in un certo senso, dalla risposta, datata 7 ottobre 1997, fornita ad un quesito avanzato dall'Associazione nazionale importatori ortofrutticoli ed agrumari, pose l'accento sul fatto che tra le due assunzioni non vi doveva esser alcuna interruzione: essa appariva sul piano letterale ineccepibile (oggi scade un contratto, domani ne inizia un secondo) e si riferiva ad una situazione profondamente logica che prevedeva il concorso di due specifiche condizioni: la prima consistente nella continuità della prestazione, la seconda nella stipula del nuovo contratto per iscritto prima della scadenza del termine (altrimenti si sarebbe ricaduti nell'ipotesi della proroga). Era, comunque, necessario un intervento diretto del Legislatore, anche per evitare "lettura diverse" da parte della Magistratura, cosa che è avvenuta, in linea con l'ipotesi amministrativa sopracitata, attraverso il comma che si commenta: «Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto».

Le disposizioni contenute in questo articolo non trovano applicazione nei confronti del personale tecnico ed artistico delle Fondazioni di produzione musicale: la ragione appare evidente ed è strettamente legata

alla "specialità" dei rapporti che nascono in questo particolare settore.

Recesso nel contratto a termine

L'art. 5 offre, altresì, lo spunto per una brevissima riflessione sul recesso nel contratto a tempo determinato. Esso può avvenire, oltreché per scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, anche qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto, così come previsto dall'art. 2119, comma 1, c.c. e dalle norme generali sulla risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive. Ovviamente, nulla esclude la possibilità che il lavoratore receda attraverso l'istituto delle dimissioni o che le parti consensualmente decidano una risoluzione *ante tempus* del rapporto dovendo, in questo caso, attivare la procedura della convalida prevista dai commi 17 e seguenti dell'art. 4 della legge n. 92/2012. È estremamente importante per il datore di lavoro che venga posta in essere una delle procedure alternative che consentono di definire l'istituto del recesso prima della scadenza, in quanto per un imprenditore inerte che, entro trenta giorni dalla presentazione delle dimissioni o dalla risoluzione consensuale, non abbia proceduto ad inviare al lavoratore la copia della comunicazione della cessazione del rapporto per dimissioni o per risoluzione consensuale inviata al centro per l'impiego, scatta l'inefficacia delle stesse. Il datore di lavoro ha a disposizione diverse strade per far sì che le dimissioni (atto unilaterale oggetto di "possibile ripensamento" entro sette giorni dalla presentazione, se non convalidate) siano definitive: la conferma presso la Direzione territoriale del Lavoro, il centro per l'impiego, la sede individuata dalla pattuizione collettiva (nell'industria è stato sottoscritto il 3 agosto 2012 un accordo che individua quella sindacale ex art. 411 c.p.c.) o, in azienda, attraverso la libera sottoscrizione da parte del lavoratore di una dichiarazione, apposta sulla copia della comunicazione di cessazione del rapporto inviata in via telematica al centro per l'impiego, con la quale si afferma che le dimissioni sono state rese volontariamente, senza alcuna costrizione.

La scadenza del termine in un contratto a tempo determinato o la ultimazione della prestazione non consentono la conservazione del posto per una lavoratrice che usufruisca della tutela legata alla maternità: così diceva l'art. 2, comma 3, della legge n. 1204/1971 e così afferma, ora, l'art. 54, comma 3, del T.U. n. 151/2001 il quale, estende tale ipotesi anche al padre che goda del congedo per paternità, in alternativa alla madre. Qualora il rapporto si risolva, per dimissioni, prima della scadenza del termine, le stesse vanno convalidate avanti al servizio ispettivo della Direzione territoriale del lavoro, secondo la previsione, contenuta nell'art. 55, comma 4, come modificato dall'art. 4, comma 16, della legge n. 92/2012.

Per completezza di informazione va ricordato che, pur in presenza di tutela della maternità, il divieto di licenziamento non trova applicazione anche nel caso:

a) di colpa grave, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto: ovviamente, tale disposizione ha una portata generale, riguardando anche e, soprattutto, il contratto a tempo indeterminato. Sul punto, è sufficiente sottolineare come la giusta causa sia quella, talmente grave, che non consente la prosecuzione, neanche provvisoria, del rapporto, in quanto è venuto meno il “legame fiduciario”;

b) di cessazione dell’attività dell’azienda cui essa è addetta. Si tratta di una motivazione evidente, atteso che l’impresa ha cessato di esistere;

c) di esito negativo della prova. Premesso ogni divieto di discriminazione che trova il proprio fondamento sia nell’art. 4 della legge n. 125/1991 che nell’art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001, si ricorda che il patto di prova è una condizione che può sempre essere inserita in ogni tipologia contrattuale di lavoro, secondo l’art. 2094 c.c. e secondo le previsioni del Ccnl per quel che concerne la durata.

Il licenziamento arbitrario *ante tempus* del lavoratore va risarcito mediante la retribuzione complessiva che egli avrebbe percepito fino alla scadenza convenzionale del rapporto (Cass., 13 settembre 1997, n. 9122), non essendo disciplinato dall’art. 18 della legge n. 300/1970 ma dalla norma generale contenuta nell’art. 1223 c.c. (Cass., 28 ottobre 1981, n. 5669): analogo discorso va fatto in caso di dimissioni per giusta causa (Cass., 8 agosto 1996). Il datore di lavoro che, in caso di giudizio, intenda limitare la misura complessiva del risarcimento dovuto è tenuto a provare una eventuale occupazione lavorativa dell’ex dipendente.

La risoluzione anticipata del rapporto da parte del lavoratore attraverso le dimissioni (non determinate da «giusta causa») facoltizza il datore di lavoro a chiedere un eventuale risarcimento del danno.

Il licenziamento disciplinare legittima la possibilità del recesso anticipato: il datore di lavoro è tenuto, tuttavia, al rispetto della procedura prevista dai primi 3 commi dell’art. 7 della legge n. 300/1970 per i lavoratori a tempo indeterminato (Cass., 22 settembre 1984, n. 4813), in ottemperanza alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 30 novembre 1982. Vale la pena di ricordare come le procedure collettive di riduzione di personale non trovino applicazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato: infatti, l’art. 24, comma 4, della legge n. 223/1991, afferma che esse non riguardano i «casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o salutuarie».

Una ulteriore considerazione connessa alla risoluzione del rapporto a termine va fatta per l’istituto del preavviso: la particolare configurazione del contratto

ove esiste una scadenza prefissata, esclude che il datore di lavoro sia tenuto al rispetto di tale obbligo. *Ma cosa succede se il lavoratore contesta la diversa qualificazione del rapporto o la legittimità del termine?*

Qui il Legislatore è intervenuto con l’art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 sulla previsione dell’art. 32, comma 3, lettera a) della legge n. 183/2010 ampliando, da un lato, i tempi per l’impugnazione stragiudiziale e, dall’altro, riducendo quelli per il successivo ricorso giudiziale: il tutto con riferimento alle cessazioni dei contratti a termine che avvengono a partire dal 1° gennaio 2013 (comma 12). I termini, per rendere nota la volontà di impugnare, in via stragiudiziale, il recesso, passano dagli usuali sessanta giorni a centoventi giorni dalla cessazione del rapporto. La ragione di tale “cambio d’indirizzo” del Legislatore, fu dettata dalla possibilità di favorire, attraverso un “allungamento” dei termini, la costituzione di un nuovo rapporto, ma anche dal fatto che la legge n. 92/2012 aveva portato a novanta giorni il periodo di intervallo tra un contratto a termine e l’altro ove il primo aveva avuto una durata superiore ai sei mesi. Ora, la norma è cambiata in quanto si è tornati agli “usuali” dieci e venti giorni, ma il limite (forse anche per una dimenticanza del Legislatore) è rimasto lo stesso.

Al contempo, tuttavia, si sono ridotti i termini per il successivo ricorso giudiziale che passano da duecentosettanta a centottanta giorni. Il Legislatore si preoccupò anche di porre un limite all’uso di ricorrere in giudizio quasi al termine della prescrizione quinquennale, dopo la rituale volontà di impugnare resa nota al datore di lavoro nei termini usuali, imponendo i nuovi ristretti termini attraverso una esplicita previsione contenuta nell’art. 32, comma 4, lettera b. La Consulta, con la sentenza n. 155 del 21 maggio 2014, ha avuto modo di intervenire, ritenendolo perfettamente in linea con la Costituzione: con tale disposizione si è ritenuto che l’applicazione retroattiva del più rigoroso regime della decadenza alla sola categoria dei contratti a termine già conclusi prima del 25 ottobre 2010, data di entrata in vigore della legge n. 183, trovi la sua *ratio* nelle esigenze «di garantire la speditezza dei processi mediante l’introduzione di termini di decadenza in precedenza non previsti; quella di contrastare la prassi di azioni giudiziarie proposte anche a distanza di tempo assai rilevante dalla scadenza del termine apposto al contratto (va notato, al riguardo, che il carattere - legittimo od illegittimo - dell’apposizione del termine si risolve in un’azione di accertamento della nullità parziale di una clausola del contratto, come tale imprescrittibile ex art. 1422 c.c.); quella di pervenire ad una riduzione del contenzioso giudiziario nella materia in questione».

Il Legislatore si è preoccupato, altresì, attraverso una norma di «interpretazione autentica» (che, quindi,

trova applicazione anche ai procedimenti giudiziali in corso), di fissare *ex lege* le conseguenze correlate ad una conversione giudiziale del rapporto a tempo indeterminato. Lo ha fatto attraverso l'art. 1, comma 13 che, interpretando, l'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 ha affermato che oltre alla conversione a tempo indeterminato del rapporto il lavoratore ha diritto ad una indennità risarcitoria compresa tra 2,5 e 12 mensilità finalizzata a “ristorare” il lavoratore del danno subito, comprensiva delle conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del giudice che ha ordinato la ricostituzione del rapporto. Va ricordato come tale interpretazione si ponga nel solco della sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2011 e della sentenza della Corte di Cassazione n. 1411/2012 che, parlando della indennità come puramente risarcitoria, aveva parlato della inapplicabilità del principio dell'*aliunde perceptum*.

La specifica indennità risarcitoria in caso di conversione del contratto a termine è stata considerata conforme alla Direttiva Europea da una sentenza della Corte Europea di Giustizia (C-361/2012) del 12 dicembre 2013 che, decidendo su una remissione proveniente dal Tribunale di Napoli, ha ritenuto che non

si potesse parlare di discriminazione rispetto al trattamento, anche di natura economica, scaturente dall'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970 in tema di licenziamento illegittimo, pur nella versione rimodulata susseguente alle modifiche introdotte con la legge n. 92/2012. La Corte, infatti, ha ritenuto che la differenza di trattamento sia pienamente compatibile con le disposizioni comunitarie che vietano l'approvazione di regole discriminatorie tra lavoratori con contratto a tempo determinato, ma non il trattamento differenziato tra situazioni giuridiche non equivalenti.

Il datore di lavoro è tenuto a comunicare al centro per l'impiego competente, attraverso la procedura on line più volte citata, l'avvenuta cessazione del rapporto a termine entro i cinque giorni successivi (il termine è prorogato, in caso di festività al primo giorno non lavorativo), tranne l'ipotesi in cui la data di cessazione sia quella comunicata al momento dell'invio della comunicazione di assunzione. L'omissione è sanzionata con un importo compreso tra 100 e 500 euro per ogni soggetto interessato: è applicabile l'istituto della diffida obbligatoria ex art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 che consente, trattandosi di fatto omissivo, di pagare la sanzione minima.

