

Jobs Act - Chiarimenti ministeriali

Contratti a termine, sommministrazione e apprendistato

Eufranio Massi - Esperto in Diritto del lavoro

Il 30 luglio 2014, attesa con particolare interesse dagli operatori del settore, è stata emanata dal Ministero del lavoro la circolare n. 18 che offre, al personale ispettivo, le prime delucidazioni sul contratto a tempo determinato, sulla somministrazione e sul rapporto di apprendistato che hanno subito forti e significative modifiche con la legge n. 78/2014.

Il testo, come si affermava pocanzi, è, innanzitutto, diretto agli organi di vigilanza (sia delle proprie articolazioni periferiche che degli altri enti deputati al controllo della regolarità dei rapporti di lavoro) e, forse, risente di questa angolazione: alcune questioni sono state appena toccate, altre non sono state trattate. Sicuramente, attraverso quesiti ed interPELLI il quadro amministrativo di riferimento si arricchirà notevolmente.

L'analisi che segue tratterà i vari argomenti seguendo, perdisseguamente, l'articolato della circolare.

Contratto a tempo determinato

La nota del Welfare sottolinea come, in modo del tutto esplicito, a partire dal 21 marzo 2014, data di entrata in vigore del D.L. n. 34/2014, siano del tutto state eliminate dal testo dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 le ragioni di «carattere tecnico,

produttivo, organizzativo o sostitutivo» che hanno caratterizzato il contratto a termine e che, sovente, sono state causa di conflitto giudiziale: ora, afferma il Ministero, riprendendo *in toto* il dettato normativo, 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 ed 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 *ex art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003*.

Lasciando, al momento, da parte l'argomento della somministrazione di lavoro, è opportuno soffermarsi su ciò che il Ministero del lavoro ha affermato relativamente ai contratti a termine.

L'apposizione della causale non è più prevista anche se (il Dicastero la chiama «trasparenza», ma forse è qualcosa di più, nel senso che serve ad altri obiettivi) viene consigliato di inserirla allorché il lavoratore viene assunto «per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità», atteso che tali rapporti sono esenti da limiti quantitativi (art. 10, comma 7, del D.Lgs. n. 368/2001) ed inoltre non sono sottoposti al contributo addizionale

dell'1,40%. Di ciò si è fatta portavoce, da subito, l'Inps che, con il messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014, riferendosi alla conferma del non pagamento dell'addizionale relativamente alle ragioni sostitutive ha chiarito che, pur in assenza della motivazione specifica, i datori di lavoro possono continuare a non versare la maggiorazione compilando il flusso Uniemens, valorizzando l'elemento «Qualifica 3» con il previsto codice A.

Il termine, dice il Ministero, citando il comma 2 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, deve risultare direttamente od indirettamente da atto scritto, altrimenti è privo di effetto: la mancanza inficia alla radice il contratto con la conseguenza che lo stesso, come affermato dallo stesso Dicastero nella circolare n. 42 del 2002, si considera a tempo indeterminato sin dall'inizio.

Come si diceva, il termine (che riguarda anche i contratti stagionali) può risultare direttamente od indirettamente da atto scritto: ciò significa che, come già affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 1004 del 2 febbraio 1988, esso può essere rilevato anche, in via induttiva, dall'esame delle clausole contrattuali, potendo anche desumersi dall'incontro delle volontà risultante da documenti diversi, seppur correlati tra loro, ma tali da eviden-

ziare il consenso di entrambe le parti.

La questione del termine non tocca assolutamente quella del patto di prova: anche nel contratto a termine lo stesso può essere apposto (in forma scritta) e valgono le regole generali che disciplinano l'istituto. Ovviamente, la mancanza del patto di prova per iscritto, non inficia assolutamente la legittimità del contratto a tempo determinato.

In questo primo passaggio sui nuovi contratti a tempo determinato la nota del Ministero del lavoro si sofferma sul fatto che il contratto può essere stipulato «per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione». La disposizione ricalca quella contenuta nel D.L. n. 76/2013 a proposito del contratto acausale ed ha, sostanzialmente, un solo significato: quello della possibilità di ricorrere sempre al contratto a termine, nonostante alcuna qualifica, neanche di scarso contenuto.

Limiti quantitativi: il limite legale

Toccando questo argomento, la circolare n. 18 affronta e risolve alcuni problemi sollevati dal testo normativo, fornendo interpretazioni plausibili sotto diversi aspetti.

Ma andiamo con ordine.

Viene chiarito che il limite del 20% calcolato sul personale in forza a tempo indeterminato alla data del 1° gennaio dell'anno alla quale si riferiscono le assunzioni a termine riguarda quei datori di lavoro nella cui disciplina contrattuale applicata non è previsto un numero percentuale di lavoratori assumibili a termine (ad oggi, per rimanere ai settori più importanti non esiste una disciplina specifica tra i metalmeccanici e nel credito). Il calcolo va effettuato avendo quale riferi-

mento l'azienda nel suo complesso, essendo del tutto ininfluente l'unità produttiva ove i lavoratori a termine andranno a prestare la loro attività.

Per gli altri ove esiste una disciplina contrattuale, occorre far riferimento ad essa pur se i parametri di computo siano diversi da quelli legali e la percentuale stessa sia maggiore o minore.

Le imprese che iniziano la propria attività durante l'anno (e che quindi, non erano viventi al 1° gennaio), e questo è uno sforzo interpretativo rispetto alla norma, possono assumere lavoratori a termine secondo la percentuale che risulta relativa al personale a tempo indeterminato in forza al momento del primo contratto a tempo determinato.

Altro passaggio chiarificatore riguarda le modalità di calcolo del personale a tempo indeterminato.

Dal computo sono esclusi (è questo un chiarimento della legge di conversione, atteso che il D.L. n. 34/2014 parlava di «organico complessivo») tutti i rapporti a termine, quelli di natura autonoma come le associazioni in partecipazione o le collaborazioni coordinate e continuative, le prestazioni accessorie e le c.d. partite Iva. Sono invece compresi:

a) i lavoratori con contratto a tempo indeterminato: quelli a tempo parziale, vanno calcolati *pro quota* come previsto dall'art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000;

b) i dirigenti se assunti a tempo indeterminato;

c) i lavoratori con contratto intermittente percettori di indennità di disponibilità (il ragionamento seguito dal Ministero è quello della distinzione tra lavoratori stabili e tali si ritengono i percettori dell'indennità ed i lavoratori

a termine): in ogni caso, l'esperienza ci dimostra giornalmente come gli stessi siano molto pochi, ricorrendo i datori di lavoro, in via continuativa, alla tipologia contrattuale della chiamata, senza l'erogazione di alcuna indennità;

d) gli apprendisti, in quanto il loro inserimento nella base di computo, pur non essendo esplicitamente richiamato dalla legge, è legata al fatto che l'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011 definisce il contratto di apprendistato come un contratto a tempo indeterminato, con la sola eccezione del contratto a termine per cicli stagionali nel professionalizzante (art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 167/2011), al momento praticabile, in virtù della contrattazione collettiva, soltanto nel settore turistico, e del contratto a tempo determinato nell'apprendistato per l'acquisizione del titolo di studio o della qualifica professionale che, introdotto dalla legge n. 78/2014, necessita delle determinazioni delle Regioni (e delle Province autonome) e della contrattazione collettiva (soltanto il turismo, al momento, lo ha fatto). Tale interpretazione che utilizza (ai fini di un allargamento della base di calcolo) il concetto di stabilità prescinde dalla interpretazione nominalistica (la parola apprendista) seguita da chi scrive in un precedente articolo apparso su questa rivista e che, basandosi sul dato letterale, non comprendeva gli apprendisti nel computo (1). Ovviamen-

te, se si utilizza tale concetto vanno compresi nella base di calcolo (la nota ministeriale non li cita, forse anche perché la casistica è di scarso ri-

Nota:

(1) Su questo ed altri aspetti v. E. Massi: *Il contratto a termine*, in *Dir. prat. lav.*, 2014, 31 e 32/33.

Approfondimenti

Approfondimenti

lievo) gli assunti con contratto di reinserimento (art. 20 della legge n. 223/1991) e i lavoratori assunti a tempo indeterminato provenienti da lavori socialmente utili o di pubblica utilità (art. 7 del D.Lgs. n. 81/2000) che, stando alla normativa di riferimento, dovrebbero essere esclusi.

Il numero individuato ad inizio d'anno resta tale pur se il numero totale dei dipendenti a tempo indeterminato sia diminuito per effetto di dinamiche contrattuali o legali (ad esempio, pensionamenti, dimissioni, licenziamenti, ecc.): esso, inoltre, va considerato in senso dinamico, in quanto non costituisce un limite fisso annuale ma rappresenta una proporzione tra il numero dei lavoratori stabili e quelli a termine, in modo tale che alla scadenza di un contratto (che, magari, potrebbe anche essere stato convertito) se ne possa stipulare un altro nel rispetto della percentuale del 20%.

Al contempo, il Dicastero del lavoro ha affermato qualcosa che la norma non dice e cioè che per la percentuale risultante dal computo del 20%, il datore di lavoro potrà effettuare l'arrotondamento all'unità superiore qualora il decimale sia uguale o superiore a 0,5: l'interpretazione, in una logica occupazionale appare del tutto ragionevole. Vale la pena di ricordare, peraltro, che alcuni contratti collettivi (si pensi, ad esempio, al tessile) arrotondano all'unità superiore in presenza anche di un resto percentuale che non raggiunge la soglia dello 0,5.

È appena il caso di precisare, anche se sul punto la circolare n. 18 tace, che il discorso relativo alle modalità di calcolo dei lavoratori a tempo parziale vale sì per la indivi-

duazione della base di computo, ma dovrebbe valere anche sotto l'aspetto delle assunzioni: infatti, se al lavoratore part-time va *in toto* applicato l'art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000 (quando lo ha voluto contare a pieno la norma lo ha detto chiaramente come nel D.Lgs. n. 81/2008), anche l'assunzione va rapportata al numero delle ore scaturenti dalla stipula del contratto, per cui un lavoratore assunto a venti ore settimanali (con un orario contrattuale pari a quaranta) dovrebbe essere computato al 50%, sicché due assunzioni a venti ore farebbero una unità.

Dal calcolo complessivo del 20% e da quello della percentuale prevista dalla contrattazione collettiva vanno, in ogni caso esclusi i contratti stipulati:

a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dalla contrattazione nazionale anche in misura non uniforme avendo quali parametri di riferimento sia le aree geografiche che i settori merceologici. In questo caso, i datori di lavoro debbono, necessariamente, riferirsi al Ccnl applicato e verificare ciò che lo stesso ha disciplinato sull'argomento. Un esempio calzante della portata di questa disposizione ci viene dall'accordo sottoscritto il 16 giugno 2014 nel settore del turismo ove sono stati esclusi i rapporti a tempo determinato, per nuove attività, fino a dodici mesi, elevabili a ventiquattro attraverso la contrattazione di secondo livello: esso è del tutto simile alla previsione contenuta nell'art. 67 del Ccnl del terziario;

b) 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, anche aziendale, come precisato dalla circolare n. 18/2014);
c) per specifici spettacoli, ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi;
d) con lavoratori di età superiore ai 55 anni.

Non rientrano nel computo in quanto espressamente detto dalla norma o perché non trova applicazione il D.Lgs. n. 368/2001 i contratti a tempo determinato stipulati:

a) nelle c.d. start-up innovative per i lavoratori individuati dall'art. 28 della legge n. 221/2012: la previsione specifica sulla esenzione per quel che concerne i limiti quantitativi è contenuta nel comma 3;

b) con 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 D.Lgs. n. 368/2001. Di conseguenza agli stessi non si applicano specifici istituti come lo stop and go tra un contratto e l'altro, il diritto di precedenza (a meno di specifica previsione del contratto collettivo o di quello individuale), il numero contingente delle proroghe o la sommatoria dei trentasei mesi relativa ai rapporti a termine ed a quelli in somministrazione per mansioni equivalenti. Soltanto gli articoli 6 (divieto di discriminazione) ed 8 (computabilità del contratto ai fini delle c.d. garanzie sindacali) del D.Lgs. n. 368/2001 trovano applicazione;

c) con i richiamati in servizio appartenenti ai volontari del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco. La piena legittimità della disposizione è stata confermata dalla Consulta con la sentenza n. 267 del 13 novembre 2013;

d) con i lavoratori con contratto di somministrazione di lavoro, in quanto dipendenti

dell’Agenzia di lavoro che li ha inviati in missione;

e) con i lavoratori per un rapporto di apprendistato il quale, peraltro, è un contratto a tempo indeterminato (art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011) con due sole eccezioni. La prima riguarda (art. 4, comma 2 del D.Lgs. n. 167/2011) l’apprendistato a tempo determinato per cicli stagionali demandato alla contrattazione collettiva che, peraltro, lo ha disciplinato soltanto nel settore turistico. La seconda concerne l’apprendistato stagionale dei minorenni per l’apprendistato di primo livello, introdotto dall’art. 2 della legge n. 78/2014, che abbisogna della regolamentazione regionale sull’alternanza scuola - lavoro (non ancora attuata in alcuna realtà territoriale) e dell’accordo sindacale (al momento, verificatosi soltanto nel settore del turismo con la sottoscrizione del verbale del 16 giugno 2014);

f) con gli operai agricoli a tempo determinato nel settore agricolo, secondo la definizione fornita dall’art. 12, comma 2, del D.Lgs. n. 375/1993;

g) con 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 per i quali è ammessa, in mancanza di tutti i dati, la possibilità di una comunicazione “ridotta” antecedente l’instaurazione del rapporto di lavoro, con adeguamento nei tre giorni successivi;

h) con i dirigenti il cui contratto a tempo determinato può avere una durata non superiore a cinque anni, ovviamente rinnovabile. Il D.Lgs. n. 368/2001 trova applicazione limitatamente agli articoli 6 e 8;

i) con 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 in caso di assenza temporanea» dei titolari dell’incarico;

j) con il personale sanitario del Servizio nazionale, ivi compresi i medici, attesa la necessità di continuare l’attività;

k) con i lavoratori delle aziende che esercitano il commercio di import - export e all’ingrosso di prodotti ortofrutticoli (art. 10, comma 5);

l) con i lavoratori assunti da enti ed istituti pubblici e privati di ricerca chiamati, in via esclusiva, a svolgere attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione (art. 10, comma 5-bis).

La circolare n. 18 aggiunge, inoltre, che non concorrono al superamento dei limiti quantitativi sia le assunzioni di personale disabile a seguito di convenzione *ex art. 11 della legge n. 68/1999* (si tratta di un adempimento di legge, finalizzato ad una occupazione in pianta stabile), che le acquisizioni di personale a tempo determinato a seguito di trasferimento di azienda o di ramo della stessa, con applicazione dell’art. 2112 c.c. I rapporti a termine in essere possono, ovviamente, essere prorogati (e sono influenti nel calcolo) mentre i rinnovi debbono, giustamente, essere computati ai fini della valutazione dei limiti quantitativi.

Fin qui la nota ministeriale che, ad avviso di chi scrive, non appare esaustiva in ordine ad altre questioni relative all’acquisizione di nuovo personale: forse, qualche problema potrebbe essere

sviscerato e risolto attraverso l’istituto dell’interpello.

Ci si riferisce, ad esempio, all’acquisizione di personale a seguito di cambio di appalto ove la contrattazione collettiva (ad esempio, l’art. 4 del Ccnl delle imprese multi servizi aderenti a Confindustria), i bandi delle amministrazioni pubbliche e, indirettamente, la legge (si pensi all’art. 2, comma 34, della legge n. 92/2012 che esclude, fino al 31 dicembre 2015, dal pagamento del contributo di ingresso all’ASPI, le imprese che hanno licenziato il personale a seguito di perdita dell’appalto ma i cui dipendenti sono passati alle dipendenze del nuovo appaltatore) favoriscono tale tipo di soluzione. Senza dimenticare la previsione contenuta nell’art. 7, comma 4-bis della legge n. 31/2008 che si pone, appunto, l’obiettivo di favorire il mantenimento del posto di lavoro nei cambi di appalto e che, a tal proposito, esclude la procedura collettiva *ex art. 24 della legge n. 223/1991*. Perché non affermare chiaramente che non rientrano nei limiti quantitativi? Perché il Dicastero del lavoro, in altra situazione (v. circolare n. 77/2001) non ha considerato nell’organico, ai fini del computo del personale finalizzato all’assunzione dei disabili *ex lege n. 68/1999*, tutto il personale (quindi, anche quello a tempo determinato) transitato alle dipendenze del nuovo datore di lavoro, già occupato nell’appalto dei servizi di pulizia e di quelli integrati? Che senso ha sottoporre a sanzione amministrativa per sfornamento del limite percentuale, coloro che, a seguito di acquisizione di nuovi lavori, hanno “inglobato” altri lavoratori a termine ed hanno favorito il mantenimento dei livelli occupazionali?

Ad avviso di chi scrive, sarebbe regola di buon senso attribuire ai contratti a termine acquisiti a seguito di cambio di appalto lo stesso trattamento (non computabilità) riservato a quelli risultanti a seguito di trasferimento di azienda.

Altra questione non affrontata che, peraltro, è abbastanza comune nel mondo economico, riguarda le fusioni e le incorporazioni in corso d'anno, di aziende, magari, con la nascita di un nuovo soggetto giuridico. Se dalla fusione risulta un soprannumero di contratti a termine (la cosa vale anche qualora si venga ad applicare un Ccnl diverso da quelli utilizzati antecedentemente), come ci si comporta?

Anche in questo caso la soluzione dovrebbe essere tutta nel senso sopra prospettato della non computabilità.

Datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti

Il legislatore ha affermato che i datori di lavoro che hanno alle dipendenze fino a cinque prestatori possono occupare un lavoratore con contratto a tempo determinato. Ovviamente, dal computo che, giustamente, afferma la circolare, riguarda i datori dimensionati tra zero e cinque dipendenti, sono escluse tutte le ipotesi contemplate dall'art. 10, comma 7, di cui si è parlato pocanzi, nonché quei contratti a tempo determinato che sono fuori dall'ombrello applicativo del D.Lgs. n. 368/2001 come, ad esempio, i lavoratori in mobilità o quelli assunti fino a tre giorni per l'esecuzione di speciali servizi nei settori del turismo e dei pubblici esercizi.

La contrattazione collettiva può prevedere margini più

estesi di assunzione cosa che, ad esempio, è stata ampiamente già registrata sia nel settore del turismo che in quello del terziario.

Limite contrattuale

La nota ministeriale ricorda come la norma faccia salve le previsioni della contrattazione collettiva nazionale che già, sulla scorta dell'art. 10, comma 7, aveva, in passato, disciplinato il contratto a termine nella gran parte dei settori, con percentuali inferiori o superiori a quella del 20% oggi individuata dal legislatore e con un approccio molto diverso e variegato, sia riferito alle modalità di calcolo che al luogo di imputazione delle assunzioni (media degli occupati nell'ultimo semestre o nell'ultimo anno, computo del calcolo al momento dell'assunzione, riferimento all'azienda nel suo complesso o all'unità produttiva - settori legno e terziario - calcolo dei resti percentuali, ecc.).

Ebbene, nulla è cambiato rispetto al passato e le imprese che seguono il Ccnl applicato potranno continuare a farlo, fermo restando che, in sede di prima applicazione, conservano efficacia i limiti percentuali già stabiliti dai contratti collettivi nazionali. Le parti sociali, in alcuni settori, sia in sede di rinnovo (v. settore edile) che di aggiornamento della disciplina collettiva (v. settore del turismo) hanno già ridisciplinato la materia, riducendo anche l'intervallo tra un contratto e l'altro (l'accordo del 1° luglio 2014 in edilizia lo ha portato a cinque e dieci giorni per una serie di ipotesi che sono le più ricorrenti).

Piuttosto la circolare non ha chiarito (e sarebbe stato opportuno farlo, atteso che la nota è indirizzata, in via prin-

cipale, agli organi di vigilanza che debbono far rispettare le norme soprattutto per gli aspetti legati alla sanzione amministrativa) come ci si comporta per il calcolo delle percentuali nel caso in cui un'impresa, ad esempio, applichi due Ccnl che prevedano due percentuali diverse. Si ha motivo di ritenere, in questo caso, che la computabilità sia doppia nel senso che l'azienda applicherà per i contratti a termine la percentuale scaturente, rispettivamente, dall'uno e dall'altro Ccnl a seconda di quale disposizione collettiva applicherà al lavoratore assunto a tempo determinato.

C'è, poi, un'altra questione, di facile soluzione, che riguarda quei contratti collettivi che hanno una percentuale indivisa tra contratti a termine e contratti di somministrazione. Qui, la rilevanza del problema sorge in caso di superamento della percentuale contrattuale con l'uno o l'altro contratto, cosa che da luogo a sanzioni amministrative differenti e che la circolare n. 18 ha trattato allorquando si è sofferta sull'apparato sanzionatorio. E, per completezza di informazione si ricorda che diversi sono i Ccnl che presentano un percentuale indivisa: tanto per fare un piccolo esempio, si ricordano quelli dei settori della gomma e della plastica (25% calcolati sui contratti a tempo indeterminato in forza al 31 dicembre dell'anno precedente, con le frazioni sempre arrotondabili all'unità superiore), della ceramica (25%) o dei lapidei (25%).

Istituti pubblici ed enti privati di ricerca

Il comma 5-bis dell'art. 10, introdotto in sede di conversione al Senato, lascia, a ra-

gione, una corsia preferenziale ad alcune tipologie di contratti a termine di soggetti altamente specializzati che trovano la loro ragion d'essere nel particolare settore ove operano. Si tratta di ricercatori scientifici e tecnologici, di assistenti, di coordinatori e di direttori della ricerca assunti da Istituti ed enti pubblici e privati di ricerca. Qui, le assunzioni avvengono, essenzialmente, a seguito di acquisizione di bandi di ricerca comunitari o anche internazionali la cui durata non è releggibile all'interno dei trentasei mesi come postulato dall'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 368/2001, avendo, spesso, una durata anche quinquennale. Coerentemente, il legislatore ha previsto una duplice deroga, quella del limite quantitativo e quella del limite massimo di trentasei mesi, ritenendo che i rapporti possano avere una durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono.

Ma, detto questo, la circolare effettua una notazione interessante, sottolineando come la deroga alla durata del singolo contratto (che, correlato, al progetto di ricerca può durare anche più di trentasei mesi), non riguardi anche il limite dei rinnovi contrattuali. Da ciò ne discende una specifica conseguenza: se attraverso più rinnovi (e, quindi, non con un solo contratto) si superi la soglia dei trentasei mesi, si pone la questione del superamento del limite massimo con lo svolgimento di mansioni equivalenti con la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, fatta salva la possibilità per la contrattazione collettiva, anche di secondo livello, di prevedere un termine maggiore dei tre anni.

Disciplina sanzionatoria

Con questo argomento si entra nel cuore della circolare n. 18 che, si ricorda ancora, è indirizzata, in via prioritaria, agli organi di vigilanza. Il Ministero del lavoro tratta esclusivamente la materia relativa alla sanzione amministrativa introdotta, in sede di conversione, con il comma 4-*septies* dell'art. 5 e nulla dice circa la persistenza della sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato per superamento della percentuale come farebbe ritenere una lettura attenta dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, della giurisprudenza di questi ultimi anni ma anche, per certi aspetti, della sentenza della Corte Costituzionale n. 226 del 25 luglio 2014.

L'orientamento ministeriale appare prudente ma in linea (al di là delle polemiche politiche sindacali) con lo stesso dettato normativo, atteso che il legislatore non ha parlato della sanzione amministrativa come esclusiva ed escludente altre conseguenze sul piano contrattuale che, pure la giurisprudenza ha affrontato in casi nei quali si era superato il limite previsto dal contratto collettivo.

Ma cosa dice la nuova disposizione?

«In caso di violazione del limite percentuale di cui all'art. 1, comma 1, si applica la sanzione amministrativa:

- a)** pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore ad uno;

- b)** pari al 50% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in vio-

lazione del limite percentuale sia superiore a uno».

Prima di entrare nel merito della sanzione amministrativa e delle soluzioni prospettate dalla circolare n. 18 che sono vincolanti per gli ispettori del lavoro e le Direzioni territoriali del lavoro, vanno sottolineati alcune particolarità.

La prima riguarda il *quantum* della sanzione: non è previsto un limite minimo ed un limite massimo, né è prevista una misura fissa, ma esso è strettamente correlato alla durata del rapporto di lavoro al quale si riferisce la pena pecuniaria ed alla retribuzione corrisposta che, indubbiamente, può essere diversa a seconda del settore, della qualifica e delle mansioni del lavoratore.

La seconda concerne la retribuzione da prendere quale base di calcolo: tra le diverse opzioni possibili, il Dicastero, offrendo, giustamente, un indirizzo comune alle proprie articolazioni periferiche (ma anche agli altri organi che vigilano sulla correttezza del rapporto di lavoro come, ad esempio, gli istituti previdenziali e la Guardia di finanza), ha sposato quella della retribuzione linda mensile riportata nel singolo contratto di lavoro, desumibile anche attraverso una divisione della retribuzione annuale per il numero delle mensilità spettanti (minimo tredici). Se nel contratto individuale non è riportata la retribuzione mensile od annuale, gli organi di vigilanza dovranno, necessariamente, riferirsi alla retribuzione tabellare prevista nel Ccnl applicato o applicabile.

La terza considerazione che viene sottolineata riguarda la constatazione che la sanzione amministrativa opera non soltanto nel caso in cui ad esser valicato sia il limite

legale del 20%, ma anche allorquando ad essere violato è il limite previsto dal Ccnl applicato dal datore di lavoro, quandanche lo stesso sia complessivo con quello previsto per la somministrazione.

La quarta sottolineatura concerne alcune situazioni afferenti l'estinzione della violazione amministrativa. L'istituto della diffida non è assolutamente applicabile, atteso che la violazione della percentuale è stata realizzata, mentre il Ministero del lavoro ritiene possibile l'applicazione della sanzione in misura ridotta, rifacendosi ad un orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 2407 del 19 maggio 1989. La Suprema Corte ha affermato che «la prevista facoltà di scelta del contravventore tra il pagamento di un terzo del massimo, ovvero - se più favorevole - del doppio del minimo della sanzione edittale, si riferisce chiaramente alla eventualità (sia pur statisticamente più frequente) di una sanzione articolata da un minimo ad un massimo, ma non postula la necessità di tale articolazione». Di conseguenza, afferma il Dicastero, l'importo della sanzione andrà necessariamente notificato dall'ispettore nella misura di un terzo ed il pagamento nei sessanta giorni successivi produrrà l'estinzione della violazione. La quinta notazione riguarda una previsione, introdotta in sede di conversione e, quindi, operativa dal 20 maggio 2014, data di entrata in vigore della legge n. 78: la sanzione amministrativa di cui si parlerà tra un attimo, non si applica ai rapporti di lavoro che comportino il superamento del limite percentuale (legale o contrattuale), instaurati prima di tale data.

Passando ad esaminare la

concreta formulazione dell'importo sanzionatorio, la circolare afferma che l'importo mensile individuato attraverso l'applicazione della percentuale del 20% o del 50% a seconda dei casi va arrotondato all'unità superiore se il decimale è pari o superiore a 0,5 e poi moltiplicato, per ogni lavoratore interessato, per il numero dei mesi cui si riferisce la violazione, avendo presente che le frazioni di mese superiori a quindici giorni sono computate come mese intero.

Su questo punto vanno effettuate alcune precisazioni:

- a)** se il periodo contestabile è inferiore ai sedici giorni, non c'è alcuna sanzione;
- b)** il periodo da prendere in considerazione ai fini dell'applicazione della sanzione va dalla data di instaurazione del rapporto di lavoro fino alla data in cui gli organi di vigilanza hanno accertato il superamento del limite (ovviamente, nel caso in cui l'accertamento riguardi rapporti a termine già conclusi il computo va effettuato per tutto il periodo dalla assunzione fino alla scadenza);
- c)** non vanno prese in considerazione eventuali sospensioni del rapporto verificate, ad esempio, per malattia, infortunio, maternità od altra causa, atteso che la norma fa riferimento alla durata del rapporto di lavoro.

La circolare n. 18 pone, visivamente, a disposizione dei propri ispettori e dell'utenza alcuni esempi che rendono chiaro il *modus operandi* della sanzione:

Impresa che supera di una sola unità il numero massimo di contratti a tempo determinato

Retribuzione annua lorda del lavoratore: 19.000 per 13 mensilità

Periodo di occupazione: 4 mesi e 10 giorni

Importo sanzionatorio:

- euro 19.000 : 13 = 1.461,53 (retribuzione mensile)
- euro 1.461,53 × 20% = euro 292 (percentuale arrotondata di retribuzione mensile)
- euro 292 × 4 (i 10 giorni non contano) = 1.168 (sanzione in misura piena)
- euro 1.168 : 3 = 389,33 (importo sanzione ridotta ex art. 16 della legge n. 689/1981).

Impresa che supera di tre unità il numero massimo di contratti a tempo determinato

Lavoratore n. 1

Retribuzione annua lorda = 19.000 euro per 13 mensilità
Periodo di occupazione = 4 mesi e 10 giorni

Lavoratore n. 2

Retribuzione annua lorda = 26.000 euro per 13 mensilità
Periodo di occupazione = 2 mesi e 16 giorni

Lavoratore n. 3

Retribuzione annua lorda = 15.600 euro per 13 mensilità
Periodo di occupazione = 1 mese e 6 giorni

Importo sanzionatorio:

- euro 19.000 : 13 = 1.461,53 (retribuzione mensile lavoratore n. 1)
- euro 26.000 : 13 = 2.000 (retribuzione mensile lavoratore n. 2)
- euro 15.600 : 13 = 1.200 (retribuzione mensile lavoratore n. 3)
- euro 1.461,53 × 50% = 731 (percentuale arrotondata di retribuzione mensile lavoratore n. 1)
- euro 2.000 × 50% = 1.000 (percentuale retribuzione mensile lavoratore n. 2)
- euro 1.200 × 50% = 600 (percentuale retribuzione mensile lavoratore n. 3)
- euro 731 × 4 = 2.924 (percentuale retribuzione mensile per periodo occupazione lavoratore n. 1)
- euro 1.000 × 3 = 3.000 (percentuale retribuzione mensile per periodo di occupazione lavoratore n. 2)

– euro $600 \times 1 = 600$ (percentuale retribuzione mensile per periodo di occupazione lavoratore n. 3)

– euro $(2.924 + 3.000 + 600) : 3 = 2.174,66$ (importo sanzione ridotta ex art. 16 della legge n. 689/1981).

Come si è già avuto modo di sottolineare molti contratti collettivi presentano una percentuale complessiva tra contratti a termine e contratti di somministrazione: in questi casi, afferma il Ministero del lavoro, gli organi di vigilanza dovranno verificare se la percentuale di riferimento è stata superata di una sola unità attraverso il ricorso alla utilizzazione di un lavoratore somministrato: in questo caso non può trovare applicazione la sanzione specifica prevista per il contratto a tempo determinato, ma quella più lieve economicamente, individuata dall'art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003, consistente in un importo economico compreso tra 250 e 1.250 euro.

Diverso è, invece, il discorso relativo alla circostanza che il limite contrattuale sia stato superato, ad esempio, con due unità (un contratto a termine ed un contratto di somministrazione): qui, la circolare n. 18 afferma che la sanzione da applicare complessivamente ai due rapporti è quella del superamento del limite attraverso due contratti a tempo determinato (quindi, parametrata per entrambi sul 50% della retribuzione).

La nota ministeriale passa, poi, ad occuparsi di quei datori di lavoro che, non rientrando nella previsione del loro Ccnl, alla data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, avevano in corso un numero di contratti a tempo determinato superiore a quello legale: essi hanno tempo per rientrare nei limiti fino al 31 dicembre 2014 ma pos-

sono, con un accordo collettivo, anche di secondo livello, agire, in alternativa, sulla percentuale (lasciando il limite) o spostando in avanti la data dell'ottemperanza (non toccando l'aliquota). Vale la pena di ricordare come il legislatore affermi che fino al rientro nella percentuale il datore di lavoro non possa stipulare nuovi contratti a termine.

Detto questo, e fermo restando che il datore di lavoro interessato, nell'ambito delle proprie prerogative, troverà la soluzione migliore per i casi specifici, occorre sottolineare come il dettato normativo vieti agli stessi di effettuare nuove assunzioni a termine in soprannumero. Alcuni problemi ci sono stati e diversi datori di lavoro, per non incorrere nel nuovo sistema sanzionatorio (espressamente richiamato, anche per questi casi, dalla circolare n. 18), hanno fatto di necessità virtù, ricorrendo ad altre tipologie contrattuali o a prestazioni di natura accessoria. Ovviamente, la sanzione non trova applicazione se il precedente contratto a tempo determinato viene prorogato, una sola volta, secondo le regole vigenti all'epoca, e non con le nuove modalità previste dalla legge n. 78.

L'applicazione del *quantum* della sanzione amministrativa relativa ad un contratto a termine che abbia superato il limite (che, come affermato dal Ministero del lavoro, va, per i rapporti in corso, dal momento della instaurazione a quello della constatazione) pone il problema di cosa possa avvenire se, successivamente, magari un altro organo di vigilanza, intervenga in azienda e trovi il lavoratore a termine in soprannumero ancora al lavoro.

A seguito del nuovo accesso, è possibile irrogare una san-

zione per il periodo intercorrente dal giorno successivo fino al giorno dell'accesso? Il Dicastero del lavoro non si pone la questione che, forse, potrebbe essere risolta con un interpello ma, ad avviso di chi scrive, regole giuridiche e di buon senso farebbe optare per una soluzione negativa.

Regole giuridiche: il datore di lavoro inottemperante all'obbligo legale o contrattuale è già stato sanzionato e, pertanto, dovrebbe valere il vecchio principio del *ne bis in idem*.

Regole di buon senso: dopo l'irrogazione della sanzione amministrativa il datore di lavoro non può impunemente, recedere dal rapporto di lavoro che, per gli elementi essenziali che lo costituiscono (al di fuori del rispetto della percentuale numerica) è perfettamente valido, con la conseguenza che il lavoratore, a fronte di un provvedimento di recesso potrebbe, quantomeno chiedere, a titolo di risarcimento del danno, gli importi delle mensilità mancanti fino alla data prevista di cessazione. Ma, il Ministero del lavoro, come si diceva pocanzi, ha volutamente tacito anche su un'altra questione di primaria importanza: la sanzione amministrativa introdotta nel *corpus* dell'art. 5 rappresenta l'unica conseguenza correlata allo sfornamento della percentuale, oppure il lavoratore può chiedere la conversione a tempo indeterminato del rapporto facendo leva sull'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010?

Molte polemiche politico-sindacali hanno accompagnato il varo della sanzione amministrativa, ma, al di là, di dichiarazioni parlamentari e di affermazioni sui media radio televisivi, non c'è stato altro e, soprattutto, non c'è

stato l'inserimento nella legge dell'aggettivo «esclusiva» riferita alla stessa: né, al momento, è stata, ancora, ipotizzata una norma di interpretazione autentica.

Ad avviso di chi scrive, sembrano, tuttora, attivabili le garanzie che, in passato la giurisprudenza di merito (v. tra gli altri, Trib. Napoli, n. 21579 del 13 dicembre 2012) aveva riservato ai lavoratori che avevano impugnato la legittimità del contratto a termine che era stato instaurato non rispettando la percentuale del Ccnl, decidendo per la conversione del rapporto a tempo indeterminato e con la corresponsione di una indennità risarcitoria compresa tra 2,5 e 12 mensilità, riconosciuta, da ultimo, legittima dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 226 del 25 luglio 2014, che, sia detto per inciso, essendo intervenuta dopo la pubblicazione della legge n. 78 (anche se la remissione era antecedente e riguardava altri aspetti) non è stata minimamente sfiorata dal dubbio che l'indennità risarcitoria legata alla conversione del rapporto a tempo indeterminato, non ci fosse più, in quanto sostituita (come affermato da qualcuno) dalla sanzione amministrativa.

Per completezza di informazione vanno ricordati anche gli indirizzi espressi dalla Corte di Cassazione negli ultimi anni (Cass., n. 839/2010; Cass., n. 7645/2011, n. 2912/2012) con i quali venne affermato il principio secondo cui spettava al datore di lavoro, pena la conversione del contratto, provare il rispetto della percentuale contrattuale tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori a termine, rappresentando il rinvio alle percentuali del Ccnl un elemento costi-

tutivo per la stipula del contratto a tempo determinato.

Disciplina della proroga

Trattando la nuova disciplina della proroga, la nota ministeriale affronta anche la questione dei rinnovi.

Ma andiamo con ordine. 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 trentasei mesi) a condizione che vi fosse il consenso del lavoratore, che si riferisse alla stessa attività lavorativa e che, infine, sussistessero ragioni oggettive.

Ora, dopo il breve passaggio della vigenza del D.L. n. 34/2014 (21 marzo - 19 maggio 2014) ove le proroghe applicate al singolo contratto potevano essere fino ad otto, il sistema riveduto e corretto della legge n. 78 prevede un massimo di cinque proroghe, nell'arco dei trentasei mesi, «indipendentemente dal numero dei rinnovi». Da ciò discende, secondo la nota ministeriale che, all'interno di più contratti a termine stipulati tra un datore di lavoro ed un lavoratore (ma la disciplina dei rapporti di lavoro stagionale rimane fuori) per lo svolgimento di «mansioni equivalenti» (art. 5, comma 4-bis), le proroghe totali non possono superare le cinque. In sostanza, si tratta di un *bonus* a scalare per i nuovi rapporti a termine instaurati dopo il 21 marzo 2014 che vanno contabilizzati.

Le motivazioni oggettive, determinanti per la legittimità della vecchia proroga non ci sono più: l'eliminazione è del tutto coerente con il fatto che è stato superato il requi-

sito delle ragioni giustificatorie.

Il consenso del lavoratore è sempre richiesto: qui non è cambiato nulla e la giurisprudenza, formatasi fin dalla vigenza della legge n. 230/1962 ha sostenuto, in modo uniforme che lo stesso possa esser manifestato oralmente (Cass., n. 6305/1988), o ravvisabile per *facta concludentia* dalla prosecuzione dell'attività (Cass., n. 4939/1990), o fornito dal lavoratore, anche in via preventiva, al momento della instaurazione del rapporto a termine (Cass., n. 6305/1988).

La proroga deve riguardare la stessa attività lavorativa: in passato la Suprema Corte (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 prestatore non potesse essere adibito ad altre attività non correlate a quelle per le quali il contratto era stato originariamente stipulato. La circolare n. 18 afferma che la frase «stessa attività lavorativa» include nella formulazione le stesse mansioni, le mansioni equivalenti o quelle svolte in applicazione della disciplina *ex art. 2103 c.c.*

Per quel che concerne il concetto di stesse mansioni non c'è nulla da argomentare. Per quel che riguarda, invece, il concetto di mansioni equivalenti si ritiene opportuno ricordare quanto affermarono le Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 25033 del 24 novembre 2006: «l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti, deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove man-

sioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto».

Il riferimento all'art. 2103 c.c., richiamato dalla nota ministeriale, non può che essere correlato alle eventuali mansioni superiori che il lavoratore abbia acquisito durante il rapporto.

Rispetto al quadro complessivo delle proroghe ed ai rispettivi regimi normativi che si sono succeduti si possono ipotizzare tre diverse situazioni:

a) qualora il contratto a tempo determinato sia stato stipulato prima del 21 marzo 2014, in ossequio al principio civilistico del *tempus regit actum*, è possibile soltanto una proroga che, tuttavia, segue le vecchie regole. Per la verità, il Ministero del lavoro afferma, in un punto della circolare, che eventuali proroghe di contratti sottoscritti prima dell'entrata in vigore delle nuove norme sono legittime, mentre non lo sono quelle successive. Tale indirizzo, però, appare contraddittorio con quanto affermato poche righe prima a proposito delle aziende che, alla data del 21 marzo 2014, avevano una percentuale superiore al 20%, in assenza di una specifica disciplina contrattuale. Ebbene, per tali aziende il Dicastero afferma che non è applicabile alcuna sanzione, a partire dal 2015, se in luogo del divieto di assumere nuovi lavoratori a termine (perché non si è rientrati nel limite legale), «si limitino a prorogare i contratti già in essere» (ovviamente, si deve trattare dell'unica proroga);

b) qualora il contratto sia stato stipulato tra il 21 marzo ed il 19 maggio 2014 ed i datori di lavoro hanno prorogato

quel contratto fino ad un massimo di otto volte, la cosa appare legittima alla luce della disposizione vigente con il D.L. n. 34/2014. Se il contratto è proseguito dopo il 19 maggio, è corretto applicare all'istituto della proroga le nuove disposizioni; **c)** qualora il contratto a termine sia stato stipulato dopo il 19 maggio 2014, valgono *in toto*, le nuove disposizioni che prevedono le cinque proroghe, a prescindere dai rinnovi, riferite all'arco temporale triennale.

Proroghe e rinnovi contrattuali

La circolare n. 18 prosegue con un esempio elementare distinguendo tra la proroga ed il rinnovo, affermando che quest'ultimo si verifica quando «l'iniziale contratto a termine raggiunga la scadenza originariamente prevista (o successivamente prorogata) e le parti vogliano procedere alla sottoscrizione di un nuovo contratto».

Il contratto a termine, come si diceva pocanzi, non può durare più di trentasei mesi e, quindi, i rinnovi che si riferiscono a mansioni equivalenti, trovano un limite temporale nei contratti in precedenza stipulati che vanno conteggiati nel tetto massimo, unitamente a quelli di somministrazione, questi ultimi a partire dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge n. 92/2012: fanno eccezione, per espressa disposizione normativa, i contratti per personale di determinate alte qualifiche assunto dagli istituti ed enti pubblici e privati di ricerca, quelli per dirigenti (limite quinquennale) che, peraltro, sono fuori dall'ombrello applicativo del D.Lgs. n. 368/2001, e quelli subordinati degli sportivi professionisti, re-

golamentati dalla legge n. 91/1981.

La nota ministeriale si limita a ricordare come per effetto della previsione contenuta nell'art. 5, comma 4-bis e ter, il limite dei trentasei mesi, per mansioni equivalenti, possa essere spostato in avanti con accordi collettivi anche di secondo livello (come è stato, ampiamente, fatto in diversi settori) e che tale limite non riguarda le c.d. attività stagionali che sono quelle scaturenti dal D.P.R. n. 1525/1963 e dalla contrattazione collettiva, anche aziendale. Ovviamente, afferma il Ministero, è sempre possibile stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato in deroga assistita avanti ad un funzionario della Direzione territoriale del lavoro, con le modalità previste dalla circolare n. 13/2008, senza alcuna ragione giustificativa, e per la durata prevista dagli accordi collettivi anche aziendali. Per completezza di informazione, la nota ministeriale richiama l'accordo interconfederale per le aziende di Confindustria del 2009 che fissa quale termine massimo per l'ulteriore contratto il limite di otto mesi, fatta salva una previsione diversa della contrattazione di settore (in quello alimentare è, ad esempio, di dodici mesi).

Da ultimo, su questo specifico argomento, il Ministero ricorda la necessità di rispettare lo stacco tra un contratto e l'altro che è di dieci o venti giorni (di calendario, anche se la nota omette di ricordarlo), a seconda che il primo rapporto non abbia o meno superato i sei mesi. La necessità dell'intervallo non riguarda:

a) i rapporti stagionali;
b) le ipotesi disciplinate dalla contrattazione collettiva, anche aziendale, posta in essere dalle organizzazioni sindaca-

Approfondimenti

li comparativamente più rappresentative a livello nazionale, che possono, *ex D.L. n. 76/2013*, convertito, con modificazioni, nella legge n. 99/2013, ridurre od annullare l'intervallo. Vale la pena di ricordare come la contrattazione collettiva, a partire dal 29 giugno 2013, data di entrata in vigore del D.L. n. 76, sia intervenuta sollecitamente come dimostrano, solo per rimanere nella contrattazione nazionale ed a mero titolo di esempio, gli edili, gli alimentaristi o il settore dell'occhialeria che hanno ridotto lo stop and go a cinque e dieci giorni, con l'annullamento dello stesso nel contratto «per ragioni sostitutive».

Vale la pena di ricordare come durante lo stacco non possa essere svolta tra le parti alcuna attività anche ricorrendo ad altre tipologie contrattuali (intermittente, somministrazione, accessorio, ecc.), perché, in questo caso, si avrebbe, oltre che un *negotium in fraudem legis*, un rapporto che si svolge senza soluzione di continuità e che, come tale, si configura come rapporto a tempo indeterminato sin dall'inizio.

Diritti di precedenza

La circolare n. 18 è abbastanza scarna per quel che riguarda i diritti di precedenza ricordando che gli stessi nei contratti a termine (ma anche nei rapporti stagionali) esistevano già per effetto dell'art. 5, comma 4-*quater*: essi riguardano assunzioni a tempo indeterminato riferite a mansioni già espletate in favore di quei lavoratori che in esecuzione di uno o più contratti a termine avevano superato la soglia dei sei mesi. I diritti, fatte salve diverse previsioni della contrattazione collettiva, vanno esternati

ai datori di lavoro nei sei mesi successivi alla cessazione dei rapporti, e si estinguono entro i dodici mesi successivi alla fine degli stessi.

La nota si limita ad aggiungere le novità normative introdotte con la legge n. 78: per le donne in congedo obbligatorio di maternità *ex art. 16, comma 1, del D.Lgs. n. 151/2001*, il periodo pari a cinque mesi ed un giorno (secondo la nota n. 14451 del 6 ottobre 2009) concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza ed, inoltre, alle stesse lavoratrici viene riconosciuto un nuovo diritto di precedenza, con le stesse modalità (esternazione della volontà al datore di lavoro), con riferimento alle mansioni già svolte, entro i dodici mesi successivi, per un altro rapporto a tempo determinato.

Un'ulteriore novità trattata dalla nota ministeriale riguarda l'obbligo per il datore di lavoro di inserire nella lettera di assunzione l'esistenza del diritto di precedenza sia relativo al normale contratto a termine che ai rapporti di natura stagionale, ma detto questo, si afferma subito che la mancata informativa non è sanzionata e non incide sulla possibilità che gli interessati possano comunque esercitare i diritti derivanti dalla disposizione legale. Tale obbligo, ad avviso di chi scrive, ha, sostanzialmente, una funzione: quella di porre termine ad una diatriba tra gli utenti datori di lavoro e l'Inps che, talora, scoppia quando i primi chiedono le agevolazioni per assunzioni incentivate a tempo indeterminato e l'Istituto chiede, per la verifica postulata dall'art. 4, comma 12, della legge n. 92/2012, che l'azienda dimostri di aver ricordato ai lavoratori a termine l'esistenza di un diritto

di precedenza relativo alle mansioni già espletate.

Altro non si dice su questi argomenti eppure, molto, ci sarebbe stato da riflettere.

Ad esempio e senza fare un elenco esaustivo:

a) il periodo di astensione obbligatoria anticipata *ex art. 17 del D.Lgs. n. 151/2001* per complicanze nella gestazione (provvedimento dell'Asl) o per lavoro a rischio (provvedimento della Dtl) è assimilabile all'ipotesi prevista dal legislatore che, citando l'art. 16, ha fatto riferimento soltanto ai cinque mesi *pre post partum*? La risposta di buon senso sarebbe positiva, ma occorre attendere un chiaro indirizzo amministrativo;

b) come vanno computati i sei mesi che fanno scattare il diritto di precedenza? Essi si debbono riferire a periodi trascorsi in esecuzione di uno o più contratti a termine presso lo stesso datore di lavoro pur se prestati in unità produttive anche ubicate in città diverse, con la conseguenza che non rientrano nel calcolo quelli trascorsi alle dipendenze con altre tipologie contrattuali o di fatto (ad esempio, intermittente od accessorio), che debbono riguardare le stesse mansioni e che infine, sono intestabili allo stesso datore di lavoro, cosa che non avviene, ad esempio, allorquando le imprese sono diverse, seppur riconducibili allo stesso gruppo;

c) il diritto di precedenza che scatta per una assunzione a tempo indeterminato nei dodici mesi successivi alla cessazione del rapporto a termine, con quali tipologie contrattuali può essere onorato dal datore di lavoro? Ovviamente, con una assunzione per le mansioni già espletate, a tempo pieno, ma anche a tempo parziale ed indetermi-

nato e ricorrendone le condizioni (v. interpello Ministero del lavoro n. 8/2007) anche con contratto di apprendista-to, mentre non appare possibi-le una assunzione, sia pure a tempo indeterminato, con contratto intermittente che, giova ricordarlo, è sempre sottoposto alla chiamata del datore di lavoro. Il diritto di precedenza non scatta, ad avviso di chi scrive, se il datore di lavoro procede alla conver-sione a tempo indeterminato di un lavoratore a termine in forza. Anche qui, sarebbe necessario, qualche chiarimento amministrativo;

d) quale è l'ambito territoriale del diritto di precedenza? Esso ha, in generale, una valenza nazionale, essendo esercitabile per tutte le assunzioni a tempo indeterminato, per le mansioni già espletate, su tutte le unità produttive. Tuttavia, la contrattazione collettiva ne può limitare l'ambito come ha fatto, correlandolo all'unità produttiva, l'accordo del settore del turismo del 16 giugno 2014. Ovviamen-te, le parti sociali possono limitare anche il pe-riodo per l'esercizio (alcuni Ccnl parlano di tre mesi invece che sei) e possono anche stabilire una sorta di graduatoria (in molte aziende con forti stagionalità - si pen-si alla lavorazione dei pomodori o a quella dei gelati indus-triali - è una prassi conso-lidata) che tenga conto anche di altre precedenze previste dal nostro ordinamento (la-voratori licenziati, lavoratori a tempo parziale che intendo-no trasformare il loro rappor-to a tempo pieno *ex art.* 5 del D.Lgs. n. 61/2000, lavoratori già affetti da grave malattia che hanno il diritto di tornare a tempo pieno, ecc.);

e) se un datore di lavoro non ottempera al diritto di prece-denza, cosa può fare un lavo-ratore? Può convenire in giu-

dizio il proprio datore di la-voro e chiedere un risarcimen-to del danno ma non può chiedere la costituzione forzosa del rapporto di lavo-ro, cosa che nel nostro ordi-namento non si verifica neanche in presenza di un av-viamento d'obbligo delle ca-tegorie disabili. L'eventuale con-tenzioso giudiziale non incide, assolutamente, sul rapporto instaurato tra l'im-presa e l'altro lavoratore, co-me non incide sullo stesso rap-porto un eventuale dinie-go dell'Inps per gli eventuali in-centivi all'assunzione;

f) il diritto di precedenza vale anche per le assunzioni a tempo indeterminato nelle Pubbliche amministrazioni? La risposta è negativa, atteso che, leggi speciali e per det-tato costituzionale (art. 97 Cost.) l'assunzione a tempo indeterminato non è possibile con procedure e modalità di-verse dal concorso o dalla se-lezione pubblica.

Somministrazione di lavoro

La nota del Welfare sottolinea, innanzitutto, la genera-lizzazione della a-causalità nel contratto di somministra-zione a tempo determinato che è la diretta conseguenza, oltreché dell'affermazione esplicita contenuta nel com-ma 1 dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 (innovato dalla legge n. 78), anche della esplicita cancellazione dal nostro ordinamento dei com-mi 4 e 5-ter dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003.

Vengono chiariti due aspetti im-portanti relativi alla som-ministrazione a tempo deter-minato.

Il primo riguarda il limite le-gale del 20% che trova appli-cazione al numero dei con-tratti a termine stipulabili nelle imprese che non hanno un limite individuato dal

Ccnl: esso non può, in alcun modo, applicarsi alle Agen-zie di lavoro per le assunzio-ni a termine, finalizzate alla somministrazione, che rap-presentano il nocciolo della loro attività. Infatti è pur vero che l'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 afferma che «in caso di somminis-tra-zione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra sommi-nistratore e prestatore di la-voro è soggetto alla discipli-na di cui al D.Lgs. n. 368/2001 per quanto compatibile», ma è anche vero che tale limite non sembra conciliarsi con la natura vera dell'atti-vità delle imprese di sommini-strazione, come evidenziato dalla stessa Corte europea di giustizia che, nella sentenza n. C-2980/13 dell'11 aprile 2013, invita a ricordare come distinte siano le due Direttive comunitarie che regolamen-tano i contratti a termine ed i contratti di somministrazione. C'è da osservare, inoltre, che il riferimento al D.Lgs. n. 368/2001 riguarda il rap-porto di lavoro tra l'Agenzia ed il lavoratore.

Il secondo concerne la possi-bilità che la contrattazione collettiva dell'utilizzatore ponga dei limiti alla stipula di tali tipologie. In questo ca-so, trova applicazione la spe-cifica sanzione prevista dal-l'art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003 (da 250 a 1.250 euro), ferma restando la possibilità della costituzio-ne del rapporto in capo a chi ha usufruito della prestazio-ne, secondo la previsione contenuta nell'art. 27 del D.Lgs. n. 276/2003. In so-stanza, la violazione della clausola di contingentamento porta alla costituzione del rapporto in capo all'utilizza-tore, come affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 26654 del 28 ot-tobre 2013.

Detto questo, si ritiene op-

Approfondimenti

portuno ricapitolare, per sommi capi, come è attualmente utilizzabile la somministrazione a tempo determinato:

- **acausalità**: essa, oggi, è totale sia per la somministrazione a tempo determinato che per quella a tempo indeterminato;
- **limiti quantitativi per l'utilizzatore**: la previsione è rimandata al Ccnl applicabile. Se essa non è stata ipotizzata non ci sono limiti, ma se è stata formulata occorre verificare se la percentuale è distinta da quella dei contratti a termine o è un tutt'uno. In questa seconda ipotesi si rimanda, in caso di sfaramento, alla disciplina sanzionatoria, delineata dalla circolare n. 18 e sopra riportata con particolare evidenza. Se il superamento del limite è avvenuto con un contratto di somministrazione la sanzione pecuniaria è quella dell'art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003, se, invece, esso è avvenuto con due contratti (uno a termine ed uno in somministrazione) la sanzione è, per entrambe le tipologie, pari al 50% della retribuzione riferita ai mesi del trascorso rapporto di lavoro;
- **proroghe**: il Ccnl prevede un massimo di sei proroghe, ma tutto il rapporto, comprensivo di eventuali proroghe, non può eccedere il limite dei trentasei mesi;
- **stop and go**: non è previsto nel contratto di somministrazione, essendo possibile legare l'uno all'altro, senza stacco;
- **diritto di precedenza**: non vi è alcun diritto di precedenza di natura legale. Ve ne possono essere, tuttavia, di natura contrattuale collettiva, anche di secondo livello, presso l'utilizzatore o di natura pattizia individuale;
- **non computabilità nell'or-**

ganico dell'utilizzatore: il lavoratore somministrato (a tempo determinato od indeterminato) non rientra, ad esempio, nella base di calcolo dell'utilizzatore ai fini dei limiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970, dell'art. 3 della legge n. 68/1999 per il collocamento dei disabili, dell'art. 2, comma 3-ter del D.Lgs. n. 167/2011 ai fini del rispetto della clausola di stabilizzazione del 20% degli apprendisti nelle imprese con un organico superiore alle quarantanove unità;

• **possibilità al raggiungimento dei trentasei mesi con contratto a termine di stipulare contratti di somministrazione con lo stesso lavoratore per mansioni equivalenti**: tale ipotesi è stata sostenuta, in via amministrativa, dal Ministero del lavoro sin dalla circolare n. 18 del 18 luglio 2012, sulla base della constatazione che il blocco alla stipula opera soltanto sui contratti a tempo determinato. Qui, occorre molta attenzione, atteso che alcuni contratti collettivi pongono dei limiti massimi come, ad esempio, nel settore metalmeccanico ove è di quarantaquattro mesi il limite massimo comprensivo di termine più somministrazione.

Contratto di apprendistato

L'art. 2 della legge n. 78 ha ritoccato, in diversi punti, il D.Lgs. n. 167/2011 intervenendo su alcuni punti importanti come il piano formativo, le clausole di stabilizzazione e l'erogazione della formazione pubblica nell'apprendistato professionalizzante: la circolare n. 18 si sofferma su questi ed altri punti, fornendo direttive agli organi di vigilanza.

Piano formativo individuale

Il D.L. n. 34 aveva, tout court, abolito l'obbligatorietà della forma scritta del piano formativo individuale (ed alcune associazioni, come Confindustria, avevano consigliato le proprie imprese a continuare a redigerlo per iscritto), la legge n. 78, invece, ha reintrodotto la forma scritta sia nella stipula del contratto, che dell'eventuale patto di prova, che, infine, del piano formativo individuale «in forma sintetica» definito anche «sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli Enti bilaterali».

È appena il caso di precisare che, per effetto delle disposizioni contenute nel D.L. n. 34 che hanno avuto efficacia per sessanta giorni, non può essere punito con alcuna sanzione il datore di lavoro che ha instaurato un rapporto di apprendistato nel periodo 21 marzo - 19 maggio 2014 senza redigere per iscritto il piano formativo individuale.

Il Ministero del lavoro ha fornito chiarimenti in ordine al concetto di «forma sintetica» prendendo lo spunto dalle linee guida della Conferenza Stato - Regioni del 20 febbraio 2014: il piano può limitarsi ad indicare «esclusivamente la formazione finalizzata alla acquisizione delle competenze tecnico professionali e specialistiche e sul rispetto dei suoi contenuti»: ed è su questa che si concentra l'attività di vigilanza prevista, per la parte formativa, dalla circolare n. 5/2013.

Ma i cambiamenti normativi introdotti hanno interferito anche su quella che fino al 21 marzo 2014 era la procedura di redazione del piano formativo. Esso poteva essere preparato e firmato dal datore di lavoro entro i trenta giorni successivi alla instau-

razione del rapporto di lavoro, cosa che dava la possibilità di chiedere, ad esempio, la validazione del piano formativo all'Ente bilaterale, pur con un rapporto di apprendistato professionalizzante già iniziato. Ora, tutte queste operazioni (ivi compreso il passaggio all'Ente bilaterale, peraltro, non obbligatorio secondo la risposta fornita dal Ministero del lavoro con l'interpello n. 16/2012, riconfermata con la circolare n. 18) vanno fatte in anticipo, prima della instaurazione del rapporto di lavoro: la giustificazione amministrativa addotta è che l'elaborazione del piano appare, oggi, meno complessa in quanto avviene esclusivamente in forma sintetica. In ogni caso, se il termine dei trenta giorni, originariamente previsto, è stato ipotizzato da alcuni contratti collettivi che hanno disciplinato la materia sulla base della vecchia disposizione, esso resta, come è fatta salva la possibilità che le parti sociali possano reintrodurlo sulla base dell'ampia delega *ex art. 2, comma 1, lettera a)*, del D.Lgs. n. 167/2011.

Clausole di stabilizzazione

Le clausole di stabilizzazione, che nella versione originaria del D.L. n. 34 erano state cancellate, dopo la riforma introdotta con la legge n. 92/2012, hanno visto una nuova formulazione nella versione definitiva della legge n. 78.

Il nuovo testo dell'art. 2, comma 3-bis del D.Lgs. n. 167/2011 afferma che «ferma restando la possibilità per i contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, di individuare limiti diversi da

quelli previsti dal presente comma, esclusivamente per i datori di lavoro che occupano almeno cinquanta dipendenti l'assunzione di nuovi apprendisti è subordinata alla prosecuzione, a tempo indeterminato del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione, di almeno il 20% degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro». Questa formulazione rappresenta, senz'altro, una *deminutio* della delega fornita dal legislatore alle parti sociali *ex art. 2, comma 1, lettera i)* del D.Lgs. n. 167/2011, nel senso che, oltre alla vecchia previsione legale (che riguardava le imprese con un organico superiore alle nove unità, sono venute meno anche le clausole della contrattazione collettiva che, dal 21 maggio 2014, potrà intervenire (in aumento o in diminuzione) soltanto sulle imprese che occupino almeno cinquanta dipendenti).

Il 20% va calcolato rispetto al numero degli apprendisti assunti nell'ultimo triennio: quindi, i trentasei mesi sono un riferimento "mobile" da verificare "a ritroso" nel momento in cui si procede all'assunzione di un apprendista (a prescindere dalla tipologia di apprendistato se di primo livello, professionalizzante o di alta formazione): nel computo non vanno compresi i lavoratori che si sono dimessi, quelli licenziatati per giusta causa e quelli per i quali il rapporto si è risolto durante il periodo di prova. Il mancato rispetto della percentuale non inibisce l'assunzione di un ulteriore apprendista e, in ogni caso, l'assunzione di ulteriori apprendisti si converte *ex lege* in rapporto a tempo indeterminato.

Ma, come si calcolano i limiti dimensionali?

La nota del Ministero del lavoro rinvia alla circolare Inps n. 22/2007 che fu emanata allorquando, per effetto delle misure agevolatrici inserite nella legge n. 296/2006 in favore dell'apprendistato presso i piccoli datori di lavoro, occorreva identificare la soglia dei nove dipendenti.

Nella base di calcolo vanno inseriti i lavoratori a tempo pieno ed indeterminato, ivi compresi i lavoranti a domicilio ed i dirigenti, con eventuale esclusione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, in presenza del sostituto (in questo caso conteggiato). I lavoratori a tempo parziale sono calcolati *pro quota ex art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000*, mentre quelli intermittenti sono computabili in relazione alle prestazioni del semestre precedente (art. 39 del D.Lgs. n. 276/2003). I dipendenti con rapporto a tempo determinato di durata inferiore all'anno ed i lavoratori stagionali debbono essere valutati in base alla percentuale di attività svolta.

Non rientrano nel computo dei limiti dimensionali:

- a)** gli apprendisti, vista anche la previsione contenuta nell'art. 7, comma 3, del D.Lgs. n. 167/2011;
- b)** i lavoratori assunti con contratto di reinserimento *ex art. 20 della legge n. 223/1991* che sono pochissimi su tutto il territorio nazionale;
- c)** i lavoratori somministrati, in quanto dipendenti dell'Agenzia di lavoro e non dell'utilizzatore;
- d)** i lavoratori con contratto di inserimento *ex art. 54 del D.Lgs. n. 276/2003*: probabilmente di tali contratti ce ne sono, attivi, pochissimi, forse soltanto se riguardano soggetti portatori di handicap

(in quanto la durata può arrivare fino a trentasei mesi), poiché la norma di riferimento è stata cancellata a partire dal 1° gennaio 2013; *e)* i lavoratori provenienti dai lavori socialmente utili o di pubblica utilità assunti a tempo indeterminato. La circolare Inps n. 22/2007 non ne parla, ma la loro esclusione si rileva dall'art. 7, comma 7, del D.Lgs. n. 81/2000.

Apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale

Due sono le modifiche introdotte sulle quali si sofferma la nota ministeriale.

La prima riguarda il trattamento economico corrisposto ai giovani: esso deve tenere conto delle ore effettivamente prestate e deve retribuire le ore di formazione nella misura di almeno il 35% rispetto al monte ore complessivo. La contrattazione collettiva potrà intervenire sulla stessa, aumentandola, atteso che il 35% rappresenta un *minimum*.

La seconda concerne la facoltà, demandata alla contrattazione collettiva, di prevedere forme di apprendistato, anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali. Tale disposizione, supportata dagli operatori economico turistici, soprattutto delle zone balneari, si propone di offrire una forma di apprendistato stagionale ai minorenni, cosa che accadeva, in passato, sotto l'imperio dell'art. 16 della legge n. 196/1997. Ma la condizione della disciplina contrattuale collettiva non è la sola che deve essere rispettata: ne occorre un'altra che è rappresentata dal fatto che le Regioni e le Province autonome (che hanno una competenza primaria in materia) debbono definire

un sistema di alternanza scuola - lavoro.

Ma, al momento, quale è la situazione?

Non risulta che gli enti locali abbiano definito la materia di loro competenza, mentre tra le parti sociali, soltanto nel settore del turismo, con l'accordo del 16 giugno 2014, è stato disciplinato l'apprendistato rifacendosi strettamente agli articoli 14 e 15 dell'accordo dell'aprile 2012 con il quale fu disciplinato l'apprendistato professionalizzante per cicli stagionali, anche a tempo determinato (è l'unico settore che sembra aver dato applicazione all'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 167/2011).

Apprendistato professionalizzante o di mestiere

La norma scritta, in modo un po" ambiguo nel D.L. n. 34, non è stata confermata nella legge di conversione che ora, con riferimento alla formazione obbligatoria relativamente alle competenze trasversali e di base, afferma che «la Regione provvede a comunicare al datore di lavoro, entro quarantacinque giorni dalla instaurazione del rapporto, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica anche con riferimento alle sedi ed al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili, ai sensi delle linee guida adottate dalla Conferenza permanente tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano in data 20 febbraio 2014».

Alla luce di quanto appena detto, la circolare n. 18 ricorda che la formazione è da intendersi obbligatoria nella misura in cui:

a) sia disciplinata come tale nell'ambito della regolamentazione regionale, anche a seguito di specifici accordi;

b) sia realmente disponibile sia per il datore di lavoro che per il lavoratore. La disponibilità è tale se si tratta di un'offerta formativa formalmente approvata e finanziata dalla Amministrazione competente e tale da consentire al datore di lavoro l'iscrizione all'offerta medesima affinché le attività formative possano essere avviate entro sei mesi dalla data di assunzione dell'apprendista;

c) o, in alternativa, in via susseguenda o cedevole, sia definita obbligatoria dalla disciplina contrattuale vigente.

Da quanto appena detto discende che, in via assolutamente obbligatoria, le Regioni e le Province autonome debbono far pervenire al datore l'offerta formativa entro i quarantacinque giorni successivi alla instaurazione del rapporto di lavoro (la comunicazione di assunzione, in via telematica, al centro per l'impiego è pluri-efficace, come previsto dalla legge n. 99/2013). Gli Enti locali hanno questo obbligo che, però, sta anche a significare, nel rispetto delle linee guida, che, concretamente, la formazione deve essere avviata entro sei mesi dall'inizio del rapporto dell'apprendista.

Ma quali sono le direttive per gli ispettori del lavoro nel caso in cui le Regioni e le Province autonome non effettuieno, nei tempi prescritti, la loro comunicazione obbligatoria?

Il problema si pone per le sanzioni sull'adempimento degli obblighi formativi *ex art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011*.

Ebbene, il Dicastero del lavoro ritenendo che i corsi si possano considerare effetti-

vamente disponibili solo in quanto siano stati comunicati in maniera tale da far sì che il datore possa aderire all'offerta formativa, afferma che:

- a)* non si configura alcuna responsabilità del datore di lavoro;
- b)* gli organi di vigilanza dovranno astenersi dall'applicazione della omessa formazione trasversale;
- c)* le Direzioni territoriali del lavoro debbono strettamente correlarsi con gli uffici competenti delle Regioni al fine di ottenere l'elenco dei datori di lavoro ai quali è stata trasmessa, nei termini di legge, l'informativa sui corsi di

base e trasversali disponibili.

Disciplina transitoria

Da ultimo, la circolare n. 18 richiama l'attenzione degli operatori delle Direzioni del lavoro sugli effetti delle disposizioni transitorie: infatti l'art. 2-*bis* della legge n. 78 afferma che le nuove norme si applicano ai rapporti di apprendistato costituiti dal 21 marzo 2014, data di entrata in vigore del D.L. n. 34. Tuttavia, l'articolo afferma anche che sono «fatti salvi gli effetti delle disposizioni in-

trodotte dal presente Decreto». Ciò significa, rimanendo nel solo campo dell'apprendistato professionalizzante, che non è possibile applicare alcuna sanzione nei confronti dei datori di lavoro che, nel periodo compreso tra il 21 marzo ed il 19 maggio 2014, hanno assunto giovani con tale tipologia contrattuale omettendo la forma scritta del piano formativo individuale ed ugualmente gli stessi, per lo stesso arco temporale, non sono sanzionabili per inottemperanza alla clausola di stabilizzazione che era stata espunta dall'art. 2 del D.Lgs. n. 167/2011.