

Contratti a termine dopo il riordino della disciplina

Eufranio Massi – Esperto in Diritto del lavoro

Il decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 144 del 24 giugno 2015, ed entrato in vigore il giorno successivo, ha avuto il merito di riordinare in un unico testo le tipologie contrattuali diverse dal rapporto a tempo indeterminato pieno, di risolvere alcune questioni controverse sia sotto l'aspetto amministrativo che giurisprudenziale e di eliminare, di conseguenza, un gran numero di disposizioni specifiche, spesso sovrappostesi nel tempo, presenti nel nostro ordinamento.

Di conseguenza, anche il D.Lgs. n. 368/2001 (peraltro, soggetto, nei suoi quattordici anni di vita, a numerose modifiche ed interpolazioni) ha seguito la stessa sorte ed è stato sostituito da una serie di articoli che vanno dal 19 al 29 ed è auspicabile che, almeno per un certo periodo, il Legislatore si fermi. Alcune premesse, prima di entrare nel merito degli specifici problemi si rendono necessarie.

La legge 16 maggio 2014, n. 78, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 34/2014, ha rappresentato, nel nostro ordinamento lavoristico, una sorta di "spartiacque" per quel che riguarda la disciplina dei contratti a termine: si è giunti, 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 e, da ultimo, con le modifiche apportate dall'art. 21 D.Lgs. n. 81/2015, alla stessa attività.

Si è trattato di un passaggio epocale, che appare, 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.

Ovviamente, una particolare attenzione sarà dedicata ai primi orientamenti amministrativi espressi dal Ministero del lavoro con la circolare n. 18 del 30 luglio 2014 e che appare abbastanza in linea, per certi aspetti, alle novità chiarificatrici introdotte con il D.Lgs. n. 81/2015.

L'analisi che segue riguarda, come detto, gli articoli da 19 a 29 del predetto provvedimento.

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 "toccate" 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. Per quanto riguarda questa ultima tipologia, in particolare, 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.

Inserto

Art. 19: apposizione del termine e durata massima

La fine delle ragioni giustificatrici ed il limite massimo dei trentasei mesi

Afferma il Legislatore delegato che l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato (l'art. 1 ha confermato che la forma comune del rapporto di lavoro subordinato è rappresentata dal contratto a tempo indeterminato) è consentita per un periodo di durata non superiore a trentasei mesi, senza l'obbligo della introduzione di alcuna causale.

La fine delle ragioni giustificatrici, avvenuta con il D.L. n. 34, convertito, con modificazioni, nella legge n. 78/2014, è stato l'aspetto veramente innovativo che ha permeato la riforma del 2014: 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 1° 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.

La fine delle causali (inteso come facoltà e non obbligo) può, tuttavia, non essere presa in considerazione da un datore di lavoro in presenza di «ragioni sostitutive» sia nel caso della maternità che in eventuali ipotesi di esclusione dal limite percentuale previsto dalla contrattazione collettiva. E, a proposito della "sostituzione per maternità" potrebbe essere inserito nel contratto un accorgimento in considerazione del fatto che, talora, le sostituzioni sono molto lunghe ed il pericolo del superamento del limite massimo (anche, per effetto, della sommatoria con precedenti rapporti) potrebbe essere immanente. Si potrebbe pensare ad una motivazione "duplice" in cui accanto a quella "canonica" che fa riferimento alla sostituzione della lavoratrice assente per maternità, se ne aggiunge un'altra con la quale si indica che, in ogni caso, quale

ultimo giorno di lavoro è quello del compimento dei trentasei mesi (anche in sommatoria) pur se la titolare non ha ripreso servizio.

Ovviamente, l'assenza di ragioni giustificatrici riguarda anche l'ulteriore contratto a tempo determinato, oltre la scadenza dei trentasei mesi, di durata massima di dodici mesi (fatte salve diverse determinazioni adottate dalla contrattazione collettiva, anche aziendale) che il datore di lavoro ed il lavoratore (non più assistito, obbligatoriamente, da un rappresentante sindacale) possono sottoscrivere avanti al funzionario della Direzione territoriale del lavoro.

Il limite massimo dei trentasei mesi non riguarda i contratti di lavoro stagionali per i quali è restata invariata (comma 2) la previsione contenuta già nell'art. 5, comma 4-ter del D.Lgs. n. 368/2001: essi 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".

Il comma 2, dopo aver fatto salve le eventuali disposizioni diverse previste dalla pattuizione collettiva, anche aziendale, sottoscritta dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (criterio sempre più presente nel nostro ordinamento che, pur nel principio della libertà sindacale, dà sempre maggior peso a quelle organizzazioni che presentano requisiti di diffusione e rappresentatività più "corposi"), afferma che la durata massima dei contratti conclusi dal datore di lavoro e dal lavoratore, per effetto di una successione tra gli stessi ed indipendentemente dai periodi di interruzione tra l'uno e l'altro, non può superare il limite dei trentasei mesi, per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale. Nel computo di tale periodo, ai fini della sommatoria, rientrano anche i contratti di somministrazione svolti tra il lavoratore e l'utilizzatore (il riferimento è, sempre, al "pari livello e categoria legale"). Se il limite massimo viene superato, sia in presenza di un unico contratto che per successione di più contratti, il rapporto si considera a tempo indeterminato a partire dal superamento della soglia temporale. La disposizione appena riportata richiede alcune considerazioni.

La prima riguarda la derogabilità della disposizione attraverso le previsioni contrattuali, anche aziendali (e non ultima quella prevista dall'art. 8 della legge n. 148/2011 relativa ai contratti di prossimità): il limite massimo può essere "sforato" e ne è palese testimonianza l'accordo del settore metalmeccanico ove la sommatoria tra somministrazione e contratto a tempo determinato può arrivare fino a 44 mesi. Un elemento da tenere presente per la disciplina dei contratti a termine ma, in generale, per tutte le tipologie e gli istitu-

ti "toccati" dal D.Lgs. n. 81/2015, è rappresentato dall'art. 51 nel quale si specifica, a "chiare note" che, laddove si parla di contratti collettivi ci si riferisce indifferentemente a contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle "loro" rappresentanze sindacali aziendali o dalla rappresentanza sindacale unitaria.

La seconda concerne la sommatoria tra contratto a termine e contratto di somministrazione: la circolare del Ministero del lavoro n. 18/2012, prendendo lo spunto dal fatto che l'obbligo fu introdotto con la legge n. 92/2012, chiarì che i rapporti di somministrazione dovessero essere calcolati a partire dal 18 luglio del 2012, data di entrata in vigore della norma: si ritiene che tale indirizzo possa essere confermato.

La dizione operata dal Legislatore delegato ed il fatto che le note amministrative del Dicastero del lavoro intervenute in passato (circolari n. 13/2008, n. 18/2012 e n. 18/2014) nulla dicano sull'argomento, induce a ritenere che non sono assolutamente sommabili tra di loro periodi con contratti a termine lavorati alle dipendenze di imprese diverse, pur facenti parte dello stesso gruppo. Il discorso può presentarsi alquanto complesso e delicato in quanto in alcune ipotesi la pluralità di aziende collegate (con un unico centro organizzativo e direzionale) non coincide con la nozione giuridica di "gruppo di imprese", come dimostrato (sia pure ai fini dell'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970) dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 14553 del 17 agosto 2012.

Ovviamente, si può porre il problema di un'impresa che, per effetto di fusioni ed incorporazioni abbia, giuridicamente, ereditato tutte le posizioni di aziende prima "viventi": non è possibile trovare una risposta di carattere generale, dovendosi, di volta in volta, valutare i casi concreti: tuttavia, si ha motivo di ritenere che, in quest'ultimo caso, possa operare la sommatoria dei contratti.

La terza fa riferimento alle mansioni: prima si parlava di equivalenza (con notevoli dubbi interpretativi, in alcuni casi), ora si parla di "mansioni di pari livello", cosa che dovrebbe essere di più facile interpretazione, essendo preminente il riferimento al livello contrattuale. Tale concetto introduce anche una flessibilità nell'utilizzo del lavoratore (si veda il comma 1 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015 sulla disciplina delle mansioni).

L'attuale riferimento fa ritenere superato il concetto di "equivalenza delle mansioni" prospettato dalla circolare n. 13/2008 ove si affermava che la stessa non va intesa come semplice corrispondenza tra i livelli di inquadramento ma che occorre valutare, nel concreto, le attività espletate, secondo un indirizzo avanzato dalle S.U. della Cassazione (24 novembre 2006, n. 25033) ove si sosteneva che «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

manche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto».

L'ulteriore contratto stipulato avanti alla Direzione territoriale del lavoro

Quell'ulteriore contratto definito "in deroga assistita" e già presente all'interno del D.Lgs. n. 368/2001, è stato rivisto dal Legislatore delegato. L'attuale previsione fa salva l'eventuale diversa determinazione delle parti sociali, anche a livello aziendale, e stabilisce che l'ulteriore contratto (art. 19, comma 3) stipulato alla scadenza dei trentasei mesi avanti alla Direzione territoriale del lavoro, abbia una durata massima di dodici mesi e che il mancato rispetto della procedura, nonché il superamento del termine stabilito nel contratto, comportano la qualificazione dello stesso come rapporto a tempo indeterminato a partire dalla data della stipula.

L'intervento derogatorio al limite massimo riservato alle organizzazioni sindacali prevede il riferimento a quelle comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (con esclusione dei sindacati di "comodo" e di quelli di minor "peso"): ma, detto questo, e prima di entrare nel merito di quanto contenuto nella circolare n. 13/2008 del Ministero del lavoro vanno, ad avviso di chi scrive, effettuate alcune considerazioni.

La prima è che, trattandosi di un nuovo contratto a termine che trova origine in una norma di legge esso può essere stipulato e può iniziare senza che sia trascorso l'intervallo di dieci o venti giorni correlati alla durata del precedente contratto.

La seconda riguarda la non necessità della presenza di un rappresentante sindacale accanto al lavoratore: il Legislatore delegato ritiene che sia sufficiente la funzione di garanzia esercitata dal funzionario della Direzione del lavoro.

La terza concerne le eventuali tipologie a termine escluse dalla procedura: qui la circolare n. 13/2008 esclude espressamente:

- il contratto a termine dei dirigenti per i quali resta fissato a cinque anni il limite massimo e che godono (art. 27) di una disciplina specifica;
- il contratto di lavoro stagionale sui cui contenuti ci si soffermerà, diffusamente, più avanti.

La circolare ministeriale affida alla Direzione territoriale del lavoro una funzione "notarile" ma si ritiene che il funzionario non possa non fornire chiarimenti e consigli sulla procedura e sui principi generali che regolano l'istituto.

Alcune questioni, ai fini della completa agibilità dello stesso, vanno esaminate e risolte.

La prima riguarda la competenza territoriale che viene individuata che è quella della Direzione del lavoro nella quale insiste il luogo ove il lavoratore è destinato a svolgere la propria attività: ciò non toglie che lo stesso, successivamente, possa essere impiegato in

Inserto

una sede diversa, nel rispetto dei dettati contrattuali e della legge.

La seconda, strettamente correlata alla prima, concerne l'ipotesi in cui il contratto in deroga venga stipulato avanti ad una Direzione del lavoro incompetente per territorio: tale patto sarebbe valido o no? Se la volontà delle parti è espressa senza alcuna costrizione, se il contratto individuale ha rispettato i contenuti di legge o dell'eventuale accordo collettivo cui faccia riferimento, si ritiene che, per il principio generale della conservazione degli atti, lo stesso possa validamente esplicare i propri effetti. È questo, nella sostanza, lo stesso concetto che è alla base della validità di un accordo raggiunto avanti ad una commissione provinciale di conciliazione (art. 410 c.p.c.) incompetente.

Forma scritta, contratto per attività stagionali, contratto a termine fino a dodici giorni e contribuzione aggiuntiva

L'art. 19 parla di apposizione del termine e conferma, al comma 4, come faceva l'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, il fatto che lo stesso debba risultare direttamente od indirettamente da atto scritto. Ad avviso di chi scrive, nulla cambia rispetto al passato nel senso che, senza il termine, il contratto viene inficiato alla radice, ed il rapporto si considera a tempo indeterminato fin dall'inizio. Anche il patto di prova, sempre apponibile nei contratti a tempo determinato, deve risultare da atto scritto, con la conseguenza della piena applicazione di tutti gli istituti correlati i quali debbono tener conto oltre che delle previsioni contrattuali, anche della durata della prestazione.

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 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 1998, n. 1004).

La forma scritta del contratto riguarda anche i contratti legati alle attività stagionali, per le quali lo stesso Legislatore 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 i termini temporali per l'esercizio del diritto di precedenza per un successivo rapporto stagionale e per la quota contributiva dell'1.40% che non trova applicazione sia a questi contratti che a quelli finalizzati a sostituire un lavoratore avente diritto alla conservazione del posto. L'applicazione della disciplina relativa al contratto a termine per attività stagionali non può prescindere da un esame, sia pur breve, delle disposizioni, anche di natura pattizia, che hanno trattato nel tempo la materia, sottolineando, peraltro, che l'art. 19, comma 2, parlando delle proroghe e dei rinnovi, afferma che la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a

termine ove non sia stato rispettato lo stacco non trova applicazione ai contratti stagionali ove le attività stagionali saranno individuate da un D.M. del Ministro del lavoro e dalla contrattazione collettiva, anche aziendale, sottoscritta dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Con la stessa disposizione, si afferma la "validità a tempo" del D.P.R. n. 1525/1963 (che contiene attività alquanto desuete) che resta in vigore fino all'entrata in vigore del decreto ministeriale.

Il Ministero del lavoro con la circolare n. 42 del 1° agosto 2002, affermò che non esiste alcuna predeterminazione alla durata dei contratti (il riferimento era alla voce n. 48 del D.P.R. n. 1525/1963 - attività esercitata 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 espressa con la 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 nazionale (ora, il Legislatore delegato, amplia tale potere anche a quella aziendale) sia andata oltre il concetto di mera stagionalità (si pensi al settore turistico che, il 30 aprile 2015 ha sottoscritto un ulteriore avviso comune sulla stagionalità, firmato da Federalberghi, Faita, Cgil, Cisl e Uil di categoria), tale da ricoprendere 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, secondo un indirizzo, un po' datato del Ministero del lavoro che, con riferimento agli apprendisti stagionali (si era negli anni 1997 e 1998), riteneva possibile l'assunzione anche in aziende aperte tutto l'anno interessate da intensificazione dell'attività.

Quanto appena detto in materia di apprendistato stagionale ci porta ad esaminare la previsione contenuta nell'art. 44, comma 5: «Per i datori di lavoro che svolgono la propria attività in cicli stagionali i contratti collettivi di lavoro stipulati a livello nazionale da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato». Nel settore turistico alberghiero ciò è avvenuto nel corso del 2012 con gli accordi del 17 aprile (Federalberghi) e del 14 maggio (Fedeturismo) e per i minorenni (ex art. 3, comma 2-quater della legge n. 78/2014, confermato nell'art. 43, comma 8, alle stesse condizioni con le previsioni regionali che debbono prevedere sistemi di alternanza scuola - lavoro) dall'accordo del 16 giugno 2014. Ebbene tali previsioni contrattuali (articoli 14 e 15) affermano 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 con contratto a tempo determinato un diritto di precedenza per l'assunzione presso la stessa azienda nella stagione successiva, con le medesime modalità riconosciute ai qualificati;

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.

L'art. 19, comma 4, riguarda l'obbligo che incombe sul datore di lavoro di consegnare al dipendente copia dell'atto scritto entro i cinque giorni successivi all'assunzione. Questo è solo uno degli oneri amministrativi che gravano sul datore di lavoro e strettamente correlati alla stipula del contratto a termine e, forse, questa è l'occasione per ricapitolare gli altri:

a) comunicazione di assunzione: va effettuata, telematicamente, al centro per l'impiego almeno nel giorno antecedente l'effettivo inizio del rapporto. Per i datori di lavoro pubblici (art. 1, comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001) c'è più tempo, nel senso che l'onere della comunicazione può essere assolto, come, del resto per le agenzie di somministrazione che assumono lavoratori a termine da indirizzare alle aziende utilizzatrici, entro il giorno venti del mese successivo a quello in cui si è verificata l'instaurazione del rapporto (per tali soggetti, il termine riguarda anche le cessazioni e le proroghe). La violazione dell'obbligo è punita con una sanzione amministrativa compresa tra cento e cinquecento euro sanabile, nella misura minima, attraverso l'istituto della c.d. "diffida obbligatoria";

b) trasformazione del rapporto: la comunicazione telematica va inviata entro i cinque giorni successivi al verificarsi dell'evento: la violazione segue le regole sanzionatorie appena riportate;

c) comunicazione di cessazione: se la data è stata già indicata nella comunicazione di assunzione, l'onere si intende assolto (in caso contrario tutto va fatto entro i cinque giorni successivi e l'apparato sanzionatorio è identico ai precedenti casi);

d) sforamento del termine di trenta o cinquanta giorni in caso di prosecuzione del contratto dopo la scadenza del termine (rispettivamente, fino a sei mesi o superiore): l'obbligo, peraltro non sanzionato, introdotto con la legge n. 92/2012, non c'è più essendo stato cancellato dalla legge n. 99/2013 che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 76/2013.

e) dimissioni del lavoratore: andrà seguita la procedura di convalida prevista nel decreto legislativo sulla razionalizzazione e le semplificazioni in materia di

rapporti di lavoro che dovrà avvenire al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 55, comma 4, del D.Lgs. n. 151/2001, con modalità esclusivamente telematiche su moduli resi disponibili sul sito del Ministero del lavoro e trasmesse al datore di lavoro ed alla Direzione territoriale del lavoro competente con modalità che dovranno essere precisate in un D.M. del Ministro del lavoro. Fino a quando non sarà entrata in vigore, resterà la procedura di convalida ex art. 4, commi 17 e seguenti della legge n. 92/2012;

f) scritturazioni sul Libro unico del lavoro: vanno effettuate entro la fine del mese successivo cui le stesse si riferiscono.

Sempre il comma 4 dell'art. 19 ricorda, come in passato, che per i rapporti di breve durata non superiori a dodici giorni non è necessaria la forma scritta ma, rispetto alla precedente disposizione (art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 368/2001), è stato tolto il riferimento alla occasionalità. La prova di queste situazioni, infatti, non è 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).

Il periodo va inteso, ad avviso di chi scrive, come dodici giorni lavorativi, in quanto appare plausibile che il parametro di riferimento sia stato rappresentato dalle "due settimane".

Il Legislatore delegato ha tolto il requisito della occasionalità e, quindi, alla luce di questo fatto si possono trarre alcune considerazioni:

a) la mancanza della forma scritta è un fatto puramente formale, atteso che sul datore di lavoro grava sempre l'obbligo della comunicazione di assunzione anticipata telematica al centro per l'impiego;

b) il contratto rientra nella percentuale legale del 20% ed in quella prevista dalla contrattazione collettiva (a meno che non vi sia stata una esplicita esclusione);

c) il venir meno della occasionalità (probabilmente, per togliere alcuni possibili "contenziosi") consente ai datori di lavoro di usufruire più volte di tale tipologia contrattuale a condizione che non si superi il termine massimo dei dodici giorni;

d) non è consentita la utilizzazione di istituti che consentano il superamento di tale limite (sforamento del termine, proroga, ecc.).

A partire dal 1° gennaio 2013 si applica sui contratti non a tempo indeterminato (art. 2, commi 28 e 29 della legge n. 92/2012), compresi quelli stipulati dalle c.d. "start-up innovative" e quelli "orali" fino a dodici giorni, un contributo addizionale, a carico dei datori di lavoro, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, il cui scopo principale è stato quello di contribuire al finanziamento dell'ASPI, prima, e dal 1° maggio 2015 della NASPI.

Il contributo addizionale non si applica:

a) ai lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti;

Inserto

- b)** ai lavoratori assunti a tempo determinato per lo svolgimento di 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 ha fatto 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 del 2010;
- d)** agli apprendisti che, però, stipulano, sin dall'inizio, un contratto a tempo indeterminato, fatta eccezione per quelli stagionali disciplinati contrattualmente, al momento, nel solo settore del turismo;
- e)** ai lavoratori dipendenti dalle Pubbliche Amministrazioni, individuate ex art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

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. Dal 1° gennaio 2014 essa è totale, avviene nel caso in cui, alla scadenza di un contratto a termine, il rapporto viene trasformato a tempo indeterminato. 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" ma vanno "defalcate" le mensilità trascorse dalla cessazione del precedente rapporto a termine, come chiaramente affermato dall'Inps nella circolare n. 15/2014. La trasformazione (v. messaggio Inps n. 4152 del 17 aprile 2014) può avvenire, qualora ne ricorrono le condizioni, anche con un 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 di somministrazione la cui durata non avesse superato la metà del periodo formativo dell'apprendistato (in sostanza, diciotto mesi per quello professionalizzante, con esclusione delle qualifiche riferite al settore artigiano).

L'eventuale trasformazione a tempo indeterminato va, ora, vista, anche alla luce della previsione contenuta nell'art. 1, comma 118, della legge n. 190/2014, secondo le indicazioni fornite dall'Inps con la circolare n. 17 del 29 gennaio 2015.

L'Istituto, dopo aver, chiaramente, ricordato che la norma appena citata si pone come "speciale" rispetto ai principi generali che regolano il riconoscimento degli incentivi e che sono contenuti nell'art. 4, comma 12, della legge n. 92/2012, afferma che le agevolazioni sulla quota contributiva a carico del datore di

lavoro, fino ad un massimo di 8.060 euro, esclusi i contributi assicurativi Inail, per ognuno dei tre anni successivi all'assunzione effettuata nel corso del 2015, si applica anche alle ipotesi di conversione di un contratto a termine in un contratto a tempo indeterminato, quandanche il lavoratore interessato sia titolare di un diritto di precedenza regolarmente esternato al datore di lavoro.

Per completezza di informazione, si ricorda che l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 23/2015 dispone che ai contratti a termine stipulati in data antecedente e convertiti a partire dal 7 marzo 2015, si applica, in caso di licenziamento illegittimo, il regime delle c.d. "tutele crescenti" che sono di natura puramente monetaria (fatti salvi i casi di nullità, discriminazione, inefficacia o recesso per fatto materiale insussistente). Tale disposizione, non riguardando i c.d. "neo assunti" come prevede la legge delega n. 183/2014, potrebbe anche essere censurata per "eccesso di delega": di conseguenza, un datore di lavoro che intendesse applicare la normativa del D.Lgs. n. 23/2015, per essere completamente "tranquillo" dovrebbe, ad avviso di chi scrive, risolvere il precedente rapporto a termine ed instaurare un nuovo rapporto a tempo indeterminato con lo stesso soggetto dopo alcuni giorni, senza dover, necessariamente, attendere lo "stacco" dei dieci o venti giorni (di calendario), in quanto il secondo rapporto non è a tempo determinato.

Art. 20: divieti di costituzione di contratti a termine

L'art. 20 individua le ipotesi in cui non è possibile assumere lavoratori con contratto a termine.

Simili, in larga parte, alla casistica già individuata, a suo tempo, 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 che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni alle quali si riferisce il contratto a termine, a meno che il contratto non sia stato concluso per sostituire lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità o nel caso in cui il rapporto abbia una durata iniziale non inferiore a tre mesi, cosa che potrebbe portare anche al raggiungimento del tetto massimo dei trentasei mesi, magari anche utilizzando l'istituto delle cinque proroghe. Rispetto al vecchio testo è stato tolto ogni riferimento ad accordi sindacali in deroga;

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. Essa, ad avviso di chi scrive, va vista nell'ottica del decreto legislativo di riordino degli ammortizzatori sociali che prevede anche per le imprese dimensionate oltre i cinque dipendenti ed a determinate condizioni, l'intervento dei Fondi bilaterali di solidarietà o del Fondo integrativo salariale attraverso l'assegno ordinario e l'assegno di solidarietà;

d) le imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi. 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. C'è da ricordare, tuttavia, che per effetto delle novità introdotte in tema di DVR dall'art. 13 della legge n. 161/2014, che ha modificato l'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2008, ci potrebbe essere qualche difficoltà maggiore per le imprese di nuova costituzione che intendessero assumere con contratto a tempo determinato (le nuove attività sono espressamente favorite nella previsione dell'art. 21, comma 2, che richiama le determinazioni individuate dalla contrattazione collettiva nazionale). Infatti mentre prima la valutazione dei rischi andava effettuata prima dell'inizio dell'attività ma la documentazione poteva essere redatta nei 90 giorni successivi, ora tutto (valutazione e documentazione) va fatto prima.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5241 del 2 aprile 2012, aveva affermato che l'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001 (testo del tutto analogo all'art. 20) ha introdotto una quadruplicie serie di divieti all'apposizione del termine ai contratti di lavoro subordinato, così rafforzando il disvalore che connota 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 precezzo, 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. 21: proroghe e rinnovi

L'istituto delle proroghe e dei rinnovi, già profondamente modificato con la legge n. 78/2014, è stato, nuovamente, ritoccato.

L'esame che si 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 dalla legge di conversione e confermato dall'art. 21 del D.Lgs. n. 81/2015 in cinque nell'ambito dei trentasei 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 già previste dall'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001 e confermate dall'art. 22, comma 1.

Cosa succede se il numero delle proroghe, nell'arco temporale prefissato, risulta superiore a cinque?

Il Legislatore delegato, e questa è la prima novità introdotta con il citato art. 20, afferma che il rapporto si considera a tempo indeterminato a partire dalla data di decorrenza della sesta proroga (e non, quindi, dall'inizio).

Le motivazioni oggettive, determinanti per la legittimità della vecchia proroga, non ci sono più a partire dal 19 marzo 2014, data di entrata in vigore del D.L.

Inserto

n. 34: 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).

Nulla più si dice circa il fatto che la proroga debba riguardare la "stessa attività lavorativa": questa è la seconda novità introdotta dall'art. 22, rispetto alla quale, in passato, in presenza delle "causali", 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. Ora, il limite secondo cui il lavoratore poteva essere utilizzato, anche in reparti od uffici diversi, soltanto per le mansioni per le quali è stato sottoscritto il contratto originario non sembra esserci più ed appare superata anche la circolare n. 18/2014 del Ministero del lavoro che, ribadendo il limite massimo delle cinque proroghe strettamente correlato all'arco temporale dei trentasei mesi (limite raggiungibile attraverso più rinnovi), affermava che per «stessa attività lavorativa» si intendevano «le stesse mansioni, le mansioni equivalenti (v. Cass. S.U., 24 novembre 2006, n. 25033, di cui si parlerà tra poco, trattando l'argomento del raggiungimento dei trentasei mesi) e comunque quelle svolte in applicazione della disciplina di cui all'art. 2103 c.c. (mansioni diverse, in sostituzione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto)».

Una notazione non secondaria è quella che il Ministero del lavoro sottolinea all'interno del precedente chiarimento: il limite dei trentasei mesi che è indipendente dal numero dei rinnovi, non riguarda l'ipotesi che il nuovo contratto abbia quale oggetto mansioni e qualifiche del tutto diverse. Le proroghe, in questo caso, non vanno "contabilizzate".

Una novità conseguente alla fine delle ragioni giustificatrici è rappresentata dal fatto che il Legislatore aveva cancellato, con la legge n. 78/2014, il comma 2 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001 (l'onere della prova della esistenza delle stesse a carico del datore di lavoro) in quanto esso era divenuto del tutto superfluo, mentre viene precisato (art. 21, comma 1) che il contratto a termine può essere prorogato soltanto se la durata iniziate sia inferiore ai 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. 34/2014) è stato risolto dall'art. 2-bis della legge n. 78/2014 (in-

trodotto 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 2015. Detto principio non è altro che l'applicazione di quanto previsto, in via generale, sotto l'aspetto civilistico, secondo cui nei contratti si applicano le regole vigenti al momento della loro conclusione.

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, diverrebbe "in nero" a partire dal giorno successivo.

Oltre, 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, diffidabile 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. 81/2015: 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 sancita dall'art. 29, comma 1, lettera a), che fa salvi sol-

tanto l'art. 25 che fissa i principi anti discriminazione e l'art. 27 i criteri di computo. 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 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.

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 (art. 29, comma 4), per il personale artistico e tecnico delle Fondazioni di produzione musicale.

L'art. 21, comma 3, afferma, poi, che i limiti relativi alle proroghe ed ai rinnovi non si applicano alle imprese c.d. "start up innovative" previste dall'art. 25 della legge n. 221/2012 per il periodo di quattro anni dalla costituzione o per il più limitato arco temporale previsto dal comma 3 dell'art. 25 per le società già costituite.

C'è, poi, il problema delle proroghe nei contratti stagionali: la norma inserita nell'art. 21 ha una valenza generale che, però, poco si attaglia ai rapporti la cui causale è la stagionalità. Probabilmente, la questione è meno pressante che in altri settori potendosi, per legge, "legare" un contratto all'altro senza soluzione di continuità, ma questo significa, da un punto di vista prettamente operativo, una maggiore difficoltà burocratica (occorre stipulare un nuovo contratto, sono necessari altri adempimenti, ecc.). Nel settore alimentare, forzando un po' la disposizione legale (c'è un richiamo, poco consono, al comma 3 dell'art. 5), il 7 novembre 2014 le associazioni datoriali aderenti a Confindustria e quelle nazionali di categoria di Cgil, Cisl e Uil hanno stabilito che nei rapporti stagionali del settore ogni singolo contratto, la cui durata massima è di 8 mesi, può essere prorogato fino a quattro volte.

Il discorso relativo a tale istituto non può non riferirsi, sia pure con un breve accenno, alle proroghe previste per un'altra tipologia contrattuale, quella del contratto di somministrazione ove l'art. 34 del D.Lgs. n. 81/2015 esclude espressamente l'applicazione dell'art. 21, secondo una interpretazione amministrativa data, a suo tempo, dal Ministero del lavoro.

Qui, 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).

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".

L'intervallo tra un contratto a termine e l'altro

All'interno dell'art. 21 si trova anche la disposizione secondo la quale (comma 2) «qualora i lavoratore sia riassunto a tempo determinato entro dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato». La norma continua affermando che tale principio non si applica ai rapporti stagionali ed alle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva.

Qui, il Legislatore delegato, nell'ottica di favorire, comunque, la contrattazione a qualsiasi livello ha previsto che anche nelle singole imprese (non si dimentichi il significato dell'art. 51) si possano trovare casistiche che ben si attaglano alla realtà aziendale e che consentono di ridurre od annullare lo "stop and go", senza alcuna delega dalla contrattazione nazionale. Del resto, se si da uno sguardo alle vicende appena passate ci si accorge che, da subito, la contrattazione nazionale (si pensi al settore alimentare o all'occhialeria che furono tra i primi settori ad avere disposizioni derogatorie) lo "stacco" fu annullato in presenza di contratti a termine per ragioni sostitutive o ridotto nella durata che fu portata, rispettivamente, a cinque e dieci giorni.

Detto questo, ad avviso di chi scrive, vanno puntualizzate alcune questioni.

La prima riguarda il ***computo dei giorni di "stacco"***. Come va fatto? Esso va fatto seguendo il calendario con l'inclusione anche delle giornate festive.

La seconda concerne il comportamento di quei datori di lavoro che, nei dieci o venti giorni di intervallo (o nel tempo minore previsto dalla contrattazione collettiva) utilizzano il lavoratore, senza soluzione di continuità, ricorrendo ad altre tipologie contrattuali come il lavoro "a chiamata", la somministrazione, le prestazioni di lavoro accessorio o altre improbabili forme di lavoro autonomo. Ebbene, ciò non pare assolutamente legittimo configurandosi come un *negotium in fraudem legis*, in quanto il Legislatore ha previsto, obbligatoriamente, un intervallo, consentendo, peraltro, alle parti sociali, a qualsiasi livello, di trovare accordi finalizzati a ridurre o cancellare i termini. La conseguenza di tale comportamento, in caso di ricorso giudiziale, potrebbe essere quella della sussistenza

Inserto

di un rapporto a tempo indeterminato sin dall'inizio, non essendosi, di fatto, mai interrotto.

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 legati della 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 determinato.

La terza riflessione tende, infine, a sottolineare come l'intervallo tra un contratto e l'altro non trovi applicazione in alcune tipologie di contratti a termine che hanno una loro disciplina speciale o sono fuori dall'ombrello applicativo del D.Lgs. n. 81/2015. Ci si riferisce:

- a)** ai contratti a termine nelle c.d. "start - up innovative" per effetto dell'art. 28 della legge n. 221/2012;
- b)** ai contratti a termine per un massimo di dodici mesi dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991);
- c)** ai rapporti di lavoro in agricoltura con gli operai a tempo determinato che sono regolati dal D.Lgs. n. 375/1993: la norma non trova, invece, applicazione nei confronti del personale impiegatizio al quale si applica, a tutti gli effetti, la disciplina del D.Lgs. n. 81/2015;
- d)** ai richiami in servizio del personale volontario del Corpo dei Vigili del Fuoco (art. 29, comma 1, lettera c);
- e)** ai contratti a tempo determinato del personale con qualifica dirigenziale (art. 29, comma 2, lettera a);
- f)** ai rapporti per l'esecuzione di servizi speciali nei settori del turismo e dei pubblici esercizi di durata non superiore a tre giorni (art. 29, comma 2, lettera b);
- g)** ai contratti a tempo determinato per le supplenze nel settore della scuola sia per gli insegnanti che per il personale Ata ed in quello della sanità delle Asl per il personale anche con qualifica dirigenziale (art. 29, comma 2, lettera c);
- h)** ai contratti del personale docente ed ai tecnologi e ricercatori a termine delle Università, individuati dalla legge n. 240/2010 (art. 29, comma 2, lettera d).

Art. 22: continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine

L'art. 22 ripete un concetto già previsto all'interno del D.Lgs. n. 368/2001: se il rapporto continua oltre la scadenza per un periodo fino a trenta giorni se la durata iniziale è inferiore a sei mesi, o fino a cinquanta giorni se superiore a tale soglia, il rapporto non si trasforma automaticamente a tempo indeterminato. È questo, indubbiamente, un principio di flessibilità ormai acquisito nel "DNA" del nostro ordinamento lavoristico, sol che si pensi alle rigidità del tempo andato che si riferiscono alla legge n. 230/1962 ove

era sufficiente "sforare" anche di un giorno per vedere "ex lege" la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Ma, come si diceva, il prolungamento è un elemento di flessibilità che consente, ad esempio, di affiancare, due lavoratrici (una al termine del contratto e l'altra al rientro dalla maternità) per il c.d. "passaggio delle consegne" che significa anche, e soprattutto, affiancamento nelle procedure e nella prosecuzione del lavoro.

Tutto questo, però ha un costo: per i primi dieci giorni di "sforamento" il datore è tenuto a corrispondere una maggiorazione pari al 20% che, a partire dall'undicesimo diviene del 40%: la maggiorazione è retribuzione a tutti gli effetti ed ha riflessi su tutti gli istituti contributivi e retributivi correlati.

Tale incremento, in percentuale, per i giorni di eventuale "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 maggiorazione retributiva maggiorata, prevista dalla legge e per nulla legata alla conversione del rapporto, cosa impossibile nel pubblico impiego, atteso che per l'incardinamento a tempo indeterminato nell'organico occorre una procedura concorsuale o una prova selettiva pubblica. Vale la pena di ricordare come le violazioni riguardanti anche l'impiego a tempo determinato al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, come riformato dalla legge n. 125/2013 (qui ci sono sempre le causali specifiche, come si vedrà successivamente) comporta una responsabilità dirigenziale di natura erariale e disciplinare nei confronti del Dirigente che ha posto in essere un comportamento contrario alle previsioni legali.

Nel settore privato, invece, il superamento del limite di "sforamento" ha come conseguenza la trasformazione del contratto da tempo determinato ad indeterminato a partire dalla scadenza dei predetti termini (ossia, dal trentunesimo o dal cinquantunesimo giorno).

In caso di "sforamento" ci sono obblighi per il datore di lavoro?

Dal 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della legge n. 92/2012) al 28 giugno 2013 (giorno di vigenza del D.L. n. 76/2013) c'era un obbligo di comunicazione telematica al centro per l'impiego, peraltro non sanzionato, regolamentato dal D.M. 10 ottobre 2012 del Ministro del lavoro che fu accompagnato da due note esplicative della allora Direzione Generale per il Mercato del Lavoro. Questo obbligo, come si diceva, non c'è più e gli organi di vigilanza, in caso di controlli, debbono verificare dal Libro Unico del Lavoro soltanto se le maggiorazioni previste dalla norma sono state corrisposte. È chiaro che, in caso di superamento del termine massimo il contratto diviene a tempo indeterminato ma il datore di lavoro ha l'obbligo di comunicare al centro per l'impiego l'assunzione, attraverso le usuali modalità: in mancanza, il

Inserto

rapporto si considera “in nero” ed allo stesso vengono applicate le sanzioni previste dall’art. 22 del decreto legislativo sulla razionalizzazione e semplificazione in materia di rapporti di lavoro.

Art. 23: limite percentuale nella stipula dei contratti a termine e apparato sanzionatorio

L’art. 23 del D.Lgs. n. 81/2015 tratta, in maniera esaustiva, il tema del limite percentuale dei contratti a tempo determinato stipulabili, provvedendo anche ad appianare alcune questioni interpretative, soprattutto sotto l’aspetto sanzionatorio, emerse nel vecchio D.Lgs. n. 368/2001, modificato dalla legge n. 78/2014.

La norma di natura legale, anche in questo caso, scatta in carenza di una determinazione di natura pattizia che, alla luce del significato attribuito ai termini “contratti collettivi” dall’art. 51, riguarda indifferentemente sia la contrattazione nazionale o territoriale sottoscritta dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che quella aziendale siglata dalle “loro” rappresentanze sindacali aziendali o dalla rappresentanza sindacale unitaria (il termine “loro” è il medesimo adoperato dal Legislatore per i contratti di prossimità ex art. 8 della legge n. 148/2011). La conseguenza di quanto appena detto è che laddove la contrattazione ha disciplinato le quantità numeriche, le modalità di calcolo e quelle di fruizione, occorre seguire soltanto quella nel momento in cui si applica nell’impresa un contratto collettivo che presenta le caratteristiche sopra indicate.

Affrontando il tema della percentuale legale il Legislatore delegato fornisce anche copertura legale a precedenti chiarimenti amministrativi forniti dal Ministero del lavoro con la circolare n. 18/2014.

Ma andiamo con ordine partendo dalla affermazione del principio secondo cui (fatta salva la diversa previsione della contrattazione collettiva, in ogni azienda i lavoratori assunti annualmente a tempo determinato non possono superare, in percentuale, la soglia dei dipendenti a tempo indeterminato in forza alla data del 1° gennaio dell’anno al quale si riferisce l’assunzione, con un arrotondamento decimale all’unità superiore nel caso in cui il residuo sia pari o superiore a 0,50). Qualora si tratti di un’impresa che ha iniziato la propria attività in corso d’anno, il limite percentuale va computato sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento dell’assunzione. I datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti (il numero, si intende, va da zero a cinque, come chiarito nella circolare n. 18/2014) possono, sempre, stipulare un contratto a tempo determinato.

Fin qui la norma, rispetto alla quale occorre, necessariamente, fornire alcuni chiarimenti partendo anche da ciò che il Dicastero del lavoro ha affermato con la circolare n. 18/2014, ricordando che il limite del 20% non riguarda le Agenzie di somministrazione intese quali datori di lavoro che stipulano contratti a termine

con lavoratori da inviare in missione. Una inclusione delle stesse nella casistica generale (tra l’altro, non trovano applicazione i commi 1, 2 e 3 dell’art. 19), oltreché contraria allo spirito della somministrazione, urterebbe con la Direttiva Comunitaria n. 104/2008/Ce che disciplina la tipologia contrattuale e che è del tutto diversa e distinta da quella che concerne il contratto a termine.

Diverso è il discorso relativo al rispetto di un eventuale termine percentuale (talora i Ccnl ne prevedono di distinti, ma anche di indivisi tra contratti a termine e contratti di somministrazione): qui il datore di lavoro utilizzatore è tenuto al rispetto del limite contrattuale la cui inottemperanza comporta, soltanto rimanendo sul piano amministrativo, l’irrogazione di una sanzione compresa tra 250 e 1.250 euro, che potrebbe essere maggiorata con l’applicazione della sanzione amministrativa prevista per i contratti a termine, qualora lo “sforamento” (in questo caso del limite specifico del contratto a tempo determinato) riguardi più di un lavoratore. Ma di ciò se ne parlerà ampiamente allorquando si affronterà il tema dell’apparato sanzionatorio tracciato dalla circolare n. 18.

Come si diceva, laddove la contrattazione collettiva ha disciplinato la materia, il datore di lavoro è tenuto ad applicarla, quandanche la stessa, in termini percentuali (v. settore tessile) sia inferiore al limite legale.

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.

Alcuni settori, nel corso del 2014, hanno preso al balzo le novità introdotte dalla legge n. 78 ed hanno aggiornato 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 (confermato, ora, dall'art. 47, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015), il quale consente alla legge o alla contrattazione collettiva 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 2014 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, con l'accordo del 25 settembre 2014 nel settore dell'industria metalmeccanica e con l'accordo in quello alimentare raggiunto il 7 novembre 2014.

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 (pur se la circolare n. 18 ricopre quelli, che sono pochissimi, percettori dell'indennità di disponibilità) 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 e, si aggiunge, bene ha fatto il Legislatore delegato a prevedere l'ipotesi dell'impresa che si costituisce "in corso d'anno". Tuttavia, la scelta dal Legislatore presenta alcune criticità che possono così evidenziarsi:

a) 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? A questa domanda non si trova una risposta nella circolare (a meno che ciò non sia avvenuto ex art. 2112 c.c. ove la nota ministeriale parla di non computabilità) ma, ad avviso di chi scrive, l'eventuale "soprannumerario" non dovrebbe esser sanzionato, trattandosi di rapporti in corso e, a maggior ragione, neanche nel caso in cui il nuovo soggetto giuridico applichi un Ccnl che preveda una percentuale più bassa rispetto a quello (o quelli) applicati nelle imprese incorporate o "fuse". Ovviamente, non potrebbe assumere a termine fino al momento in cui non sia rientrato nella percentuale;

b) 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%? La circolare n. 18 afferma, chiaramente, che le assunzioni di disabili con contratto a tempo determinato ex art. 11 della legge n. 68/1999 non concorrono al superamento dei limiti quantitativi;

c) 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? Su questo punto il Ministero del lavoro tace ma il silenzio, ad avviso di chi scrive, non è "d'oro". I lavoratori a termine, in forza presso quel cantiere o struttura, assunti a seguito di acquisizione di cambio di appalto non dovrebbero essere computati, atteso che tutta la normativa di riferimento spinge per favorire l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto: basti pensare all'art. 7, comma 4-bis, della legge n. 31/2008 che, convertendo il D.L. n. 248/2008, ha escluso la procedura collettiva di riduzione di personale nel caso del passaggio alle dipendenze del nuovo datore, all'art. 2, comma 34, della legge n. 92/2012 che esclude (fino al 31 dicembre 2015) il pagamento del contributo d'ingresso alla NASPI per coloro che passano alle dipendenze del nuovo appaltatore, "all'anzianità di appalto" prevista dall'art. 7 del D.Lgs. n. 23/2015, all'obbligo scaturente da una serie di bandi pubblici, all'art. 4 del Ccnl per le imprese multi servizi aderenti a Confindustria ove è previsto uno specifico obbligo di assunzione, alla circolare del Ministero del lavoro n. 77/2001 che prevede la non computabilità ai fini del collocamento obbligatorio del personale transitato nei cambi di appalto dei servizi di pulizia e di quelli integrati. Non aver detto nulla potrebbe avere, come conseguenza, l'esposizione del datore di lavoro a sanzioni amministrative da parte degli organi di vigilanza, in caso di superamento della percentuale, atteso che nella circolare n. 18 non si trova alcuna esimente;

d) se un'azienda, per effetto di dimissioni, risoluzioni consensuali, licenziamenti, 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? Nulla dice la norma e nulla afferma la circolare per cui si può ritenere che per quelle imprese che applicano la norma "legale" quel numero rimane immutato, come resta immutato per quelle aziende i cui contratti collettivi fanno riferimento alla "media

Inserto

dell'anno precedente". Alcuni contratti collettivi, invece, hanno superato il problema (v. accordo del settore del turismo del 16 giugno 2014), parlando di computo al momento dell'assunzione;

e) se un'impresa, accertato il numero dei contratti a termine stipulabili, presenta uno specifico *"modus operandi"* di politica aziendale, come quello di assumere personale a termine, salvo procedere, successivamente, a trasformazioni di rapporti a tempo indeterminato, il datore di lavoro può continuare ad assumere con tale modalità, coprendo la percentuale lasciata libera dai lavoratori trasformati? La risposta fornita dal Ministero del lavoro è stata positiva;

f) se c'è stato un trasferimento o una cessione di ramo d'azienda con passaggio del personale ex art. 2112 c.c., come ci si comporta con i contratti a tempo determinato? La circolare n. 18 risponde positivamente, parlando di non computabilità.

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 sembrerebbe possibile alla luce dell'art. 9 del D.Lgs. n. 81/2015 il quale afferma che i dipendenti part-time sono considerati "pro - quota" ma tale interpretazione, per la quale sarebbe necessario un autorevole chiarimento amministrativo, urta con una tesi contraria che pone l'accento sul fatto che la norma parla di "lavoratori" e non di "contratti". Ovviamente, si porrebbe anche la questione relativa ad un possibile successivo aumento delle ore: ciò non sembrerebbe inficiare, in alcun modo, l'assunzione, né l'azienda potrebbe 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 un 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.

La base di calcolo del limite legale e le 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" come quella adottata dal Ministero del lavoro con il riferimento al concetto di personale "stabile"), 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. Qui si pone il problema degli apprendisti che, per effetto della previsione contenuta nell'art. 47, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, dovrebbero essere esclusi dalla base di calcolo per l'applicazione di istituti previsti da leggi o contratti collettivi, salvo determinazione diversa. Quando, in passato, il Legislatore li ha voluti comprendere lo ha detto chiaramente (art. 1, comma 1, della legge n. 223/1991, ai fini della media dei quindici dipendenti nel semestre precedente per l'applicazione della normativa sulla Cigs). Ora, il Ministero del lavoro, con la circolare n. 18/2014, nel meritevole intento di allargare la base di calcolo, afferma che gli apprendisti, essendo titolari di un rapporto a tempo indeterminato vanno compresi nel computo, a meno che non si tratti di apprendisti a tempo determinato per cicli stagionali. Detto questo, non rientrano nella base di calcolo:

- a)** 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);
- b)** 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;
- c)** i lavoratori somministrati, perché dipendenti dall'Agenzia di lavoro.

I lavoratori a tempo parziale sono calcolati "pro-quota" rispetto all'orario contrattuale pieno, mentre per quelli intermittenti a tempo indeterminato (con indennità di disponibilità, secondo la previsione della circolare n. 18), le prestazioni lavorative vanno rilevate con riferimento a ciascun semestre, secondo quanto afferma l'art. 18 del D.Lgs. n. 81/2015.

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, 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, questa viene arrotondata all'unità superiore se è maggiore dello 0,50. Va, tuttavia, rimarcato come la contrattazione collettiva (ad esempio, Ccnl industria tessile, Ccnl Turismo dopo l'accordo integrativo del 16 giugno 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.

Il comma 2 dell'art. 23, ricorda quali sono i contratti a termine esclusi dai limiti quantitativi, sottolineando che la contrattazione collettiva può aggiungerne altri. 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 comparti merceologici. 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 stipulati da imprese c.d. "start up innovative" (art. 25, commi 2 e 3 della legge n. 221/2012) per i quattro anni successivi alla costituzione della società o per il periodo più breve previsto per le società già costituite;

c) quelli stipulati per lo svolgimento di attività stagionali che sono quelle individuate da un prossimo D.M. del Ministro del lavoro (art. 21, comma 2), in attesa del quale resta in vigore il D.P.R. n. 1525/1963, e quelle individuate dalla contrattazione collettiva, anche aziendale. Per tali rapporti non è previsto il pagamento della contribuzione aggiuntiva dell'1,40% prevista dall'art. 2 della legge n. 92/2012;

d) quelli instaurati per specifici spettacoli o specifici programmi radiofonici o televisivi;

e) quelli stipulati per ragioni di carattere sostitutivo (malattia, maternità, infortunio, ferie, anche a scorriamento) che possono anche non essere indicate esplicitamente, attesa la fine delle c.d. "causali" intervenuta, nel corso del 2014, con il D.L. n. 34. Va rimarcato che anche per tali rapporti non si paga la contribuzione aggiuntiva dell'1,40%;

f) quelli stipulati con lavoratori di età superiore ai 50 anni, limite abbassato rispetto a quello precedente di 55, anche in relazione alle disposizioni incentivanti in materia di contratti a termine previste dall'art. 4, commi 8 e 9 della legge n. 92/2012).

Il comma 3 dell'art. 23 continua affermando che il limite percentuale non trova applicazione in una serie di rapporti in settori del tutto particolari come, le Università private, incluse le "filiali" di quelle straniere, gli Istituti pubblici e gli Enti privati di ricerca limitatamente ai lavoratori che svolgono attività di insegnamento, di ricerca scientifica e tecnologica, di assistenza, di direzione e di coordinamento della stessa, gli Istituti di cultura statale o di Enti pubblici e privati derivanti da trasformazione di precedenti Enti pubblici, vigilati dal Ministero dei Beni Culturali, con l'esclusione delle Fondazioni musicali ex D.Lgs. n. 367/1996 con riguardo ai lavoratori destinati a soddisfare esigenze temporanee legate a mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale. Al contempo, si aggiunge, cosa oltre modo puntuale, che i contratti a termine che hanno quale oggetto esclusivo la realizzazione di una attività di ricerca scientifica sono strettamente correlati al progetto (che, sovente, è di origine comunitaria od internazionale), con la possibilità, quindi, di "sforare" il limite massimo di trentasei mesi.

Le sanzioni amministrative

Con il comma 4 dell'art. 23, si entra nel merito dell'apparato sanzionatorio connesso allo sforamento del limite legale o contrattuale previsto e il Legislatore delegato, confermando l'impianto normativo della sanzione amministrativa introdotta con la legge n. 78/2014, risolve una questione che era rimasta "in aria", ossia quella della trasformazione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato, ritenuto plausibile dalla giurisprudenza (Corte di Appello di Brescia, 3 aprile 2014, Tribunale di Napoli, 4 luglio 2012, Tribunale di Massa Carrara, 8 ottobre 2010) in caso di sforamento della percentuale contrattuale, sulla base della previsione contenuta nell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010. Ora, la trasformazione viene esplicitamente esclusa.

Con questo argomento relativo alla nuova sanzione correlata al superamento della percentuale, si entra nel "cuore" della circolare n. 18/2014.

Cosa dice la disposizione sanzionatoria?

«In caso di violazione del limite percentuale di cui al comma 1, ... per ciascun lavoratore si applica una sanzione amministrativa di importo pari:

a) 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 è superiore ad uno;

b) 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 violazione del limite percentuale è 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 sottolineate 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 pecunaria 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

Inserto

una divisione della retribuzione annuale per il numero delle mensilità spettanti (minimo 13). 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. Da ciò ne consegue che, agli effetti sanzionatori, non sono da prendere in considerazione eventuali emolumenti aggiuntivi che potrebbero scattare nel corso del rapporto come, ad esempio, gli aumenti legati ad un rinnovo contrattuale.

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 con la somministrazione a termine.

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 del D.L. n. 34 e, quindi, operativa dal 21 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 15 giorni sono computate come mese intero.

Su questo punto vanno effettuate alcune precisazioni:

a) se il periodo contestabile è inferiore ai 16 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 considerazioni eventuali sospensioni del rapporto verificatesi, 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 linda 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 linda = 19.000 euro per 13 mensilità

Periodo di occupazione = 4 mesi e 10 giorni

Lavoratore n. 2

Retribuzione annua linda = 26.000 euro per 13 mensilità

Periodo di occupazione = 2 mesi e 16 giorni

Lavoratore n. 3

Retribuzione annua linda = 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 $600*1 = 600$ (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 trovarne applicazione la sanzione specifica prevista per il contratto a tempo determinato, ma quella più lieve economicamente, individuata dall'art. 40, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 (la circolare parla di art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003 ora abrogato dall'art. 55, comma 1, lettera d, del D.Lgs. n. 81/2015), consistente in un importo pecuniario 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 uno, successivo, 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), con esclusione «dell'applicazione contestuale di entrambe le sanzioni»: la considerazione di fondo, sottintesa a tale indirizzo, è che con il contratto di somministrazione il datore abbia violato la norma correlata al superamento del limite per il contratto

a tempo determinato. Tale ricostruzione presenta il fianco a qualche critica.

L'applicazione del *quantum* della sanzione amministrativa relativa ad un contratto a termine che abbia «sforato» 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 soprannumerario» ancora al lavoro.

A seguito del nuovo accesso, è possibile irrogare una sanzione 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 regole giuridiche e di buon senso farebbero 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». Qui un problema potrebbe porsi, però, in tutte quelle ipotesi nelle quali l'accertamento della violazione è intervenuto nella prima quindicina di giorni di svolgimento del rapporto, quando, l'ispettore, dopo aver accertato la violazione, non può emettere la sanzione in quanto, al momento, non si è giunti al sedicesimo giorno.

Regole di buon senso: dopo l'irrogazione della sanzione amministrativa il datore di lavoro non può ricevere, impunemente, dal rapporto di lavoro che, per gli elementi essenziali che lo costituiscono (al di fuori del mancato rispetto della percentuale numerica) è perfettamente valido, con la conseguenza che il lavoratore, a fronte di un provvedimento di recesso, potrebbe, quanto meno, chiedere, a titolo di risarcimento del danno, gli importi delle mensilità mancanti fino alla data prevista di cessazione.