

Vantaggi e criticità operative

## Contratto a termine in sostituzione di lavoratore assente

Eufranio Massi - Esperto in diritto del lavoro

L'introduzione delle causali nei rapporti a tempo determinato, rese particolarmente rigide dal nuovo dettato normativo dell'art. 19, Decreto legislativo n. 81/2015, dopo le modifiche introdotte dal D.L. n. 87/2018, non ha toccato, nella sostanza, la possibilità per i datori di lavoro di assumere a tempo determinato "per ragioni sostitutive". Queste ultime comprendono tutti i lavoratori che, a vario titolo, sono, temporaneamente, fuori dalla struttura aziendale: gli assenti per maternità, malattia, infortunio, ferie, esercizio di funzioni elettoralì: si discute (ad avviso di chi scrive il parere è positivo, ma nulla ha detto il Ministero del lavoro, in via amministrativa) se in questa ipotesi rientrino anche i lavoratori distaccati temporaneamente presso un altro datore di lavoro, secondo la previsione contenuta nell'art. 30, Decreto legislativo n. 276/2003.

Prima di entrare nel merito delle singole questioni, si ritiene opportuno fare alcune precisazioni relative alle ipotesi sopra considerate.

### Lavoratore chiamato all'esercizio di funzioni elettoralì

La sostituzione di un lavoratore chiamato all'esercizio di funzioni elettoralì (si pensi, ad esempio, all'incarico di assessore in una giunta comunale) comporta una sostituzione per tutta la consiliatura (di regola, 5 anni): ciò significa che quel lavoratore, stante i limiti massimi fissati dal legislatore in 24 mesi, dovrà essere sostituito da almeno 3 dipendenti a termine che si succederanno nei singoli rapporti a tempo determinato. La soluzione potrebbe essere quella di una deroga particolare raggiungibile con un accordo di prossimità *ex art. 8*, D.L. n. 138/2011 ove si potrebbe pensare, legittimamente, ad una eccezione per tale casistica con un unico contratto strettamente

correlato all'incarico consiliare. Va detto, per completezza di informazione, che tale problema sussisteva anche quando il limite massimo per i contratti a termine era fissato a 36 mesi.

### Distacco temporaneo

La seconda questione riguarda il distacco temporaneo: si è in presenza di una situazione "al limite" ma, come detto in precedenza, una "ragione sostitutiva" ci può stare, atteso che lo stesso non opera, temporaneamente, presso il proprio datore di lavoro in virtù di un interesse dello stesso (che ci deve essere) tutelato dal legislatore.

### Ipotesi sostitutive vietate

È appena il caso di precisare che ci sono alcune ipotesi sostitutive che sono vietate dalla legge e che sono individuate dall'art. 20: esse fanno riferimento, tra le altre ipotesi, alla sostituzione di lavoratori in sciopero, alla sostituzione di lavoratori in integrazione salariale straordinaria con le medesime mansioni ed alla mancanza di qualsiasi valutazione dei rischi. Tutto questo ha una sola conseguenza: il rapporto si trasforma a tempo indeterminato.

### Elementi essenziali del contratto

Nel contratto per ragioni sostitutive va, in via generale, indicato per iscritto, oltre che gli altri elementi essenziali (mansione, qualifica, contratto collettivo di riferimento, retribuzione, ecc.) il nome del sostituto e la durata che può essere indicata anche *per relationem* (fino al rientro del signor ... dall'infortunio).

Tale regola, tuttavia, può subire una eccezione ben sottolineata dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 5311/2017): in quelle realtà complesse

# Approfondimenti

se come, ad esempio, un reparto della grande distribuzione commerciale ove, a rotazione, lavoratori addetti alle stesse mansioni vanno in ferie nel periodo giugno-settembre, è possibile omettere il nome del sostituto ma il datore di lavoro nella lettera di assunzione deve inserire una serie di elementi finalizzati alla determinabilità ed al numero dei dipendenti assenti per ferie (indicazione del reparto, mansioni, ecc.).

## Sostituzione per maternità

Sempre rimanendo nell'ambito dei contratti per ragioni sostitutive si ritiene necessario puntualizzare alcune questioni legate al contratto in sostituzione per maternità.

Nel contratto va, ovviamente, indicato il nominativo della sostituta e, in genere, si afferma che il rapporto cesserà al rientro della titolare. Sarebbe opportuno (anche perché la sostituzione potrebbe essere abbastanza lunga, potendo iniziare già dal secondo mese di gravidanza) inserire anche una frase nella quale si afferma che il contratto, pur in assenza di un rientro, cesserà al raggiungimento dei 24 mesi, intesi anche in sommatoria con precedenti contratti a termine o in somministrazione, in quanto il superamento di tale soglia determinerebbe, *ex lege*, la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

Altro aspetto che, spesso, viene in evidenza nelle sostituzioni per maternità (ma la cosa si può verificare anche per la malattia, l'infortunio o per le altre ipotesi sostitutive) riguarda la lavoratrice che, subentra alla futura mamma, ma va a svolgere mansioni diverse rispetto all'altra lavoratrice in quanto il datore di lavoro, effettuando una mera organizzazione, affida quelle mansioni ad altro dipendente, anche di livello inferiore (cosa, perfettamente, legittima, secondo la previsione dell'art. 2103 c.c.). Ciò è possibile perché la Magistratura (da ultimo la Cassazione con sentenza n. 23352/2018) ha ammesso la "sostituzione a cascata", ferma restando la diretta correlazione che lega il contratto a tempo determinato all'assenza della titolare del posto.

Nei contratti a termine per ragioni sostitutive il datore di lavoro non è tenuto al pagamento dell'1,40% aggiuntivo sulla contribuzione, destinato al finanziamento della NASpI, come già previsto dall'art. 2, comma 29, lettera a), della legge n. 92/2012: di conseguenza, in caso di rin-

novo non è tenuto al pagamento neanche dello 0,50% (progressivo, secondo l'indicazione fornita dalla circolare n. 17/2018 del Ministero del lavoro), stabilito dal D.L. n. 87/2018).

Sotto l'aspetto delle agevolazioni di natura contributiva ed assicurativa va, inoltre, ricordato che l'assunzione a termine in sostituzione per maternità, presso i datori di lavoro che occupano fino a 19 dipendenti, viene incentivata con uno sgravio del 50% da valere anche sui premi Inail, per un periodo che può arrivare fino al compimento di un anno di età del nascituro. Tale beneficio è riconosciuto anche nell'ipotesi in cui si ricorra ad un contratto di somministrazione.

L'agevolazione sussiste pure in caso di adozione od affidamento entro il limite di un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

Lo sgravio contributivo (è questo un aspetto molto importante che va rimarcato) cessa nel momento in cui la dipendente sostituita modifica il titolo della sua assenza, trasformandolo da congedo a ferie accumulate durante il periodo di assenza: è un caso abbastanza comune che si verifica senza soluzione di continuità ma che dà luogo alla sospensione del beneficio come sottolineato dal Ministero del lavoro nell'interpello n. 36/2008.

L'assunzione, come recitano sia l'art. 4, Decreto legislativo n. 151/2001 che la circolare n. 136/2001 dell'Inps, può avvenire anche a tempo parziale ed è previsto un periodo di affiancamento prima dell'inizio dell'assenza (per un massimo di un mese) ed al rientro della titolare del posto (in quest'ultimo caso con un aumento della retribuzione secondo le indicazioni contenute nel comma 1, art. 22, Decreto legislativo n. 81/2015). Il periodo di affiancamento appare uno strumento particolarmente utile e funzionale alle esigenze aziendali, laddove occorre inserire, proficuamente, la sostituta al posto della titolare che sta per andare in congedo.

L'assunzione in sostituzione per maternità può avvenire anche per sostituire lavoratrici autonome (coltivatrici dirette, mezzadre, colone, artigiane ed esercenti attività commerciali): in tal caso non sussistono limiti dimensionali che, invece, per gli altri datori di lavoro, dimensionati fino ad un massimo di 19 unità, debbono tenere conto della non computabilità degli apprendisti, dei lavoratori somministrati, del fatto che i dipendenti a tempo parziale vanno calcolati *pro-quota* e che

i contratti a tempo determinato vengono calcolati secondo la previsione contenuta nell'art. 27, Decreto legislativo n. 81/2015.

Sotto l'aspetto prettamente burocratico si ricorda che l'azienda deve attestare all'Inps, attraverso una autocertificazione, di essere in possesso del requisito occupazionale e che l'assunzione viene effettuata per sostituire una dipendente in assenza obbligatoria, anche anticipata, o facoltativa fino al primo anno di età del bambino o per una malattia del bambino di età non superiore all'anno.

Per completare il discorso relativo alla maternità appare opportuno ricordare come per le donne in gravidanza, titolari di un contratto a termine, si generi, secondo la previsione contenuta nel comma 2. art. 24, Decreto legislativo n. 81/2015 un autonomo ed ulteriore diritto di precedenza. Infatti, il periodo di congedo, anche anticipato, concorre a determinare il periodo di 6 mesi utile per esercitare il diritto di precedenza in una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate, da effettuare da parte del datore di lavoro entro i 12 mesi successivi alla cessazione del contratto a tempo determinato. Parimenti, le stesse lavoratrici maturano anche un diritto di precedenza per un ulteriore contratto a tempo determinato, per le mansioni già espletate, entro lo stesso periodo sopra riportato.

## **"Stop and go"**

Altra questione che "tocca da vicino" i contratti a termine per ragioni sostitutive riguarda "lo stop and go", ossia il periodo obbligatorio di "stacco"

tra un contratto a tempo determinato e l'altro, che è pari a 10 giorni (di calendario) se il precedente rapporto ha avuto una durata fino a 6 mesi o di 20 se il periodo lavorativo era stato superiore. La norma, di per sé stessa, non esclude dal rispetto dei termini i contratti per ragioni sostitutive ma, la contrattazione collettiva, sulla scorta di una interpretazione dell'art. 21, comma 2, Decreto legislativo n. 81/2015, in molti casi ha escluso il rispetto dello "stop and go".

## **Non incidenza sul tetto massimo del 20%**

Da ultimo, una breve riflessione, su un'altra caratteristica di cui godono i contratti per ragioni sostitutive: quella della non incidenza sul tetto massimo del 20% previsto dalla legge rispetto al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza all'inizio dell'anno al quale si riferiscono le assunzioni o al numero diverso (maggiore o minore) individuato dalla contrattazione collettiva. L'art. 23, comma 2, lettera e), li esclude espressamente (unitamente ad altre casistiche che fanno riferimento alla fase di avvio di nuove attività, alle start-up innovative, alle attività stagionali, allo spettacolo, a programmi radiofonici, televisivi od audiovisivi ed ai lavoratori "over 50").

Da quanto appena detto si deduce che, non essendo computabili, non potranno mai dare adito alla applicazione della sanzione amministrativa un po' particolare e che, per certi versi, può divenire pesante, irrogata dagli ispettori del lavoro, prevista alle lettere a) e b) del comma 4.