

41
2013

Diritto & Pratica
del
LAVORO

Settimanale di amministrazione, gestione del personale,
relazioni industriali e consulenza del lavoro

Inserito
Contratti a termine
dopo le recenti riforme
(I parte)
Eufrazio Massi

Anno XXX, 26 ottobre 2013, n. 41 - Direzione e Redazione: Strada I, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (Mi) -
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

 **IPSOA**
Gruppo Wolters Kluwer

Sommario

Apposizione del termine, causali, contratti stagionali e contratto “acausale”	III
Un caso particolare: l'apprendistato “stagionale”	V
Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo, i servizi aeroportuali e quelli postali	IX
Divieti	X
Disciplina della proroga	XI
Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti	XII
Diritto di precedenza	XVIII
Violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine	XX
Principio di non discriminazione	XX
Formazione	XXI
Criteri di computo	XXII
Informazioni	XXII



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

MILANOFIORI ASSAGO, Strada 1, Palazzo F6, Tel. 02.82476.090

Contratti a termine dopo le recenti riforme

Parte prima (*)

Eufrazio Massi - Dirigente della Direzione territoriale del lavoro di Modena (**)

Le novità introdotte con le leggi n. 92/2012, n. 221/2012 (per i rapporti nelle c.d. “start-up innovative”) e n. 99/2013, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 76/2013 hanno, profondamente, ritoccato la normativa sul contratto a tempo determinato che, peraltro, su un aspetto, non secondario, quello del periodo di “latenza” ha visto una continua “rivisitazione” che è passata anche attraverso l’art. 46bis della legge n. 134/2012, ora, peraltro, superato dalle novità introdotte con la riforma del 2013.

L’obiettivo che si era posto il Legislatore della riforma “Fornero”, era quello di favorire la c.d. “flessibilità buona” in entrata, cercando di agevolare, laddove possibile, il contratto a tempo indeterminato (e di ciò ne era palese testimonianza anche “lo spirito” con il quale erano viste, da un punto di vista normativo, le collaborazioni a progetto, le partite Iva, le associazioni in partecipazione, il lavoro occasionale ed accessorio, e quello “a chiamata”), agendo, al tempo stesso, sulla c.d. “flessibilità in uscita”, ove la reintegra in caso di licenziamento illegittimo, non è più automatica, dopo la riforma dell’art. 18 della legge n. 300/1970.

Lo scopo che ci si pone con questa riflessione è quello di effettuare, non solo, un esame approfondito dei vari articoli che compongono, oggi, il D.Lgs. n. 368/2001, ma anche di effettuare un “excursus” su altre materie ed istituti correlati, per rendere possibile una analisi, il più possibile esaustiva, dell’istituto: ciò, ovviamente, ci porterà ad effettuare valutazioni, ad esempio, sul contratto a termine, in relazione a leggi speciali come la n. 68/1999 sul collocamento al lavoro dei disabili o su quello del settore pubblico o, infine, sulle prestazioni di lavoro dei cittadini extra comunitari caratterizzati dalla stagionalità.

Il percorso che sarà seguito nella trattazione cercherà di fornire, più che risposte giuridico-teoriche ad una serie di problemi, soluzioni operative partendo dall’analisi dell’articolato ed effettuando digressioni su argomenti che, seppur diversi, presentano forti correlazioni con le disposizioni sui contratti a termine come, ad esempio, i diritti di precedenza e gli incentivi che, seppur ridotti rispetto a quelli previsti per talune tipologie di assunzioni a tempo indeterminato, si rinvergono anche per tali rapporti.

Il testo base originario, entrato in vigore il 24 ottobre 2001, fu adottato al termine di lunghe traversie che portarono in quegli anni ad un’intesa separata (la Cgil non firmò) tra le organizzazioni sindacali: esso diede seguito alla direttiva 1999/70/Ce del Consiglio del 28 giugno 1999, concernente l’accordo quadro sul lavoro a termine concluso dalla Ces, dall’Unice e dal Ceep.

Apposizione del termine, causali, contratti stagionali e contratto “acausale”

L’art. 1 aveva già subito con la legge n. 247/2007, una integrazione attraverso il comma 01 (abbastanza inusuale fu la numerazione adottata) in base alla quale si affermava che «il contratto di lavoro subordinato è stipulato, di regola, a tempo indeterminato»: tale

Note:

(*) La seconda parte del presente inserto verrà pubblicata sul n. 42 di Diritto&Pratica del Lavoro.

(**) Le considerazioni che seguono sono frutto esclusivo del pensiero dell’Autore e non impegnano in alcun modo l’Amministrazione di appartenenza.

principio, lungi dal rappresentare una presunzione legale a favore di tale tipologia, stava a significare anche, secondo l'indirizzo amministrativo espresso con la circolare del Ministero del lavoro n. 13 del 2 maggio 2008, che la fattispecie "ordinaria" nei rapporti di lavoro subordinato era rappresentata dal contratto a tempo indeterminato. Ora, tale principio diviene più stringente: infatti il nuovo comma 01, quale scaturisce dall'art. 1, comma 9, della legge n. 92/2012, afferma che «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro, divenendo, in sostanza, una sorta di "contratto dominante"».

Tale principio è molto attenuato al comma immediatamente successivo, il numero 1, con il quale il c.d. "causalone", ossia le esigenze di carattere, tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, è ammesso anche se riferibile alla ordinaria attività del datore di lavoro (quest'ultima specificazione è stata introdotta dall'art. 21, comma 1, della legge n. 133/2008). La norma del 2008 intervenne in maniera molto profonda sulla normativa: a seguito di ciò vanno ripresi in esame molti discorsi che, in passato, la dottrina ha fatto sulla casistica tipologica dei contratti a termine finalizzata, a delimitare il ricorso all'istituto. I concetti, a suo tempo espressi (sulla base del vecchio testo che, peraltro, non conteneva alcun accenno alla "ordinarietà dell'attività") dalla circolare del Ministero del lavoro n. 42/2002 assumono, oggi, una particolare valenza, in quanto si ritenne, da allora, superato l'orientamento destinato a riconoscere la legittimità dell'apposizione del termine soltanto in presenza di una attività definita, "ex ante", "temporanea", o "eccezionale", o "straordinaria", o "imprevedibile", con la conseguenza che il contratto a tempo determinato trovava la propria legittimazione sulla base dei criteri di normalità tecnico - organizzativa (o per le ipotesi sostitutive), sulla base di criteri di ragionevolezza che scaturivano dalla combinazione tra la durata delle attività e le esigenze di carattere non permanente.

Ora, se è consentito affermarlo, il Legislatore è andato ben oltre, in quanto l'assenza di straordinarietà non è più indicata in via amministrativa, ma scaturisce direttamente dalla norma.

L'art. 1 è, nella sostanza, una norma "aperta", nel senso che individua, per grandi linee, le ipotesi che legittimano, oggettivamente, il ricorso alla apposizione del termine nel contratto, con una minore compressione dell'autonomia privata. Di ciò è espressione anche il nuovo contratto "acausale" che, nella forma principale non è frutto di alcun accordo sindacale.

Una qualche riflessione va, necessariamente, riservata alle "causali": le esigenze tecniche sono quelle evidenziabili nella circostanza, ad esempio, che il datore di lavoro ha necessità di avere alle proprie dipendenze personale con "quelle" determinate pro-

fessionalità, le ragioni produttive ed organizzative riguardano, innanzitutto, l'adeguamento della forza - lavoro a fronte di esigenze rispetto alle quali (si pensi, all'acquisizione di una nuova commessa o alla riorganizzazione di un settore) si configura la necessità di incrementare, sia pure temporaneamente, l'organico, mentre quelle sostitutive (per malattia, infortunio, maternità, ferie, ecc.) scaturiscono dalla necessità di mantenere inalterato l'organico aziendale.

Anche nel settore dello spettacolo non è più richiesta la straordinarietà e l'occasionalità, avendo ritenuto la stessa Cassazione, con la sentenza n. 24330 del 18 novembre 2009 che l'individuazione e la determinazione circa le esigenze relative al contributo tecnico, professionale od artistico che giustificano la temporanea necessità, debba essere effettuata "ex ante" dallo stesso datore di lavoro o produttore.

È opportuno segnalare un indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 11358 del 24 maggio 2011, secondo il quale nelle aziende che presentano da un punto di vista organizzativo una certa complessità tale da non poter riferire una sostituzione ad una singola persona ma alla funzione produttiva specifica, l'apposizione del termine è legittima se il riferimento all'esigenza di sostituire i lavoratori assenti è integrata da altri elementi come l'ambito territoriale di riferimento: ciò consente sia di determinare il numero dei prestatori da sostituire che di verificare la sussistenza dei presupposti normativi.

Il contratto a tempo determinato, per sostituzione, è possibile anche nella c.d. forma "a cascata" che si verifica allorché un lavoratore ne sostituisce un altro in una posizione che non è quella dell'assente il quale è stato rimpiazzato sul posto di lavoro da altro prestatore in forza, più adatto allo svolgimento di quelle mansioni. È questo un caso, abbastanza, frequente nelle sostituzioni per maternità, cosa pienamente ammessa dalla stessa Cassazione, con la sentenza n. 3598 del 16 febbraio 2010, la quale ha "raccomandato" l'esistenza della correlazione di tipo causale tra l'attività del nuovo assunto e quella della lavoratrice assente.

Appare evidente che, ora, il riferimento specifico alle esigenze ordinarie consente di estendere il contratto a termine anche ad ipotesi per le quali, in passato, c'era qualche dubbio: ciò che conta, in ogni caso, è che il principio di ragionevolezza sia sempre rispettato. Di qui la necessità della indicazione delle ragioni: non è sufficiente una mera ripetizione di ciò che afferma la norma (ad esempio, «ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo»), ma occorre individuare, sulla base dei principi generali di correttezza e di lealtà che sovrintendono ogni rapporto di natura contrattuale, le esigenze specifiche che il datore di lavoro deve soddisfare attraverso il ricorso al lavoro a termine, anche con riferimento alle mansioni affidate.

Le ragioni di carattere tecnico, produttivo ed organizzativo, vanno, ovviamente, verificate “ex ante” e debbono rispondere a requisiti di oggettività, rispetto ai quali è sempre del datore di lavoro il necessario apprezzamento. La valutazione “ex ante” non incide sulla legittimità sia del contratto che del termine, nel caso in cui, successivamente, si sia verificata una stabilità dell’esigenza.

Il principio della ragionevolezza di cui si è appena parlato si sposa con quello della temporaneità della prestazione, rappresentando quest’ultima la dimensione delle causali poste alla base del contratto a termine, dovendo lo stesso essere considerato lecito tutte le volte in cui, concretamente, può riferirsi alla normalità tecnico - organizzativa o alla casistica delle ragioni sostitutive, rispetto alle quali il principio della imprevedibilità e della non programmabilità dell’evento, non ha ragione di esistere, come, del resto, è ininfluente qualunque correlazione con il fatto che il lavoratore sostituito ha un diritto legale alla conservazione del posto. In questi casi l’apposizione del termine può risultare indirettamente, con un semplice rinvio al momento del rientro del soggetto sostituito ed, inoltre, il contratto a termine stipulato con tale ultima motivazione è esente da limiti quantitativi, pur rientrando, come periodo, nella sommatoria dei trentasei mesi.

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

L’applicazione della disciplina relativa ai contratti a termine per attività stagionali non può prescindere da un esame, sia pure breve delle disposizioni, anche di natura pattizia, che hanno regolamentato la stagionalità. Il Ministero del lavoro con la circolare n. 42 del 1° agosto 2002, affermò che non esiste alcuna pre-determinazione alla durata dei contratti (si faceva riferimento alla voce n. 48 del D.P.R. n. 1525/1963 - attività esercitate da aziende turistiche, con un periodo di inattività non inferiore a settanta giorni continuativi o a centoventi giorni non continuativi -), essendo la stessa una variabile strettamente correlata alle esigenze produttive del datore di lavoro, attesa anche la nota dell’Inps (circolare n. 36/2003) con la quale si ribadiva l’ammissibilità, in via generale, del contratto a termine, strettamente riferito alle esigenze aziendali, supportate dalle motivazioni datoriali. Va, inoltre, ricordato come la contrattazione collettiva (si pensi, ad esempio, al settore turistico), sia andata ol-

tre il concetto di mera stagionalità, tale da comprendere anche quelle imprese che non operano soltanto in un determinato periodo, ma anche durante tutto l’anno e che si trovano ad affrontare problemi legati ad incrementi dell’attività, sulla scorta di un indirizzo del Ministero del lavoro espresso nel corso degli anni 1997 e 1998 (nota n. 5/27475/70/APPR del 16 dicembre 1997 e nota n. 5/25509/70/APPR del 16 febbraio 1998) secondo il quale era possibile, ad esempio, assumere apprendisti con contratto di lavoro stagionale anche nelle aziende con apertura annuale interessate dalla intensificazione dell’attività produttiva.

Un caso particolare: l’apprendistato “stagionale”

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

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

Gli accordi sull’apprendistato cui si è fatto cenno, disciplinano, gli articoli 14 (per gli aspetti formativi) e 15, per il rapporto che si svolge in cicli stagionali, osservando che:

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

b) viene garantito a tutti gli assunti a tempo determinato un diritto di precedenza per l’assunzione presso la stessa azienda nella stagione successiva, con le medesime modalità che la legge e la contrattazione riconoscono ai qualificati. Nel caso di specie trova applicazione la disciplina collettiva che fa estinguere la precedenza entro l’anno successivo alla data di cessazione del rapporto e che impone, per il succes-

sivo esercizio, l'esternazione per iscritto al datore di lavoro della volontà da esercitare entro tre mesi dalla cessazione. Appare appena il caso di ricordare come, in via generale, il diritto di precedenza (diritto, peraltro, disponibile) non si applichi a favore di chi sia stato licenziato per giusta causa;

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

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

Le causali appena evidenziate non esauriscono la gamma dei contratti a termine possibili, ci si riferisce, ad esempio, a quelli previsti, con sgravio contributivo riconosciuto per un massimo di dodici mesi, dall'art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, pensati per ricollocare più facilmente, attraverso lo strumento dello sgravio contributivo, i lavoratori in mobilità, a quelli per i lavoratori disabili, a seguito di convenzione ex art. 11 della legge n. 68/1999, a quelli per i soggetti assunti dalle c.d. "star-up innovative" (art. 28 della legge n. 221/2012 e agli "over 50" ed alle donne ex art. 4, comma 8, della legge n. 92/2012 sui quali ci si soffermerà successivamente.

L'apposizione del termine è priva di effetto «se non risulta direttamente o indirettamente da atto scritto», nel quale sono specificate le ragioni che lo hanno determinato. Da come la norma è stata scritta emerge un fatto importante: il termine non necessariamente discende da un fatto di natura negoziale espresso, ma può essere rilevato anche, in via induttiva, dall'esame delle clausole contrattuali (come, ad esempio, l'assunzione per una attività che sin dall'inizio era predeterminata) nel quale sono specificate le ragioni. Nella legge n. 230/1962 si faceva riferimento alla prova documentale: oggi, come si vede, con i due "avverbi" introdotti il problema va trattato e risolto in maniera diversa ed inoltre, in giudizio, in perfetta analogia con quanto previsto per i rapporti a tempo parziale dall'art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 61/2000, qualora la scrittura risulti mancante, è ammissibile la prova testimoniale ex art. 2725 c. c., con le limitazioni individuate al comma 3 del precedente art. 2724, laddove si stabilisce che la prova per testimoni è ammessa unicamente se «il contraente senza sua colpa ha perduto il documento che gli forniva la prova». La giurisprudenza ha avuto modo di soffermarsi sul concetto di «perdita incolpevole» che si verifica allorché la condotta è immune da imprudenza o negligenza e, d'altra parte, nessuna prova orale o presuntiva è ammissibile se la parte che offre non abbia prima dimostrato di essere rimasta priva del contratto scritto senza colpa.

Le firme vanno messe sullo stesso documento?

La risposta, ovviamente, è sì, anche se la Corte di Cassazione (Cass., 2 febbraio 1988, n. 1004) ha ritenuto che le volontà coincidenti si possano desumere anche da documenti diversi, seppur correlati tra loro, ma tali da evidenziare il consenso di entrambe le parti. La legge n. 92/2012 con l'art. 1, comma 9, ha introdotto una grossa novità, intervenendo sull'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, ipotizzando con un nuovo comma, l'1bis, il c.d. contratto "acausale" e la disposizione è stata fortemente rivista con l'art. 7 della legge n. 99/2013 che ha convertito il D.L. n. 76/2013. *Cosa dice il primo periodo di questo comma?*

La "causale" non è richiesta nell'ipotesi di primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore ed un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato, ex art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003.

Prima di entrare nello specifico dei singoli argomenti è opportuno soffermarsi un attimo sul perché di questa scelta operata dal Legislatore.

Essa trova la propria origine in una scelta di fondo che permea tutto l'impianto normativo: si cerca di favorire la c.d. "flessibilità buona", colpendo, o almeno rendendo più difficile, quella "meno buona" ove sussistono, almeno potenzialmente, forti possibilità elusive. In sostanza, si cerca di favorire il contratto di lavoro subordinato e, in questa logica, tutto ciò che può favorirlo, trova una propria giustificazione. Di ciò si è resa perfettamente conto la circolare del Ministero del lavoro n. 18 del 18 luglio 2012 che, fornendo le prime indicazioni alle proprie strutture periferiche, ha configurato tale contratto "senza causa" come una sorta di "prova lunga" nella quale le parti si conoscono e, almeno per quel che concerne il datore di lavoro, si valuta la eventuale proficuità dell'inserimento del lavoratore nella organizzazione aziendale.

Andando nel merito delle questioni, va, innanzitutto, affrontata quella relativa al significato da dare alla locuzioni «primo rapporto a tempo determinato» e «prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione». La frase, riferita al contratto a termine, può intendersi in due modi: il primo potrebbe essere quello che contempla la prima «tipologia» con quel contratto, pur in presenza di altri rapporti già instaurati nel passato (si pensi, ad esempio, ad un contratto a tempo indeterminato risoltosi "ante tempus", ad un contratto di apprendistato o di inserimento o, cosa non esclusa "a priori", ad un contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto o una associazione in partecipazione), il secondo quello che, invece, ritiene che la disposizione riguardi il primo contratto di lavoro subordinato con quello specifico datore di lavoro. Ad avviso di chi scrive,

la soluzione non può che essere la seconda, in quanto l'obiettivo della norma è, appunto, quello di permettere alle parti di "conoscersi" senza alcun vincolo scaturente dalle motivazioni alla base del rapporto. Tale assunto è confermato anche da quanto detto, in via, amministrativa, dal Dicastero del lavoro con la circolare n. 18. Ovviamente, se si parla di primo rapporto di lavoro subordinato od autonomo con quel datore di lavoro, risulta chiaro che restano fuori altre esperienze che non sono "rapporti di lavoro", come gli stages od i tirocini formativi.

Il Legislatore, attraverso le modifiche dell'art. 7 del D.L. n. 76/2013, proprio per favorire ogni forma di rapporto di lavoro, senza che ciò possa ritenersi un abuso, ha previsto nei limiti della durata massima, una proroga (cancellando il comma 2-bis introdotto dalla riforma "Fornero") che resta disciplinata dalla disposizione generale fissata dall'art. 4: regole di logica e di buon senso inducono a pensare che, in questo caso, l'istituto non abbia bisogno di alcuna causale, atteso che si è nei limiti temporali previsti per l'attivazione di tale contratto.

Nulla dice, invece, la norma circa la possibilità di "sforamento", cosa che consente, invece, indistintamente, per tutti i contratti, la prosecuzione per un massimo di trenta (prima erano venti) o cinquanta giorni (prima erano trenta) a seconda che il precedente rapporto abbia avuto un termine entro i sei mesi o superiore, con le ovvie maggiorazioni economiche sulle quali ci si soffermerà successivamente: nel silenzio della disposizione, si ritiene che ciò sia possibile e, del resto, è tale anche l'orientamento espresso dal Ministero del lavoro con la circolare n. 35 del 29 agosto 2013.

Quella appena descritta non è la sola strada possibile per il contratto "acausale".

L'art. 1, comma 9, della legge n. 92/2012, sempre nel nuovo comma 1bis del D.Lgs. n. 368/2001, designava una ipotesi alternativa affidando alla contrattazione collettiva nazionale stipulata dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o, se delegata, a quella decentrata, la possibilità di prevedere l'assenza di causali in una serie di ipotesi di rapporti a termine nell'ambito di un determinato processo organizzativo di una determinata unità produttiva in una percentuale massima del 6% del totale dei lavoratori occupati. Tali ipotesi facevano riferimento:

- a) all'avvio di una nuova attività;
- b) al lancio di un prodotto o di un servizio innovativo;
- c) all'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico;
- d) alla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo;
- e) al rinnovo o alla proroga di una commessa consistente.

Nel primo anno di vigenza questa norma non ha tro-

vato applicazione. Se ne è reso conto il Legislatore che l'ha riformulata dando la possibilità alla contrattazione collettiva, anche aziendale (e senza bisogno di alcuna delega), delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, di disciplinare il contratto "acausale", senza vincoli predeterminati come era previsto nella disposizione abrogata, ma anche in altre ipotesi. Ciò significa che le parti sociali possono ipotizzare rapporti "acausali" anche nel caso in cui non ci si trovi in presenza di un primo rapporto a tempo determinato o anche per una durata superiore ai dodici mesi: questo indirizzo è stato chiaramente fatto proprio dal Ministero del lavoro con la circolare n. 35/2013.

Quali sono i soggetti legittimati alla stipula delle disposizioni derogatorie?

Sono i rappresentanti delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, secondo un concetto presente, da anni, nel nostro ordinamento e che ha il maggior punto di riferimento (ma non il solo) nell'art. 7 della legge n. 31/2008, con il quale si è cercato di limitare il potere contrattuale a quelle organizzazioni (datoriali e dei lavoratori) che in un raffronto "di peso" con le altre associazioni sembrano avere, nelle varie categorie, minore rappresentanza di interessi. Orbene, le organizzazioni comparativamente più rappresentative possono disciplinare le ipotesi "acausali" sia attraverso la contrattazione di settore che con accordi interconfederali, oltre che, ovviamente, a livello territoriale od aziendale.

Per quel che concerne il contratto di somministrazione (ove, peraltro, il datore di lavoro del prestatore è l'Agenzia del Lavoro), vanno ripetuti gli stessi concetti pur non essendoci un rapporto di dipendenza con chi lo utilizza. La norma non sembra lasciare alcun dubbio: si parla, infatti, di «utilizzatore», tenuto al rispetto dell'onere normativo, e di «prima missione» di un lavoratore «nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato».

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

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

I datori di lavoro pubblici (quelli individuati dall'art.

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

La violazione dell'obbligo è punita con una sanzione amministrativa compresa tra 100 e 500 euro, sanabile, nella misura minima, attraverso l'istituto della c.d. «diffida obbligatoria».

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

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

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

Cosa succede, da un punto di vista amministrativo, se il contratto a termine si risolve per dimissioni o per risoluzione consensuale prima della scadenza?

Anche qui soccorrono le novità della legge n. 92/2012: l'art. 4, commi 17 e seguenti, impone la procedura della convalida delle dimissioni attraverso un iter procedimentale che, alternativamente, può essere effettuata presso la Direzione territoriale del lavoro competente per territorio, presso il centro per l'impiego o la sede individuata dalle parti sociali (l'accordo interconfederale del settore industria del 3 agosto 2012 prevede quella *ex art.* 411 c.p.c.), o in azienda, con la sottoscrizione della copia della comunicazione di cessazione inviata al centro per l'impiego, con una dichiarazione di conferma del lavoratore della propria volontà libera di recedere dal rapporto. Le dimissioni non sono più, quindi, un atto unilaterale ricettizio che produce l'effetto nel momento in cui arriva nella sfera giuridica del destinatario, ma sono sottoposte, prima della convalida "confirmatoria", ad un diritto di ripensamento che

l'interessato può esercitare entro sette giorni da quello nel quale sono state espresse.

Per il resto, nulla è cambiato rispetto agli altri adempimenti relativi alla gestione del contratto a termine, le cui scritturazioni vanno riportate sul Libro unico del lavoro entro la fine del mese successivo cui le stesse si riferiscono.

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

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

Il contributo addizionale non si applica:

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

167/2011, definisce l'apprendistato un contratto a tempo indeterminato);

e) ai lavoratori dipendenti dalle Pubbliche amministrazioni individuate dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001.

Da quanto appena detto, si evince che il contributo addizionale si applica sia ai contratti "acausalì", sia a quelli per esigenze tecnico, produttive ed organizzative, sia a quelli delle c.d. "star-up innovative", sia, infine, a quelli di breve durata fino a dodici giorni.

Nell'intento di favorire la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto, il Legislatore (art. 2, comma 30) ha previsto la possibilità di una parziale restituzione della contribuzione aggiuntiva. Essa è limitata alle ultime sei mensilità e avviene nel caso in cui, alla scadenza del termine, il rapporto viene trasformato a tempo indeterminato, fatto salvo il decorso dell'eventuale periodo di prova. C'è, poi, un'altra ipotesi che non è "legata" alla immediata trasformazione: è quella secondo la quale la riassunzione con contratto a tempo indeterminato del lavoratore avvenga entro il termine massimo di sei mesi dalla cessazione del precedente rapporto. In questo caso, però, la restituzione degli ultimi sei mesi non è "piena" in quanto vanno "defalcate" le mensilità trascorse dalla cessazione del precedente rapporto a termine.

Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo, i servizi aeroportuali e quelli postali

L'art. 2 riprende in maniera letterale, il contenuto della lettera f) dell'art. 1, della legge n. 230/1962 che fu aggiunto dalla legge n. 84/1986. La disposizione è specifica per un settore estremamente particolare ove picchi di attività, soprattutto in certi periodi dell'anno, sono costanti. Ci si riferisce alle aziende di trasporto aereo, a quelle aeroportuali che svolgono i servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri ed alle merci. Orbene, queste imprese possono stipulare con i singoli lavoratori contratti a termine per un periodo massimo complessivo di sei mesi tra aprile ed ottobre, o di quattro mesi in altri periodi dell'anno nel rispetto di una percentuale massima del 15% dell'organico aziendale adibito costantemente a tali attività. Tale aliquota massima va calcolata sul personale in forza alla data del 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono le assunzioni. Il Legislatore si è preoccupato anche dei c.d. "aeroporti minori" che lavorano oltre le proprie normali possibilità in alcuni brevi periodi dell'anno (si pensi alle strutture ubicate in luoghi di vacanze): orbene, il limite del 15% può essere "sfiorato" ma è necessaria la preventiva autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro che è tenuta ad emettere il provvedimento

sulla base di considerazioni relative alla quantità dell'attività ed al parere delle organizzazioni sindacali provinciali di categoria cui vanno comunicate tutte le richieste di assunzione. Il riferimento alle strutture provinciali sta a significare l'esigenza, avvertita dal Legislatore, di un confronto, più diretto (cosa necessaria per i problemi gestionali) con le c.d. "questioni locali".

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

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

Una breve considerazione si rende necessaria: il Legislatore ha voluto recuperare per questo specifico settore "una specialità" introdotta successivamente nel "corpus" della legge n. 230/1962 che, forse, poteva essere eliminata alla luce della previsione generale contenuta nell'art. 1, atteso che le esigenze del settore aeroportuale nel periodo estivo, con contratti limitati, al massimo a quattro o sei mesi, potevano essere soddisfatte senza ricorrere ad una disciplina "ad hoc". In ogni caso la previsione dell'art. 2 è da intendersi come limitata a sopperire alle implementazioni stagionali, per così dire, strutturali che, di per sé, non necessitano di causale. Sull'argomento, già prima della circolare n. 42/2002 (punti 2 e 3) il Ministero del lavoro era intervenuto con la nota del 19 dicembre 1995 (si era, quindi, sotto l'imperio della legge n. 230/1962), osservando che essendo unico e complessivo il parametro di riferimento sul quale calcolare la percentuale (15% dell'organico aziendale in forza al 1° gennaio), non per questo le assunzioni a tempo determinato devono riguardare tutti i servizi interessati, rientrando nella libera determinazione aziendale la necessità di valutare i settori operativi maggiormente esposti provvedendo al loro rafforzamento, senza che il suddetto rapporto sia osservato tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori a termine in ogni singolo reparto operativo. Tale orientamento vale anche per i c.d. "aeroporti minori", allorché la Direzione territoriale del lavoro autorizza

za il superamento della percentuale del 15% (circ. n. 42/2002).

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

Divieti

L'art. 3 individua le ipotesi in cui non è possibile assumere lavoratori con contratto a termine. Simili, in larga parte, alla casistica già individuata, a suo 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. Fatta salva l'eventualità di un termine diverso previsto da accordi sindacali, esso ha una durata limitata nel tempo e nelle mansioni, nel senso che l'arco temporale di riferimento è di sei mesi dall'ultimo licenziamento e che il nuovo contratto a tempo determinato non deve riguardare soggetti che svolgevano la medesima mansione di quelli oggetto di recesso. Fuori da questa ipotesi rimangono i contratti a contenuto sostitutivo, quelli concernenti i lavoratori in mobilità, stipulati *ex art.* 8, comma 2, della legge n. 223/1991, e quelli che hanno una durata iniziale non superiore a tre mesi. La disposizione merita alcune riflessioni. Qui, per le imprese interessate, c'è una perfetta assimilazione con quanto, ora dice l'art. 8, comma 1, della legge n. 223/1991 e, prima ancora l'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. n. 297/2002: il diritto di precedenza alla riassunzione, valevole anche con la tipologia del contratto a termine, dura sei mesi: ovviamente, si tratta di un diritto disponibile del lavoratore, possibile oggetto anche di "non esternazione" o di rinuncia. C'è, poi, il discorso che riguarda le unità produttive delle

imprese ove è applicabile la procedura di mobilità. L'art. 24 della legge n. 223/1991 stabilisce che le disposizioni in materia di riduzione di personale previste dagli articoli 4 e 5 si applicano alle imprese con più di quindici dipendenti le quali, in conseguenza di una riduzione od una trasformazione dell'attività intendano effettuare, nell'arco di centoventi giorni, almeno cinque licenziamenti comunque riconducibili alla medesima trasformazione o riduzione. Il riferimento ai cinque recessi riguarda, ovviamente, il momento di apertura della procedura, potendo la stessa concludersi con un numero inferiore di risoluzione dei rapporti (il Ministero del lavoro, ha ritenuto, da un punto di vista teorico, come collettivo anche un singolo licenziamento, purché avvenuto al termine di una procedura che ne prevedeva almeno cinque nella fase iniziale). È del tutto ovvio che, pur in mancanza di richiamo specifico, la disposizione si applichi anche alle imprese sottodimensionate alle sedi unità, atteso che, il diritto di precedenza (di sei mesi) previsto, in via generale, dal nuovo art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, trova applicazione anche nei confronti di tali datori di lavoro che debbono, necessariamente, ricorrere a licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo. Il termine di sei mesi non vale se l'impresa ricorre a lavoratori iscritti nelle liste di mobilità: in questo caso, potrebbe essere soddisfatto il diritto di precedenza anche di un lavoratore licenziato dalla stessa impresa. L'ultima eccezione contemplata dalla lettera *b)* dell'art. 3 fa riferimento al fatto che il contratto a termine abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (in questo senso, potrebbe anche essere un rapporto "acausale"): ovviamente, ricorrendone le condizioni, lo stesso potrebbe essere prorogato fino a tre anni (cosa, però, ora possibile per il contratto "acausale" fino a dodici mesi); **c)** il divieto di assunzione presso unità produttive interessate da cassa integrazione guadagni o da contratti di solidarietà difensiva che riguarda lavoratori adibiti a mansioni cui si riferisce il contratto a termine. La norma non fa distinzione tra intervento ordinario o straordinario e, senz'altro, fa salve le eventuali assunzioni a tempo determinato che riguardino lavoratori con mansioni del tutto diverse. È opportuno sottolineare come tale previsione non preveda alcuna forma di attenuazione o di disciplina diversa come avviene allorquando il Legislatore apre la possibilità a soluzioni diverse, offrendo tale possibilità alla pattuizione collettiva, anche aziendale, fatta salva l'ipotesi nella quale sia operante il contratto di solidarietà difensiva *ex art.* 5, comma 5, della legge n. 236/1993;

d) le imprese che non hanno effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 626/1994, e successive modificazioni ed integrazioni. La disposizione che oggi va strettamente correlata agli adempimenti previsti nel D.Lgs. n. 81/2008 che ha disciplinato "ex novo" la materia, è contenuta anche nel-

la previsione di altre tipologie come il “*job on call*” e la somministrazione: essa risponde alla necessità, particolarmente più necessaria in tutte quelle forme che prevedono lavoro flessibile, del rispetto delle norme di sicurezza, cosa che comporta per il datore di lavoro che assume a tempo determinato una adeguata formazione ed informazione al fine di prevenire i rischi specifici connessi all’esecuzione del lavoro.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5241 del 2 aprile 2012, ha affermato che l’art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001 ha introdotto una quadruplica serie di divieti all’apposizione del termine ai contratti di lavoro subordinato, così rafforzando il disvalore che 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 precetto, 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.

Disciplina della proroga

L’art. 4 affronta l’istituto della proroga in maniera del tutto diversa da come era stato disciplinato dall’art. 1, comma 2, della legge n. 230/1962. Lì, fatto salvo il consenso del lavoratore, la proroga doveva avere una valenza eccezionale, non era ammessa per più di una volta e per un tempo superiore a quello iniziale, allorché la stessa era motivata da esigenze contingenti ed imprevedibili e si riferiva alla stessa attività per la quale era stato stipulato il contratto a termine. Con il D.Lgs. n. 368/2001, fermo restando il consenso del lavoratore, la proroga è possibile una sola volta quando il contratto iniziale è inferiore a tre anni. Non c’è più lo specifico riferimento alla eccezionalità e la durata (cosa del tutto innovativa rispetto alla vecchia previsione della legge n. 230/1962) può essere superiore al contratto iniziale. Anche il contratto “*acausale*” è, per effetto dell’art. 7 del D.L. n. 76/2013, convertito nella legge n. 99/2013, prorogabile (in quanto è stato cancellato il comma *2bis* dell’art. 4, introdotto con la legge n. 92/2012): tuttavia, ciò deve avvenire entro il termine massimo dei dodici mesi, previsto per tale tipologia. La motivazione deve essere oggettiva e riferirsi alla stessa attività per la quale fu stipulato il contratto originario. L’onere della dimostrazione della motivazione è, in caso di contenzioso, a carico del datore di lavoro. Qui, la cancellazione del divieto di proroga per il contratto “*acausale*” fa sì che si applichi la regola generale prevista dall’art. 4: tuttavia, ad avvi-

so di chi scrive, ragioni di logica interpretativa, farebbero pendere la bilancia verso la “*non necessità*” della motivazione, in quanto la tipologia contrattuale presa di per sé stessa ed instaurata in tal modo sin dall’inizio, non prevede la causale. La disposizione, relativa alle proroghe dei contratti “*acausali*” deve essere interpretata nel senso che trova applicazione anche ai rapporti iniziati (e non ancora scaduti) prima del 28 giugno, data di entrata in vigore del D.L. n. 76/2013: così si esprime la circolare n. 35/2013.

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

Il testo adottato dall’art. 4 è diverso da quello già espresso dall’art. 2 della legge n. 230/1962 ed il riferimento a «ragioni oggettive», riconducibili a situazioni tecniche, organizzative e produttive e non più ad esigenze contingenti ed imprevedibili.

La circolare del Ministero del lavoro n. 42/2002, al punto 8, afferma che fermo restando che la proroga va riferita alla stessa attività lavorativa cui si riferisce il contratto a termine, esiste la possibilità che le ragioni che giustificano la stessa, oltre che prevedibili al momento dell’assunzione, siano completamente diverse da quelle che hanno determinato la stipula del contratto a termine, purché siano riconducibili alle ragioni del c.d. “*causalone*”: ciò significa, ad esempio, che la proroga, essendo possibile anche per ragioni sostitutive, ferma restando la stessa attività lavorativa, ed essendo la fattispecie imprevedibile al momento della stipula del contratto, potrebbe essere possibile anche per sostituire lavoratrici in maternità. Non si tratterebbe soltanto di due contratti ma di uno soltanto, con la relativa proroga. Tale tesi, che si basa anche sul concetto che «stessa attività lavorativa» si riferisca alle mansioni e non alla causale, presenta una propria validità alla luce di una completa e piena utilizzazione del contratto a termine.

Il consenso del lavoratore è un elemento indispensabile per la proroga: esso va verificato nel momento in cui si accerti la necessità (perché ricorrono i presupposti di legge) di “*allungare*” il contratto: per la sua validità ed efficacia non è necessaria, anche se preferibile, la forma scritta (Cass., 23 novembre 1988, n. 6305): esso può essere manifestato anche oralmente o può essere desunto da fatti concludenti ravvisabili nella continuazione dell’attività da parte del dipendente.

Un problema del tutto particolare è rappresentato dall’istituto della proroga per i dirigenti che, come si vedrà successivamente, possono stipulare contratti a termine di durata non superiore a cinque anni. La giurisprudenza, sotto la vigenza della precedente

normativa, aveva chiarito che la proroga (comunque, entro il limite massimo) era possibile anche senza necessità di rispetto delle condizioni modali e temporali stabilite dall'art. 2 della legge n. 230/1962 (Cass., 28 novembre 1991, n. 1274; Cass., 17 agosto 1998, n. 8069).

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

Il discorso relativo a tale istituto non può non riferirsi, sia pure, con un breve accenno, alle proroghe previste per altre tipologie contrattuali a termine alle quali, peraltro, non trova applicazione il D.Lgs. n. 368/2001: nel contratto di inserimento (almeno per quelli che sono stati stipulati entro il 31 dicembre 2012 e che sono, tuttora, in corso di svolgimento, atteso che l'istituto è stato abrogato dall'art. 1, comma 14, della legge n.92/2012), il termine finale, che non può essere superiore a diciotto mesi (trentasei per i portatori di handicap), può essere raggiunto attraverso più proroghe, come ribadito dalla circolare del Ministero del lavoro n. 31/2004.

Nel contratto di somministrazione, invece, la possibilità di più proroghe rispetto al contratto iniziale è ampiamente ammessa dalla contrattazione collettiva e il Ministero del lavoro espresse, a suo tempo, l'opinione che, a fronte dell'ampia formulazione adottata dall'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, che si doveva escludere l'applicabilità del limite di legge previsto per i contratti a termine.

La proroga del contratto a tempo determinato va comunicata esclusivamente in via telematica, entro cinque giorni dal momento in cui si è verificata (se cade di giorno festivo il termine è, legittimamente, prorogato al primo giorno non festivo successivo) al centro per l'impiego, competente per territorio o presso il quale il datore di lavoro è accreditato, utilizzando la sezione 4 del modello «Unilav».

Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti

L'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001 è stato oggetto di profonde e radicali trasformazioni per effetto sia della legge n. 247/2007 che della legge n. 133/2008, che, soprattutto, della legge n. 92/2012 e dal D.L. n. 76/2013.

Andiamo con ordine cercando di focalizzare le varie problematiche presentate dai vari commi.

L'art. 5, nella versione contenuta nei primi 4 commi, riproduce, nella sostanza, le modifiche all'originario rigido apparato sanzionatorio previsto dalla legge n. 230, individuate dall'art. 12 della legge n. 196/1997 con una aggiunta normativa che, rifacendosi ad un indirizzo amministrativo contenuto nella circolare del Ministero del lavoro n. 153 del 28 novembre 1997, chiarisce definitivamente l'oscuro contenuto

dell'ultimo periodo del suddetto art. 12. Viene ribadito che se lo "sforamento" del termine è di pochi giorni il rapporto non è trasformato come prevedeva la legge del 1962 ed il disagio viene monetizzato con una percentuale di salario maggiorata. Si afferma, infatti, che se il rapporto continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato (ora possibile fino a tre anni di durata complessiva) il datore di lavoro deve corrispondere una maggiorazione della retribuzione pari al 20% per i primi dieci giorni: tale percentuale sale al 40% per le giornate successive fino alla trentesima od alla cinquantesima, a seconda che il contratto stipulato sia stato inferiore, pari, o superiore ai sei mesi (è questa una novità contenuta nella legge n. 92/2012 che ha innovato la previsione originaria).

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

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

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

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

Se il rapporto a termine continua oltre il trentesimo giorno (se inferiore a sei mesi) od oltre il cinquantesimo (se uguale o superiore a sei mesi) il contratto si considera a tempo indeterminato a partire dalla scadenza di tali termini: questa disposizione vale per tutti i datori di lavoro, ad eccezione delle Ammini-

strazioni pubbliche per le quali va fatto un discorso a parte, completamente diverso.

La conversione a tempo indeterminato del rapporto, così come risulta disciplinata dall'art. 5, non è possibile nel settore pubblico, in quanto l'instaurazione di tale tipologia di rapporto, in virtù dell'art. 97 Cost. e dell'art. 36 del D.Lgs. n. 29/1993 (sul quale, da ultimo, è intervenuto l'art. 4 del D.L. n. 101/2013) che contiene le regole generali per l'accesso al pubblico impiego, può avvenire soltanto attraverso procedure concorsuali o selettive pubbliche. A tal proposito, e fermi restando gli approfondimenti specifici che saranno effettuati successivamente, si ricorda che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato, ferma restando ogni responsabilità o sanzione». Questo significa nullità del contratto protrattosi oltre i termini cosa che comporta, però, la possibilità che il lavoratore sia comunque retribuito per l'attività "di fatto" prestata in applicazione dell'art. 2126 c.c.: tale tutela si estende anche alla parte previdenziale, nonché all'eventuale danno subito a causa della sottoscrizione di un contratto nullo (ma il danno deve essere dimostrato dal ricorrente). Ovviamente, va posta in rilievo la responsabilità patrimoniale del dirigente, perché le somme erogate al lavoratore si concretizzano, da un punto di vista patrimoniale, in un danno erariale che l'Amministrazione sopporta e che deve pagare senza titolo di spesa.

Il comma 3 dell'art. 5, profondamente ritoccato dalla legge "Fornero" e già soggetto ad alcuni cambiamenti con la legge n. 134/2012 che, prevedeva un periodo di "latenza" tra un contratto a termine e l'altro estremamente "sproporzionato" (sessanta o novanta giorni a seconda che il contratto avesse avuto una durata rispettivamente, inferiore a sei mesi o pari e superiore), in un'ottica destinata a favorire la c.d. "flessibilità buona" (ma ciò non è stato, da subito) è stato riformulato dall'art. 7 del D.L. n. 76/2013 e confermato dalla legge di conversione n. 99/2013.

Andiamo con ordine, cercando di fare un minimo di chiarezza.

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

datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Come si vede il c.d. "stop and go" è tornato alla formulazione originaria nel senso che tra un rapporto a termine e l'altro sono sufficienti dieci o venti giorni di "stacco" (a seconda della durata del precedente rapporto) contati con il calendario. Questa disposizione non si applica ai contratti stagionali di cui parla il successivo comma 4ter e che hanno, anche per altri aspetti, una loro specifica disciplina, ai contratti nelle imprese "start-up innovative" (art. 28, legge n. 221/2012) ove i rapporti, nel periodo massimo di trentasei mesi, possono succedersi senza soluzione di continuità, nei contratti a termine con i lavoratori in mobilità (art. 8, comma 2, legge n. 223/1991 che, come vedremo, sono fuori "dall'ombrello applicativo" del D.Lgs. n. 368/2001, e, infine, laddove la contrattazione collettiva, anche aziendale, è intervenuta.

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

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

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

Il comma 4 dell'art. 5 fa "giustizia" di una frase infelice, contenuta nelle ultime righe dell'art. 12 della legge n. 196/1997, ove si affermava che «quando si tratti di due assunzioni successive a termine il rapporto si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto». Frutto di un in-

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

Le disposizioni contenute in questo articolo non trovano applicazione nei confronti del personale tecnico ed artistico delle Fondazioni di produzione musicale: la ragione appare evidente ed è strettamente legata alla “specialità” dei rapporti che nascono in questo particolare settore.

L’art. 5 offre, altresì, lo spunto per una brevissima riflessione sul recesso nel contratto a tempo determinato. Esso può avvenire, oltreché per scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, anche qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto, così come previsto dall’art. 2119, comma 1, c.c. e dalle norme generali sulla risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive. Ovviamente, nulla esclude la possibilità che il lavoratore receda attraverso l’istituto delle dimissioni o che le parti consensualmente decidano una risoluzione “*ante tempus*” del rapporto dovendo, in questo caso, attivare la procedura della convalida prevista dai commi 17 e seguenti dell’art. 4 della legge n. 92/2012. È estremamente importante per il datore di lavoro che venga posta in essere una delle procedure alternative che consentono di definire l’istituto del recesso prima della scadenza, in quanto per un imprenditore inerte che, entro trenta giorni dalla presentazione

delle dimissioni o dalla risoluzione consensuale, non abbia proceduto ad inviare al lavoratore la copia della comunicazione della cessazione del rapporto per dimissioni o per risoluzione consensuale inviata al centro per l’impiego, scatta l’inefficacia delle stesse. Il datore di lavoro ha a disposizione diverse strade per far sì che le dimissioni (atto unilaterale oggetto di “possibile ripensamento” entro sette giorni dalla presentazione, se non convalidate) siano definitive: la conferma presso la Direzione territoriale del lavoro, il centro per l’impiego, la sede individuata dalla pattuizione collettiva (nell’industria è stato sottoscritto il 3 agosto 2012 un accordo che individua quella sindacale *ex art. 411 c.p.c.*) o, in azienda, attraverso la libera sottoscrizione da parte del lavoratore di una dichiarazione, apposta sulla copia della comunicazione di cessazione del rapporto inviata in via telematica al centro per l’impiego, con la quale si afferma che le dimissioni sono state rese volontariamente, senza alcuna costrizione.

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

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

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

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

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

Il licenziamento arbitrario “*ante tempus*” del lavora-

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

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

Il licenziamento disciplinare legittima la possibilità del recesso anticipato: il datore di lavoro è tenuto, tuttavia, al rispetto della procedura prevista dai primi 3 commi dell'art. 7 della legge n. 300/1970 per i lavoratori a tempo indeterminato (Cass., 22 settembre 1984, n. 4813), in ottemperanza alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 30 novembre 1982.

Vale la pena di ricordare come le procedure collettive di riduzione di personale non trovino applicazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato: infatti, l'art. 24, comma 4, della legge n. 223/1991, afferma che esse non riguardano i «casi di scadenza dei rapporti di lavoro a termine, di fine lavoro nelle costruzioni edili e nei casi di attività stagionali o saltuarie».

Una ulteriore considerazione connessa alla risoluzione del rapporto a termine va fatta per l'istituto del preavviso: la particolare configurazione del contratto ove esiste una scadenza prefissata, esclude che il datore di lavoro sia tenuto al rispetto di tale obbligo.

Cosa succede se il lavoratore contesti la diversa qualificazione del rapporto o la legittimità del termine?

Qui il Legislatore è intervenuto con l'art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 sulla previsione dell'art. 32, comma 3, lettera a) della legge n. 183/2010 ampliando, da un lato, i tempi per l'impugnazione stragiudiziale e, dall'altro, riducendo quelli per il successivo ricorso giudiziale: il tutto con riferimento alle cessazioni dei contratti a termine che avvengono a partire dal 1° gennaio 2013 (comma 12). I termini, per rendere nota la volontà di impugnare, in via stragiudiziale, il recesso, passano dagli usuali sessanta giorni a centoventi giorni dalla cessazione del rapporto. La ragione di tale "cambio d'indirizzo" del Legislatore, sembra dettata dalla possibilità di favorire, attraverso un "allungamento" dei termini, la costituzione di un nuovo rapporto.

Al contempo, però, si riducono i termini per il successivo ricorso giudiziale che passano da duecento-settanta a centottanta giorni.

Il Legislatore si è preoccupato, altresì, attraverso una

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

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

Il nuovo comma 4bis, introdotto dall'art. 1 della legge n. 247/2007 e, poi, modificato dall'art. 21, comma 2, della legge n. 133/2008 afferma che «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi ... il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». A tale dizione, ora, l'art. 1, comma 9, lettera i) della legge n. 92/2012 ha aggiunto che «ai fini del computo del periodo massimo dei trentasei mesi si tiene, altresì, conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, ai sensi del comma 1-bis dell'art. 1 del presente decreto e del comma 4 dell'art. 20 del D.Lgs. n. 276/2003, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato».

Il quadro di riferimento normativo è, quindi, profondamente cambiato, atteso che anche la somministra-

zione a tempo determinato con lo stesso utilizzatore entra nel calcolo della sommatoria dei trentasei mesi. Sul punto, si rende necessaria più di una riflessione, rispetto alla quale un supporto può venire anche dai chiarimenti amministrativi forniti dal Ministero del lavoro con le circolari n. 13 del 2 maggio 2008 e n. 18 del 18 luglio 2012.

Tre sono le condizioni necessarie: stesso datore di lavoro, stesse tipologie contrattuali (contratto a termine e contratto di somministrazione), mansioni equivalenti.

La dizione operata dal Legislatore ed il fatto che le stesse note amministrative del Dicastero del Welfare 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 si presenta alquanto complesso e delicato, in quanto, in alcune ipotesi la pluralità di aziende collegate (con un unico centro organizzativo e direzionale) non coincide necessariamente con la nozione giuridica di «gruppo d'impresе», come ampiamente 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, qui si può porre il problema di un'impresa che per effetto di fusioni od incorporazioni abbia, giuridicamente, ereditato tutte le posizioni di un'azienda prima «vivente». 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 questo caso, possa operare la sommatoria dei contratti.

La seconda condizione concerne i contratti a termine ed i contratti di somministrazione.

Non essendo stata fatta alcuna eccezione, nel computo complessivo ci rientrano quasi tutti (le eccezioni le esamineremo tra poco), ivi compresi quelli stipulati sotto la vigenza della legge n. 230/1962 mentre, ad avviso di chi scrive, giustamente, quelli di somministrazione sono computabili a partire dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge n. 92, secondo un indirizzo chiaro contenuto nella circolare n. 18/2012 che si rende ben conto che una interpretazione amministrativa diversa avrebbe avuto un forte impatto negativo sugli equilibri organizzativi di molte realtà aziendali come, ad esempio, quelle della grande distribuzione.

È questo, indubbiamente, un indirizzo che vale per gli organi di vigilanza ma che, seppur autorevole (e lo è senz'altro), non potrebbe impedire una lettura diversa della norma da parte di qualche giudice di merito che potrebbe avere una visione diversa computando i contratti di somministrazione sin dall'inizio (quantomeno dal 2003, se non si vuol andare «a ritroso» fino al 1997 quando si chiamavano «di lavoro temporaneo») così come si è fatto, nel 2008, con i contratti a tempo determinato.

Piuttosto, la computabilità nella sommatoria dei contratti a «motivazione sostitutiva» potrebbe comportare nella stessa formulazione della lettera contrattuale un qualche accorgimento, soprattutto se si tiene conto che, sovente, le sostituzioni per maternità sono molto lunghe, sicché potrebbe facilmente accadere che venga superato il limite fatidico dei trentasei mesi senza che la titolare del posto abbia ripreso servizio. Di conseguenza, si potrebbe pensare ad una motivazione, per così dire «duplice», nella quale, accanto alla motivazione principale «sostituzione della signora ... assente per maternità», se ne aggiunge un'altra con la quale si indica, in ogni caso, quale ultimo giorno di lavoro quello del compimento dei trentasei mesi (anche in sommatoria), pur se la stessa non ha ripreso servizio. Ciò, ovviamente, può porre altri problemi operativi, collegati alla necessità di dover, comunque, assumere un'altra persona a tempo determinato fino al completamento della sostituzione.

Altri casi, peraltro non marginali, si pongono, ad esempio, nel settore scolastico ove, insegnanti e personale di supporto o complementare (si pensi agli autisti di bus scolastici) sono assunti annualmente con contratti a tempo determinato abbastanza lunghi che iniziano e finiscono con l'anno didattico.

La norma fa riferimento «*tout court*» ai contratti a termine: ciò significa che non rientrano, in alcun modo nella sommatoria, oltre ai rapporti per attività di natura stagionale, esclusi dal computo generale, in virtù del successivo comma 4^{ter} (oltre a quelli individuati dalla contrattazione collettiva o dagli avvisi comuni), ma anche quelle tipologie che hanno una scadenza temporale, sia pure legata alla fine della fase formativa, ma che non sono contratti a tempo determinato, come l'apprendistato (che, però, è un contratto a tempo indeterminato), i contratti di inserimento o reinserimento, il contratto di lavoro intermittente ed i contratti a termine dei lavoratori in mobilità esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 368/2001 per effetto dell'art. 10, comma 1. Nel computo complessivo non rientrano neanche quei periodi trascorsi alle dipendenze del datore di lavoro con un contratto a tempo indeterminato risoltosi prima del termine, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, le collaborazioni occasionali, le associazioni in partecipazione a termine con apporto lavorativo e le esperienze di formazione professionale, senza costituzione di alcun rapporto di lavoro subordinato, come avviene con i tirocini, le borse di studio e altre forme similari.

Per quel che concerne il concetto di «equivalenza delle mansioni», la circolare n. 13/2008 partendo dalla constatazione che la stessa non va intesa come semplice corrispondenza tra i livelli di inquadramento ma che occorre valutare nel concreto le attività espletate, si rifà alla tesi sostenuta dalla Suprema Corte a Sezioni Unite (Cass., S.U., 24 novembre

2006, n. 25033) la quale afferma 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 anche 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». Da un punto di vista interpretativo, seguendo tale tipo di ragionamento, le parti sociali, attraverso la contrattazione collettiva, possono fornire al concetto di equivalenza una valenza ben più ampia, utilizzando le c.d. "clausole di fungibilità", finalizzate ad una utilizzazione più modulata del lavoratore, nel rispetto di un mansionario destinato, attraverso la valorizzazione delle professionalità, a venire incontro a quelle che sono le esigenze reali del datore di lavoro.

Il Ministero del lavoro con la circolare n. 13 si è preoccupato anche di limitare gli effetti immediati scaturenti da una conversione immediata del contratto a termine in corso: di qui l'interpretazione in base alla quale è possibile lo "sforamento" nei termini allora previsti dalla norma (trenta o cinquanta giorni a seconda dei casi) con le maggiorazioni previste dall'art. 4, comma 1, rispetto al quale il D.L. n. 76/2013 ha eliminato l'obbligo, non sanzionato, della comunicazione dello "sforamento" al centro per l'impiego, introdotto dalla legge n. 92/2012 e reso operativo dal D.M. 10 ottobre 2012.

Per completezza di informazione si ricorda che tale ipotesi incide sia sulla contribuzione che sugli istituti differiti come il Tfr nella misura del 20% sulla retribuzione globale fino al decimo giorno e del 40% a partire dal giorno successivo. Tale interpretazione trova il proprio supporto nell'art. 1, comma 40, della legge n. 247/2007 laddove si fa riferimento all'inciso «nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4 bis».

Una volta raggiunto il termine massimo dei trentasei mesi e fatta salva l'ipotesi dell'ulteriore contratto con «deroga assistita», il lavoratore non può più essere assunto con contratto a termine ma la circolare n. 18, opportunamente, afferma che lo stesso lavoratore può continuare ad essere utilizzato con contratto di somministrazione a tempo determinato, in quanto «il periodo massimo di trentasei mesi, peraltro derogabile dalla contrattazione collettiva, rappresenta un limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non al ricorso alla somministrazione di lavoro».

La novità introdotta nel "corpus" della norma dalla legge n. 133/2008 cui si riferisce la nota ministeriale appena citata, offre una via d'uscita per un orientamento diverso sui trentasei mesi: con accordo stipulato a livello nazionale, territoriale o aziendale, è possibile derogare alla sommatoria complessiva, magari, adattando la disposizione alle particolarità del settore o dell'impresa. Ciò che chiede il Legislatore

è che la trattativa ed il successivo accordo siano effettuati con quelle organizzazioni sindacali che siano veramente rappresentative su base nazionale e non con "sindacati di comodo".

Un altro problema riguarda le modalità di calcolo dei trentasei mesi.

Il Dicastero del lavoro, nella circolare n. 13/2008, parte dalla considerazione che la durata media dei mesi nell'anno è di trenta giorni e, di conseguenza, che periodi di trenta giorni sono pari ad un mese. Prendendo, come esempio, ai fini della sommatoria, due contratti a termine di durata diversa (1° gennaio - 20 febbraio) e (1° maggio - 20 giugno), si arriva ad un totale di tre mesi (gennaio, maggio oltre a trenta giorni aggiuntivi pari ad un mese) e dieci giorni (che rappresentano il residuo dei giorni lavorati oltre i trenta). Tale criterio di calcolo appare oltremodo semplice e, sostanzialmente corretto.

Se questa è la disciplina generale che tende a limitare il ricorso ai contratti a termine, è necessario, altresì, soffermarsi sia sulle deroghe alla disciplina della sommatoria che sulla possibilità della stipula di un ulteriore contratto oltre il termine massimo.

Per quanto riguarda il primo problema la stessa circolare n. 13/2008 individua alcune tipologie escluse che sono:

a) il contratto a termine dei dirigenti: il limite generale non opera in quanto per questa categoria di lavoratori il limite massimo resta fissato a cinque anni, come ribadito dall'art. 1, comma 41, lettera c), della legge n. 247/2007 che ha modificato l'art. 10, comma 4, del D.Lgs. n. 368/2001. Costoro possono recedere dal contratto dopo un triennio, nel rispetto del periodo di preavviso previsto dall'art. 2118 c.c. Il D.Lgs. n. 368/2001 non trova alcuna applicazione, salvo che per il principio della non discriminazione (art. 6) e per i criteri di computo (art.8);

b) i contratti di lavoro stagionali: essi non rientrano nel computo complessivo e, nel testo normativo, sono sempre considerati a parte, atteso che hanno anche una "gestione" particolare delle precedenzae. Quando si parla di attività stagionali ci si riferisce esplicitamente alle cinquantadue voci individuate nel D.P.R. n. 1525/1963 ed a quelle individuate dalla contrattazione collettiva.

Il limite dei trentasei mesi può essere "sforato" (art. 5, comma 4bis) con un ulteriore contratto stipulato tra il datore di lavoro ed il lavoratore assistito da un rappresentante sindacale espressione di una organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa a livello nazionale, cui aderisca o conferisca mandato: la sottoscrizione deve avvenire avanti ad un funzionario della Direzione territoriale del lavoro competente per territorio. La circolare n. 13/2008 attribuisce all'organo periferico del Ministero del lavoro una funzione prettamente "notarile", affermando che il ruolo è finalizzato alla verifica della completezza "formale" del contenuto, all'accerta-

mento che la volontà dell'interessato è libera da condizionamenti e, soprattutto, che non è attribuito all'atto sottoscritto alcun valore certificativo.

Alcune considerazioni sono, a questo punto, opportune e necessarie.

La prima è rappresentata dal fatto che ci si trova di fronte ad un nuovo contratto a termine (e non ad un contratto prorogato) che, però, scaturendo da una specifica norma di legge (e per quel che concerne la durata da una norma di natura pattizia), può essere stipulato anche senza attendere il decorso dei dieci (se l'ultimo è durato meno di sei mesi) o dei venti giorni (se, invece, è durato oltre i sei mesi), previsto, in via ordinaria, dall'art. 5, comma 3, nella versione riveduta e corretta dal D.L. n. 76/2013. La causale, riferibile anche all'attività ordinaria, va chiaramente esplicitata "nel concreto" e non può che riferirsi alle esigenze tecnico, produttive, organizzative o sostitutive.

La seconda concerne il ruolo della Direzione territoriale del lavoro alla quale, ora, la nota del Ministero del lavoro affida soltanto una funzione "notarile": pur nel rispetto di tale indirizzo, si ritiene che essa sia estremamente riduttiva, anche alla luce dell'attività di consulenza e di informazione postulata dal D.Lgs. n. 124/2004. L'ambito di operatività del funzionario (atteso che la propria firma non ha alcun valore di certificazione, in quanto si è al di fuori della procedura individuata dal Titolo VIII, capo I, del D.Lgs. n. 276/2003) va meglio chiarito e, ad avviso di chi scrive, ferma restando l'attività di assistenza nei confronti del lavoratore fornita dal sindacalista, non può non fornire chiarimenti e consigli sulla procedura, sulle rinunce, e sui principi generali che regolano l'istituto.

La competenza territoriale è individuata con il luogo ove il lavoratore è destinato a svolgere la propria attività: ciò non toglie che lo stesso possa, successivamente, essere impiegato in una sede diversa, nel rispetto dei dettati contrattuali e di legge.

Un ulteriore problema che potrebbe presentarsi è quello di un eventuale ulteriore contratto stipulato avanti ad una Direzione territoriale del lavoro, incompetente per territorio: tale patto è valido o no? Ad avviso di chi scrive, se la volontà delle parti è stata espressa senza alcuna costrizione, se il contratto individuale ha rispettato i contenuti di legge e dell'accordo collettivo cui fa riferimento, si ritiene che, per il principio generale della conservazione degli atti, lo stesso possa validamente spiegare i propri effetti. È questo, in sostanza, lo stesso concetto che è alla base della validità di un verbale di accordo raggiunto avanti ad una commissione provinciale di conciliazione incompetente.

La terza riflessione riguarda la durata dell'ulteriore contratto: qui sono le parti sociali che la stabiliscono. L'avviso comune per il settore dell'industria, ad esempio, sottoscritto il 17 marzo 2008 ha previsto

che la durata non possa essere inferiore agli otto mesi e che la contrattazione collettiva di settore possa addivenire ad un termine superiore come ha stabilito, con dodici mesi, il comparto dell'industria alimentare. Ovviamente, la contrattazione collettiva stabilisce il limite massimo non superabile: ciò significa che il contratto iniziale può ben essere inferiore al tetto massimo, raggiungibile (ma non superabile) attraverso l'istituto della proroga previsto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001.

Quando nel 2007 fu introdotto il limite massimo dei trentasei mesi per i contratti a termine, il Legislatore si preoccupò, in un'ottica finalizzata a consentire un graduale ed adeguato inserimento della nuova disciplina, di prevedere alcune disposizioni che consentirono una introduzione "soft" a partire dal 1° aprile 2009. Ovviamente, le questioni che allora furono affrontate sono, oggi, superate.

Un altro caso di nuovo contratto, oltre il termine dei trentasei mesi, la cui durata massima, però, è stabilita dalla legge ed è di dodici mesi è quello previsto dall'art. 28 della legge n. 221/2012 per le «imprese start-up innovative»: anche qui la sottoscrizione deve avvenire presso gli uffici della Direzione territoriale del lavoro, competente per territorio.

Diritto di precedenza

I commi *4quater*, *4quinquies* e *4sexies* dell'art. 5, nella nuova versione introdotta con la legge n. 247/2007 e con la legge n. 133/2008, hanno, sostanzialmente, allargato il diritto di precedenza nei contratti a termine che, nel tempo, aveva subito alcune riduzioni.

L'istituto, legato alla assunzione, alla riassunzione o alla stabilizzazione, è presente nel nostro ordinamento per una serie di situazioni estremamente variegata e diverse tra loro come il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale (art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949 e art. 8 della legge n. 223/1991), il contratto a tempo parziale (art. 12^{ter} del D.Lgs. n. 61/2000), i lavoratori stagionali extracomunitari che sono tornati nel loro Paese rispetto ad altri ingressi (art. 24, comma 4, del D.Lgs. n. 286/1998), i familiari delle vittime del terrorismo, delle stragi e del lavoro (legge n. 407/1998 e art. 3, comma 123, della legge n. 244/2007). Ovviamente, la riflessione che segue tratterà soltanto gli aspetti relativi ai contratti a termine avendo presente che, in linea di principio, il diritto di precedenza, stabilito dalla legge e, talora, dai contratti collettivi, afferisce alla sfera giuridica del lavoratore: esso deve essere fatto valere attraverso una manifestazione di volontà ed è, per sua natura, disponibile.

«Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di

contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i dodici mesi successivi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine»: questo recita il nuovo comma 4^{quater} merita alcuni approfondimenti, anche alla luce dell'inciso introdotto con l'art. 21, comma 3, della legge n. 133/2008 e delle novità, in materia di agevolazioni alle assunzioni, previste dall'art. 4, comma 12, lettera b), della legge n. 92/2012, esplicitate con estrema chiarezza dalla circolare Inps n. 137 del 12 dicembre 2012.

Il primo riguarda la sommatoria dei contratti: il periodo (comprensivo delle eventuali proroghe e degli "sforamenti") deve essere superiore a sei mesi e deve essersi svolto presso la stessa azienda. Ciò significa che non si calcolano i contratti che hanno avuto esecuzione con diversi datori di lavoro, seppur collegati tra di loro, mentre, al contempo, sono computabili i periodi trascorsi presso unità produttive della stessa impresa, seppur ubicate in zone o città diverse. Nel computo complessivo non rientrano i periodi trascorsi presso il datore di lavoro nell'esecuzione di altre tipologie di lavoro subordinato come l'apprendistato, il contratto di inserimento o reinserimento, il contratto a tempo indeterminato (risolto "ante tempus"), lo "stage" ove, peraltro, non si configura, per legge, una ipotesi di lavoro subordinato.

Il secondo approfondimento concerne il concetto delle «mansioni già espletate». La dizione adottata è più ristretta rispetto a quella che il Legislatore ha usato, ad esempio, per la sommatoria dei trentasei mesi, allorché ha parlato di «mansioni equivalenti»: quindi nel caso che ci interessa si deve trattare delle stesse mansioni già svolte.

La terza considerazione suscitata dalla norma riguarda l'esercizio della volontà di voler esercitare il diritto di precedenza: essa va manifestata entro i sei mesi successivi alla cessazione del rapporto attraverso il quale è stato superato il limite temporale dei sei mesi e la validità è soggetta ad un termine di decadenza che è di dodici mesi dal giorno in cui era scaduto il contratto. Nulla dice la disposizione circa il modo di esternazione della volontà: si ritiene che, per motivi pratici, sia più produttivo farlo per iscritto con una nota inviata al datore di lavoro.

La quarta riflessione riguarda la durata del diritto: essa è di dodici mesi mentre, paradossalmente, quella legata alla riassunzione di un lavoratore licenziato per riduzione di personale o giustificato motivo oggettivo, è di sei mesi (art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, come modificato dall'art. 4, comma 6, del D.Lgs. n. 297/2002).

Il quinto approfondimento concerne l'ambito di operatività del diritto: esso si estende, non essendoci alcun limite chilometrico, a tutte le articolazioni del-

l'impresa presenti sul territorio nazionale. Ciò potrebbe portare a dover risolvere alcuni problemi operativi attraverso accordi sindacali o, in mancanza, sulla base di criteri gestionali fissati dall'imprenditore, come quello di dover formulare una graduatoria tra coloro che hanno manifestato la volontà. Il Legislatore nulla ha detto ma, ad avviso di chi scrive, dovrebbero essere presi in considerazione criteri tra loro ponderati come la durata dei precedenti rapporti, il carico familiare e le situazioni personali (es. famiglia monoreddito o monoparentale).

Il sesto concerne l'operatività del diritto di precedenza, rispetto ad altre tipologie contrattuali: esso opera soltanto a fronte di assunzioni con la stessa qualifica. Ciò significa che se il datore di lavoro assume, ad esempio, con contratto di apprendistato, o procede a trasformazioni di contratti a tempo parziale in essere, il diritto non può essere esercitato.

Una settima riflessione discende direttamente dalla novità derogatoria introdotta con l'art. 21, comma 3, della legge n. 133/2008: con accordi collettivi sottoscritti con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, il termine dei sei mesi può essere "plasmato" (in aumento), in relazione alle esigenze del settore o dell'impresa. Infatti, l'accordo può essere anche territoriale o aziendale: ciò che chiede il Legislatore è che lo stesso non venga stipulato con "sindacati di comodo".

Un discorso del tutto analogo va fatto per i contratti a termine legati ad attività stagionali che il Legislatore ha avuto cura di tenere rigorosamente separati dai precedenti. Il comma 4^{quinqies} afferma che «il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali». La volontà va esternata (è preferibile per iscritto) al datore di lavoro nei tre mesi successivi ed il diritto (salvo una previsione migliorativa prevista dal contratto collettivo) si estingue entro un anno.

Anche in questo caso vanno effettuate alcune riflessioni.

La prima riguarda la natura della norma: l'art. 10, commi 9 e 10, del D.Lgs. n. 368/2001 aveva abrogato "le precedenze legali" rimettendole alla contrattazione collettiva. Ora, fermi restando i dettami contrattuali, essa è stata ripristinata.

La seconda concerne l'identificazione delle attività stagionali: vi rientrano quelle individuate dal D.P.R. n. 1525/1963, quelle fissate dalla contrattazione collettiva anche per punte di attività stagionali nel settore del trasporto aereo, dei servizi aeroportuali o delle imprese concessionarie del servizio postale (art. 2 del D.Lgs. n. 368/2001), ove la durata complessiva può essere di quattro o sei mesi e la percentuale non può superare il 15% dell'organico "fotografato" al 1° gennaio dell'anno al quale si riferiscono le assunzioni stagionali.

Una terza riflessione riguarda un'altra ipotesi di precedenza legata alle attività stagionali che non è stata enumerata nel D.Lgs. n. 368/2001 ma che è presente nel nostro ordinamento all'art. 59 del D.Lgs. n. 151/2001: si tratta della precedenza nelle stagionalità per le lavoratrici addette al settore industria o delle lavorazioni stagionali, nel caso di assunzioni in occasione della ripresa dell'attività nel primo anno di vita del bambino. È una precedenza "particolare", finalizzata a tutelare la lavoratrice stagionale in quanto madre. Da ciò discende che il diritto ha una portata più ampia rispetto a quello previsto, nella generalità dei casi, per un anno, in quanto, tenuto conto del periodo della gestazione, la stessa lo può esercitare entro un anno dalla nascita del bambino. Si ha motivo di ritenere che tale precedenza possa essere intesa come preferenza rispetto ad altri soggetti ugualmente aventi titolo (per il principio di tutela della maternità) e che, per la completa equiparazione avvenuta, la stessa trovi applicazione anche per i bambini adottati o in affido.

L'art. 4, comma 12, lettera *b*) della legge n. 92/2012, rafforza, in un certo senso, il diritto di precedenza, in quanto viene, chiaramente, affermato che eventuali incentivi alle assunzioni (che possono essere di natura economica, contributiva, fiscale, ma anche normativa) non spettano se viene violato il diritto di precedenza, stabilito sia dalla legge che dal contratto collettivo, finalizzato alla riassunzione di un lavoratore a tempo indeterminato licenziato che (ed è questo il caso che ci interessa) cessato da un rapporto a termine. Le agevolazioni non sono riconosciute anche nel caso in cui, prima dell'utilizzo di un lavoratore attraverso un contratto di somministrazione, il datore di lavoro utilizzatore non abbia, preventivamente, offerto la riassunzione al lavoratore titolare di un diritto di precedenza per essere stato licenziato da un rapporto a tempo indeterminato o cessato da un rapporto a termine.

La circolare Inps n. 137/2012 trattando direttamente la materia degli incentivi alle nuove assunzioni (ad esempio, quelle relative ai lavoratori in mobilità, ai disoccupati di lungo periodo, agli «over 50» ed alle donne, ma applicabile anche ai lavoratori in trattamento ASPI di cui parla il D.L. n. 76/2013, ecc.), "lega" fortemente il riconoscimento degli stessi all'integrale rispetto delle condizioni previste dall'art. 4, comma 12, della legge n. 92. Ovviamente, il mancato rispetto del diritto di precedenza in favore di un lavoratore che aveva maturato il diritto ed aveva manifestato la propria volontà di utilizzarlo (il datore di lavoro deve dimostrare che ha presentato l'offerta a chi si era dichiarato disponibile) non ha alcun effetto sul contratto instaurato, nel senso che esso, sul piano strettamente legale è legittimo: l'Inps non riconosce, soltanto, l'incentivo che, peraltro, è correlato alla persistenza di altre condizioni, alcune uguali per tutte le tipologie (Durc, rispetto degli obblighi normati-

vi e contrattuali scaturenti dalla contrattazione collettiva, anche di secondo livello, rispetto della normativa sulla sicurezza e l'igiene del lavoro, ecc.), altre specifiche (incremento occupazionale, ecc.).

Violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine

Con l'art. 21, comma *1bis*, della legge n. 133/2008 fu introdotto nel "corpus" del D.Lgs. n. 368/2001 un nuovo articolo, il *4bis*, che, già in sede di conversione dell'originario D.L. n. 112/2008, sollevò forti perplessità e taluni giudizi di palese incostituzionalità da parte di molti operatori. Ci si riferisce alla disposizione che, da molte parti, fu definita "anti - precari", in quanto andava ad incidere su posizioni processuali in corso, a seguito di ricorsi presentati al giudice del lavoro da parte di soggetti che ritenevano violate una serie di norme contenute nella disciplina dei contratti a termine, con la conseguente richiesta di trasformazione a tempo indeterminato. La norma riguardava il contenzioso giudiziario in corso alla data di entrata in vigore della legge di conversione, ossia il 21 agosto 2008. Erano state fatte salve le sentenze passate in giudicato: in tutte le altre situazioni che avevano comportato una violazione delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine (art. 1), o il trasporto aereo ed i servizi di aeroporto (art. 2), o la disciplina della proroga (art. 4), il lavoratore non aveva più diritto alla reintegra ma ad una indennità non inferiore a 2,5 e non superiore a 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (comprensiva, ad esempio, dei ratei aggiuntivi). Nella "quantificazione" si sarebbe dovuto tenere conto sia della durata del contratto, che delle dimensioni aziendali, che delle condizioni del prestatore: si trattava, in sostanza, dei requisiti, da tempo, fissati dall'art. 8 della legge n. 604/1966. La norma aveva, per così dire, una natura "temporanea" nel senso che non trovava applicazione nei confronti dei ricorsi instaurati a partire dal 22 agosto 2008 e si poneva lo "scopo" di intervenire su alcuni irragionevoli effetti giudiziari, dovuti, principalmente, alla eccessiva durata dei processi del lavoro.

Su tale disposizione è calata la "mannaia" della Corte costituzionale la quale, con sentenza n. 214/2009 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. *4bis* del D.Lgs. n. 368/2001.

Principio di non discriminazione

L'art. 6 afferma chiaramente che al prestatore di lavoro spettano sia le ferie (ma anche l'eventuale recupero delle festività soppresse), che la tredicesima mensilità, che il trattamento di fine rapporto, che ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori in forza a tempo indeterminato (es. mensilità

aggiuntive, premio di produzione, ecc.). Ovviamente, tali voci retributive sono erogabili in proporzione al periodo lavorativo svolto e sempre che non siano incompatibili con la natura del contratto a termine. La disposizione, parlando degli stessi diritti riferibili ai lavoratori «con contratto a tempo indeterminato comparabili» non fa altro che riprodurre un principio già enunciato nell'art. 5 della legge n. 230/1962, in base al quale i prestatori da prendere quale riferimento sono coloro che sono inquadrati nello stesso livello sulla base dei criteri di classificazione dettati dalla contrattazione collettiva.

La disposizione è importante, in quanto è strettamente correlata alle uniche sanzioni amministrative esplicitamente previste dal D.Lgs. n. 368/2001 all'art. 12 e, soprattutto, è la concreta applicazione di una delle finalità individuate dalla direttiva 1999/70/Ce. Per completezza di informazione è opportuno ricordare come la violazione dell'art. 6 sia punita con un importo compreso tra 25 e 154 euro: se si riferisce a più di cinque lavoratori la somma sale ed è compresa tra 154 e 1.032 euro.

Il principio di non discriminazione concerne, necessariamente, anche altre disposizioni non richiamate che riguardano la sfera individuale dei lavoratori.

Ci si riferisce, ad esempio, a tutte quelle previste dalla legge n. 265/1999 che disciplinano lo «status» degli amministratori locali. Vi sono una serie di garanzie (artt. 19, 24) in favore degli amministratori, siano essi dipendenti pubblici o privati, senza alcuna specificazione connessa alla durata del rapporto. Uguali considerazioni possono farsi per eventuali permessi sindacali, attesoché la legge n. 300/1970 non prevede alcuna esclusione per i lavoratori a termine, oltre che, ovviamente, per i quindici giorni di congedo matrimoniale retribuito.

La non discriminazione passa anche attraverso l'applicazione di particolari istituti previsti da leggi sulle quali, al momento, non ci si sofferma: ci si riferisce, ad esempio, alla tutela ed al trattamento economico in caso di assenze dovute a malattie, per le quali trova piena applicazione l'art. 5 della legge n. 638/1983 o alle tutele disposte in favore delle lavoratrici madri per effetto delle norme ora compendiate nel T.U. n. 151/2001 che trovano applicazione anche nei confronti dei lavoratori pubblici con contratto a tempo determinato.

Sotto l'aspetto del divieto di discriminazione è interessante sottolineare la sentenza della Corte di Cassazione n. 9864 del 6 luglio 2002 riferito alla «status» di maternità in correlazione alla stipula di un contratto a tempo determinato: non c'è alcuna disposizione che imponga alla lavoratrice gestante di far conoscere, al momento della stipula al datore di lavoro la natura del proprio stato, neppure quando venga assunta a tempo determinato. Tale obbligo non può, infatti, ricavarsi dai canoni generali di correttezza e buona fede previsti dagli articoli 1175 e 1375

c.c. o da altro generale previsto dal nostro ordinamento, considerato che una diversa opinione condurrebbe a ravvisare nello stato di gravidanza e puerperio un ostacolo all'assunzione al lavoro della donna e finirebbe, così, per legittimare operazioni interpretative destinate a minare in maniera rilevante la tutela apprestata a favore delle lavoratrici madri.

Formazione

Il lavoratore assunto con contratto a termine deve ricevere dal datore di lavoro una formazione sufficiente ed adeguata alle mansioni che è destinato a svolgere anche al fine di prevenire i rischi specifici connessi con l'esecuzione del lavoro: questo prevede l'art. 7 il quale rinvia ai contratti collettivi la possibilità di prevedere modalità e strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a termine ad opportunità formative adeguate, per aumentare la qualificazione, promuovere la carriera e migliorare le opportunità occupazionali. Bisognerà vedere come tali principi generali, estremamente condivisibili, saranno tradotti in pratica.

È questo, uno degli spazi contrattuali riservati alle Organizzazioni sindacali che, secondo una definizione già presente, ad esempio, nella legge n. 196/1997, debbono essere «comparativamente più rappresentative». Il termine è, lessicalmente, diverso dalla «maggiore rappresentatività» nel passato correntemente in uso nella nostra legislazione del lavoro: il riferimento appare modellato su un radicamento contrattuale ben maggiore rispetto al precedente concetto e che trova piena applicazione sia nell'art. 7 della legge n. 31/2008 che in una serie di concetti richiamati nella legge n. 92/2012. In sostanza, si è sbarrata, con maggior vigore, come già detto in precedenza, la strada in una materia delicata a sigle sindacali poco rappresentative.

L'obbligo di formazione, comunque, rappresenta una attuazione specifica delle prescrizioni in materia di prevenzione (sia di informazione che di informazione) che rientrano tra gli oneri del datore di lavoro, secondo la previsione contenuta nel D.Lgs. n. 81/2008. I requisiti di sufficienza e di adeguatezza della formazione debbono avere una sostanziale rispondenza nei rischi specifici del lavoro da effettuare.

Sulla base dei contenuti dell'art. 2, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 81/2008, lo svolgimento della formazione per la tutela e la sicurezza è indipendente dalla tipologia contrattuale. Da ciò ne consegue che il datore di lavoro sottostà agli obblighi previsti *ex art. 17* (valutazione dei rischi e designazione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione) ed *ex art. 18* (nomina del medico competente, visita medica preventiva per i neo assunti, obbligo di informazione e di addestramento, ecc.), oltre agli obblighi specifici derivanti dalla stessa valutazione dei rischi tipici di quelle lavorazioni.

Criteri di computo

Fino alla data di entrata in vigore della legge n. 97/2013, l'art. 8 affermava che, ai fini del campo di operatività delineato dall'art. 35 della legge n. 300/1970, i contratti a termine erano computabili ove il rapporto avesse avuto una durata superiore a nove mesi. Ora non è più così, in quanto l'art. 12 della legge comunitaria appena citata, prendendo lo spunto dalla procedura di infrazione della Comunità europea 2010/2045 afferma che «i limiti prescritti dal primo e secondo comma dell'art. 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300, per il computo dei dipendenti si basano sul numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro».

La disposizione appena citata, in vigore dal 4 settembre 2013, va correlata con quella presente nella legge di conversione n. 99/2013, vigente dal 23 agosto 2013, nella quale i lavoratori in mobilità usciti «dall'ombrello applicativo» del D.Lgs. n. 368/2001, per effetto di una modifica che li ha inseriti tra le tipologie escluse per effetto del comma 1 dell'art. 10, vanno, in ogni caso, computati, ai fini dell'art. 6 (principio di non discriminazione) e 8 (computo per le finalità dell'art. 35 della legge n. 300/1970): ebbene, la circolare del Ministero del lavoro n. 35/2013 afferma che i computabili (con le modalità stabilite dalla legge n. 97/2013) sono «esclusivamente quelli assunti a partire ... dal 23 agosto 2013».

L'art. 35 stabilisce che per le imprese industriali e commerciali le norme contenute nel titolo III (attività sindacale) ad eccezione del primo comma dell'art. 27 (locali a disposizione delle rappresentanze sindacali aziendali), si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo che occupa più di quindici dipendenti. Per quelle agricole, invece, il limite dimensionale è fissato ad almeno sei dipendenti. Queste norme trovano applicazione anche nei confronti delle imprese industriali e commerciali che nello stesso comune occupano almeno sedici dipendenti e delle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, di per sé considerata, non raggiunge tali limiti. È appena il caso di ricordare come per unità produttiva si intenda, per giurisprudenza costante, quella entità aziendale che si caratterizzi per sostanziali condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica ed amministrativa, tali che in essa si svolga e si concluda il ciclo relativo, o una frazione, o un momento essenziale dell'attività produttiva aziendale.

La durata dei contratti a tempo determinato incide anche sull'applicazione di altri istituti.

È il caso, ad esempio, del collocamento obbligatorio e del computo dei rapporti a termine nella base di calcolo.

L'art. 4, comma 27, della legge n. 92/2012, interve-

nendo sull'art. 4 della legge n. 68/1999, aveva cancellato, ai fini del calcolo, quell'esonero normativo concernente i rapporti a tempo determinato fino a nove mesi. Tale «status», però, è durato soltanto pochi giorni, in quanto con l'art. 46bis della legge n. 134/2012 si è verificata una parziale «marcia indietro», nel senso che, oggi, sono esclusi dal computo i contratti a termine di durata fino a sei mesi. Va, peraltro, sottolineato come il Ministero del lavoro, con la circolare n. 18 del 18 luglio 2012, dettando le prime indicazioni operative alle proprie strutture periferiche, abbia affermato che nel computo non vanno inclusi i rapporti stipulati per la sostituzione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto (es. maternità, infortunio, malattia, nel caso in cui questi ultimi siano stati già calcolati) e che i singoli contratti vanno computati con riferimento all'anno (due rapporti a tempo determinato di sei mesi, valgono, ad esempio, una unità).

Per quel che concerne, invece, un eventuale contratto a tempo determinato parziale (che è possibile nelle tre forme «orizzontale», «verticale» e «misto»), occorre rifarsi a quanto stabilito dall'art. 6 del D.Lgs. n. 61/2000, modificato, sul punto, dal D.Lgs. n. 100/2001: i lavoratori a tempo parziale vanno computati pro-quota in relazione all'orario svolto ma, ovviamente, ai fini delle quantificazioni di organico previste dall'art. 35 della legge n. 300/1970 per l'applicazione di particolari garanzie, occorrerà effettuare il calcolo sulla base dei nuovi criteri introdotti dall'art. 12 della legge n. 97/2013.

L'art. 4, comma 1, lettera d), del D.Lgs. n. 81/2008, che tratta, invece, gli obblighi in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, esclude dal computo dei dipendenti utile per far scattare particolari obblighi in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, i soggetti che sono stati assunti con contratto a tempo determinato in sostituzione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto.

Informazioni

L'art. 9 è, sostanzialmente, la trasposizione nel nostro ordinamento, del contenuto degli artt. 6 ed 8 della direttiva 1999/70/Ce. Viene demandata, infatti, alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità ritenute utili per informare i lavoratori a tempo determinato sulle potenzialità occupazionali esistenti nell'impresa, con l'obiettivo di offrire agli stessi la possibilità di occupare posti a tempo indeterminato. Attraverso lo strumento della pattuizione collettiva deve altresì essere garantita l'informativa alle rappresentanze sindacali a livello aziendale sulle prestazioni a tempo determinato. In questo caso, come già avviene nella disciplina di molti contratti nazionali, il sindacato interno dovrà essere messo a conoscenza, entro termini certi, del numero dei rapporti stipulati e delle motivazioni alla base degli stessi. Ciò appare

estremamente importante anche sotto l'aspetto del controllo degli accordi sottoscritti in quanto le parti sociali stabiliscono, nei modi individuati dall'art. 10, i limiti quantitativi dei contratti stipulabili annualmente.

Lo scopo dell'art. 9 è, indubbiamente, quello di favorire, anche attraverso l'informazione concordata con le organizzazioni sindacali, i processi di stabilizzazione dei rapporti all'interno dell'azienda. Essa si correla, indubbiamente, con i diritti di precedenza che sono stabiliti per legge non solo per i contratti a termine (art. 5, comma 4^{quater}) e che possono, comunque, subire una deroga per quel che concerne i tempi della durata dei precedenti rapporti attraverso la contrattazione collettiva, ma anche per i rapporti a tempo parziale (art. 5, comma 2 e articoli 12 *bis* e 12 *ter* del D.Lgs. n. 61/2000, questi ultimi introdotti dall'art. 1, comma 44 della legge n. 247/2007).

L'art. 12 della legge n. 97/2013 è intervenuto, sul-

l'art. 3, comma 2 (riscrivendolo) del D.Lgs. n. 25/2007 che riguarda l'informazione e la consultazione delle organizzazioni sindacali nelle imprese con almeno cinquanta dipendenti e che è attuativo di direttive europee come la n. 2002/14 dell'11 marzo 2002. Ebbene, ai soli fini del calcolo della soglia numerica occupazionale si afferma che la stessa «è definita nel rispetto delle norme di legge e si basa sul numero medio mensile dei lavoratori subordinati, a tempo determinato ed indeterminato, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro. In sede di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2, il computo dei dipendenti a tempo determinato, ai sensi dei medesimi commi, è effettuato alla data del 31 dicembre 2013, con riferimento al biennio antecedente a tale data». Per completezza di informazione, il comma 1 è quello che individua il campo di applicazione (imprese con un numero di lavoratori pari o superiore alle cinquanta unità).