

I CONTRATTI A TERMINE DOPO LA RIFORMA "FORNERO"

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

Le novità introdotte con la legge n. 92/2012 hanno, profondamente, ritoccato la normativa sul contratto a tempo determinato che, peraltro, su un aspetto, non secondario, quello del periodo di "latenza" tra un contratto e l'altro, è stato rivisto dall'art. 46 - bis della legge n. 134/2012. L'obiettivo che si è posto il Legislatore, è stato quello di favorire la c.d. "flessibilità buona" in entrata, cercando di agevolare, laddove possibile, il contratto a tempo indeterminato (e di ciò ne è palese testimonianza anche "lo spirito" con il quale sono, oggi, 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.

Le finalità della legge n. 92/2012 vengono perseguite attraverso:

- a) l'instaurazione di rapporti più stabili, con il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato;
- b) la valorizzazione dell'apprendistato;
- c) la redistribuzione in modo più equo delle tutele dell'impiego, da un lato contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità relativi alle tipologie contrattuali e, dall'altro, adeguando la disciplina del licenziamento;
- d) la revisione dell'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive;
- e) il contrasto di usi degli istituti contrattuali esistenti volti ad eludere obblighi contributivi e fiscali;
- f) la promozione di una maggiore inclusione delle donne nella vita economica e di nuove opportunità di impiego o di tutela del reddito per i lavoratori ultracinquantenni;
- g) la promozione di modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea.

L'obiettivo che ci si pone con questa riflessione è quello di effettuare, non solo, un esame approfondito dei vari articoli che compongono, oggi, il D.L.vo n. 368/2001, ma anche di effettuare un "excursus" su altre materie ed istituti correlati, per rendere possibile un esame, il più possibile esaustivo, 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.

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.

Il sistema delineato dal D.L.vo n. 368/2001 esce, ad avviso di chi scrive, complessivamente rafforzato dopo i cambiamenti introdotti dall'art. 1 della legge n. 92/2012 (e anche dall'art. 46 - bis della legge n. 134/2012, nella parte in cui ha "ridisciplinato" i periodi di "latenza" tra un contratto e l'altro "stagionale", rimandando alla contrattazione collettiva la possibilità di intervenire ulteriormente): esso appare più semplice e controllabile ai fini dell'allargamento di un'occupazione di buona qualità, atteso che, in caso di contenzioso, grava pur sempre sul datore di lavoro l'onere di giustificare la legittimità del contratto.

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 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 (e non quella del 6%) non è frutto di alcuna mediazione 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 professionalità, 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.

E' 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. E' 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 influente 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 scatterà, a partire dal 1° gennaio 2013, una maggiorazione contributiva pari all'1,4% che, però, non sarà applicata ai 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 predeterminazione alla durata dei contratti (si faceva riferimento alla voce n. 48 del DPR n. 1525/1963 - attività esercitate da aziende turistiche, con un periodo di inattività non inferiore a settanta giorni continuativi o a centoventi giorni non continuativi -), essendo la stessa una variabile strettamente correlata alle esigenze produttive del datore di lavoro, attesa anche la nota dell'INPS (circolare n. 36/2003) con la quale si ribadiva l'ammissibilità, in via generale, del contratto a termine, strettamente riferito alle esigenze aziendali, supportate dalle motivazioni datoriali. Va, inoltre, ricordato come la contrattazione collettiva (si pensi, ad esempio, al settore turistico), sia andata oltre il concetto di mera stagionalità, tale da comprendere 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.

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.L.vo n. 167/2011 e regolamentato, al momento, soltanto nel settore turistico che, però è bene dirlo, a scampo di equivoci, trova la propria regolamentazione, anche per gli aspetti sanzionatori degli organi di vigilanza, nel D.L.vo 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).

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, sicchè 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 con a tempo determinato un diritto di precedenza per l'assunzione presso la stessa azienda nella stagione successiva, con le medesime modalità che la legge e la contrattazione riconoscono ai qualificati. Nel caso di specie trova applicazione la disciplina collettiva che fa estinguere la precedenza entro l'anno successivo alla data di cessazione del rapporto e che impone, per il successivo esercizio, l'esternazione per iscritto al datore di lavoro della volontà da esercitare entro tre mesi dalla cessazione. Appare appena il caso di ricordare come, in via generale, il diritto di precedenza (diritto, peraltro, disponibile) 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 o a quelli per i lavoratori disabili, a seguito di convenzione ex art. 11 della legge n. 68/1999, 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.L.vo 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.

Ma, le firma 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.L.vo n. 368/2001, ipotizzando con un nuovo comma, l'1 -bis, il c.d. contratto "acausale".

Ma 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.L.vo 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, proprio per evitare "abusi" dell'istituto (la "acausalità" rappresenta pur sempre un'eccezione), ha previsto l'impossibilità di qualsiasi proroga per tale tipologia contrattuale: quindi, se il rapporto ha avuto, all'atto della stipula, una durata predeterminata, ad esempio, in sei mesi, è ad essa che bisogna far riferimento, non essendo, in alcun modo possibile (perché vietato dalla legge) effettuare una proroga, pur nell'ambito massimo consentito dalla "acausalità" (dodici mesi).

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.

Ma 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 1 - bis del D.L.vo n. 368/2001, disegna 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 fanno 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.

Sarà la pattuizione collettiva a definire, nel merito, i contenuti della norma appena descritta: però, si ritiene, che alcuni punti fermi debbano essere, in ogni caso, sottolineati.

Il primo riguarda la non applicabilità dell'istituto della proroga, pur nell'ambito del periodo massimo previsto: lo afferma, chiaramente, il nuovo comma 2 bis dell'art. 4 del D.L.vo n. 368/2001, mentre si ritiene possibile lo "sforamento" con la maggiorazione economica nei limiti previsti dalla norma.

La seconda questione concerne i soggetti legittimati alla stipula delle disposizioni derogatorie: si tratta dei 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. La novità legislativa riguarda la possibilità che, a livello decentrato (quindi, territoriale o, maggiormente, aziendale) si possano raggiungere accordi sulla materia. Il Legislatore riconosce ai c.d. "contratti di prossimità" tale potere, soltanto se espressamente delegato dalle strutture nazionali, derogando, in un certo senso, a quanto previsto dall'art. 8 della legge n. 148/2011. Tale deroga, da un punto di vista strettamente ermeneutico, può trovare la propria giustificazione sia sotto il profilo della successione delle leggi che sotto quello della specialità della norma dettata dalla legge n. 92/2012, rispetto a quella generale (peraltro, osteggiata da una parte del mondo sindacale), contenuta nella legge n. 148/2011. In chiave amministrativa, la circolare n. 18/2012 del Ministero del Lavoro, dopo aver sottolineato l'alternatività delle ipotesi sindacali non fa altro che ribadire il concetto secondo il quale deve ritenersi "esclusa la possibilità, da parte della contrattazione decentrata, di introdurre una disciplina diversa da quella già prevista dal Legislatore se non espressamente delegata a livello interconfederale o di categoria".

Il terzo problema da risolvere riguarda il calcolo dell'aliquota massima del 6% (ovviamente, le parti sociali potrebbero prevederne anche una minore): la

disposizione fa riferimento al numero dei lavoratori occupati nell'unità produttiva (e non nell'impresa nel suo complesso). Non si parla, esplicitamente, di lavoratori dipendenti, anche se il termine "occupati" adoperato, è, in un certo senso, utilizzato spesso come sinonimo di "subordinati": se così sarà, non entreranno nel computo i lavoratori somministrati, quelli con rapporto di lavoro autonomo, a prescindere dalla tipologia prescelta dalle parti, quelli con rapporto di apprendistato (salvo che non venga specificatamente previsto dall'accordo collettivo) o con contratto di inserimento (fino alla loro scadenza), mentre i contratti a tempo determinato in essere (ad eccezione di quelli per sostituzione) andrebbero computati, unitamente a quelli a tempo parziale in proporzione all'orario svolto. Saranno le parti sociali a disciplinare la materia, ma si ritiene che il calcolo del 6% sulla base occupazionale sia da riferirsi al momento in cui le assunzioni "acausali" avverranno.

Una quarta riflessione riguarda le ipotesi previste dal Legislatore per l'attivazione dei rapporti a termine "acausali", definiti dalla contrattazione collettiva. Alcune di esse, come, ad esempio, quella riferita alla "commessa consistente" appaiono alquanto generiche e, come tali, possibile oggetto di interpretazione varia da parte degli organi giudiziari.

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. Ma 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. E' 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.L.vo 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 ha introdotto, in caso di "sforamento" del termine contrattuale con prosecuzione del rapporto nei nuovi limiti previsti nel nuovo art. 5, comma 2, del D.L.vo n. 368/2001, un onere di comunicazione al centro per l'impiego, da assolvere entro la scadenza del termine inizialmente previsto, con modalità fissate in un decreto di natura non regolamentare del Ministro del Lavoro: sulla natura, sulle modalità e sulle conseguenze connesse a tale onere ci si soffermerà successivamente allorché si tratterà l'argomento delle "nuove prosecuzioni contrattuali".

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

Anche qui soccorrono le novità della legge n. 92/2012: 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 cpc), 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 diverrà 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 applicherà 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);
- d) agli apprendisti (ma qui il Legislatore ha, forse, dimenticato che l’art 1, comma 1, del D.L.,vo 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.L.vo n. 165/2001.

Da quanto appena detto, si evince che il contributo addizionale si applicherà sia ai contratti “acausal”, sia a quelli per esigenze tecnico, produttive ed organizzative, sia, infine, a quelli di breve durata fino a dodici giorni.

Ma, 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", allorquando la Direzione territoriale del Lavoro autorizza il superamento della percentuale del 15% (circ. n. 42/2002). Le disposizioni che si sono appena commentate relativamente alle imprese aeroportuali (tranne quelle che concernono i c.d., "aeroporti minori") si applicano anche alle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste: così recita il comma 1 bis, che parla di periodo massimo complessivo di sei mesi tra aprile ed ottobre, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, secondo una percentuale non superiore al 15% dell'organico in forza alla data del 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono. Sulle aziende grava l'onere della semplice comunicazione alle organizzazioni sindacali provinciali di categoria delle richieste di assunzione.

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. E' 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.L.vo 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 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, purchè avvenuto al termine di una procedura che ne prevedeva almeno cinque nella fase iniziale). E' del tutto ovvio che, pur in mancanza di richiamo specifico, la disposizione si applichi anche alle imprese sottodimensionate alle sedici unità, atteso che, il diritto di precedenza (di sei mesi) previsto, in via generale, dal nuovo art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, trova applicazione anche nei confronti di tali datori di lavoro che debbono, necessariamente, ricorrere a licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo. Il termine di sei mesi non vale se l'impresa ricorre a lavoratori iscritti nelle liste di mobilità: in questo caso, potrebbe essere soddisfatto il diritto di precedenza anche di un lavoratore licenziato dalla stessa impresa. L'ultima eccezione contemplata dalla lettera b) dell'art. 3 fa riferimento al fatto che il contratto a termine abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (in questo senso, potrebbe anche essere un rapporto "acausale"): ovviamente, ricorrendone le condizioni, lo stesso potrebbe essere prorogato fino a tre anni (cosa, però, non possibile per il contratto "acausale");

- 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. E' opportuno sottolineare come tale previsione non preveda alcuna forma di attenuazione o di disciplina diversa come avviene allorché 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.L.vo n. 626/1994, e successive modificazioni ed integrazioni. La disposizione che oggi va strettamente correlata agli adempimenti previsti nel D.L.vo n. 81/2008 che ha disciplinato "ex novo" la materia, è contenuta anche nella previsione di altre tipologie come il "job on call" e la somministrazione: essa risponde alla necessità, particolarmente più necessaria in tutte quelle forme che prevedono lavoro flessibile, del rispetto delle norme di sicurezza, cosa che comporta per il datore di lavoro che assume a tempo determinato una adeguata formazione ed informazione al fine di prevenire i rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 5241 del 2 aprile 2012, ha affermato che l'art. 3 del D.L.vo n. 368/2001 ha introdotto una quadruplicata 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 la nuova normativa, 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.

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. 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) dei quali si parlerà diffusamente più avanti. Ovviamente, la proroga non è possibile, per espressa disposizione legislativa (art. 1, comma 1 - bis), nell'ipotesi di contratto "acausale".

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.L.vo n. 368/2001: nel contratto di inserimento (almeno per quelli che saranno stipulati entro il 31 dicembre 2012, 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.L.vo 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".

Ogni discorso relativo alla proroga del contratto a termine non riguarda, come si è già avuto modo di ribadire più volte, il primo contratto a tempo determinato tra datore di lavoro e lavoratore, stipulato "senza causale", per un massimo di dodici mesi.

Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti

L'art. 5 del D.L.vo 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.

Ma, 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. 196/97 con una aggiunta normativa che, rifacendosi ad un indirizzo amministrativo contenuto nella circolare del Ministero del Lavoro n. 153 del 28 novembre 1997, chiarisce definitivamente l'oscuro contenuto dell'ultimo periodo del suddetto art. 12. Viene ribadito che se lo "sforamento" del termine è di pochi giorni il rapporto non è trasformato come prevedeva la legge del 1962 ed il disagio viene monetizzato con una percentuale di salario maggiorata. Si afferma, infatti, che se il rapporto continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato (ora possibile fino a tre anni di durata complessiva) il datore di lavoro deve corrispondere una maggiorazione della retribuzione pari al 20% per i primi dieci giorni: tale percentuale sale al 40% per le giornate successive fino alla trentesima od alla cinquantesima, a seconda che il contratto stipulato sia stato inferiore, pari, o superiore ai sei mesi (è questa una grossa novità contenuta nella legge n. 92 che ha innovato la previsione originaria).

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

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

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

Fino al 17 luglio 2012 non esisteva alcun onere, ma dal giorno successivo le linee di comportamento sono fornite dal nuovo comma 2 -bis dell'art. 5, come modificato dalla legge n. 92/2012. Il datore di lavoro ha l'onere di comunicare al centro per l'impiego competente per territorio, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre la scadenza, indicando, al contempo, la durata della prosecuzione. Tutto questo, però, non è stato disposto dal Legislatore in via automatica, nel senso che l'onere è stato correlato alla emanazione di un decreto di natura non regolamentare del Ministro del Lavoro che avrà il compito di stabilire le modalità della comunicazione, presumibilmente collegandole, alle comunicazioni telematiche al centro per l'impiego: il termine per la sua emanazione era stato fissato dalla norma per il 17 agosto 2012 (non essendo stato emanato a quella scadenza legislativa, si ritiene che lo stesso abbia natura ordinatoria).

L'onere della comunicazione della prosecuzione da inviare al centro per l'impiego non risulta accompagnato da alcuna specifica sanzione né, per analogia, può trovare applicazione quella prevista per la mancata comunicazione della proroga (da 100 a 500 euro), essendo esplicitamente vietata l'applicazione sanzionatoria senza specifica previsione.

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

La conversione a tempo indeterminato del rapporto, così come risulta disciplinata dall'art. 5, non è possibile, in quanto l'instaurazione di tale tipologia di rapporto, in virtù dell'art. 97 Cost. e dell'art. 36 del D.L.vo n. 29/1993 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, (ma soltanto se ha operato con dolo o colpa grave), 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 si preoccupa del problema legato alla successione dei contratti ed è stato oggetto di forti modifiche sia con la legge n. 92/2012 che con la legge n. 134/2012 che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 83/2012 (c.d. "Decreto Sviluppo). Questa norma è stata oggetto di forti pressioni e ripensamenti, atteso che, nella impostazione originaria, era stata vista come un "freno" anche alla c.d., "flessibilità buona" che il Legislatore ha inteso favorire con il nuovo impianto normativo.

Ma, andiamo con ordine, cercando di fare un minimo di chiarezza.

Il "testo - base" del nuovo articolo 5, comma 3, nasce con le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 9, lettera g), della legge n. 92/2012: "Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'art. 1, entro un periodo di sessanta giorni (prima erano dieci) dalla scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero di novanta giorni (prima erano venti) dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. I contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 1 -bis (che sono i nazionali, oppure, se delegati, quelli territoriali od aziendali), possono prevedere, stabilendone le condizioni, la riduzione dei predetti periodi,

rispettivamente, fino a venti e trenta giorni nei casi in cui l'assunzione avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato:

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

In mancanza di un intervento della contrattazione collettiva, ai sensi del precedente periodo, il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione (ossia il 18 luglio 2013), sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, provvede ad individuare le specifiche condizioni in cui, ai sensi del periodo precedente, operano le riduzioni ivi previste".

La norma ha prestato, subito, il fianco a diverse critiche, soprattutto, per quel che riguardava lo "stacco" per i contratti stagionali (ritenuto molto ampio e non in linea con le esigenze dei settori interessati), sicchè, prima ancora che entrasse in vigore la legge n. 92/2012 (18 luglio 2012), in Parlamento si sono create le condizioni per cambiare alcune disposizioni particolarmente rigide, attraverso undici (poi divenuti dodici) emendamenti concordati, tra cui (ed è quello che ci interessa in questa sede) quello relativo allo "stacco" tra i contratti a tempo determinato.

Ciò è avvenuto con l'art. 46 - bis della legge n. 134/2012 attraverso il quale si è stabilito che la "latenza" tra due contratti stagionali è di venti o trenta giorni, strettamente correlati alla durata del precedente contratto (fino a sei mesi o superiore), mentre, al contempo, è stata data alle parti sociali la possibilità di prevedere, attraverso la contrattazione collettiva, anche decentrata, di prevedere analoghi "stacchi" in altre ipotesi.

La norma sullo "stacco" è, però, in via generale, fatte salve le eccezioni appena descritte, di sessanta (prima erano venti) o novanta giorni (prima erano trenta) che vanno computati, come in precedenza, secondo il calendario e la cui inosservanza fa sì che il successivo contratto si consideri a tempo indeterminato. E' questo, un punto molto critico della norma che, sicuramente, è stato attenuato dalle modifiche intervenute con l'art. 46 - bis, ma che continua a presentare forti elementi di disturbo, atteso che rende molto più difficoltoso il rinnovo dei contratti a termine, cosa che è pienamente riscontrabile in ogni settore ed a prescindere dai limiti dimensionali.

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 infelice 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 sopracitata, attraverso il comma che si commenta: "Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto".

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

L'art. 5 offre, altresì, lo spunto per una brevissima riflessione sul recesso nel contratto a tempo determinato. Esso può avvenire, oltretutto 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. E' 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 cpc) 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 (conferma delle dimissioni, anche per il padre, entro i tre anni dalla nascita - dall'adozione o dall'affido - del bambino).

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.L.vo n. 368/2001, si ricorda che il patto di prova è una condizione che può sempre essere inserita in ogni tipologia contrattuale di lavoro, secondo l'art. 2094 c.c. e secondo le previsioni del CCNL per quel che concerne la durata;

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

La risoluzione anticipata del rapporto da parte del lavoratore attraverso le dimissioni (non determinate da "giusta causa") 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.

Ma cosa succede se il lavoratore contesta la diversa qualificazione del rapporto o la legittimità del termine?

Qui il Legislatore è intervenuto con l'art. 1, comma 11, della legge n. 92/2012 sulla previsione dell'art. 32, comma 3, lettera a) della legge n. 183/2010 ampliando, da un lato, i tempi per l'impugnazione stragiudiziale e, dall'altro, riducendo quelli per il successivo ricorso giudiziale: il tutto con riferimento alle cessazioni dei contratti a termine che avverranno 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 ridurranno i termini per il successivo ricorso giudiziale che passano da duecentosettanta 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.L.vo n. 124/2004 che consente, trattandosi di fatto omissivo, di pagare la sanzione minima.

Il nuovo comma 4 -bis, 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.L.vo n. 276/2003, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato".

Il quadro di riferimento normativo è, quindi, profondamente cambiato, atteso che anche la somministrazione 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.

E' 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 faticoso 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 signoraassente 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 di 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. 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 simili. Dalla sommatoria vanno esclusi anche i contratti a termine con i lavoratori in mobilità ex art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, per i quali l'art. 10, comma 6, specifica chiaramente che si applica la "disciplina speciale" e, quindi, non trova applicazione il D.L.vo n. 368/2001.

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.

Dal computo complessivo dei trentasei mesi vanno esclusi i rapporti a termine per le attività stagionali ex D.P.R. n. 1525/1963 e quelle postulate dagli accordi e dagli avvisi comuni delle parti sociali: è questo un fatto che già è accaduto in diversi settori come, ad esempio, in quello dell'industria alimentare ove sono state ipotizzate nuove figure di rapporti stagionali che possono durare fino ad otto mesi.

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 (venti o trenta giorni a seconda dei casi) con le maggiorazioni previste dall'art. 4, comma 1. Essa, pienamente condivisibile, va ora adattata alle novità normative che prevedono uno "sforamento" massimo di trenta o cinquanta giorni, a seconda delle ipotesi, previa comunicazione della prosecuzione al centro per l'impiego da effettuare entro il giorno di scadenza del contratto.

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".

Ma, 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, a mò di 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.

Ma 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.L.vo 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.L.vo 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 precedenze. 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 "sfornato" (art. 5, comma 4 -bis) 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'accertamento che la volontà dell'interessato è libera da condizionamenti e, soprattutto, che non è attribuito all'atto sottoscritto alcun valore certificativi.

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 sessanta (se l'ultimo è durato meno di sei mesi) o dei novanta giorni (se, invece, è durato oltre i sei mesi), previsto, in via ordinaria, dall'art. 5, comma 3, nella versione riveduta e corretta dalla legge n. 92/2012 che, in alcune ipotesi, prevede una "latenza" minore tra un rapporto e l'altro. 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.L.vo 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.L.vo 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 dettami 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 esplicare i propri effetti. E' 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.L.vo 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.

Diritto di precedenza

I commi 4- quater, 4 – quinquies e 4 – sexies 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.L.vo n. 61/2000), i lavoratori stagionali extracomunitari che sono tornati nel loro Paese rispetto ad altri ingressi (art. 24, comma 4, del D.L.vo 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.

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.L.vo n. 297/2002).

Il quinto approfondimento concerne l'ambito di operatività del diritto: esso si estende, non essendoci alcun limite chilometrico, a tutte le eventuali articolazioni dell'impresa su tutto il 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 a tempo determinato 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 – quinquies 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.L.vo 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.L.vo 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.L.vo n. 368/2001 ma che è presente nel nostro ordinamento all'art. 59 del D.L.vo 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. E' 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 ha 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.

Sicuramente, il Ministero del Lavoro e l'INPS forniranno, sull'argomento, gli opportuni chiarimenti amministrativi che non potranno non tenere in considerazione situazioni che, sotto l'aspetto pratico, si verificano quotidianamente, come, ad esempio, le transazioni economiche su diritti di precedenza.

Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine

Con l'art. 21, comma 1- bis, della legge n. 133/2008 fu introdotto nel "corpus" del D.L.vo n. 368/2001 un nuovo articolo, il 4 -bis, 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. 4 - bis del D.L.vo 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.L.vo 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, atteso che 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.

E' 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.L.vo 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.L.vo 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

Afferma l'art. 8 che, ai fini del campo di operatività delineato dall'art. 35 della legge n. 300/1970, i contratti a termine sono computabili ove il rapporto abbia una durata superiore a nove mesi. Tale disposizione 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. E' 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.

L'arco temporale di riferimento di nove mesi ai fini della computabilità, fino al 17 luglio 2012, era del tutto uguale a quello individuato dall'art. 4, comma 1, della legge n. 68/1999 per il calcolo del personale in forza sul quale andava quantificata l'aliquota dei disabili. L'art. 4, comma 27, della legge n. 92/2012, intervenendo sul predetto art. 4, ha 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. 46 -bis 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, ovviamente se questi ultimi sono già stati 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.L.vo n. 61/2000, modificato, sul punto, dal D. L.vo 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, ciò riguarderà soltanto quelli di durata superiore a nove mesi.

L'art. 4, comma 1, lettera d), del D.L.vo n. 81/2008 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.

Il discorso sulla computabilità introduceva, fino al 29 gennaio 2003, data di entrata in vigore del D.L.vo n. 297/2002, necessariamente anche quello della riserva del 12% in favore delle fasce deboli (lavoratori in mobilità, disoccupati da oltre ventiquattro mesi, speciali categorie individuate dalla Commissione Tripartita Regionale), previsto dall'art. 25, comma 1, della legge n. 223/1991 e che, per effetto dell'art. 9-ter della legge n. 608/1996, si applicava anche, a partire dal 1° gennaio 1996, anche alle imprese agricole che hanno occupato nell'anno precedente lavoratori per almeno 1350 giornate. Il Ministero del Lavoro, con circolare n. 163/1991, stabilì che l'onere della riserva andava applicato contando separatamente i contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato. La cancellazione dell'obbligo della riserva del 12% è effettiva: le Regioni, tenuto conto della composizione degli elenchi dei prestatori disponibili al lavoro, possono legiferare sull'argomento, riservando percentuali di posti alle c.d. "categorie deboli", ma le eventuali regole di computo e le percentuali sono, ora, rimesse alle stesse.

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.L.vo n. 61/2000, questi ultimi introdotti dall'art. 1, comma 44 della legge n. 247/2007).

Esclusioni, discipline specifiche, contratti con finalita nella ricerca, nel settore socio sanitario ed il contratto degli sportivi professionisti

L'articolo 10 è stato, profondamente, ritoccato dalla legge n. 247/2007, ma anche i recenti provvedimenti contenuti nella legge n. 92/2012 hanno, sia pure indirettamente, inciso in profondità. Esso elenca, innanzitutto, alcune tipologie contrattuali escluse dall'applicazione di questa normativa che sono:

- a) il contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, disciplinato dal D.L.vo n. 276/2003 (ma, come si vedrà successivamente, l'esclusione non è più totale, dopo i rilevanti cambiamenti intervenuti con la legge n. 92/2012). L'Agenzia del lavoro fornitrice assume un lavoratore per inviarlo in missione ad un'impresa utilizzatrice ove resta a disposizione e presta la propria attività sotto la sua direzione e controllo). Il contratto è stipulato per iscritto, copia dello stesso è rilasciata al lavoratore entro cinque giorni dalla data di inizio dell'attività presso l'impresa utilizzatrice e contiene i motivi del ricorso alla fornitura, l'indicazione dell'impresa fornitrice e di quella utilizzatrice, i dati di riferimento e garanzia, le mansioni e l'inquadramento, il periodo di prova e la durata, il luogo, l'orario ed il trattamento economico e normativo, la data di inizio e fine dell'attività e le eventuali misure di sicurezza necessarie per il tipo di attività. Anche la proroga, istituito ben conosciuto nel contratto a termine, assume una connotazione diversa nell'ottica della somministrazione: il contratto collettivo che ad essa fa riferimento stabilisce che, con il consenso del lavoratore interessato, essa avvenire

per quattro volte con una durata complessiva del periodo prorogato non superiore a ventiquattro mesi. La legge n. 92/2012, attraverso l'art. 1, comma 9, è intervenuta sull'art. 5, comma 4 - bis del D.L.vo n. 368/2001, richiamando il contratto di somministrazione tra utilizzatore e lavoratore in missione il cui periodo diviene pienamente computabile con i contratti a tempo determinato nella sommatoria dei trentasei mesi, oltre i quali se prosegue, il rapporto diviene a tempo indeterminato. Il tetto dei trentasei mesi complessivi può, comunque, essere superato ricorrendo a contratti di somministrazione in quanto il divieto per l'utilizzatore scatta soltanto per nuovi contratti a termine. Per la verità, la legge n. 92/2012 (nuovo comma 1- bis dell'art. 1) ha introdotto, questa volta direttamente, un'altra novità, nel contratto di somministrazione a tempo determinato: se si tratta del "primo invio in missione", esso può essere anche "acausale" per qualsiasi mansione (quindi, senza le classiche motivazioni riferibili alle esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive), può durare fino a dodici mesi e non è prorogabile. In alternativa alla previsione "legale del contratto di somministrazione "acausale", Il Legislatore ha previsto la possibilità- che la pattuizione collettiva, anche decentrata, se delegata, possa stabilire una percentuale di contratti a termine o di somministrazione fino al 6% dei lavoratori occupati, correlati ad un determinato processo organizzativo, per una serie di ipotesi predeterminate quali l'avvio di una nuova attività produttiva, il lancio di un prodotto od un servizio innovativo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, il rinnovo o la proroga di una commessa consistente;

- b) il contratto di formazione e lavoro: tale tipologia nel settore privato non c'è più, attesa l'abrogazione avvenuta con l'art. 86, comma 9, del D.L.vo n. 276/2003. Essa, pur nata nel dicembre del 1983, quale "volano" per l'occupazione giovanile, rimase, negli anni successivi, nel solo settore pubblico, limitata a pochissimi casi, dei quali si parlava, in occasione delle leggi finanziarie di "fine anno", soltanto ai fini delle proroghe, per posticiparne la stabilizzazione;
- c) il contratto di apprendistato: pur essendo stato citato direttamente dall'art. 10, esso, per espressa dizione contenuta nell'art.1, comma 1, del D.L.vo n. 167/2011 che lo ha riscritto completamente (e che la legge n. 92/2012 ha aggiornato in alcune parti), è un contratto a tempo indeterminato, a prescindere dalla tipologia di riferimento (professionalizzante, alta formazione o per l'acquisizione di un diploma professionale) ed ivi compresa quella che si riferisce ai lavoratori in mobilità. Soltanto la fase formativa è "legata" ad una scadenza temporale (in generale, la durata massima è di tre anni, fatte salve le qualifiche "artigianali" ed i rapporti "stagionali" nel turismo), previo esercizio del periodo di preavviso secondo la previsione contenuta nell'art. 2118 c.c. ;
- d) il contratto di lavoro intermittente: disciplinato dagli articoli da 34 a 40 del D.L.vo n. 276/2003 (ma l'art. 37 è stato abrogato dalla legge n. 92/2012, come è stato cancellato il riferimento allo stesso articolo che

- c'era nel 34) rappresenta, sia nella forma a tempo indeterminato che in quella a termine, una forma particolare di flessibilità ove la prestazione (prescindendo da ogni discorso legato alla corresponsione o meno dell'indennità di disponibilità) è eventuale, essendo legata alla "chiamata" del lavoratore. Il contratto intermittente a tempo determinato, non è minimamente paragonabile al contratto a termine, atteso che la prestazione è discontinua e correlata ad una richiesta datoriale, non si applica la disposizione sullo "stacco" tra un contratto e l'altro, né quella della maggiorazione della retribuzione dopo la scadenza e non rientra nella sommatoria dei trentasei mesi. Per completezza di informazione, va ricordato che per effetto del nuovo comma 3 - bis dell'art. 35, introdotto dalla legge n. 92/2012, e al fine di evitare effetti elusivi e distorsivi, è stato introdotto un obbligo di comunicazione a carico del datore di lavoro prima dell'inizio della prestazione da inviare via fax, sms, posta elettronica o altra modalità individuata dal Dicastero del Welfare, alla Direzione territoriale del Lavoro, competente per territorio. Il mancato rispetto è punito, per ogni lavoratore interessato da una sanzione compresa tra 400 e 2.400 euro, non diffidabile, ed estinguibile soltanto in misura ridotta con 800 euro;
- e) il tirocinio e lo stage: si tratta di alcune tipologie particolari (l'elencazione, tenuto conto della fertilità del nostro Legislatore, non è esaustiva) che, disciplinate, in via generale, dall'art. 11 della legge n. 148/2011 (ma la legge n. 92/2012 ne ipotizza un radicale cambiamento), sono caratterizzate dall'apposizione di un termine, ma non rientrano nella disciplina generale del contratto a tempo determinato, in quanto non prevedono la costituzione di alcun rapporto di lavoro. Particolarmente importanti anche sotto l'aspetto dell'esperienza lavorativa e per i riflessi sulla quota quantitativa degli eventuali contratti a termine stipulati alla scadenza, sono i tirocini per i quali una utilizzazione proficua può avvenire attraverso le esperienze dei giovani e dei portatori di handicap, secondo i percorsi ipotizzati per questi ultimi dalle convenzioni previste dall'art. 11 della legge n. 68/1999;
 - f) i richiami in servizio del personale volontario del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco che, secondo la previsione dell'art. 6, comma 1, del D.L.vo n. 139/2006, non costituiscono rapporto di lavoro con l'Amministrazione. Tale disposizione è stata introdotta nel "corpus" dell'art. 10, dalla legge n. 183/2011;
 - g) il rapporto tra datore di lavoro agricolo ed operaio a tempo determinato: il settore agricolo è estremamente peculiare e caratterizzato da prestazioni a termine, legate ad attività giornaliere ed a stagionalità. La definizione di impresa agricola (ricavabile dal D.L.vo n. 228/2001) è oltremodo necessaria per individuare se si è in presenza di lavoro in agricoltura o si è in quei settori "a confine" ove l'attività dell'azienda risponde a connotazioni industriali e commerciali, in ogni caso prevalenti. Essa fu, a suo tempo, fornita dalla giurisprudenza (Cass., 13 gennaio 1997, n. 265, in Lav. Giur., 1997, 772). La Suprema Corte ha affermato che, oltre alla coltivazione del fondo, all'allevamento del bestiame, all'acquacoltura ed alla silvicoltura, si possono intendere come agricole

quelle attività connesse e complementari dirette alla trasformazione dei prodotti agricoli, ove è riscontrabile uno stretto collegamento tra l'attività principale e quella di trasformazione dei prodotti, come finalizzata all'integrazione ed al completamento dell'utilità economica derivante dalla prima, secondo il normale ciclo produttivo. La non assoggettabilità del rapporto di lavoro agricolo alla normativa sui contratti a termine risale sia al principio già contenuto nella legge n. 230/1962 che alla sentenza a Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U., 13 gennaio 1997, n. 265) la quale, peraltro, aveva dato una interpretazione di "lavoro stagionale agricolo" ben oltre la previsione del DPR n. 1525/1963. Il D.L.vo n. 368/2001 ha esteso tale concetto a tutto il settore con lo scopo principale di non deprimere le possibilità occupazionali, come efficacemente sottolineato al punto 6 della circolare n. 42/2002 del Ministero del Lavoro che richiama anche, per le definizioni di "operai a tempo determinato, le definizioni contenute nell'art. 12, comma 2, del D.L.vo n. 375/1993. Ovviamente, il personale impiegatizio del settore agricolo è "fuori" da questa previsione speciale e rientra, a tutti gli effetti, nella disciplina fissata dal D.L.vo n. 368/2001;

- h) il contratto di inserimento e di reinserimento professionale: già previsto dagli articoli 54 e ss. Del D.L.vo n. 276/2003 è stato cancellato dall'art. 1, comma 14, della legge n. 92/2012. E' una abrogazione, però, che fa salvi sia i contratti in essere fino alla scadenza (diciotto mesi al massimo, che possono diventare trentasei per i portatori di handicap), che quelli che saranno stipulati entro il 31 dicembre 2012. La "cancellazione" degli articoli da 54 a 59 del D.L.vo n. 276/2003 di tale tipologia definita come "un contratto di lavoro diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro di una serie di soggetti indicati nelle lettere che vanno da a) ad f) dell'art. 54" non avverrà, però, ad una data predeterminata per "calendario" dal Legislatore, ma seguirà la "vita" dei singoli contratti. Ovviamente, fino al loro "spirare" i contratti conservano la loro specificità, sia per quel che concerne i vantaggi di natura economica e contributiva (laddove riconosciuta) che per quelli normativi, con l'esclusione dalla base di calcolo per l'applicazione di istituti previsti dalla legge (ad esempio, collocamento disabili) e dalla contrattazione collettiva.

Il comma 3 dell'art. 10, si riferisce alla assunzioni fino a tre giorni (le c.d. assunzioni "extra") per l'esecuzione di speciali servizi nei settori del turismo e dei pubblici esercizi: la normativa sul D.L.vo n. 368/2001 non trova applicazione ma, per quel che concerne la possibilità della comunicazione "posticipata" entro i cinque giorni successivi, questa non c'è più, grazie ai recenti provvedimenti (art. 4 della legge n. 183/2010 e art. 18 della legge n. 35/2012) che hanno cancellato tale possibilità. Sotto questo aspetto, fatti salvi i casi di forza maggiore, già contemplati, in via generale, i datori di lavoro appartenenti ai settori sopra indicati, potranno, in caso' di dati incompleti, effettuare, prima dell'inizio della prestazione, una prima comunicazione

contenente i dati, il codice fiscale del lavoratore, riservandosi la successiva completa nei tre giorni successivi.

Un'altra esclusione dalla normativa generale (ad eccezione degli artt. 6 ed 8 relativi alla non discriminazione ed ai criteri di computo per gli effetti previsti dall'art. 35 della legge n. 300/1970) riguarda i dirigenti per i quali la durata del contratto a termine non può eccedere i cinque anni: tuttavia, trascorso un triennio, gli stessi possono recedere offrendo il periodo di preavviso previsto dall'art. 2118 c.c.. La norma ricalca anche nei contenuti l'analoga previsione già contenuta nell'art. 4 della legge n. 230/1962. L'assunzione, nel rispetto dei contratti collettivi di riferimento, deve risultare da atto scritto con l'indicazione del luogo di lavoro e delle funzioni attribuite, dei poteri e delle responsabilità inerenti l'incarico, del trattamento economico e delle eventuali condizioni di miglior favore, nonché del periodo di prova, se previsto.

La vecchia normativa parlava di dirigenti tecnici ed amministrativi, l'attuale di dirigenti "tout court". La differenza non c'è, tuttavia, è bene ricordare come la identificazione sia da intendersi in senso "stretto", in quanto non comprensiva dei funzionari direttivi e dei quadri intermedi. Riprendendo una definizione contenuta in un contratto collettivo di categoria si può affermare che dirigente "è colui per il quale sussistono le condizioni di subordinazione ex art. 2094 c.c. e che ricopre nell'impresa un ruolo caratterizzato da elevata professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplica la sua funzione per la promozione, il coordinamento, la gestione e la realizzazione degli obiettivi dell'impresa".

E' interessante sottolineare un indirizzo relativo al termine massimo dei cinque anni, espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 13326 del 12 settembre 2002, secondo il quale il contratto quinquennale è da ritenersi valido, pur se la qualifica di dirigente sia stata convenuta derogando il contratto collettivo e indipendentemente dalle mansioni effettivamente svolte ex art. 2103 c.c. .

La risoluzione anticipata del rapporto postulata da una richiesta di licenziamento per motivi economici del dirigente (soltanto per tale motivazione) comporta la necessità, a partire dal 18 luglio 2012, dell'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, qualora l'impresa abbia un organico sopradimensionato alle quindici unità: è questo uno degli effetti derivanti dall'art. 1, comma 40, della legge n.92/2012 che ha riscritto l'art. 7 della legge n.604/1966. Il datore di lavoro ha l'onere di aprire la procedura inviando una nota alla Direzione territoriale del Lavoro (per conoscenza all'interessato) con le motivazioni che giustificano la richiesta di recesso. Il tentativo si svolge avanti alla commissione ex art. 410 cpc e si può protrarre lungo un arco temporale di venti giorni (salvo proroghe concordate) al termine del quale, con il contributo fattivo dell'organo di conciliazione, si prospetta una soluzione di natura economica che, se accettata, chiude la controversia. In caso contrario, la proposta avanzata dall'organo collegiale costituisce un elemento basilare per la decisione del giudice adito dopo il mancato accordo.

L'applicabilità dell'art. 8, riguarda unicamente il fatto che il dirigente rientra nel computo numerico previsto dall'art. 35 della legge n. 300/1970 per la identificazione delle dimensioni dell'impresa ai fini dell'applicazione di tutta la normativa di garanzia prevista dal Capo III della stessa (qualora, ovviamente,

abbia un contratto a termine superiore a nove mesi). Detto questo, è opportuno ricordare come per effetto di una disposizione a carattere speciale che conserva la propria validità, contenuta nell'art. 4, comma 1, della legge n. 68/1999, i dirigenti sono esclusi dalla base di computo su cui si calcola l'aliquota per l'avviamento obbligatorio dei disabili.

Il Ministero del Lavoro, con la lettera circolare del 14 dicembre 2001, ha precisato una serie di questioni relative ai contratti dei dirigenti, tra cui la non applicazione di quasi tutte le disposizioni del D.L.vo n. 368/2001 ed il fatto che la proroga, ammissibile anche per tali contratti, deve restare sempre nell'ambito complessivo della durata quinquennale.

L'esclusione dalla previsione legislativa riguarda anche (comma 5) i rapporti a termine instaurati con le imprese che esercitano il commercio di esportazione, importazione e all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli: si tratta di una previsione imputabile alla specialità del rapporto ma che non trova alcun apparato normativo specifico di supporto. Ciò significa, ad avviso di chi scrive, assoluta libertà contrattuale.

Il comma 6 richiama esplicitamente le discipline speciali sui contratti a termine che restano in vigore. Esse sono:

- a) l'art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991 che consente l'assunzione a termine dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità per un periodo massimo di dodici mesi. Si tratta di una misura destinata a creare nuove opportunità occupazionali realizzabile anche attraverso lo sgravio contributivo pressoché totale di cui gode il datore di lavoro (contribuzione, a carico del datore di lavoro pari al 10%, del tutto uguale a quella prevista per gli apprendisti). La trasformazione a tempo indeterminato del rapporto comporta il riconoscimento di altri dodici mesi di sgravio cui può aggiungersi, per un analogo periodo e se ancora dovuta al lavoratore, il 50% dell'indennità di mobilità. Sia il Ministero del Lavoro, in via amministrativa (rispetto alla allora vigente normativa, contenuta nella legge n. 230/1962), che la Cassazione (Cass., n. 9174/2000) ne avevano riconosciuto la specificità rispetto alla normativa generale, considerandolo una ulteriore ipotesi di contratto a termine;
- b) l'art. 10 della legge n. 53/2000, ora inserito nell'art. 4 del Testo Unico delle disposizioni legislative sulla maternità e sulla paternità n. 151/2001: la sostituzione di lavoratrici o lavoratori assenti per maternità, adozione od affidamento può avvenire anche con un anticipo di un mese rispetto al periodo di inizio del congedo (fatto salvo l'eventuale maggior periodo previsto dalla contrattazione collettiva) con un "accavallamento" dei soggetti interessati. Alle imprese che presentano un organico non superiore alle venti unità e che hanno in corso contratti in sostituzione, è riconosciuto uno sgravio contributivo del 50% fino al compimento di un anno di età del bambino o per un anno dall'accoglienza del minore adottato od in affidamento. Un trattamento pressoché analogo è previsto nelle aziende ove operano lavoratrici autonome: in caso di maternità, adozione di minore o affidamento, la sostituzione avvenuta attraverso l'assunzione di personale a tempo determinato, è incentivata, per un periodo massimo di dodici mesi, con lo sgravio contributivo del 50% degli oneri previdenziali a carico del datore. Per completezza di informazione

va ricordato come, rispondendo, in data 1° settembre 2008, ad un interpello (prot. 36/2008), il Dicastero del Lavoro abbia affermato che lo sgravio contributivo, pur in assenza della lavoratrice sostituita, non possa essere riconosciuto (anche nell'arco temporale dei dodici mesi) se il titolo dell'assenza dal lavoro della stessa è cambiato (es. ferie);

- c) l'art. 75 della legge n. 388/2000 ma che fu abrogato dall'art. 1, comma 17, della legge n. 243/2004. In ogni caso, in termini occupazionali, la rilevanza è stata assai scarsa. Esso prevedeva la possibilità per lavoratori del settore privato che avevano maturato i requisiti contributivi e di età per la pensione di anzianità, di stipulare un contratto a termine con il proprio datore di lavoro, incassando la quota contributiva a loro carico.

Ad avviso di chi scrive, l'elencazione prospettata dal Legislatore non esaurisce la gamma delle altre normative particolari riferibili ai contratti a termine che restano in vigore, atteso che non c'è stata alcuna abrogazione esplicita e la loro sopravvivenza non è affatto incompatibile con le nuove norme. Ci si riferisce, ad esempio, ai contratti a termine per attività di ricerca previsti dall'art. 14 della legge n. 196/1997 nelle piccole e medie imprese ed in quelle artigiane con l'avviamento di diplomati universitari, laureati o ricercatori nell'ambito di progetti di ricerca di durata predeterminata, ai contratti a termine per l'esercizio di attività socio-sanitarie, disciplinati dall'art. 53 della legge n. 144/1999, i cui destinatari sono le province, i comuni, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza e le istituzioni sanitarie del Servizio Sanitario Nazionale, alle assunzioni a tempo determinato per la sostituzione di lavoratori tossicodipendenti, assunti a tempo indeterminato, che accedono a programmi terapeutici e di riabilitazione presso i servizi socio-sanitari delle unità sanitarie locali, per un periodo non superiore a tre anni, secondo la previsione dell'art. 99 della legge n. 685/1975, come sostituito dall'art. 29 della legge n. 162/1990.

Un altro contratto a termine che è fuori dalla disciplina del D.L.vo n. 368/2001 è quello previsto dalla legge n. 91/1981 in materia di rapporti tra società sportive e professionisti. Il rapporto può assumere diverse forme e, per quel che ci interessa in questa trattazione, anche quello del contratto a tempo determinato che deve essere conforme (art. 4) ad un contratto tipo predisposto dalla federazione sportiva nazionale e dai rappresentanti delle categorie interessate. Il comma 8 del medesimo articolo, oltre ad escludere l'applicazione di disposizioni fondamentali della legge n. 300/1970 afferma che "ai contratti a termine non si applicano le norme della legge n. 230/1962": ovviamente, ora, tale disposizione è da leggersi riferita al D.L.vo n. 368/2001. Il contratto (art. 5) può contenere l'apposizione di un termine risolutivo, non superiore a cinque anni, dalla data di inizio del rapporto ed è ammessa la successione di contratto a termine fra gli stessi soggetti, come è ammessa la cessione del contratto. Si tratta, in ogni caso, di un contratto tipico che deve rispettare le formalità previste dall'art. 4: se ciò non avviene, affermo, a suo tempo, la Corte di Cassazione (Cass., 8 giugno 1995, n. 6439), ricorrendone i presupposti, il contratto è di lavoro subordinato e, quindi, non operando la deroga prevista al comma 8 dell'art. 4, si applica la disciplina generale sul contratto a tempo determinato.

Il contratto degli sportivi professionisti è, a tutti gli effetti, una tipologia di lavoro subordinato, sia pure a termine, nella maggior parte dei casi (nel settore calcistico la durata massima del contratto è di cinque anni). Ciò comporta la necessità di tutti gli adempimenti amministrativi conseguenti alla instaurazione ed alla gestione di un normale rapporto di lavoro (comunicazione anticipata al centro per l'impiego, scritturazioni sul Libro Unico del Lavoro alle scadenze prefissate, ecc.), ma anche, nell'ipotesi di una risoluzione anticipata sia consensuale (cosa frequentissima nel c.d. "mercato calciatori") che per dimissioni, quella della convalida dell'atto rescissorio, secondo la procedura individuata dall'art. 4, commi 17 e seguenti, della legge n.92/2012.

Il D.L.vo n. 368/2001 non trova, in alcun modo, applicazione e le stesse eventuali rivendicazioni di natura giudiziaria non possono essere avanzate direttamente, in quanto, la clausola compromissoria prevede che sulle stesse si pronunci un collegio arbitrale.

Altre ipotesi di contratto a termine sulla quale è opportuno soffermarsi sono quelle conseguenti alle procedure di emersione dal "nero" e di stabilizzazione da precedenti rapporti di collaborazione coordinata e continuativa previste, rispettivamente (sia pure, con una terminologia leggermente diversa) dai commi 1200 e 1210 dell'art. 1, della legge n. 296/2006, prorogati, dopo uno "stacco temporale", al 30 settembre 2008. Senza entrare nel merito delle stesse, cosa che ci porterebbe lontano dalla nostra riflessione, si può affermare che nell'uno e nell'altro, al termine di procedure abbastanza simili che vedevano coinvolti, a vario titolo, datori di lavoro, lavoratori, organizzazioni sindacali, Direzioni territoriali del Lavoro, INPS e INAIL (quantomeno, nella loro rappresentanza di vertice, ai fini della concessione delle regolarizzazioni) era previsto, quale requisito necessario, che al lavoratore "in nero" (comma 1200) doveva essere assicurato un rapporto di lavoro subordinato di almeno ventiquattro mesi dalla regolarizzazione o che (comma 1210) al lavoratore, già collaboratore coordinato e continuativo doveva essere garantito un rapporto subordinato "non inferiore a ventiquattro mesi".

La norma, invero abbastanza scarna, nulla diceva di altro: in ogni caso, si sostenne (tra l'altro, l'emersione dal "nero" e la regolarizzazione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si rivelò un grosso "flop") che trattandosi di rapporti già esistenti e tenendo conto che il Legislatore aveva inteso "portare alla luce" rapporti di lavoro "nascosti", che non era necessaria l'apposizione di una motivazione che facesse riferimento al c.d. "causalone".

Il comma 7 dell'art. 10 riguarda direttamente ciò che è riservato alla contrattazione collettiva: la quantificazione (con molte eccezioni) dei rapporti a termine che è possibile stipulare annualmente.

Nel numero complessivo, espresso in percentuale sull'organico in forza al 31 dicembre dell'anno precedente, le parti sociali possono tener conto delle varie realtà produttive del nostro Paese: di conseguenza, esso potrà non essere uniforme, ma variare secondo le aree geografiche.

Alcune tipologie particolari non sono comprese nell'aliquota globale. La non computabilità riguarda:

- a) le assunzioni c.d. "start-up" che riguardano le fasi di avvio delle nuove attività. La contrattazione collettiva può, tuttavia, individuare l'arco temporale di validità che può essere diversificato in ragione del territorio

e del settore merceologico. Si ha ragione di ritenere che la diversificazione possa essere determinata anche in relazione ad alcune attività necessarie nella fase di avvio come, ad esempio, le campagne promozionali legate all'apertura di un nuovo centro produttivo o commerciale;

- b) le assunzioni a carattere sostitutivo: vi rientrano tutte quelle ipotesi già scaturenti dall'art. 1, comma 1, lettera b) della legge n. 230/1962, nonché quelle (come la sostituzione del lavoratore in ferie) individuate dalla contrattazione collettiva. C'è da osservare, peraltro, che la contrattazione collettiva ha, sostanzialmente, da sempre, escluso dal quantitativo numerico le sostituzioni per maternità, atteso che le stesse sono legate a fatti non prevedibili, "a priori", da parte del datore di lavoro;
- c) le assunzioni per specifici spettacoli o per specifici programmi radiofonici o televisivi. Il riferimento ripetuto alla specificità "implica non la straordinarietà o l'occasionalità del programma ma richiede che lo spettacolo sia caratterizzato dall'appartenenza a una species di un certo genus e sia, inoltre, individuato, determinato e nominato" (Cass. 6 luglio 1990, n. 7100);
- d) le assunzioni che riguardano i lavoratori con oltre cinquantacinque anni di età. Tale previsione ha una propria logicità, in quanto si cerca di agevolare la ricollocazione, per certi versi, difficile di questi soggetti, escludendoli dai limiti quantitativi. L'attenzione del Legislatore verso tali soggetti di improbabile (per una serie di motivi) collocazione si riscontra anche in altri provvedimenti agevolativi: basti pensare alla indennità di mobilità per gli "over 50" prevista dalla legge n. 223/1991 (che va vista sotto l'aspetto dell'incentivo possibile per il datore di lavoro "assumente"), o alle ipotesi previste dalla legge n. 191/2009, prorogate, di anno in anno, fino al 31 dicembre 2012 o all'art. 4, comma 8, della legge n.92/2012 che prevede per gli "over 50" disoccupati da almeno dodici mesi, incentivi contributivi in favore di chi li assume a partire dal 1° gennaio 2013.

L'art. 1, comma 41, della legge n. 247/2007 ha cancellato all'art. 10 del D.L.vo n. 368/2001, alcune ipotesi di esclusione dalla quantificazione come quelle che facevano riferimento nel testo precedente alla stagionalità ed alla intensificazione in alcuni periodi dell'anno. Parimenti sono stati cancellati i commi 8, 9 e 10 ove, tra le altre cose, era affermato che i contratti non superiori a sette mesi, comprensivi della proroga, erano esenti da limitazioni quantitative. Ovviamente, la cancellazione di talune ipotesi come quella relativa alla non computabilità dei rapporti di tirocinio trasformati in contratti a tempo determinato, potrebbero essere recuperate dalla contrattazione collettiva.

Abrogazioni

A far data dal 24 ottobre 2001, sono state abrogate la legge n. 230/1962 e successive modificazioni ed integrazioni, l'art. 8-bis della legge n. 79/1983,

l'art. 23 della legge n. 56/1987, nonché tutte le disposizioni di legge che siano comunque incompatibili e non siano espressamente richiamate.

Vediamo, concretamente, cosa tutto ciò significa.

Sulla abrogazione della legge n. 230 c'è poco da dire: un nuovo provvedimento che risponde ad una filosofia operativa completamente diversa, è stato emanato e le vecchie disposizioni cessano di esistere. Tra queste vanno ricordate sia la legge n. 266/1977 per i rapporti a termine del settore dello spettacolo, che la legge n. 84/1986 (peraltro, ripresa integralmente nell'art. 2 del D. L.vo n. 368/2001) sui contratti relativi alle aziende aeroportuali, che l'art. 12 della legge n. 196/1997 (peraltro, successivamente, cancellata dal D.L.vo n. 276/2003), il quale, inserendosi nell'art. 2 della legge n. 230/1962, affrontava i temi della proroga e della successione dei contratti.

L'abrogazione dell'art. 8-bis della legge n. 79/1983 ed il richiamo contenuto nel comma 2 dello stesso articolo alle leggi n. 18/1978 e n. 598/1979, ha portato alla cancellazione dell'iter autorizzatorio della Direzione provinciale del Lavoro per le assunzioni a termine determinate da una intensificazione dell'attività lavorativa in limitati periodi dell'anno.

Resta, tuttavia, una sola ipotesi di assunzione per punte stagionali in cui è necessaria l'autorizzazione preventiva della Direzione provinciale del Lavoro: negli aeroporti minori, qualora le società di volo e di terra, ivi operanti, si trovino nella necessità di "sforare" il limite del 15% sull'organico in forza a tempo indeterminato, previsto dall'art. 2 del D. L.vo n. 368/2001.

Non trovano, poi, applicazione nei confronti del personale artistico e tecnico delle Fondazioni di produzione musicale le disposizioni che riguardano la disciplina della proroga, la scadenza del termine e le sanzioni correlate al mancato rispetto dei termini di interruzione tra un contratto a tempo determinato e l'altro.

Sanzioni

L'art. 12 riporta integralmente alcune sanzioni amministrative, già contenute nell'art. 7 della legge n. 230/1962, così come sostituito dall'art. 14 del D. L.vo n. 758/1994: esse riguardano la violazione del principio di non discriminazione concretizzatosi nel mancato "godimento" delle ferie, nella mancata erogazione della tredicesima mensilità, del trattamento di fine rapporto e di ogni altro emolumento spettante al personale in forza a tempo indeterminato di pari livello (ovviamente, in proporzione). La sanzione amministrativa (poco applicata in passato) è rimasta uguale e va da 25 a 154 euro. Se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori, la sanzione pecuniaria è compresa tra 154 e 1032 euro.

E' appena il caso di precisare che queste sono le sanzioni "tipiche" richiamate dal D.L.vo n. 368/2001: per il resto, trovano piena e totale applicazione, concretizzandosi le varie ipotesi di violazione delle norme, quelle a carattere generale, correlate allo svolgimento della generalità dei rapporti di lavoro (es. collocamento lettera di assunzione, orario di lavoro, libro unico, interposizione, conversione del rapporto per inosservanza dei divieti previsti dall'art. 3, ecc.).

Contratti a termine e collocamento dei disabili

La normativa sul contratto a termine va, necessariamente, rapportata, ad avviso di chi scrive, ad altre leggi (come, ad esempio, la n. 68/1999) che interessano il collocamento dei disabili.

Il contratto a termine viene in evidenza per due aspetti:

- a) ai fini della computabilità nella base di calcolo ai fini della copertura d'obbligo per i datori di lavoro pubblici e privati soggetti all'obbligo, come previsto dall'art. 4, comma 1;
- b) ai fini dell'assolvimento dell'obbligo, attraverso le convenzioni per l'inserimento lavorativo, nella previsione dell'art. 11, comma 2.

In ordine al primo aspetto si osserva che la norma afferma, tra le altre cose, la non computabilità dei soggetti con contratto a tempo determinato di durata non superiore a sei mesi (a ciò si è giunti dopo le modifiche introdotte con l'art. 46 -bis della legge n. 134/2012). Il problema che si pone è se il calcolo vada effettuato sulla base del singolo contratto o della sommatoria di più contratti che, nel periodo considerato (si fa la "fotografia" dell'organico al 31 dicembre essendo, al momento, l'obbligo di presentazione del prospetto fissato al 31 gennaio successivo). La risposta, attenendosi alla dizione letterale della norma, non può che propendere per la prima tesi.

Il Ministero del Lavoro, con la circolare n. 4 del 17 gennaio 2000, ha affrontato il problema relativo ai datori di lavoro che svolgono attività stagionale, affermando che sono esclusi dalla base di computo i lavoratori che abbiano prestato attività nell'arco dell'anno solare, anche se non continuativamente, per un periodo complessivo di nove mesi (ora, ad avviso di chi scrive, ridotto a sei mesi, in virtù delle modifiche introdotte con l'art. 46 - bis della legge n. 134/2012), calcolato sulla base delle corrispondenti giornate lavorative.

Per quel che concerne il secondo aspetto va sottolineato come nell'ottica di favorire l'inserimento dei soggetti portatori di handicap, il Legislatore ha previsto la possibilità, attraverso l'istituto della convenzione tra datore di lavoro e servizio della Provincia del collocamento dei disabili, di contratti a tempo determinato.

L'assunzione di un lavoratore disabile con contratto a termine è stata, ritenuta, in passato, in linea di massima, non coerente con il dettato, allora previsto, dalla legge n. 482/1968, che calcolava le carenze d'obbligo sulla base delle scoperture relative al personale a tempo indeterminato, fatta eccezione per le attività a carattere stagionale di durata superiore a tre mesi: e la Magistratura di merito fu coerente con tale principio sostenendo (Trib. Milano, 28 luglio 1982, Pret. Sestri Ponente, 18 febbraio 1989) che il fine generale della legge era quello di assicurare un'occupazione stabile e duratura al disabile.

Ora, un'assunzione a termine è possibile nell'ambito di una convenzione ex art. 11 della legge n. 68/1999 ove, all'accordo tra il servizio disabili e l'impresa, sovrintende, a mo' di regia, il comitato tecnico, previsto dall'art. 6: lo spirito della convenzione è quello di venire, da un lato, incontro alle esigenze del datore di lavoro e, dall'altro, quello di favorire il proficuo inserimento di soggetti con particolari handicap. Ciò che è importante sottolineare (anche ai

fini di una eventualità risarcitoria) è che, comunque, risulti dalla richiesta di avviamento inviata all'organo del collocamento (qui, c'è sempre il nulla - osta) dalla quale risulti che l'instaurando rapporto è a tempo determinato (Cass., 26 settembre 1998, n. 9658).

La previsione del contratto a termine per un lavoratore disabile è, fuori, dall'"ombrello applicativo" del D.L.vo n. 368/2001: lo ha affermato la Cassazione con la sentenza n. 13285 del 31 maggio 2010, sostenendo che non è necessario indicare le ragioni che giustificano la scelta, in quanto l'assunzione è regolata dalla legge n. 68/1999 che non prevede tale giustificazione.

Gli incentivi per l'assunzione con contratto a tempo determinato

La Legislazione italiana relativi alle agevolazioni per le assunzioni è cresciuta, nel corso degli anni, in maniera disordinata ed "affastellata" nel corso degli anni: più volte si è cercato di razionalizzare la materia e, per certi aspetti, anche la legge n. 92/2012 ci prova.

Ovviamente, la maggior parte degli incentivi (che possono essere di natura economica, contributiva, fiscale e normativa) sono finalizzati alle assunzioni a tempo indeterminato ma, scorrendo la vasta gamma delle tipologie, ci si accorge che anche per i contratti a tempo determinato c'è qualcosa di interessante.

Ma andiamo con ordine premettendo all'esame dei singoli contratti le c.d. "condizioni per il riconoscimento dei benefici normativi e contributivi" previste dall'art. 1, commi 1175 e 1176 dell'art. 1 della legge n. 296/2006 e dell'art. 4, comma 12, della legge n. 92/2012.

A decorrere dal 1° gennaio 2007 i benefici normativi e contributivi previsti in materia di lavoro e legislazione sociale sono riconosciuti ai datori di lavoro che sono in possesso del DURC e che rispettano gli obblighi di natura economica e normativa scaturenti dall'applicazione di norma di legge o dall'applicazione di contratti collettivi nazionali, o se esistenti, territoriali od aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sul punto, due circolari del Ministero del Lavoro risalenti al 2008, la n. 5 e la n. 34, hanno declinato, da un punto di vista amministrativo, la materia, ritenendo che la disposizione si applichi ogni qual volta ci si trovi in presenza di uno "sgravio contributivo", salvando, invece, tutte quelle situazioni nelle quali, per scelta politica, si è attribuita una contribuzione specifica (è il caso dell'apprendistato, nella forma ordinaria del 10% o in quella ridotta dell'1,5% e del 3%, ma non in quella "zero assoluto" fino al 31 dicembre 2016 per le imprese dimensionate fino a nove unità - art. 22 della legge n. 183/2011 ove si parla di "sgravio contributivo" - , ma anche della contribuzione ridotta in determinate zone agricole "svantaggiate").

A quanto appena detto va aggiunta la previsione del comma 12 dell'art. 4, della legge n. 92/2012 che si preoccupa di garantire un'omogenea applicazione degli incentivi finalizzati all'assunzione, facendo uno specifico riferimento con la parola "anche" a quelli in favore dei lavoratori disoccupati o in integrazione salariale straordinaria da almeno ventiquattro mesi, e dei lavoratori in mobilità

sia a termine che a tempo indeterminato: di conseguenza sono esplicitati una serie di motivi "ad escludendum" già presenti nel nostro ordinamento:

- a) gli incentivi non spettano se l'assunzione costituisce l'attuazione di un obbligo scaturente dalla legge o dal contratto collettivo, pur se il lavoratore è utilizzato attraverso il contratto di somministrazione. Il pensiero corre, innanzitutto, agli incentivi previsti dall'art. 13 della legge n. 68/1999. Fermi restando eventuali chiarimenti amministrativi, ci si chiede se le agevolazioni economiche previste da Regioni e Province autonome individuate dal nuovo art. 13, possano continuare ad essere prese in considerazione. Il contributo è compreso tra il 25% ed il 60% del costo salariale ed è graduato secondo la gravità della minorazione ed, inoltre, è prevista una somma forfettaria per l'adeguamento del posto di lavoro in presenza di disabili con una percentuale superiore al 50%, finalizzato sia alla creazione di tecnologie di telelavoro che per la rimozione di barriere architettoniche. Senza andare nello specifico, si ricorda che la percentuale massima del 60% si applica per i disabili assunti a tempo indeterminato con una riduzione della capacità lavorativa superiore al 79%, o con handicap intellettuale psico - fisico, indipendentemente dalla invalidità, o con minorazioni di particolari gravità (1- 3 cat. Tab. DPR n. 915/1978), mentre quella del 25% riguarda le assunzioni di disabili di con percentuale compresa tra il 67% ed il 79% o con minorazioni di gravità compresa tra la quarta e la sesta categoria del DPR n. 915/1978. Alla luce di quanto sopra, se un parere si può esprimere, si ritiene che tali agevolazioni debbano rimanere in quanto l'impresa assume sì, un soggetto in copertura di un obbligo legale, ma lo assume con richiesta nominativa ben sapendo che ha particolari handicap che ne rendono oltre modo difficile l'inserimento, atteso che potrebbe ben soddisfare l'onere attraverso l'assunzione, sempre nominativa, di un soggetto con una percentuale minima del 46%;
- b) gli incentivi non spettano se risulta violato il diritto di precedenza stabilito sia dalla legge che dal contratto collettivo ed opera sia per i rapporti a tempo indeterminato che per quelli a termine. Ciò vale anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia "by - passato" il divieto ricorrendo alla utilizzazione di un contratto di somministrazione. La natura del diritto di precedenza non cambia per effetto di questa disposizione: si tratta di un diritto che afferisce alla sfera del lavoratore e che è, senz'altro, disponibile come attestano accordi individuali sottoscritti sia in sede sindacale, che amministrativa che, infine, giudiziale. L'ipotesi più ricorrente (ma non la sola) di diritto di precedenza è quella prevista dall'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949 (poi, applicata anche ai lavoratori in mobilità licenziati al termine di procedure collettive, per effetto dell'art. 8 della legge n. 223/1991) che si sostanzia per le assunzioni di persone con le stesse qualifiche o mansioni simili durante un arco temporale di sei mesi (fino al gennaio 2003 erano dodici) dalla data del recesso. Va ricordato che il diritto di precedenza, almeno da un punto di vista teorico, non ha limiti predeterminati e riguarda tutte le unità produttive esistenti sul territorio nazionale. Altri diritti di

precedenza afferiscono ai contratti a termine e sono individuati nel "corpus" del D.L.vo n. 368/2001: ci si riferisce alla previsione secondo la quale "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 determinazioni assunte con la contrattazione nazionale o di secondo livello, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal lavoratore entro i dodici mesi successivi, ovviamente riferite alle mansioni già espletate". In questo caso la precedenza, che si riferisce alle mansioni già svolte (e non a quelle equivalenti, secondo una terminologia usata in altri punti del D.L.vo n. 368/2001) va esercitata entro i sei mesi successivi alla cessazione del rapporto e resta valida per dodici mesi dal giorno di scadenza del contratto a termine (curiosamente, il termine è il doppio di quello ipotizzato per i lavoratori licenziati). 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, affermando che il lavoratore 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, come nel caso precedente al datore di lavoro (preferibilmente per iscritto) nei tre mesi successivi ed il diritto (salvo previsione migliorativa prevista dalla pattuizione collettiva) si estingue in un anno. C'è, come si vede, una certa differenza tra il diritto di precedenza relativo ai lavoratori licenziati e quello dei contratti a termine, in quanto il primo opera "ope legis", il secondo è rimesso all'autonomia individuale. Il nostro ordinamento prevede un altro caso di diritto di precedenza nelle attività stagionali che, però, curiosamente, non si trova nel D.L.vo n. 368/2001, ma nell'art. 59 del D.L.vo n. 151/2001 che tutela la maternità. Si tratta della precedenza (o, più propriamente, della preferenza) per le lavoratrici addette al settore industria o delle lavorazioni stagionali, nel caso di assunzioni in occasione della ripresa dell'attività dopo il periodo di tutela connesso alla nascita del bambino (o dell'adottato, o dell'affidato). Altri diritti di precedenza presenti che vanno tenuti in considerazione attengono al rapporto con gli affetti da malattie oncologiche o con i soggetti sottoposti a terapie "salva vita": costoro, che, per la loro malattia, hanno dovuto trasformare il proprio contratto di lavoro in rapporto a tempo parziale, hanno diritto, migliorando le condizioni di salute, a vederlo "ritrasformato" a tempo pieno (art. 12 -bis D.L.vo n. 61/2000). Un altro caso (questa volta di precedenza più che di "diritto") è quello che riguarda i lavoratori che abbiano trasformato il proprio rapporto da tempo pieno a parziale: questi hanno una precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto part-time (art. 12 - ter D.L.vo n. 61/2000). Un ultimo diritto di precedenza riguarda coloro che, nel proprio contratto individuale part-time, hanno convenuto una possibile trasformazione, a tempo pieno nelle unità produttive comprese nell'ambito comunale (art. 5, comma 2, D.L.vo n. 61/2000). Per completezza di informazione va, poi, ricordato un altro

diritto di precedenza, decisamente particolare, che riguarda i lavoratori extra comunitari che hanno lavorato come stagionali nel nostro Paese e che al termine del rapporto lo hanno regolarmente lasciato: ebbene, costoro, in caso di assunzioni nell'anno successivo attraverso i c.d. "flussi stagionali" hanno diritto di precedenza al rientro in Italia rispetto agli altri cittadini stranieri non appartenenti all'ambito comunitario;

- c) gli incentivi non spettano se il datore di lavoro o l'utilizzatore con contratto di somministrazione abbiano in corso interventi di CGS o riduzioni di orario (contratti di solidarietà), a meno che l'assunzione non riguardi soggetti con professionalità sostanzialmente diverse da quelle dei lavoratori sospesi o in riduzione di orario. Non si tratta di principi nuovi del tutto nuovi, in quanto l'assunzione di altri soggetti, fatte le ovvie eccezioni appena evidenziate e quelle concernenti i contratti a termine durante la solidarietà ex art. 5, comma 5, della legge n. 236/1993, è, in genere, preclusa alle imprese con interventi integrativi salariale o di crisi in corso;
- d) gli incentivi non spettano qualora il nuovo datore di lavoro assuma, entro sei mesi dal licenziamento, lavoratori per i quali il recesso è avvenuto da un'azienda strettamente collegata sotto l'aspetto personale ("assetti proprietari coincidenti") o con rapporti di collegamento o controllo (in quest'ultimo caso, tra i criteri potrebbe aver una certa valenza ciò che afferma l'art. 2359 c.c.). Anche in questo caso non si tratta di principi nuovi, atteso che il divieto (ed il conseguente "diniego" dei benefici) fu inserito con la legge n. 236/1993.

Da quanto appena detto si ricava una certezza: l'eventuale "non riconoscimento" delle agevolazioni, non incide, in alcun modo, sul contratto individuale che resta, comunque, valido: ovviamente, il datore di lavoro potrebbe essere sottoposto a rivendicazioni di natura civilistica da parte di chi si sente violato nel "diritto", non essendo, in alcun modo possibile, la costituzione "forzosa" di un rapporto (non lo è neanche con il collocamento obbligatorio).

Questa breve premessa si è resa necessaria per ben comprendere quale, dopo l'entrata in vigore della legge n. 92/2012, è "lo stato dell'arte" degli incentivi all'occupazione anche nei contratti a tempo determinato agevolati.

- a) assunzione a termine dei lavoratori in mobilità (art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991)

I lavoratori in mobilità possono essere assunti con un contratto a tempo determinato di durata non superiore a dodici mesi. L'assunzione presenta una specifica agevolazione: il datore di lavoro "gode" di una contribuzione del tutto analoga a quella prevista in via ordinaria per gli apprendisti (10%).

Le caratteristiche del contratto a termine sono essenzialmente due: la prima fa riferimento ad un principio consolidato che è quello in base al quale non è in alcun modo necessaria la individuazione di una delle motivazioni individuate dall'art. 1 del D.L.vo n. 368/2001. Lo disse, da subito, in via amministrativa, il Ministero del Lavoro, lo sostenne la Cassazione pur in vigenza della legge n. 230/1962, lo dice, oggi, la norma che esclude tale tipologia dal campo di applicazione del D.L.vo n. 368/2001 e, per quel che può valere, lo ha

confermato "ad abundantiam" l'INPS con il messaggio n. 32661 del 27 dicembre 2010.

La seconda riguarda la durata dell'agevolazione contributiva: essa non può essere superiore (riferita al singolo lavoratore) a dodici mesi (raggiungibili con uno o più contratti, anche prorogati), anche se il contratto ha una durata superiore.

Il contratto a termine può essere anche a tempo parziale: ovviamente, la contribuzione agevolata incide soltanto sulle ore lavorate.

La trasformazione del rapporto a tempo indeterminato comporta, da un punto di vista contributivo, il riconoscimento del beneficio per altri dodici mesi.

La platea dei soggetti "potenzialmente" interessati al contratto a termine è composta da tutti i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità sia perché licenziati al termine di una procedura collettiva di riduzione di personale che per giustificato motivo oggettivo da aziende che occupano fino a quindici dipendenti (la disposizione è prorogata di anno in anno e, al momento, fino al 31 dicembre 2012).

E' appena il caso di ricordare che, non trovando applicazione il D.L.vo n. 368/2001, i contratti a termine per i lavoratori in mobilità, non rientrano nella sommatoria dei trentasei mesi.

- b) assunzione di lavoratori destinatari di ammortizzatori sociali in deroga (art. 7 ter, comma 7, della legge n. 33/2009, prorogato, di anno in anno, fino al 31 dicembre 2012)

La norma che si commenta non ha natura strutturale e, nel corso degli anni, è stata sottoposta anche ad alcuni aggiustamenti.

Ai datori di lavoro che non abbiano sospensioni in atto ai sensi dell'art. 1 della legge n. 223/1991, e che senza esservi tenuti assumono lavoratori destinatari di ammortizzatori sociali in deroga, è concesso dall'INPS un incentivo economico pari all'indennità spettante al lavoratore, nel limite di spesa autorizzato e con esclusione di quanto dovuto a titolo di contribuzione figurativa, per il numero di mensilità di trattamento di sostegno al reddito non erogate: l'incentivo è erogato attraverso lo strumento del "conguaglio contributivo". Tale beneficio è riconosciuto (è questo il caso che ci interessa) anche in caso di assunzione a tempo determinato. La norma di riferimento ha previsto una serie di ipotesi nelle quali l'incentivo non viene riconosciuto: esse sono state riprese dal comma 8 dell'art. 4 della legge n. 92/2012 di cui si è parlato pocanzi e ad esse si rimanda.

- c) assunzione a termine per sostituzione di lavoratrici o lavoratori in astensione obbligatoria o facoltativa per maternità (art. 4, commi 2, 3 e 4, del D.L.vo n. 151/2001)

L'art. 10, comma 2, della legge n. 53/2000, poi confluito nell'art. 4 del D.L.vo n. 151/2001, nell'intento di favorire l'occupazione, sia pure temporanea, dei lavoratori attraverso il contratto a termine con motivazione "sostitutiva per maternità", ha previsto che nelle aziende con meno di venti dipendenti venga concesso uno sgravio contributivo del 50% fino al compimento di un anno di età del figlio della lavoratrice o del lavoratore in congedo, o per un anno dall'accoglienza del minore adottato o in affidamento. Se la sostituzione

avviene con un contratto di somministrazione a tempo determinato, l'impresa utilizzatrice recupera lo sgravio contributivo direttamente dalla Agenzia per il Lavoro.

Nelle aziende in cui operano lavoratrici autonome in maternità (che sono tutte quelle comprese nel Capo V del D.L.vo n. 151/2001) è possibile procedere entro il primo anno di età del bambino nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento con lo sgravio contributivo che è sempre pari al 50%.

Come si vede, si tratta di una tutela ad "ampio spettro" che va esaminata con particolare attenzione.

Va, innanzitutto, verificato il sistema di calcolo degli addetti. Nel computo rientrano tutti i lavoratori in forza, compresi quelli a domicilio ed i dirigenti, fatta eccezione di coloro che sono i sostituti "a termine" dei titolari aventi diritto alla conservazione del posto (ovviamente, se computati).

Nella base di calcolo non rientrano gli apprendisti (art. 7, comma 3, del D.L.vo n. 167/2011, gli assunti con contratto di inserimento (fin quando i singoli contratti rimarranno in essere, essendo intervenuta l'abrogazione ex art. 1, comma 14, della legge n. 92/2012), il contratto di reinserimento (art. 20 della legge n. 223/1991) ed i lavoratori già impiegati in lavori socialmente utili ed assunti a tempo indeterminato (art. 7 del D.L.vo n. 81/2000), mentre i lavoratori con contratto a tempo parziale sono calcolati "pro-quota" in relazione all'orario svolto rispetto a quello contrattuale (art. 6 del D.L.vo n. 61/2000).

Secondo l'INPS lo sgravio è riconosciuto anche nell'ipotesi in cui il lavoratore o la lavoratrice siano stati sostituiti da due lavoratori a tempo parziale, purchè la somma delle loro prestazioni orarie sia uguale a quella di chi è stato sostituito (Messaggio n. 28 del 14 febbraio 2001).

Ma cosa deve fare il datore di lavoro per accedere al beneficio contributivo?

Secondo la circolare INPS n. 117 del 20 giugno 2001 è sufficiente un'autocertificazione con la quale l'interessato dichiara di avere un organico inferiore alle venti unità e che l'assunzione è avvenuta in sostituzione di lavoratrice assente per maternità.

Il Ministero del Lavoro ha avuto modo di interessarsi agli sgravi contributivi riconosciuti per tale tipologia di contratto a termine rispondendo ad un interpello (n. 36 del 1° settembre 2008) con il quale era stato chiesto se l'incentivo poteva essere riconosciuto fino al compimento di un anno di età del bambino, in presenza di un titolo di assenza mutato (da congedo a ferie). Il Dicastero del Welfare ha risposto negativamente, osservando che "non sembrano ravvisabili margini interpretativi per poter procedere ad un ampliamento degli sgravi contributivi, in presenza di una casistica compiutamente delineata dal Legislatore", circoscritta alla sola sostituzione di lavoratrici e lavoratori in congedo.

d) incentivi al reimpiego di personale con qualifica dirigenziale e sostegno alla piccola impresa (art. 20 della legge n. 266/1997)

Le imprese che occupano meno di duecentocinquanta dipendenti o i loro consorzi che intendono assumere, anche con contratto a termine, dirigenti privi di occupazione usufruiscono di uno sgravio complessivo della quota contributiva (sia a carico del datore che del lavoratore) pari al 50% per una

durata non superiore a dodici mesi. Le modalità operative sono contenute nel messaggio INPS n. 23786 del 24 giugno 2005 e nella circolare del Ministero del Lavoro n. 218 del 6 novembre 2007.

e) l'assunzione con contratto a termine degli ultracinquantenni (art. 4, comma 8, della legge n. 92/2012)

Nell'intento di favorire l'occupazione dei soggetti di difficile ricollocazione, il Legislatore ha previsto che, a partire dal 1° gennaio 2013, i datori di lavoro che assumono con contratto a termine, anche in somministrazione, lavoratori "over 50", disoccupati da oltre dodici mesi, hanno diritto alla riduzione del 50% dei contributi a carico del datore di lavoro per un periodo massimo di dodici mesi.

La disposizione, come si vede, è molto recente e, sicuramente, chiarimenti operativi dell'Amministrazione del Lavoro e dell'INPS interverranno per chiarire le questioni connesse alla piena applicazione del comma 8.

Nell'attesa, si reputa necessario focalizzare alcuni problemi e prospettare le possibili soluzioni.

La norma sembra, innanzitutto, riferirsi a tutta la platea dei datori di lavoro, non risultando dalla disposizione alcuna limitazione.

La seconda questione che sembra estremamente chiara riguarda i potenziali interessati: sono i disoccupati da oltre un anno (cosa che risulta dalla documentazione esistente presso i centri per l'impiego): tra costoro sono, ovviamente, compresi anche coloro che, pur in presenza di un'attività lavorativa e di un compenso (si pensi, ad esempio, al lavoro occasionale ed accessorio) sono rimasti iscritti negli elenchi.

Il Legislatore parla di contratti a termine: qui si pone un primo problema che è quello di decidere se essi rientrano nella sfera d'influenza del D.L.vo n. 368/2001, oppure no. La risposta, ad avviso di chi scrive, è che la norma non pare individuare alcuna esclusione, come, invece, è avvenuto per il contratto a tempo determinato ex art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991, escluso espressamente dall'art. 10, comma 6, del D.L.vo n. 368/2001. Ciò comporta una diretta conseguenza che è quella secondo la quale il contratto a termine dovrà vedere, necessariamente, apposta una delle causali prevista dall'art. 1, comma 1, (esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive). Ovviamente, qualora si tratti del primo contratto, sarà possibile stipularlo anche "acausale", secondo la nuova previsione del comma 1-bis dell'art. 1. In tutte queste ipotesi, si resta, comunque, nell'ambito della sommatoria dei trentasei mesi, oltre i quali non è possibile stipulare nuovi contratti a tempo determinato, fatto salvo quello in "deroga assistita".

Il Legislatore riconosce un massimo di dodici mesi di sgravio contributivo: ciò non significa che il contratto non possa avere una durata superiore (e, magari, con la proroga arrivare fino a trentasei mesi), ma esso rappresenta il tetto massimo rispetto al quale opera lo sgravio, al quale (con la sola eccezione del contratto per sostituzione di lavoratore assente avente diritto alla conservazione del posto, o di quello per attività stagionali), si applica il contributo addizionale dell'1,4%, restituibile, limitatamente agli ultimi sei mesi, in caso di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto (in questo caso -

comma 9 - la legge ha previsto il prolungamento dello sgravio per altri sei mesi).

La descrizione, sia pure sommaria, delle agevolazioni disposte in favore delle imprese che assumeranno, a partire dal 1° gennaio 2013, lavoratori "over 50" disoccupati da oltre un anno, suscita una domanda: si tratta di una nuova tipologia assuntiva, oppure nel nostro ordinamento già c'era qualcosa di simile? Il pensiero corre agli incentivi per l'occupazione previsti, in maniera non strutturale dall'art. 2 della legge n. 191/2009 e, segnatamente, al comma 134, prorogato, per tutto il 2012, attraverso l'art. 33, comma 25, della legge n. 183/2011, per i quali la contribuzione ridotta a carico dei datori di lavoro è del tutto pari a quella prevista, in via ordinaria, per gli apprendisti (10%). Tale disposizione ammette al beneficio chi assume lavoratori titolari dell'indennità di disoccupazione con requisiti normali che abbiano compiuto almeno cinquanta anni (non c'è l'ulteriore requisito dello "status" che si protrae da almeno un anno). Il beneficio spetta anche alle società cooperative per il socio con il quale sia stato, successivamente, instaurato un rapporto di lavoro subordinato. Il contratto può essere a tempo determinato, indeterminato, a tempo pieno o parziale, con varie gradualità negli incentivi e con possibilità di cumulo con altre agevolazioni previste, se ne ricorrono i presupposti dal comma 151. Tale beneficio (D.M. n. 53343 del 26 luglio 2010 e circ. INPS n. 22/2011) non è riconosciuto (ed è opportuno ricordare la casistica, in quanto la troviamo, in gran parte, ripetuta al comma 12 dell'art. 4, che fissa i principi finalizzati a garantire una omogeneità nell'applicazione degli incentivi e sui quali ci si è già soffermati).

f) incentivi alle assunzioni di donne di qualsiasi età (art. 4, comma 11, della legge n. 92/2012)

Le stesse disposizioni (e questo è un ulteriore incentivo) troveranno applicazione, nel rispetto del regolamento CE n. 800/2008, nei confronti delle assunzioni di donne di qualsiasi età, prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi, residenti in regioni ammissibili ai finanziamenti nell'ambito dei fondi strutturali europei e nelle aree individuate dal Ministro del Lavoro in "concerto" con quello dell'Economia, e che presentano determinati requisiti (art. 2, punto 18, lettera e del regolamento), nonché in relazione alle assunzioni di donne di qualsiasi età prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno ventiquattro mesi, residenti su tutto il territorio nazionale.

Anche qui sono necessari alcuni approfondimenti.

Partiamo dalla tipologia contrattuale di riferimento: il contratto è a tempo determinato (e l'argomento è trattato in questa riflessione soltanto per questo), indeterminato, a tempo pieno o parziale ed in questo c'è una prima differenza con una previsione, abbastanza analoga nei contenuti, a quella che nell'abrogato art. 54 del D.L.vo n. 276/2003, prevedeva il contratto di reinserimento per le donne, secondo una previsione, valida per tutto il 2012 in quanto contenuta nella legge di stabilità n. 183/2011 che demandava ad un decreto del Ministro del Lavoro, l'esplicitazione di alcune modalità operative (il provvedimento, atteso per la fine di gennaio 2012, non risulta ancora essere stato emanato).

C'è, poi, da esaminare il regolamento CE n. 800/2008 nei limiti che interessano l'incentivo sul quale si sta riflettendo: le donne assumibili, di qualsiasi età, che hanno alle spalle un impiego non retribuito regolarmente da almeno sei mesi, devono essere residenti (requisito essenziale) nelle aree potenzialmente destinatarie di aiuti strutturali comunitari e nelle zone ove si rinvergono professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo - donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo - donna in tutti i settori economici dello Stato se le stesse appartengono al genere sotto rappresentato (requisiti oggettivi). Ovviamente, perché si possa procedere occorre (in perfetto "pendant" con ciò che accadeva, sia pure con estremo ritardo nei contratti di reinserimento) un decreto "concertato" tra Lavoro ed Economia. Questi "paletti" vengono meno in presenza del requisito dei ventiquattro mesi di lavoro non regolarmente retribuito, cosa che comporta la possibilità di assunzione su tutto il territorio nazionale.

Il Legislatore parla di impiego non regolarmente retribuito da almeno sei mesi (o ventiquattro mesi) a seconda dei casi: ferma restando la necessità di chiarimenti amministrativi, si può affermare che la definizione è presa direttamente dalla lettera a) del punto 18 del regolamento, all'interno della qualificazione di un lavoratore come "svantaggiato", mentre è leggermente diversa per la seconda ipotesi (lavoratori "molto svantaggiati", punto 19). Essa si riferisce a chi è senza lavoro da almeno due anni, mentre il Legislatore, in questo caso, ripete pedissequamente il requisito previsto per i lavoratori svantaggiati da sei mesi, allungando soltanto a ventiquattro mesi il periodo di riferimento.

Il riferimento all'impiego non regolarmente retribuito offre l'opportunità di allargare le opportunità lavorative non soltanto alle donne disoccupate (sarebbe, veramente, poco credibile se non vi fossero ricomprese), ma anche a chi lavora in maniera irregolare, saltuaria, sotto pagata o in nero o, comunque, in forma precaria. Ovviamente, su questi aspetti molto delicati è doveroso attendere espliciti chiarimenti amministrativi.

Per quel che riguarda la possibilità di assunzione a tempo determinato, partendo dalla previsione contenuta nelle prime parole del comma 11, e ribadendo, fatti salvi diversi orientamenti amministrativi, quanto affermato per i disoccupati "over 50", si può sostenere che:

- a) lo sgravio contributivo del 50% è per un massimo di dodici mesi: in caso di trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, lo stesso viene riconosciuto per altri sei mesi;
- b) il contratto a termine può essere stipulato per una delle ipotesi previste dall'art. 1, comma 1, del D.L.vo n. 368/2001 (esigenze tecniche, produttive, organizzative e sostitutive);
- c) è possibile stipulare un contratto a termine "acausale", secondo la previsione del comma 1-bis, dell'art. 1, introdotto dalla legge n.92/2012, per un massimo di dodici mesi; esso deve essere il primo contratto tra le parti (v. circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2012) e non è, in alcun modo, prorogabile;
- d) il contratto a termine così stipulato (a meno che non si tratti di un contratto per attività stagionali) rientra nella sommatoria dei trentasei mesi che rappresentano, sommati ai contratti di somministrazione, il

limite massimo, superato il quale, senza alcuna soluzione di continuità, il contratto diviene a tempo indeterminato;

- e) a partire dal 1° gennaio 2013, trova applicazione il contributo addizionale dell'1,4% , a meno che il contratto a termine non sia stato stipulato per ragioni "sostitutive" o per attività stagionali.

Contratto a termine nel pubblico impiego

L'art. 49 della legge n. 133/2008, disciplinando il lavoro flessibile nelle Pubbliche Amministrazioni, ha riscritto completamente l'art. 36 del D.L.vo n. 165/2001, facendo venir meno anche le novità introdotte con la legge n. 244/2007.

Ma andiamo con ordine cercando di comprendere le novità.

Dopo aver affermato (comma 1) che per i fabbisogni ordinari occorre ricorrere esclusivamente a contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il Legislatore (comma 2) stabilisce che le esigenze temporanee ed eccezionali possono essere soddisfatte con il ricorso alle forme contrattuali flessibili previste nel nostro ordinamento, cui segue una puntigliosa elencazione, con la specifica che, in ogni caso, non è possibile ricorrere alla somministrazione a tempo determinato per le funzioni direttive e dirigenziali. Ovviamente resta in capo alle singole amministrazioni la valutazione relativa alla individuazione delle necessità organizzative sulla base dei principi generali della legge n. 133/2008, che postulano un forte contenimento delle spese del personale. Il comma 3 si preoccupa degli eventuali abusi, sottolineando che, nel rispetto della tra speranza e della imparzialità, la durata complessiva dei rapporti con i singoli lavoratori, pur ricorrendo alla utilizzazione di più tipologie contrattuali (es. tempo determinato, somministrazione, ecc.) non possa superare, per sommatoria, i tre anni nell'ultimo quinquennio.

Ma è il comma 5 che riguarda, più da vicino, il contratto a tempo determinato, cui trova espressamente applicazione (art. 49, comma 2) il D.L.vo n. 368/2001. La violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione in organico nella Pubblica Amministrazione (ove si può entrare, secondo il dettato dell'art. 97 della Costituzione per concorso o prove selettive alternative, fatti salvi i pochissimi casi di "chiamata diretta") non comporta la costituzione di alcun rapporto di lavoro subordinato. Il riferimento alla norma costituzionale è di natura inderogabile: qualunque strumento finalizzato ad aggirarlo, come potrebbe essere la conversione del rapporto dopo i trentasei mesi, è illecito per violazione di una norma fondamentale del nostro ordinamento.

Ovviamente, qualora il termine fissato sia stato "sfiorato" il lavoratore ha diritto alla retribuzione ed alla contribuzione previdenziale ed assicurativa per tutte le prestazioni effettuate (con le maggiorazioni del 20% o del 40% della retribuzione globale di fatto) ma, aggiunge, la norma, lo stesso ha diritto al "risarcimento del danno" derivante dalla prestazione di lavoro resa in violazione di norme imperative.

Una riflessione si rende necessaria: cosa può essere il danno per un lavoratore che, comunque, viene retribuito per le prestazioni rese? Ad avviso di chi scrive,

la correlazione tra "danno" e "prestazione lavorativa" deve essere diretta e, fermi restando casi particolari, potrebbe essere ipotizzabile, ad esempio, allorquando il lavoratore, basandosi, sugli affidamenti dell'Amministrazione, ha rinunciato ad una effettiva, reale (ma dimostrabile in giudizio) opportunità di lavoro.

La nuova dizione dell'art. 36, si sostituisce anche alle novità introdotte con l'art. 3, comma 79, della legge n. 244/2007 ove, tra l'altro, per le sole autonomie territoriali si faceva riferimento alle sostituzioni per maternità e ove si stabiliva l'impossibilità di contratti a termine di durata superiore a tre mesi. Sulle Pubbliche Amministrazioni gravano una serie di obblighi che possono così sintetizzarsi:

- a) debbono recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento del danno e quelle per le prestazioni indebite rifacendosi sul dirigente responsabile, qualora la violazione sia ascrivibile a dolo o colpa grave (non, quindi, se la "culpa" è "levis"), con responsabilità desumibile dall'art. 21 del D.L.vo n. 165/2001;
- b) debbono tener conto di tali fatti nella valutazione del dirigente, secondo la previsione dell'art. 5 del D.L.vo n. 286/1999.

La normativa italiana che esclude nel settore pubblico la conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine per violazione delle disposizioni che li regolano, è stata oggetto anche di una pronuncia della Corte Europea di Giustizia il 7 settembre 2006, nella causa C - 180/04. Nel dispositivo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 28 ottobre 2006, si afferma che "l'accordo quadro sul lavoro a termine, del 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP su lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico".

Un caso del tutto particolare relativo ai contratti a termine nella Pubblica Amministrazione è quello affrontato dal Dipartimento della Funzione Pubblica con nota prot. DFP n. 37561/2012 con la quale è stato fornito un parere in merito all'applicazione della normativa sui contratti a termine relativamente alle supplenze di docenti dei servizi educativi e scolastici gestiti in proprio dai Comuni. Rispondendo all'ANCI (Associazione Nazionale Comuni Italiani) relativamente alla previsione del periodo di "latenza" tra un contratto a termine e l'altro (sessanta o novanta giorni a seconda che il precedente contratto abbia avuto una durata fino a sei mesi o superiore), previsto dalla legge n. 92/2012, il Dipartimento ha osservato che le scuole dei Comuni non vanno ricomprese nella disciplina sulla successione dei

contratti a termine prevista dal D.L.vo n. 368/2001 (ritoccato, sul punto, dalla legge di riforma) per l'esclusione operata dall'art. 9, comma 18, della legge n. 106/2011, in favore delle scuole statali, che si deve intendere estesa anche ai servizi educativi e scolastici gestiti dagli Enti locali comunali. Tale disposizione esclude dall'applicazione della normativa generale sui contratti a termine i rapporti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, in quanto occorre sempre garantire l'erogazione costante dei servizi scolastici ed educativi, anche nel caso di assenza temporanea ed improvvisa del personale docente e non docente con rapporto sia a tempo determinato che indeterminato.

La "ratio" della disposizione va ricercata nella necessità di garantire, attraverso la didattica svolta senza alcuna interruzione, il diritto all'educazione, all'istruzione ed allo studio, costituzionalmente tutelati dagli articoli 33 e 34 della Costituzione, nonché la costante erogazione del servizio educativo e di quello scolastico da parte di tutte le istituzioni pubbliche chiamate a svolgere tali servizi.

Il lavoro stagionale dei cittadini extra comunitari

Un caso del tutto particolare di lavoro a termine di carattere stagionale è quello previsto dall'art. 24 del D.L.vo n. 286/1998 che ha subito notevoli modifiche attraverso l'art. 17 del D.L. n. 5/2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 35/2012.

C'è, subito, da sottolineare come il D.L.vo n. 368/2001 non sia assolutamente applicabile a tale fattispecie che fa riferimento sia alle modalità di costituzione, che al rilascio del permesso di soggiorno che, alle durate minime e massime dei rapporti, al D.L.vo n. 286/1998 ed al regolamento applicativo contenuto nel DPR n. 394/1999.

Il c.d. "decreto flussi" relativo all'anno, emanato con un DPCM, stabilisce il numero delle quote di ingresso per lavoro stagionale, riferito alle singole nazionalità, con precedenza per quei Paesi con i quali l'Italia ha siglato accordi di collaborazione. Il numero delle quote viene ripartito, su base provinciale, dalla Direzione Generale per l'immigrazione del Ministero del Lavoro, sulla base sia dei fabbisogni che delle determinazioni adottate "in congiunta" con il Dicastero dell'Interno. Gli ingressi per lavoro stagionale, riguardano, appunto, quelle attività che per la loro conformazione sono da definirsi come tali (si pensi al settore turistico ma, soprattutto, a quello agricolo): non possono, ad esempio, essere considerate "stagionali" attività che seppur facenti riferimento al mondo agricolo, tali non sono (si pensi, ad esempio, alla cura del bestiame).

La durata complessiva del rapporto o dei rapporti che legittimano l'ingresso nel nostro Paese va da un minimo di venti giorni ad un massimo di nove mesi.

Le istanze vanno presentate allo Sportello Unico per l'Immigrazione, ubicato presso la Prefettura, esclusivamente in via telematica e l'autorizzazione all'ingresso viene rilasciata al termine di un veloce iter procedimentale che vede coinvolte, a vario titolo, la Direzioni territoriale del Lavoro e la

Questura. Le domande possono essere presentate anche dalle associazioni di categoria per conto degli imprenditori agricoli associati, come affermato dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 6/2007.

L'art. 17, della legge n. 35/2012, oltre a modificare l'art. 24 del D.L.vo n. 286/1998, afferma (comma 1) che attraverso la comunicazione obbligatoria anticipata al centro per l'impiego ex art. 9-bis della legge n. 608/1996, il datore di lavoro assolve anche a tutti gli obblighi di comunicazione della stipula del contratto di soggiorno concluso direttamente tra le parti per l'assunzione di un lavoratore con permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato in corso di validità.

L'art. 24 del T.U. n. 286/1998 viene modificato nei commi 2 e 3, sicchè, ora, la normativa di riferimento prevede che nel caso in cui siano trascorsi venti giorni dalla presentazione dell'istanza per l'ingresso di un lavoratore extra comunitario per lavoro stagionale e lo sportello unico per l'immigrazione non abbia espresso il proprio diniego, la domanda si intende accolta in virtù del principio del silenzio-assenso, qualora sussistano due precise condizioni:

- a) la richiesta riguardi un lavoratore già autorizzato nell'anno precedente a prestare la propria attività lavorativa presso lo stesso datore di lavoro;
- b) il lavoratore stagionale sia stato effettivamente assunto dal datore di lavoro ed abbia rispettato tutte le condizioni inserite nel permesso di soggiorno.

Nel "corpus" normativo viene, poi, inserito un nuovo comma, il 3-bis, con il quale si stabilisce che, fermo restando il periodo massimo di nove mesi del permesso di lavoro stagionale, l'autorizzazione si intende prorogata ed il permesso di soggiorno può essere rinnovato nel caso in cui si presenti una nuova opportunità di lavoro stagionale offerta dallo stesso o da altro datore di lavoro.

L'art. 17 continua, poi, intervenendo sul regolamento attuativo del T.U. n. 286/1998, con alcuni chiarimenti relativi agli articoli 38 e 38-bis del DPR n. 394/1999 ed introducendo un ulteriore periodo al comma 3 dell'art. 38 - bis: queste sono le novità:

- a) l'autorizzazione al lavoro può essere concessa a più datori di lavoro, dopo il primo, che utilizzano lo stesso lavoratore stagionale in periodi successivi, ed è rilasciata a ciascuno di essi pur se il lavoratore si trovi, legittimamente nel nostro Paese, a causa dell'avvenuta instaurazione del primo rapporto di lavoro stagionale: il lavoratore è esonerato dall'obbligo di rientro nel proprio Paese per il visto consolare d'ingresso, ed il permesso è rinnovato fino alla scadenza del nuovo rapporto stagionale, nel rispetto del limite massimo (nove mesi);
- b) la richiesta di assunzione per gli anni successivi al primo, può essere effettuata da un datore di lavoro diverso da quello che ha ottenuto il nulla osta triennale al lavoro stagionale.

C'è un'ultima questione da che dovrà essere risolta prima del nuovo decreto flussi per lavoro stagionale riferito all'anno 20°13: è quella della contribuzione, atteso che, a partire dal 1° gennaio 2013, scatterà sui contratti a termine la maggiorazione contributiva dell'1,4%, finalizzata al finanziamento dell'ASpI. La norma esclude dalla maggiorazione sia i contratti a termine per sostituzione di un lavoratore avente diritto alla conservazione del posto che quelli per attività

stagionali. Indubbiamente, il Legislatore aveva, senz'altro, presenti quelli disciplinati dal D.L.vo n. 368/2001 ma qui si pone il problema di sapere se anche questi contratti che sono per attività stagionali e che, a livello autorizzatorio, seguono tutta un'altra procedura, possano esservi ricompresi o meno, Sicuramente, il Ministero del Lavoro e l'INPS interverranno per risolvere il problema.

Modena, 1 ottobre 2012

Eufranio MASSI

Dirigente della Direzione territoriale del Lavoro di Modena