

I CONTRATTI A TERMINE DOPO I CHIARIMENTI MINISTERIALI

dr. Eufrazio Massi

Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza

L'emanazione della circolare n. 13 del 2 maggio 2008 con la quale il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha fornito le proprie indicazioni sulle novità contenute nella nuova disciplina sui contratti a tempo determinato, offre lo spunto per una riflessione che cercherà di focalizzare le criticità scaturenti dai commi da 39 a 43 dell'art. 1 della legge n. 247/2007.

I chiarimenti del Dicastero del Lavoro erano particolarmente attesi, in quanto su varie questioni (complice anche una certa "cripticità" di qualche comma) vi sono stati orientamenti diversi. Ovviamente, tutto questo in attesa che il giudice ordinario, se adito, esprima le proprie decisioni in merito.

Per evidenti motivi correlati all'impostazione sistematica contenuta nella nota ministeriale si tratteranno i vari argomenti seguendo l'ordine degli argomenti in essa affrontati.

Campo di applicazione

"Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato": tale principio, introdotto in testa al D.L.vo n. 368/2001, lungi dal rappresentare una presunzione legale a favore di tale tipologia contrattuale, sta a significare, secondo la circolare n. 13, che, fermo restando il c.d. "causalone" (esigenze tecnico, produttive, organizzative o sostitutive), la fattispecie "ordinaria" nei rapporti subordinati è quella del tempo indeterminato. In sostanza, viene superato il concetto della piena equiparazione tra le due tipologie che traspariva da una lettura del testo originario.

Il campo di applicazione, sia per i limiti temporali, che per la reiterazione dei contratti che per i diritti di precedenza non può che far riferimento ai contratti stipulati ex lege n. 230/1962 e ex D.L.vo n. 368/2001, restando fuori quelle ipotesi riconducibili sia ai contratti di inserimento (cosa ovvia, atteso che si tratta di una tipologia contrattuale con una propria specifica configurazione) che ai contratti ex art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991 in favore dei soggetti iscritti nelle liste di mobilità, per un massimo di dodici mesi con lo stesso datore di lavoro.

Una prima riflessione si rende, ad avviso di chi scrive, necessaria.

L'aver preso come riferimento anche la legge n. 230/1962 ha un significato specifico soprattutto per quel che concerne il computo dei 36 mesi: si dovrà andare ai fini del calcolo, a ritroso, ben prima dell'ottobre 2001, quando entrò in vigore il D. L.vo n. 368/2001.

La seconda considerazione riguarda le tipologie contrattuali da prendere in considerazione: bene ha fatto il Dicastero del Lavoro a ricordare come non trovi applicazione ai contratti di inserimento e ai contratti a termine dei lavoratori in mobilità (esclusi, peraltro, ex art. 10, comma 6, dalla disciplina generale sui contratti a termine), ma, occorre aggiungere, anche i contratti di somministrazione, di apprendistato non convertiti, di formazione e lavoro e quelli a tempo indeterminato risolti prima del termine.

Limiti temporali

L'art. 5, comma 4 -bis, 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".

Due sono, quindi, le condizioni necessarie: stesso datore di lavoro e mansioni equivalenti.

In ordine alla prima la circolare non afferma nulla in particolare: da ciò si evince che, ad esempio, non può parlarsi di sommatoria nel caso in cui più contratti a tempo determinato siano stati conclusi con imprese che, pur facendo parte di uno stesso gruppo, sono entità giuridiche diverse.

Quello che va verificato è che i rapporti a termine (avvenuti anche sotto la vigenza della legge n. 230/1962) abbiano avuto il medesimo datore di lavoro. Ovviamente, qui si può porre il problema di un'impresa che per effetto di fusioni od incorporazioni abbia, giuridicamente, ereditato tutte le posizioni della vecchia azienda. Si ha motivo di ritenere che, in questo caso, operi la sommatoria. Per quel che concerne, invece, il concetto di equivalenza delle mansioni, la nota ministeriale, partendo dalla constatazione che essa non va intesa come semplice corrispondenza tra i livelli di inquadramento ma che occorre, in concreto, valutare le attività espletate, sposa la tesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U., 24 novembre 2006, n. 25033) laddove si 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". Secondo tale filone interpretativo anche le parti sociali, attraverso la contrattazione collettiva possono fornire alla nozione di "equivalenza" un concetto più ampio, attraverso le c.d. "clausole di fungibilità", finalizzate ad una utilizzazione più flessibile del lavoratore, secondo un mansionario destinato, attraverso la valorizzazione delle professionalità, a sopperire alle esigenze aziendali.

Ma, detto questo, occorre verificare in che modo si arriva al calcolo dei trentasei mesi. Ad eccezione dei contratti stagionali che sono quelli ex DPR n. 1525/1963 e quelli ulteriori individuati dalla contrattazione collettiva i cui soggetti legittimati possono essere soltanto le Organizzazioni Sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale (da ultimo, nel settore dell'industria alimentare è stato sottoscritto un accordo che ha aggiunto nuove figure di rapporti stagionali che possono durare fino ad otto mesi ed è stato fissato a dodici mesi il limite per l'ulteriore contratto da stipulare presso la Direzione provinciale del Lavoro), gli altri entrano tutti nel computo (fanno eccezione i contratti a termine dei lavoratori in mobilità e le altre tipologie contrattuali che, se pure a termine o con una scadenza, sono fuori dal dettato normativo del D. L.vo n. 368/2001).

Una prima riflessione deriva dalla durata complessiva che, con riferimento ai vari contratti, somma tutti i periodi comprensivi sia delle proroghe che dei rinnovi: il chiarimento ministeriale, come si diceva, parte da ben prima dell'ottobre 2001, ossia da quando era vigente la legge n. 230/1962: in tale ottica rientrano tutti i contratti a tempo determinato a prescindere dalla causale, potendo sommarsi, ad esempio, le esigenze tecnico-produttive alla base di un contratto con quelle correlate ad una sostituzione per maternità.

Seguendo una logica interpretativa finalizzata a limitare gli effetti di una immediata conversione del rapporto nel caso in cui si superi, per sommatoria, il periodo massimo di trentasei mesi, le Direzioni Generali del Ministero del Lavoro che hanno sottoscritto la circolare, accennano alla possibilità di uno "sforamento" di 20 giorni con le maggiorazioni previste dall'art. 4, comma 1, del D.L.vo n. 368/2001 che vanno ad incidere sia sulla contribuzione che sugli istituti differiti come il trattamento di fine rapporto (20% sulla retribuzione globale per i primi dieci giorni, 40% dall'undicesimo giorno in poi). Questa interpretazione ha il proprio supporto normativo nell'art. 1, comma 40, lettera a) della legge n. 247/2007, che ha inserito l'inciso "nonchè decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis" nell'art. 5, comma 2, laddove si parla della possibile prosecuzione del contratto a termine di durata inferiore a sei mesi per ulteriori venti giorni.

Ma come si effettua il computo dei trentasei mesi?

Il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale partendo dalla considerazione che la durata media dei mesi durante l'anno è di trenta giorni, afferma che periodi di trenta giorni sono pari ad un mese e, facendo un esempio di sommatoria di due contratti a tempo determinato (1° gennaio – 20 febbraio e 1° maggio – 20 giugno), giunge ad un totale di tre mesi (gennaio, maggio e trenta giorni equivalenti ad un mese) e dieci giorni (residuo di giorni lavorati oltre i trenta). Tale criterio rappresenta, ad avviso di chi scrive, una modalità di computo estremamente semplice che, però, diverge, sostanzialmente, da quella suggerita (e il problema potrebbe porsi con una certa rilevanza in caso di contenzioso), ad esempio, dalla Fondazione del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro la quale, riallacciandosi ad una sentenza della Corte di Cassazione (Cass., 12 settembre 1991, n. 9536), sostiene che "la regola che un termine fissato a mesi deve essere computato secondo il calendario comune, posta dagli articoli 155 comma 2, c.p.c. e 2963, comma 1, c. c., configura espressione di un principio generale, applicabile, in caso di diversa previsione, tanto in materia processuale quanto in materia sostanziale". La conseguenza di tale indirizzo è

rappresentata dal fatto che il computo complessivo dei giorni lavorati nei trentasei mesi sarebbe di 1.095 giornate.

Deroga alla sommatoria dei periodi

Il limite massimo dei trentasei mesi può essere superato (art. 5, comma 4 – bis) attraverso la stipula di un nuovo contratto a termine, siglato avanti alla Direzione provinciale del Lavoro, dal datore di lavoro e dal lavoratore assistito da un rappresentante di un sindacato comparativamente più rappresentativo a livello nazionale, cui aderisca o abbia conferito mandato. Premesso che sull'argomento si tornerà a parlare più diffusamente allorquando si affronterà il tema del contenuto di tale contratto, è opportuno sottolineare come la circolare n. 13 preveda alcune possibilità di deroghe alla disciplina generale che provengono direttamente dal dettato normativo. Esse sono:

- a) il contratto a termine dei dirigenti: il limite generale di trentasei mesi non opera per tale categoria di lavoratori per i quali il limite massimo resta fissato a cinque anni: ciò è affermato esplicitamente 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;
- b) il contratto a tempo determinato dei lavoratori somministrati: le modifiche introdotte con il comma 42 dell'art. 1, della legge n. 247/2007 non fanno altro che continuare ad affermare la "specialità" di tale tipologia cui, ora, espressamente, non si applicano i commi 3 e seguenti dell'art. 5 (e tra questi è compreso il comma 4-bis relativo al calcolo dei trentasei mesi);
- c) i contratti di lavoro stagionali: essi non rientrano nel computo complessivo ed hanno una loro disciplina particolare anche per quel che concerne la "gestione" delle precedenzae. Ovviamente, quando ci si riferisce a tali tipologie, si fa riferimento alle attività già individuate con il DPR n. 1525/1963 (sono cinquantadue e, nel corso degli anni, hanno registrato alcune integrazioni) ed a quelle appositamente individuate dalla contrattazione collettiva nazionale o dagli avvisi comuni.

Ulteriore contratto stipulato presso la Direzione provinciale del Lavoro

La nota ministeriale, dopo aver ricordato, il dettato normativo che facoltizza le parti a stipulare un ulteriore contratto presso la Direzione provinciale del Lavoro competente per territorio, con l'assistenza sindacale del lavoratore e per la durata prevista dalla contrattazione collettiva si limita, al momento, ad attribuire una funzione meramente "notarile" all'organo periferico, affermando che il ruolo è finalizzato alla verifica della completezza "formale" del contenuto del contratto ed all'accertamento della libera espressione del consenso da parte del lavoratore, senza con ciò attribuire alcun effetto certificativo all'atto sottoscritto.

Detto questo è opportuno aggiungere alcune considerazioni.

La prima è rappresentata dal fatto che ci si trova in presenza di un nuovo contratto a termine e non di un contratto prorogato che trova la propria "ragion d'essere" nel dettato normativo e nella disciplina pattizia.

Una questione correlata è rappresentata dal fatto se tra l'ultimo contratto con il quale è stato raggiunto il "tetto massimo" ed il nuovo rapporto debba, necessariamente, esserci una "cesura" temporale di dieci o venti giorni a seconda che l'ultimo abbia avuto una durata inferiore o superiore a sei mesi. Ad avviso di chi scrive la risposta non può essere che essere negativa in quanto l'ulteriore contratto (per il quale, comunque, debbono esistere le causali "tecnico – produttive, organizzative o sostitutive") è previsto "ex lege" a termine e non può trovare applicazione la normativa generale dall'art. 5, comma 3.

La terza questione riguarda il ruolo delle Direzioni provinciali del Lavoro. Stabilita la competenza territoriale che è quella nel cui territorio il lavoratore inizia a prestare la propria attività con il nuovo contratto (nulla esclude, che durante il suo svolgimento lo stesso possa essere trasferito od impiegato in una sede diversa) andrà, in futuro, precisato l'Ufficio ove dovrà essere effettuata la verifica (quasi sicuramente il Servizio politiche del Lavoro): ma detto questo, sarà opportuno individuare meglio gli ambiti di operatività, atteso che, giustamente, l'eventuale firma apposta dal

funzionario in calce alla volontà delle parti non ha alcun valore di certificazione, in quanto per questa occorre espletare l'apposita procedura individuata al Titolo VIII, capo I, del D.L.vo n. 276/2003.

La quarta riflessione riguarda la durata dell'ulteriore contratto: al momento l'avviso comune sottoscritto in sede nazionale per il settore industria il 17 marzo 2008 prevede che la durata non possa essere inferiore a otto mesi e che la contrattazione collettiva di settore può stabilire una durata superiore. Il contratto collettivo dei metalmeccanici prevede, appunto, tale limite minimo, mentre nel settore dell'industria alimentare esso è stato fissato a dodici mesi. Ovviamente, si tratta di un limite massimo che non esclude la possibilità che lo stesso possa avere una durata inferiore, prolungabile, in via ordinaria, fino al limite massimo, attraverso l'istituto della proroga previsto dall'art. 4 del D.L.vo n. 368/2001.

Diritto di precedenza

Il nuovo comma 4 – quater dell'art. 5 del D.L.vo n. 368/2001 è citato dalla circolare n. 13 come premessa al discorso relativo ai diritti di precedenza: "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 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". La nota prosegue ricordando che il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha un diritto di precedenza autonomo rispetto ad altre assunzioni a termine dello stesso datore di lavoro per attività di natura stagionale.

Come si vede si tratta di due discipline completamente diverse e separate che non possono intersecarsi e che presuppongono, in ogni caso, la manifestazione della volontà al datore di lavoro entro, rispettivamente, sei mesi o tre mesi dalla cessazione del precedente rapporto e che si estinguono allo "scozzare" dei dodici mesi successivi alla sua estinzione.

Le circolari del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale conclude affrontando il punto relativo alla conciliabilità di diritti di precedenza stabiliti contrattualmente ex art. 10, comma 9, del D.L.vo n. 368/2001 e quelli previsti dalla nuova normativa, affermando che la contrattazione collettiva può ben disciplinare criteri di elaborazione delle precedenze (cosa che, vedremo più avanti).

La disposizione richiamata merita diversi approfondimenti finalizzati a risolvere le criticità della norma soprattutto in relazione ad altri diritti di precedenza previsti nel nostro ordinamento (si pensi, ad esempio, ai contratti a tempo parziale, ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo o per riduzione di personale, al passaggio al nuovo datore di lavoro a seguito di cessione d'azienda).

Nel computo relativo ai trentasei mesi vanno sommati tutti i contratti a termine che trovano la loro origine sia nella legge n. 230/1962 (e, quindi, si risale a prima dell'ottobre 2001) che nel D.L.vo n. 368/2001, a prescindere dalle singole motivazioni che possono essere sia quelle richiamate dal "causalone" (esigenze tecnico, produttive, organizzative o sostitutive, per le quali, ai fini della validità, non è sufficiente scrivere nel contratto un generico riferimento ma che devono essere, sia pur in modo conciso, definite) che quelle individuate dalla contrattazione collettiva (ad esempio, ex art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987). La sommatoria dei contratti (comprensivi delle proroghe e, ad avviso di chi scrive, degli "sforamenti" previsti dall'art. 5, comma 3), deve aver superato i sei mesi, lavorati presso lo stesso datore di lavoro. Da ciò discendono due considerazioni: la prima è che il computo non si può fare sommando i periodi trascorsi in imprese che, seppur collegate tra loro, hanno posizioni giuridiche diverse, la seconda è che il calcolo si fa per i contratti a termine presso lo stesso datore di lavoro lavorati presso unità produttive ubicate in zone o città diverse.

Una riflessione di natura diversa riguarda la natura delle tipologie contrattuali da sommare: vanno computati soltanto i contratti a termine che trovano la propria disciplina nel D.L.vo n. 368/2001: quindi, non vi rientrano i rapporti a tempo determinato relativi ai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991), i periodi trascorsi nell'apprendistato (pur se questo si è risolto prima della trasformazione), nel contratto di inserimento, nella somministrazione o nel contratto a tempo indeterminato (risolto "ante tempus"): ovviamente, è appena il caso di precisare che nel computo non possono in alcun modo rientrare periodi trascorsi in tirocinio, stage,

borse-lavoro o piani di inserimento professionali che, peraltro, non sono neanche riconducibili ad ipotesi di lavoro subordinato.

Un ulteriore approfondimento richiede la questione delle mansioni: la nota del Dicastero del Lavoro sottolinea il riferimento alle "mansioni già espletate" e non (come previsto per la sommatoria dei trentasei mesi) alle "mansioni equivalenti". Si tratta di identità di mansioni che, peraltro, nello svolgimento dei sei mesi contrattuali (raggiungibili, in via teorica, anche attraverso più rapporti a termine) possono, non necessariamente, essere uguali in ogni contratto.

Ma come si esercita il diritto di precedenza?

Quando esisteva nel nostro ordinamento l'obbligo del nulla-osta preventivo all'assunzione esso, oltreché al datore di lavoro doveva essere manifestato, per le attività stagionali, anche alla sezione circoscrizionale per l'impiego (e prima ancora ai vecchi uffici comunali di collocamento): oggi, sparite le graduatorie, la volontà va manifestata al solo imprenditore. Nulla afferma il Legislatore circa le modalità di esternazione della volontà: si ritiene, tuttavia, che la stessa, opportunamente, debba avvenire per iscritto.

La precedenza è un diritto disponibile (e qui è un discorso di carattere generale che investe tutti i diritti di tal genere presenti nel nostro ordinamento lavoristico): il lavoratore non è obbligato ad esercitarla e, se del caso, vi può anche rinunciare in un momento successivo. Non presenta limiti territoriali nel senso che vale per tutte le articolazioni e le unità produttive del datore di lavoro, magari presenti su tutto il territorio nazionale. In molte realtà aziendali, caratterizzate da una pluralità di contratti a termine o a tempo parziale (ove il Legislatore ha previsto precedenze e priorità, sia su base pattizia rimessa agli accordi individuali e in ambito comunale - D.L.vo n. 61/2000 -, che su base legale - legge n. 247/2007- la quale è intervenuta sul "corpus" del decreto legislativo appena citato, con gli articoli 12 -bis e 12 -ter) si potrebbe porre, in futuro, un problema di graduatorie tra i soggetti interessati. Indubbiamente, in assenza di criteri dettati dalla legge, regole di buon senso vorrebbero che fosse la contrattazione collettiva, anche aziendale, a definirli, sapendo che le situazioni da gestire potrebbero essere abbastanza articolate e dovendo, ad esempio, pensare a criteri ponderati per le varie situazioni riferibili sia all'anzianità aziendale che al carico familiare che, infine, alle situazioni di natura personale (ad esempio, famiglie monoparentali).

Ma, dopo aver parlato, di diritti di precedenza pronti a "scattare" al superamento dei sei mesi, il Legislatore ricorda che essi possono essere fatti valere soltanto in un'ipotesi: quando il datore di lavoro intende assumere altro personale, per le mansioni già espletate, con un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò significa che, così come è scritta, la disposizione può "legalmente" essere "by-passata": è sufficiente, infatti, che il datore di lavoro assuma con una tipologia contrattuale a contenuto formativo come l'apprendistato o il contratto di inserimento o, perché no, attraverso un altro contratto a termine (per il quale, ovviamente, debbono esistere le causali).

Un discorso analogo va fatto per le precedenze nelle attività stagionali: il diritto va esercitato nei tre mesi successivi all'estinzione del precedente rapporto (con le medesime modalità descritte per i normali contratti a termine di durata superiore a sei mesi) e, anche, in questo caso, vale per un anno. Anche qui sono necessarie alcune puntualizzazioni che riguardano, innanzitutto, la natura della norma.

E' stata ripristinata una precedenza attraverso lo strumento legislativo cosa che con l'art. 10, commi 9 e 10 del D.L.vo n. 368/2001 era stata rimessa alla contrattazione collettiva, esclusivamente a favore dei lavoratori che avevano prestato attività lavorative con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987. Va detto per inciso, che la Corte Costituzionale con sentenza n. 44 del 25 febbraio 2008 ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni appena richiamate per eccesso di delega nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2 della legge appena richiamata e della disciplina transitoria susseguente a tale cancellazione (art. 11, comma 2, del D.L.vo n. 368/2001).

La seconda questione concerne l'identificazione delle attività stagionali: tra esse rientrano sia quelle individuate dal DPR n. 1525/1963 che quelle previste dalla contrattazione collettiva nazionale o dalla legge, legate ad attività in determinati periodi dell'anno: è il caso dei servizi aeroportuali e del trasporto aereo ove l'art. 2 del D.L.vo n. 368/2001 ha stabilito una durata complessiva di sei mesi (nell'arco temporale che va da marzo ad ottobre) o di quattro mesi per periodi diversi ed una percentuale di contratti a termine del 15% rispetto all'organico occupato in pianta stabile.

Un'ultima riflessione va fatta sulla durata temporale del diritto di precedenza: esso è di dodici mesi come quello, ad esempio, dei lavoratori che, in caso di cessione di azienda, o ramo di essa, (art. 47 della legge n. 428/1990) non sono passati, da subito, alle dipendenze del cessionario. Il diritto risulta, curiosamente, esercitabile per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello previsto per i lavoratori licenziati a seguito di riduzione collettiva di personale, o per giustificato motivo oggettivo, o inseriti in lista di mobilità, che si estingue nei sei mesi successivi al recesso, come stabilito dall'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, come modificato dall'art. 4, comma 6, del D.L.vo n. 297/2002.

Disciplina transitoria

Tra tutti gli argomenti trattati nella nota ministeriale quello relativo alla interpretazione da fornire al comma 43 dell'art. 1 della legge n. 247/2007 è quello più delicato, in quanto la stessa definizione adoperata dal Legislatore si presta a diverse interpretazioni ed, inoltre, sul tema si sono già avute diverse interpretazioni da parte degli "addetti ai lavori".

Ma andiamo con ordine partendo dalla relazione illustrativa che in Parlamento ha accompagnato il provvedimento: scopo della norma transitoria è quello di "consentire un graduale e adeguato inserimento della nuova disciplina".

La nota del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale, partendo dall'assunto che "i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge (1° gennaio 2008) continuano fino al termine previsto dal contratto anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4 -bis dell'art. 5 (ossia, anche oltre il termine massimo di trentasei mesi)", ne riconferma la piena validità che è finalizzata alla salvaguardia dei diritti dei contraenti sorti sotto la vecchia legge. Viene, in sostanza, applicato il principio contenuto nell'art. 11 delle disposizioni di attuazione del codice civile in base al quale "la legge non dispone che per l'avvenire", E' lo stesso principio, invocato nella circolare n. 7/2008 per consentire la ultrattività (fino alla loro naturale scadenza) dei contratti di lavoro intermittente stipulati entro il 31 dicembre 2007, ma cancellati dal nostro ordinamento per effetto dell'art. 1, comma 45, della legge n. 247/2007.

Allo stesso modo si cerca di offrire una interpretazione graduale al principio normativo fissato alla lettera b): "il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge (ossia, tutte le durate dei contratti a termine lavorati fino al 1° gennaio 2008), si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo (trentasei mesi), decorsi quindici mesi dalla medesima data (ossia, dal 1° aprile 2009). Secondo il Dicastero del Lavoro l'attività svolta nel periodo c.d. "transitorio" pur rientrando nel computo generale e pur potendo superare in tale arco temporale il limite massimo, non si conta nel caso in cui il rapporto dovesse cessare entro il 31 marzo 2009, con la conseguenza che non si potrà procedere alla conversione del contratto a tempo indeterminato. Si tratta, in sostanza, di un periodo "neutro" che fa restare indenni i datori di lavoro sotto l'aspetto legato alla trasformazione: ciò, ovviamente, non accadrà nel caso in cui il rapporto, superando il limite massimo, prosegua nel mese di aprile 2009, non trovando applicazione neanche la norma derogatoria dei venti giorni, prevista nel nuovo art. 5, comma 2, del D.L.vo n. 368/2001.

Alcuni problemi operativi non sono stati, peraltro, affrontati dalla circolare: in particolare, non è detto chiaramente se il contratto in essere alla data del 1° gennaio 2008 che, in deroga può superare il limite massimo, possa durare anche oltre il 31 marzo 2009. Ad avviso di chi scrive, la risposta potrebbe essere positiva alla luce del principio secondo il quale vanno salvaguardati gli effetti scaturenti da una pattuizione individuale finalizzata alla tutela dei diritti sorti sotto la precedente normativa.

Un'altra questione concerne, sempre relativamente alla lettera a) del comma 43, la possibilità legata alla stipula di un nuovo contratto a termine nel periodo 1° gennaio 2008 – 31 marzo 2009 tra soggetti che hanno in essere un rapporto a tempo determinato alla data di entrata in vigore della legge, per una durata che complessivamente porta a superare il limite dei trentasei mesi. La risposta, anche alla luce di ciò che dice "indirettamente" la nota ministeriale, appare positiva purchè non si vada oltre il 31 marzo e si resti, quindi, nel c.d. "periodo neutro".

Su questi punti appena citati si è, a suo tempo espressa anche la Confindustria, attraverso la circolare n. 19005/2008, esprimendo l'avviso prudente che i contratti in essere alla data del 1°

gennaio continuano anche oltre il limite massimo purchè la loro scadenza non ecceda il 31 marzo 2009 e che dopo la scadenza del contratto in corso alla data di entrata in vigore della legge (qualora ciò avvenga durante il periodo transitorio), il computo di tutti i periodi precedenti si fa subito. Da ciò discende come conseguenza che se si è superato il tetto massimo non è possibile stipulare un nuovo contratto durante il "periodo neutro".

Un'ultima considerazione legata al periodo massimo di trentasei mesi: comprendendo nel computo tutti i contratti a tempo determinato a prescindere dalla causale (e, quindi, includendo anche quella a carattere sostitutivo utilizzata, nella maggior parte dei casi, per le maternità) si potrebbe verificare in futuro qualche caso in cui il contratto a termine la cui scadenza è correlata al rientro della lavoratrice sostituita si risolva prima del verificarsi dell'evento, atteso che il datore di lavoro non vuol vedere il rapporto trasformarsi a tempo indeterminato. La questione è meno peregrina di quel che potrebbe sembrare, atteso che, sovente, tali contratti sono molto lunghi e la data finale è incerta, in quanto la tutela della maternità può prevedere assenze "pre - post partum" particolarmente significative sotto l'aspetto della durata. Ovviamente, il datore di lavoro sarebbe "costretto" ad assumere una nuova lavoratrice a termine fino al rientro della sostituita. Ciò potrebbe portare ad un possibile contenzioso, evitabile con l'inserimento nel testo del contratto a termine da sottoscrivere, dopo la usuale frase "fino al rientro della signora..... assente per maternità, l'ulteriore specifica "e, comunque, non oltre il termine massimo di trentasei mesi , intesi come sommatoria anche di periodi con contratti a tempo determinato antecedenti".

Altri problemi potrebbero presentarsi, trascorso il periodo transitorio, in altri settori nei quali (si pensi ai conduttori di scuola bus privati o al personale che opera negli istituti di istruzione privati) non c'è "stagionalità" ma ci sono contratti a termine annuali abbastanza lunghi. Cosa accadrà allorquando dal computo complessivo di tutti i contratti già svolti emergerà il superamento del limite massimo?

Operai agricoli a tempo determinato

L'ultima notazione la circolare n. 13/2008 la riserva agli operai agricoli a tempo determinato, ricordando che gli stessi sono esclusi, per effetto dell'art. 10, comma 2, del D. L.vo n. 368/2001, dalla disciplina sui contratti a termine, mentre tale deroga non sussiste per il personale impiegatizio.

Modena, 20 maggio 2008

Eufrazio MASSI
Dirigente della Direzione provinciale del Lavoro di Modena

SCHEDA RIASSUNTIVA

Con la circolare n. 13 del 2 maggio 2008, il Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale ha inteso fornire le proprie indicazioni operative sulle novità introdotte alla disciplina dei contratti a tempo determinato dai commi da 39 a 43 dell'art. 1 della legge n. 247/2007.

In particolare, sono stati definiti alcuni aspetti che possono così evidenziarsi:

- a) campo di applicazione: vi rientrano tutti i contratti a termine riconducibili alla legge n. 230/1962 e al D.L.vo n. 368/2001;
- b) limiti temporali: si va a ritroso, sommando tutte le prestazioni a termine svolte presso lo stesso datore di lavoro con mansioni equivalenti. Viene, altresì, stabilita una modalità di calcolo per la sommatoria tra i vari contratti;
- c) deroga alla sommatoria dei periodi: non rientrano nel computo i contratti dei dirigenti, i contratti di somministrazione a tempo determinato ed i contratti di lavoro stagionali che seguono una loro particolare disciplina per le precedenza;
- d) ulteriore contratto stipulato presso la DPL: viene attribuita alle DPL una funzione "notarile" nel senso che l'attività del funzionario è finalizzata alla verifica della completezza formale e all'accertamento della libera espressione del consenso del lavoratore;

- e) diritto di precedenza: viene ribadito il contenuto della norma sia per i contratti a termine di durata superiore a sei mesi che per quelli stagionali. Viene approfondito il discorso delle mansioni già espletate rispetto a quello delle “mansioni equivalenti”;
- f) disciplina transitoria: vengono approfondite le lettere a) e b) del comma 43 dell’art. 1, della legge n. 247/2007;
- g) operai agricoli a tempo determinato: si conferma che sono, a differenze degli impiegati agricoli, fuori dalla disciplina del D.L.vo n. 368/2001.