

Novità sul contratto a termine: i chiarimenti del Ministero

Danilo Papa Responsabile area giuridica e attività di interpello D.G. Attività ispettiva del Ministero del lavoro

Dopo aver fornito, con circ. n. 7/2008, alcune indicazioni sulle novità che la legge n. 247/2007 ha introdotto in materia di part-time, lavoro intermittente e somministrazione di lavoro, il Ministero affronta alcune problematiche interpretative legate alle modifiche, da parte della stessa legge, alla disciplina sul contratto di lavoro a termine contenuta nel Dlgs n. 368/2001

La circolare n. 13/2008 scioglie i più importanti nodi interpretativi scaturiti, in particolare, dai nuovi limiti sull'utilizzo del contratto a termine, prendendo atto delle posizioni espresse dalle parti sociali che hanno sottoscritto il cd. Protocollo Welfare del 23 luglio scorso.

Ulteriori questioni non affrontate in questa sede dal Ministero e di cui si dirà a breve, saranno con tutta probabilità oggetto di specifici quesiti sui quali risponderà la Direzione generale per l'Attività ispettiva attraverso lo strumento dell'interpello.

«Eccezionalità» del contratto a termine

Sulla introduzione del comma 01 all'art. 1 del Dlgs n. 368/2001 - secondo il quale «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato» - il Ministero non si sbilancia, limitandosi ad evidenziare che, secondo il Legislatore, il contratto a tempo indeterminato rappresenta «la fattispecie ordinaria di costituzione dei rapporti di lavoro».

In realtà dietro tale affermazione, almeno secondo i primi commentatori⁽¹⁾, sembra esserci la volontà di riaffermare il principio della «eccezionalità» del rapporto di lavoro a tempo determinato - così come d'altronde si legge nell'Accordo quadro tra Ces-Unice-Ceep⁽²⁾, recepito dalla direttiva n. 99/70/Ce del 28 giugno 1999 - con tutta una

serie di conseguenze sul piano della utilizzabilità del contratto. Dal punto di vista operativo, infatti, ad oggi sembrerebbe necessaria non soltanto l'esistenza di una causa «tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva» ai fini della legittima stipulazione del contratto a tempo determinato ma, a monte, l'esistenza di una «occasione temporanea» di lavoro⁽³⁾.

La questione è evidentemente troppo delicata perché il Ministero possa fornire indicazioni che potrebbero essere smentite dalle prime pronunce dei Giudici, considerando oltretutto che non sembra esserci una uniformità interpretativa delle parti sociali che si sono espresse sull'argomento.

Campo di applicazione

Una prima importante precisazione contenuta nella circ. n. 13/2008 riguarda il campo di applicazione delle nuove disposizioni, in particolare di quelle che limitano l'utilizzabilità del contratto. Il Ministero sottolinea infatti che tali disposizioni trovano applicazione esclusivamente con riferimento ai contratti di lavoro a tempo determinato «puri», lasciando pertanto fuori tutte quelle tipologie contrattuali che rimandano alla disciplina del Dlgs n. 368/2001 («in quanto compatibile» (ad esempio, contratto di inserimento)). Il Ministero sottolinea pertanto che «le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 247/2007 (...), con riferimento sia ai limiti temporali legati alla reiterazione dei contratti a termine, sia ai citati diritti di precedenza, sembrano potersi riferire esclusivamente ai rapporti di lavoro instaurati ex Dlgs n. 368/2001 o ex legge n. 230/1962, senza dunque interessare i rapporti di lavoro che, pur rinviando per alcuni profili della propria disciplina alle predette normative, sono legati a logiche e finalità diverse». Sarebbe infatti irragionevole voler applicare ad esempio il

(1) V. M. Tatarelli, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida al Lavoro* n. 2/2008.

(2) Il sesto considerando recita testualmente che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

(3) Le conseguenze ultime di tale ragionamento porterebbero dunque a ritenere non ammissibile che, in caso di dimissioni di un lavoratore a tempo indeterminato, la sua posizione possa essere ricoperta da un lavoratore a termine, proprio in quanto l'occasione di lavoro non ha carattere temporaneo ma duraturo.

limite dei 36 mesi (v. *infra*) alla stipula di contratti di inserimento o, ancor più, di contratti ex art. 8 della legge n. 223/1991, che nascono dalla specifica esigenza di agevolare determinate categorie di lavoratori a rientrare nel mondo del lavoro.

Limiti temporali

L'articolo 5, comma 4-bis, del Dlgs n. 368/2001 prevede che «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro 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». Al riguardo - sebbene il Ministero non lo dica - sembra pacifica una interpretazione secondo cui detto limite si applica esclusivamente nelle ipotesi di «successione di contratti a termine», in modo che, ferma restando la presenza delle condizioni «tecniche, produttive, organizzative o sostitutive», sia sempre possibile l'apposizione di un termine superiore ai 36 mesi al primo (ed unico) contratto.

Il limite di durata massima richiede l'identità delle parti del rapporto di lavoro e l'equivalenza delle mansioni. Sul primo aspetto la circolare non si esprime, eppure sull'argomento andrebbero approfondite le ipotesi in cui l'identità delle parti sembra venir meno solo formalmente (si pensi ad una fusione di società). Sul secondo aspetto, quello della equivalenza delle mansioni, il Ministero è invece puntuale nel ricordare anche la giurisprudenza più recente. In proposito, si sottolinea che l'equivalenza delle mansioni non deve essere intesa in termini di mera corrispondenza del livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni svolte precedentemente e quelle contemplate nel nuovo contratto, ma occorre verificare i contenuti concreti delle attività espletate⁽⁴⁾. Sull'argomento il Ministero riporta inoltre una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione⁽⁵⁾ che esprime due concetti di particolare interesse. Da un lato la Suprema Corte afferma infatti 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 dal lavoratore acquisi-

to nella pregressa fase del rapporto»; dall'altro si sottolinea che la contrattazione collettiva ha comunque il potere di individuare la nozione di «equivalenza» attraverso le cd. clausole di fungibilità, volte a consentire un impiego più flessibile del lavoratore, almeno per «sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica (...)». Insomma, per la verifica del requisito della equivalenza delle mansioni, oltre alla corrispondenza dei livelli di inquadramento, occorrerà prestare attenzione ai contenuti delle attività espletate, all'utilizzo del patrimonio professionale già acquisito dal lavoratore ed alla esistenza di clausole di fungibilità nell'ambito del contratto collettivo applicato.

Il Ministero ricorda poi che, ai fini del superamento del limite dei 36 mesi, devono essere conteggiati tutti i periodi di lavoro svolti dalle parti, a prescindere dalla durata delle interruzioni fra un rapporto ed un altro. Inoltre, una volta superato il periodo di 36 mesi, ai fini della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sarà necessario attendere che sia trascorso l'ulteriore periodo «cuscinetto» di 20 giorni, previsto dall'art. 5, comma 2, del Dlgs n. 368/2001 (salvo che in sede di prima applicazione, v. *infra*). Tale norma, infatti, stabilisce che «se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis [36 mesi], ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini»; la *ratio legis* sta dunque nell'impedire una trasformazione del contratto a causa di un superamento minimo del limite dei 36 mesi, dovuto fors'anche ad un semplice errore di calcolo.

Per quanto riguarda il computo del limite, il Ministero chiarisce inoltre che, per i rapporti di lavoro non coincidenti con uno o più mesi, un cumulo di 30 giorni potrà essere considerato l'equivalente di un mese. La circolare, a titolo esemplificativo, specifica infatti che «considerando due contratti a termine di cui il primo di durata 1° gennaio-20 febbraio ed il secondo 1° maggio-20 giugno si avrà un totale di periodi lavorati pari a tre mesi (gennaio, maggio e 30 giorni equivalenti ad un mese) e 10 giorni (residuo di giorni lavorati oltre i 30)».

Deroghe alla sommatoria dei periodi

La circolare ricorda inoltre alcune deroghe, previ-

(4) La circ. n. 13/2008 segnala al riguardo le seguenti pronunce: Cass. n. 425 del 12 gennaio 2006, n. 7453 del 12 aprile 2005, n. 7351 dell'11 aprile 2005.

(5) Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033.

ste dallo stesso Dlgs n. 368/2001, alla disciplina sul limite dei 36 mesi. In particolare è previsto che detto limite non opera:

- per i rapporti di lavoro dei dirigenti, per i quali vige ancora il termine di durata massima quinquennale;

- nei rapporti tra Agenzia di somministrazione e lavoratore;

- per le attività stagionali, come individuate dal Dpr n. 1525/1963, nonché per le altre attività stagionali appositamente individuate dagli avvisi comuni e dai Contratti collettivi nazionali stipulati dalle Organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Sul punto va osservato che il Ministero sottolinea che le ulteriori ipotesi di esclusione individuate dalle parti sociali riguardano pur sempre attività «stagionali», precisazione che vuole dunque evitare una individuazione di ulteriori ipotesi derogatorie di altra matrice.

Ulteriore contratto stipulato presso la Dpl

Come noto, il limite di 36 mesi può essere superato, a condizione che l'ulteriore contratto sia stipulato presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio alla presenza di un rappresentante di una delle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato.

Al riguardo il Ministero sottolinea che l'intervento della Direzione provinciale del lavoro è finalizzato «*esclusivamente alla verifica circa la completezza e la correttezza formale del contenuto del contratto a tempo determinato e la genuinità del consenso del lavoratore alla sottoscrizione dello stesso, senza che tale intervento possa determinare effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge*». La precisazione, evidentemente, vuole evitare una sovrapposizione di competenze con le Commissioni di certificazione previste dal Dlgs n. 276/2003 che operano anche presso le Direzioni provinciali del lavoro e che sono le uniche a potersi esprimere sulla legittimità a priori dei presupposti giustificativi del contratto.

Al riguardo va poi rilevato che l'operatività della disposizione era subordinata alla individuazione del limite massimo di durata dell'ulteriore contratto a termine ad opera delle parti sociali. Sul punto è opportuno ricordare che il 10 aprile scorso Confindustria, Cgil, Cisl e Uil hanno sottoscritto un avviso comune in cui è previsto che tale durata non può superare gli otto mesi, «*salve maggiori*

durate eventualmente disposte dai Contratti collettivi nazionali o da avvisi comuni stipulati dalle Organizzazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, firmatarie dei contratti collettivi nazionali di lavoro».

Per ulteriore chiarezza, sembra possibile ritenere che l'«*ulteriore*» contratto a termine da stipularsi presso la Direzione provinciale del lavoro - che, nel caso citato, ha dunque una durata massima di otto mesi - possa intendersi comprensivo di una eventuale proroga. È cioè ragionevole pensare che un «*ulteriore contratto*» stipulato, ad esempio, per una durata di 5 mesi, possa essere prorogato - in presenza delle condizioni legittimanti la proroga - per un periodo di altri 3 mesi.

Diritto di precedenza

Quanto ai diritti di precedenza, l'art. 5 del Dlgs n. 368/2001, come modificato dalla legge n. 247/2007, stabilisce che:

- il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine 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 successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine;

- 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.

I diritti di precedenza così individuati possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro, rispettivamente, sei mesi o tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro e si estinguono entro un anno dalla stessa data. La circolare n. 13/2008 sottolinea dunque che i diritti di precedenza trovano applicazione con riferimento alle «*mansioni già espletate*» e non, come avviene per il computo del periodo massimo dei 36 mesi, con riferimento a «*mansioni equivalenti*». L'identità di mansioni peraltro è portato come requisito anche ai fini della fruizione dei diritti di precedenza nell'ambito delle attività stagionali, rispetto alle quali il dato letterale dell'art. 4-*quinquies* sembrava invece non richiederlo. Così interpretando, dunque, ne risulta che per le attività stagionali il diritto di precedenza sarà spendibile ad una duplice condizione: che si siano espletate le medesime mansioni e che si tratti della medesima attività stagionale.

Sui diritti di precedenza, infine, il Ministero auspica un intervento della contrattazione collettiva volta a conciliare la nuova disciplina legale con quella contrattuale introdotta ai sensi dell'abrogato art. 10, comma 9, del Dlgs n. 368/2001, secondo il quale «è affidata ai Contratti collettivi nazionali di lavoro (...) la individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987». Per inciso va segnalato che sui «vecchi» diritti di precedenza si è recentemente espressa la Corte Costituzionale la quale, con la sentenza n. 44 depositata il 4 marzo 2008, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, e dell'art. 11, commi 1 e 2, del Dlgs n. 368/2001, nella parte in cui subordinano il diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda con la medesima qualifica dei lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali, a due condizioni prima inesistenti: la previsione di tale diritto da parte della contrattazione collettiva nazionale applicabile ed il mancato decorso di un anno dalla cessazione del precedente rapporto.

Disciplina transitoria

Per quanto concerne la spinosa questione sul regime transitorio del nuovo limite dei 36 mesi, il Ministero adotta una soluzione in gran parte condivisa dalla parti che hanno sottoscritto il Protocollo Welfare del 23 luglio scorso. Si tratta di una interpretazione non letterale del dato normativo ma che concilia l'interesse ad una introduzione graduale della previsione contenuta nell'art. 5, comma 4-bis, del Dlgs n. 368/2001 con l'interesse a dare effettività alla stessa previsione fin dal 1° aprile 2009. Si ricorda anzitutto che il Legislatore ha previsto 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 (...) [limite 36 mesi]» [lettera A, comma 43, legge n. 247/2007]. Al riguardo il Ministero puntualizza che i contratti a tempo determinato stipulati prima dell'entrata in vigore della norma ed in corso alla data stessa continuano fino alla loro naturale scadenza, «senza conseguenze legate ad un eventuale superamento dei 36 mesi».

La stessa norma prevede successivamente che «il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai

periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui (...) [36 mesi] decorsi 15 mesi dalla medesima data [1° aprile 2009]» [lettera B, comma 43, legge n. 247/2007].

Qui la circolare chiarisce anzitutto che la previsione interessa i periodi di lavoro svolti in forza di contratti cessati entro il 31 dicembre 2007 (nel caso in cui i periodi fossero a cavallo tra il 2007 ed il 2008 trova applicazione la lettera A). È poi specificato che «l'attività lavorativa svolta durante il periodo transitorio di 15 mesi [1° gennaio-1° aprile 2009] - pur rientrando nel computo dei 36 mesi e pur potendo comportare il superamento di tale limite - potrà continuare sino alla data del 31 marzo 2009, senza che ciò dia luogo ad eventuali conseguenze sul piano della conversione del rapporto a tempo indeterminato». Continua il Ministero spiegando che «i datori di lavoro che abbiano sottoscritto contratti a far data dal 1° gennaio 2008 rimangono "indenni" dall'effetto trasformativo qualora cessino comunque il rapporto entro il 31 marzo 2009». Qualora ciò non avvenga e quindi il rapporto di lavoro superi il limite di durata di 36 mesi proseguendo oltre il 31 marzo 2009, non troverà neanche applicazione il periodo «cuscinetto» dei 20 giorni, previsto dall'art. 5, comma 2, del Dlgs n. 368/2001. Ciò in quanto la sua ratio - e cioè quella di evitare effetti trasformativi a fronte di limitate violazioni del limite di 36 mesi - mal si concilia con una scelta interpretativa che in modo del tutto chiaro individua la data del 31 marzo 2009 come termine ultimo per interrompere rapporti di lavoro che già oltrepassano i 36 mesi.

Ad ulteriore specifica di quanto chiarito dal Ministero bisognerebbe probabilmente aggiungere che il periodo di franchigia (1° gennaio-31 marzo 2009) dovrebbe in realtà valere anche nelle ipotesi di cui alla lettera A. Si pensi, ad esempio, ad un contratto scaduto anziché il 31 dicembre 2007, il 2 gennaio 2008. In tal caso si rientrerebbe nella ipotesi *sub* lettera A e, per la stipula di un ulteriore contratto, sembrerebbe doversi coinvolgere la Direzione provinciale del lavoro. Se lo stesso rapporto fosse invece cessato appena due giorni prima sarebbe possibile stipulare altri contratti a termine sino a tutto il marzo 2009 senza interessare la Dpl. L'evidente disparità di trattamento lascia dunque propendere per una interpretazione volta ad estendere la «funzionalità» del periodo di franchigia anche nelle ipotesi in cui i rapporti di lavoro siano «a cavallo» tra il 2007 ed il 2008 e rientrino pertanto nella previsione di cui alla lettera A.

Ridotta la flessibilità nei contratti a termine

Gabriele Bonati

Il Ministero del lavoro ha illustrato la portata delle modifiche disposte dalla legge n. 247/2007 alla disciplina che regola il contratto a tempo determinato (Dlgs n. 368/2001), fornendo alcune precisazioni ma senza entrare nello specifico di situazioni che meritavano invece una giusta attenzione.

Temporaneità - La circolare ministeriale precisa che il comma 01 dell'art. 1 del Dlgs n. 368/2001, introdotto dalla legge n. 247/2007, che recita «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato», non introduce una presunzione legale a favore del contratto a tempo indeterminato, ma esprime l'intento del legislatore di ribadire che tale tipologia contrattuale rappresenta la fattispecie «ordinaria» di costituzione dei rapporti di lavoro. Null'altro aggiunge il Ministero.

Una precisazione un po' criptica: per il Ministero la modifica non rappresenta una presunzione assoluta ma le assunzioni, di norma, devono essere effettuate a tempo indeterminato.

Si ritiene, invece, che detta disposizione vada vista sotto un altro profilo, quello della «temporaneità» dell'attività da svolgere.

Mantenendo le ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», occorre quindi verificare che ci sia anche il carattere della «temporaneità». Vale a dire che le due tipologie contrattuali «indeterminato» e «determinato» non possono essere utilizzate alternativamente, ma per ricorrere a quest'ultima (tipologia a termine) occorre almeno verificare che ci sia l'esigenza tecnica-produttiva-organizzativa temporanea di incremento occupazionale, che potrebbe anche non essere necessariamente eccezionale (anche la Corte di Giustizia europea aveva affrontato l'argomento sotto detto profilo analizzando la normativa greca).

Contratti a termine speciali - Senza utilizzare il condizionale (la circolare ministeriale recita: «... non sembrano incidere...»), ai contratti a termine derivanti dall'utilizzo di normative spe-

ciali quali il contratto di inserimento/reinserimento e l'assunzione a termine dalle liste di mobilità, sicuramente non si applica sia la limitazione temporale dei 36 mesi (vale a dire non concorrono nella sommatoria dei contratti a termine ordinari) sia le disposizioni relative al diritto di precedenza.

Contratti a termine stagionali e diritto di precedenza - Tale diritto scatta se il lavoratore (che ha prestato attività a termine, uno o più contratti, con lo stesso datore di lavoro, per più di 6 mesi) lo esercita, per iscritto, entro i 6 mesi successivi alla cessazione del rapporto e, il datore di lavoro, nei dodici mesi successivi la medesima cessazione, ha necessità di assumere a tempo indeterminato per coprire mansioni già espletate dal lavoratore interessato in esecuzione dei citati precedenti rapporti.

Il chiarimento ministeriale è quello di aver evidenziato, correttamente, che tale previsione normativa fa riferimento alle mansioni «già espletate» e non alle «mansioni equivalenti», quindi il campo di azione risulta più ristretto.

La circolare non chiarisce invece aspetti importanti di carattere operativo (che potrebbero generare un contenzioso), come per esempio:

In presenza di più diritti di precedenza, derivanti dall'applicazione della nuova normativa sul termine e derivanti da altre disposizioni legislative (il lavoratore licenziato, per esempio, ha diritto di essere riassunto, se si procede a nuove assunzioni, nei 6 mesi successivi il licenziamento), occorre conoscere quale possa essere il criterio di priorità da osservare: ci si rivolge al primo soggetto che ha esercitato o che ha maturato il diritto o si deve dare precedenza a chi è stato precedentemente licenziato (soggetto che aveva già un contratto a tempo indeterminato), o si può lasciare la scelta all'azienda sulla base delle qualità professionali del lavoratore? A me piace pensare alla libertà di scelta;

Quale procedura può essere considerata corretta, da parte del datore di lavoro, nel

dare corso dal diritto di precedenza? Si ritiene corretta la procedura che prevede una comunicazione scritta (raccomandata AR) al lavoratore, che ha esercitato il diritto in argomento, assegnando, allo stesso, un periodo temporale per la risposta (per esempio 5/7 giorni), trascorso il quale il diritto si ritiene decaduto e il datore di lavoro ritorna libero nel selezionare il nuovo lavoratore da assumere (libero anche di non contattare più detto lavoratore se si presenta la necessità di una nuova assunzione a tempo indeterminato pur non essendo ancora trascorsi i 12 mesi).

Disciplina transitoria - Con riferimento al tetto dei 36 mesi, quale limite di durata dei rapporti di lavoro in caso di successione di contratti a termine, la legge n. 247/2007 ha introdotto un regime transitorio (15 mesi: dall'1.1.2008 al 31.3.2009) per dare graduale efficacia alle nuove disposizioni.

In particolare (per mansioni equivalenti):

a) i contratti a termine in corso all'1.1.2008 esplicano i loro effetti fino alla scadenza prevista, anche in deroga al limite temporale dei 36 mesi e anche se termineranno dopo il 31.3.2009;

b) i contratti a termine stipulati dall'1.1.2008 (che si chiudono entro il 31.3.2009) non contano ancora ai fini del raggiungimento del limite dei 36 mesi;

c) a partire dall'1.4.2009, ai fini del raggiungimento del limite dei 36 mesi, si sommeranno tutti i contratti (stipulati prima dell'1.1.2008;

stipulati nel periodo 1.1.2008-31.3.2009; stipulati dopo il 31.3.2009).

Con riferimento alle predette disposizioni, il Ministero non affronta alcune particolari casistiche, in dettaglio:

☐ per i contratti di cui alla precedente lettera a) non è stato chiarito se si possa, nel rispetto delle relative regole, utilizzare anche l'istituto della proroga. A nostro avviso sembrerebbe possibile, in quanto la proroga fa parte del contratto a termine;

☐ il Ministero non chiarisce altresì se al termine del predetto contratto il lavoratore possa essere riassunto di nuovo a termine (mansioni equivalenti) nel periodo transitorio di cui alla precedente lettera b) (nuovo contratto che si chiuderà entro il 31.3.2009), rimanendo ancora fuori dalla limitazione temporale dei 36 mesi.

A noi sembra possibile, mentre Confindustria con circ. n. 19005/2008, aveva precisato che per questi soggetti risulterebbe già applicabile la limitazione di 36 mesi. Per quanto riguarda la gestione flessibile del termine (20 giorni in più - art. 5, c. 2, Dlgs n. 368/2001), si rinvia all'articolo pubblicato a pag. 37 di questo fascicolo.

Il calcolo della durata massima dei contratti a termine - Il Ministero con la circolare n. 13 ha chiarito che per il conteggio del limite di 36 mesi deve essere utilizzato il rapporto «un mese uguale a 30 giorni». Qui di seguito proponiamo un esempio di calcolo seguendo le istruzioni del Ministero (l'esemplificazione riportata nella circolare non è del tutto chiara):

Esempio

Contratto a termine avente per oggetto mansioni equivalenti:

					Mesi	Giorni
Contratto a termine	1.6.2005	-	12.9.2005	=	3	12
Contratto a termine	21.1.2006	-	3.5.2006	=	3	13
Contratto a termine	1.10.2006	-	4.11.2007	=	13	4
Contratto a termine	26.3.2008	-	10.4.2009	=	12	16
Contratto a termine	27.4.2009	-	31.8.2009	=	4	5
					35	50
						:
					1	← 30 ↓
						Resto
						20 giorni
Totale					36 mesi	20 giorni
					↓	
					Non interviene la trasformazione del rapporto di lavoro	

Oggetto: Art. 1, commi da 39 a 43, della legge n. 247/2007 - Modifiche alla disciplina sul contratto a tempo determinato

zione di contratti a tempo determinato richiede l'identità delle parti del rapporto di lavoro e l'equivalenza delle mansioni. Secondo i principi giurisprudenziali in materia, l'equivalenza non deve essere intesa in termini

Facendo seguito alle indicazioni fornite con circolare n. 7/2008 - in cui si è affrontata la problematica legata all'abrogazione di alcune tipologie contrattuali da parte della legge n. 247/2007, con particolare riferimento al contratto di lavoro intermittente ed alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, nonché alla modifica della disciplina in materia di clausole elastiche e flessibili nel *part-time* - si ritiene opportuno, anche a seguito di un confronto con le parti sociali, fornire alcuni chiarimenti interpretativi sulle novità che interessano il contratto a tempo determinato.

Come noto, infatti, l'art. 1, commi da 39 a 43, della legge n. 247/2007 ha modificato la disciplina contenuta nel Dlgs n. 368/2001, prevedendo sia dei limiti alla reiterazione dei contratti, sia delle forme di precedenza nella stipula di contratti a tempo indeterminato o di nuovi contratti a termine nelle attività stagionali in favore di particolari categorie di lavoratori.

È altresì da rilevare l'introduzione di un comma 1 all'art. 1 del Dlgs n. 368/2001 secondo il quale «*il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*»; previsione che, pur non reintroducendo una presunzione legale a favore del contratto a tempo indeterminato, esprime l'intento del Legislatore di ribadire che tale tipologia contrattuale rappresenta la fattispecie «ordinaria» di costituzione dei rapporti di lavoro.

Campo di applicazione

Va anzitutto chiarito che le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 247/2007 («*Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale*»), con riferimento sia ai limiti temporali legati alla reiterazione dei contratti a termine, sia ai citati diritti di precedenza, sembrano potersi riferire esclusivamente ai rapporti di lavoro instaurati ex Dlgs n. 368/2001 o ex legge n. 230/1962, senza dunque interessare i rapporti di lavoro che, pur rinviando per alcuni profili della propria disciplina alle predette normative, sono legati a logiche e finalità diverse. In tal senso, a mero titolo esemplificativo, le nuove disposizioni non sembrano incidere né sul contratto di inserimento, in quanto finalizzato ad un «*adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo*», né sui contratti stipulati ai sensi dell'art. 8 della legge n. 223/1991 con i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità.

Limiti temporali

L'articolo 5, comma 4-bis, del Dlgs n. 368/2001 prevede che «*qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro 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*». Il limite generale di durata massima in caso di reitera-

di mera corrispondenza del livello di inquadramento contrattuale tra le mansioni svolte precedentemente e quelle contemplate nel nuovo contratto, ma occorre verificare i contenuti concreti delle attività espletate (*ex plurimis*, Cass. n. 425 del 12 gennaio 2006, n. 7453 del 12 aprile 2005, n. 7351 dell'11 aprile 2005); in particolare «*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 dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto*» (Cass. Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033). Sul punto va peraltro sottolineato che tale ultima sentenza attribuisce alla contrattazione collettiva anche il potere di individuare la nozione di «equivalenza» attraverso le cd. clausole di fungibilità, volte a consentire un impiego più flessibile del lavoratore, almeno per «*sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica, senza incorrere nella sanzione della nullità comminata dal comma 2 della citata disposizione* [art. 2103 c.c.]».

Va ulteriormente sottolineato che, secondo il dettato normativo, ai fini del superamento del periodo di 36 mesi, devono essere conteggiati tutti i periodi di lavoro effettivo svolti tra le parti prescindendo, quindi, dai periodi di interruzione intercorsi tra la cessazione del precedente rapporto di lavoro e l'instaurazione di quello successivo. Ciò in quanto la finalità perseguita dal Legislatore è quella di impedire che le interruzioni possano produrre l'effetto di «*azzerare*» il conteggio dei periodi di attività rilevanti per l'individuazione della durata massima di più rapporti di lavoro a termine.

Peraltro, nel caso di raggiungimento del limite dei 36 mesi per effetto di successione di diversi contratti, non si determina l'automatismo dell'immediata conversione, ma il rapporto si potrà protrarre per ulteriori 20 giorni (art. 5, comma 2, Dlgs n. 368/2001) che dovranno essere tuttavia compensati con le maggiorazioni previste dallo stesso art. 4, comma 1, del Dlgs n. 368/2001.

Altra questione riguarda il computo effettivo del periodo di 36 mesi. Vanno infatti chiarite le modalità di conteggio dei periodi di lavoro a tempo determinato non coincidenti con uno o più mesi. Per quanto riguarda tali periodi si ritiene che possa essere adottato il criterio comune, adoperato anche in altri ambiti (si pensi alla disciplina contrattuale in materia di periodi di comportamento) secondo il quale, considerato che la durata media dei mesi durante l'anno è pari a 30 giorni, 30 giorni potranno considerarsi l'equivalente di un mese. A titolo esemplificativo, pertanto, considerando due contratti a termine di cui il primo di durata 1° gennaio-20 febbraio ed il secondo 10 maggio-20 giu-

gno si avrà un totale di periodi lavorati pari a tre mesi (gennaio, maggio e 30 giorni equivalenti ad un mese) e 10 giorni (residuo di giorni lavorati oltre i 30).

Deroghe alla sommatoria dei periodi

Va poi ricordato che la disciplina sul limite massimo dei 36 mesi e sull'eventuale «ulteriore contratto» concluso presso la Dpl con l'assistenza sindacale (*v. infra*) - fermo restando quanto chiarito circa il campo di applicazione della nuova disciplina - subisce alcune deroghe:

- l'art. 1, comma 41, lett. c), della legge n. 247/2007, modificando l'art. 10, comma 4, del Dlgs n. 368/2001, stabilisce che il nuovo limite generale non opera per i rapporti di lavoro dei dirigenti, per i quali vige ancora il termine di durata massima quinquennale:

- l'art. 1, comma 42, legge n. 247/2007 modifica l'art. 22 del Dlgs n. 276/2003 prevedendo che in caso di somministrazione di lavoro a tempo determinato, il rapporto di lavoro a termine fra Agenzia di somministrazione e lavoratore non è soggetto ai limiti di cui all'art. 5, comma 3 e ss., del Dlgs n. 368/2001. Ciò non solo conferma la precedente esclusione della somministrazione a tempo determinato dalle norme che prevedono una trasformazione del rapporto in caso di successive assunzioni a termine senza soluzione di continuità, ma sottrae detto istituto anche dalle novità introdotte ai commi da 4-bis a 4-sexies dello stesso art. 5;

- l'art. 1, comma 40, della legge n. 247/2007, introduce l'art. 5, comma 4-ter, del Dlgs n. 368/2001 che esclude le attività stagionali, come individuate dal Dpr n. 1525/1963, dal limite dei 36 mesi nonché le altre attività stagionali appositamente individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Ulteriore contratto stipulato presso la Dpl

In ordine al divieto di superamento del limite di 36 mesi in caso di successione di contratti a termine, si ricorda che il secondo periodo del comma 4-bis dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001 concede alle parti la facoltà di stipulare un solo ulteriore contratto in deroga al predetto limite, purché lo stesso sia stipulato presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio alla presenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato.

Al riguardo occorre sottolineare che l'intervento della Direzione provinciale del lavoro è finalizzato esclusivamente alla verifica circa la completezza e la correttezza «formale» del contenuto del contratto a tempo determinato e la genuinità del consenso del lavoratore alla sottoscrizione dello stesso, senza che tale intervento possa determinare effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge.

Diritto di precedenza

La legge n. 247/2007 introduce, nell'ambito dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001, alcuni diritti di precedenza in caso di nuove assunzioni. In particolare si prevede che:

1) il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più con-

tratti a termine 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 successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine;

2) 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.

I diritti di precedenza così individuati possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro, rispettivamente, sei mesi o tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro e si estinguono entro un anno dalla stessa data.

Occorre inoltre evidenziare che il diritto di precedenza trova applicazione, per espressa previsione normativa, con riferimento alle «mansioni già espletate» e non, come avviene per il computo del periodo massimo dei 36 mesi, con riferimento a «mansioni equivalenti». Peraltro, ferma restando l'identità di mansioni, nell'ambito delle attività stagionali il diritto di precedenza trova applicazione qualora il medesimo datore di lavoro ponga in essere la medesima «attività stagionale».

Si ritiene utile infine rappresentare la problematica legata alla conciliabilità del diritto di precedenza introdotto nel 2007 con eventuali altre forme di precedenza introdotte sulla base della disciplina legale e contrattuale previgente. Va infatti ricordato che l'art. 10, comma 9, del Dlgs n. 368/2001 - ora abrogato dalla stessa legge n. 247/2007 - stabiliva che: «è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro (...) la individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987». Sebbene tale disposizione sia stata abrogata e la nuova disciplina non specifichi alcunché in materia, non sembra ragionevole sostenere che i diritti già acquisiti dai lavoratori in base alle clausole collettive poste in essere siano vanificati.

Si ritiene pertanto che forme di integrazione fra «vecchi» e «nuovi» diritti di precedenza non possano che essere individuate dalla contrattazione collettiva che aveva già disciplinato i criteri di elaborazione delle graduatorie ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Dlgs n. 368/2001.

Disciplina transitoria

L'art. 1, comma 43, della legge n. 247/2007 prevede un regime transitorio in relazione all'applicazione del «tetto» dei 36 mesi, quale limite di durata dei rapporti di lavoro in caso di successione di contratti a tempo determinato. La previsione, evidentemente, vuole introdurre dei criteri di gradualità in ordine alla applicazione del predetto limite che interessa, secondo quanto di seguito chiarito, anche rapporti di lavoro posti in essere sino a tutto il 2007.

Anzitutto, secondo quanto previsto dalla lett. a) dell'art. 1, comma 43, della legge n. 247/2007, i contratti a termine in corso alla data del 1° gennaio 2008 esplicano i loro effetti fino alla scadenza in essi previ-

sta, anche in deroga al limite temporale dei 36 mesi. Pertanto, i contratti a tempo determinato stipulati prima dell'entrata in vigore della norma (1° gennaio 2008) ed in corso alla data stessa continuano fino alla loro naturale scadenza, senza conseguenze legate ad un eventuale superamento dei 36 mesi. Tale previsione intende evidentemente salvaguardare i diritti delle parti del rapporto di lavoro sorti sotto la vigenza della precedente normativa.

La lettera *b*) del medesimo comma, che interessa la diversa ipotesi di periodi di lavoro svolti in forza di contratti cessati alla data 31 dicembre 2007, stabilisce che «*il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis*» solo una volta decorsi 15 mesi dal 1° gennaio 2008.

A tal proposito si ritiene che la disposizione voglia introdurre, come accennato, un regime di graduale efficacia del nuovo limite temporale, spostando in avanti - a far data dal 1° aprile 2009 - ogni sommatoria dei periodi di lavoro effettuati.

Pertanto, l'attività lavorativa svolta durante il periodo transitorio di 15 mesi - pur rientrando nel computo dei 36 mesi e pur potendo comportare il superamento di tale limite - potrà continuare sino alla data del 31 marzo 2009, senza che ciò dia luogo ad eventuali

conseguenze sul piano della conversione del rapporto a tempo indeterminato.

In altri termini i datori di lavoro che abbiano sottoscritto contratti a far data dal 1° gennaio 2008 rimangono «indenni» dall'effetto trasformativo qualora cessino comunque il rapporto entro il 31 marzo 2009. A diverse conseguenze, evidentemente, deve giungersi nelle ipotesi in cui lo stesso rapporto ecceda il predetto limite di 36 mesi proseguendo anche oltre il 31 marzo 2009, senza che qui trovi peraltro applicazione - considerata la specifica disciplina del periodo transitorio - la citata previsione di cui all'art. 5, comma 2, del Dlgs n. 368/2001, relativa al decorso dei 20 giorni di tempo ai fini della trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Operai agricoli a tempo determinato

Appare infine utile ricordare che, già ai sensi dell'art. 10, comma 2, del Dlgs n. 368/2001, dalla disciplina dello stesso Dlgs - e quindi dalle novità introdotte dalla legge n. 247/2007 - «*sono esclusi i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato così come definiti dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375*». Resta viceversa interessato dalla citata disciplina il personale impiegatizio, ferme restando le deroghe illustrate con riferimento alle attività stagionali.