

Requisiti e caratteristiche

Lavoro a tempo determinato ed esigenze sostitutive

Maurizio Manicastro - Avvocato

Come noto al testo originario del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 sono stati aggiunti il comma 01, da parte della legge n. 247/2007, in forza del quale «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato» e, con la successiva e attuale legislatura, al comma 1, che così recitava «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» è stata aggiunta la frase: «anche se riferibile alla ordinaria attività del datore di lavoro» (così la legge n. 133/2008).

Orbene ad avviso di chi scrive i due interventi legislativi, pur avendo lo scopo di chiarire la portata dell'originario testo, nella sostanza - come già emergeva nella prevalente interpretazione giurisprudenziale e dottrina - non hanno introdotto elementi di particolare novità.

Requisito della temporaneità

Intanto va rilevato che i predetti interventi sono frutto di due diverse "correnti di pensiero": la prima (legge n. 247/2007) tendente a restringere l'utilizzo del contratto a termine, inteso come espressione di precarietà, e ad avallare, contestualmente, quell'indirizzo che faceva conseguire alla nullità del termine la sostituzione della "regola" del contratto a tempo indeterminato (tesi peraltro di recente autorevolmente e limpidamen-

te confermata dalla sentenza di Cassazione del 21 maggio 2008, n. 12985); la seconda (legge n. 133/2008) tendente invece a riportare l'alveo del contratto a termine negli strumenti di ordinaria gestione aziendale escludendo che la durata dell'attività lavorativa alla quale si possa legittimamente apporre un termine debba corrispondere ad un'attività aziendale straordinaria o imprevedibile.

La formulazione introdotta dalla legge n. 133/2008 riproduce peraltro quanto già si legge nell'art. 20, comma 4 del D.Lgs. n. 276/2003 per il contratto di somministrazione a termine (che, a seguito di un altro intervento della legge n. 247/2007 di abolizione dello *staff leasing*, costituisce oggi l'unica ipotesi di somministrazione consentita). Già all'indomani della "Riforma Biagi" l'ipotesi interpretativa più accreditata era che il riferimento all'ordinaria attività dell'utilizzatore non rivelasse un'ipotesi differente rispetto al contratto a tempo determinato, dove tale specificazione mancava, ma fosse semplicemente l'esplicito chiarimento di una caratteristica già presupposta nel contratto a tempo determinato dove anche il Ministero del lavoro con la circolare n. 42/2002 riteneva superati i caratteri della "eccezionalità", "straordinarietà" ed "imprevedibilità" propri delle ragioni giustificatrici contemplate dalla precedente normativa ed in particolare dalla legge n. 230/1962.

In conclusione i due più recenti interventi legislativi lasciano

inalterato, a nostro avviso, il seguente precedente scenario: **a)** il contratto a tempo determinato, anche alla sua prima stipulazione, non è un contratto fungibile con il contratto a tempo indeterminato (perché, da una parte, al legislatore sarebbe bastato dirlo e dall'altra è la stessa Direttiva europea 1999/70/Ce e l'allegato Accordo Quadro a precisare che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro»);

b) il contratto a tempo determinato presuppone pertanto un'esigenza temporanea che però non deve rivestire i caratteri della straordinarietà/eccezionalità/imprevedibilità perché, come dice lo stesso Ministero del lavoro nella citata circolare del 2002, «la temporaneità della prestazione è semplicemente la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive».

Ragioni di carattere sostitutivo

Alla luce del quadro così come sopra chiarito va analizzata la ragione, oggetto del nostro approfondimento, di carattere sostitutivo.

Intanto osserviamo che nel testo dell'art. 1, comma 1 del D.Lgs. n. 368/2001, nella generica dizione di ragioni di carattere sostitutivo il legislatore, peraltro in coerenza con la *ratio* di maggior apertura nei confronti del contratto a termine, non richiede espressamente l'indicazione della causa

della sostituzione o del nome del lavoratore sostituito né che l'assenza sia qualificata dal diritto alla conservazione del posto, come invece avveniva nella disciplina previgente. Se ne ricava che la causa dell'assenza è irrilevante (salvi ovviamente i casi di sostituzione, espressamente vietati, dei lavoratori in sciopero o sospesi dal lavoro o con orario ridotto o riguardanti aziende che hanno proceduto a licenziamenti collettivi o non hanno effettuato la valutazione dei rischi ex D.Lgs. n. 81/2008, nei limiti di quanto specificato dall'art. 3 e che le eventuali diverse cause di assenza possono cumularsi, purché fra le stesse non ci sia soluzione di continuità, sino al rientro del lavoratore sostituito o comunque finché perdura la ragione sostitutiva. Quanto sopra con l'accortezza, da tenere presente in sede di stesura del contratto di assunzione, di prevedere comunque, considerando che nelle sostituzioni il termine normalmente non è fisso ma solo determinabile (*certus an sed incertus quando*), la risoluzione del contratto prima del superamento dei 36 mesi del rapporto di lavoro in conseguenza del cumulo, per aver svolto mansioni analoghe, con precedenti rapporti, quando risulti applicabile l'art. 5, comma 4 bis D.Lgs. n. 368/2001. Se pertanto non è più necessario indicare la causa di un'assenza che, in quanto tale, è oggettivamente rilevabile anche se riferita a più lavoratori, si può invece porre il problema della indicazione del nominativo del lavoratore sostituito. Infatti la legittimità del contratto a termine per ragioni sostitutive, come peraltro anche per le altre ragioni richieste dalla norma, presuppone che il lavoratore ed il giudice possano verificare:

- a) l'effettiva sussistenza della ragione addotta;
 - b) la sua riferibilità all'assunzione a termine;
 - c) la sua congruità con il periodo di lavoro pattuito.
- Resta invece preclusa (principio generalmente accolto nella

disciplina del rapporto di lavoro ed anzi a volte legislativamente richiamato) ogni valutazione sul merito delle scelte imprenditoriali. In questo ambito l'indicazione del nominativo del lavoratore assente potrebbe essere necessaria alla verifica dell'indefettibile collegamento causale fra l'assunzione temporanea e la ragione giustificativa.

Con l'occasione pare opportuno ricordare che a tal fine risultano irrilevanti le previsioni dei contratti collettivi i quali, non più vigente l'art. 23, legge n. 56/1987, non hanno la facoltà di ipotizzare una casistica di assunzioni a termine se non nei limiti in cui tali ipotesi possano ricadere nelle ragioni indicate dall'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001. In tal caso, ad avviso di chi scrive, sarebbe sufficiente il richiamo, *per relationem*, alla previsione del contratto collettivo, riportato nella lettera di assunzione.

La conclusione, però, sulla necessità o meno dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito non può che essere conforme alla lettera e alla *ratio* della disposizione e, pertanto, tale indicazione potrà essere non necessaria soltanto ove il datore provi *aliunde* la precisa riferibilità dell'assunzione ad assenze comunque individuabili. In altre parole il nominativo del lavoratore o dei lavoratori assenti non è richiesto *ad substantiam* (per una fattispecie analoga, regolata dall'abrogato articolo 23 della legge n. 56/1987, la Suprema Corte, con sentenza n. 22512 del 5 settembre 2008, ha affermato che «la mancata indicazione del nominativo del lavoratore sostituito non comporta alcuna nullità del contratto per difetto di forma prevista dalla legge applicabile al rapporto *ad substantiam*, stante il principio di tassatività della forma vigente nel nostro ordinamento») ma comunque dovrà essere onere del datore di lavoro specificare la ragione sostitutiva in modo tale da consentire l'individuazione del lavoratore sostituito. D'altronde non può dubitarsi,

ad avviso di chi scrive, della necessità almeno di tale onere laddove si consideri che, un'interpretazione più rigorosa della legge, la quale impone di specificare anche le ragioni sostitutive, potrebbe far ritenere che, indirettamente, il legislatore abbia voluto mantenere la necessità di individuare la causa dell'assenza (in tal senso la Corte di Appello di Bari, sentenza del 18 settembre 2008 (1)). Ad avviso di chi scrive, comunque, per quanto sopra detto sulla *ratio* della riforma del 2001, per specificare la ragione sono sufficienti l'indicazione del nominativo del lavoratore assente o altri elementi tali da consentire la verifica dei requisiti sottesi alla disposizione quali abbiamo sopra elencato *sub a) b) e c)*.

Caso concreto

Passando ad un caso concreto e ricorrente specialmente nelle grandi aziende, se il contratto è giustificato dalla sostituzione dei lavoratori in ferie, la legittimità del termine apposto al contratto, sarà conseguenza della verificabile correlazione fra il numero di giornate di ferie programmate (uno scostamento fra queste e le ferie effettivamente concesse potrà essere valutato dal giudice al fine di verificare un'eventuale frode alla legge) e quello del personale a tempo determinato assunto nel relativo periodo e nella specifica attività produttiva.

In altre parole il periodo feriale, quantificato nella somma delle giornate di assenza per ferie di tutti i lavoratori interessati, deve coincidere o comunque non essere inferiore a quello pattuito con i lavoratori a termine avendo a riferimento lo stesso periodo di calendario. I predetti elementi, sia pure in modo sintetico, dovrebbero risultare dal contratto di lavoro, o comunque essere verificabili anche dallo stesso

Nota:

(1) Cfr. *Dir. prat. lav.*, 2008, 42, 2401.

lavoratore il quale è il primo ad essere interessato a valutare la legittimità della sua assunzione e quindi la proponibilità di un'azione giudiziaria che non si può pretendere egli debba promuovere in base ad elementi di fatto ai quali non è stato posto in grado di accedere. Comunque un orientamento giurisprudenziale meno rigoroso, che ammettesse di provare *ex post* in giudizio una ragione descritta in modo non esaustivo, dovrebbe poi concludersi con il riscontro dei medesimi elementi fattuali sopra indicati. A questo proposito osserviamo soltanto che, anche in caso di non accoglimento della domanda per essere stati riscontrati *ex post* gli elementi giustificativi dell'assunzione a termine, la carenza di una indicazione *ex ante* dei predetti elementi dovrebbe incidere sulla valutazione della condanna alle spese nel senso di escluderla a carico del lavoratore soccombente il quale non era stato posto in grado di valutare compiutamente la correttezza del comportamento aziendale. C'è anche da dire che, se la motivazione delle assunzioni

nella fattispecie qui in esame, fosse riportata invece che a ragioni sostitutive a ragioni produttive, anche ricomprendenti picchi di attività stagionale, il discorso non muterebbe sostanzialmente in quanto il datore di lavoro sarebbe sempre onerato di dimostrare la congruità delle assunzioni a termine sia con l'aumento dell'attività produttiva che con le assenze del personale.

Se quanto sopra è vero, vanno allora analizzate le conseguenze di uno scostamento non giustificato fra le assunzioni a termine e la ragione giustificativa specificata. Ad avviso di chi scrive, come nel caso di violazione della clausola di contingentamento eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali ai sensi dell'art. 10, comma 7, sarà onere di ogni lavoratore provare che la sua assunzione a termine eccede il numero di assunzioni consentite dalla ragione giustificativa e che pertanto il suo rapporto di lavoro deve considerarsi a tempo indeterminato. Tenendo anche presente, nella fattispecie, che tali conseguenze potrebbero essere estese anche ad un nu-

mero di lavoratori a termine che, pur rientrando nel numero di assunzioni consentite dalla predetta ragione, il datore di lavoro non riesca però a differenziare rispetto ad altri lavoratori, contestualmente assunti, con i quali è stata superata la soglia numerica consentita. Per maggior chiarezza facciamo l'esempio di un'azienda che, a fronte di una ragione (o anche di una clausola di contingentamento) che rende giustificabili 20 assunzioni, dopo aver assunto 15 lavoratori ne assuma contemporaneamente altri 10 sfiorando così il numero consentito di 5 unità. Questa azienda potrebbe vedersi riconoscere il rapporto a tempo indeterminato per tutti i 10 lavoratori ricorrenti se non riesce a provare quali di questi possa rientrare nei 5 lavoratori che avrebbe potuto legittimamente assumere.

A fronte di pronunce giurisprudenziali che non consentono di rilevare un orientamento consolidato è pertanto consigliabile alle aziende di approcciare con la dovuta cautela le fattispecie di contratto a termine sopra commentate.