

5.1 Le novità

L'istituto del contratto a termine è quello che negli ultimi mesi ha subito le maggiori trasformazioni. La dottrina non è ancora univoca e mancano riferimenti giurisprudenziali sulla portata di alcune norme, che possono essere lette in maniera estensiva, allargando di molto lo spazio decisionale del datore di lavoro, ovvero in maniera più restrittiva, riducendo, ma non certo annullando, la portata innovativa del nuovo sistema rispetto al precedente assetto.

La cautela è quindi d'obbligo e tuttavia è necessario, proprio per alcune incertezze interpretative che sono state sollevate, fare il punto della nuova situazione e capire quali sono le novità e come si gestisce un istituto la cui disciplina è oggi racchiusa quasi esclusivamente nel nuovo decreto legislativo. È per questo che il manuale operativo basato su domande e risposte è stato completamente aggiornato.

Sono note le polemiche che hanno accompagnato l'emanazione del decreto legislativo 368 del 2001. Esse certamente danno la dimensione della portata innovativa della nuova disciplina, che sostituisce quasi integralmente la precedente sedimentazione normativa in materia.

In realtà le polemiche hanno sicuramente una ragion d'essere nell'alto grado di innovazione del testo, che interviene decisamente su una tipologia contrattuale flessibile da sempre circondata da molte cautele e ritenuta un'eccezione rispetto alla tipologia ordinaria del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per la verità lo stato della normativa vigente al momento dell'emanazione del decreto legislativo 368 conteneva già sostanziali attenuazioni dei vincoli della legge base (l. 230/1962), soprattutto per effetto della devoluzione di potere normativo alla contrattazione collettiva operata dalla legge¹.

La contrattazione, infatti, era già pervenuta a degli allargamenti della casistica sul ricorso ai contratti a termine. In sostanza non mancano nei contratti collettivi spunti che denotano la volontà di superare letture troppo restrittive, come è avvenuto per l'ammissibilità della compresenza del sostituto e del sostituito per consentire il passaggio delle consegne, o per la sostituzione "a cascata", cioè non necessaria-

1. La chiave di volta è data dall'art. 23 della legge 56 del 1987, che ha riconosciuto alla contrattazione il potere di integrare le causalità di legge che legittimano il ricorso ai contratti a termine.

2. Cfr. art. 7, commi 4 e 5 del CCNL 14.9.2000 per il personale del comparto delle Regioni e delle Autonomie locali.

3. La direttiva UE 70/99, recepita dal decreto legislativo 368, raccoglie integralmente l'accordo CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato e si colloca quindi nell'area del dialogo sociale. L'accordo afferma che "...i contratti di lavoro a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro..." dichiarazione che è un indubbio passo in avanti rispetto alla vecchia impostazione del contratto a termine visto solo come eccezione (vedi nota successiva).

4. La legge base (230 del 1962) consentiva con molte cautele il ricorso al lavoro a termine, considerato un'eccezione rispetto a quello a tempo indeterminato. Sul finire degli anni settanta sono state introdotte alcune aperture per particolari settori e si è dovuto attendere la legge 56 del 1987 per promuovere la via contrattuale all'individuazione di ulteriori tipologie. Nel '91 la legge 223 introduceva un'ulteriore tipologia (quella dell'assunzione a termine di lavoratori in mobilità) ma è solo dal '97, con la legge Treu, che vengono apportate significative flessibilizzazioni sul lavoro a termine, in concomitanza con l'introduzione del lavoro temporaneo, senza peraltro rimuovere completamente l'atteggiamento di grande cautela verso il ricorso al lavoro a termine.

mente del lavoratore assente²; si tratta tuttavia di correttivi che in larga parte hanno sancito orientamenti cui già era pervenuta la giurisprudenza e che in sostanza hanno portato ad una liberalizzazione ancora incompleta dei contratti a termine, visti pur sempre come eccezione rispetto alla tipologia ordinaria di reperimento del personale.

L'evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale a partire dalla legge 230 è stata quindi indubbia ma il tradizionale disfavore verso questa forma di lavoro precario non si è del tutto dissolto tanto che, prima del recente intervento legislativo in attuazione di una direttiva dell'Unione europea³, il ricorso al lavoro a termine era ancora circoscritto ad alcune causali ben precise e puntualmente disciplinate⁴.

Il punto importante, che spiega quale sia sostanzialmente la portata innovativa del decreto legislativo, risiede nella determinazione dei casi in cui si può ricorrere ad assunzioni a termine, sotto un duplice profilo:

- il metodo da seguire;
- l'effettivo ambito di estensione praticabile nell'apposizione della clausola del termine.

Sotto il primo aspetto la novità è radicale. I contratti collettivi vigenti (sia nel privato che nel pubblico) indicano espressamente i casi in cui è ammesso il ricorso al lavoro a termine, facoltà del resto riconosciuta alla contrattazione dallo stesso legislatore fin dal 1987; ora questa impostazione è stata rovesciata e la legge (il decreto legislativo 368) si limita a richiedere che l'apposizione del termine sia accompagnata dalla espressa indicazione delle "ragioni" specifiche di "carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" che ne giustificano il ricorso.

Va detto subito che il superamento della logica delle causali tipizzate dai contratti collettivi allarga l'area del lavoro a termine e apre anche la via verso un allungamento della durata dei relativi rapporti di lavoro. Ora il datore di lavoro può assumere con contratto a termine purché esponga le specifiche "ragioni", dizione generica e quindi ben più ampia di quella adottata fino ad oggi dai contratti collettivi.

In altre parole, non essendovi più una tipizzazione puntuale delle situazioni che giustificano l'apposizione della clausola, queste saranno esplicitate di volta in volta in relazione alle specifiche esigenze; non è escluso che successive intese andranno a dettagliare le "ragioni", ma questo passaggio è solo eventuale e non ha più carattere condizionante.

Si tratta di un vero e proprio ribaltamento che, eliminando il potere contrattuale di integrare le causali indicate dalla legge, ridimensiona indubbiamente lo spazio della contrattazione collettiva in materia, fatto realmente nuovo nel panorama della legislazione lavoristica, dagli anni '70 ad oggi basata sul sostegno al ruolo dell'autonomia collettiva.

La sovrapposizione del decreto legislativo rispetto ai contratti

collettivi è da ritenersi ormai avvenuta; immediatamente per quanto riguarda la proroga (tutti i contratti in scadenza dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo possono essere prorogati – in presenza di ragioni oggettive – fino a una durata complessiva di 36 mesi, per una durata, quindi, anche superiore a quella originaria, come invece era previsto in precedenza), alla scadenza dei contratti collettivi stessi (già intervenuta nel settore pubblico) per quanto riguarda la sostituzione del modello “causali” con quello delle “ragioni”, cioè la vera chiave di volta per liberalizzare gli ambiti del nuovo lavoro a termine.

La dizione adottata (“alla scadenza...”) non sembra dare adito a dubbi in proposito, poiché in questo caso non è invocabile il prolungamento dell'efficacia dei contratti in essere nell'attesa della stipula dei successivi. Non si crea infatti un problema di *vacatio* tra contratti collettivi in quanto è la legge che si sostituisce automaticamente ai primi.

Quello che emerge chiaramente è quindi il venir meno dei contratti collettivi, sostituiti dalla disciplina legislativa che non richiede necessariamente ulteriori puntualizzazioni; saranno naturalmente sempre possibili intese contrattuali che però non si porranno più come condizione essenziale per estendere o integrare la casistica del ricorso legittimo a contratti a termine⁵. Alla contrattazione collettiva resta un compito⁶ la individuazione di limiti quantitativi al ricorso ai contratti a termine, esercizio che peraltro, oltre ad essere eventuale, non ha valenza generale bensì molto circoscritta, essendo esclusa dal computo, per effetto dello stesso articolo 10, tutta una serie di situazioni di temporaneità già ampiamente previste dai contratti preesistenti.

Resta da analizzare la seconda sostanziale novità, cioè l'effettività dell'estensione dell'area di ricorso al lavoro a termine. Una lettura restrittiva, frutto di una ricostruzione in un certo senso continuistica rispetto al preesistente modello, tende a ricomprendere nelle “ragioni” sopra descritte situazioni specifiche pur sempre connotate dal carattere della temporaneità, che siano cioè ontologicamente inquadrabili in ambiti temporali limitati. Questa lettura, anche se restrittiva, porterebbe ugualmente ad un allargamento e tuttavia collegerebbe pur sempre il lavoro a termine con la temporaneità dei fabbisogni da soddisfare.

Un'altra lettura, più estensiva, è però possibile, in linea con la direttiva 70/99. Da questa non è dato desumere che il lavoro a termine debba essere necessariamente legato alla temporaneità della funzione da svolgere. Scopo dichiarato della direttiva è quello di evitare la discriminazione dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato e quello di evitare abusi attraverso una disinvoltata successione di contratti nel tempo⁷.

Altre finalità specifiche la direttiva non ne ha, salvo quella (che però sarebbe nel senso di favorirne il ricorso) di accrescere attraverso il lavoro a termine la competitività dell'economia comunitaria⁸.

Bisogna però avvertire che ad oggi in dottrina non si riscontra ancora la prevalenza di una tesi rispetto all'altra mentre è comune la preoccupazione di attendere il consolidarsi degli orientamenti della magistratura.

5. In base all'articolo 23 della legge 56/1987 (ora abrogato dal nuovo decreto legislativo) ai contratti collettivi era demandata l'individuazione di ipotesi ulteriori di ricorso al lavoro a termine rispetto a quelle individuate dalla legge 230 del 1962 (anch'essa abrogata) e a fissare i limiti numerici del ricorso.

6. L'art. 10 c. 7 del Dlgs 368/01 adotta, tra l'altro, una formulazione che rende facoltativo il ricorso alla contrattazione.

7. Il punto 7 dei considerando dell'accordo quadro allegato alla direttiva n.70 precisa che “...il ricorso ai contratti a tempo determinato basato su motivi obiettivi è un modo per prevenire gli abusi”. La clausola 5 dell'accordo quadro prescrive l'introduzione di misure relative a “...b) la durata massima totale dei contratti o rapporti a tempo determinato successivi;...”.

8. Cfr. punto 11 dell'accordo quadro (“...il presente accordo tiene conto dell'esigenza di aumentare la competitività dell'economia comunitaria e di evitare di imporre vincoli amministrativi...”).

5.2 Durata dei contratti di lavoro a termine

Le ragioni che giustificano l'apposizione del termine si riflettono anche sulla durata dei contratti, che sostanzialmente viene ancorata al permanere delle stesse. L'unica limitazione (che peraltro è essa stessa una flessibilizzazione, almeno nella gran parte dei casi) riguarda la durata della proroga che non può superare, sommata alla durata originaria, i 36 mesi. Rispetto alla precedente disciplina si ha il sostanziale superamento del preesistente limite (la proroga non poteva essere superiore alla durata del contratto originario).

Riepilogando, la ricostruzione del rapporto decreto legislativo-contrattazione è la seguente:

- i contratti individuali in scadenza possono essere fin da ora prorogati in base alla nuova disciplina e quindi fino ad una durata complessiva di 36 mesi⁹;
- dall'1.1.2002 al sistema delle causali è subentrato automaticamente quello delle "ragioni", elemento che apre maggiori spazi ma che richiede comunque una motivazione (da far valere in sede di eventuale contenzioso).

Queste novità acquistano particolare peso nel settore pubblico se si considera che proprio dall'1.1.2002 è scattato il blocco (più o meno rigido) delle assunzioni a tempo indeterminato previsto dalla legge Finanziaria, per cui è lecito attendersi per il 2002 un interesse forte al ricorso ai contratti a termine (così come dei contratti di formazione e lavoro e del lavoro temporaneo). Ciò anche in funzione della sempre più avvertita necessità di tenere sotto controllo la spesa, obiettivo che nel caso delle assunzioni a termine risulta più agevole da raggiungere.

9. Ciò si desume dall'abrogazione della legge 230 del '62, che scatta dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

10. Secondo taluni commentatori la liberalizzazione del contratto a termine sarebbe stata pagata con una maggiore indeterminatezza del nuovo sistema rispetto a quello delle causali tipizzate e da una maggiore discrezionalità riconosciuta alla Magistratura, sull'esistenza delle ragioni specifiche che legittimano l'apposizione della clausola del termine. Sussisterebbe il pericolo che l'interpretazione data da un'impresa alla formula generica prevista dal legislatore ("le ragioni...") non sia condiziata dal giudice del lavoro.

5.3 Il ruolo del datore di lavoro pubblico

Riuscirà la nuova disciplina ad allargare realmente l'area del lavoro a termine? L'interrogativo discende dall'abbandono del sistema della tipizzazione che, se è vero che consente più margini di manovra, però responsabilizza il datore di lavoro, che deve indicare per iscritto le ragioni dell'apposizione del termine. Tutto ciò rischia di generare delle incertezze e degli atteggiamenti di prudenza superabili attestandosi su quelli che sono gli ambiti riconosciuti espressamente dalla legge o dagli stessi contratti collettivi, non andando cioè a coprire gli ulteriori spazi che la nuova disciplina consentirebbe¹⁰.

In questa fase sarebbe sbagliato enfatizzare troppo questi timori anche se occorre riflettere sugli esiti di un eventuale contenzioso innescabile dal lavoratore che dovesse ritenere incongrue o non sussistenti le ragioni addotte dal datore per attivare il contratto a termine.

In definitiva, e restando nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, nel cammino verso l'esercizio pieno dei poteri datoriali privati-

stici si presenta per il datore di lavoro pubblico un'altra prova, superabile attraverso un'applicazione non solo rituale degli strumenti di gestione del personale. Ciò soprattutto in una fase in cui le politiche di reperimento delle risorse umane devono sempre più rispondere a logiche di progettualità, di programmazione e di convenienza economica, che devono far emergere le motivazioni delle scelte operate distinguendo il versante della valorizzazione delle risorse interne e quello del reperimento di nuove risorse per far fronte a fabbisogni duraturi o destinati a rientrare in un arco di tempo limitato.

Nel pubblico il ricorso al lavoro a termine ha costituito spesso l'unica valvola al blocco delle assunzioni e alle lungaggini procedurali, che raramente hanno consentito di reperire il personale in coincidenza con l'insorgere dei fabbisogni da coprire. Un uso delle assunzioni a termine in funzione di mero aggiramento di vincoli più generali rischia di dare adito ad incertezze applicative e di rendere non remoto un proliferare del contenzioso, esito certamente non auspicabile in una fase che sconta l'assoluta mancanza di riferimenti giurisprudenziali in materia.

Gli accresciuti spazi decisionali sono però un'occasione per rendere le politiche di reclutamento più aderenti ai fabbisogni di un'amministrazione che cambia e che ha necessità soprattutto di nuove figure professionali, carenti sul mercato e che spesso preferiscono vincolarsi per una durata limitata. Tutto questo richiede però l'enunciazione di una strategia chiara e lo sviluppo di un modello organizzativo basato su progetti, superando così, in un quadro di trasparenza, rispettoso anche delle relazioni sindacali interne, la logica dell'esclusivo riferimento alla pianta organica e alle relative vacanze. La soluzione di rifarsi a progetti (oltre che riferirsi alle situazioni già tipizzate dai contratti) assicura anche quel carattere di temporaneità che porta ad escludere ragionevolmente il proliferare del contenzioso.

5.4 Manuale operativo

5.4.1 Fonti e presupposti applicativi

1. Quali sono le fonti legislative che attualmente disciplinano l'assunzione di lavoratori con contratto a termine presso le pubbliche amministrazioni?

In virtù dell'espressa previsione contenuta nell'art. 36, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001, le amministrazioni pubbliche si avvalgono delle forme di assunzione e di impiego flessibile del personale previste dal codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa. Conseguentemente, l'utilizzo di personale con contratto di lavoro a termine da parte delle Pubbliche Amministrazioni è assoggettato alle medesime fonti legislative che oggi disciplinano tale istituto nell'ambito del lavoro privato.

La fonte fondamentale di regolazione dell'istituto è costituita dal recente D.Lgs. n. 368/2001, con il quale è stata ridisciplinata integralmente la disciplina sul lavoro a termine (vedi anche nn. 2 e 3).

2. Trovano in particolare applicazione nell'ambito del lavoro pubblico le particolari ipotesi di contratto a termine richiamate dall'art. 10, co. 6, D.Lgs. n. 368/2001

Innanzitutto, non si può escludere l'applicabilità da parte delle pubbliche amministrazioni dell'art. 8, co. 1, L. n. 223/1991 (la cui vigenza, quale fonte di disciplina del contratto a termine è espressamente fatta salva dall'art. 10, co. 6, D.Lgs. n. 368/2001), il quale prevede la possibilità di assumere con contratti a termine di durata non superiore ad un anno, lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (non è richiesta, in questo caso, la specificazione di ragioni oggettive per l'assunzione: v. infra). Ovviamente, la scelta dei lavoratori da assumere tra quelli iscritti nelle liste di mobilità e potenzialmente interessati all'assunzione, dovrà avvenire nel rispetto delle procedure selettive che ciascuna amministrazione deve predisporre, in applicazione dei principi generali (v. infra n. 4).

Ugualmente possono trovare applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni le disposizioni dell'art. 4, D.Lgs. n. 151/2001 (prima art. 10, L. n. 53/2000), in forza del quale è possibile l'assunzione a tempo determinato di personale in sostituzione di lavoratori o lavoratrici in congedo per motivi parentali, anche a decorrere da un mese – o dal periodo maggiore previsto dai contratti collettivi – prima dell'inizio del periodo di congedo. Infatti, anche tali disposizioni, sicuramente concernenti anche il rapporto di lavoro pubblico, sono espressamente fatte salve nella loro vigenza dall'art. 10, co. 6, D.Lgs. n. 368/2001.

Non si estende, invece, al rapporto di lavoro pubblico la particolare disciplina del contratto a termine introdotta dall'art. 75, L. n. 388/2000 nell'ambito degli incentivi all'occupazione dei lavoratori anziani. Essa, infatti, per espressa previsione dello stesso art. 75 trova applicazione solo nel settore privato.

3. Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 368/2001 (24 ottobre 2001), continuano a trovare applicazione le disposizioni attualmente vigenti, dettate specificamente per il settore pubblico, che prevedano particolari forme di rapporto a termine?

In base all'art. 11, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001, dalla data di entrata in vigore di quest'ultima normativa sono abrogate "... tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo".

Si deve ritenere che le normative particolari, esistenti nell'area del lavoro pubblico, dirette a consentire in specifici casi assunzioni secondo ipotesi, modalità e durata particolari, non siano venute meno quando si tratti di norme che consentano alla p.a. una soddisfazione dei propri interessi organizzativi in termini più ampi di quelli consentiti dalla nuova disciplina. Sotto questo profilo esse possono essere considerate come aventi carattere di specialità. Ad esempio, si devono ritenere ancora vigenti le disposizioni sugli uffici di diretta collaborazione degli organi politici, sugli incarichi dei responsabili di servizio e del personale di elevata professionalità (artt. 91 e 110 TUEL n. 267/2000).

4. Come deve essere inteso l'inciso "nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale", contenuto nell'art. 36, co. 1, del D.Lgs. n. 165/2001 relativamente alla possibilità delle amministrazioni di avvalersi delle forme flessibili di assunzione e di impiego di personale?

Si tratta di una previsione che, prendendo atto dei tratti di specialità che ancora caratterizzano il rapporto di lavoro pubblico sotto il particolare profilo dell'accesso all'impiego, per la evidente necessità di assicurare il rispetto del principio generale sancito nell'art. 97 della Costituzione, prescrive che la individuazione dei soggetti da assumere con contratto lavoro a termine (ma la regola vale anche per altre tipologie di lavoro flessibile previste nello stesso art. 36, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001, come il contratto di formazione e lavoro, il rapporto a tempo parziale ecc.) avvenga esclusivamente sulla base di procedure concorsuali o selettive pubbliche. Come detto più sopra (cfr. n. 2) anche la scelta dei lavoratori in mobilità (ex art. 8, L. n. 223/1991) dovrà avvenire nel rispetto delle procedure selettive predisposte da ciascuna amministrazione per le assunzioni a termine.

5. In quali casi può essere validamente stipulato il contratto a termine?

In base alla generale previsione dell'art. 1, co.1, D.Lgs. n. 368/2001 le pubbliche amministrazioni possono validamente stipulare contratti a termine in tutti i casi in cui sussista l'esigenza di far fronte a ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

6. Da quando le pubbliche amministrazioni possono fare ricorso alla nuova disciplina del contratto a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001?

La nuova disciplina è già pienamente in vigore.

A tal fine occorre considerare le previsioni dell'art.11, D.Lgs. n. 368/2001.

Questo, infatti, al co. 1, stabilisce che a far data dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 368/2001 sono abrogate la L. n. 230/1962, l'art.8-bis, L. n. 79/1983, l'art.23, L. n. 56/1987 e tutte le altre disposizioni di legge in materia di contratto a termine comunque incompatibili con la nuova regolamentazione dell'istituto.

In base, poi, al co. 2, dello stesso art. 11 del D.Lgs. n. 368/2001, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro che, ai sensi dell'art. 23, L. n. 56/1987, hanno disciplinato gli ulteriori casi di contratto a termine, aggiuntivi rispetto a quelli stabiliti nell'art.1, L. n. 230/1962 e da successive disposizioni di legge, conservano la loro efficacia fino alla data di scadenza del contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile.

Di conseguenza:

- a far data dal 24.10.2001 non è stato più necessario giustificare il contratto a termine con alcuna delle ipotesi legali contenute nell'art.1, L. n.230/1962;
- poiché tutti i contratti collettivi di lavoro dei diversi comparti del settore pubblico, relativi al quadriennio normativo 1998-2001, sono venuti a scadenza in data 31.12.2001, da tale data le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti a termine avvalendosi delle più ampie possibilità consentite dall'art.1 del D.Lgs. n. 368/2001.

In tal senso si è espresso il Dipartimento per la Funzione Pubblica con nota n.35/02/seg. del 22.1.2002.

Infine, sempre a far data dal 24.10.2001, la disciplina legale del contratto a termine per tutti gli altri aspetti diversi dalla individuazione delle ipotesi legittimanti è esclusivamente quella contenuta nel D.Lgs.n.368/2001, per le parti direttamente applicabili e che non richiedono adempimenti attuativi o integrazioni ad opera della contrattazione collettiva nazionale (ad esempio: divieti di ricorso al contratto a termine; proroga e rinnovo del contratto; ecc.).

7. La circostanza che, a far data dal 31.12.2001, cessano di dispiegare la loro efficacia le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro del settore pubblico che hanno individuato le ipotesi di legittimo ricorso al contratto a termine produce conseguenze sulla validità dei singoli contratti individuali stipulati sulla base delle stesse ed ancora in atto?

No. Espressamente l'art. 11, D.Lgs. n. 368/2001 stabilisce la salvezza, fino alla loro naturale scadenza, dei contratti individuali di lavoro a tempo determinato sottoscritti sulla base della previgente normativa. Tale garanzia si estende, ovviamente, sia a quei contratti che sono stati posti in essere sulla base delle previsioni legali sia a quelli che hanno trovato il loro fondamento nelle diverse ipotesi contrattualmente stabilite.

8. Qual è il ruolo della contrattazione collettiva nell'ambito della nuova disciplina del D. Lgs. n. 368/2001?

Ai contratti collettivi nazionali di lavoro sono attribuiti i seguenti compiti:

1. l'eventuale individuazione di limiti quantitativi all'utilizzazione da parte del datore di lavoro del contratto a termine (art. 10, co. 7, D.Lgs.n. 368/2001); la fissazione di tali limiti è affidata alla libera determinazione dell'autonomia negoziale delle parti di ciascun contratto collettivo di comparto e, quindi, essi: sono meramente eventuali e, quindi, non possono essere considerati in alcun modo elemento indispensabile e condizione necessaria per la piena applicazione della nuova disciplina del contratto a termine contenuta nel D.Lgs.n. 368/2001;
 - possono anche essere diversificati nella loro misura quantitativa, dato che ciascun contratto collettivo nazionale di lavoro la stabilirà (ove la fissazione di un limite quantitativo sia condivisa dalle parti negoziali) tenendo conto delle caratteristiche organizzative ed operative delle amministrazioni di ciascun comparto e, quindi, delle effettive esigenze da soddisfare attraverso l'istituto del contratto a termine;
 - non possono essere apposti alle particolari ipotesi di contratto a termine espressamente indicate nell'art. 10, co. 7, D.Lgs.n. 368/2001 (v. infra n. 16);
2. l'eventuale individuazione di un diritto di precedenza nella riassunzione presso il medesimo datore di lavoro e con la medesima qualifica o profilo dei lavoratori che vi abbiano già prestato attività lavorativa con contratto a termine; questo diritto potrà essere costituito dai contratti collettivi soltanto a beneficio dei lavoratori la cui precedente assunzione sia avvenuta sulla base delle ipotesi di cui all'art. 23, comma 2, L. n. 56/1987 (svolgimento di attività stagionali e punte di particolare intensificazione dell'attività lavorativa) (art. 10, co. 9, D.Lgs.n.368/2001). Pertanto, in base alla previsione dell'art. 10, co. 9, D.Lgs.n.368/2001:
 - tale diritto non è più riconosciuto per legge ma può trovare applicazione solo se espressamente previsto dalla contrattazione collettiva;
 - a partire dal 24.10.2001, data di entrata in vigore della nuova disciplina legale, non esiste più un diritto di precedenza alla riassunzione a termine a favore dei lavoratori che abbiano già prestato servizio per il medesimo datore di lavoro nelle ipotesi di cui all'art. 23, co. 2, L. n. 56/1987;
 - l'individuazione del diritto di precedenza è rimessa all'autonoma determinazione delle parti negoziali di ciascun comparto di contrattazione e, quindi, essa non ha in alcun modo carattere di obbligatorietà per le stesse; pertanto, potrebbe accadere che, sulla base di una valutazione delle effettive esigenze da soddisfare, in alcuni comparti le parti optino per la sua introduzione, laddove, in altri il diritto di precedenza potrebbe non avere riconoscimento;
 - la contrattazione collettiva può riconoscere il diritto di precedenza esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano già prestato servizio con contratto a termine nelle sole ipotesi già contemplate nell'art. 23, co. 2, L. n. 56/1987.

3. l'eventuale previsione (art. 7, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001) di specifiche modalità e strumenti idonei ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato ad opportunità di formazione adeguata rispetto ad alcuni obiettivi come l'aumento della loro qualificazione professionale, la promozione della loro carriera e il miglioramento della loro mobilità occupazionale;
4. la definizione (art. 9, D.Lgs. n. 368/2001):
 - delle modalità attraverso le quali il datore di lavoro informa i lavoratori a termine circa i posti vacanti che si possono rendere disponibili, in modo da garantire agli stessi le medesime possibilità di ottenere posti duraturi che hanno gli altri lavoratori;
 - delle modalità e dei contenuti delle informazioni da fornire alle rappresentanze sindacali in merito al ricorso al contratto a tempo determinato presso le aziende (amministrazioni).

5.4.2 Le ragioni obiettive o presupposti causali

9. Quali sono i casi in cui le pubbliche amministrazioni possono legittimamente ricorrere alla stipulazione di contratti a termine?

In base alla normativa vigente fino all'emanazione del D.Lgs. n. 368/2001, il ricorso al lavoro a termine era consentito soltanto nelle ipotesi tassative previste dalla legge ovvero – per delega di quest'ultima – dalla contrattazione collettiva.

La nuova disciplina ha attuato invece una de-tipizzazione delle causali, stabilendo che l'apposizione del termine al contratto di lavoro è consentita “a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (art. 1, co. 1, D. Lgs. n. 368/2001). Una formula, questa, di ampiezza tale da includere una varietà pressoché illimitata di ipotesi (si noti, tra l'altro, come il riferimento alle ragioni di carattere sostitutivo sia sovrabbondante, potendo esse rientrare senza alcun dubbio in quelle di carattere organizzativo).

Non è tuttavia corretto affermare che il legislatore ha totalmente liberalizzato l'assunzione a termine, in quanto è comunque necessario che l'assunzione venga motivata, appunto, con riferimento a quelle specifiche esigenze. Le pubbliche amministrazioni, insomma, hanno l'obbligo di indicare, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro a termine, le concrete ragioni che sono a fondamento dell'assunzione; e ciò è confermato dall'art. 1, co. 2, dove si precisa che tali ragioni devono essere specificate nell'atto scritto da cui risulta l'apposizione del termine. È da escludere di conseguenza che l'apposizione del termine possa avvenire sulla base di un generico richiamo della formula legale.

La formale indicazione nell'atto scritto delle specifiche ragioni poste a base dell'assunzione assume inoltre rilievo, da un lato, ai fini probatori - in quanto, in caso di controversia, l'amministrazione dovrà dimostrare di aver adibito il lavoratore allo svolgimento di una prestazione inerente a quelle ragioni – e, dall'altro, ai fini della proroga – che è ammessa dalla legge solo in presenza di “ragioni oggettive” e solo se si riferisce “alla stessa attività lavorativa” (per entrambi questi profili v. meglio infra nn. 27 e 36 e 63 ss.).

10. È necessario che le “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” abbiano il carattere della temporaneità?

Nella precedente disciplina legale e contrattuale il ricorso al lavoro a termine era ammesso (salvo rare eccezioni) soltanto in presenza di cause giustificatrici di natura intrinsecamente temporanea; e ciò in ragione del principio generale fissato dal legislatore, secondo il quale l'apposizione del termine costituiva un'eccezione rispetto alla stipulazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato: l'art. 1, co. 1, della L. n. 230/1962 stabiliva, infatti, testualmente che “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate”.

Questa affermazione chiara e netta della legge del 1962 non è stata ripresa nel D.Lgs. n. 368/2001, di modo che una parte dei commentatori della nuova normativa ne hanno offerto un'in-

interpretazione particolarmente estensiva. Secondo tale lettura, il silenzio del legislatore indurrebbe a ritenere superato il suddetto principio di favore per il contratto di lavoro a tempo indeterminato, consentendo al datore di lavoro, e dunque anche alle pubbliche amministrazioni, di scegliere liberamente se soddisfare le proprie generali esigenze produttive mediante il ricorso a contratti di lavoro a tempo indeterminato ovvero a contratti di lavoro a termine (fermo restando, in questo secondo caso, il mero obbligo di esplicitare le specifiche ragioni poste a fondamento dell'assunzione).

Da altra parte della dottrina, invece, si è all'opposto sostenuto che l'apposizione di temporee esigenze tecniche, produttive, organizzative (comprese quelle sostitutive). In effetti, nonostante il silenzio del legislatore, tanto il tenore letterale dell'art. 1, co. 1 ("è consentita ..."), quanto la necessità di interpretare la normativa interna alla luce di quella comunitaria (nell'accordo quadro recepito in direttiva si afferma che "i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori") indurrebbero, invece, a ritenere ancora vigente il principio di favore per il contratto a tempo indeterminato.

Entrambe le letture paiono fondate su ragionevoli argomentazioni, ed è, al momento, difficile optare per l'una o per l'altra. Nel dubbio, spetterà alla giurisprudenza chiarire la portata effettiva della nuova disciplina; a meno che il legislatore delegato non ritenga, ai sensi della legge-delega (L. n. 442/2000, c.d. Legge comunitaria 2000), di intervenire con interventi correttivi, possibili entro un anno dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 368/2001. Nell'attesa di siffatta chiarificazione giurisprudenziale (o legislativa), pare consigliabile che, al fine di non trovarsi comunque esposte a controversie di esito incerto, le amministrazioni pubbliche privilegino, in questa fase di avvio dell'applicazione della nuova disciplina, il ricorso al contratto a tempo determinato in funzione di ragioni tecniche, produttive e organizzative di carattere temporaneo. A questo proposito si segnala sin d'ora come siffatta temporaneità, oltre che nei casi in cui essa costituisce elemento strutturale della concreta fattispecie (ad es. sostituzione di un lavoratore temporaneamente assente ...), potrà derivare anche dalla predisposizione di specifici progetti per obiettivo – come tali intrinsecamente limitati nel tempo – nel cui ambito funzionale e temporale sarà possibile procedere ad assunzioni a termine (v. meglio infra).

È da ricordare, comunque, che, come già accennato in precedenza, il D.Lgs. n. 368/2001, pur abrogando tutte le preesistenti disposizioni di legge in materia, ha conservato in vigore alcune discipline speciali che prevedono specifiche ipotesi di lavoro a termine (v. supra, nn. 2 e 3).

11. È possibile rinvenire nella legge esempi di ragioni tecniche, produttive o organizzative, che possano costituire un valido punto di riferimento per le amministrazioni pubbliche?

Nel D. Lgs. n. 368/2001 sono richiamate alcune situazioni che possono costituire un utile riferimento per le pubbliche amministrazioni, pur se la loro individuazione da parte del decreto non avviene con finalità esemplificative.

Ad esempio, nell'art. 10, co. 7, che affida ai contratti collettivi la possibilità di individuare, anche in misura non uniforme, limiti quantitativi per il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art. 1, co. 1, è indicata una serie di ipotesi (escluse dai limiti quantitativi) che costituiscono senza alcun dubbio esempi di "ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive" (si tratta in particolare dell'avvio di nuove attività, delle attività stagionali, dell'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno, della sostituzione di lavoratori assenti, dell'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale).

12. Le amministrazioni possono ancora far riferimento alle ipotesi previste negli ultimi contratti collettivi del settore pubblico?

Si è detto più sopra che le clausole dei contratti collettivi nazionali dei vari comparti hanno cessato la loro efficacia al 31 dicembre 2001.

Ciò nonostante si può ritenere che tutte le causali oggettive previste dai contratti collettivi di comparto, proprio perché aventi comunque carattere di temporaneità, possano continuare a costituire un utile punto di riferimento per le amministrazioni, in quanto espressione concreta di quelle

“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” richiamate genericamente dall’art. 1, co. 1, D. Lgs. n. 368/2001. È ovvio, peraltro, che gli eventuali limiti di durata massima previsti per tali ipotesi non sono più da ritenersi vincolanti per le amministrazioni.

Merita di essere comunque segnalato che in molti contratti del settore pubblico era prevista la possibilità per le amministrazioni di attivare progetti finalizzati al raggiungimento di determinati obiettivi produttivi, e di destinare ad attività ad essi connesse (anche) lavoratori assunti con contratti di lavoro a tempo determinato; ciò, peraltro, a condizione che a tali attività “non fosse possibile far fronte con il personale in servizio”. Orbene, alla luce della nuova disciplina, la possibilità di assumere lavoratori con contratto a tempo determinato per lo svolgimento di specifici progetti non solo è rimasta inalterata, ma trova anzi oggi il suo fondamento di legittimità direttamente nella legge. Inoltre, non pare neppure più necessario che ricorra l’impossibilità di utilizzare altro personale in servizio, in quanto, data l’ampia formula adottata dal legislatore, è da ritenersi che il progetto per obiettivo, per sua natura, costituisca una ragione che legittima il ricorso al lavoro a termine.

13. È ancora possibile l’assunzione a termine per attività stagionali?

L’esigenza di assicurare lo svolgimento di attività stagionali sicuramente rientra tra quelle esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo adducibili per l’assunzione a termine di personale.

Il legislatore ha voluto espressamente richiamare le attività già considerate stagionali nel precedente sistema ed indicate nel D.P.R. n.1525/1963, come modificato dal D.P.R. n. 560/1987 e dal successivo DPR n.378/1995. Questa elencazione, tuttavia, nel nuovo contesto ha valore meramente esemplificativo, come si desume dall’inciso “...ivi comprese le attività già previste nell’elenco allegato al decreto del presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n.1525, e successive modificazioni”. Pertanto è da ritenere che il datore di lavoro pubblico possa stipulare contratti a termine anche in presenza di altre attività che, sebbene non ricomprese nel citato D.P.R. n. 1525/1963, rivestano ugualmente il carattere della stagionalità.

Tale carattere, secondo la giurisprudenza che si è consolidata nella vigenza della L. n.230/1962, sussiste quando la lavorazione nella sua interezza si svolga e si esaurisca in un determinato periodo dell’anno, non necessariamente coincidente con la stagione climatica.

14. È possibile, alla luce della nuova disciplina, la c.d. “sostituzione per scorrimento”, che era prevista da alcuni contratti collettivi del settore pubblico?

La sostituzione per scorrimento costituisce un aspetto della disciplina del contratto a termine, introdotto espressamente in alcuni contratti collettivi di comparto (ad esempio, art. 19, co. 5, del CCNL integrativo del comparto Ministeri del 16.5.2001; art. 7, co. 4, del CCNL del 14.9.2000 per il comparto Regioni - Autonomie Locali) in relazione all’ipotesi in cui l’assunzione con contratto a termine venisse effettuata per la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto. Si trattava d’altro canto di un principio affermato dalla giurisprudenza.

Tale possibilità può adesso sicuramente ritenersi praticabile nell’ambito della nuova disciplina del contratto a termine introdotta dal D. Lgs. n. 368/2001.

A questo riguardo va detto che l’art.1 di tale decreto legislativo espressamente prevede, tra le ipotesi legittimanti il contratto a termine, quella relativa ad esigenze di sostituzione di personale. A differenza dalla precedente disciplina contenuta nell’art. 1, co. 2, lett. b), L. n. 230/1962, la quale circoscriveva la possibilità di assunzione a termine solo ai casi di assenza del personale con diritto alla conservazione del posto, nell’ambito della nuova disciplina legale il ricorso al contratto a termine è possibile in tutti i casi in cui vi sia l’esigenza di sostituire un lavoratore assente, a qualunque titolo, dal posto di lavoro.

Proprio in base a tale ampiezza del nuovo dato normativo si può altresì ritenere che, nei casi di sostituzione di personale comunque assente, l’amministrazione potrà soddisfare le proprie esigenze organizzative derivanti dall’assenza del lavoratore, spostando sul posto occupato da quest’ultimo un

altro dipendente ed adibendo al posto di questi il lavoratore assunto con contratto a termine (in questi casi si parla anche di “sostituzione a cascata”). D’altro canto si deve considerare come la sostituzione del lavoratore che sia stato inviato a sostituire un altro lavoratore assente costituisca di per sé altresì un’indubbia ragione organizzativa.

Questo meccanismo può essere utilizzato anche nel caso in cui al posto del lavoratore assente venga adibito un altro dipendente dell’amministrazione che svolge mansioni inferiori, rispetto a quelle richieste dal posto da ricoprire. È evidente che in questo caso il lavoratore assunto a termine verrà adibito alle mansioni inferiori svolte da quest’ultimo. Occorre, peraltro, precisare che l’adibizione del lavoratore già dipendente che svolge mansioni inferiori rispetto a quelle del lavoratore assente da sostituire sarà possibile solo nel rispetto della disciplina specifica del conferimento delle mansioni superiori, stabilita nei contratti collettivi e nell’art.52 del D.Lgs.n.165/2001. Ciò comporta che essa sarà concretamente praticabile nella sola ipotesi, espressamente ammessa da tali fonti regolative, di sostituzione del personale assente con diritto alla conservazione del posto. Conseguentemente, ad essa non potrà farsi riferimento nel caso in cui il lavoratore da sostituire sia assente dal lavoro per una causa diversa da quelle tipicamente ricondotte alla nozione di assenza con diritto alla conservazione del posto, come nel caso del lavoratore in ferie. In tale ipotesi, sulla base dell’art.1 del D.Lgs.n.368/2001, sarà possibile il ricorso al contratto a termine, ma non essendo possibile il meccanismo della sostituzione per scorrimento (dato che non è possibile il conferimento delle mansioni superiori nel caso di sostituzione di lavoratore assente per ferie), l’assunzione di un nuovo lavoratore con tale tipologia di contratto potrà avvenire solo con riferimento alla sostituzione diretta del lavoratore assente.

Al di là di tale particolare e circoscritta limitazione (derivante dalla non perfetta coincidenza delle ipotesi di sostituzione del personale assente prese in considerazione ai fini della disciplina delle mansioni superiori e del contratto a termine) la disciplina della sostituzione per scorrimento rappresenta un’opzione che risponde non solo ad un’esigenza generale di valorizzazione delle professionalità interne, ma anche a quella di consentire all’ente di attuare una sostituzione effettivamente valida, soprattutto nei casi in cui l’assenza riguardi personale, con professionalità qualificata, addetto ad attività peculiari che presuppongono necessariamente un’adeguata esperienza lavorativa settoriale ed una specifica e completa conoscenza delle caratteristiche organizzative ed operative degli enti, che un lavoratore assunto dall’esterno a termine potrebbe non avere.

15. Su chi grava l’onere della prova circa la sussistenza effettiva delle ragioni che sono poste a fondamento del contratto di lavoro a tempo determinato?

L’art. 3, L. n. 230/1962, addossava al datore di lavoro l’onere della prova relativa alla sussistenza tanto delle condizioni che giustificavano l’apposizione del termine quanto di quelle che legittimavano la proroga. Ora, invece, il D.Lgs. n. 368/2001, mentre ripropone esplicitamente tale onere in merito alla proroga (v. infra), nulla dice in ordine all’onere della prova relativa alla sussistenza delle ragioni addotte a fondamento della stipulazione del contratto a tempo determinato. Anche per quanto riguarda quest’ultimo, tuttavia, si deve ritenere che, nonostante il silenzio del legislatore, esso gravi ancora oggi sul datore di lavoro, e dunque sulla pubblica amministrazione.

L’onere della prova riguarderà, inoltre, non solo la sussistenza delle ragioni poste a fondamento della stipulazione del contratto a tempo determinato, ma anche l’effettiva destinazione del lavoratore assunto allo svolgimento di un’attività lavorativa strettamente attinente a quelle ragioni.

16. La legge fissa dei limiti quantitativi per il ricorso al lavoro a termine da parte delle pubbliche amministrazioni?

Si è accennato in precedenza (v. supra n. 11) che l’art. 10, co. 7, del D. Lgs. n. 368 prevede che i contratti collettivi possano individuare, anche in misura non uniforme, limiti quantitativi per il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi dell’art. 1, co. 1. La stessa disposizione individua peraltro alcune ipotesi necessariamente esenti da limitazioni quantitative:

- avvio di nuove attività (per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali, anche in misura non uniforme, con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici);
- per ragioni di carattere sostitutivo;
- attività stagionali (comprese quelle previste, ai sensi dell'art. 1, co. 2, lett. a, e 6, L. n. 230 del 1962, dal D.P.R. n. 1525 del 1963);
- intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno;
- specifici spettacoli o programmi radiofonici o televisivi;
- esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale;
- contratti a termine stipulati a conclusione di un periodo di tirocinio o di stage per favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro;
- contratti a termine stipulati con lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni;
- contratti a termine non rientranti nelle precedenti tipologie, di durata non superiore a sette mesi (compresa la proroga) o al periodo maggiore definito dalla contrattazione collettiva, con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche (tale esenzione non opera per singoli contratti stipulati per le durate anzidette e per lo svolgimento di mansioni identiche a quelle oggetto di precedente contratto a termine scaduto da meno di sei mesi).

Il tenore complessivo della disposizione lascia intendere come, fino a quando i futuri contratti collettivi del settore pubblico non introdurranno eventuali limiti quantitativi al ricorso da parte delle amministrazioni al lavoro a termine (limiti che, come si è detto, non potranno riguardare le ipotesi esenti di cui sopra), le assunzioni non saranno soggette ad alcuna forma di contingentamento. Pertanto, solo se e quando siffatte limitazioni dovessero essere concordate in occasione dei prossimi rinnovi contrattuali, le amministrazioni dovranno sottostare ai vincoli quantitativi previsti dagli stessi contratti collettivi.

17. Vi sono situazioni nelle quali è vietata in ogni caso la stipulazione di un contratto a tempo determinato?

Traendo ispirazione da quanto già previsto dalla L. n. 196/1997 in materia di lavoro temporaneo, l'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001 individua una serie di ipotesi in cui è vietato il ricorso al lavoro a termine:

- a. per sostituire lavoratori in sciopero;
- b. in unità produttive interessate da licenziamenti per riduzioni di personale ai sensi degli artt. 4 e 24, L. n. 223/1991, per ricoprire mansioni svolte da lavoratori licenziati (ciò peraltro, salva diversa disposizione degli accordi sindacali e salvo che il contratto a termine sia stato concluso per sostituire lavoratori assenti, ovvero sia stato concluso – ai sensi dell'art. 8, L. n. 223/1991 – con un lavoratore iscritto nelle liste di mobilità, o ancora abbia una durata iniziale non superiore a sei mesi);
- c. in unità produttive nelle quali sia in atto una riduzione o sospensione dal lavoro, con intervento della CIG, con riferimento alle mansioni interessate da tali vicende;
- d. da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4, D.Lgs.n.626/1994.

A parte l'ipotesi sub c), che non può sicuramente interessare le amministrazioni pubbliche (alle quali non si applica la disciplina in materia di CIG), qualche dubbio può ingenerare la lett. b).

Infatti, ai sensi dell'art.33, D.Lgs.n.165/2001, nel caso in cui si manifestino delle eccedenze di personale, le amministrazioni pubbliche devono attivare le procedure di dichiarazione degli esuberi determinatisi e di conseguente collocazione in disponibilità del personale eccedente. Orbene, poiché tale disciplina ha la medesima ratio di quella dei licenziamenti per riduzione di personale nel settore privato (si consideri tra l'altro che il citato art.33 espressamente richiama, per quanto applicabili, le disposizioni della L.n.223/1991), sembra ipotizzabile un'applicazione estensiva del divieto alle pubbliche amministrazioni che si trovassero in situazioni di questo tipo.

18. Vi sono contratti di lavoro a tempo determinato esclusi dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 368/2001?

L'art. 10, co. 1, D.Lgs.n.368/2001 esclude dal campo di applicazione del decreto i contratti di lavoro temporaneo, i contratti di formazione e lavoro, i rapporti di apprendistato, nonché gli altri rapporti formativi che non costituiscono rapporti di lavoro.

L'art. 10, co. 2, esclude inoltre dalla disciplina del D.Lgs. n. 368/2001 i contratti a tempo determinato degli operai dell'agricoltura; i contratti a termine nei settori del turismo e dei pubblici esercizi per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, individuati dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; ed infine i contratti a termine instaurati con aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione e all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli. Ovviamente tale previsione deve essere letta in relazione ai possibili profili di interesse delle amministrazioni.

Infine, sempre l'art. 10, co.4, esclude dal campo di applicazione del decreto (ad esclusione degli artt.6 ed 8) i contratti a termine dei dirigenti, soggetti ad una speciale disciplina (v. infra n.19).

19. La legge contiene alcune previsioni relative ai dirigenti. Esse trovano applicazione ai dirigenti del settore pubblico?

Come già la L. n. 230/1962, anche il D.Lgs.n.368/2001 detta, all'art. 10, co. 4, una speciale disciplina per i dirigenti, stabilendo che essi possono essere assunti con contratti di lavoro a tempo determinato di durata non superiore a 5 anni. Trascorso un triennio, peraltro, i dirigenti possono comunque recedere liberamente dal contratto ai sensi dell'art. 2118 c.c., dando cioè il regolare preavviso; laddove al contrario il datore di lavoro resta vincolato al rispetto del termine convenuto, salvo i casi eccezionali in cui è ammessa la risoluzione ante tempus del contratto di lavoro (v. infra).

La disposizione esclude esplicitamente i contratti a tempo determinato stipulati con i dirigenti dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 368/2001, dichiarando soltanto che si applicano ad essi le previsioni di cui agli articoli 6 (principio di non discriminazione) e 8 (criteri di computo). Ciò, in particolare, implica che non dovranno essere specificate per iscritto le ragioni di carattere tecnico, produttivo o organizzativo.

Questa disciplina si applica alle amministrazioni che intendano, ai sensi dell'art. 19, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001, assumere con contratto a tempo determinato dirigenti esterni – non appartenenti cioè al RUD (Ruolo Unico dei Dirigenti delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo) – per lo svolgimento di funzioni dirigenziali.

È appena il caso di precisare che la materia degli incarichi dirigenziali a termine conferiti ai dirigenti a tempo indeterminato non è stata incisa dal D.Lgs.n.368/2001.

Al contrario, per quanto riguarda i contratti a tempo determinato da stipularsi con soggetti esterni, l'art. 19, co. 6, D.Lgs. 165/2001 (o altra analoga normativa per enti diversi dalle amministrazioni dello Stato) detta soltanto una speciale normativa sui requisiti professionali che devono essere posseduti dal lavoratore, e stabilisce che il numero di siffatti contratti a termine non potrà superare il 5% dei dirigenti appartenenti alla prima fascia ed il 5% di quelli appartenenti alla seconda fascia. A questi contratti a termine deve dunque ritenersi applicabile, per il resto, la disciplina dettata per il settore privato dall'art. 10, co. 4, D.Lgs. n. 368/2001.

20. Come avviene l'assunzione dei lavoratori a termine?

Anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina del D. Lgs. n. 368/2001, si deve escludere per il datore di lavoro pubblico la possibilità, prevista invece per il datore di lavoro privato, di provvedere alla assunzione diretta e nominativa dei soggetti interessati, data la permanente vigenza nel settore del lavoro pubblico del principio generale, imposto dall'art. 97 della Costituzione, dell'accesso ai pubblici impieghi esclusivamente sulla base di procedure concorsuali o selettive pubbliche. Per la individuazione dei lavoratori da assumere a termine, occorre dunque avviare una specifica procedura selettiva pubblica.

Poiché la materia dell'accesso agli impieghi esula dalla competenza dei contratti collettivi, essendo oggetto di riserva di legge o di atto unilaterale delle pubbliche amministrazioni, queste ultime, ai sensi dell'art. 70, co. 13, D. Lgs. n. 165/2001 disciplinano autonomamente, nell'esercizio della loro potestà regolamentare, le procedure selettive per l'assunzione di personale a tempo determinato, nel rispetto dei principi contenuti nell'art. 35 dello stesso D. Lgs. n. 165/2001. Le procedure selettive riguarderanno tutti i profili professionali delle diverse categorie o aree professionali, ad eccezione di quelli per i quali, ai fini dell'accesso, è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo. Per tali ultimi profili, infatti, l'art. 35, co. 1, lett. b), stabilisce che l'assunzione debba avvenire attraverso l'avviamento a selezione degli iscritti nelle liste di collocamento.

Ove le amministrazioni non si avvalgano di tale autonoma potestà regolativa, anche per le assunzioni a termine trovano applicazione le disposizioni del D.P.R. n. 487/1994 e successive modificazioni ed integrazioni, ai sensi dell'art. 70, co. 13, D. Lgs. n. 165/2001.

21. Le procedure selettive per l'assunzione di lavoratori a termine definite dalle amministrazioni devono necessariamente avere gli stessi contenuti e modalità di quelle previste per le assunzioni a tempo indeterminato?

Non esiste alcuna disposizione legislativa che imponga un tale vincolo. Le amministrazioni, quindi, possono prevedere per queste ipotesi una specifica procedura selettiva pubblica, eventualmente in forma semplificata, con i contenuti e le modalità che riterranno più idonee e compatibili con le finalità, con la particolare natura e con le caratteristiche del rapporto da instaurare nonché, ovviamente, con la necessità di consentire comunque una verifica della sussistenza nei candidati della effettiva idoneità allo svolgimento delle mansioni connesse al posto da coprire.

Ai fini di tale opzione, le amministrazioni terranno conto ovviamente anche dei tempi di svolgimento che siffatte procedure selettive generalmente richiedono.

In considerazione delle finalità proprie del contratto a termine e delle esigenze che esso è chiamato a soddisfare, è evidente che la disciplina predisposta deve essere tale da non vanificare, a causa della farraginosità procedurali e delle lungaggini temporali, il ricorso all'istituto.

Sotto questo profilo potrebbe essere un utile punto di riferimento la prassi applicativa già consolidata presso gli enti del comparto Regioni-Autonomie Locali. Essa prevede l'effettuazione della selezioni degli aspiranti con congruo anticipo, in modo da definire in via preventiva una graduatoria di candidati idonei all'espletamento delle diverse mansioni. Da questa graduatoria, che ha una durata predefinita (annuale o anche ultra-annuale), vengono tempestivamente attinti i nominativi dei lavoratori da assumere nel momento in cui si manifestano "le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" per la stipulazione del contratto a termine, ai sensi dell'art. 1 del D. Lgs. n. 368/2001.

22. In quale forma deve essere stipulato il contratto di lavoro a termine?

In base alle espresse previsioni dell'art.1, co. 2, del D.Lgs. n. 368/2001, l'apposizione del termine deve risultare da atto scritto. Tale requisito formale, già previsto nella precedente disciplina dell'art.

1, co. 2, L. n. 230/1962, deve considerarsi richiesto ad substantiam, con la sanzione espressa (art. 1, co. 2, D.Lgs. n.368/2001), in caso di sua mancanza, dell'inefficacia della clausola appositiva del termine (per quanto attiene al profilo sanzionatorio, v. infra n. 63).

23. Trova applicazione nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, la previsione dell'art.1, co.4, D.Lgs.n.368/2001, secondo la quale la scrittura non è richiesta quando la durata del rapporto, di carattere occasionale, non sia superiore a 10 giorni?

Tale previsione era già contenuta nell'art. 1, co. 1, L. n. 230/1962. Tuttavia, la sua applicazione anche al rapporto di lavoro pubblico è sempre stata esclusa sulla base della circostanza che i CCNL dei diversi comparti del settore pubblico (vedi ad esempio l'art. 14 del CCNL del 6.7.1995 per il personale del comparto Regioni - Autonomie Locali) hanno stabilito espressamente che la costituzione del rapporto di lavoro pubblico deve risultare sempre dal contratto individuale in forma scritta, anche nel caso in cui si tratti di un rapporto di lavoro a termine. Si tratta di disposizioni che riguardano in generale la forma del contratto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e che non possono considerarsi incise in alcun modo dalla nuova disciplina sul contratto a termine.

Pertanto, poiché l'art. 1, co. 4, D. Lgs. n. 368/2001, ripete la medesima disciplina dell'art. 1, co. 1, L. n. 230/1962 e non sono intervenute modifiche della disciplina dettata dalla contrattazione collettiva per la forma del contratto di lavoro, si deve ancora escludere che la forma scritta non sia necessaria in presenza di rapporti a termine di durata non superiore a 10 giorni.

24. Quando deve intervenire la sottoscrizione del contratto di lavoro a termine?

Questo adempimento deve intervenire anteriormente o almeno nello stesso momento in cui si instaura tale tipologia di rapporto di lavoro.

25. È possibile pattuire ed inserire successivamente un termine finale in un rapporto di lavoro già costituitosi?

La pattuizione, e quindi l'inserimento di un termine finale di un rapporto di lavoro, può avvenire solo al momento della costituzione del rapporto. Infatti, secondo la giurisprudenza già formatasi nella vigenza della legge n. 230/1962 (e da ritenersi ancora attuale anche alla luce della nuova disciplina del D. Lgs. n. 368/2001), un inserimento del termine successivamente alla costituzione del rapporto verrebbe a configurarsi come una inammissibile rinuncia del lavoratore alla stabilità del rapporto.

26. È possibile costituire rapporti di lavoro che siano, al tempo stesso, a termine ed a tempo parziale?

Si. L'art. 1, co. 4, D.Lgs. n. 61/2000, come modificato ed integrato dal D.Lgs. n. 100/2001 (applicabili, ai sensi dell'art. 10 dello stesso D.Lgs. n. 61/2001, anche alle pubbliche amministrazioni), espressamente ammette che le assunzioni a termine possano essere effettuate anche con rapporto a tempo parziale. Su tale previsione non è in alcun modo intervenuta, in senso preclusivo, la specifica disciplina del D.Lgs. n. 368/2001.

Tale opzione consente all'amministrazione di fruire dei vantaggi derivanti da entrambe tali tipologie di rapporto flessibile di lavoro. Pertanto, in tutte le ipotesi previste, il contratto a termine può essere stipulato sia a tempo pieno, sia a tempo parziale. La scelta, evidentemente, dipenderà dalle esigenze da soddisfare e, ovviamente, dalle disponibilità di bilancio.

Nell'ipotesi di contratto a termine per la sostituzione di personale assente, è evidente che se può essere assunto a tempo parziale chi debba sostituire un lavoratore a tempo pieno – infatti, l'amministrazione può ben rinunciare a soddisfare integralmente l'esigenza che si viene a determinare – non

potrebbe, invece, sostenersi il contrario e cioè che è possibile in ogni caso sostituire un lavoratore a tempo parziale con l'assunzione di uno a tempo pieno.

27. Quali contenuti deve avere il contratto di lavoro a termine? Può essere pattuito un periodo di prova?

I contenuti di tale contratto sono gli stessi previsti, in generale, dai contratti collettivi per il contratto di lavoro individuale a tempo indeterminato.

Gli elementi di particolarità, oltre il vincolo della forma scritta di cui al punto 22, sono:

- 1) la previsione del termine di durata del rapporto di lavoro;
- 2) la necessaria specificazione nel contratto individuale, ai sensi dell'art. 1, co. 2, del D.Lgs. n. 368/2001 delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" poste a fondamento del contratto a termine.

Con riferimento al punto 1), occorre rilevare che la data del termine può essere esplicitamente prevista dal contratto oppure ricavarsi indirettamente dallo stesso. Questo si ricava dalla formulazione dell'art. 1, co.1, D.Lgs. n. 368/2001 ("L'apposizione del termine ...se non risulta, direttamente o indirettamente...").

Pertanto, ai fini della stipulazione di un contratto a termine valido e pienamente efficace, è sufficiente che la durata limitata nel tempo del rapporto di lavoro che si va a costituire, risulti, comunque, e quindi anche indirettamente, dai contenuti complessivi dello stesso contratto, con particolare riferimento, evidentemente, alle ragioni addotte per la sua stipulazione.

Conseguentemente, il contratto a termine può essere stipulato sia a data fissa, con l'indicazione specifica ed esplicita del termine di durata del rapporto, precisamente espressa in mesi o giorni determinati ("per tre mesi" oppure "fino alla data del...");

sia a data fissata "per relationem", in quanto si colleghi il termine finale ad un evento futuro, certo nell'an, ma incerto nel quando (utilizzando clausole del tipo: "fino al rientro in servizio del lavoratore in malattia", "fino al ritorno in servizio della lavoratrice madre", oppure "per la realizzazione del progetto relativo a ...").

Con riferimento al punto 2), è importante sottolineare che, al fine di soddisfare il vincolo legale, non è sufficiente il semplice riferimento "alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", indicate in modo generale e generico dalla legge, ma, con riferimento al singolo caso, dovranno invece essere concretamente specificate, nel dettaglio, le effettive esigenze "aziendali" che inducono ad assumere nuovi lavoratori con contratto di lavoro a termine (ad esempio che l'assunzione avviene per la sostituzione del lavoratore x dell'ufficio... assente per...; oppure per garantire lo svolgimento delle attività di aventi carattere di stagionalità; oppure per lo svolgimento di un'attività inserita nella realizzazione del progetto relativo a.....). Si tratta di un adempimento formale particolarmente rilevante, in quanto l'espressa e completa indicazione delle specifiche esigenze che sono poste alla base della stipulazione del contratto a termine consente, al lavoratore (ma anche al giudice in sede di eventuale contenzioso) di verificare l'effettiva ricorrenza, nel caso concreto, delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che sono state poste a fondamento del contratto a termine.

Qualora le amministrazione intendano sottoporre a prova il lavoratore, è necessario prevederlo esplicitamente nel contratto, indicando la durata della stessa, determinata secondo le previsioni contrattuali.

28. Nell'ipotesi di stipulazione del contratto a termine per esigenze sostitutive, devono essere specificati nel contratto individuale il nominativo del lavoratore assente sostituito e la ragione dell'assenza?

La specificazione di questi requisiti, formalmente prevista dalla vecchia legge (art. 1, co. 1, lett. b), L. n. 230/1962), non è più espressamente richiesta dalla nuova disciplina.

Occorre tuttavia segnalare che, nonostante la mancanza di un vincolo legale, l'indicazione nominativa del lavoratore sostituito nonché della causa specifica dell'assenza potrebbe essere, se non necessaria, quanto meno utile ed opportuna al fine di evitare il rischio di un possibile contenzioso.

In effetti, si potrebbe sostenere che l'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito e della ragione dell'assenza valga a concretizzare la specificazione delle "ragioni" richiesta dalla legge, la cui mancanza viene sanzionata attraverso l'inefficacia dell'opposizione del termine al contratto stipulato.

A rigore di termini, la generica previsione nel contratto individuale del solo riferimento alle ragioni sostitutive, ad es. di "un lavoratore assente per malattia", senza alcuna indicazione nominativa e con fissazione del termine a data fissa, potrebbe aprire la strada ad una utilizzazione del dipendente assunto a termine in tutte le possibili situazioni di assenza per malattia che si determinano entro quel periodo in un determinato contesto lavorativo, sia pure con riferimento alla stessa attività lavorativa.

Parallelamente, la previsione nel contratto individuale del riferimento al "lavoratore X assente...", questa volta senza alcuna motivazione dell'assenza e con fissazione del termine "per relationem", consentirebbe la continuazione del rapporto anche quando l'assenza del lavoratore sostituito si prolunghi ulteriormente, ma muti la causa dell'assenza (ad es. da congedo di maternità a congedo formativo).

Stante il silenzio della legge sul punto, è dubbio che queste due opzioni siano legittime. In sede di eventuale contenzioso, infatti, la mancanza nel contratto dell'indicazione nominativa del sostituito e/o della relativa causa di assenza potrebbe essere valutata dal giudice come mancanza, nel caso concreto, del richiesto requisito della specificazione delle ragioni sostitutive.

Si ritiene, quindi, opportuna una certa cautela in materia da parte delle amministrazioni, in attesa del consolidarsi di precisi orientamenti giurisprudenziali.

29. La legge fissa un limite alla durata di un contratto di lavoro a tempo determinato?

Il D.Lgs. n. 368/2001 non pone alcun limite alla durata del contratto di lavoro a tempo determinato (tranne che per il caso del contratto stipulato con il dirigente: v. supra), richiedendo soltanto che il termine risulti direttamente o indirettamente da atto scritto. In altre parole – e ricordando quanto detto più sopra in merito alla opportunità che, almeno in questa fase di iniziale applicazione della nuova normativa, le ragioni poste a fondamento del contratto abbiano natura temporanea – si può dire che la durata del contratto sarà la naturale conseguenza delle ragioni tecniche, produttive o organizzative specificate dalle parti; onde il termine dovrà derivare, direttamente o indirettamente, da esse. Pertanto la durata del contratto a termine sarà, di volta in volta, stabilita dalle parti.

Va precisato, peraltro, che il decreto fissa un'eccezione a questo generale principio nel caso di proroga: si stabilisce, infatti, che, "con esclusivo riferimento a tale ipotesi, la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore a tre anni". La previsione implica, ovviamente, che sono prorogabili soltanto i contratti il cui termine originario sia inferiore a tre anni; ma al tempo stesso conferma altresì che, in linea generale, la legge non impone limiti relativamente alla durata originaria del contratto a termine medesimo.

Ciò detto, si deve segnalare che il ricorso al lavoro a termine è in grado di assicurare alle pubbliche amministrazioni un importante serbatoio di flessibilità, soprattutto in presenza di restrizioni legali alle assunzioni a tempo indeterminato. Occorre tuttavia considerare che la disciplina cui esso è sottoposto comunque comporta che l'amministrazione pubblica ha l'obbligo di mantenere in servizio il lavoratore fino alla scadenza del termine, potendo risolvere ante tempus il contratto soltanto nel caso in cui ricorra un grave inadempimento del lavoratore stesso (licenziamento per giusta causa) e in poche altre ipotesi (ad es. impossibilità sopravvenuta di carattere non temporaneo, superamento del periodo di comporta, etc.) (v. meglio infra).

30. Qual è la durata massima del contratto a termine nelle ipotesi di assunzioni per attività stagionali?

In tali ipotesi non esiste una durata massima precisa, ma questa si ricava indirettamente dalla particolare natura della attività considerata.

Il contratto a termine non può superare, comunque, la fine del ciclo di quelle attività stagionali, individuate nel D.P.R. n.1525/1963 e successive modificazioni ed integrazioni, ove ad esse si sia fatto riferimento per l'assunzione del lavoratore.

Evidentemente, sarà lo stesso datore di lavoro pubblico, per ragioni di certezza delle situazioni giuridiche, ad inserire nel contratto individuale la specifica indicazione di una data di scadenza del rapporto a termine, eventualmente anche più breve della durata massima derivante dalla natura stagionale dell'attività da svolgere, tenendo conto, ovviamente, sia delle stesse caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere, sia delle esigenze concrete da soddisfare.

31. E nel caso di contratto a termine stipulato per ragioni di carattere sostitutivo?

Anche per questa particolare fattispecie non è prevista espressamente una durata massima consentita al contratto a termine eventualmente stipulato.

32. Nelle ipotesi del contratto a termine stipulato per sostituzione di personale assente, come deve essere indicato il termine finale del rapporto nel contratto individuale di lavoro?

In tali casi, poiché l'art. 1, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001 prevede che il termine possa risultare "direttamente o indirettamente", come già accennato (sul punto v. supra n. 27), quest'ultimo potrà essere indicato:

- a data fissa, quando vi siano elementi di certezza sulla durata dell'assenza che permettono, conseguentemente, di fissare la stessa in modo preciso, in mesi o giorni determinati;
- "per relationem", con riferimento cioè solo ad un evento futuro certo nella sua realizzazione ma incerto nel quando dello stesso, utilizzando clausole del tipo: "fino al rientro in servizio del lavoratore in malattia" o "fino al ritorno in servizio della lavoratrice madre" ecc.

33. Quale differenza intercorre tra le due diverse tecniche di fissazione del termine finale del contratto?

La definizione del termine "per relationem" comporta per il datore di lavoro pubblico indubbi vantaggi sotto il profilo di una maggiore flessibilità e semplicità nella gestione dell'istituto: risulta assai più semplice e funzionale per l'amministrazione indicare il termine in via, appunto, indiretta, con riferimento solo al momento in cui rientrerà il lavoratore assente, evitandosi al contempo anche i problemi connessi alla disciplina della proroga (v. infra n. 36).

Ad esempio, nell'ipotesi di sostituzione del lavoratore assente per malattia, questa particolare modalità di definizione del termine, nel caso di ulteriore protrazione della malattia originaria, senza soluzione di continuità, del lavoratore sostituito, consente l'automatico prolungamento anche del rapporto di lavoro con il sostituto assunto a termine, senza che sia necessario ricorrere all'istituto della proroga previsto dall'art.4, D.Lgs.n.368/2001, con le condizioni e formalità che esso comporta.

Invece, nel caso in cui, sempre in presenza di una malattia del lavoratore, il termine nel relativo contratto a tempo determinato stipulato con il sostituto sia stato stabilito a data fissa ed alla sua scadenza il lavoratore sostituito non sia ritornato in servizio, per il protrarsi della malattia, per assicurare il proseguimento delle prestazioni lavorative, sarà necessario procedere alla proroga o al rinnovo del contratto a termine, nel rispetto delle prescrizioni degli artt. 4 e 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001.

34. Quali altri effetti possono derivare, oltre quelli indicati nel punto precedente, dalla diversa tecnica di definizione del termine di scadenza del contratto stipulato per la sostituzione di lavoratori assenti?

Nella vigenza della L. n. 230/1962, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare come la diversità di tecnica utilizzata per la fissazione del termine finale, in un contratto a termine stipulato per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, può determinare

effetti giuridici diversi sulla sorte dello stesso contratto a termine in presenza di determinati eventi: morte, dimissioni e licenziamento del lavoratore sostituito.

Infatti, nel caso di termine stabilito a data fissa, secondo questa giurisprudenza, qualora si fossero verificati tali eventi, questi – anche se incidevano direttamente sul lavoratore sostituito e facevano venir meno il suo diritto alla conservazione del posto, che giustificava la stipulazione del contratto a termine – non determinavano anche l'estinzione del rapporto a termine con il sostituto, che proseguiva negli stessi termini e con le stesse modalità fino alla naturale scadenza del termine stabilito nel contratto individuale. Prima di tale momento la risoluzione anticipata sarebbe stata possibile solo nel rispetto delle regole generali: per accordo tra le parti, per impossibilità sopravvenuta o per inadempiamento.

Nel caso di termine stabilito “per relationem”, invece, il determinarsi dei medesimi eventi di cui sopra si è detto, relativamente al lavoratore sostituito, comportava, invece, la contestuale estinzione del rapporto a termine con il sostituto, per il venire meno della causa stessa del contratto a tempo determinato.

Tali profili applicativi elaborati dalla giurisprudenza possono sicuramente ritenersi ancora attuali, dato che la nuova disciplina legale del D.Lgs.n.368/2001 non ha introdotto alcuna regola idonea ad incidere sugli stessi.

35. Quali altri adempimenti formali gravano sul datore di lavoro nel momento della stipulazione del contratto a termine?

Sul datore di lavoro grava, ai sensi dell'art. 1, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001, l'obbligo di consegnare al lavoratore copia dell'atto scritto, entro il termine di cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione.

Per la violazione di tale obbligo non è prevista alcuna specifica sanzione. Ma al riguardo si deve ricordare come a carico del datore di lavoro gravi, in generale, un obbligo – questa volta sottoposto ad un particolare regime sanzionatorio – di informare per iscritto il lavoratore, entro 30 giorni dall'assunzione, sulle principali condizioni applicabili al rapporto, tra cui in particolare la durata del contratto di lavoro (D.Lgs. n. 152/1997).

5.4.4 La proroga del termine originario e la successione di più contratti a tempo determinato.

36. Il contratto a termine può essere prorogato?

Ai sensi della vecchia normativa (la L. n. 230/1962), la proroga del termine era ammessa solo in via ‘eccezionale’. Fermo restando, ovviamente, il consenso del lavoratore, essa era infatti consentita una sola volta, per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale, e soprattutto in presenza di particolari condizioni oggettive: doveva essere richiesta da “esigenze contingenti e imprevedibili”, e riferirsi “alla stessa attività lavorativa” per la quale era stato originariamente stipulato il contratto a termine (art. 2, co. 1).

Oggi, l'art. 4, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001 ha dettato una nuova disciplina, ai sensi della quale la proroga è ammessa, sempre con il consenso del lavoratore e sempre una sola volta, purché la durata complessiva del rapporto (iniziale più eventuale proroga) non sia superiore a tre anni. Inoltre la proroga deve essere richiesta da “ragioni oggettive” e deve riferirsi “alla stessa attività lavorativa” per la quale è stato concluso il contratto a tempo determinato.

Orbene, confrontando le due discipline, si può affermare che se la nuova si manifesta più flessibile dal punto di vista delle ragioni che possono essere invocate a giustificazione della proroga, essa, dal punto di vista dei limiti ‘temporali’, può risultare in alcuni casi più restrittiva della precedente.

Quanto a questo secondo profilo va infatti notato come la precedente normativa ponesse soltanto un limite alla durata della proroga stessa – che poteva essere al massimo uguale alla durata originaria – onde la durata complessiva del contratto prorogato corrispondeva al limite indiretto del doppio della durata originaria. La nuova disciplina, invece, impone comunque un limite complessivo di tre anni, e nel far questo da un lato esclude che possano essere prorogati contratti a termine con durata iniziale pari o superiore a tre anni (il che è d'altronde esplicitamente chiarito dallo stesso art. 4, co. 1), pur consentendo, per converso, che, entro il predetto limite temporale, la proroga possa anche essere più lunga della durata originaria.

Senza dubbio più ampia appare, invece, la facoltà di prorogare il termine originariamente fissato dal punto di vista delle cause giustificative.

Al riguardo, resta comune alla vecchia ed alla nuova normativa la regola secondo cui la proroga deve riferirsi “alla stessa attività lavorativa”, espressione che dottrina e la giurisprudenza sono giunte ad intendere come riguardante non soltanto le mansioni svolte dal lavoratore assunto a termine, ma soprattutto la causa originaria, e cioè l'esigenza che ha determinato la stipulazione del contratto. In assenza di diversa indicazione normativa, dunque, parrebbe opportuno attenersi, in questa prima fase di applicazione della nuova disciplina, al precedente orientamento, e ritenere ancora oggi che le ragioni poste a fondamento del contratto debbano rimanere a fondamento anche della proroga.

Ciò posto, è sicuramente venuto meno il vecchio regime di ‘eccezionalità’ della proroga, in connessione con il carattere contingente (nel senso di sopravvenienza accidentale) ed imprevedibile (secondo i canoni della diligenza media dell'imprenditore) delle esigenze che la rendono necessaria. La nuova disciplina pone, infatti, solo la condizione che la proroga sia richiesta da ‘ragioni oggettive’, onde pare prescindere da qualsivoglia eccezionalità; le ragioni su cui si può fondare la proroga, insomma, possono avere anche le caratteristiche della normalità, della sopravvenienza non accidentale e quindi della prevedibilità.

C'è tuttavia da chiedersi se il riferimento alla natura ‘oggettiva’ delle ragioni che richiedono la proroga presupponga comunque quanto meno la loro sopravvenienza rispetto all'esigenza specifica posta a fondamento dell'apposizione del termine originario, ovvero se sia sufficiente la mera ‘permanenza’ immutata (e cioè il protrarsi nel tempo) di quella esigenza originaria, la quale, in tal senso, integrerebbe altresì la ‘ragione oggettiva’ della proroga. La questione non è di poco conto, ma occorre bene intendersi su questa distinzione.

Si pensi ad un contratto a tempo determinato concluso per sostituire un lavoratore ammalato: il rientro di quest'ultimo, originariamente previsto per una certa data, slitta in avanti a causa di una ricaduta; di conseguenza si rende necessario prorogare (ovviamente entro il limite dei tre anni) il termine del contratto concluso a data certa (v. supra) per sostituire l'assente. Orbene, senza dubbio in questo caso si verifica una ‘permanenza’ della causale originaria (evidentemente una ‘ragione sostitutiva’), ma è altrettanto indubbio che la proroga sarebbe giustificata da una ‘ragione oggettiva’ sopravvenuta, costituita dalla ricaduta nella malattia e dal prolungarsi della medesima.

Diverso è il caso in cui il lavoratore venga assunto con un contratto a tempo determinato per una ragione di carattere produttivo, come l'apertura in via sperimentale di un nuovo ufficio al pubblico, e poi, senza che vi sia alcuna ‘ragione oggettiva’ sopravvenuta, alla scadenza del termine l'amministrazione intenda prorogare il contratto per un altro periodo (naturalmente entro il limite dei tre anni). È indubbio che anche in questo caso potrebbe riscontrarsi una permanenza delle ragioni produttive poste a fondamento del contratto, senza che sia sopravvenuta alcuna esigenza oggettiva. Le ragioni oggettive invocabili per la proroga, a differenza dell'esempio precedente, non potrebbero che essere quelle originarie.

In questo caso è possibile la proroga? La legge non offre certezze, ed in effetti entrambe le interpretazioni sono state proposte dai primi commentatori.

Invero, pare preferibile la prima di esse, nel senso che le ‘ragioni oggettive’ vanno intese come ragioni sopravvenute che richiedono la proroga, pur se sempre attinenti alla causale originaria. Sembrava potersi affermare, infatti, che la loro identificazione con quelle originarie ne renderebbe il richiamo del tutto superfluo, posto che, come si è detto, già l'espressione “la stessa attività lavorativa” va intesa – a meno di un cambiamento dell'orientamento interpretativo della giurisprudenza alla luce della nuova disciplina – come riferita alla causa originaria del contratto.

In ogni caso, nell'attesa che si stabilizzi un orientamento giurisprudenziale in materia, è probabilmente opportuno che, anche sotto questo profilo, le pubbliche amministrazioni si attengano a

questa seconda interpretazione, più restrittiva, orientandosi per la proroga soltanto in presenza di ragioni oggettive sopravvenute, sempre riguardanti le esigenze poste a fondamento originario del contratto.

37. In occasione di una proroga di un contratto a termine, è possibile modificare il profilo e quindi la categoria di inquadramento del lavoratore assunto a termine?

Tale possibilità deve ritenersi senz'altro preclusa. Infatti, la proroga è ammessa esclusivamente con riferimento alla medesima attività lavorativa, e cioè al medesimo tipo di esigenza posta a fondamento della stipulazione dell'originario contratto a termine, e quindi, indirettamente anche con riferimento alla identità delle mansioni che il lavoratore ha svolto nell'ambito di tale contratto a termine.

38. È possibile prorogare un contratto di lavoro a termine a tempo parziale?

Anche quando l'originario contratto a termine sia a tempo parziale, esso sicuramente potrà essere prorogato, secondo la disciplina generale in materia di proroga, che non distingue tra rapporto a tempo pieno ed a tempo parziale. Tuttavia, è evidente che, in base alla proroga, il rapporto dovrà continuare come rapporto a tempo parziale e nel rispetto di tutti gli altri elementi contenuti nel contratto a termine originariamente stipulato.

39. Quando deve intervenire la proroga del contratto a termine?

La proroga deve intervenire anteriormente alla scadenza del termine ovvero in coincidenza con la sua scadenza e all'inizio dell'attività lavorativa connessa alla proroga stessa, dato che le 'ragioni oggettive' che la giustificano devono sussistere alla scadenza del termine dell'originario contratto.

40. Su chi grava l'onere della prova circa l'obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano la proroga?

Come si è già accennato in precedenza, l'art. 4, co. 2, del D.Lgs. n. 368 pone l'onere della prova relativo alla sussistenza delle ragioni oggettive che richiedono la proroga del termine a carico del datore di lavoro, e dunque dell'amministrazione pubblica.

41. In che cosa si differenzia la proroga dal rinnovo del contratto a termine?

Nel caso della proroga, la risoluzione del rapporto a termine non si determina in quanto, in presenza dei prescritti requisiti di legge, il termine di scadenza iniziale viene spostato in avanti in modo da prolungare il rapporto di lavoro per una durata ulteriore che, sommata a quella iniziale, può far raggiungere al contratto una durata non superiore nel massimo a tre anni. In altri termini il rapporto di lavoro, come originariamente pattuito, continua a vivere per un ulteriore arco temporale, con riferimento sempre alla medesima fattispecie legittimante.

Nel caso del rinnovo, invece, l'originario rapporto di lavoro a termine stipulato con il lavoratore si è già estinto per la scadenza del termine. Pertanto, viene in considerazione la stipulazione, con il medesimo lavoratore già titolare del precedente rapporto, di un nuovo contratto a termine che può anche essere diverso nei contenuti da quello precedente: diverse ragioni poste a fondamento dell'assunzione; diverse mansioni del lavoratore; diversa durata, ecc.

42. A quali condizioni è possibile il rinnovo del contratto a termine con il medesimo lavoratore?

Ai sensi dell'art. 5, co 3, D.Lgs. n. 368, la pubblica amministrazione può legittimamente rinnovare il contratto a termine con lo stesso lavoratore purché tra un contratto e l'altro intercorra un intervallo di almeno dieci o venti giorni, a seconda che l'originario contratto a termine abbia avuto una durata inferiore o pari a sei mesi, ovvero superiore a sei mesi. Per il rispetto di questi termini temporali è necessario fare riferimento alla data di formalizzazione del rapporto e, quindi, alla data di sottoscrizione del nuovo contratto e non all'inizio effettivo del nuovo rapporto. Infatti, la norma sopra citata fa espresso riferimento all'assunzione e non all'inizio dell'attività lavorativa (che ovviamente deve essere successivo alla stipula del contratto).

Pertanto, non è possibile stipulare un nuovo contratto a termine, anche con una diversa causale, con il medesimo lavoratore prima che sia decorso l'intervallo di tempo richiesto dalla legge.

Si deve notare, comunque, che tale possibilità è in concreto pur sempre condizionata dalle regole che l'amministrazione ha adottato ai fini dell'individuazione dei lavoratori da assumere a termine e, quindi, dalle norme in materia di accesso.

5.4.5 La disciplina del rapporto di lavoro a termine

43. Qual è la disciplina del rapporto di lavoro da applicare ai lavoratori assunti a termine?

In proposito viene in considerazione anzitutto il principio di non discriminazione sancito nell'art. 6, D.Lgs. n. 368/2001. Questo principio stabilisce espressamente che i lavoratori a termine hanno diritto alle ferie ed alla gratifica natalizia o alla tredicesima mensilità, al trattamento di fine rapporto di lavoro nonché ad ogni altro trattamento in atto a favore degli altri lavoratori a tempo indeterminato, inseriti negli stessi livelli di inquadramento previsti dal sistema di classificazione applicato, in proporzione al servizio prestato, e sempre che sia compatibile con la natura del contratto a termine. Sostanzialmente, viene ripetuta la previsione dell'art. 5, L. n. 230/1962.

D'altronde i contratti collettivi nazionali di lavoro dei diversi comparti del settore pubblico, attualmente vigenti, hanno già recepito tale principio generale, in quanto espressamente ribadiscono che ai lavoratori assunti con contratto a termine si deve applicare lo stesso trattamento giuridico ed economico previsto per il restante personale con contratto a tempo indeterminato. Gli stessi contratti collettivi hanno dettato anche alcune espresse eccezioni a tale principio di non discriminazione giustificate dalla particolare natura del contratto a termine e dalle specifiche esigenze che esso è chiamato a soddisfare. D'altronde, è indubbio che il contratto a termine potrebbe, proprio per la sua durata limitata nel tempo, mal conciliarsi con l'applicazione integrale di alcuni istituti propri del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Peraltro, la possibilità – aperta dalla nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 368/2001 – di stipulare contratti a termine anche di lunga durata (v. supra n. 29) richiede oggi una nuova valutazione, anche dal lato delle parti sociali, della applicabilità totale o parziale di quegli istituti al rapporto di lavoro a tempo determinato.

44. Quanti giorni di ferie devono essere riconosciuti ai lavoratori assunti a termine?

L'art. 6, D.Lgs. n. 368/2001 (e prima ancora l'art. 5, L. n. 230/1962) ed i contratti collettivi nazionali di comparto stabiliscono, come regola generale, che il numero dei giorni di ferie spettanti al lavoratore a termine deve essere direttamente proporzionale al servizio prestato. Tale regola vale, ovviamente, anche per le giornate di recupero delle festività soppresse.

45. Che cosa avviene nel caso in cui, al momento della estinzione del rapporto per scadenza del termine, il lavoratore assunto a tempo determinato non abbia fruito interamente del periodo di ferie allo stesso spettante?

In tal caso, esclusa la possibilità di un prolungamento in misura corrispondente della durata del contratto, si dovrà procedere al pagamento del compenso sostitutivo delle stesse. Ovviamente, in proposito troveranno applicazione le medesime regole stabilite per la generalità del personale a tempo indeterminato. Pertanto, potranno essere monetizzate solo le giornate di ferie non godute per ragioni di servizio oppure per motivi indipendenti da una precisa volontà in tal senso del lavoratore.

46. Qual è il trattamento di malattia da riconoscere ai lavoratori assunti a termine?

Occorre fare riferimento alle specifiche previsioni della contrattazione collettiva. Infatti, alcuni contratti di comparto (ad esempio Enti Pubblici non economici, Regioni-Autonomie Locali, Sanità nonché Ministeri) hanno richiamato in materia la disciplina dell'art. 5 della legge n. 638/1983. Questa sinteticamente può così riassumersi:

- il periodo massimo di conservazione del posto corrisponde necessariamente alla durata del contratto di lavoro; tale periodo, comunque, non può superare quello previsto per il personale a tempo indeterminato;
 - per ciò che attiene al trattamento economico delle assenze per malattia, l'art. 5, L. n. 638/1983 stabilisce che ai lavoratori pubblici e privati, con contratto a tempo determinato, i trattamenti economici connessi alla malattia sono corrisposti per un periodo non superiore a quello dell'attività lavorativa svolta nei dodici mesi immediatamente precedenti l'evento morboso. Ove il lavoratore a tempo determinato non possa far valere, nei dodici mesi precedenti, periodi superiori a 30 giorni, il trattamento economico è comunque concesso per un periodo di 30 giorni. Peraltro, al dipendente viene riconosciuto un periodo minimo retribuito di assenza per malattia di 30 giorni, quando nell'anno di riferimento antecedente alla malattia abbia lavorato per meno di 30 giorni;
 - al dipendente, all'interno del periodo di malattia retribuibile come sopra determinato, il trattamento economico di malattia viene corrisposto in misura intera o ridotta, secondo i criteri fissati dai CCNL con riferimento alla malattia del lavoratore con contratto a tempo indeterminato, secondo criteri di proporzionalità, in modo da tenere conto sia della diversa durata del periodo di conservazione del posto, sia della mancanza di un unico periodo retribuibile all'interno di essi, dato che quest'ultimo deve essere determinato, di volta in volta, in conformità all'art.5, L. n.638/1983. Ad es.: un lavoratore assunto a termine si assenta per malattia per 120 giorni, avendo nei dodici mesi precedenti lavorato per sei mesi. Il periodo massimo retribuibile sarà conseguentemente di sei mesi. Di questi sei mesi (180 giorni), applicando la regola della proporzionalità stabilita dai contratti per la determinazione della misura della retribuzione da corrispondere in caso di malattia, 90 giorni (il 50%) saranno retribuiti per intero; 30 giorni (1/6) al 90%; 60 giorni (2/6) saranno retribuiti al 50%. Pertanto, l'assenza di 120 giorni del lavoratore sarà retribuita per intero per i primi 90 giorni mentre i restanti 30 giorni saranno retribuiti al 90%.
 - la regola di stretta proporzionalità non ha valore assoluto in quanto, in una logica di maggior favore per il dipendente, i contratti stabiliscono che, nell'ambito del periodo massimo retribuibile, i primi 60 giorni di assenza sono comunque retribuiti in misura intera;
 - dai periodi retribuibili spettanti dovranno essere, naturalmente, detratti quelli eventualmente già fruiti dal lavoratore in occasione di precedenti malattie;
 - al di fuori dei periodi di assenza per malattia retribuibili, determinati ai sensi del citato art.5, L. n.638/1983, ulteriori assenze per tale motivo non danno luogo ad alcuna retribuzione, ma solo alla conservazione del posto;
 - nel caso di prosecuzione della malattia oltre la scadenza del termine e la cessazione del rapporto di lavoro, al lavoratore non può essere corrisposto alcun trattamento economico.
- Altri contratti (Università) hanno ridefinito, in modo autonomo ed innovativo, rispetto alle pre-

scrizioni della citata legge n.638/1983, la disciplina della materia, stabilendo che, in generale, in materia si applicano, nella misura in cui risultano compatibili, le stesse disposizioni previste per il personale con contratto a tempo indeterminato. Il periodo di conservazione del posto è sempre pari alla durata del contratto a termine ma non può comunque essere superiore a quello stabilito per il personale a tempo indeterminato. Durante il comporta, per la determinazione dei periodi retribuibili, non si applica la disciplina della L. n. 638/1983 e quindi non si deve considerare il periodo lavorativo prestato dal dipendente nell'anno antecedente all'ultimo evento morboso. Si tratta sicuramente di un trattamento di maggior favore per il lavoratore, in quanto questi ha sempre diritto alla corresponsione del trattamento economico di malattia, a prescindere da ogni anzianità lavorativa. Pertanto, in presenza di un evento morboso di 90 giorni che colpisca un lavoratore a termine che non può vantare alcuna esperienza lavorativa nell'anno antecedente ad esso, il trattamento economico di malattia gli deve essere corrisposto per tutti tali giorni, e non solo per 30, come avverrebbe applicando la normativa della legge n. 638/1983. I periodi retribuibili per intero o in forma ridotta, all'interno del periodo massimo di conservazione del posto, sono stabiliti in misura proporzionale, tenendo a tal fine conto dei criteri di articolazione di tali periodi dettati per il personale a tempo indeterminato. Fanno comunque eccezione alla regola del riproporzionamento i periodi di assenza inferiori ai due mesi.

47. Spettano ai lavoratcollettivi di comparto e riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato?ori a termine i permessi retribuiti disciplinati dai diversi contratti

In generale, si può affermare che questi hanno riconosciuto al lavoratore a termine solo i 15 giorni di permesso retribuito per matrimonio. Nel comparto Università sono riconosciuti permessi retribuiti anche nei casi di lutto per decesso del coniuge, del parente o dell'affine nonché in quelli di grave infermità dei medesimi soggetti. Ugualmente, per i lavoratori del comparto dei Ministeri, l'art. 19, co. 11, lett. e), CCNL 31.1.2001 stabilisce il loro diritto a fruire dei permessi retribuiti per motivi di lutto negli stessi termini previsti per i lavoratori a tempo indeterminato.

Al di fuori di queste particolari ipotesi, al lavoratore a termine, in relazione ai loro particolari bisogni ed esigenze di carattere personale, non si applicano le altre forme di permesso retribuito previste dai contratti collettivi per la generalità dei lavoratori a tempo indeterminato, ma solo permessi non retribuiti, secondo una quantità variabile a seconda dei vari comparti (ad esempio 15 giorni annui per i comparti Enti pubblici non economici, Sanità, Regioni-Autonomie Locali e Ministeri; solo 10 giorni annui, in proporzione al servizio prestato, nel comparto Università).

Per i lavoratori a termine, sono comunque fatte salve dai contratti collettivi le altre ipotesi di assenza dal lavoro stabilite direttamente da specifiche disposizioni di legge, come quelle di cui alla L. n.53/2000, quelle per donazione sangue, per l'assolvimento delle funzioni di giudice popolare, quelle per gravi patologie di cui alla L. n.53/2000, ecc. (in tal senso vi sono espressi riferimenti, ad esempio, nell'art. 7, co. 10, lett. e) del CCNL successivo del comparto Regioni-Autonomie Locali e nell'art. 19, co. 11, lett. e) del CCNL del comparto Ministeri del 16.5.2001). Alle medesime fonti legislative, evidentemente, occorrerà fare riferimento per stabilire se si tratta di assenze retribuite o meno.

48. Al personale con contratto a termine trovano applicazione le disposizioni sui permessi per il personale che ricopra cariche elettive (D.Lgs. n. 267/2000) e sui permessi sindacali, fissate in sede di contrattazione collettiva?

Nel disciplinare la materia delle aspettative e dei permessi degli amministratori degli enti locali, il D. Lgs. n. 267/2000, agli artt. 77 e ss., non distingue tra personale a tempo determinato e restante personale e si deve, quindi, ritenere che essa trovi applicazione anche per i dipendenti con contratto a termine .

Analoghe considerazioni possono farsi anche relativamente ai permessi sindacali, per i quali né la L. n. 300/1970, né la disciplina contenuta nello specifico contratto quadro del 7.8.1998 contemplano in alcun modo esclusioni per i lavoratori a termine.

49. Può essere corrisposta l'indennità di rischio al personale assunto a termine nell'ambito del comparto Regioni-Autonomie Locali?

In materia di trattamento economico fondamentale ed accessorio, l'art. 7, co. 10, del CCNL del comparto Regioni-Autonomie Locali del 14.9.2000 ribadisce il principio fondamentale di non discriminazione, stabilito nell'art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001 (e prima nell'art. 5 della legge n. 230/1962), per cui al personale assunto con contratto a termine spettano i medesimi emolumenti previsti per il personale con contratto a tempo indeterminato. Conseguentemente, non vi è alcun valido motivo per escludere dalla corresponsione dei compensi di cui trattasi il lavoratore assunto a tempo determinato. Ciò che conta è lo svolgimento dell'attività per cui l'indennità è prevista e non il fatto che essa sia svolta a tempo determinato. Ovviamente l'indennità sarà corrisposta solo per il periodo lavorato ed è carico delle risorse di cui all'articolo 15 del CCNL dell'1.4.1999, attraverso le quali sono finanziati tutti gli istituti del trattamento economico accessorio.

Poiché il principio generale sancito in quasi tutti i contratti collettivi di comparto è quello della tendenziale equiparazione del trattamento economico spettante al lavoratore a termine con quello dei lavoratori a tempo indeterminato, relativamente ai compensi accessori si può affermare che vale la regola del pieno riconoscimento degli stessi anche ai lavoratori a termine, nella misura in cui essi si collegano alla professionalità posseduta dal dipendente (le cosiddette indennità professionali) o a caratteristiche specifiche o a particolari condizioni e modalità di esecuzione della prestazione lavorativa (indennità per attività particolarmente disagiate, o dannose e pericolose per la salute del lavoratore; compensi legati a particolari e gravose articolazioni dell'orario di lavoro). È indubbio, inoltre, che, se il lavoratore a termine è inserito in turni, non potrà non essergli riconosciuto lo specifico compenso. Analogo discorso vale evidentemente per la reperibilità. Per ciò che attiene ai compensi connessi ai progetti o programmi di produttività, si ritiene che ove il lavoratore, in considerazione della durata prevista del suo rapporto, sia inserito negli stessi, non può non percepire i relativi compensi in misura corrispondente alla sua effettiva partecipazione.

50. Si applica al personale assunto a termine la disciplina a tutela della maternità?

Non vi sono specifici impedimenti giuridici alla fruizione da parte di questo personale della particolare normativa concernente i congedi di maternità (l'astensione obbligatoria) ed i congedi parentali (l'astensione facoltativa) contenuta nel D. Lgs. n. 151/2001. Infatti, non solo tale ultima fonte legislativa non esclude in alcun modo dal suo campo di applicazione il personale con contratto a termine, ma per espressa previsione dell'art. 6, D.Lgs. n. 368/2001 (prima dell'art. 5, L. n. 230/1962), ribadita anche dai diversi contratti collettivi di comparto, a tale personale si applica comunque lo stesso trattamento giuridico ed economico del restante personale a tempo indeterminato, salvo quelle disposizioni particolari, tassativamente previste dai contratti collettivi stessi, ritenute incompatibili con le caratteristiche del contratto a termine e con le esigenze che esso è chiamato a soddisfare.

In materia, si ritiene utile specificare che, in caso di congedo di maternità (astensione obbligatoria), il relativo trattamento economico deve essere corrisposto anche dopo la scadenza del termine del contratto e per tutta la restante parte del periodo di congedo di maternità, stante l'espressa previsione dell'art. 24, co. 1, D. Lgs. n. 151/2001. Nel caso del congedo parentale di cui all'art. 32 dello stesso D.Lgs. n. 165/2001 (astensione facoltativa) esso, invece, viene meno comunque con lo spirare del termine del contratto.

51. Quale trattamento economico spetta alla lavoratrice a termine durante i periodi di astensione obbligatoria e facoltativa e qual è la natura giuridica di tale trattamento per i periodi di astensione obbligatoria che si collocano al di fuori della scadenza del termine finale del rapporto?

Durante il periodo di congedo di maternità (astensione obbligatoria) alla lavoratrice a termine, analogamente a quanto previsto per le lavoratrici a tempo indeterminato, deve essere corrisposto il trattamento di miglior favore stabilito dai contratti collettivi di comparto, rispetto a quello stabilito

dall'art. 22, D.Lgs. n. 151/2001, rappresentato dell'intera retribuzione, senza alcuna decurtazione, alla stessa normalmente spettante. A tal fine si terrà conto delle seguenti voci: intera retribuzione fissa mensile, quote di salario accessorio fisse e ricorrenti, compresa la retribuzione di posizione, nonché il salario di produttività.

Lo stesso trattamento economico sarà riconosciuto alla lavoratrice a termine durante i primi trenta giorni di congedo parentale (astensione facoltativa), ma solo limitatamente ai periodi della stessa che si collocano all'interno della durata stabilita del rapporto di lavoro a termine. Per gli ulteriori periodi di congedo parentale, eccedenti i trenta giorni retribuiti per intero, collocati sempre all'interno della durata prevista del contratto a termine, sarà corrisposto il trattamento economico stabilito per esso nell'art. 34 del D.Lgs. n. 151/2001, secondo le modalità ivi previste.

Per ciò che attiene al quesito concernente la natura giuridica del trattamento economico corrisposto alla lavoratrice nei periodi di congedo di maternità (astensione obbligatoria) che si collocano al di fuori della scadenza del termine finale del rapporto, ai sensi dell'art. 24, co. 1, D.Lgs. n. 151/2001, si ritiene utile precisare che esso, pur corrispondendo sostanzialmente al 100% della retribuzione percepita dalla lavoratrice in corso di rapporto, ha comunque natura meramente indennitaria. Si tratta di una precisazione importante in quanto vale ad escludere che detti periodi ed i relativi emolumenti possano essere utilizzati anche ai fini di altri istituti come maturazione ferie, tredicesima mensilità ecc.

52. Spetta al personale assunto a termine la "liquidazione"?

L'art. 6, D.Lgs. n. 368/2001 (e prima l'art. 5, L. n. 230/1962 anche se con diversa formulazione) espressamente stabilisce che al lavoratore a tempo determinato spetta anche il trattamento di fine rapporto di lavoro. Occorre, inoltre, ricordare anche la disciplina della L. n. 297/1982 in materia di trattamento di fine rapporto di lavoro. Infatti la L. n. 297/1982, all'art.1, prevede l'erogazione di tale trattamento di fine rapporto di lavoro per "ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato", considerando, quindi, nel suo ambito di applicazione anche il particolare caso del contratto a termine.

La L. n. 335/1995, di riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare, ha espressamente stabilito che per tutti i lavoratori assunti da pubbliche amministrazioni, anche con contratto a termine, deve essere corrisposto, in luogo della tradizionale indennità di buonuscita, il trattamento di fine rapporto di lavoro disciplinato dall'art. 2120 del codice civile, come modificato dalla L. n. 297/1982.

La materia è stata disciplinata, infine, dall'accordo quadro nazionale sottoscritto il 29 luglio 1999, in materia di trattamento di fine rapporto di lavoro, che all'art. 7 ha espressamente esteso l'applicazione di tale istituto anche al personale assunto a termine. Tale previsione è divenuta efficace a decorrere dall'1.6.2000, in coincidenza con l'entrata in vigore del DPCM 20.12.1999 che ha dato attuazione alla disciplina del citato accordo quadro.

Per la quantificazione del T.F.R. occorre, evidentemente, fare riferimento alle previsioni dei diversi contratti collettivi di comparto che hanno individuato le voci retributive che devono essere considerate come base di calcolo.

53. Trova applicazione la disciplina del periodo di prova nell'ambito del contratto a termine?

Non esiste alcuna preclusione legale al ricorso a tale istituto anche nell'ambito di un contratto a termine. Per ciò che attiene alla durata della prova si farà riferimento alle previsioni della contrattazione collettiva in materia.

In proposito si può ricordare che l'art. 7, co. 9, del CCNL del 14.9.2000 per il personale del comparto Regioni-Autonomie Locali, nell'ambito della disciplina del contratto a termine, ha espressamente regolato la possibilità degli enti di avvalersi di questo istituto con riferimento specifico a tale particolare tipologia contrattuale, anche sotto il profilo della durata.

Infatti, per il lavoratore a termine viene previsto un periodo massimo di prova non superiore a due settimane, per i rapporti pari o inferiori a sei mesi, e quattro settimane per i rapporti superiori a sei mesi.

Poiché la clausola contrattuale non prefigura un obbligo comportamentale degli enti in materia, questi non solo possono determinare liberamente la durata della prova, nell'ambito dei limiti massi-

mi di cui si è detto, ma, sulla base delle circostanze del caso concreto, potrebbero anche decidere di non apporre il patto di prova al contratto a termine che vanno a stipulare. Ove convenuta, la durata della prova deve risultare per iscritto nel contratto individuale di lavoro. Per ciò che attiene alla disciplina dettata, occorre evidenziare che, a differenza di quanto avviene nella corrispondente regolamentazione del medesimo istituto dettata per il contratto di lavoro a tempo indeterminato nel CCNL del 6.7.1995, nel caso di contratto a termine non viene stabilita una durata minima garantita della prova. Pertanto, in qualunque momento del periodo di prova stabilito, ciascuna delle parti può recedere dal rapporto senza obbligo di preavviso e senza pagamento dell'indennità sostitutiva.

Una disciplina sostanzialmente analoga di recente è stata prevista anche per il comparto dei Ministeri nell'art. 19, co. 10, del CCNL del 16.5.2001.

54. Un lavoratore a termine già assunto da un ente locale e che abbia già sostenuto con esito positivo il relativo periodo di prova, ai sensi dell'art. 7, co. 9, del CCNL successivo del 14.9.2000, può essere assoggettato ad altro periodo di prova nel caso di riassunzione, con la medesima categoria e profilo professionale, presso lo stesso ente?

In tal caso il patto di prova, come sottolineato dagli orientamenti giurisprudenziali in materia, può ritenersi sicuramente ammissibile ma a condizione che esso possa spiegare la funzione tipica che gli è propria.

Pertanto, esso sicuramente potrà essere legittimamente inserito nel caso di un contratto a termine stipulato a notevole distanza di tempo dal primo, per cui, effettivamente, si può porre l'esigenza di verificare la permanenza delle qualità professionali e comportamentali del lavoratore nel momento in cui si procede alla stipula del nuovo contratto.

Invece, l'inserimento dello stesso in un nuovo contratto a termine intervenuto a breve distanza di tempo dalla scadenza di uno precedente, concernente la medesima categoria e profilo professionale, potrebbe essere considerato illegittimo dal giudice sotto il profilo della sua possibile finalizzazione all'elusione di norme imperative, in particolare in materia di recesso.

Ciò appare di tutta evidenza ove si consideri che, in base alla disciplina introdotta dall'art. 7, co. 9, del CCNL successivo del 14.9.2000, in qualunque momento del periodo di prova stabilito, ciascuna delle parti, e quindi anche il datore di lavoro pubblico, può recedere dal rapporto senza obbligo di preavviso e senza pagamento dell'indennità sostitutiva, anche in mancanza di una giusta causa. In tal caso, tuttavia, è previsto l'obbligo del datore di lavoro di motivare la sua scelta.

5.4.6 L'estinzione del rapporto di lavoro a termine

55. Che cosa accade alla scadenza del termine?

Data la sua particolare natura, il contratto a termine si risolve automaticamente allo scadere del termine in esso previsto, senza che, a tal fine, sia necessario un atto di recesso né, quindi, alcun preavviso. L'effetto risolutivo automatico, di cui si è detto, è una conseguenza naturale del particolare tipo di rapporto di cui si tratta, rispetto al quale ciascuna delle parti sa, sin dall'inizio, che esso cesserà con la scadenza del termine stabilito. Le parti possono evitare la cessazione del rapporto disponendo una proroga dello stesso rapporto a termine, nel rispetto delle prescrizioni del D.Lgs. n. 368/2001.

56. È possibile la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro a termine rispetto alla scadenza di quest'ultimo?

Prima della scadenza del termine, il contratto di lavoro a termine può estinguersi, secondo le regole generali dei contratti, anche per accordo tra le parti, per impossibilità sopravvenuta di carat-

tere non temporaneo o per grave inadempimento di una delle parti (dimissioni o licenziamento per giusta causa).

Su di un piano generale, poi, si deve sottolineare che, naturalmente, il rapporto a termine soggiace anche alle altre ipotesi di risoluzione previste per il contratto di lavoro a tempo indeterminato e che possono ugualmente determinarsi prima della scadenza del termine stesso: licenziamento disciplinare, risoluzione del rapporto di lavoro per superamento del periodo massimo di conservazione del posto in caso di malattia ecc.

57. Che cosa accade nel caso in cui l'assunzione a termine sia stata disposta per la sostituzione di lavoratore assente e questi rientri in servizio prima della scadenza del termine?

In tale caso il contratto a termine si risolve anticipatamente rispetto all'effettiva scadenza del termine, in considerazione proprio della particolare natura della ragione posta a fondamento del contratto a termine. Il medesimo effetto risolutivo si determina anche nell'ipotesi della cosiddetta sostituzione a scorrimento.

L'effetto risolutivo si determina automaticamente nel caso di contratto in cui il termine sia stato fissato "per relationem" (v. supra n. 34). Spetta, peraltro, al datore di lavoro l'onere di porre effettivamente fine al rapporto a termine, con la tempestiva estromissione del sostituto dall'organizzazione aziendale, per evitare l'applicazione dei meccanismi sanzionatori previsti dall'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001. Infatti, il ritorno del lavoratore sostituito, facendo venir meno l'ipotesi legittimante, determina, in forza di questa disposizione, la nullità del contratto. L'eventuale prosecuzione del rapporto comporterà, di conseguenza, l'applicazione dapprima, per un breve periodo di tolleranza, della maggiorazione retributiva di cui all'art. 5, co. 1°, D. Lgs. n. 368/2001, e quindi, superato tale periodo, l'art. 2126 del codice civile a tutela dell'interesse del lavoratore, nonché l'eventuale ulteriore risarcimento del danno che questi possa dimostrare di aver subito (v. al riguardo infra n. 65).

Nel caso di contratto con termine stabilito a data fissa, l'anticipato rientro in servizio del dipendente assente non determina automaticamente l'effetto risolutivo del contratto a termine con il sostituto, salvo che tale effetto non sia stato specificamente dedotto nel contratto individuale al momento della sua sottoscrizione (ad es. tramite una clausola del tipo: 'salvo rientro anticipato...': v. ancora supra n. 34). Si tratta, quindi, di un aspetto rilevante che deve essere attentamente considerato in sede di stipula del contratto di assunzione a termine per evitare di trovarsi con due lavoratori in servizio per la medesima posizione di lavoro e, quindi, anche con un costo aggiuntivo non previsto e non necessario.

58. Nella disciplina della risoluzione del rapporto di lavoro a termine, deve ritenersi preclusa in ogni caso l'applicazione dell'istituto del preavviso?

La particolare configurazione del contratto a termine e la sua disciplina giuridica escludono che, ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro, nell'ipotesi naturale della scadenza del termine stabilito, il datore di lavoro sia tenuto al rispetto dell'obbligo del preavviso. Infatti, non è necessario alcun atto di recesso.

Ciò non esclude che l'istituto del preavviso possa acquistare rilievo in altre ipotesi di risoluzione del rapporto a termine, diverse da quella della scadenza naturale del termine stesso.

Vengono in considerazione, sotto tale profilo, alcuni casi particolari come quello relativo alla generale disciplina delle assenze per malattie che prevede, nel caso di risoluzione del rapporto per superamento del periodo massimo di conservazione del posto, la corresponsione da parte del datore di lavoro pubblico dell'indennità sostitutiva del preavviso. Poiché tale disciplina trova applicazione anche nell'ambito di un rapporto a termine, in tale caso, mancando una disciplina del preavviso per tale tipologia di rapporto, si ponevano evidenti problemi di trasposizione delle stesse, dato che non era possibile neppure la quantificazione della relativa indennità sostitutiva.

Inoltre, le amministrazioni non disponevano neppure di un criterio certo di quantificazione del danno da chiedere al lavoratore, nel caso di suo recesso anticipato rispetto alla scadenza del termine e non assistito dal requisito della giusta causa.

Proprio, in considerazione di tali aspetti, l'art. 7, co. 7, del CCNL del 14.9.2000 relativo al comparto Regioni-Autonomie Locali ha ritenuto utile disciplinare espressamente il preavviso anche con riferimento al contratto a termine. Pertanto al di fuori delle ipotesi di naturale scadenza del termine apposto e del recesso intervenuto ad iniziativa di ciascuna delle parti nel corso del periodo di prova, in tutti gli altri casi in cui il CCNL del 6.7.1995 prevede la risoluzione del rapporto con preavviso o con corresponsione dell'indennità sostitutiva dello stesso, anche nel contratto a termine trova applicazione l'istituto del preavviso. Il termine di preavviso viene fissato in un giorno per ogni periodo lavorato di almeno 15 giorni e comunque non può superare i 30 giorni complessivi anche quando la durata del contratto a termine sia superiore all'anno.

La medesima disciplina è stata sostanzialmente riportata anche nell'ambito del comparto Ministeri dall'art. 19, co. 8, del CCNL 16.5.2001.

59. Che cosa accade nel caso di recesso anticipato del datore di lavoro non assistito da giusta causa?

Nel caso di accertamento giudiziale della illegittimità del recesso anticipato del datore di lavoro (mancanza di giusta causa o, comunque, degli altri eventi che consentono la risoluzione anticipata del contratto a termine prima della sua scadenza), trova applicazione la disciplina generale contenuta nell'art. 1223 del codice civile che comporta l'obbligo del datore di lavoro di risarcire il danno. Secondo la prevalente ed ormai consolidata giurisprudenza in materia, il risarcimento del danno deve essere commisurato alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito fino alla naturale scadenza del termine stabilito nel contratto al momento della sua stipulazione, esclusi i compensi di natura occasionale o risarcitoria. Devono, inoltre, essere detratti da tale ammontare quei proventi che il lavoratore, dopo la risoluzione del rapporto, abbia conseguito, o avrebbe potuto conseguire, usando la ordinaria diligenza, impiegandosi alle dipendenze di altri (ad esempio accettando proposte di assunzione di un altro datore di lavoro per mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte). Grava sul datore di lavoro l'onere della prova della effettiva percezione o della possibilità di percezione di tali compensi da parte del lavoratore.

60. È possibile il ricorso alla particolare tutela della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di licenziamento privo di giusta causa del lavoratore assunto a termine?

Il risarcimento del danno subito rappresenta l'unica forma di tutela riconosciuta al lavoratore a termine nel caso di licenziamento intimato dal datore di lavoro in mancanza di una giusta causa, essendo, in generale, escluso il ricorso alla reintegrazione nel posto di lavoro, ai sensi dell'art. 18, L. n. 300/1970, applicabile solo a favore dei lavoratori con rapporto di lavoro a tempo indeterminato e che, quindi, non può essere invocato con riferimento al caso specifico del contratto a termine. La reintegrazione nel posto di lavoro può trovare applicazione anche in presenza di un contratto a termine esclusivamente nei casi di licenziamento discriminatorio per ragioni di lingua, sesso, razza, politiche, religiose o sindacali, ai sensi degli artt. 4 e 5, L. n.604/1966 e art. 15, L. n. 300/1970.

61. Cosa avviene nel caso di recesso anticipato senza giusta causa del lavoratore rispetto alla scadenza pattuita?

Se sussiste una giusta causa, ossia un grave inadempimento contrattuale del datore di lavoro o qualunque altro fatto che non consente neppure la prosecuzione provvisoria del rapporto di lavoro, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno secondo le regole di cui si è detto al precedente punto relativo al recesso senza giusta causa del datore di lavoro.

In caso di recesso anticipato senza giusta causa, costituendo questo un inadempimento contrattuale, il lavoratore è tenuto al risarcimento del danno causato al datore di lavoro dalla mancata disponibilità della prestazione lavorativa per il periodo residuo di validità del contratto a termi-

ne. Tale danno non può essere commisurato semplicemente ed automaticamente alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito fino alla scadenza del termine, ma deve essere provato dal datore di lavoro nella sua esistenza e nel suo ammontare (si potrà fare riferimento alle mansioni del lavoratore, alle esigenze dell'impresa, al grado di difficoltà nel trovare un sostituto). In questo caso, come in quello del contratto di formazione e lavoro, si ritiene che, a tal fine, un utile punto di riferimento, quale criterio risarcitorio, possa essere rappresentato dal parametro contrattuale dell'indennità sostitutiva del preavviso. In via residuale, alla liquidazione provvederà il giudice in via equitativa.

62. È possibile che un rapporto di lavoro a termine, alla sua scadenza naturale, possa trasformarsi in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso lo stesso datore di lavoro pubblico?

Tale possibilità deve ritenersi assolutamente preclusa. Infatti, nel rispetto del principio generale stabilito dall'art. 97 della Costituzione e delle regole in materia di accesso agli impieghi pubblici contenute negli artt. 35 e 36 del D.Lgs. n. 165/2001, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso una pubblica amministrazione può avvenire solo sulla base del previo esperimento di prove concorsuali o selezioni pubbliche. Inoltre, lo stesso art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, espressamente stabilisce che in nessun caso la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione e l'impiego di lavoratori può dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

La possibilità di una tale trasformazione sembra essere ammessa solo nell'ambito della disciplina del contratto di formazione e lavoro. Infatti, nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro privato, è la stessa fonte legislativa regolativa di tale particolare istituto (L. n. 863/1984 e L. n. 451/1994) a prevedere la trasformazione del contratto di formazione e lavoro in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Poiché tale fonte legislativa viene richiamata direttamente ed integralmente, dall'art. 36, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001, per consentire l'utilizzo dell'istituto anche con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, tale trasformazione deve ammettersi anche nel mondo del lavoro pubblico.

La conclusione negativa espressa sulla possibilità di trasformazione, alla sua scadenza, di un rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato non impedisce di valorizzare, comunque, il lavoro svolto presso l'amministrazione dal personale assunto con contratto a termine, ai fini di una possibile assunzione a tempo indeterminato. Infatti, l'art. 7, co. 14, del CCNL successivo del comparto regioni-Autonomie Locali invita espressamente gli enti del comparto a dare un adeguato riconoscimento, in sede di selezioni pubbliche per l'assunzione di lavoratori con rapporto a tempo indeterminato, agli eventuali precedenti periodi di assunzione a termine dell'aspirante. A tal fine sono stabilite due condizioni necessarie: che tali periodi di assunzione a termine abbiano avuto luogo per profili e categorie identici a quelli per i quali si deve procedere all'assunzione a tempo indeterminato e che abbiano avuto una durata di almeno 12 mesi, anche non continuativi.

L'ente, evidentemente, ove tale possibilità non sia già presente, nei termini sopraddetti, nel regolamento sugli accessi, vi darà attuazione attraverso un'opportuna integrazione del regolamento stesso, ricercando soluzioni ragionevoli che rispettino sostanzialmente la "par condicio" di tutti i candidati.

Analoga previsione volta a valorizzare le prestazioni rese dal lavoratore assunto a termine è contenuta anche nel CCNL del comparto Università. Infatti, viene stabilito (art. 19, co. 13) che il servizio prestato dai lavoratori secondo la disciplina dettata per il lavoro a termine dal contratto stesso è valutabile ai fini dell'accesso ad altro rapporto di lavoro nell'ambito di amministrazioni del comparto.

63. Che cosa avviene nei casi in cui il contratto a termine sia stipulato senza forma scritta?

Ai sensi dell'art. 1, co. 2, D. Lgs. n. 368, l'apposizione del termine "è priva di effetto se non risulta ... da atto scritto". Dunque, nel settore privato, in forza di questa norma, la mancanza di forma scritta della clausola appositiva del termine ne determina l'inefficacia, con conseguente trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

Nel lavoro pubblico, invece, siffatta sanzione non può operare, dal momento che essa si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici (cfr. art. 97 Cost. e art. 35, D.Lgs. n. 165/2001), nonché, in particolare, con l'espressa previsione dell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, in forza della quale "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione".

Stante il chiaro dettato normativo, dunque, si deve dedurre che questa disposizione, nell'impedire l'applicazione nei confronti della pubblica amministrazione dell'inefficacia disposta dall'art. 1, co. 2, D. Lgs. n. 368/2001 (inefficacia della clausola del termine e trasformazione del rapporto), sanziona implicitamente con la nullità l'intero contratto di lavoro per violazione di norme imperative (cfr. art. 1418, co. 1 e 3, c.c.).

La posizione del lavoratore riceverà, comunque, tutela sotto il profilo economico, in quanto in materia troverà applicazione l'art. 2126 c.c., relativo alle prestazioni lavorative rese in forza di un contratto invalido.

Il lavoratore, inoltre, avrà la possibilità di richiedere all'amministrazione anche il risarcimento dell'eventuale maggior danno subito a causa della sottoscrizione di un contratto di lavoro a termine nullo, danno che l'interessato deve dedurre e provare sia per ciò che attiene tanto alla sua esistenza che al suo ammontare (sempre secondo l'art. 36, co. 2, "il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative"). Sotto tale profilo si potrebbe ipotizzare, ad esempio, nel caso di dichiarazione di nullità intervenuta prima della scadenza del termine, il danno derivante dalla perdita di altre chances lavorative (evidentemente a termine) che il dipendente ha rifiutato facendo affidamento sulla validità e sulla durata prevista del contratto a termine dichiarato successivamente nullo, ovvero quello derivante dalla circostanza di avere fatto affidamento sulla validità del contratto a termine e sulle retribuzioni che avrebbe percepito fino alla scadenza dello stesso. Alcuni autori hanno inserito nella nozione di danno risarcibile al lavoratore anche quello derivante alla sua professionalità, alla reputazione, alla dignità, all'immagine. Numerosi sono i dubbi su come tali fattispecie possano effettivamente configurarsi nell'esperienza applicativa; neppure è semplice ipotizzare quale sia il possibile danno derivante dalla dichiarazione di nullità che sia intervenuta solo successivamente alla scadenza del termine del contratto. Infatti, in tale caso il rapporto di lavoro si è ormai esaurito ed il lavoratore ha già percepito, per tutta la sua durata i relativi emolumenti, e quindi non si trova neppure nella necessità di attivare un procedimento giudiziario per ottenere l'applicazione nei suoi confronti dell'art. 2126 del codice civile. Sarà evidentemente la futura giurisprudenza in materia a darci qualche concreta e sicura indicazione in materia.

64. Che cosa avviene nei casi in cui il contratto non specifichi, o addirittura non indichi nemmeno, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo per le quali viene stipulato, o ancora se l'utilizzazione effettiva del lavoratore da parte dell'amministrazione è in contrasto con le ragioni indicate nel contratto stesso?

Per tali ipotesi la nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 368/2001, a differenza della L. n. 230/1962, non prevede in generale alcuna sanzione. Nel silenzio della legge, una parte della dottrina

è giunta perfino a dubitare della possibilità di continuare ad applicare la sanzione prevista dalla precedente normativa, consistente nella trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato.

Nel lavoro pubblico, comunque, questa sanzione non potrebbe operare, dal momento che essa si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici, nonché, in particolare, con l'espresso divieto contenuto nell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, secondo il quale, come si è detto più sopra, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Deve ritenersi, pertanto, che la mancata specificazione o addirittura la mancata indicazione nell'atto scritto delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, ovvero l'utilizzazione del lavoratore da parte dell'amministrazione in contrasto con le ragioni indicate nel contratto stesso, siano sanzionate implicitamente dal citato art. 36, co. 2 con la nullità del contratto di lavoro. Nei confronti del lavoratore troverà di conseguenza applicazione la disciplina dell'art. 2126 c.c. per le prestazioni rese in forza di un contratto invalido, salvo il risarcimento del maggior danno che egli sarà in grado di provare di aver subito (v. sul punto più approfonditamente supra n. 63).

65. Quale disciplina sanzionatoria è prevista in caso di prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro alla scadenza del termine originariamente fissato o legittimamente prorogato?

L'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001, stabilisce che "se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'art. 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto, pari al 20 per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore".

Al datore di lavoro, dunque, è sempre consentito di godere di una sorta di breve proroga a-causale (la quale si presume che avvenga sulla base di un accordo, anche implicito, tra le parti), con la mera sopportazione di un aggravio economico, che per la chiara formulazione di legge ("maggiorazione della retribuzione") non potrebbe avere natura sanzionatoria, ma solo disincentivante.

Questa normativa, inoltre, va integrata con quanto previsto dal co. 2 dello stesso articolo 5, in forza del quale "se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini".

Orbene, relativamente al lavoro pubblico, queste previsioni vanno integrate e confrontate con quanto previsto dai principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici, nonché dall'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001.

È da ritenere, pertanto, che l'amministrazione potrà anche continuare ad utilizzare la prestazione del lavoratore - sulla base di un implicito accordo con il medesimo - fino al ventesimo giorno successivo alla scadenza del termine, nel caso di contratto inferiore a sei mesi, ovvero fino al trentesimo giorno negli altri casi, ma dovrà erogare la retribuzione e le maggiorazioni retributive previste dall'art. 5, co. 1, D.Lgs. n. 368/2001 (20% fino al decimo giorno; 40% dal decimo rispettivamente al ventesimo o al trentesimo giorno). Tuttavia, in questi casi, potrà sorgere una responsabilità anche patrimoniale del dirigente che non sia in grado di giustificare le ragioni del ricorso a tale forma di prosecuzione del rapporto, con il conseguente aggravio patrimoniale a carico dell'amministrazione, piuttosto che ad una normale proroga ex art. 4, che non avrebbe comportato la maggiore spesa.

Ove si superino, invece, i predetti limiti temporali (rispettivamente venti o trenta giorni), non potrà operare la sanzione della trasformazione prevista dall'art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 368/2001, dal momento che essa si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici, nonché, in particolare, con l'espresso divieto contenuto nell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001. L'accordo di continuare il rapporto oltre questi limiti temporali dovrà pertanto ritenersi nullo: nei confronti del lavoratore troverà di conseguenza applicazione la disciplina dell'art. 2126 c.c. per le prestazioni rese in forza di un contratto invalido, salvo il risarcimento del

maggior danno che egli sarà in grado di provare di aver subito (v. sul punto più approfonditamente supra n. 63). Non pare, invece, che possa continuarsi ad applicare automaticamente la maggiorazione del 40% (anche se l'art. 5, co. 1, fa riferimento alla maggiorazione del 40% "per ciascun giorno ulteriore", la maggiorazione non parrebbe avere, come si è detto, funzione risarcitoria, e trova comunque il suo limite temporale massimo nel co. 2, e cioè rispettivamente nel ventesimo o trentesimo giorno successivo alla scadenza del termine).

66. Quale disciplina sanzionatoria è prevista in caso di violazione della normativa in materia di proroga?

Può avvenire che, alla scadenza del termine originariamente fissato, le parti convengano di proseguire il rapporto di lavoro in base ad una proroga che vada oltre il limite massimo dei tre anni, o che non si fondi, come richiesto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001, su ragioni oggettive, o che risulti essere in realtà una seconda proroga (la quale, come si è detto, non è ammessa), ovvero ancora che non riguardi "la stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato".

Ebbene, anche per tali ipotesi la nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 368/2001 non prevede (come in verità non prevedeva l'art. 2, co. 1, L. n. 230, modif. dall'art. 12 della L. n. 196/1997) alcuna sanzione. Per quanto attiene al settore privato, dunque, potrebbe riproporsi il dubbio, già affiorato in vigenza della precedente disciplina, circa l'applicabilità della sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, ovvero, in alternativa, come proposto da alcuni in dottrina, l'invocabilità della disciplina di cui all'art. 5, co. 1 e 2, D.Lgs. n. 368/2001, relativa alla continuazione del rapporto alla scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato (cfr. supra n. 65).

Per quanto riguarda il lavoro pubblico, va detto subito che la sanzione della trasformazione non potrebbe comunque operare, dal momento che essa si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici, nonché con l'espresso divieto contenuto nell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001. Dal dettato di questa disposizione deve implicitamente dedursi, dunque, la nullità dell'accordo di proroga concluso in violazione della normativa di legge, cui farà seguito l'applicazione dell'art. 2126 c.c.; il lavoratore, inoltre, potrà sempre richiedere il risarcimento per il maggior danno che riesca a provare di aver subito (v. sul punto più approfonditamente supra n. 63).

67. Quale disciplina sanzionatoria è prevista in caso di rinnovo del contratto a termine senza il rispetto dei limiti temporali stabiliti dall'art. 5, co. 3, D.Lgs. n. 368/2001?

Con riferimento al settore privato, questa norma dispone che, qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni ovvero di venti giorni dalla data di scadenza di un contratto a termine di durata rispettivamente fino a sei mesi o superiore a sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Inoltre, ai sensi dell'art. 5, co. 4, dello stesso D.Lgs. n. 368/2001, qualora il contratto a termine, alla sua scadenza, venga rinnovato addirittura senza soluzione di continuità, il contratto stesso si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del secondo contratto.

Relativamente al lavoro pubblico si deve ancora una volta escludere la trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, essendo essa preclusa dai principi costituzionali e legislativi in materia di accesso agli impieghi pubblici, nonché dalle espresse previsioni dell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001.

Da questa disposizione deve dunque dedursi, la nullità del contratto stipulato in violazione dei predetti limiti temporali, con conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c., a tutela della posizione del lavoratore; a quest'ultimo spetterà, peraltro, anche l'eventuale risarcimento del maggior danno che riesca a dimostrare di aver subito (v. sul punto più approfonditamente supra n. 63).

68. Nelle ipotesi in cui vi sia stata violazione della normativa in materia di contratto a termine, con applicazione delle sanzioni di cui si è parlato nei punti precedenti, può sorgere una responsabilità del dirigente?

In tutti i casi sopra descritti può sorgere una responsabilità del dirigente che ha determinato o anche più semplicemente non ha impedito – tollerando la prosecuzione della prestazione da parte del lavoratore in tutti i casi in cui non ciò non avrebbe dovuto avvenire (v. domande precedenti) – il determinarsi della violazione della normativa in materia di contratto a termine, anche se, ovviamente, tale responsabilità sussisterà solo nei casi di dolo o colpa grave.

Più precisamente può dirsi che alla tutela patrimoniale del lavoratore, fa da logico contrappeso, nel rispetto dei principi generali, la responsabilità patrimoniale, nei confronti dell'amministrazione, del dirigente che ha stipulato il contratto nullo, ma solo nei casi in cui ha operato con dolo o colpa grave, secondo le previsioni generali della L. n. 20/1994 e quelle specifiche dell'art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, relative appunto alla violazione di norme imperative concernenti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni. Le somme erogate al lavoratore, ai sensi dell'art. 2126 c.c., sono considerate un danno erariale in quanto l'amministrazione è tenuta a pagarle in mancanza di un titolo legittimo di spesa ed in conseguenza di un comportamento, imputabile a titolo di dolo o colpa grave al dirigente che l'ha posto in essere, di per sé illegittimo in quanto in contrasto con norme imperative di legge.

La responsabilità patrimoniale del dirigente si estende anche agli eventuali danni che l'amministrazione sia stata tenuta a risarcire al lavoratore, nel caso di stipulazione di contratto a termine illegittimo e perciò dichiarato nullo. Infatti, per espressa previsione dello stesso art. 36, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, il lavoratore ha diritto anche al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro resa in violazione di disposizioni imperative e le amministrazioni hanno il preciso obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, quando la violazione sia dovuta a dolo o a colpa grave. Conseguentemente, il dirigente che ha agito con dolo o colpa grave, in violazione delle norme imperative concernenti l'assunzione e l'impiego di personale (e quindi anche nell'ipotesi di contratti a termine in contrasto con la disciplina legale e contrattuale dell'istituto e quindi illegittimi), è tenuto comunque a rimborsare il danno erariale derivante all'amministrazione dal pagamento al lavoratore delle somme che gli siano state riconosciute in giudizio a titolo di risarcimento del danno subito.