

Capitolo 3

LAVORO FLESSIBILE, NON SUBORDINATO E ACCESSORIO

In questo capitolo della parte dedicata ai rapporti di lavoro sono riunite alcune tipologie di lavoro che si “specializzano” o in ragione della deviazione rispetto al lavoro *standard* (quello subordinato a tempo indeterminato, ai sensi dell’art. 1 del D.Lgs. n. 81/2015) per la evidente flessibilità della prestazione lavorativa (il riferimento è al lavoro a termine, a tempo parziale e intermittente), oppure con riguardo alla natura non subordinata del rapporto di lavoro (collaborazioni nelle varianti “coordinata” di cui all’art. 409, n. 3, c.p.c. e “eterorganizzata” di cui all’art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015), ma anche per la peculiare modalità di attivazione e di svolgimento della prestazione lavorativa resa mediante “buoni lavoro” (lavoro accessorio).

1. Lavoro a tempo determinato

Il contratto a tempo determinato è attualmente regolamentato dagli artt. 19-29 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 81, che ha abrogato il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (già da ultimo modificato dal D.L. 20 marzo 2014, n. 34, come convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78), che costituiva il recepimento della Direttiva n. 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa all’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato fra le maggiori organizzazioni intercategoriale in ambito europeo.

1.1. Sanzionabilità delle condotte datoriali

Per la violazione dell’art. 19, commi 1 e 4, del D.Lgs. n. 81/2015 la nullità della clausola di apposizione del termine, in forza del combinato disposto con l’art. 1 (forma contrattuale comune) dello stesso “Codice dei contratti”, conduce al richiamo e all’applicazione della normativa civilistica, secondo la quale «*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*» (art. 1419, comma 2, c.c.), con ciò rideterminando la qualificazione negoziale del rapporto “non standard” nella forma ordinaria di regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, con conservazione, pertanto, del contratto di lavoro nella sua *species* generalizzante, quella a tempo indeterminato (Cass. 21 maggio 2008, n. 12985). D’altra parte, lo stesso art. 19, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che l’apposizione del termine deve necessariamente ritenersi «*priva di effetto*» quando non risulta, «*direttamente o indirettamente*», da un atto scritto.

Sul piano sanzionatorio assume particolare rilevanza la norma dell'art. 20 del D.Lgs. n. 81/2015 che contempla le ipotesi in cui l'apposizione del termine è vietata e quindi radicalmente non ammessa; per la violazione della disposizione di divieto la nullità della clausola di apposizione del termine, perché apposta in caso di divieto, conduce al richiamo e all'applicazione della normativa civilistica, secondo la quale «*la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative*» (art. 1419, comma 2, c.c.), con ciò rideterminando la qualificazione negoziale del rapporto “non standard” nella forma ordinaria di regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, con conservazione, pertanto, del contratto di lavoro nella sua *species* generalizzante, quella a tempo indeterminato. D'altra parte, lo stesso art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che in caso di violazione dei divieti il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato, essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 c.c.).

Sempre alla conversione del lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato conduce la violazione delle disposizioni relative alla proroga del contratto: l'art. 21, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015 prevede espressamente che se il numero delle proroghe è superiore a cinque, il contratto a termine si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data della sesta proroga, divenendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative al superamento del limite massimo consentito dalla norma (artt. 1418, 1419 e 1424 c.c.).

La riassunzione dello stesso lavoratore occupato a termine, con un successivo contratto a tempo determinato, prima del decorso del termine minimo fissato dall'art. 21, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015 (entro un periodo di 10 giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi ovvero entro 20 giorni dalla scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi), al di fuori delle deroghe previste e consentite dalla legge, fa sì che il secondo contratto si consideri *ope legis* a tempo indeterminato. La norma prevede espressamente che «*il secondo contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato*», essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 c.c.).

Con riferimento alla violazione dell'art. 19, comma 3, del D.Lgs. n. 81/2015, su un piano sanzionatorio, si ha una conversione del nuovo contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, sia nel caso in cui le parti lo abbiano stipulato senza il rispetto della prescritta procedura, sia in ipotesi di superamento del termine di durata massima stabilito dal “Codice dei contratti” (12 mesi), a far data dal trentesimo (in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi) ovvero dal cinquantesimo giorno (negli altri casi) successivo alla scadenza del trentaseiesimo mese, essendo il contratto nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 c.c.). Analogamente con riferimento alla violazione dell'art. 19, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 81/2015, per aver effettuato

assunzioni successive a termine per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale superando complessivamente i 36 mesi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro.

La prosecuzione di fatto oltre i limiti massimi stabiliti dalla legge (30 o 50 giorni) comporta la conversione in contratto a tempo indeterminato dalla data del superamento di detti limiti, come espressamente affermato dall'art. 22, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, secondo cui «*qualora il rapporto di lavoro continui oltre*» i termini previsti «*il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini*», divenendo il contratto, proseguito illegittimamente, nullo per contrasto con norme imperative (artt. 1418, 1419 e 1424 c.c.).

1.2. Solo sanzione amministrativa per il superamento del limite quantitativo

Al contrario, per il superamento del limite quantitativo legale del 20% il datore di lavoro che viola il limite massimo è soggetto soltanto all'applicazione di una sanzione pecuniaria amministrativa commisurata al 20% della retribuzione per il primo lavoratore in esubero e al 50% della retribuzione per ogni lavoratore successivo al primo¹.

L'art. 23, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 stabilisce espressamente che nel caso si verifichi la violazione del limite percentuale (fissato dal comma 1 della medesima disposizione), «*restando esclusa la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato*», si applica al datore di lavoro, per ciascun lavoratore sovranumerario, soltanto una sanzione amministrativa pecuniaria.

La norma sanzionatoria, dunque, include una specifica previsione di esclusività della sanzione amministrativa rispetto ad eventuali e ulteriori sanzioni civili, per cui il pagamento della sanzione pecuniaria esclude la possibilità per il lavoratore di ottenere dal giudice il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato perché il termine risulta apposto in viola-

¹ Peraltro, la misura della sanzione rappresenta una chiara anomalia rispetto al sistema sanzionatorio amministrativo che, a norma dell'art. 10 della legge n. 689/1981, si regge su una sanzione pecuniaria consistente nel pagamento di una somma non inferiore a euro 10 e non superiore a euro 15.000 concretamente determinabile. Si tratta, in effetti, di una struttura sanzionatoria che priva di qualsiasi parametro di certezza il calcolo e la effettiva determinazione della sanzione pecuniaria concretamente applicabile alla singola violazione, posto che il riferimento alla retribuzione, non consente di predeterminare con obiettiva e ragionevole nettezza gli elementi del calcolo che possono variare sensibilmente, anche in base allo *status* del lavoratore. Il concetto di retribuzione, infatti, senza qualificazione sembra accedere alla definizione giurisprudenziale che vi ricomprende tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro quale corrispettivo della prestazione lavorativa (Cass. Civ., Sez. Un., 13 febbraio 1984, n. 1069), con evidenti difficoltà operative per il personale ispettivo chiamato a calcolare la sanzione da irrogare.

zione del divieto di assumere a tempo determinato oltre il limite quantitativo previsto.

Proprio con riferimento alla sanzione pecuniaria amministrativa posta «*a presidio dei limiti quantitativi*» per le assunzioni a termine, la Circolare ministeriale n. 18 del 30 luglio 2014 (sia pure con riguardo all'identica previsione del D.L. n. 34/2014, convertito dalla legge n. 78/2014) ha chiarito che essa trova applicazione sia quando il datore di lavoro viola il limite quantitativo legale, sia quando ometta di rispettare quello diversamente stabilito dalla contrattazione collettiva applicata.

La sanzione si applica per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro.

La Circolare n. 18/2014 (seppure sull'analoga previsione introdotta dal D.L. n. 34/2014, convertito dalla legge n. 78/2014) ha affermato che la retribuzione da prendere in considerazione ai fini del calcolo della sanzione è la retribuzione lorda mensile riportata nel singolo contratto di lavoro ovvero a quella tabellare prevista nel CCNL applicato (o applicabile). Su tale base di calcolo andrà operata l'applicazione della percentuale sanzionatoria, con arrotondamento all'unità superiore (per un valore decimale pari o superiore a 0,5), da moltiplicarsi per ciascun lavoratore per il numero dei mesi (o frazioni superiori a 15 giorni). Il Ministero ha chiarito a tal proposito che per periodi di occupazione inferiori ai 16 giorni la sanzione non è applicabile.

Sempre secondo la Circolare n. 18/2014, per calcolare il periodo di occupazione, «*non è necessario tener conto di eventuali "sospensioni" del rapporto, ad esempio, per malattia, maternità, infortunio o part-time verticale; ciò che conta sarà dunque la data di instaurazione del rapporto (c.d. dies a quo) e la data in cui è stata accertata l'esistenza dello "sforamento" (c.d. dies ad quem, normalmente coincidente con la data dell'accertamento, sebbene sia possibile accertare degli "sforamenti" avvenuti in relazione a rapporti già conclusi, cosicché tale data coinciderà con la scadenza del termine)*».

D'altronde, quanto alla misura della sanzione, non essendo prevista la non ammissibilità al pagamento nella misura ridotta previsto dall'art. 16 della legge n. 689/1981, il personale ispettivo con il verbale di accertamento e notificazione di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 124/2004 dovrà notificare l'ammontare della sanzione amministrativa non soltanto nella misura fissa prevista dal Legislatore (20% e 50% della retribuzione come anzidetto), ma anche nella misura ridotta che il trasgressore potrà pagare entro 60 giorni al fine di estinguere completamente l'illecito amministrativo.

La sanzione ridotta irrogata con il verbale unico, pertanto, sarà pari al 6,67% della retribuzione nel caso del primo occupato oltre il limite e pari al 16,67% per gli occupati a tempo determinato fuori limite dal secondo lavoratore in poi, come confermato dalla Circolare n. 18/2014 del Ministero del Lavoro.