



Ordine dei Consulenti del Lavoro di Napoli Rubrica “Giurisprudenza: Una Sentenza al Mese”



A cura del Dott. **Edmondo Duraccio** con il gradito contributo del Centro Studi di Diritto del Lavoro, Legislazione Sociale e Diritto Tributario “**Raffaello Russo Spena**” del CPO di Napoli e del Dott. **Francesco Duraccio**.

N.01 /Gennaio 2016(*)

CONTRATTO A TERMINE E PROROGA EX ART. 4 DECRETO LEGISLATIVO N. 368/2001. CONSENTITA. FORMA SCRITTA AD SUBSTANTIAM DELLA PROROGA. NON NECESSITA. PREVISIONE LEGISLATIVA DELLA FORMA SCRITTA DELL'ATTO DI PROROGA. NON SUSSISTE. SANZIONE DELLA TRASFORMAZIONE PER DURATA SUPERIORE A 20 E 30 GIORNI SUCCESSIVI ALLA SCADENZA DEL CONTRATTO O DELLA PROROGA. SUSSISTE. ONERE DELLA PROVA DELLA SUSSISTENZA DELLE RAGIONI DELLA PROROGA A CARICO DEL DATORE DI LAVORO. NECESSITA'. BILANCIAMENTO DELLA MANCANZA DI FORMA SCRITTA DELLA PROROGA CON DIVERSI ALTRI MECCANISMI SANZIONATORI. SUSSISTE.

(Cassazione – Sezione Lavoro - n. 1058 del 21 Gennaio 2016)

Il contratto a termine rappresenta uno degli scogli più importanti che si presentano nella vita professionale dei Consulenti del Lavoro non fosse altro che per la legislazione che, di continuo, lo ha disciplinato con la finalità, coronata da alterne fortune, di evitarne gli abusi fino al punto di porre un termine perentorio di 36 mesi di durata di un contratto a termine singolo ovvero derivante dalla sommatoria di durata di più contratti a tempo determinato instaurati con lo stesso datore di lavoro.

Una cosa però è certa!! Al di fuori delle definizioni normative, la ns. giurisprudenza, di legittimità e di merito, ha sempre considerato l'apposizione di un termine di durata al contratto individuale di lavoro come un'eccezione alla regola generale che vuole il rapporto a tempo indeterminato come unica figura contrattuale principe donde la necessità di circoscrivere l'uso del contratto a termine a pochi casi stabiliti o, senza causale, nei limiti di una percentuale del 20% od altra stabilita dai CCNL.

Possiamo, dunque, dire che il contratto a termine è un work in progress talmente sono le volte che è stato sottoposto a disciplina ad opera del legislatore italiano ed anche europeo.

Basti ricordare, evidentemente, il succedersi di Leggi in *subjecta materia* a partire dalla storica e classica legge 230/1962, legge 56/1987, legge 196/1997, decreto legislativo 368/2001, legge 247/2007, legge 92/2012 per terminare al recente Jobs Act con la limitazione dei 36 mesi, la previsione di acausalità e clausola di contingentamento del 20%.

Ciò, ovviamente, non vale per le attività c.d. stagionali nelle quali non vi sono limitazioni di durata del contratto a termine proprio per la natura dell'attività in cui il contratto si inserisce. E' previsto, tuttavia, il diritto di precedenza per le future assunzioni a termine.

E non finisce qui. Sempre allo scopo di dissuadere i datori dall'assumere a tempo determinato, il legislatore ha pensato bene di attribuire al lavoratore un diritto di prelazione per le future assunzioni a tempo indeterminato e ad aumentare le aliquote contributive riguardanti l'assunzione a termine.

In definitiva possiamo affermare che le varie riforme del contratto a termine siano dovute, negli anni, all'ideologia, liberista o molto meno di chi stava al Governo, alla sensibilità e conoscenze del Ministro del Lavoro o alle direttive dell'U.E.. Tra le modifiche abbastanza importanti non possiamo non annoverare quella introdotta dal Pacchetto Treu con la legge 196/1997 che ha reso più flessibile la sanzione nel caso di protrazione dell'attività lavorativa dopo la scadenza naturale del contratto o della proroga sostituendo la trasformazione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato con un aumento retributivo da erogarsi al lavoratore purchè la prestazione eccedente la data di scadenza del contratto non avesse superato 30 giorni e fermo restando l'onere a carico del datore di lavoro di dimostrare la sussistenza di ragioni giustificatrici tale protrazione di attività oltre la scadenza.

Tale ulteriore periodo lavorativo, oltre la naturale scadenza o proroga del contratto a termine, deve risultare da atto scritto?

E', in effetti, la fattispecie di cui s'è occupata la Suprema Corte di Cassazione con la **Sentenza N. 1058 del 21 Gennaio 2016**.

Ecco il fatto storico!!!

Una lavoratrice incardina con una Società due distinti rapporti a termine, il primo dei quali prorogato per circa due mesi. Si rivolge al G.U.L. chiedendo la declaratoria di illegittimità dei contratti a termine ed in particolare la circostanza che la proroga non risultasse da atto scritto. Il Giudice monocratico di prime cure respinge il ricorso. La lavoratrice produce appello solo sulla mancanza di forma scritta della proroga ritenuta influente e non dovuta dal Giudice di primo grado. La Corte di Appello respinge il gravame e la lavoratrice si rivolge in Cassazione solamente per la declaratoria di necessità di forma scritta in caso di proroga in ciò producendo idoneo e specifico quesito.

Più in particolare, nel ricorso de quo, in sede di legittimità, la lavoratrice si duole della violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 4 del Decreto legislativo 368/2001 alla luce dell'art. 360, comma 1, p. 3 del c.p.c. eccependo le motivazioni con le quali la Corte Distrettuale ha ritenuto inesistente l'obbligo di forma scritta per la proroga del contratto a termine vale a dire lo *status del termine* come elemento accidentale del contratto e, dunque, non un elemento essenziale nonostante che la forma scritta consentisse all'altra parte, cioè al lavoratore, di poter controllare l'effettività delle ragioni giustificatrici addotte in proroga ed il controllo su di esse. La lavoratrice deduce poi che è irrilevante la circostanza che l'art. 4 del Decreto Legislativo 368/2001 non prevede espressamente l'obbligo della forma scritta in quanto la proroga, di per sé, si traduce nell'apposizione di un nuovo termine di durata al contratto con conseguente obbligo di utilizzare, ad substantiam, la forma scritta così come stabilito, in linea di principio, dall'art. 1 del citato decreto legislativo. La lavoratrice osserva poi che, potendo il termine della proroga essere superiore alla durata del contratto iniziale, l'assenza di forma scritta nella proroga si sostanzierebbe in un'incertezza sul termine di scadenza del contratto e delle rispettive obbligazioni.

La Suprema Corte di Cassazione ha respinto il ricorso con la **Sentenza N. 1058 del 21 Gennaio 2016**.

Gli *Ermellini* hanno, *in primis*, chiarito, in sede di comparazione, che il Decreto legislativo 368/2001 all'art. 4 non prevede l'utilizzo della forma scritta nel caso di proroga del contratto a termine a differenza, invece, della diversa previsione dell'art. 22, comma 2, del Decreto legislativo 276/2003 (id: Legge Biagi) che impone la forma scritta nel caso di proroga del contratto di somministrazione a termine. I Giudici della Cassazione hanno, poi, osservato che nemmeno la Legge 230/62 prevedeva che la pattuizione della proroga dovesse avvenire per atto scritto e che, ex adverso, la prosecuzione del rapporto oltre il termine apposto con forma scritta procurava immediatamente la trasformazione del rapporto nella modalità a tempo indeterminato. Gli *Ermellini* hanno, quindi, osservato che successivamente (id: legge 196/197 - Pacchetto Treu e Decreto Legislativo 368/2001) erano state previste, rispetto alle leggi precedenti, diverse conseguenze sanzionatorie in luogo dell'automatica trasformazione della tipologia contrattuale nel caso di prosecuzione del rapporto oltre la naturale scadenza vale a dire una maggiorazione retributiva a fronte di un superamento del termine iniziale che non eccedesse i trenta giorni e fermo restando l'onere della prova in capo al datore di lavoro ai fini dell'esistenza delle ragioni obiettive a giustificazione della proroga.

La Cassazione, così interpretando sistematicamente le norme, ha sancito testualmente che "la mancata previsione della forma scritta per la proroga sia oggi bilanciata dai nuovi e più flessibili meccanismi sanzionatori descritti, comportanti maggiorazioni retributive per la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza iniziale, oltre alla trasformazione del contratto in rapporto a tempo indeterminato qualora tale prosecuzione superi i detti limiti di venti o trenta giorni (a seconda che la durata iniziale del contratto sia inferiore o superiore a sei mesi), lasciando intatto l'onere in capo al datore di lavoro di provare l'esistenza delle ragioni obiettive che giustificano la proroga".

Tale meccanismo di compensazione, per la Cassazione, non è in contrasto con alcuna norma di legge, e neppure con il diritto comunitario. Il Giudice dell'interpretazione ha richiamato, a tal proposito, l'Accordo Quadro sul lavoro a termine CES – UNICE - CEEP del 18/03/1999 – allegato alla Direttiva 1999/70 - nel quale si parla solo della necessità di una previsione delle ragioni giustificatrici per evitare abusi ovvero, in caso di successione di contratti, la possibilità, sempre in tale finalità, di prevedere in norme nazionali: a) le ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

In conclusione, i Giudici della Cassazione hanno pure richiamato la sentenza 26 Gennaio 2012, C-586/10" della Corte di Giustizia Europea per la quale "la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro mira ad

attuare uno degli obiettivi perseguiti da tale accordo quadro, vale a dire **limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti... tale disposizione dell'accordo quadro impone agli Stati membri, per prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure in essa enunciate qualora il diritto nazionale non preveda norme equivalenti".**

E qui gli *Ermellini* hanno osservato che il nostro legislatore, con il D.Lgs. n. 368 del 2001 (anche nel testo vigente all'epoca dei fatti causa), non solo ha previsto obiettive ragioni per l'assunzione a termine (art. 1) e per la sua proroga, addossando sul datore di lavoro la prova della loro sussistenza (art. 4), ma ha previsto altresì (sempre nel testo vigente all'epoca dei fatti) una durata massima del rapporto di lavoro in caso di proroga, oltre a meccanismi sanzionatori per l'ipotesi di successione di contratti (art. 5).

Da qui, dunque, la reiezione del gravame della lavoratrice.

Buon approfondimento!!!!

***Raccomandiamo, vivamente, ai colleghi la possibilità di discutere le sentenze di Cassazione, di cui alla presente Rubrica, con i propri praticanti.
Buon Approfondimento***

Il Presidente
Edmondo Duraccio

**(*) Riproduzione e pubblicazione, anche parziale, vietata.
Riservata agli iscritti all'Albo di Napoli.
Diritti appartenenti agli autori.**