

Decreto Anti Infrazioni

Risarcimento del danno nei contratti a tempo determinato illegittimi

Eufrazio Massi

Il contratto a tempo determinato risulta essere tra gli istituti contrattuali che regolano il mondo del lavoro quello che, negli ultimi anni, ha subito più modifiche, sia per intervento del Legislatore, che per decisioni della Magistratura di merito e di legittimità: altri interventi si preannunciano a breve con il D.D.L. “*Collegato Lavoro*” (1) ove si interverrà sia con una disposizione di interpretazione autentica della normativa sui contratti stagionali, finalizzata a superare gli effetti dell’ordinanza n. 9243 del 4 aprile 2023 della Corte di Cassazione (2) che attraverso una disciplina specifica concernente il patto di prova.

Tale tipologia contrattuale risente molto delle questioni ideologiche-politiche sottese alla cancellazione delle **causali**, alla loro rigida reintroduzione avvenuta con il D.L. n. 87/2018 (c.d. “*Decreto Dignità*”) ed al loro successivo affievolimento che rimanda l’identificazione delle condizioni alla contrattazione collettiva, anche aziendale, sottoscritta dalle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, in mancanza, sia pure a tempo (al momento, fino al 31 dicembre prossimo) ad un accordo tra le parti contraenti sulla base di specifiche esigenze tecniche, organizzative e produttive. (3)

Ora, con il **D.L. 16 settembre 2024, n. 131** (c.d. “*Decreto Anti Infrazioni*”) (4) il Legislatore ot-

tempera ad una serie di prescrizioni comunitarie su materie diverse – concretizzatesi negli anni contro il nostro Paese – e, per evitare procedure di infrazione e condanne notevolmente pesanti sotto l’aspetto economico, ha varato alcune disposizioni che hanno lo scopo di bloccare gli effetti negativi. (5)

Tra le misure adottate rientrano anche alcune norme che, modificando sia l’art. 28 del D.Lgs. n. 81/2015 che l’art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, rivedono la materia della **indennità risarcitoria** in presenza di **contratti a tempo determinato illegittimi** sia nel settore privato che in quello pubblico.

Gli art. 11 e 12 del D.L. n. 131/2024 intendono adempiere alle prescrizioni contenute nella procedura di infrazione n. 2014/4231 con la quale gli Organismi comunitari hanno contestato all’Italia che i contenuti relativi alle norme che trattano la materia del risarcimento del danno nei contratti a termine illegittimi fossero poco “dissuasivi” nei confronti dei datori di lavoro.

Prima di entrare nel merito delle novità introdotte occorre sottolineare come la **disciplina** del risarcimento sia del tutto **diversa tra settore privato e settore pubblico** ove, per quest’ultimo, la illegittimità dei contratti a tempo determinato, non comporta alcuna reintegra nel posto di lavoro in quanto in contrasto con l’art. 97 della Co-

(1) Al momento della consegna in stampa del presente fascicolo il D.D.L. AC 1532/2024 è al vaglio della Commissione lavoro in Senato (AS 1640/2024).

(2) In *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

(3) Sia consentito il rinvio a E. Massi, *Causali nel contratto a tempo determinato del Terziario*, in *Dir. prat. lav.*, 2024, 16, pagg. 991 ss.; E. Massi, *Contratti a termine e somministrazione dopo il “Decreto lavoro”*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 41, pagg. 2438 ss.

(4) Convertito, con modificazioni, dalla legge 14 novembre

2024, n. 166.

(5) V. anche G. Favalli e G. Sacco, *Contratto a termine e licenziamento illegittimo: conseguenze sul contenzioso*, in *Dir. prat. lav.*, 2024, 40, pagg. 2371 ss.; G. Favalli, *Decreto Lavoro, tra maggiore flessibilità ed incentivi all’assunzione*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 30, pagg. 1856 ss.; P. Rausei, *Fra luci e ombre il “Decreto Lavoro” diventa legge*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 29, pagg. 1781 ss.; G. Favalli, *Decreto Lavoro, tra maggiore flessibilità ed incentivi all’assunzione*, in *Dir. prat. lav.*, 2023, 21, pagg. 1327.

stituzione ove, al comma 4, si dispone che «Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

Settore privato

Per il settore privato il Legislatore è intervenuto sull'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2015 riscrivendo, in parte, il comma 2 ed abrogando il comma 3: si affermava (comma 2, ma questa parte non è stata toccata dalla riforma) che in caso di conversione di un contratto a tempo determinato illegittimo, con reintegra nel posto di lavoro, andava corrisposta al lavoratore per il periodo di "non occupazione", una indennità risarcitoria onnicomprensiva il cui ammontare era compreso **tra 2,5 e 12 mensilità** calcolate sull'ultima retribuzione di riferimento per il computo del Trattamento di fine rapporto: con tale indennità veniva ristorato il pregiudizio subito dal lavoratore, ivi comprese le conseguenze retributive e contributive. Con il successivo comma 3, ora abrogato, si disponeva che in presenza di accordi o contratti collettivi, anche aziendali, che prevedevano l'assunzione con contratto a tempo indeterminato, sulla base di specifiche graduatorie, di lavoratori assunti in precedenza con contratto a termine, il valore forfettario massimo che, in linea generale, era di 12 mesi, veniva ridotto a 6. Tali scelte, operate, a suo tempo con il D.Lgs. n. 81/2015 (tra l'altro si era in piena libertà di inserimento delle causali, essendo possibile raggiungere il termine massimo di 36 mesi senza l'apposizione di alcuna condizione), avevano un obiettivo; quello di affrancare il datore di lavoro dalle conseguenze di decisioni giudiziali giunte dopo molto tempo, ponendo un tetto massimo di 12 mensilità all'indennità risarcitoria e attribuendo alla stessa un contenuto forfettario che, peraltro, aveva, da tempo, trovato conforto nella sentenza n. 303/2011 della Corte Costituzionale. (6)

Ora, quali sono le conseguenze della **nuova previsione normativa** posta in essere per ottemperare alle richieste di Bruxelles che non ha ritenuto "dissuasivo" un risarcimento di natura forfettaria con un limite a dodici mesi, in presenza di un danno del lavoratore maggiore?

Quella principale è il sostanziale **superamento del regime forfettario da 2,5 a 12 mensilità**, atteso che, dopo il primo periodo del comma 2 (che non è stato "toccato" dalla novità introdotta), viene stabilito che «resta ferma la possibilità per il giudice di stabilire l'indennità in misura superiore **se il lavoratore dimostra di aver subito un maggior danno**». Ora è chiaro come, anche sfruttando i tempi necessariamente lunghi della procedura (180 giorni il termine massimo per impugnare) che si accompagnano agli ingolfamenti delle sezioni lavoro in molti Tribunali del nostro Paese, la **parte ricorrente punterà a dimostrare il «maggior danno»**.

La questione relativa ai contratti a tempo determinato illegittimi (che hanno rappresentato un grosso momento di frizione e di controversie giudiziali nel periodo di vigenza del D.Lgs. n. 368/2001) è più frequente di quanto si pensi (numero delle proroghe o di rinnovi oltre le previsioni legali, adibizione del dipendente a mansioni completamente diverse rispetto a quelle scritte nella lettera di assunzione, causale di adibizione diversa da quella indicata nel contratto individuale, superamento del limite massimo, utilizzazione degli accordi per rapporti a termine nelle stagionalità in modo non conforme alle disposizioni legislative, ecc.).

Appare evidente come in situazioni di questo genere sia sempre **opportuno, per i datori di lavoro**, cercare di trovare una **soluzione conciliativa** nelle sedi appositamente previste dagli artt. 410, 411 e 412-ter c.p.c. (Commissione di conciliazione istituita presso ogni Ispettorato territoriale del Lavoro, sede sindacale, Commissioni di certificazione, negoziazione assistita, ecc.).

Alcuni possibili emendamenti pensati da alcuni operatori non hanno trovato udienza in ambito parlamentare. Ci si riferisce, ad esempio, alla riduzione dei tempi per impugnare in giudizio, alla possibilità di una sezione specifica all'interno dei Tribunali per ridurre i tempi del contenzioso, o all'aggancio del «maggior danno» subito dal lavoratore a comportamenti attivi dello stesso che, nel periodo antecedente la decisione, dovrebbe dimostrare di aver cercato, non trovandola, altra occupazione.

(6) V. *Contratti a tempo determinato: nullità del termine e risarcimento*, in *Dir. prat. lav.*, 2011, 46, pagg. 2759 ss., con nota

di G.S.

Settore pubblico

Da tempo l'Italia è sotto la lente di osservazione degli Organismi comunitari per la gestione dei contratti a tempo determinato del settore pubblico ove il termine massimo di 36 mesi (già diverso dai 24 del settore privato) è stato, spesso, superato, soprattutto nel comparto scuola.

I ricorsi alla Corte di Giustizia europea sono molto frequenti ma i Giudici comunitari non hanno mai potuto condannare le Pubbliche Amministrazioni alla conversione dei contratti a tempo determinato illegittimi in contratti a tempo indeterminato, stante la previsione dell'art. 97 della Costituzione ove si stabilisce che nel pubblico impiego i contratti a tempo indeterminato richiedono il superamento di procedure concorsuali a seguito di concorso programmato. Ma quello della conversione del rapporto, in presenza di vincoli costituzionali, può essere superato allorché le sanzioni di natura economica siano, afferma l'Organo di giustizia europeo, dissuasive ed efficaci: questo si rimprovera al nostro Paese e questo è alla base della **procedura di infrazione n. 2014/4231** la quale, è bene ricordarlo, riguarda **l'abuso dei contratti a tempo determinato stipulati dai dirigenti pubblici**.

Con l'**art. 12 del D.L. n. 131/2024** il Legislatore ha corretto l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 sostituendo il terzo, il quarto ed il quinto periodo del comma 5, con la previsione che «Nella specifica ipotesi di danno conseguente all'abuso nell'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, fatta salva la facoltà del lavoratore di provare il maggior danno, il giudice stabilisce una indennità compresa tra un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del Trattamento di fine rapporto, avuto riguardo alla gravità della violazione anche in rapporto al numero dei contratti avvenuti in successione intervenuti tra le parti e alla durata complessiva del rapporto». Queste novità vanno, ad avviso di chi scrive, correlate ad altre disposizioni che trattano violazioni relative ai contratti a tempo determinato e che sono rimaste vigenti. L'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001 disciplina, in generale, le assunzioni a termine con modalità flessibile nelle Pubbliche Amministrazioni come il contratto a

tempo determinato ma anche il contratto di somministrazione a termine, affermando che le **esigenze** richieste per la stipula debbono essere **temporanee ed eccezionali** e che debbono, sempre, essere rispettate le procedure dell'art. 35.

Con le modifiche introdotte attraverso l'art. 12 citato si vengono a creare **due distinte modalità risarcitorie**:

i) la prima, che riguarda la **stipula del contratto in violazione norme imperative** e che non è stata interessata dalla riforma, né è stata oggetto della "reprimenda" comunitaria, dispone che in caso di contratto a termine illegittimo sottoscritto in violazione di norme imperative non può esserci la costituzione "forzosa" di un rapporto a tempo indeterminato (sempre per i vincoli dell'art. 97 della Costituzione) e, di conseguenza, si può parlare, soltanto di una **indennità risarcitoria forfettaria** compresa **tra 2,5 e 12 mensilità** con parametro di riferimento all'ultima retribuzione utile per il calcolo del Trattamento di fine rapporto: tale risarcimento viene indicato come congruo dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 15 marzo 2016, n. 5072. (7) L'articolato parla anche della **responsabilità del dirigente** che ha sottoscritto il contratto illegittimo in violazione di norme imperative: esso ne risponde sotto l'aspetto erariale con gli Organi di controllo e, secondo, le disposizioni in essere, perde il premio di risultato. Altra conseguenza è l'applicazione *in toto* dell'art. 21 del D.Lgs. n. 165/2001, con l'apertura di un **procedimento di natura disciplinare**.

ii) la seconda concerne l'ipotesi di **danno derivante da un abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato** da cui discende la loro illegittimità. Il giudice, chiamato a decidere la controversia, una volta accertata la illegittimità, dispone l'erogazione di una **indennità a titolo di risarcimento del danno**, compresa **tra 4 e 24 mensilità** avendo quali parametri di riferimento la gravità della violazione anche in relazione al numero dei contratti ed alla durata complessiva del rapporto. Resta salva la **possibilità** per il lavoratore di **provare un maggior danno**, che se accertato, potrebbe spingere il giudice a varcare la soglia massima. Con quest'ultima frase, si ritiene di superare la procedura di infrazione promossa dalla Comunità europea, lasciando al giu-

(7) In *One Lavoro*, Wolters Kluwer.

Approfondimenti

dice la possibilità di varcare la soglia massima del risarcimento in presenza di un maggior danno documentato. In questo caso la disposizione non dice nulla sulla responsabilità dirigenziale: a mio avviso, essa si ricava dalla normativa generale

contenuta nel D.Lgs. n. 165/2001 con la emergente responsabilità erariale e con le conseguenze di natura economica e disciplinare alle quali si è accennato parlando della prima ipotesi di violazione.