

CONTRATTO A TERMINE

Proroga e continuazione di "fatto"

di **Geppino Tocci** - *Funzionario INPS*

Una delle principali finalità della direttiva europea 28 giugno 1999, n. 1999/70, attuata in Italia con il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, è quella di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato. Il D.Lgs. n. 368/2001 attua la prevenzione di tali abusi mediante:

- 1) divieto di continuare di fatto l'attività oltre il termine finale (art. 5);
- 2) ammissibilità della proroga solo a determinate condizioni (art. 4);
- 3) limiti alla stipulazione di nuovi-successivi contratti a termine con il medesimo lavoratore.

Si tratta di ipotesi di prolungamento del termine oltre il primo contratto che trovano la regolamentazione negli artt. 4 e 5 del D.Lgs. n. 368/2001.

La proroga: art. 4 D.Lgs. n. 368/2001

La proroga è un accordo tra datore di lavoro e lavoratore che ha la funzione di protrarre ad un momento successivo il termine finale dell'efficacia del contratto di lavoro a tempo determinato. Essa è disciplinata dall'art. 4 D.Lgs. n. 368/2001 il quale ne detta le condizioni: «Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il **consenso del lavoratore**, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto **sia inferiore a tre anni**. In questi casi la proroga è ammessa una **sola volta** e a condizione che sia richiesta da **ragioni oggettive** e si riferisca **alla stes-**

sa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la **durata complessiva** del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni». Esaminiamo nel dettaglio tali condizioni.

a) **Consenso del lavoratore:** la proroga è un atto consensuale e come tale è precluso al datore di lavoro di imporla unilateralmente. Il consenso del lavoratore deve manifestarsi in un momento **anteriore** rispetto alla scadenza del termine inizialmente stabilito o al massimo **contestualmente** alla stessa. In ogni caso per ragioni di prudenza si consiglia di accordarsi sulla proroga prima della scadenza del termine originario evitando che ciò avvenga durante la prosecuzione in via di fatto ex art. 5 D.Lgs. n. 368/2001.

b) **Forma dell'accordo di proroga:** per quanto riguarda la forma il D.Lgs. n. 368/2001 non prevede quella scritta *ad substantiam*, può quindi essere manifestato in forma orale e può risultare anche da comportamenti concludenti. Tuttavia, nonostante la libertà della forma, è opportuno e conveniente per il datore di lavoro redigere l'accordo di proroga per iscritto poiché il secondo comma dell'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001, pone a suo carico l'onere della prova relativa all'obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano la proroga. L'atto scritto di proroga renderà

«Una delle principali finalità della direttiva europea 28 giugno 1999, n. 1999/70, attuata in Italia con il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, è quella di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato»

più certa: 1) l'esatta individuazione delle ragioni obiettive; 2) il periodo in cui è iniziato il proseguimento dell'attività lavorativa; 3) il momento nel quale è stato espresso il consenso del lavoratore alla proroga del contratto. La forma scritta potrebbe quindi essere utile per provare, in un'eventuale fase contenziosa, che non è stata realizzata una mera protrazione del rapporto in via di fatto ed evitare in tal modo l'applicazione delle maggiorazioni retributive del 20 e 40% e scongiurare una trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

- c) **La durata iniziale del contratto, durata massima e unicità:** la proroga è ammessa una **sola volta**, solo nel caso di contratti a termine di durata inferiore a 3 anni e per una **durata complessiva massima di 36 mesi** comprendenti contratto e proroga.
- d) **Le ragioni oggettive che giustificano la proroga:** le ragioni che giustificano la proroga devono essere oggettive e non più contingenti e imprevedibili come invece richiedeva l'abrogata legge n. 230/1962. Questa formula sintetica "ragioni oggettive" sarebbe equivalente alla norma generale relativa alla giustificazione del termine iniziale (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), salvo il riferimento di tali ragioni alla proroga. Esse devono in ogni caso rispondere al criterio generale della temporaneità così come lo sono le esigenze economiche ed organizzative che legittimano la stipula del contratto originario. Il D.Lgs. n. 368/2001 è privo di qualsiasi riferimento all'eccezionalità della proroga ed alle sue esigenze contingenti e imprevedibili (previste in precedenza dalla legge n. 230/1962). Ciò lascia intendere che le ragioni che giustificano la proroga possono essere uguali a quelle che hanno consentito l'apposizione del termine al contratto originario. L'abbandono del riferimento alle esigenze "**contingenti**" significa che oggi la proroga non è più legata ad una particolare condizione di tempo e di luogo e dunque è legittima anche in situazioni di normalità. L'abbandono invece del riferimento alle esigenze "**impreve-**

- dibili**" significa che la proroga oggi può essere giustificata da ragioni prevedibili sin dalla stipula originaria del contratto a termine purché non effettivamente **sussistenti** in tale momento. In altre parole è necessario che tali nuove esigenze anche se prevedibili siano **sopravvenute** rispetto alla stipula del contratto originario. Per esemplificare possiamo dire che il datore di lavoro non potrebbe prudentemente scegliere una durata limitata del contratto a termine per poi prolungarlo a sua discrezione. **In definitiva per aversi "ragioni oggettive" deve trattarsi di ragioni economiche ed organizzative che, per eventi sopravvenuti indipendenti dalla volontà dell'imprenditore (anche se prevedibili e non eccezionali), richiedono la proroga del termine.** Ad esempio: 1) un'opera inizialmente programmata per essere completata in un anno non può essere eseguita in tale periodo perché manca la materia prima; 2) si verificano ritardi nella consegna di macchinari o di attrezzature; 3) vi sono difficoltà sopravvenute nella realizzazione del progetto, anche se prevedibili ed evitabili; 4) il lavoratore sostituito, che originariamente sarebbe dovuto rientrare entro una certa data, prolunga la sua assenza (se non si è stabilito un termine *per relationem*).
- e) **La necessità che si tratti della stessa attività lavorativa:** ciò significa che la proroga è condizionata al verificarsi di un'occasione di lavoro identica a quella iniziale, ovvero provocata dalle stesse esigenze dell'impresa che hanno determinato l'assunzione iniziale, pur potendosi adibire in fase di proroga il lavoratore a mansioni diverse da quelle stabilite originariamente non potendosi invocare la norma in questione per paralizzare lo *ius variandi* del datore di lavoro. Tuttavia bisogna prestare attenzione alla modifica della mansioni perché potrebbero significare il venir meno della esistenza delle stesse esigenze che avevano dato luogo all'assunzione originaria. Infatti, il riferimento alla "stessa attività lavorativa" confermerebbe che il legislatore abbia voluto **impedire** che, essendosi regolarmente esaurita l'esigenza che ha determinato l'assunzione a termine, il

contratto venga prorogato per il sorgere di una nuova e diversa esigenza che invece andrebbe soddisfatta con un nuovo contratto a termine e non con una proroga. Tuttavia, la circolare n. 42/2002 del Ministero del Lavoro consente che «le ragioni giustificatrici della proroga possano essere anche del tutto diverse da quelle che hanno determinato la stipulazione del contratto a termine purché riconducibili a ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». La proroga, risolvendosi in un prolungamento dell'esecuzione del contratto iniziale presuppone identità di persone, oggetto e causa. Questa identità per le due fasi contrattuali, anteriore e successiva alla proroga, costituisce una delle condizioni di legittimità della proroga dovendo essa riferirsi alla stessa attività lavorativa. Ad esempio vi sarà la medesima attività lavorativa quando sia prorogato il rapporto di lavoro a tempo determinato con un lavoratore assunto per sostituire altro dipendente assente e l'assenza si prolunghi oltre il termine inizialmente stabilito, sempre che, ovviamente il lavoratore assunto a termine continui ad essere impiegato con quelle finalità, appunto, "sostitutive" per le quali era stato instaurato il rapporto di lavoro originario (se invece il termine iniziale è stato definito soltanto indirettamente o *per relationem*, con riferimento alla data di ritorno in servizio del lavoratore assente è evidente che il protrarsi della prestazione, in relazione del protrarsi dell'assenza, rispetto a quanto era stato previsto all'inizio, non dà luogo ad una proroga perché «si è sempre all'interno del termine mobile originariamente pattuito»). Così anche i rapporti a termine stipulati in presenza di punte stagionali o

dell'intensificazione dell'attività, o per particolari lavori, potrà essere prorogato qualora i tempi di intensificazione dell'attività risultino più lunghi di quelli inizialmente previsti o si allunghino i tempi per una determinata consegna.

Conseguenze dell'illegittimità della proroga

Come nella disciplina previgente, il D.Lgs. n. 368/2001 non specifica le conseguenze dell'illegittimità della proroga, cosicché esse vanno desunte applicando i criteri interpretativi della legge. Possiamo distinguere sostanzialmente tra sanzione forte (conversione a tempo indeterminato) e sanzione lieve (prosecuzione di fatto nei termini con le sole maggiorazioni retributive) a seconda delle circostanze che determinano l'illegittimità della proroga del termine. Ad esempio se nella proroga c'è la sola mancanza delle ragioni oggettive il rapporto non si trasformerà a tempo indeterminato e si avrà una mera continuazione di fatto. È evidente che ciò potrà verificarsi allorché la proroga sia stabilita per brevi periodi e cioè al massimo per 20 o 30 giorni (in relazione alla durata del contratto a termine inferiore o superiore a sei mesi) altrimenti è evidente che per rapporti di durata superiore non potrà mai invocarsi l'applicazione del regime sulla prosecuzione di "fatto". Invece, se la proroga attiene ad esempio ad una diversa attività lavorativa (rispetto a quella del contratto iniziale) oppure se essa maschera una volontà delle parti a instaurare un nuovo e diverso contratto a termine non sarà possibile configurare tale ipotesi come continuazione di fatto ed opererà la più forte sanzione della trasformazione a tempo indeterminato (e questa volta *ex tunc* risolvendosi la fattispecie in successive assunzioni senza soluzione di continuità).

La continuazione del rapporto dopo la scadenza del termine: art. 5, D.Lgs. n. 368/2001

Può succedere, ed i motivi possono essere molteplici, che il rapporto di lavoro continui oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato senza formalizzare alcun accordo di proroga. Si tratta della continuazione realizzata in via di "fatto". Ma cosa differenzia i due istituti, proroga e continuazione di fatto? Il tratto distintivo sostanziale è che mentre la proroga si risolve in un accordo che richiede una serie di condizioni in mancanza delle quali essa è nulla, la continuazione in via di fatto è svincolata da ragioni oggettive ed è giustificata semplicemente dalla immediata esigenza di continuazione dell'attività lavorativa. La continuazione dell'attività lavorativa dopo la scadenza del termine è assunta dal legislatore come situazione di fatto, di modo che la manifestazione di volontà dei soggetti coinvolti non rileva ai fini della valutazione legale della fattispecie e quindi la continuazione dell'attività può avvenire sia per fatti concludenti sia per volontà tacita delle parti. Non è peraltro sufficiente una mera prosecuzione dell'attività lavorativa sconosciuta o contraria (c.d. *proibente domino*) alla volontà del datore di lavoro. La legge n. 230 del 1962 (prima della modifica della legge n. 196 del 1997) penalizzava in modo eccessivo errori ed omissioni, perché era sufficiente che, per una semplice dimenticanza o per inefficienze di tipo amministrativo, il dipendente lavorasse anche un solo giorno (o anche poche ore) dopo la scadenza del termine, e si aveva la trasformazione del rapporto, imponendo al datore di lavoro di mantenere in organico un lavoratore di cui non aveva alcuna necessità in quanto l'esigenza temporanea per la sua utilizzazione era ormai cessata. Il legislatore, al fine di evitare tali drastiche conseguenze dovute allo sfioramento del termine anche di un solo giorno ha introdotto (già con la legge n. 196/1997) un periodo c.d. cuscinetto o di tolleranza. Tale periodo è di 20 giorni nel caso di contratto di durata inferiore a 6 mesi ovvero di 30 giorni nel caso di contratto di durata pari o superiore a 6 mesi. Scaduto tale termine opera una presunzione assoluta

di frode alla legge e il contratto si considera a tempo indeterminato dalla data di scadenza di detti termini e quindi con effetto *ex nunc* (cioè dal 21° giorno per contratti inferiori a 6 mesi e dal 31° giorno per contratti pari o superiori a 6 mesi). Abbiamo detto che la conversione opera *ex nunc*, con applicazione per il periodo successivo dell'ordinario trattamento retributivo. Ne consegue che per il primo rapporto e per i successivi giorni di protrazione in via di fatto il lavoratore avrà diritto alla liquidazione del TFR, ma non potrà avvalersi, in relazione al secondo rapporto (*ex nunc*), dei benefici connessi all'anzianità di servizio. Entro il periodo di "tolleranza" di 20 e 30 giorni opererebbe una presunzione assoluta tesa ad escludere qualsiasi intento fraudolento, con conseguente insindacabilità del giudice volta ad accertare la ricorrenza o meno della volontà elusiva. Questo periodo è però gravato dall'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere una maggiorazione retributiva per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% per i primi dieci giorni successivi alla scadenza del termine (eventualmente prorogato) e una maggiorazione del 40% per ciascun giorno ulteriore. L'espressione "maggiorazione della retribuzione" utilizzata dal legislatore aiuta ad affermare la natura retributiva (e non risarcitoria) di tale corresponsione, con tutto ciò che ne consegue sia in termini previdenziali e di contribuzione obbligatoria sia in termini di retribuzione indiretta (ad esempio sul TFR non trattandosi di prestazione occasionale). Inoltre, considerato che lo spirito della norma è disincentivare la protrazione di fatto del rapporto, si ritiene che la base retributiva sulla quale dovrà essere calcolata la maggiorazione non sia rappresentata dalla sola retribuzione base (minimo + scatti, ecc.) ma anche da eventuali voci retributive ulteriori come ad esempio le maggiorazioni per lavoro straordinario e altre indennità legate alla prestazione lavorativa. Il Ministero del Lavoro con circolare 28 novembre 1997, n. 153 ritiene tale maggiorazione una conseguenza di "natura risarci-

toria". Per quanto riguarda gli aspetti più operativi, il Ministero del lavoro con risposta ad interpello 7 maggio 2009, prot. 25/I/0006689 è intervenuto a precisare come ci si deve comportare durante il periodo di tolleranza di 20 o 30 giorni considerato che non risulta alcun obbligo di comunicazione obbligatoria al centro per l'impiego così come invece è previsto per la vera e propria proroga. Il Ministero precisa che il lieve sfioramento, già peraltro sanzionato con la maggiorazione retributiva del 20 e 40%, giustifica l'assenza di ogni comunicazione obbligatoria e di conseguenza viene esclusa l'applicabilità della maxi-sanzione per l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie. Si ricorda infine che la continuazione di "fatto" è ammissibile anche nel caso di rag-

giungimento del limite dei 36 mesi per effetto di successione di diversi contratti nel qual caso non si determina l'automatismo dell'immediata conversione, ma il rapporto si potrà protrarre per ulteriori 20 giorni (art. 5, comma 2, D.Lgs. n. 368/2001) che dovranno essere tuttavia compensati con le maggiorazioni previste dallo stesso art. 5, comma 1. del D.Lgs. n. 368/2001 (circ. Min. Lav. 2 maggio 2008, n. 13). Infine, per quanto concerne l'onere della prova circa la prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro e la sua durata, esso grava, ex art. 2697 c.c., sul lavoratore che invochi questa *causa petendi* a fondamento della domanda di maggiorazione retributiva o di accertamento della sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato.

Proroga e prosecuzione di "fatto" a confronto

CONFRONTO	PROROGA	PROSECUZIONE DI FATTO
NORMA	art. 4, D.Lgs. n. 368/2001	art. 5, c.1 e 2, D.Lgs. n. 368/2001
CONDIZIONI	restrittive	non restrittive
DURATA	al massimo 36 mesi compreso il contratto iniziale	20 e 30 giorni rispettivamente per contratti fino a 6 mesi e pari o superiori a 6 mesi
FORMA RICHIESTA	consigliabile per iscritto	nessuna forma
CONSEGUENZE DELLA ILLEGITIMITÀ	conversione a tempo indeterminato (la più grave)	non si pongono problemi di legittimità entro i termini previsti di 20 e 30 giorni

Prosecuzione di "fatto" del rapporto - art. 5, D.lgs n. 368/2001

DURATA DELLA PROSECUZIONE OLTRE IL TERMINE INIZIALMENTE FISSATO O SUCCESSIVAMENTE PROROGATO	MAGGIORAZIONE RETRIBUTIVA PER OGNI GIORNO ULTRA PACTUM
fino a 10 giorni	20%
dall'11° al 20° giorno (30° se la durata del contratto è pari o superiore a 6 mesi)	40%
dal 21° giorno (31° se la durata del contratto è pari o superiore a 6 mesi)	conversione del contratto a tempo indeterminato

IN PRIMO PIANO
Proroga: le condizioni di legittimità - art. 4 D.lgs 368/2001

CONDIZIONE		COSA SI INTENDE
1	DURATA DEL CONTRATTO INIZIALE INFERIORE A 3 ANNI	la durata del contratto a termine da prorogare non deve superare i 2 anni e 364 giorni
2	UNICITÀ DELLA PROROGA	la proroga è consentita una sola volta
3	"RAGIONI OGGETTIVE" A SOSTEGNO DELLA PROROGA	a) non devono essere "soggettive" b) devono essere temporanee c) possono essere le stesse che hanno originato il contratto iniziale d) l'evento che dà luogo alla proroga poteva essere prevedibile alla stipula del contratto originario ma non doveva sussistere
4	NECESSITÀ CHE SI TRATTI DELLA STESSA ATTIVITÀ LAVORATIVA	la proroga deve essere determinata dalle stesse esigenze che hanno originato il contratto a termine pur essendo possibile la variazione delle mansioni
5	IL CONSENSO DEL LAVORATORE	il consenso deve manifestarsi in un momento anteriore rispetto alla scadenza del termine o contestualmente
6	FORMA DELL'ACCORDO DI PROROGA	non è richiesta la forma scritta anche se è fortemente consigliabile tale forma per provare: a) l'esatta individuazione delle ragioni oggettive b) il momento in cui è iniziato il proseguimento dell'attività lavorativa c) il momento nel quale il lavoratore ha espresso il consenso alla proroga d) che non si tratta di una prosecuzione ex art. 5
7	DURATA MASSIMA CONTRATTO + PROROGA	la durata complessiva (contratto iniziale + proroga) del rapporto a termine non può superare i 36 mesi

** Il presente contributo è frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non ha carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.*