

Il Tempo Determinato Dopo la conversione del DL 34/2014

CENTRO STUDI

Circolare n.4 del 2014



*Carissimi amici e amiche,
il decreto legge 34 del 2014 è stato convertito in legge. Eccoci dunque qui a commentarlo.
Ci occupiamo del tempo determinato perché Durc e Contratti di solidarietà attendono dei decreti interministeriali per essere resi operativi e l'apprendistato ancora una volta viene toccato ma senza incidere in maniera significativa sull'Istituto. Resta solo il tempo determinato dei quattro argomenti di cui il DL si è occupato. Il contratto a termine ha subito modifiche significative. In questa circolare riepiloghiamo quanto detto nella precedente inserendo e commentando le novità della conversione anch'esse di un certo rilievo per la vita delle aziende.*

Il commento (a cura di Maurizio) cerca di fare il punto della situazione e porre degli spunti di riflessione. Riflessioni che sicuramente potremo continuare a fare all'interno del Congresso AIDP che si terrà fra pochi giorni.

A tutti un arrivederci a Bergamo.

*David Trotti e Maurizio Manicastrì
Coordinatori Nazionali del Centro Studi AIDP*

Il nuovo contratto a tempo determinato (decreto-legge n.34/2014 nel testo di conversione in legge)

L'acausalità

il decreto legge n. 34 del 20 marzo 2014 entrato in vigore il giorno successivo, in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale nel testo convertito con modifiche, finalizzato come recita il titolo a “favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese” interviene, tra l'altro, sulle tipologie contrattuali del contratto a tempo determinato, della somministrazione e dell'apprendistato.

Limitando il nostro commento alla prima tipologia evidenziamo subito che il contratto a termine (modificato agli articoli 1, 4, 5 e 10 del decreto legislativo 368 del 20001) è stato completamente liberalizzato cioè privato della necessità della sussistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo e, pertanto, reso pienamente fungibile con il contratto a tempo indeterminato, nel limite massimo temporale dei 36 mesi (valido, sia detto per inciso, anche per i contratti di somministrazione a tempo determinato resi anch'essi acausali), con la sola permanenza dell'obbligo della forma scritta relativa all'apposizione del termine. E, quindi non esiste più un contratto a termine causale ma soltanto acausale. Mentre però prima del decreto legge in commento il primo contratto a tempo determinato, sussistendone le ragioni oggettive, poteva anche essere superiore a 3 anni, ora non più cosicché un'eventuale esigenza superiore a tale periodo può essere soddisfatta solo con l'assunzione a termine di due lavoratori diversi oppure con un'assunzione a tempo indeterminato che comporterà la possibilità, al termine del periodo, di licenziare il lavoratore, ricorrendone i presupposti, per giustificato motivo oggettivo.

La percentuale di legge

Non è ovviamente più richiesto che l'assunzione a termine attenga al primo rapporto di lavoro a tempo



determinato ma viene introdotta una percentuale massima di legge di rapporti di lavoro a tempo determinato (che nel testo di conversione si conferma più chiaramente non riguardare i lavoratori somministrati), pari al 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione, che interviene in mancanza di diversa previsione della contrattazione collettiva nazionale ai sensi del comma 7 dell'articolo 10 del decreto legislativo 368/20001. La perdurante integrale vigenza del predetto articolo dovrebbe far presumere che anche la percentuale legale sia inapplicabile nelle ipotesi che il testo normativo esclude da limitazioni quantitative (fase di avvio di nuove attività, ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità, specifici spettacoli programmi radiofonici e televisivi, lavoratori con più di 55 anni) cosicché la specificazione di tali ipotesi, non più necessaria in un contratto ormai acausale, possono rilevare ai fini di non venire computate nella percentuale di legge o della contrattazione collettiva nazionale. Va osservato che il riferimento del calcolo del 20% al 1° gennaio dell'anno di assunzione provoca qualche distorsione in caso di variazioni anche notevoli di organico in corso d'anno e che rimangono non computabili i lavoratori a tempo indeterminato in forza di specifiche disposizioni (es. apprendisti e somministrati a tempo determinato).

È comunque previsto che per i datori di lavoro (il testo di conversione modifica il riferimento alle imprese ampliando così la platea dei destinatari) che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato. Soltanto che il legislatore non ha pensato che con 5 dipendenti l'impresa, applicando la percentuale del 20%, poteva comunque assumere un lavoratore a termine cosicché la precisazione non può che avere effetto per i datori di lavoro che occupano fino a 4 dipendenti con l'ulteriore deduzione che se il legislatore ha voluto precisare che anche imprese con 3 o 4 dipendenti possono assumere 1 lavoratore a termine vuol dire che tale conseguenza aveva bisogno di essere espressa e non può ricavarsi da un principio di arrotondamento dei decimali per eccesso all'unità superiore (che peraltro poteva anche essere specificato dal legislatore il quale però non l'ha fatto). Pertanto seguendo il predetto iter logico, al di fuori dell'ipotesi di imprese fino a 5 dipendenti la frazione decimale derivante dall'applicazione del 20% dovrebbe sempre azzerarsi e così, ad esempio, un'impresa con 18 dipendenti potrà assumere al massimo 3 lavoratori a termine (20% di 18 = 3,6 arrotondato a 3). Se infatti il legislatore avesse voluto il contrario cioè che la frazione decimale superiore al 50% dell'unità valesse come unità intera avrebbe dovuto attribuire la possibilità di assumere comunque 1 lavoratore a termine alle sole imprese con 1 o 2 dipendenti nelle quali l'applicazione del 20% non avrebbe consentito tale assunzione. I condizionali da noi usati sono d'obbligo considerata la tecnica approssimativa con cui ormai, purtroppo abitualmente, vengono scritti i testi di legge come peraltro avremo modo di verificare anche nelle considerazioni che seguono.

La legge di conversione punisce in via amministrativa la violazione del limite percentuale del 20%, con la sanzione del 20% o del 50% della retribuzione (che, in mancanza di specificazione, va riferita a quella normale come definita dalla contrattazione collettiva) per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, a seconda che la violazione riguardi 1 o più lavoratori. Sempre la legge di conversione fa salvi i diversi limiti percentuali stabilite dai vigenti C.C.N.L. mentre, in assenza di questi, prevede che l'eventuale superamento del limite di legge comporta l'obbligo datoriale di rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014 non potendosi altrimenti stipulare nuovi contratti a termine finché non si rientri nel limite del 20%. L'obbligo predetto può essere rimosso dal contratto collettivo applicabile in azienda (in questo caso da intendersi di ogni livello) che disponga un limite percentuale o un termine più favorevole.

Le nuove disposizioni ci inducono le seguenti ulteriori osservazioni:

intanto paradossalmente, il limite del 20%, stante il tenore letterale del comma 1 dell'articolo 1, sarebbe applicabile anche alle assunzioni a tempo determinato effettuate dalle agenzie di somministrazione,

limitandone ingiustificatamente l'attività, ma poi si pone il problema della sanzione amministrativa che si potrebbe pensare escludere altre conseguenze penalizzanti per il datore di lavoro quali l'illegittimità del contratto a termine stipulato in esubero e la sua conversione in contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'articolo 32 della legge 183/2010; ma su questo punto torneremo fra breve.

In caso di violazione del limite percentuale posto dal C.C.N.L., ex articolo 10 comma 7, dovendosi ritenere la sanzione amministrativa applicabile solo per la violazione della percentuale legale, si dovrebbe ritenere la stessa applicabile in ipotesi di violazione del limite contrattuale superiore a quello legale non invece nell'ipotesi in cui il limite fissato dal C.C.N.L. fosse inferiore al 20% (salvo ovviamente lo sfioramento anche di questo limite). Soltanto che in quest'ultima ipotesi, paradossalmente, potrebbe verificarsi che il mancato rispetto del limite contrattuale inferiore a quello legale potrebbe comportare l'illegittimità del contratto a termine e la sua conversione a tempo indeterminato a differenza della violazione del superiore limite legale. Di conseguenza, e in altre parole, si corre il rischio che l'unica interpretazione ragionevolmente coerente sia quella di ritenere la sanzione amministrativa per la violazione della percentuale del 20% aggiuntiva alla generale persistenza del principio della illegittimità del contratto a tempo determinato stipulato in esubero rispetta ai limiti contrattuali o legali con le conseguenze di cui all'articolo 32 comma 5 della legge 183/2010. È pertanto auspicabile, oltre ad un eventuale chiarimento legislativo o almeno amministrativo, che la contrattazione collettiva regolamenti anche le conseguenze dello sfioramento del contingentamento dalla stessa imposto alla stipula di contratti a termine.

L'articolo 2 del decreto legislativo 368/2001, riguardante la normativa aggiuntiva speciale per le aziende di trasporto aereo, esercenti servizi aeroportuali o postali, non viene modificato ma certamente la sua utilità per le aziende interessate viene meno in quanto diventa assorbente la possibilità generalizzata di stipulare senza causale il contratto a tempo determinato, cosicché l'unica valenza residuale di tale disposizione sta nel consentire contratti a termine nella misura del 15%, con le modalità precisate dal citato articolo 2, in aggiunta a quella del 20% prevista dall'articolo 1.

La legge di conversione, intervenendo sull'art. 10 del Dlgs. 368/2001, esclude dal limite percentuale i contratti a termine fra datori di lavoro di ricerca e lavoratori assunti esclusivamente per la ricerca stessa il cui contratto può avere una durata pari a quella del progetto di ricerca (quindi anche superiore ai 36 mesi).

Le proroghe

La nuova norma, che in conseguenza di quanto sopra abroga il comma 1 bis dell'articolo 1 (relativo alle precedenti ipotesi legislative e contrattuali di contratto acausale) ed elimina dal comma 2 dello stesso articolo il riferimento alla specificazione per iscritto delle causali oggettive, interviene poi sull'articolo 4 del decreto legislativo 368/2001, intitolato "Disciplina della proroga", eliminando la necessità che la proroga sia richiesta da ragioni oggettive e prevedendo che le proroghe, nell'ambito del nuovo contratto a causale, siano ammesse fino ad un massimo di 5 nell'arco dei complessivi 36 mesi indipendentemente dal numero dei rinnovi. Da sottolineare che la forte limitazione alla prorogabilità del contratto a tempo determinato non deriva tanto dall'aver, in sede di conversione del decreto legge, ridotto il numero delle proroghe da 8 a 5 quanto dall'aver esteso tale limite dal singolo contratto a termine al complesso dei contratti a termine reiterati nei 36 mesi come si ricava dall'inciso "nell'arco dei complessivi 36 mesi indipendentemente dal numero dei rinnovi".

Il nuovo testo dell'articolo 4 risulta peraltro mal coordinato con la nuova conformazione della tipologia contrattuale. Ed infatti intanto, poiché ormai, ai sensi dell'articolo 1, il contratto a tempo determinato non può essere stipulato per un periodo superiore a 36 mesi, risulta del tutto inutile aver mantenuto la seguente frase sulla prorogabilità "solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a 3 anni",

concetto ribadito, altrettanto inutilmente, dall'ultimo periodo dello stesso comma 1 che continua a recitare “con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore a 3 anni”.

Inoltre non si capisce perché legislatore all'articolo 4, relativamente alla proroga indichi il limite di 3 anni mentre all'articolo 1 la durata del periodo massimo del contratto viene indicata in 36 mesi, considerando che in entrambi i casi si tratta dello stesso unico contratto e quindi di un periodo continuativo. L'indicazione in mesi è invece giustificabile nel calcolare il periodo massimo di reiterazione dei contratti a termine previsto dall'articolo 5 comma 4 bis dove il parametro mensile è conseguenza della necessità di sommare più periodi non continuativi.

Va infine evidenziato che, essendo stato abrogato dal testo di conversione il comma 2 dell'articolo 4, la prova che la proroga riguardi la stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato deve, in base ai principi generali, porsi a carico del lavoratore.

Peraltro il requisito della “stessa attività lavorativa”, che ancora legittima la proroga del contratto, risulta ormai incompatibile con un contratto esclusivamente acausale nel quale l'attività lavorativa dedotta nel rapporto di lavoro risulta irrilevante non potendosi pertanto più pretendere un collegamento funzionale fra ragioni di assunzione, attività svolte e mansioni del lavoratore che, nei limiti dell'equivalenza di cui all'articolo 2103 c.c., possono mutare nel corso del rapporto così da potersi legittimamente utilizzare il lavoratore in un'attività del tutto diversa da quella per la quale era stato assunto. Solo che in quest'ultimo caso, irragionevolmente, il contratto, in conseguenza del dato normativo letterale che risulta dalla nuova norma, non potrebbe essere prorogato, ferma restando invece la possibilità di continuazione o di reiterazione ex articolo 5 del decreto legislativo 368/2001.

La continuazione, la reiterazione e il diritto di precedenza

Il nuovo contratto a termine acausale non manca di riverberare le sue conseguenze anche sul citato articolo 5 laddove la prorogabilità del contratto a termine anche in assenza di ragioni oggettive, di fatto assimila, nel limite del periodo di tolleranza di 30 o 50 giorni di cui al comma 2 dell'articolo 5, l'istituto della proroga a quello della continuazione che pertanto non è più conveniente scegliere di utilizzare stante la penalizzazione economica del 20 o del 40% a seconda del numero di giorni di continuazione, ciò a meno che non si versi in ipotesi di periodo massimo continuativo o per successivi contratti a termine che, inibendo la proroga, consentono soltanto la “continuazione” nei termini del 2° comma dell'articolo 5 (50 giorni in caso di contratto originario, anche prorogato; 30 giorni in caso di reiterazione di contratti). Certo alla “continuazione” oltre 36 mesi di un contratto originario sembrerebbe opporsi la nuova previsione dell'articolo 1 laddove il 1° comma prevede che il contratto a termine sia “di durata non superiore a 36 mesi comprensiva di eventuale proroghe” ma riteniamo che la natura, latu senso, sanzionatoria dell'istituto della tolleranza di cui all'articolo 5 commi 1 e 2 ne giustifichi l'applicabilità.

Inoltre le “finestre”, cioè gli intervalli temporali minimi fra un contratto e l'altro, pari a 10 a 20 giorni a seconda che il contratto a termine precedente sia, rispettivamente, di durata fino a 6 mesi o superiore, non sembrano poter svolgere una funzione utile (funzione individuabile prima del decreto legge nel far presumere la mancanza di stabilità delle ragioni oggettive legittimanti i successivi contratti a termine) dal momento che i contratti a termine sono ormai esclusivamente acausali. Quanto sopra anche perché la funzione di contrasto all'abuso dell'utilizzo di più contratti a termine, imposta dalla direttiva 1999/70/CE, dovrebbe comunque essere salvaguardata dalla previsione di una durata massima totale di 36 mesi dei contratti tempo determinato successivi anche se probabilmente per essere pienamente conforme alla ratio della direttiva il limite dovrebbe essere esteso a contratti con lo stesso lavoratore con mansioni anche diverse.

In sede di conversione viene confermato, con qualche modifica testuale, che ai fini del calcolo dei 36 mesi nella reiterazione dei contratti si computano anche i periodi di missione con contratto di somministrazione a tempo determinato con mansioni equivalenti e, a questo proposito, va evidenziato che comunque la conseguenza della conversione in rapporto a tempo indeterminato potrà riguardare solo il contratto a tempo determinato che si trovi a superare il periodo massimo e mai il contratto di somministrazione al quale è inapplicabile l'art. 5, commi 3 e seguenti del Dlgs. 368/2001.

Da notare che, alla luce della maggiore facilità di stipulare contratti a termine, si riveli ancor più favorevole per il lavoratore un diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a tempo indeterminato per le stesse mansioni (da intendersi le ultime svolte), previsto dal comma 4 quater dell'articolo 5, allo scadere del 6° mese di anzianità. La legge di conversione ha aggiunto il diritto delle lavoratrici in congedo di maternità di computare tale periodo ai fini della maturazione del diritto di precedenza che, nella fattispecie, viene esteso anche rispetto alle assunzioni a tempo determinato effettuate nei successivi 12 mesi. Qui va solo osservato che detta previsione dovrebbe intendersi riferita anche ai casi di adozione o affidamento e nell'ipotesi di congedo di paternità.

Viene inoltre sancito l'obbligo, peraltro non sanzionato (per cui le conseguenze in caso di inosservanza possono solo essere, ricorrendone i presupposti, risarcitorie) di richiamare il diritto di precedenza, in generale, nel contratto scritto di assunzione.

Inoltre va rilevato che, seppur ormai acausale il contratto a termine può comunque giovare della qualificazione di stagionale al fine di attribuire al lavoratore anche il diritto di precedenza nelle assunzioni a termine previsto dal comma 4 quinquies nonché di evitare alle aziende l'aggravio del contributo aggiuntivo dell'1,4% dell'ASPI che è escluso dall'articolo 2 comma 29 legge 92/2012 proprio per i lavoratori stagionali oltre che per quelli assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti (per i quali quindi vale lo stesso discorso di utilità di indicazione della causale). A questo proposito riteniamo che nell'ipotesi sopra indicate l'eventuale accertamento della insussistenza delle ragioni addotte possa portare soltanto ad un'eventuale sanzionabilità sotto l'aspetto contributivo/amministrativo ma non possa incidere sulla validità del contratto a termine che non richiede più il requisito della ragione oggettiva.

Una riflessione merito poi l'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001 che al comma 3 esclude dal suo campo di applicazione l'assunzione a termine nei settori del turismo e dei pubblici esercizi per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a 3 giorni. Infatti ora le predette esigenze possono essere soddisfatte anche senza il requisito della specialità ma in questo caso con l'applicazione integrale delle disposizioni del decreto legislativo 368/2001.

I contratti a termine in corso

Per concludere osserviamo che la conversione in legge introduce opportunamente una disposizione transitoria che prevede l'applicabilità della normativa solo ai rapporti costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto (21 marzo 2014) facendo salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni del decreto legge prima delle modifiche apportate in sede di conversione. Pertanto, in particolare, per i contratti a tempo determinato causali pendenti al 21 marzo, salva la facoltà delle parti di novare consensualmente il rapporto, ai sensi dell'articolo 1230 c.c., in un nuovo contratto a tempo determinato acausale, sia pure con l'osservanza delle "finestre" di cui all'articolo 5 comma 3 trattandosi comunque di un nuovo contratto rispetto al precedente, dovranno essere rispettate le norme previgenti (ad es. una sola proroga per ragioni oggettive).

Maurizio Manicastrì

