

# Domande e risposte sul Decreto Legge n. 34/2014 come convertito dalla Legge n. 78/2014.

## Sommario

Contratto a tempo determinato .....	2
a) Limite percentuale alle assunzioni (art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 368/2001): .....	2
b) Limiti quantitativi previsti dal contratto collettivo nazionale (art. 10, comma 7 del D. Lgs. n. 368/2001): .....	5
c) Disposizioni transitorie (art. 2- <i>bis</i> , del D. L. n. 34/2014): .....	5
d) Proroghe (art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001): .....	7
e) Limite dei 36 mesi (artt. 1, comma 1 e 5, comma 4- <i>bis</i> del D. Lgs. n. 368/2001): ..	8
f) Diritto di precedenza (art. 5, comma 4- <i>quater</i> , 4- <i>quinqies</i> , 4- <i>sexies</i> del D. Lgs. n. 368/2001): .....	9
Contratto di apprendistato .....	10
a) Percentuale di conferma e contrattazione collettiva (art. 2, comma 3- <i>bis</i> del D. Lgs. n. 167/2011): .....	10

## Contratto a tempo determinato

### a) LIMITE PERCENTUALE ALLE ASSUNZIONI (ART. 1, COMMA 1 DEL D. LGS. N. 368/2001):

- 1) *Come opera il limite del 20% per le assunzioni a tempo determinato? In particolare, si tratta di un calcolo che deve essere fatto di volta in volta al momento dell'assunzione con contratto a tempo determinato, oppure si tratta un numero complessivo di contratti a tempo determinato che, indipendentemente dalla loro durata, possono essere conclusi nell'arco dell'anno?*

Nonostante la non felice formulazione letterale dell'art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 368/2001, è ragionevole ritenere che il limite del 20% si debba riferire non ad un numero "assoluto" di contratti a termine stipulabili (raggiunto il quale, nel corso dell'anno, non si avrebbe più possibilità di stipularne altri), bensì ai rapporti di lavoro a tempo determinato in servizio, tempo per tempo, e debba essere di volta in volta verificato, nel corso dell'anno, al momento dell'assunzione con contratto a tempo determinato.

Prima di entrare nel merito delle ragioni che ci inducono a preferire questa interpretazione, segnaliamo che, in base ad alcuni primi ed informali contatti, il Ministero del Lavoro condivide questa impostazione interpretativa e dovrebbe farla propria nella circolare amministrativa interpretativa del Decreto Legge.

Venendo, invece, al merito, l'interpretazione meramente letterale e, quindi, "formalistica" della disposizione – in base alla quale il 20% rappresenterebbe il numero massimo "assoluto" di contratti a tempo determinato stipulabili in un anno – appare incongrua per le seguenti ragioni.

In primo luogo, essa risulta incompatibile con le disposizioni transitorie ed, in particolare, con l'art. 2-bis, comma 3, del D. L. n. 34/2014, come convertito dalla Legge n. 78/2014. Quest'ultima disposizione fa, anzitutto, riferimento ai rapporti di lavoro e non ai contratti a termine e, in linea con l'interpretazione da noi sostenuta – che è più coerente con la *ratio* della norma – questa disposizione prende a riferimento i rapporti di lavoro a tempo determinato in corso e non già il numero "assoluto" dei contratti a tempo determinato stipulati nell'arco dell'anno, come vorrebbe, invece, l'altra interpretazione.

Inoltre, se si considera l'obbligo per l'impresa, previsto dalla medesima norma, di "rientrare" nel limite percentuale entro il 31 dicembre 2014 (perché il datore ha in corso un numero di rapporti di lavoro a termine superiore a quello previsto dal limite percentuale fissato dalla legge), appare evidente l'incongruità di tale norma con la tesi che non condividiamo.

Se, infatti, il limite del 20% si riferisse al numero "assoluto" di contratti a tempo determinato stipulati nel corso del 2014, il datore di lavoro non avrebbe alcuna

possibilità di "*rientrare nel predetto limite*" dal momento che, semplicemente, i contratti eccedenti la percentuale sarebbero già stati firmati e la violazione del limite sarebbe già avvenuta e, soprattutto, non sarebbe più sanabile. Un simile risultato interpretativo sarebbe, pertanto, evidentemente paradossale.

Viceversa, la nostra interpretazione del rispetto del limite, riferita al momento dell'assunzione a tempo determinato, è del tutto compatibile e coerente con il contenuto della disposizione transitoria.

L'interpretazione che abbiamo definito "formalistica" sconta, poi, un ulteriore vizio logico.

Come detto, secondo questa ipotesi, il limite rappresenterebbe il numero massimo "assoluto" di contratti a tempo determinato stipulabili dal datore di lavoro nell'arco dell'anno, indipendentemente, quindi, dalla loro durata.

In altre parole, l'unico riferimento preso in considerazione dalla legge sarebbe il numero di contratti stipulato e non la loro durata.

Orbene, posto che, secondo questa interpretazione, il parametro preso a riferimento dalla norma sarebbe esclusivamente il dato materiale della sottoscrizione del contratto, indipendentemente dalla durata del rapporto, il datore di lavoro avrebbe la possibilità di stipulare ogni anno (parametro temporale di riferimento) un ulteriore 20% di contratti a tempo determinato. La legge fa, infatti, riferimento "*all'anno dell'assunzione*" per determinare quel limite.

Ne segue che, ogniqualvolta la durata del contratto superasse il parametro temporale di riferimento dell'anno – ipotesi non difficilmente configurabile a fronte della nuova disciplina delle proroghe – i rapporti a tempo determinato stipulati nel corso dell'anno precedente finirebbero per aggiungersi a quelli stipulati nel corso dell'anno successivo.

Ne seguirebbe, a sua volta, che, considerata la durata massima di 36 mesi del contratto a tempo determinato, con un attento uso delle proroghe, si potrebbe raggiungere il risultato paradossale di avere contemporaneamente in corso, nella stessa impresa, un 60% di rapporti a tempo determinato (20% per il primo anno + 20% per il secondo anno + 20% per il terzo anno).

Questo ulteriore esito paradossale evidenzia l'incompatibilità dell'interpretazione "formalistica" con la *ratio* della legge.

Va, infine, ricordato che quest'ultima interpretazione prende le mosse da un indirizzo giurisprudenziale formatosi in relazione all'art. 2 del D. lgs. n. 368 del 2001, ossia la disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi postali.

In quell'articolo di legge c'è la previsione di un limite percentuale che, apparentemente, risulta simile a quello ora previsto dalla nuova formulazione dell'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368 del 2001.

Senonchè quella disposizione aveva un determinato significato nel contesto normativo precedente, ove vigeva la "regola" della causale, perchè si poneva, appunto, quale "disciplina aggiuntiva" - caratterizzata da un limite quantitativo - che era possibile attuare solo in predeterminati periodi dell'anno e per un periodo massimo di durata nel corso dell'anno.

Ne deriva che, a ragione della sua assoluta peculiarità, l'interpretazione di quella disciplina non può essere ragionevolmente assunta a paradigma della nuova e diversa disciplina dettata dall'attuale formulazione dell'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368 del 2001.

In definitiva, nelle more di un chiarimento da parte del Ministero del Lavoro, sulla sçorta delle motivazioni illustrate, è del tutto plausibile e ragionevole ritenere che, nonostante la non felice formulazione letterale della norma, il limite del 20% si debba riferire non ad un numero "assoluto" di contratti a termine stipulabili (raggiunto il quale, nel corso dell'anno, non si avrebbe più possibilità di stipularne altri), bensì ai rapporti di lavoro a tempo determinato in servizio, tempo per tempo, e debba essere, pertanto, di volta in volta verificato, nel corso dell'anno, al momento dell'assunzione con contratto a tempo determinato.

- 2) *Il 20% si calcola sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Devono essere inclusi i lavoratori con contratto di lavoro intermittente, i lavoratori a domicilio, i part-timers e gli apprendisti?*

Per quanto riguarda i lavoratori con contratto di lavoro intermittente trova applicazione il disposto dell'art. 39 del D. Lgs. n. 276/2003, in base al quale i lavoratori intermittenti sono computati nell'organico dell'impresa in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre.

I lavoratori a domicilio a tempo indeterminato si computano come gli ordinari lavoratori a tempo indeterminato.

Il lavoratore a tempo parziale a tempo indeterminato deve essere computato *pro-quota*. Parallelamente, il principio del *pro-quota* opera anche se è il rapporto di lavoro a tempo determinato ad essere *part-time*. Conseguentemente, ai fini del calcolo del rispetto della quota del 20%, anche il contratto di lavoro a tempo parziale deve essere calcolato in proporzione all'orario effettivamente svolto dal lavoratore.

Da ultimo, si ritiene, invece, che gli apprendisti vadano esclusi dal computo in base al disposto dell'art. 7, comma 3, del d. lgs. n. 167/2011 che, comunque, consente alla contrattazione collettiva di disporre diversamente.

\*\*\*\*\*

b) LIMITI QUANTITATIVI PREVISTI DAL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE (ART. 10, COMMA 7 DEL D. Lgs. N. 368/2001):

1) *Come può il contratto collettivo nazionale intervenire per disciplinare il limite percentuale previsto dalla legge?*

L'art. 10, comma 7 del D. Lgs. n. 368/2001 riconosce al contratto collettivo nazionale ampi margini di deroga rispetto alla disciplina legale prevista dall'art. 1, comma 1.

Infatti, la legge riconosce ai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi la facoltà di procedere alla "individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato".

Il riferimento alla "individuazione anche in misura non uniforme di limiti quantitativi" non solo è compatibile con la facoltà di rideterminazione della percentuale prevista dalla legge ma anche con la previsione di un sistema di limiti quantitativi diverso. A titolo di esempio, il contratto collettivo potrebbe prevedere il limite del 20% come media nell'arco dell'anno, ovvero prevedere anche limiti diversi per esigenze o situazioni diverse.

Non risultano sussistere, infine, ostacoli alla possibilità che il contratto collettivo nazionale deleghi il contratto aziendale all'individuazione dei limiti quantitativi.

2) *È possibile esercitare il recesso limitatamente alla specifica clausola del contratto collettivo nazionale che contiene i limiti quantitativi per l'assunzione con contratto a tempo determinato?*

Si tratta di un'operazione di difficile percorribilità e, comunque, sconsigliabile dato che la maggior parte della dottrina non ritiene possibile un recesso limitato a singole clausole di contratto collettivo.

\*\*\*\*\*

c) DIPOSIZIONI TRANSITORIE (ART. 2-BIS, DEL D. L. N. 34/2014):

1) *Il comma 2 dell'art. 2-bis del D. L. n. 34/2014 prevede che conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro. Come si coordina questa disposizione con le previsioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro?*

La questione è complessa, stante la varietà delle previsioni in materia contenute nei contratti nazionali.

Anche in base ad alcuni primi ed informali contatti con il Ministero del Lavoro si ritiene che, in linea di diritto, la clausola faccia salve solo le percentuali che hanno un carattere di limite generale al ricorso al contratto a tempo determinato.

Conseguentemente, clausole che prevedono percentuali specifiche, riferite solo ad alcune "causali" o attività, devono ritenersi superate e non più applicabili a seguito delle nuove disposizioni normative. In tali casi, pertanto, troveranno applicazione solamente i limiti generali previsti dalla legge.

- 2) *Il comma 3 dell'art. 2-bis del D. L. n. 34/2014 prevede che i datori di lavoro che alla data di entrata in vigore del decreto avessero in corso rapporti di lavoro a termine che comportassero il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 sono tenuti a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole.*

*Il contratto collettivo può essere anche di livello aziendale?*

Sì. Sebbene nella disciplina a regime la legge affidi solo al contratto collettivo nazionale la possibilità di derogare al limite percentuale previsto dalla legge, la disposizione transitoria, facendo genericamente riferimento ad "*un contratto collettivo applicabile nell'azienda*", abilita anche il contratto collettivo di livello aziendale.

Per questo motivo è importante che ricorra l'ipotesi prevista dal comma 3 dell'art. 2-bis del D. L. n. 34/2014, ossia che il datore di lavoro avesse, al 21 marzo 2014, un numero di lavoratori a tempo determinato superiore a quello consentito dal limite percentuale previsto dall'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 368/2001.

In tal caso, il contratto collettivo, anche aziendale, potrà prevedere, in via alternativa, o un termine più lungo per il rientro nei limiti quantitativi previsti dal D. Lgs. n. 368/2001, oppure una percentuale più elevata che, comunque, comporterà il "rientro" entro il 31/12/2014.

Più precisamente, qualora si opti per l'elevazione della percentuale, potranno essere stipulati nuovi contratti a tempo determinato oltre la soglia del 20% ma solo fino alla data del 31 dicembre 2014.

Al contrario, qualora, si opti per la previsione di "*un termine più favorevole*", resta fermo il limite del 20%, ma l'onere di rientro è posticipato ed i contratti a tempo

determinato in servizio potranno essere prorogati fino alla data convenzionalmente stabilita dal contratto collettivo applicato in azienda.

Qualora non ricorra l'ipotesi prevista dal comma 3 dell'art. 2-bis del D. L. n. 34/2014, invece, il contratto aziendale potrà intervenire solo a condizione che sussistano le condizioni previste dall'art. 8 del D. L. n. 138/2011 che consente di derogare alla disciplina del contratto a tempo determinato.

\*\*\*\*\*

d) PROROGHE (ART. 4 DEL D. LGS. N. 368/2001):

- 1) *Cosa si intende con il riferimento "alla stessa attività lavorativa" per poter procedere alla proroga ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001?*

L'eliminazione del requisito della cd. "causale" per la stipulazione del contratto a tempo determinato favorisce il riferimento del concetto di "stessa attività" alle mansioni. Per questo motivo si ritiene preferibile non procedere all'esercizio dello *ius variandi* in occasione dell'esercizio della proroga. Resta, invece, salva la facoltà di esercitare liberamente lo *ius variandi* nel corso del rapporto a tempo determinato, ossia prima o dopo l'esercizio della proroga.

- 2) *La nuova formulazione dell'art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001 prevede la possibilità di effettuare fino a cinque proroghe nell'arco del periodo di durata complessiva dei 36 mesi. Come si coordina questa disposizione con la disciplina previgente qualora siano già state fatte delle proroghe di contratti sottoscritti in base alla disciplina del contratto a tempo determinato previgente rispetto al D. L. n. 34/2014?*

In linea di diritto è senz'altro possibile sostenere che, in base a quanto disposto dall'art. 2-bis, comma 1, del D. L. n. 34/2014, i contratti sottoscritti in base alla nuova disciplina conservano tutte e cinque le proroghe previste dalla legge.

Tuttavia, in fase di prima applicazione, si ritiene preferibile, a ragione della problematicità della questioni che coinvolgono profili di diritto intertemporale, tenere conto delle proroghe già effettuate ai fini del limite delle 5 proroghe previste dalla nuova formulazione dell'art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001, in attesa di eventuali chiarimenti di fonte ministeriale ovvero delle prime pronunce giurisprudenziali di merito.

- 3) *I datori di lavoro che alla data di entrata in vigore del decreto avessero in corso rapporti di lavoro a termine che comportassero il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, benché siano tenuti a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, possono prorogare i contratti a tempo determinato attualmente in corso?*

Sì. Tale facoltà è sicuramente possibile fino al 31 dicembre 2014 purché sussistano, ovviamente, le condizioni previste dalla disciplina della proroga vigente al momento della stipulazione del contratto a tempo determinato.

Si ritiene, inoltre, che anche successivamente a tale data, se intervenisse l'accordo di prolungamento del termine di "rientro", sia comunque possibile procedere alla proroga del contratto a tempo determinato.

Naturalmente, ove il singolo contratto a termine fosse stato stipulato prima dell'entrata in vigore del decreto legge "Poletti", si ricorda che, a nostro avviso, sarebbe soggetto alla precedente disciplina della proroga e, pertanto, non potrebbe essere prorogato per più di una volta.

\*\*\*\*\*

e) LIMITE DEI 36 MESI (ARTT. 1, COMMA 1 E 5, COMMA 4-BIS DEL D. LGS. N. 368/2001):

- 1) *Il limite dei 36 mesi di durata massima complessiva dei contratti a tempo determinato successivi riguarda sempre lo svolgimento di mansioni equivalenti?*

Sì. Il D. L. n. 34/2014 non ha modificato l'art. 5, comma 4-bis del D. Lgs. n. 368/2001 pertanto il limite di durata massima dei 36 mesi continua a riguardare le mansioni equivalenti.

- 2) *Il limite di durata massima dei 36 mesi di cui all'art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 368/2001 riguarda anche il contratto commerciale di somministrazione?*

No. Specialmente a seguito delle novità apportate dal D. L. n. 34/2014 all'art. 1, comma 1 del D. Lgs. n. 368/2001 si deve escludere che il limite dei 36 mesi riguardi anche il contratto di somministrazione.

Dal momento, però, che è comunque opinabile che il limite di durata massima di 36 mesi trovi applicazione per il contratto di lavoro tra agenzia per il lavoro e lavoratore inviato in missione - data l'incerta formulazione della norma - e che abbiamo constatato con quanta frequenza la giurisprudenza abbia finito per estendere alla



somministrazione, seppur non fondatamente, discipline relative al contratto a tempo determinato, costituisce una misura di maggior cautela per l'utilizzatore (in prima applicazione e salvi successivi chiarimenti che potranno derivare da indicazioni ministeriali o dalla giurisprudenza) rivolgersi ad un'altra agenzia per il lavoro qualora, raggiunto il limite dei 36 mesi di somministrazione con lo stesso lavoratore, abbia intenzione di proseguire il rapporto con lo stesso lavoratore in somministrazione.

\*\*\*\*\*

f) DIRITTO DI PRECEDENZA (ART. 5, COMMA 4-QUATER, 4-QUINQUIES, 4-SEXIES DEL D. LGS. N. 368/2001):

- 1) *In caso di proroga di un contratto a tempo determinato stipulato in base alla previgente disciplina del D. Lgs. n. 368/2001 deve essere inserita la nuova informativa sul diritto di precedenza prevista dal secondo periodo del comma 4-sexies dell'art. 5 del D. Lgs. n. 368/2001?*

No. Il contratto, infatti, continuerà ad essere disciplinato dalla disciplina previgente che non contemplava tale obbligo di informativa. Inoltre, sul piano letterale, la nuova disposizione fa espresso riferimento "all'atto scritto di cui all'art. 1, comma 2" del D. Lgs. n. 368/2001 ovvero quello genetico del rapporto a tempo determinato.

- 2) *Cosa accade nel caso in cui vi sia più di un lavoratore titolare di un diritto di precedenza nei confronti di un'unica posizione lavorativa?*

Il datore di lavoro può scegliere quale lavoratore assumere per ricoprire la posizione, ma sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione, correttezza e buona fede.

- 3) *Come potrebbe essere formulata la clausola sull'informativa sul diritto di precedenza prevista dal secondo periodo del comma 4-sexies dell'art. 5 del D. Lgs. n. 368/2001?*

Di seguito una possibile formulazione della clausola di informativa:

"Ai sensi dell'art. 5, comma 4-sexies, del Decreto Legislativo n. 368/2001, si fa espresso richiamo all'art. 5, comma 4-quater e comma 4-quinquies del medesimo provvedimento, riguardo alle condizioni per esercitare il diritto di precedenza nelle eventuali nuove assunzioni che la scrivente società dovesse effettuare, successivamente al termine del presente contratto, per le mansioni già espletate (o per le medesime attività stagionali)".

## Contratto di apprendistato

a) PERCENTUALE DI CONFERMA E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA (ART. 2, COMMA 3-BIS DEL D. LGS. N. 167/2011):

- 1) *I contratti collettivi nazionali possono prevedere percentuali di conferma degli apprendisti anche per i datori di lavoro che occupano meno di cinquanta dipendenti?*

No. Stante la formulazione letterale dell'art. 2, comma 3-bis del D. Lgs. n. 167/2011 si deve ritenere che il requisito dimensionale del datore di lavoro costituisca un limite per la contrattazione collettiva. In altre parole, si tratta di una disposizione inderogabile che non consente all'autonomia collettiva di prevedere percentuali di conferma per le imprese che occupano meno di cinquanta dipendenti.

- 2) *Restano salve le previsioni dei contratti collettivi nazionali che prevedono percentuali di conferma diverse rispetto al 20% previsto dall'art. 2, comma 3-bis del D. Lgs. n. 167/2011?*

Gli effetti della riformulazione dall'art. 2, comma 3-bis del D. Lgs. n. 167/2011 sulle disposizioni dei contratti collettivi nazionali preesistenti sono articolati e complessi anche in considerazione del fatto che il D. L. n. 34/2014 non ha modificato il disposto dell'art. 2, comma 1, lett. i) del D. Lgs. n. 167/2011 che affida in via generale alla contrattazione collettiva la possibilità di definire meccanismi di conferma in servizio degli apprendisti.

In via di prima analisi, e ferma restando la necessità di fare riferimento alla volontà delle parti contraenti, è tuttavia possibile distinguere due ipotesi diverse:

- (1) clausole di conferma stipulate prima dell'entrata in vigore della Legge n. 92/2012 (cd. riforma Fornero) → restano valide ed efficaci;
- (2) clausole di conferma stipulate successivamente all'entrata in vigore della Legge n. 92/2012 (cd. riforma Fornero) e negoziate con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 2, comma 3-bis, del D. Lgs. n. 167/2011 → vengono meno nella misura in cui si sono limitate a recepire nel contratto quell'assetto normativo dettato dalla legge Fornero e che oggi risulta profondamente modificato dal D. L. n. 34/2014.