

Chiarimenti ministeriali

Apprendistato e diritto di precedenza

Eufranio Massi - Esperto in diritto del lavoro

Il Ministero del lavoro, dopo il silenzio, coinciso con la creazione dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro e con la "fine" della Direzione generale per l'Attività ispettiva, ha ripreso a rispondere ai quesiti *ex art.* 9, D.Lgs. n. 124/2004 e lo ha fatto con l'interpello n. 2 del 9 agosto 2017 con il quale la Confcommercio aveva presentato due domande, strettamente correlate al diritto di precedenza previsto dall'art. 24, D.Lgs. n. 81/2015. Con la prima si chiedeva se il consolidamento del contratto di apprendistato professionalizzante al termine del periodo formativo andasse a confliggere con la richiesta di un lavoratore a termine che aveva presentato richiesta di assunzione a tempo indeterminato per lo svolgimento di attività per mansioni già svolte (e che erano le stesse raggiunte dall'apprendista), con la seconda si chiedeva, invece, se fosse possibile l'assunzione di altro lavoratore sempre con tale tipologia contrattuale e per lo svolgimento di mansioni per le quali era stato già esercitato il diritto di precedenza.

Breve excursus normativo

Prima di entrare nel merito della risposta ministeriale si reputa opportuno ricapitolare, sia pur brevemente, e senza particolari approfondimenti, la normativa sui diritti di precedenza nei contratti a tempo determinato, contenuta nell'art. 24, D.Lgs. n. 81/2015. Per completezza di informazione va ricordato come quello relativo al contratto a termine sia uno dei tanti diritti di precedenza presenti nel nostro diritto del lavoro: è sufficiente ricordare, senza, per questo, essere esaustivi, quello relativo ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (art. 15, comma 6, legge n. 264/1949) quello in favore dei lavoratori non transitati alle dipendenze del cessionario dopo la procedura del passaggio d'azienda o ramo di essa (art. 47, legge n. 428/1990), quelli concernenti i

lavoratori a tempo parziale che si trovano in determinate condizioni (art. 8, commi 3, 6 ed 8, D.Lgs. n. 81/2015).

Ma, torniamo al diritto di precedenza previsto dall'art. 24.

È il comma 1 a dettare la definizione principale: esso afferma che salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda (e non aziende diverse, pur appartenenti allo stesso imprenditore), abbia prestato attività per un periodo superiore ai sei mesi, diviene titolare di un diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro l'anno successivo, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a tempo determinato.

La norma si presta ad alcune brevi delucidazioni. La prima riguarda la pattuizione collettiva, che, secondo il principio affermato dall'art. 51, stesso D.Lgs. n. 81/2015, può essere, indifferentemente, nazionale, territoriale od aziendale e che deve essere emanazione, anche in azienda (attraverso le "loro" Rsa o la Rsu), delle associazioni comparativamente più rappresentative, nel settore, a livello nazionale. Essa può derogare al dettato normativo, nel senso che può indicare termini temporali diversi (maggiori o minori), ma anche contenuti diversi, rispetto a quelli indicati dal Legislatore. Ad esempio, potrebbero comprendere nel calcolo complessivo anche i rapporti in somministrazione a tempo determinato, formalmente esclusi dall'art. 24 che non ne parla, mentre, al contrario, sono ricompresi nell'art. 19 ai fini del computo complessivo massimo dei trentasei mesi.

La seconda riguarda la maturazione del diritto di precedenza che "nasce" dall'incontro di due elementi, strettamente connessi tra loro. La sommatoria anche di più contratti a termine di breve pe-

Approfondimenti

riodo (magari risalenti ad anni lontani) che consente di superare la soglia fatidica dei sei mesi è il primo che, però, deve essere accompagnato dal secondo che consiste nel fatto che in tali rapporti siano state espletate le stesse mansioni.

Vale la pena di ricordare come per effetto del nuovo art. 2103 c.c., modificato dall'art. 3, D.Lgs. n. 81/2015, il Legislatore abbia ammesso la c.d. "mobilità orizzontale" allorquando ha riconosciuto la piena legittimità della utilizzazione del lavoratore a "(...) mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte": da ciò discende che nella sommatoria vanno compresi anche rapporti a termine nei quali il lavoratore abbia prestato la propria attività in mansioni, formalmente diverse, ma che sono comprese nello stesso livello della categoria legale di inquadramento.

La terza concerne la qualificazione dei rapporti che, anche in sommatoria, consentono di superare la soglia dei sei mesi. Il Legislatore parla soltanto di contratti a termine (ovviamente, comprensivi di proroghe e "sforamenti"): ciò significa che non sono computabili i periodi trascorsi con contratto di somministrazione, oppure con un rapporto di apprendistato (conclusosi *ante tempus*) o con un contratto a tempo indeterminato (cessato, ad esempio, per dimissioni), a meno che la contrattazione collettiva non disponga diversamente.

Il successivo comma 2, art. 24 in esame stabilisce una "corsia preferenziale" per le donne in particolari condizioni, affermando che il periodo di congedo per maternità, sia obbligatorio che anticipato, è utile a conseguire il diritto di precedenza. Ovviamente, il presupposto è che la lavoratrice sia titolare di un contratto a tempo determinato superiore a sei mesi o che raggiunga tale limite temporale con un contratto "in sommatoria" con altri precedenti di analogo contenuto. Per la lavoratrice madre il diritto di precedenza è, per così dire, maggiore, rispetto ad altri soggetti (uomini e donne) interessati, nel senso che le viene riconosciuto non solo per un'assunzione a tempo indeterminato, ma anche per un rapporto a termine il cui contenuto riguardi le mansioni già espletate: il tutto, correlato alla scadenza temporale dei dodici mesi dalla cessazione del precedente contratto. Tale ultimo diritto di precedenza presenta una certa somiglianza con quello previ-

sto per le lavoratrici addette a industrie e lavorazioni che diano luogo a disoccupazione stagionale dall'art. 59, D.Lgs. n. 151/2001: esse hanno diritto, per tutto il periodo in cui opera il divieto di licenziamento (dall'inizio della gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino), sempreché non si trovino in congedo per maternità, alla ripresa dell'attività lavorativa stagionale e alla precedenza nelle riassunzioni.

Il comma 3 chiarisce che per i c.d. "contratti stagionali" il diritto di precedenza percorre un "binario parallelo" agli altri, nel senso che lo stesso riguarda soltanto le nuove assunzioni a tempo determinato dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

Anche qui è opportuna, ad avviso di chi scrive, una breve delucidazione: le attività stagionali sono quelle individuate dalla contrattazione collettiva, nazionale, territoriale od aziendale secondo la previsione dell'art. 51, e da un Decreto del Ministro del lavoro (art. 21) che, ad oltre due anni dall'entrata in vigore della norma, non è stato ancora emanato. Fino a quando ciò non avverrà, occorrerà prendere quale disposizione di riferimento il D.P.R. n. 1525/1963 che, peraltro, contiene molte attività ormai desuete (è passato più di mezzo secolo dalla sua promulgazione).

Condizioni

L'ultimo comma dell'art. 24 rappresenta il "cuore" del diritto di precedenza, nel senso che:

- a)** deve essere espressamente richiamato nella lettera di assunzione;
- b)** va esercitato per iscritto dal lavoratore interessato entro i sei mesi dalla data di cessazione del rapporto. Tale limite temporale è, invece, di tre mesi per i contratti stagionali;
- c)** si estingue trascorso un anno dalla cessazione del rapporto.

Anche in questo caso alcuni chiarimenti si ritengono opportuni.

Nella lettera di assunzione va riportata la dizione relativa alla sussistenza del diritto di precedenza. L'onere può essere soddisfatto sia facendo, semplicemente, riferimento alla disposizione di legge (art. 24, D.Lgs. n. 81/2015) che riportando espressamente i contenuti della norma. Tale obbligo non è accompagnato da alcuna sanzione, come chiarito in via amministrativa dal Ministero del lavoro. Va, in ogni caso, chiarito come, pur

Approfondimenti

in assenza dello specifico richiamo, il diritto di precedenza per il lavoratore interessato, “scatti” comunque, in quanto è previsto dal dettato normativo.

Un discorso leggermente diverso va fatto per i rapporti a termine nella pubblica amministrazione (i soggetti sono individuati dall’art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001): l’eventuale diritto di precedenza va correlato al fatto che si entra in organico a tempo indeterminato attraverso il concorso o una procedura selettiva pubblica: il bando può riconoscere un diritto di precedenza, a parità di titoli e di punteggio, a chi ha avuto precedenti rapporti a tempo determinato.

Il diritto di precedenza va esercitato per iscritto nei sei mesi successivi alla cessazione del rapporto (tre per i contratti stagionali) ed esplica la propria efficacia dal momento dell’esternazione (avvenuta, ad esempio, dopo quattro mesi) fino alla scadenza dei dodici mesi. Ciò significa che deve pervenire a conoscenza del datore di lavoro entro tale periodo che inizia dalla fine del precedente contratto, ma che fino a quando non è esercitato nella forma scritta (si consiglia certificata o raccomandata) non ha alcun valore, nel senso che se un datore deve effettuare un’assunzione a tempo indeterminato per quelle stesse mansioni e non ha agli atti la manifestazione di volontà finalizzata ad esercitare il diritto, è libero di effettuare l’assunzione senza dover ricordare all’interessato (o agli interessati se sono più di uno) che sono titolari di un diritto di precedenza (del resto, la possibilità di esercitare il diritto di precedenza è già menzionata nella lettera di assunzione).

Quanto sopra è molto importante anche ai sensi della previsione contenuta nell’art. 31, D.Lgs. n. 150/2015 in quanto se non ha violato un diritto di precedenza (che deve essere stato esercitato prima ed essere regolarmente agli atti) può fruire delle eventuali agevolazioni economiche e contributive connesse alla instaurazione del nuovo rapporto.

Una volta esercitato, il diritto di precedenza esplica la propria efficacia, fino al raggiungimento dell’anno dalla cessazione del precedente rapporto, su tutte le articolazioni dell’impresa, pur se ubicate all’interno del territorio nazionale (la contrattazione collettiva ma anche quella individuale possono delimitarne l’ambito). Una eventuale rinuncia ad una assunzione presso una determinata unità produttiva (magari, perché situata

in una località “scomoda”) non inficia il diritto, nel senso che il datore è tenuto a consultare l’interessato, in presenza di altre assunzioni a tempo indeterminato, relative alle mansioni già espletate, fino allo “spirare” del diritto.

Rapporti incentivati

Il diritto di precedenza è per una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate: quindi, il rapporto offerto può essere non soltanto a tempo pieno ed indeterminato ma anche a tempo parziale o con rapporto di apprendistato professionalizzante, qualora ricorrano le condizioni previste dall’interpello n. 8/2007 e, se il lavoratore ha più di 29 anni, sussista la titolarità ad un trattamento di disoccupazione o fruisca della indennità di mobilità (ipotesi quest’ultima che si sta estinguendo), secondo la previsione dell’art. 47, comma 4, D.Lgs. n. 81/2015 e già ammessa dall’Inps fin dal 2014 con il messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014. È da escludere, invece, che, il datore di lavoro possa adempiere al proprio onere offrendo l’assunzione attraverso un contratto di lavoro intermittente a tempo indeterminato: l’esclusione deriva dalla tipologia ove la prestazione lavorativa, a carattere discontinuo, dipende unicamente dalla “chiamata” del datore di lavoro ed è, comunque, soggetto al limite delle quattrocento giornate in tre anni solari, con l’eccezione dei settori dello spettacolo, del turismo e dei pubblici esercizi.

Violazione del diritto di precedenza

La violazione del diritto di precedenza, quali conseguenze può determinare, a parte le considerazioni già espresse in merito al non riconoscimento di eventuali agevolazioni?

Nessuna è la risposta, sul rapporto, validamente, costituito tra datore di lavoro e lavoratore, nel senso che tale assunzione, nel rapporto interpersonale, è perfettamente legittima e l’unica cosa che il datore non può ottenere sono le eventuali agevolazioni previste.

Diverso è, invece, il discorso tra datore e lavoratore il cui diritto sia stato violato.

Escluso che il giudice, in caso di ricorso giudiziale, possa imporre una assunzione “forzosa” (ciò non avviene neanche nel collocamento obbligatorio dei disabili a fronte di una carenza legale accertata), il lavoratore può chiedere un ri-

Approfondimenti

sarcimento del danno che se sarà ritenuto sussistente sarà liquidato seguendo parametri logici.

Per quanto riguarda, invece, possibili conseguenze legate ad accertamenti eseguiti dagli ispettori del lavoro, la Direzione generale per l'Attività ispettiva del Ministero, con la circolare n. 18/2014, confermando l'assenza di qualsiasi sanzione, ha ritenuto non applicabile il provvedimento di disposizione *ex art.* 14, D.Lgs. n. 124/2004 in quanto è assente il presupposto di un apprezzamento discrezionale esercitabile dall'ispettore e concernente il *quomodo* della condotta.

Trasformazione di un rapporto in essere

La trasformazione di un contratto a termine, in corso, in un contratto a tempo indeterminato viola il diritto di precedenza?

La risposta è, ad avviso di chi scrive, negativa in quanto, giuridicamente, non ci si trova di fronte ad una nuova assunzione (come richiede il Legislatore) ma alla trasformazione di un rapporto già esistente. Il medesimo discorso può farsi nel caso in cui, esercitando il proprio potere organizzativo, insindacabile dal giudice, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, il datore sposti a mansioni superiori un dipendente già in forza (mansioni per le quali era stato esercitato il diritto di precedenza) ed assuma, successivamente, un altro lavoratore per le mansioni inferiori già esercitate dal dipendente "promosso".

Criteri di scelta del lavoratore

Un'altra questione da affrontare riguarda la scelta del lavoratore o dei lavoratori da assumere in presenza di più diritti esercitati: il Legislatore non ha detto nulla e, quindi, ha lasciato al datore ampio spazio e discrezionalità nella individuazione. Cosa giusta che, però, potrebbe prestare il fianco a qualche contestazione.

Cercando di districarsi nelle maglie strette della normativa, si ritiene che una strada da percorrere sia quella, da tempo, in uso, anche per accordi sindacali, nelle aziende che applicano "contratti stagionali" nel settore alimentare: i criteri sono quelli dell'anzianità aziendale e, a parità di condizioni, quelli dell'età. Non sono consigliabili criteri (salvo eccezioni, da valutare nel caso concreto) che fanno riferimento a situazioni familiari difficilmente comparabili come, ad esempio, il

carico familiare, la famiglia mono parentale, la convivenza *more uxorio*, ecc.

Conclusioni

Questa breve premessa necessaria sul diritto di precedenza e sulle questioni essenziali scaturenti dalla lettura dell'art. 24, portano, ora, ad esaminare l'interpello n. 2/2017.

Consolidamento del rapporto

Il primo quesito sollevato da Confcommercio è: la prosecuzione di un rapporto di apprendistato al termine del periodo formativo rappresenta una violazione del diritto di precedenza di un lavoratore che, con contratto a tempo determinato, ha già lavorato per le medesime mansioni alle quali è addetto il giovane?

La risposta dell'amministrazione del lavoro è chiara: non viene violato alcun diritto di precedenza in quanto il rapporto di apprendistato (nel caso di specie, professionalizzante) è, fin dall'inizio, a tempo indeterminato (art. 41, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015) e il "consolidamento" del rapporto al termine del periodo formativo (con il "non esercizio datoriale" della facoltà di recesso *ex art.* 2118 c.c.) non rappresenta altro che la naturale prosecuzione di quel contratto al termine del periodo di formazione.

Qualifica e qualificazione

Sulla seconda questione "nuova assunzione con rapporto di apprendistato, di altro lavoratore" il Dicastero del lavoro offre una lettura diversificata, nel senso che non si può parlare di violazione del diritto di precedenza qualora il lavoratore interessato risulti già qualificato per le mansioni oggetto di apprendistato a causa di pregressi rapporti di lavoro a tempo determinato ed abbia manifestato, nelle forme previste dalla norma, la propria volontà di esercitare il diritto di precedenza: sul punto, si ritiene opportuno richiamare la circostanza che, sotto l'aspetto amministrativo, tale possibilità era stata già prevista nel messaggio n. 4152 dell'Inps del 17 aprile 2014.

La nota ministeriale continua richiamando gli orientamenti espressi dal Dicastero, sia con l'interpello n. 8/2007 che con la circolare n. 5/2013. Vale la pena di ricordare che con l'interpello n. 8/2007, ritornato "in auge" dopo le modifiche introdotte dall'art. 44, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015, ove non si parla più di assunzione per

l'ottenimento di una qualifica ma per l'ottenimento di una qualificazione (nella sostanza, è stato recuperato il termine utilizzato dal vecchio ed abrogato art. 49, D.Lgs. n. 276/2003), è stata data la possibilità ai datori di lavoro di assumere, con l'obiettivo di una maggiore qualificazione rispetto alla qualifica già posseduta (riscontrabile all'interno del percorso formativo obbligatorio) lavoratori che, in passato, attraverso contratti a termine o in somministrazione, calcolati, in sommatoria, non avevano superato la metà del periodo formativo previsto (oggi, nella sostanza in gran parte dei casi, tale limite è di diciotto mesi, fatto salvo qualunque discorso relativo ai profili professionali caratterizzanti la figura dell'artigiano individuati dalla contrattazione collettiva ove il periodo formativo complessivo può raggiungere i cinque anni (art. 44, comma 2) e, quindi, nel limite massimo, ci si attesta a trenta mesi).

Una considerazione circa la "validità" di tale rapporto appare ovvia: se si parla di ulteriore qualificazione o riqualificazione professionale è necessario che tale requisito emerga, con chiarezza, dal piano formativo e su questo aspetto gli Organi di vigilanza debbono esercitare le forme di controllo.

Diversa, secondo la Direzione generale dei rapporti di lavoro e delle Relazioni industriali del Ministero, appare la questione se ad essere interessato al contratto di apprendistato sia un lavoratore che non ha la qualifica specifica e che la dovrebbe raggiungere al termine del periodo formativo (qualifica già posseduta dal lavoratore con diritto di precedenza). Trattandosi di una assunzione a tempo indeterminato si tratterebbe di una violazione del diritto di precedenza, con tutte le possibili conseguenze del caso.