

Dopo il D.Lgs. n. 81/2015

## Contratto a termine e diritto di precedenza

Eufrasio Massi – Esperto in diritto del lavoro

L'opera di rivisitazione dei contratti di lavoro, intervenuta con il D.Lgs. n. 81/2015 ha interessato anche il contratto a tempo determinato il quale, dopo un anno dai profondi cambiamenti intervenuti con la legge n. 78, è stato sottoposto ad una sorta di "tagliando" che ha eliminato alcune criticità che pure erano rimaste dopo le grandi novità introdotte nel 2014. La revisione normativa ha riguardato anche l'istituto del diritto di precedenza rispetto al quale si ritiene opportuna una riflessione che faccia il punto definitivo sullo "stato dell'arte".

Prima di entrare nel merito delle questioni va ricordato come quello relativo al contratto a termine non esaurisca la vasta gamma dell'istituto: basti pensare ai lavoratori licenziati per giustificato motivo oggettivo o in mobilità a seguito di riduzione collettiva di personale, ai dipendenti che, in caso di cessione d'azienda, non passano, da subito, alle dipendenze del nuovo datore, ai lavoratori a tempo parziale che, a vario titolo, hanno una sorta di priorità a veder trasformato il proprio rapporto a tempo pieno nell'ambito comunale, o ai lavoratori che, dopo aver ridotto il proprio orario, per doversi sottoporre a terapie oncologiche, salva vita o cronico degenerative ingravescenti, chiedono di ritrasformare il proprio rapporto a tempo pieno o, infine, ai lavoratori che, in luogo del congedo parentale, trasformano il proprio rapporto da tempo pieno a parziale con una riduzione non inferiore al 50% e che, alla fine del periodo, hanno diritto a tornare a tempo pieno.

L'analisi che segue non può che iniziare, dopo la cancellazione del D.Lgs. n. 368/2001, dall'esame dell'art. 24 che inizia con una affermazione di principio: "salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato nella stessa azienda, ha prestato attività lavorativa per

un periodo superiore a sei mesi, ha diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei contratti a termine".

Il Legislatore delegato premette che, in materia, sono fatte salve le eventuali determinazioni diverse previste dalla contrattazione collettiva la quale (e questa è la prima grossa novità), secondo la definizione contenuta nell'art. 51 può, indifferentemente, essere di livello nazionale o territoriale ma, comunque, di emanazione delle organizzazioni nazionali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o aziendale stipulati dalle "loro" (stessa espressione contenuta nell'art. 8 della legge n. 148/2011 relativa ai contratti di prossimità) rappresentanze sindacali aziendali, o dalla rappresentanza sindacale unitaria. Da ciò si deduce che, anche a livello aziendale, nelle modalità individuate dalla pattuizione collettiva, potrebbero essere individuati termini temporali diversi. Vale la pena di sottolineare come il potere derogatorio (in piena sintonia con quanto affermato anche relativamente ad altri aspetti della disciplina del contratto a termine) sia delegato unicamente alle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative secondo un criterio che, sia pure per altre questioni, ha trovato la propria legittimità costituzionale nella sentenza della Consulta n. 51/2015.

Il diritto di precedenza scatta in presenza del superamento del limite dei sei mesi, varcato in esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda: quindi, il diritto può scaturire da una sommatoria di rapporti con lo stesso datore di lavoro (espressione che comprende anche la possibilità di esercizio del diritto nei confronti di chi, ad esempio, è subentrato ex art. 2112 c.c.). Questo diritto vale per una assunzione a tempo indeterminato relativa alle mansioni già espletate-

te: ciò, va letto anche alla luce del nuovo art. 2103 c.c., introdotto con l'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015, che consente una utilizzazione "trasversale" del lavoratore nelle mansioni dello stesso livello all'interno della categoria legale di riferimento.

## Tutela della maternità

Il comma 2 contiene una novità che rappresenta una sorta di chiarimento rispetto alla versione, allora introdotta dal D.L. n. 34, nel *corpus* del D.Lgs. n. 368/2001: non più la possibilità riservata alle sole donne in astensione obbligatoria per i cinque mesi complessivi del *pre - post partum* (art. 16, comma 1), ai quali, vanno aggiunti i giorni correlati ad un eventuale parto prematuro, di cumulare tale periodo ai fini del raggiungimento della soglia minima dei sei mesi, ma anche a tutte quelle che siano "in godimento" del congedo di maternità disciplinato al Capo III del D.Lgs. n. 151/2001: di conseguenza, tale possibilità è stata allargata, ad esempio, alle donne che usufruiscono del congedo obbligatorio anticipato per complicatezze nella gestazione o per lavori a rischio, alle donne che usufruiscono del congedo nel momento in cui entrano nel nucleo familiare i bambini adottati od affidati.

Il congedo di maternità è foriero anche di qualcosa'altro: alle stesse lavoratrici viene riconosciuto un altro diritto di precedenza per le assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro nell'arco temporale dei dodici mesi successivi, con riferimento alle mansioni già svolte. Per completezza di informazione, in relazione alle disposizioni che tutelano il lavoro e la maternità, va ricordato il contenuto dell'art. 59 del D.Lgs. n. 151/2001: le lavoratrici addette a lavorazioni che diano luogo a disoccupazione stagionale, licenziate per cessazione dell'attività aziendale, hanno diritto per tutto il periodo in cui opera il divieto di licenziamento, allorquando riprenda l'attività stagionale, sempreché non si trovino in congedo di maternità, alla precedenza nelle riasunzioni.

Fin qui il nuovo articolato normativo rispetto al quale si impongono talune riflessioni come, ad esempio, quella relativa a come, nel caso delle donne in fruizione del congedo di maternità, debbano essere computati i periodi di astensione dal lavoro. Ad avviso di chi scrive, gli stessi vanno

calcolati soltanto nel caso in cui il contratto stipulato (o, in sommatoria, con precedenti rapporti relativi alle mansioni già svolte) abbia una durata superiore ai sei mesi, non potendo, ovviamente, essere computati, ad esempio, nel caso in cui l'unico contratto abbia una durata di due mesi. Durata che deve risultare dalla lettera di assunzione: nel calcolo complessivo rientrano anche le eventuali proroghe o "sforamenti". È appena il caso di ricordare (ma la questione sarà approfondita successivamente) che nella lettera di assunzione il datore di lavoro ha l'obbligo di ricordare al lavoratore l'esistenza di un diritto di precedenza (comma 4), cosa che vale anche per i contratti a termine stagionali i quali, rispetto agli altri, hanno una sorta di "disciplina parallela" con alcune particolari peculiarità come ricorda il successivo comma 3 ove si riconosce un diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a tempo determinato da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

## Contratti stagionali

Prima di proseguire nella disamina di altri aspetti relativi al diritto di precedenza nei "normali" contratti a termine, si ritiene opportuno soffermarsi su quelli di natura stagionale che hanno riscontrato, nella nuova versione normativa, parecchie novità. Innanzitutto, il Legislatore delegato ha avuto il pregio di fare chiarezza su cosa si intende per attività stagionale: questa operazione si rinvie all'art. 21, comma 2 ove si afferma che le attività stagionali saranno indicate in un prossimo decreto del Ministro del lavoro (fino a quando ciò non avverrà continuerà a restare in vigore il D.P.R. n. 1525/1963 che ne comprende moltissime alquanto "desuete") e nelle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva, anche aziendale (ed è questa la grossa novità), nel rispetto della previsione indicata dall'art. 51. Qui il Legislatore ha fatto proprio un indirizzo amministrativo già prospettato dal Ministero del lavoro con la circolare n. 18/2014.

Si parlava, pocanzi, a ragione, di discipline parallele, destinate a non incontrarsi, tra questi e gli altri contratti a termine in quanto ai rapporti a termine stagionali non si applica lo "stop and go" tra un contratto e l'altro, la loro durata non rientra nella sommatoria dei trentasei mesi, e lo stesso limite delle proroghe (per il quale, colpe-

volmente, il Legislatore non ha fatto una distinzione) ha meno importanza in quanto un datore di lavoro può ben “legare” un contratto a tempo determinato stagionale all’altro senza soluzione di continuità.

Con il comma 4 si entra nel “cuore” di questa riflessione: dopo aver ricordato che il diritto di precedenza deve essere espressamente richiamato nel contratto, il Legislatore chiarisce che lo stesso è condizionato dal fatto che deve essere esercitato per iscritto nei sei mesi successivi alla data di cessazione del rapporto, mesi che diventano tre nei contratti per attività stagionali. La norma finisce ricordando che il diritto si estingue una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto.

L’aver inserito, come obbligo, sin dal 21 maggio 2014, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 78, l’inserimento della informativa sul diritto di precedenza, risolve una lunga diatriba circa l’informazione che i datori di lavoro, secondo l’Inps, dovevano, comunque, fornire ai propri dipendenti a termine circa l’esistenza del diritto (tra l’altro ben specificato dalla norma anche sotto la vigenza del D.Lgs. n. 368/2001): tale onere era espressamente richiesto dall’Istituto ai fini dell’applicazione dell’art. 4, comma 12, lettera a), della legge n. 92/2012 il quale stabilisce (ma come si vedrà successivamente, tale principio è stato superato per il 2015 dall’art. 1, comma 118, della legge n. 190/2014), che le agevolazioni non spettano se l’assunzione deriva da un obbligo preesistente derivante da una norma di legge o di contratto collettivo e che, alla successiva lettera b), continua affermando che l’incentivo non spetta in caso di violazione di un diritto di precedenza. Ora, l’averlo inserito in una disposizione normativa tronca qualsiasi discussione, fermo restando che un eventuale mancato rispetto non inficia la validità dell’altro rapporto instaurato: ciò che viene meno sono, soltanto, gli incentivi correlati cosa, del resto, ribadita dalla circolare Inps n. 17/2015.

La forma scritta, come modalità di espressione, introdotta a partire dal 25 giugno 2015, è essenziale e costitutiva del diritto, nel senso che lo stesso nasce dal giorno in cui il lavoratore esterna la propria volontà: se lo stesso, per motivi personali (perché impegnato in altre cose), nell’arco temporale dei sei mesi non lo ha espresso prima, non è un problema del datore di lavoro

sul quale, ad avviso di chi scrive, non incombe alcun obbligo di portare a conoscenza l’opportunità lavorativa a tempo indeterminato a chi non ha esercitato il diritto della cui esistenza si è fatto chiaramente cenno nella lettera di assunzione.

## Obbligo di richiamo nel contratto

Il diritto di precedenza va espressamente richiamato, come si diceva, nella lettera di assunzione, cosa che può avvenire facendo un riferimento “asettico” alla disposizione normativa contenuta all’interno dell’art. 24, comma 4, o, in alternativa, riproducendo il contenuto letterale della stessa.

*Cosa succede se il datore di lavoro non lo ricorda esplicitamente?*

Sotto l’aspetto prettamente operativo si può, da subito, affermare come l’omissione non incida né sul rapporto in essere, né, tantomeno, sul diritto stesso ad una assunzione a tempo indeterminato che, in ogni caso, postula un comportamento attivo del lavoratore che deve notificare, per iscritto, al proprio datore di lavoro la volontà di esercitarlo (ci sono sei mesi di tempo o il termine minore individuato dalla contrattazione collettiva come, ad esempio, nel turismo ove è di tre mesi ed è correlato alla singola unità produttiva) ai fini della costituzione di un rapporto da realizzarsi, per le mansioni già espletate, nell’arco temporale di un anno dalla cessazione del rapporto. L’esercizio del diritto non viene assolutamente “toccato” dalla mancata informativa datoriale.

Si pongono, a questo punto, quattro problemi: il primo concerne la mancata informazione e il conseguente comportamento del lavoratore, il secondo riguarda il mancato rispetto del diritto di precedenza, in quanto il datore di lavoro, non ottemperando alla norma, ha proceduto, per le mansioni già svolte, all’assunzione a tempo indeterminato di altro lavoratore, il terzo l’ambito di operatività della precedenza ed il quarto il comportamento che il datore di lavoro deve tenere nel caso in cui un lavoratore che ha esercitato il diritto, rinunci ad una possibilità lavorativa nell’arco temporale di validità dello stesso (dodici mesi dalla conclusione del precedente rapporto a termine).

Per la soluzione della prima questione si potrebbe ipotizzare un ricorso al giudice nel quale il lavoratore lamenti la lesione di un diritto di infor-

mazione che, se riconosciuta, potrebbe portare ad una condanna con risarcimento del danno liquidato in via equitativa.

Per quel che concerne, invece, la risposta al secondo problema si può pensare ad un lavoratore che, provando la lesione del proprio diritto, trascini in giudizio il datore di lavoro chiedendo un risarcimento del danno, non potendo chiedere la “costituzione forzosa” del rapporto di lavoro, cosa che nel nostro ordinamento, non è possibile neanche a fronte di un avviamento d’obbligo delle categorie protette *ex lege* n. 68/1999. L’eventuale contenzioso non incide, assolutamente, sul rapporto che si è instaurato tra il datore di lavoro e l’altro lavoratore, come non incide sullo stesso rapporto un eventuale diniego dell’Inps, correlato alla fruizione degli incentivi.

La risposta al terzo quesito è, ad avviso di chi scrive, la seguente: se non vi è una limitazione di natura pattizia, anche individuale, il diritto di precedenza non ha limiti geografici all’interno del territorio nazionale.

Per quel che riguarda, invece, la quarta questione si può facilmente affermare che una eventuale rinuncia ad una occasione lavorativa a tempo indeterminato che presenta le caratteristiche previste dalla legge da parte di un lavoratore che ha esercitato il diritto (magari, per situazioni personali o di distanza dal proprio domicilio), non libera il datore di lavoro dall’obbligo di far presente, nel limite di validità del diritto, eventuali altre opportunità lavorative di analogo contenuto.

Il mancato inserimento del richiamo al diritto di precedenza genera una qualche sanzione amministrativa a seguito di controlli da parte degli organi di vigilanza?

Il Legislatore non ha previsto una sanzione specifica per tale omissione ed il Ministero del lavoro ha ribadito alle proprie articolazioni periferiche con la circolare n. 18/2014, che il comportamento non può essere, in alcun modo, punito. Di conseguenza, non è stata ritenuta applicabile la disposizione *ex art.* 14 del D.Lgs. n. 124/2004, ipotizzabile sia per i contratti a tempo determinato in corso all’atto dell’accesso ispettivo o, cessati da poco (arco temporale dei sei mesi dalla fine del rapporto), in quanto manca, nella situazione evidenziata, il presupposto di un apprezzamento discrezionale esercitabile da parte dell’ispettore e concernente il “*quomodo* della condotta”.

## Quali tipologie contrattuali

*Quali tipologie contrattuali rientrano nel computo dei sei mesi di lavoro svolto alle dipendenze dell’impresa?*

La risposta è chiara: vanno considerati soltanto i contratti a termine che hanno quale contenuto le mansioni già svolte, per le quali assume una particolare rilevanza il nuovo art. 2103 c.c. che rende possibile una utilizzazione “trasversale” all’interno dello stesso livello o categoria legale. Ciò significa che nel calcolo non vanno compresi i “trascorsi temporali” con altre tipologie come il contratto di somministrazione, il contratto a tempo indeterminato o l’apprendistato conclusisi *“ante tempus”* a prescindere dalla causa di risoluzione, l’intermittente, e le prestazioni accessorie, oltre, evidentemente, le ipotesi di lavoro non subordinato come le associazioni in partecipazione o le collaborazioni coordinate e continuative, anche a progetto.

## Apprendistato

*Il diritto di precedenza è un diritto finalizzato ad una assunzione a tempo indeterminato per mansioni già espletate: può, di conseguenza, il nuovo contratto essere di apprendistato o anche a tempo parziale o con lavoro intermittente?*

L’apprendistato è una tipologia a tempo indeterminato (art. 41, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015), correlata sia ad un limite massimo di età per l’instaurazione del rapporto (29 anni e 364 giorni) ma anche all’acquisizione di una qualificazione, secondo la nuova dizione introdotta dal Legislatore delegato all’art. 44, comma 1, il quale, peraltro, al successivo art. 47, comma 4, lo ha previsto anche, senza limiti di età e finalizzato ad una qualificazione o riqualificazione professionale anche per i lavoratori in mobilità e per i disoccupati percettori di una indennità di disoccupazione (Naspi, Dis-Coll, Asdi, indennità di disoccupazione agricola, edile, ecc.)

Ebbene, è possibile l’assunzione con tale tipologia in presenza di mansioni già espletate?

Secondo il Ministero del lavoro ciò è possibile se la durata del precedente rapporto a termine, intermittente, o in somministrazione (anche in sommatoria) non ha superato la metà del periodo relativo alla fase formativa dell’apprendistato (18 mesi, o più ampio se riferito a qualifiche dell’artigianato): tale orientamento espresso con l’inter-

pello n. 8/2007 e ripreso, in senso positivo, dal messaggio Inps n. 4152 del 17 aprile 2014, fu emanato in vigenza del vecchio art. 49 del D.Lgs. n. 276/2003 ove si parlava di qualificazione e non di “qualifica”, concetto ora ripreso, dopo la parentesi dell’art. 4, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011, dall’art. 44, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2015.

L’instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato per mansioni già espletate non esclude assolutamente che ciò possa avvenire a tempo parziale: infatti, tale possibilità non è affatto esclusa dall’art. 24, comma 1. Ovviamente, parlando di rapporto part-time e, soprattutto, essendo l’assunzione adempimento di un obbligo, si ritiene che, ove il Ccnl preveda un limite minimo, non si possa andare sotto.

Si esclude, invece, che il diritto di precedenza possa essere onorato dal datore di lavoro attraverso l’offerta di un contratto di lavoro intermittente a tempo indeterminato, pur in presenza dei requisiti oggettivi e soggettivi previsti dall’art. 13 del D.Lgs. n. 81/2015: infatti la peculiarità di tale tipologia contrattuale ove la prestazione lavorativa è rimessa soltanto alla volontà ed alla necessità del datore di lavoro di avvalersi della prestazione dell’ex dipendente, è al di fuori della previsione dell’art. 24, comma 1, ove il Legislatore delegato sembra riferirsi ad una prestazione lavorativa caratterizzata dalla continuità.

Parimenti, si ritiene che non si possa accampare un diritto di precedenza qualora il datore di lavoro provveda a trasformare un contratto a termine in corso in un rapporto a tempo indeterminato, in quanto non si tratta di una nuova assunzione, ma di trasformazione di un rapporto in essere.

## Criteri di scelta in presenza di più diritti di precedenza

C’è, poi, un’altra questione non secondaria che può presentarsi in alcuni casi e che nei rapporti stagionali si presenta continuamente e che ha trovato, in tali ultimi ambiti, alcune idonee soluzioni: ci si riferisce alla scelta del datore di lavoro del soggetto (o dei soggetti) da assumere in presenza di posti disponibili inferiori a quelli degli aventi diritto. Nelle imprese caratterizzate da più rapporti stagionali (ove molti contratti sono legati anche all’andamento meteorologico come nel caso della lavorazione dei pomodori o dei gelati)

la soluzione è stata trovata ipotizzando, anche con accordi sindacali, quali criteri selettivi, il numero dei rapporti precedenti, i carichi familiari, e l’anzianità.

Per i datori di lavoro che, invece, hanno meno dimestichezza con il problema e per i quali l’esercizio del diritto di precedenza si traduce in una assunzione a tempo indeterminato (e non stagionale) la situazione si può presentare un po’ più complicata, atteso che oltre ai rapporti a termine, si potrebbero trovare ad affrontare anche altri diritti di precedenza legati alla trasformazione a tempo pieno di rapporti a tempo parziale, alle prerogative, anche contrattuali, di chi intende tornare, in presenza di specifiche condizioni, “a tempo pieno”, o, da ultimo, alle precedenze dei lavoratori licenziati.

È opportuno, quindi, presentandosi la necessità, stabilire una sorta di regolamento nel quale, ad esempio, in presenza di più diritti di precedenza relativi a contratti a termine, si privilegino, criteri di facile utilizzazione come, appunto, l’anzianità aziendale e l’età dei soggetti interessati: altri criteri che, ad esempio, facciano riferimento a situazioni personali o del nucleo familiare, pur essendo oggettivamente apprezzabili, rischiano di creare qualche problema applicativo dovendo “pesare” situazioni tra loro non omogenee.

## Agevolazioni per il datore

L’assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore che ha esercitato il diritto di precedenza avvenuta nel corso del 2015, genera in favore del datore di lavoro, in presenza delle condizioni previste dalla norma, una agevolazione pari ad un massimo di 8.060 euro sulla quota contributiva a carico del datore di lavoro, per ognuno dei tre anni successivi alla instaurazione del rapporto, secondo la previsione contenuta nell’art. 1, comma 118, della legge n. 190/2014: lo afferma, chiaramente, l’Inps con la circolare n. 17/2015 la quale riconosce che tale ultima disposizione si pone in rapporto di specialità rispetto alla disposizione generale contenuta nell’art. 4, comma 12, lettera b, della legge n. 92/2012, che esclude qualunque incentivo qualora l’assunzione sia avvenuta in ottemperanza di un diritto di precedenza stabiliti dalla legge o dal contratto collettivo. Tale posizione appare coerente con l’obiettivo del Legislatore il quale nella prima riga del com-

# Jobs Act

ma 118 afferma che i benefici previsti sono finalizzati alla creazione di una “occupazione stabile”.

Per completezza di informazione, si ricorda che sulla base di quanto previsto dalla norma appena citata e di quanto chiarito, in via amministrativa dall’Inps, risultano pienamente agevolate anche le assunzioni a tempo indeterminato di lavoratori che non hanno maturato, con il loro rapporto a termine, alcun diritto di precedenza o che, in costanza di rapporto, lo hanno visto trasformato a tempo indeterminato. Qui, l’Istituto, con la interpretazione contenuta nella circolare n. 17/2015, riconosce l’agevolazione, cosa che riguarda anche il contratto a termine di un lavoratore in mo-

bilità trasformato (art. 8, comma 2, della legge n. 223/1991), ove il datore di lavoro può cumulare alla agevolazione prevista dal comma 118 anche il 50% della indennità di mobilità non ancora percepita dal lavoratore.

Da ultimo, una precisazione, forse superflua, ma dovuta: quanto detto sui diritti di precedenza, non trova applicazione nei contratti a tempo determinato della Pubblica Amministrazione (i soggetti sono individuati dall’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001) ove l’accesso a tempo indeterminato negli organici avviene, nel rispetto dell’art. 97 della Costituzione, attraverso concorsi o con procedure selettive pubbliche.