

Assunzione

Diritto di precedenza nei contratti a tempo determinato

Eufranio Massi

Quando si parla di diritto di precedenza nel nostro sistema giuslavoristico il pensiero corre, innanzitutto, al contratto a tempo determinato. Ma esso non è il solo, infatti, anche in altri istituti vige lo stesso diritto.

Ci si riferisce: al caso dei lavoratori che, a seguito del **passaggio di azienda o ramo di essa** non sono stati assunti dal nuovo datore e che, di conseguenza, hanno un diritto di precedenza da far valere nei dodici mesi successivi; ai **licenziamenti per giustificato motivo oggettivo** anche a seguito di procedure collettive di riduzione di personale ove la precedenza rispetto ad altri lavoratori da assumere a tempo indeterminato per le stesse mansioni od equivalenti è di sei mesi; al diritto dei **lavoratori affetti da gravi patologie** o che debbono seguire cure “salvavita” che possono chiedere di trasformare il proprio rapporto da tempo pieno a parziale, per poi tornare *full-time* nel momento in cui le proprie condizioni di salute lo permettano, con precedenza rispetto agli altri lavoratori. Oltre alla casistica, sommariamente, elencata sussistono, poi, all’interno della **contrattazione collettiva** altri diritti di precedenza che il datore di lavoro è tenuto a rispettare.

Tale osservanza è presa, seriamente, in considerazione dal Legislatore, sol che si pensi al fatto che l’art. 31 del D.Lgs. n. 150/2015 non riconosce le agevolazioni economiche o contributive in caso di assunzioni agevolate ai datori di lavoro che non hanno rispettato un diritto di precedenza.

Ma, dopo questa breve premessa si ritiene opportuno entrare nel merito del diritto di precedenza nei contratti a tempo determinato.

Presupposto normativo

L’analisi non può che partire dall’esame del **comma 1 dell’art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015**: «salvo

diversa previsione 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».

È di tutta evidenza che la norma fa salve le eventuali determinazioni della contrattazione collettiva la quale - secondo la definizione contenuta nell’art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015 - può, indifferentemente, essere di livello nazionale o territoriale ma, comunque, di emanazione delle organizzazioni nazionali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ed i contratti collettivi aziendali stipulati dalle «loro» Rsa o dalla Rsu.

Il diritto di precedenza si materializza con il superamento del limite dei sei mesi, varcato in esecuzione di uno o più contratti a termine presso lo stesso datore di lavoro: tale espressione comprende anche la possibilità di esercizio del diritto nei confronti del datore di lavoro che, ad esempio, è subentrato *ex art. 2112 c.c.*

Ma cosa scaturisce da tale diritto?

Esso vale per una **assunzione a tempo indeterminato** relativa alle **mansioni già espletate**: ciò, va letto anche alla luce dell’art. 2103 c.c., che consente una utilizzazione “trasversale” del lavoratore nelle mansioni dello stesso livello all’interno della categoria legale di riferimento.

Maternità

Il **comma 2 dell’art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015** offre una particolare attenzione alle donne nel c.d. “periodo protetto”, nel computo dei mesi rientrano:

Approfondimenti

a) i cinque mesi complessivi del “*pre e post partum*” (art. 16, comma 1, D.Lgs. n. 151/2001), ai quali si possono aggiungere i giorni correlati ad un eventuale parto prematuro;

b) quelli “in godimento” del congedo di maternità disciplinato al Capo III del D.Lgs. n. 151/2001, di conseguenza, tale possibilità riguarda anche le donne che usufruiscono del congedo obbligatorio anticipato per complicanze nella gestazione o per lavori a rischio o le donne che usufruiscono del congedo nel momento in cui entrano nel nucleo familiare i bambini adottati od affidati.

Il congedo di maternità è portatore anche di qualcos'altro: alle stesse lavoratrici viene riconosciuto non soltanto un diritto di precedenza per una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate ma **anche una precedenza** per un altro **contratto a tempo determinato** nell'arco temporale dei dodici mesi successivi.

Attività stagionali

Prima di proseguire nella disamina di altri aspetti relativi al diritto di precedenza nei “normali” contratti a termine, ritengo opportuno soffermarmi su quelli di natura stagionale che, in un certo senso, si sono “salvati” dalle rigidità delle causali introdotte con il D.L. n. 87/2018. Infatti, l'apposizione di una condizione non è obbligatoria per tali rapporti legati ad “attività stagionali”

I contratti stagionali e quelli “normali” a tempo determinato hanno discipline parallele che sono destinate a non incontrarsi in quanto ai rapporti a termine stagionali non si applica lo “*stop and go*” tra un contratto e l'altro, la durata non rientra nella sommatoria dei ventiquattro mesi, non ci sono, come appena detto, “causali obbligatorie” e lo stesso limite delle proroghe (per il quale, colpevolmente, 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, sottoscrivendo un rinnovo che, in taluni casi, però comporta un aggravio contributivo dello 0,50% mensile. C'è da dire che in questi anni, dopo l'entrata in vigore delle modifiche introdotte con il D.L. n. 87/2018 (c.d. “Decreto Dignità”), seppur fortemente rallentate dalla crisi pandemica, le Parti sociali, per aggirare “legalmente” i vincoli delle causali, hanno definito, anche con accordi aziendali, alcune tipologie qualificate come “attività stagionali” che si

aggiungono a quelle del D.P.R. n. 1525/1963 (che necessiterebbe di una revisione come richiesto dal 2015 dallo stesso Legislatore ma che, ad oggi, è rimasta “lettera morta”) e ad altre già definite nei Ccnl.

Il diritto di precedenza nel contratto a tempo determinato per attività stagionali si è detto, vale per un **altro rapporto di natura stagionale** ed è questo che lo differenzia, soprattutto, dal contratto a termine “normale” ove la finalità è quella di una occupazione a tempo indeterminato.

La stagionalità può ripetersi per molteplici anni come ci mostrano, ad esempio, i settori turistico-alberghiero ed alimentari, cosa che, il più delle volte rappresenta un aggravio sotto l'aspetto contributivo.

Ci si riferisce alla **contribuzione ordinaria** dell'1,40% mensile che riguarda, indistintamente, tutti i contratti a tempo determinato ed a quella **aggiuntiva** dello 0,50% legata ad ogni rinnovo, introdotta dal D.L. n. 87/2018.

Ebbene, sono esclusi dalla contribuzione ordinaria e da quella aggiuntiva:

a) i contratti a termine per le attività stagionali individuate dal D.P.R. n. 1525/1963;

b) i contratti a termine per le attività stagionali individuate dalla contrattazione collettiva entro il 2011;

c) a partire dal 1° gennaio 2020, i contratti a termine, frutto di accordi collettivi stipulati entro il 31 dicembre 2019 in Provincia di Bolzano, secondo la disposizione introdotta con la legge n. 160/2019;

d) i contratti a termine per un massimo di tre giorni relativi alla esecuzione di speciali servizi nel settore Turistico ed in quello dei Pubblici esercizi, nella casistica individuata dalla contrattazione collettiva.

Come ben si vede, tutti i rapporti per attività stagionali che trovano la loro ragione negli accordi collettivi, anche territoriali od aziendali, sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle loro Rsu o dalla Rsa, debbono sopportare un costo “progressivo” che, alla lunga potrebbe essere di una certa rilevanza. Piuttosto, in tale quadro, spicca l'esenzione per la Provincia di Bolzano, frutto di un emendamento inserito all'interno della Legge di bilancio 2020. Si tratta di una norma che intende venire incontro alle esigenze degli operatori di quel territorio: nulla in contrario, ma sarebbe opportuno estendere tale disposizione all'ambito nazionale, se si intende

favorire tale comparto, atteso che il turismo, anche stagionale, non è una prerogativa del solo Alto-Adige.

Esercizio del diritto

Il **comma 4 dell'art. 24, del D.Lgs. n. 81/2015** dopo aver ricordato che il diritto di precedenza deve essere espressamente **richiamato nel contratto**, postula che lo stesso non nasca automaticamente, ma sia condizionato da un **comportamento attivo del lavoratore** che lo deve esercitare per iscritto nei sei mesi successivi alla data di cessazione del rapporto, mesi che diventano tre nei contratti per attività stagionali, fatti salvi diversi limiti temporale previsti dalla contrattazione collettiva. La norma termina ricordando che il diritto si estingue una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto.

La **forma scritta** è essenziale e costitutiva del diritto, nel senso che lo stesso nasce dal giorno in cui il lavoratore esterna la propria volontà ed il datore ne viene a conoscenza: se non lo ha espresso prima, non è un problema del datore di lavoro sul quale, a parere 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 (1).

Il diritto di precedenza va **espressamente richiamato nella lettera di assunzione**, cosa che può avvenire facendo un riferimento "asettico" alla disposizione normativa contenuta all'interno dell'art. 24, comma 4, del D.Lgs. n. 81/2015 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 del lavoratore ad una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate che, in ogni caso, richiede un comportamento attivo dell'interessato. L'esercizio del diritto non viene assolutamente "toccato" dalla mancata informativa datoriale, nel senso che esso sussiste, non sulla base della comunicazione aziendale, ma perché previsto dall'art. 24 citato.

Si pongono, a questo punto, quattro problemi: il primo riguarda 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 rispettando la norma, ha proceduto all'assunzione a tempo indeterminato di altro lavoratore per le mansioni già svolte dall'ex dipendente, 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).

Omessa informazione

Per la soluzione della prima questione si potrebbe pensare, unicamente, ad un ricorso al giudice ove il lavoratore lamenti la lesione di un diritto di informazione: in caso di riconoscimento si potrebbe pensare ad una condanna con risarcimento del danno liquidato in via equitativa.

Mancato rispetto del diritto

Per quel che concerne, invece, la risposta al secondo problema si può pensare ad un lavoratore che, provando la lesione del proprio diritto, citi in giudizio il datore di lavoro chiedendo un risarcimento del danno, non potendo invocare la "costituzione forzosa" del rapporto di lavoro. 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 il diniego dell'Inps, se l'assunzione è avvenuta con la fruizione di benefici economici e contributivi, a seguito della violazione dell'art. 31 del D.Lgs. n. 151/2015.

Ambito di operatività

La risposta al terzo quesito è abbastanza semplice: se non vi è una limitazione di natura pattizia (individuale o collettiva), il diritto di precedenza non ha limiti geografici all'interno del territorio nazionale e, quindi, vale anche per altre unità produttive, ovunque ubicate, facenti capo alla stessa impresa.

(1) V. anche Ministero del Lavoro, interpello 12 febbraio 2016, n. 7.

Approfondimenti

Rinuncia nella vigenza del diritto

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 vigenza del diritto, eventuali altre opportunità lavorative di analogo contenuto.

Sanzioni

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

Non sussiste alcuna sanzione specifica, né appare possibile applicare una sanzione simile come quella prevista dal D.Lgs. n. 152/1997, atteso che non è possibile, su questa materia, procedere per analogia. Tuttavia, il datore di lavoro potrebbe essere oggetto, in caso di accesso ispettivo operato dal personale di vigilanza dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro, di una **disposizione ex art. 14 del D.Lgs. n. 124/2004** che, ravvisando come tale inottemperanza possa avere dirette conseguenze su un lavoratore in forza a tempo determinato o su un *ex* dipendente che è ancora nei termini per esercitare il diritto, imponga, entro un termine definito, al datore di lavoro di adeguarsi al dettato normativo inviando una nota al diretto interessato con cui ricordi che l'art. 24 prevede la possibilità di esercitare il diritto di precedenza entro i sei mesi successivi alla fine del rapporto (entro tre per i contratti per attività stagionali). Se il **datore di lavoro non ottempera**, fermi restando il possibile gravame amministrativo al Direttore dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro o giudiziario al Tar, viene irrogata una **sanzione amministrativa** compresa tra 500 e 3.000 euro, non diffidabile.

Criteri di calcolo

Il dettato normativo pone alcune questioni relative al **calcolo** dei **periodi di astensione dal lavoro**.

Ad avviso di chi scrive, gli stessi vanno presi in considerazione soltanto se il contratto stipulato (o, in sommatoria, con precedenti rapporti relativi alle mansioni già svolte) abbia una durata superiore ai sei mesi, non potendo, ovviamente, es-

sere computati, ad esempio, nel caso in cui l'unico contratto abbia una durata di due mesi. La durata contrattuale deve risultare dalla lettera di assunzione: nel calcolo complessivo rientrano anche le eventuali proroghe o "sforamenti" previsti dall'art. 22 del D.Lgs. n. 81/2015.

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 un particolare rilievo l'art. 2103 c.c. che ritiene possibile una utilizzazione "trasversale" all'interno dello stesso livello della categoria legale inquadramento. 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 conclusi *ante tempus* a prescindere dalla causa di risoluzione, l'intermittente, e le prestazioni accessorie *ex art. 54-bis* del D.L. n. 50/2017, oltre, evidentemente, le ipotesi di lavoro non subordinato come le collaborazioni coordinate e continuative.

Finalità

Il diritto di precedenza è 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, D.Lgs. n. 81/2015), correlata sia ad un limite massimo di età per l'instaurazione del rapporto (29 anni e 364 giorni) che all'acquisizione di una qualificazione, secondo la dizione dell'art. 44, comma 1, il quale, peraltro, al successivo art. 47, comma 4, lo ha previsto, senza limiti di età, finalizzato ad una qualificazione o riqualificazione professionale, anche per i disoccupati percettori di una indennità di disoccupazione e per i titolari di un trattamento di Cigs a seguito di un accordo di transizione occupazionale secondo la procedura individuata dall'art. 22-*ter* del D.Lgs. n. 148/2015.

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 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'interpello n. 8/2007 e ripreso, in senso positivo, dall'Inps con messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014, fu emanato in vigore del vecchio art. 49 del D.Lgs. n. 276/2003 ove si parlava di qualificazione e non di "qualifica", termine ripreso nell'art. 44 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. 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 scendere sotto lo stesso. Si **esclude**, invece, che il diritto di precedenza possa essere adempiuto 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 si riferisce 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**: tale principio è stato, più volte, ribadito in sede giudiziale.

Criteri selettivi

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 lega-

ti 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, l'anzianità aziendale, il numero dei rapporti precedenti e, a parità di condizioni, l'età anagrafica.

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, in quanto 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, si riferiscano a situazioni personali o del nucleo familiare, pur essendo oggettivamente apprezzabili, rischiano di creare qualche problema applicativo dovendo "pesare" situazioni tra loro non omogenee.

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, in gran parte, dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 e dalle norme che riguardano la Banca d'Italia, la Consob e le c.d. "Authority") ove l'accesso a tempo indeterminato negli organici avviene, nel rispetto dell'art. 97 della Costituzione, attraverso concorsi o con procedure selettive pubbliche. La stessa Corte di Giustizia europea, che ha "bacchettato" lo Stato italiano, ha affermato che la reiterazione dei contratti a tempo determinato oltre ogni ragionevole limite non è ammissibile e l'Italia deve attrezzarsi, dopo aver riconosciuto un risarcimento del danno la cui quantificazione è rimessa al Giudice di merito, per coprire i posti "in organico" vacanti.