

# Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato

Maurizio Tatarelli *Corte d'Appello Roma, sezione Lavoro*

*Novità per la successione dei contratti, le deroghe, il diritto di precedenza e i limiti quantitativi: così prevede l'articolo 1, commi da 39 a 43, della legge di attuazione del protocollo sul welfare (legge 24 dicembre 2007, n. 247)*

## L'ordinarietà del contratto di lavoro a tempo indeterminato e la natura derogatoria del contratto a termine

È noto che il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 ha modificato radicalmente la normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato, la quale, nell'impostazione dettata dall'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, stabiliva che il contratto di lavoro «si reputa» a tempo indeterminato e individuava tassative ipotesi in cui era possibile instaurare il rapporto con previsione di scadenza, così affermando il carattere eccezionale del medesimo, presupponente l'assenza di un'occasione di lavoro permanente.

Tale rigorosa regolamentazione, inadeguata a favorire il superamento della crisi economica e occupazionale degli anni Ottanta, era stata abbandonata con l'approvazione dell'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, che, consentendo l'apposizione del termine nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi, aveva di fatto eliminato ogni limite normativo all'area di intervento del contratto a termine<sup>(1)</sup>. Permaneva, nondimeno, la necessità di una riforma complessiva sul lavoro a termine, più adeguata alle esigenze produttive delle imprese e a quelle di incremento dell'occupazione, che tenesse conto degli effetti dell'internazionalizzazione dei mercati e della sempre più pressante richiesta di flessibilità. Il legislatore del 2001, nel dare attuazio-

ne alla direttiva comunitaria n. 99/70/Ce del 28 giugno 1999, che prevede, a sua volta, all'art. 1, l'attuazione dell'Accordo quadro comunitario sui contratti a tempo determinato del 18 marzo 1999, e nell'abrogare la previgente normativa, non ha riproposto la norma imperativa sul carattere eccezionale del contratto a tempo determinato, ma all'art. 1, comma 1, ha dettato una norma generale che consente l'apposizione del termine «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», da specificarsi per iscritto a pena di inefficacia. L'opzione per un uso più elastico dell'istituto del lavoro temporaneo è, però, contraddetta dal venir meno della possibilità di attuare assunzioni per causali di tipo esclusivamente soggettivo<sup>(2)</sup>.

La nuova regolamentazione ha immediatamente originato un vivace dibattito dottrinario, incentrato sul quesito se il contratto a tempo determinato possa essere parificato a quello a tempo indeterminato, con conseguente piena fungibilità o equivalenza dei due istituti, o, al contrario, se sia tuttora ancorato al tradizionale assetto fondato sul rapporto di eccezionalità nei confronti del secondo.

La disputa non ha un rilievo solo teorico, in quanto l'adesione all'una o all'altra impostazione comporta soluzioni completamente diverse in merito sia alla struttura dell'istituto, che all'insieme delle norme che lo disciplinano, con immediate ricadute sulla liberalizzazione o meno della stipula del primo contratto a termine e sul sistema sanzionatorio in ipotesi di accertata violazione delle disposizioni in materia. L'alternativa è, sotto il primo profilo, tra il ritenere sufficiente la ricorrenza di una qualsiasi e lecita ragione oggettiva che renda preferibile il lavoro a termine pur in presenza di un'occasione permanente di lavoro nel rispetto del

(1) È incontrovertibile che la norma ha conferito una delega in bianco a favore dei sindacati destinatari, legittimati a prevedere il ricorso al contratto a termine sia per causali di carattere oggettivo, a prescindere dalla natura temporanea o permanente dell'occasione di lavoro, che per ragioni di tipo meramente soggettivo, quali l'età o lo stato di disoccupazione: Cass. 23.8.2006; Cass. 9.8.2006, n. 17957.

(2) Un riferimento ad assunzioni per causali soggettive (giovani al termine del tirocinio e lavoratori di età superiore a 55 anni) è contenuto nell'art. 10, comma 7, del decreto, ma al dichiarato scopo dell'esenzione dal limite quantitativo. È nondimeno controverso se ai fini dell'assunzione sia necessaria una giustificazione oggettiva in conformità alla clausola generale o, invece, se si tratti di assunzioni soggettivamente giustificate. In realtà, l'interpretazione liberale è priva di agganci normativi. Il riferimento ai giovani è venuto meno per effetto del nuovo testo delle lettere c) e d) del comma 7 dell'art. 10 cit. Specifiche fattispecie di assunzioni per ragioni soggettive, previste da leggi previgenti, sono fatte salve dal comma 6 dell'art. 10 cit.

limite quantitativo rimesso all'autonomia collettiva o, invece, tuttora necessaria la temporaneità dell'occasione lavorativa; e, sotto, il secondo profilo, tra l'opzione favorevole alla produzione dell'effetto legale automatico della conservazione del contratto senza termine (cd. conversione a tempo indeterminato ex art. 1419, comma 2) o, all'opposto, l'applicazione del regime della nullità parziale ai sensi dell'art. 1419, comma 1, con conseguente nullità dell'intero contratto ove il datore di lavoro allegghi tempestivamente e provi che non avrebbe negoziato ove avesse saputo che il termine era nullo, salva la garanzia apprestata dall'art. 2126 c.c.<sup>(3)</sup>.

Pone fine al dibattito o, quanto meno, lo orienta fortemente nella direzione più rigorosa la previsione dell'art. 1, comma 39, della legge in commento, che introduce nell'art. 1 del decreto legislativo del 2001 il nuovo comma 01, secondo cui «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Pur non richiamando la presunzione di indeterminatezza del rapporto di lavoro, il nuovo disposto normativo comunque individua come modello contrattuale normale o ordinario il contratto di lavoro senza previsione di scadenza, così confermando che la nuova disciplina non elimina il criterio derogatorio dell'apposizione del termine rispetto alla normalità del lavoro subordinato a tempo indeterminato, quindi il rapporto di regola ed eccezione tra i due istituti, con tutto quel che ne segue sia in ordine alla causalità temporanea del contratto, che in termini di elusione e di frode. In particolare, la richiamata peculiarità implica che la nullità della clausola oppositiva del termine non travolge l'intero contratto, ma, come avveniva nel regime previgente, continua a trovare applicazione l'art. 1419, comma 2, c.c., con conservazione del contratto a tempo indeterminato<sup>(4)</sup>. Esemplificando, se un lavoratore si dimette ed il datore di lavoro si trova nella necessità di disporre delle prestazioni

venute meno, non è consentita un'assunzione a tempo determinato, attesa la ricorrenza di un'occasione permanente di lavoro; il termine eventualmente apposto al contratto è nullo e il rapporto si considera a tempo indeterminato.

L'innovazione rinviene un preciso antecedente nel richiamato Accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato, il quale nella sesta considerazione generale prevede che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», ancorché, poi, nella parte precettiva il principio dell'ordinarietà del contratto a tempo indeterminato per quanto riguarda il primo contratto non sia sancito come regola, tanto è vero che la necessità di «ragioni oggettive» è affermata, dalla clausola 5, comma 1, lett. a), solo con riferimento alla giustificazione del rinnovo del contratto a termine e non anche della stipula del primo. L'impostazione è coerente con la finalità della direttiva che, secondo la clausola 1, comma 1, lett. a) e b), intende garantire «il rispetto del principio di non discriminazione», cioè la parità di trattamento, e prevenire gli «abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato», senza prendere in considerazione il primo ed unico contratto<sup>(5)</sup>, e, quindi, senza porre limiti alla sottoscrizione del medesimo, conseguentemente libera. In effetti, in relazione al primo rapporto la direttiva stabilisce, alla clausola 3, comma 1, solo che «il termine sia determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico»; la precisazione, tuttavia, è finalizzata non ad indicare che a fondamento dell'apposizione del termine debbano esservi necessariamente ragioni oggettive, con esclusione di quelle soggettive, ma solo che, indipendentemente dalle prime, l'esistenza del termine possa essere ricavata da elementi oggettivi, tra i quali anche la previsione della data di cessazione del rapporto<sup>(6)</sup>. In senso più

(3) Si vedano le divergenti opinioni dottrinali su entrambe le questioni, espresse da 25 Autori in *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, a cura di Vallebona, *Supplemento al Massimario di giurisprudenza del lavoro*, ottobre 2006.

(4) Alla stessa conclusione si perviene richiamando l'interpretazione costituzionalmente orientata, sia nella versione più datata (Corte Cost. 11.5.1992, n. 210), secondo cui l'art. 1419, comma 1, c.c. - che sancisce la nullità dell'intero contratto quando sia nulla una clausola essenziale, senza la quale le parti non avrebbero concluso il contratto - non è applicabile quando la nullità della clausola derivi da contrarietà a norme imperative poste a tutela del lavoratore, com'è necessario per evitare che la protezione accordata si tramuti in un pregiudizio; sia nella versione più recente (Corte Cost. 15.7.2005, n. 283), che ammette l'operatività della norma solo quando vi sia il convergente interesse del lavoratore, nel senso che sia certo che senza la clausola nulla anche il lavoratore non avrebbe negoziato.

(5) Corte Giust. Ce 22.11.2005, in causa C-144/04, secondo cui l'art. 5, comma 1, della direttiva non può essere invocato quando sia in contestazione il primo ed unico contratto a termine, in una fattispecie in cui era in contestazione la conformità alla direttiva stessa di un'assunzione per ragioni soggettive legate all'età, consentita dalla legge tedesca; Corte Giust. 4.7.2006, in causa C-212/04.

(6) Carabelli, *Intervento al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto a termine*, Cesri-Luiss, Roma, 22 ottobre 2001, in *www.cgil.it*; Menghini, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/Ce, Patto di Milano*, in *Riv. Giur. lav.*, 2000, I, 595. Nel senso, invece, che la direttiva afferma, *in parte qua*, la necessità che il termine abbia giustificazione in condizioni oggettive, Cass. 21.2.2002, n. 7468; Corte Cost. 7.2.2000, n. 41.

rigoroso è stato evidenziato che, se è vero che dalla clausola 5 non è desumibile alcuna limitazione alla stipulazione del primo contratto di lavoro, essa nondimeno assume rilievo ai fini dell'interpretazione sistematica dell'intero Accordo in materia di contratto a termine, che la direttiva ha recepito integralmente, così rendendo vincolante anche il preambolo. In quest'ultimo è nettamente espressa una preferenza nei confronti del contratto a tempo indeterminato, la quale, insieme all'affermazione della necessità di prevenire gli abusi, può essere letta nel senso dell'istituzione del vincolo per cui anche il primo contratto a termine deve essere stipulato solo in presenza di ragioni oggettive<sup>(7)</sup>.

L'innovazione, poi, recepisce l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e della Corte di Giustizia. Quanto alla prima, nel dichiarare inammissibile il referendum volto ad ottenere, mediante l'abrogazione della legislazione limitativa, la liberalizzazione della stipulazione dei contratti a termine, la Corte Costituzionale ha evidenziato come la direttiva subordini la sottoscrizione di un contratto a tempo determinato a fondamentali cautele, consistenti nella ricorrenza di una ragione giustificatrice oggettiva, nel divieto di trattamenti discriminatori, nell'adozione di disposizioni volte a prevenire abusi nella reiterazione del contratto<sup>(8)</sup>. Quanto alla seconda, la S.C. ha immediatamente ritenuto che anche nel mutato contesto normativo il termine costituisce deroga al generale principio secondo cui il contratto di lavoro, per sua natura, è normalmente privo di predeterminazione temporale<sup>(9)</sup>. Infine, la Corte di Giustizia ha evidenziato che la stabilità del lavoro rappresenta un elemento portante della tutela dei lavoratori, mentre solo in alcune circostanze i contratti a tempo determinato rispondono alle esigenze delle due parti<sup>(10)</sup>.

In conclusione, guardata dal lato delle aspettative delle imprese e della finalità di incremento dell'occupazione, ancorché atipica, l'attuale legislazione sulle assunzioni a tempo determinato rappresenta un evidente arretramento rispetto alla previgente normativa come evoluta nel tempo, priva di limitazioni di tipo soggettivo e oggettivo diverse dalla clausola di contingentamento; limiti quantitativi, peraltro, caratterizzano anche la disciplina vigente. Un ruolo determinante sull'orientamento del legi-

slatore, nonché della dottrina e della giurisprudenza, ha svolto la direttiva europea, ritenuta incompatibile anche in relazione alla prima assunzione con una regolamentazione del lavoro temporaneo più coerente con le esigenze di flessibilità e di competitività nell'economia globalizzata.

### La successione dei contratti a tempo determinato: il limite temporale dei 36 mesi e la conversione del contratto

Il decreto del 2001, mentre ha previsto il vincolo di temporaneità di tre anni ove venga attuata una proroga del contratto, non pone alcuna restrizione in ordine alla durata complessiva dei contratti in presenza di successive assunzioni a tempo determinato aventi la medesima causale o causali differenti, avvenute nel rispetto dei termini dilatori formalizzati nell'art. 5. Limitazioni di durata neppure sussistono con riferimento ad un singolo contratto, ove non sia in discussione la proroga; solo per i dirigenti, la cui assunzione a termine è libera, è previsto dall'art. 10, comma 4, il limite di durata quinquennale del contratto, con facoltà di recesso dopo un triennio.

In particolare, la prosecuzione del rapporto in via di fatto, alla prima scadenza come in quella risultante dalla proroga legittimamente attuata, è disciplinata dai commi 1 e 2 dell'art. 5, che prevedono conseguenze diverse, modulate in misura direttamente proporzionale alla gravità della violazione commessa. Il datore di lavoro ha l'obbligo di corrispondere per ogni giorno di protrazione dell'attività lavorativa una maggiorazione della retribuzione, pari al 20%, sino al decimo giorno, al 40%, per i giorni successivi<sup>(11)</sup>. La conseguenza rimane esclusivamente pecuniaria ove il rapporto venga a cessare entro il 20° giorno, se il contratto a termine aveva durata inferiore a sei mesi, o entro il 30° giorno, negli altri casi di durata pari o maggiore. Viceversa, ove il lavoro prosegue oltre il 20° ed il 30° giorno, si verifica la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato a far tempo, rispettivamente, dal 21° o dal 31° giorno. In tal caso viene meno il diritto alla maggiorazione. Dunque, la conversione opera *ex nunc*, con applicazione per il periodo successivo dell'ordinario trattamento retributivo. Ne consegue che per il primo rapporto e successivi giorni di prosecuzione il lavora-

(7) Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dri*, 2003, 237; Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in *www.cgil.it*.

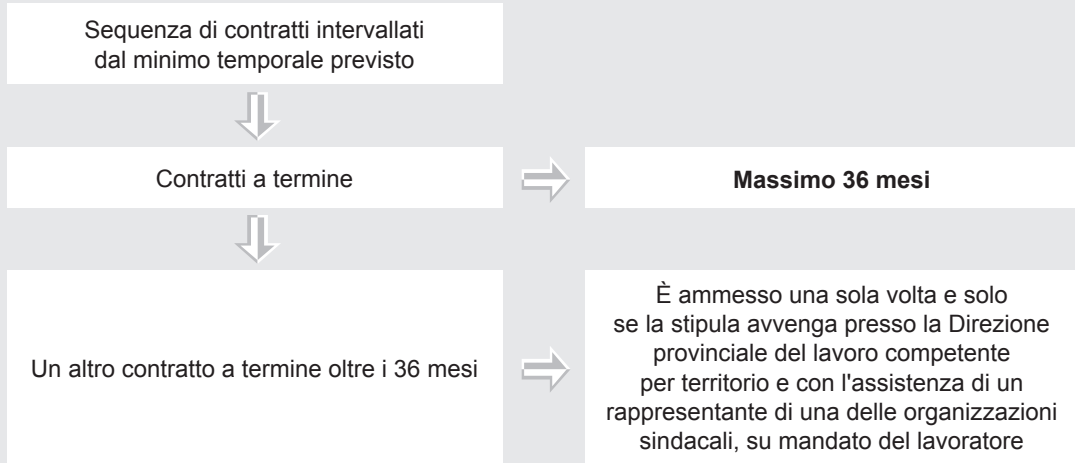
(8) Corte Cost. 7.2.2000, n. 41.

(9) Cass. 21.2.2002, n. 7468.

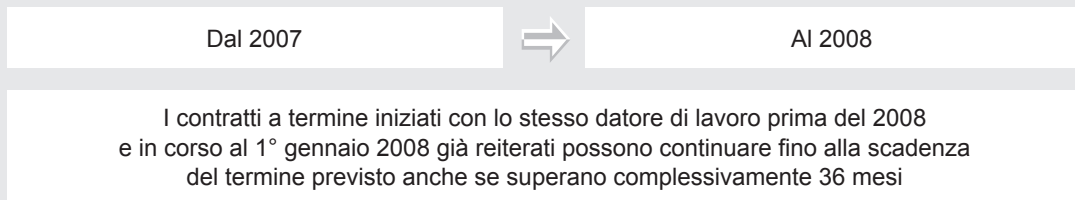
(10) Corte Giust. Ce 4.7.2006, in causa C-212/04; Corte Giust. Ce 22.11.2005, in causa C-144/04.

(11) È controversa in dottrina la natura risarcitoria o retributiva della maggiorazione, affermata, la prima, sull'assunto che essa sanziona un comportamento vietato, la seconda, sull'inesistenza di profili di illiceità.

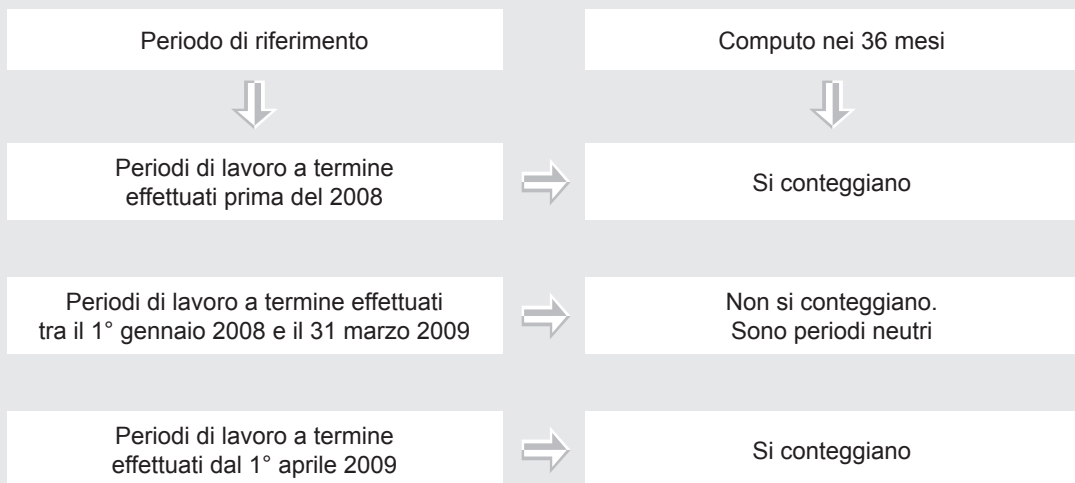
### Successione di contratti a termine intervallati dal periodo minimo richiesto (10 o 20 giorni)



### Periodo transitorio: deroga



### Computo dei 36 mesi per chi ha già lavorato a termine con lo stesso datore di lavoro prima del 2008



P.G.

tore ha titolo alla liquidazione del Tfr, ma non può avvalersi, in relazione al secondo, dei benefici connessi all'anzianità di servizio.

A sua volta, la riassunzione del medesimo lavoratore a tempo determinato, fermo restando il concorso delle ordinarie condizioni formali e sostanziali di legittimità, è consentita, secondo la previsione del comma 3 dell'art. 5 del decreto, solo dopo un intervallo di dieci o di venti giorni dalla scadenza del precedente contratto che abbia avuto durata, rispettivamente, fino a sei mesi o superiore; se, invece, la riassunzione avviene entro i dieci o i venti giorni, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato, opera, quindi, la conversione *ex nunc*, con gli effetti sopra richiamati. Se, poi, la riassunzione viene disposta senza soluzione di continuità, la conversione legale opera *ex tunc*, ai sensi del comma 4. Riferendosi la norma all'assunzione e non all'inizio della prestazione lavorativa, i termini in questione devono essere computati con riferimento alla formalizzazione del rapporto.

Infine, la proroga del contratto, cioè la sua prosecuzione per accordo delle parti, è legittima, secondo la previsione dell'art. 4 del decreto, se concorrono alcune condizioni: consenso del lavoratore; unicità della proroga; giustificazione in ragioni oggettive e finalizzazione al disimpegno della stessa attività lavorativa; durata complessiva del contratto, inclusa la proroga, non superiore a tre anni, con conseguente inammissibilità del ricorso all'istituto se il primo contratto aveva durata pari o superiore al triennio<sup>(12)</sup>. È, invece, irrilevante la circostanza che la proroga risulti più lunga del contratto originario. La legge non richiede l'atto scritto che, però, costituisce per il datore di lavoro strumento prezioso per provare in un'eventuale fase contenziosa che non è stata realizzata una mera protrazione del rapporto in via di fatto.

Il comma 4-bis, inserito dall'art. 1, comma 40, della legge integra la disciplina della reiterazione del contratto a termine, introducendo nell'ordinamento una nuova ipotesi di conversione del contratto a tempo indeterminato con effetti *ex nunc*. Essa ricorre quando a causa del riproporsi tra le stesse parti di contratti a termine per il disimpegno di mansioni equivalenti, il prestatore abbia lavorato per più di 36 mesi, ivi inclusi i periodi di proroga, quale che sia l'ampiezza degli intervalli tra i vari contratti. Viene in tal modo formalizzato il limite temporale massimo entro il quale, nel concorso delle altre

condizioni di legge, possono essere legittimamente reiterati i contratti a tempo determinato con riferimento al disimpegno di mansioni equivalenti o, anche, delle mansioni originarie, come a maggior ragione deve ritenersi in via interpretativa; con l'effetto che il superamento del limite comporta la costituzione tra le parti *ex nunc* di un rapporto a tempo indeterminato, alla stregua dell'integrazione introdotta nel comma 2 dell'art. 5 del decreto.

Il rigore della previsione è temperato dalla formalizzazione della possibilità di stipulare, in deroga, un successivo e ultimo contratto a termine, purché la sottoscrizione avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro ed il lavoratore sia sindacalmente assistito. Senonché, non si comprende perché il lavoratore dovrebbe preferire una nuova occupazione precaria alla possibilità di agire in giudizio per farsi riconoscere l'intervenuta conversione. Né sono esplicitate le conseguenze da ricollegare all'eventuale adesione del prestatore rispetto alla possibilità di far valere la conversione. Tale possibilità permane<sup>(13)</sup> o è preclusa dalla novazione legale conseguente alla stipula dell'ulteriore contratto?<sup>(14)</sup> D'altra parte, il riferimento ad un «ulteriore successivo contratto» - laddove per «contratto successivo» non può che intendersi quello sottoscritto a termine massimo ormai maturato - esclude altre opzioni interpretative, quale quella di ritenere che il legislatore abbia inteso formalizzare la possibilità di stipulare prima della maturazione del limite dei 36 mesi un ultimo contratto che conduca, in deroga, al superamento del limite stesso. Va aggiunto che la durata del nuovo contratto non rientra nella disponibilità delle parti, tenute a recepire, nel limite massimo, le indicazioni risultanti da avvisi comuni emessi dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; ne consegue che prima dell'adozione di tali avvisi non è consentita alcuna ulteriore contrattazione. La norma precisa, infine, che la conversione si verifica, oltre che nel caso di superamento del termine fissato nel nuovo contratto, quando non venga rispettata la procedura che consente la deroga e, quindi, sostanzialmente, se il contratto non venga siglato nella sede privilegiata o sia sottoscritto dal lavoratore senza le prescritte cautele o in difformità dalle medesime o contempli una durata superiore a quella risultante dagli avvisi comuni o intervenga prima dell'adozione degli avvisi medesimi.

(12) Quest'ultima possibilità, cioè l'assunzione per un periodo ultratriennale, è venuta meno per effetto dell'innovazione normativa infra esposta.

(13) Cass. 20.4.1998, n. 4003; Cass. 19.3.1990, n. 2261.

(14) Arg. ex Cass. 20.4.1998, n. 4003.

Dunque, durante la vita lavorativa di ciascun prestatore è vietata la sottoscrizione di contratti a termine con la stessa controparte datoriale che, sommati nella durata comprese le eventuali proroghe, superino i 36 mesi di anzianità lavorativa. La limitazione non si applica ai dirigenti, in forza dell'esclusione che apre il nuovo comma 4 dell'art. 10, e riguarda, come già detto, le assunzioni a termine per lo svolgimento di mansioni almeno equivalenti; sono pertanto irrilevanti i contratti che prevedano il disimpegno di mansioni d'altro tipo. Rilievo centrale acquista allora, la definizione del concetto di equivalenza, in relazione al quale non può che valere la nozione dettata dall'art. 2103 c.c. Com'è noto, secondo l'impostazione tradizionale, affinché il requisito possa ritenersi esistente non è sufficiente la mera equivalenza oggettiva e retributiva, cioè l'inclusione delle precedenti e nuove mansioni in un medesimo livello di inquadramento, ancorché ciò comprovi l'assimilabilità dei servizi svolti nell'ambito dell'organizzazione produttiva: la categoria contrattuale o legale, infatti, normalmente ricomprende, ai fini del trattamento retributivo e normativo, prestazioni di contenuto e valore eterogenei. È necessaria, pertanto, anche l'equivalenza soggettiva, la quale presuppone che le nuove mansioni consentano di utilizzare e perfezionare il corredo di nozioni, abilità ed esperienze acquisite nella precedente fase del rapporto, così da assicurare la possibilità di miglioramento delle capacità lavorative ed il mantenimento di una linea di crescita professionale continua ed omogenea, da escludere quando le nuove mansioni impongano l'acquisizione e l'utilizzazione di una professionalità nuova o diversa<sup>(15)</sup>. Ulteriori implicazioni potranno scaturire dalle recenti acquisizioni circa la legittimità delle clausole collettive di fungibilità delle mansioni, cioè delle norme pattizie che, collocando plurime mansioni, anche di diverso livello ma con un nucleo di omogeneità ed affinità, nella stessa qualifica, consentono al datore di lavoro di indirizzare il lavoratore indifferentemente in tali mansioni<sup>(16)</sup>. È evidente l'interesse del lavoratore a sostenere la legittimità della determinazione collettiva.

Quanto agli oneri probatori, grava sul lavoratore l'onere di allegare e provare sia la durata superiore al triennio dei rapporti intercorsi, che il disimpegno in tale periodo delle originarie mansioni o di mansioni equivalenti, trattandosi dei fatti costitutivi della domanda azionata. Per la stessa ragione con riferimento alla previgente regolamenta-

zione è a carico del lavoratore l'onere della prova della riassunzione operata in violazione dell'intervallo minimo di legge ovvero della prosecuzione in via di fatto del rapporto e della relativa durata. Grava, invece, sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la ricorrenza delle condizioni che consentono la proroga, secondo l'espressa previsione dell'art. 4 del decreto.

#### Le attività esentate dal limite temporale

Il comma 4-ter attenua gli effetti limitanti conseguenti alla previsione della durata massima dell'utilizzazione con contratto a termine, da un lato escludendo dal campo di applicazione le attività stagionali ricomprese nel Dpr 7 ottobre 1963, n. 1525 e successive integrazioni, per le quali, quindi, la reiterabilità dei contratti a termine non ha limiti complessivi di durata; dall'altro, conferendo alle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative la legittimazione a prevedere, in sede di adozione degli avvisi comuni o nell'ambito dei contratti collettivi nazionali di lavoro, le ulteriori attività per le quali parimenti non opera la nuova restrizione.

#### Il diritto di precedenza nella riassunzione

Il comma 4-quater istituisce *ex lege* il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato a favore dei lavoratori a termine, così superando la precedente regolamentazione, che all'art. 10, comma 9, del decreto - ora abrogato unitamente al comma successivo che completava la disciplina - rimetteva l'individuazione di tale diritto ai contratti collettivi nazionali per le stesse ipotesi già previste dall'art. 23 della legge n. 56/1987, nel testo sostituito dall'art. 9-bis, comma 1, Dl n. 148/1993, convertito nella legge n. 236/1993. La precedenza è riconosciuta nel concorso delle seguenti condizioni: a) il lavoratore deve vantare un'anzianità di lavoro di oltre 6 mesi, anche conseguente a più contratti a termine, presso l'azienda che procede all'assunzione; b) quest'ultima deve avvenire a tempo indeterminato per l'espletamento delle stesse mansioni oggetto dei precedenti rapporti; c) la sottoscrizione del nuovo contratto deve cadere entro 12 mesi dal raggiungimento della richiamata anzianità di servizio. Il riferimento alle «stesse mansioni» impone di ritenere estranee alla previsione quelle solo equivalenti, ancorché ricomprese nello stesso inquadramento, sia con riferimento all'utilizzazione pregressa del prestatore, che alla successiva assunzione.

(15) Cass. 12.1.2006, n. 425; Cass. 12.4.2005, n. 7453.

(16) Cass., S.U., 24.11.2006, n. 25033; Cass. 7.3.2007, n. 5230.

Il comma 4-*quinquies* detta una disciplina differenziata a vantaggio del lavoratore assunto per lo svolgimento di attività stagionali, cui è riconosciuto il diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a tempo determinato da parte dello stesso datore di lavoro, indotte dalla stagionalità. Rispetto all'ipotesi precedente, il diritto ha un'estensione più ampia: non è richiesta un'anzianità di lavoro minima e manca l'inerenza alle stesse mansioni, rilevando solo la natura stagionale dell'attività che ha giustificato la prima assunzione e che rende necessaria la successiva.

Infine, il comma 4-*sexies* precisa che in entrambi i casi il diritto di precedenza presuppone che il lavoratore manifesti la propria volontà al datore di lavoro, rispettivamente, entro sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto. In ogni caso, il diritto di precedenza ha durata di un anno, opera, cioè, limitatamente alle assunzioni intervenute entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro. Ove ricorra la prima ipotesi, a fini suddetti deve farsi riferimento alla data di cessazione del rapporto nel corso del quale è maturata l'anzianità di servizio.

La generalizzazione della facoltà di assunzione diretta consente di ritenere che la norma abbia come destinatario il datore di lavoro, così attribuendo al lavoratore un diritto soggettivo che può essere fatto valere direttamente nei confronti del primo. La previsione del diritto di precedenza pone numerosi problemi, relativi alle conseguenze dell'inottemperanza, all'ambito territoriale di operatività del diritto, agli obblighi accessori, strumentali al corretto adempimento. In ordine al primo, poiché la prelazione si risolve nel diritto alla conclusione del contratto di lavoro, i cui estremi, normativamente fissati in ordine all'inquadramento, sono per gli altri aspetti già noti alle parti, deve ritenersi consentito il rimedio dell'esecuzione specifica previsto dall'art. 2932 c.c., salva la responsabilità risarcitoria per omessa, tempestiva, assunzione: è, infatti, acquisito che la sentenza costitutiva può essere pronunciata in tutti i casi di obbligo di prestare il consenso, al fine del trasferimento o della costituzione di un diritto, allorché risultino determinati ed accertati tutti gli elementi ed i presupposti del contratto da concludere<sup>(17)</sup>. Quanto all'ambito territoriale di operatività, il diritto deve essere circoscritto all'unità produttiva di utilizzazione, apparendo oggettivamente meno giustificato il riferimento all'intera azienda o alle unità produttive localizzate sul territorio comunale. Quanto agli obblighi accessori, per rendere effettivo

l'esercizio del diritto, il datore di lavoro è tenuto a contattare direttamente il lavoratore. Non giustifica l'inadempimento datoriale, assumendo rilievo unicamente sotto il profilo della risoluzione dei conflitti di priorità, la circostanza del reperimento di altra occupazione, spettando al solo lavoratore la valutazione dell'interesse ad accettare o rifiutare la nuova opportunità occupazionale, normativamente prevista. Più problematico è il profilo relativo all'individuazione dei criteri cui il datore di lavoro deve attenersi per l'individuazione del dipendente da preferire allorché i titolari del diritto siano in numero superiore a quello delle assunzioni da effettuare. Appare corretto ritenere che i conflitti di priorità debbano essere risolti, per superare l'ostacolo dell'inesistenza di una normativa legale o convenzionale che ponga limiti al potere datoriale, così consentendo al giudice di sanzionarne l'eventuale violazione, facendo ricorso agli obblighi generali di correttezza, buona fede e non discriminazione nella scelta: in tanto le decisioni datoriali possono ritenersi legittime, in quanto siano avvenute sulla base di criteri di selezione rispondenti a principi di ragionevolezza e sensibilità sociale.

### Il regime transitorio

Il comma 43 dell'art. 1 della legge conferma, alla lettera *a*), la scadenza secondo le originarie previsioni dei contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge, anche qualora venga superato il limite temporale complessivo dei 36 mesi introdotto dal comma 4-*bis* dell'art. 5. Più complesso è il disposto della lettera *b*) che, sempre con riferimento al limite di durata massima dei 36 mesi, sancisce la computabilità dei periodi di lavoro a termine precedenti l'entrata in vigore della legge, unitamente a quelli successivi, una volta decorsi 15 mesi da tale vigenza. Dunque, trascorsi 15 mesi dall'entrata in vigore della legge, alla durata dei contratti a termine conclusi dopo tale periodo si aggiunge quella risultante dai contratti precedenti; ciò significa che i contratti sottoscritti entro i 15 mesi hanno rilievo solo per il futuro, mentre quelli conclusi dopo si sommano con tutti i contratti, anteriori e successivi all'entrata in vigore della legge. Altrimenti detto, le assunzioni a termine avvenute nei primi 15 mesi di vigenza della legge non concorrono con le precedenti e non possono portare al superamento del limite massimo di durata; se, però, si verificano assunzioni a tempo determinato oltre i 15 mesi, la sommatoria riguarda tutti i contratti, indipendentemente dall'epoca di sottoscrizione.

(17) Cass. 2.6.1998, n. 5415; Pret. Milano 3.7.92, in *Dpl*, 1992, 3217.