

I contratti collettivi sono cioè abilitati a individuare direttamente i contenuti di tali informazioni. Il diritto delle rappresentanze di riceverle non ha perciò fonte legale ma collettiva. Si tratta allora, ancora una volta in piena continuità con la direttiva, di una possibilità rimessa all'apprezzamento delle parti sindacali. *Nulla quaestio*, perciò, nell'ipotesi in cui i contratti collettivi non definiscono modalità e contenuti delle informazioni da rendere⁴⁸.

Il mancato rispetto di un obbligo di informazione stabilito dal contratto collettivo, viceversa, può integrare un'ipotesi di condotta antisindacale ex art. 28 della legge n. 300/1970. Non può escludersi che questo medesimo fatto fondi una richiesta di risarcimento danni da parte della rappresentanza che vi abbia interesse, pur trattandosi di una possibilità residuale e difficilmente praticabile.

Con riferimento al comma 2 dell'art. 9 va chiarito che il riferimento alle "rappresentanze dei lavoratori" non sembra consentire limitazioni di sorta, potendo riferirsi sia a rappresentanze interne sia alle strutture esterne⁴⁹.

È infine opportuno evidenziare, in linea generale, la rilevanza strategica della funzione attribuita alle parti collettive, nell'opera di definizione delle modalità (ex comma 1) ovvero anche dei contenuti delle informazioni (ex comma 2) da rendere, separatamente, a favore delle rappresentanze e dei destinatari individuali.

4. Il diritto di precedenza

L'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, commi 4-*quater*, 4-*quinquies*, 4-*sexies*, prevede la disciplina del diritto di precedenza nelle nuove assunzioni attribuito ai lavoratori che siano stati già occupati con contratto di lavoro a termine alle dipendenze dello stesso datore di lavoro. Tale disciplina è l'esito di una complessa evoluzione normativa che, da ultimo, ha visto l'intervento del recentissimo d.l. 20 marzo 2014, n. 34 (convertito in legge 16 maggio 2014, n. 78). Precedentemente, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, il diritto di precedenza rientrava tra le tutele legali accordate ai lavoratori occupati con contratto di lavoro a termine nelle attività di carattere stagionale o in occasione delle c.d. "punte stagionali" di attività. L'art. 23 della legge n. 56/1987⁵⁰,

⁴⁸ V. però parz. *contra* D. MEZZACAPO, *Op. ult. cit.*, 101, che valorizza l'utilizzo dell'indicativo nel comma 2 dell'art. 9, in parallelo con il comma 1, per sostenere un ampliamento dello "spazio operativo" nell'opera legislativa di traduzione della direttiva.

⁴⁹ A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., 361 ss., *ivi* 427.

⁵⁰ Sul diritto di precedenza nella legge n. 56/1987 v. L. MENGHINI, *La precedenza nelle riassunzioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2000, 167 ss.

infatti, concedeva, per i lavoratori che fossero stati assunti a termine per tali attività, il diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica, a condizione che manifestassero la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto.

Il comma 9 dell'art. 10 dell'originario d.lgs. n. 368/2001 era intervenuto a ridefinire la disciplina dell'istituto, sostituendo le precedenti previsioni ed abrogando altresì ogni altra disposizione incompatibile con il nuovo quadro regolamentare. In virtù di quanto disposto dall'art. 10, comma 9, il diritto di precedenza veniva affidato alla contrattazione collettiva, stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale. Pertanto, era stato rimesso completamente alla contrattazione collettiva il compito di decidere se attribuire ai lavoratori, assunti con contratto a tempo determinato, un diritto di precedenza nelle assunzioni presso il medesimo datore di lavoro e per la medesima qualifica⁵¹. Il diritto in questione, anche se previsto da fonte collettiva, si estingueva per espressa previsione legislativa entro un anno dalla cessazione del rapporto di lavoro ed il lavoratore, per esercitarlo, doveva manifestare la sua volontà in tal senso al datore di lavoro entro tre mesi dalla cessazione del rapporto. Sia da parte della dottrina che della giurisprudenza sono stati sollevati dubbi riguardo la legittimità costituzionale di tale disciplina (art. 10, commi 9, 10 e 11, d.lgs. n. 368/2001) sotto un duplice profilo: in primo luogo, essa avrebbe comportato un arretramento sul piano delle tutele per i lavoratori a tempo determinato in quanto il diritto di precedenza non sarebbe stato più previsto dalla legge bensì dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza di una possibile violazione della clausola di non regresso. Tale clausola impedisce, infatti, che il legislatore nazionale con i suoi provvedimenti possa ridurre il livello di tutela nell'ambito delle materie coperte dall'accordo; Inoltre, non vi era traccia nella direttiva della necessità di vietare il diritto di precedenza né di dettarne una diversa disciplina. Pertanto, la disciplina in questione era frutto della volontà esclusiva del legislatore delegato in assenza totale di delega.

La Corte costituzionale, intervenendo sul punto con sentenza 4 marzo 2008, n. 44⁵², ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, commi 9 e 10, nonché dell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 nella parte in cui abroga l'art. 23, comma 2, legge 28 febbraio 1987, n. 56 e dell'art. 11, comma 2, nella

⁵¹ A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., 324.

⁵² La Corte costituzionale si è pronunciata con sentenza 4 marzo 2008, n. 44, in *Lav. giur.*, 4, 2008, 369 ss. con nota di V. DE MICHELE, *Improvvisa decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*; A. ANDREONI, *Contratto a termine e diritto di precedenza: l'onda lunga della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 334.

parte in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all'art. 23, comma 2, legge 28 febbraio 1987, n. 56.

La Corte, nella pronuncia del marzo 2008, chiarisce che la clausola di non regresso riguarda esclusivamente il fenomeno della successione dei contratti a tempo determinato ed il principio di non discriminazione del lavoratore assunto a tempo determinato. Pertanto, la Corte considera illegittima l'abrogazione dell'art. 23 della legge n. 56/1987, da parte del d.lgs. n. 368/2001 per eccesso di delega e non per violazione della clausola di non regresso. Il legislatore delegato, infatti, avendo disciplinato il diritto di precedenza in assenza totale di delega, ha compiuto tale scelta in violazione dell'art. 77, comma 1, Cost.

Senonché, tale pronuncia era stata preceduta da un intervento dello stesso legislatore che con l'art. 5, comma 4-*quater*, introdotto ad opera dell'art. 1, comma 40, legge n. 247/2007, ha disposto una formulazione più ampia e di maggiore tutela per i lavoratori prevedendo che il diritto di precedenza non sia più rimesso alla contrattazione collettiva nazionale, ma operi per espressa previsione legislativa. Pertanto, il nuovo testo, seppur facendo salve «diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (così come previsto dal d.l. n. 112/2008), prevede un diritto di precedenza di fonte legale immediatamente operativo al contrario di quanto previsto dal testo originario del d.lgs. n. 368/2001.

Passando all'analisi del testo legislativo tuttora vigente, l'art. 5, comma 4-*quater*, prevede un primo caso di diritto di precedenza accordato a tutti i lavoratori a termine, esclusi i lavoratori stagionali, che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbiano prestato la propria attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi. Il diritto di precedenza, in tal caso, opera limitatamente alle assunzioni a tempo indeterminato che il datore di lavoro effettuerà nell'arco dei 12 mesi successivi alla scadenza dell'ultimo contratto a termine ed in riferimento alle mansioni già espletate dal lavoratore stesso. Inoltre, va evidenziato che l'esercizio del diritto di precedenza presuppone una manifestazione di volontà da parte dello stesso lavoratore entro sei mesi dalla cessazione del contratto a termine.

L'art. 5, comma 4-*quinqüies* prevede una ulteriore ipotesi di diritto di precedenza a favore dei lavoratori stagionali nel caso in cui lo stesso datore di lavoro effettui nuove assunzioni a termine, per le medesime attività stagionali, entro 12 mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

In quest'ultimo caso il diritto di precedenza va esercitato entro tre mesi anche se, a differenza della precedente ipotesi, non è richiesta una anzianità di lavoro e non vi è riferimento alle mansioni espletate dal lavoratore, bensì genericamente all'attività stagionale.

Da ultimo va ricordato che l'istituto del diritto di precedenza ha dato origine a contrasti di opinione, sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale, in ordine alle possibili conseguenze derivanti dalla sua violazione. La norma, infatti, nulla prevede riguardo ai rimedi posti a disposizione del lavoratore nei casi di mancato rispetto del diritto in questione.

Parte della dottrina ha ipotizzato la possibile costituzione *ope iudicis* del rapporto di lavoro secondo il disposto dell'art. 2932 c.c. «... atteso che tutti gli elementi necessari per la determinazione del contenuto del contratto dovrebbero essere agevolmente ricostruibili dal precedente contratto di lavoro, integrato, per quanto di ragione, dalle specifiche prescrizioni legali»⁵³.

Tuttavia, la possibilità di tale tutela in forma specifica viene esclusa da altra parte della dottrina secondo cui la violazione darebbe luogo al solo risarcimento del danno. Quest'ultima tesi ha ricevuto l'autorevole avallo della giurisprudenza della Corte di Cassazione⁵⁴ che ha stabilito che «il diritto ad essere preferito non è assistito dalla tutela in forma specifica (ai sensi dell'art. 2932 c.c.) perché si tratta, non già di un diritto, sia pure condizionato, alla stipulazione di un contratto di lavoro, ma soltanto del diritto ad essere preferito, come contraente, nel caso in cui il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni».

Infine, va segnalato che lo stesso d.l. n. 34/2014 convertito in legge n. 78/2014 è intervenuto in materia di diritto di precedenza. Il nuovo art. 5 al comma 4-*quater* precisa che «fermo restando quanto già previsto dal presente articolo per il diritto di precedenza, per le lavoratrici il congedo di maternità di cui all'art. 16, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, con le stesse modalità di cui al primo comma, il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine»⁵⁵. Va evidenziato che, stante la struttura della norma, tale disposto trova applicazione solamente per il diritto di precedenza di cui al comma 4-*quater* con esclusione, pertanto, dei lavoratori assunti per attività stagionali. Inoltre, alle predette lavoratrici è riconosciuto un diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro en-

⁵³ G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 649.

⁵⁴ Si veda Cass. 26 agosto 2003, n. 12505, in *Mass. giust. civ.*, 2003, 7-8.

⁵⁵ Sul punto, v. G. ZILIO GRANDI-M. SFERRAZZA, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 220/2014*, 15 ss.

tro i successivi 12 mesi con riferimento alle mansioni già svolte nel corso dei precedenti contratti a termine.

Da ultimo va segnalato che la modifica dell'art. 5, comma 4-*sexies*, da parte del predetto d.l. n. 34/2014, come convertito, aggiunge il seguente periodo «il diritto di precedenza di cui ai commi 4-*quater* e 4-*quinquies* deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'art. 1, comma 2».

Tale disposizione mira a chiarire che l'obbligo di informazione che grava sul datore di lavoro deve considerarsi assolto con il richiamo del diritto in questione nello stesso documento contenente il nuovo contratto di lavoro, non essendo richiesta la consegna di un documento apposito.

5. Infortunio, malattia e maternità

Infortunio, malattia, gravidanza e puerperio rientrano tra le principali cause di sospensione del rapporto di lavoro subordinato. Ai sensi dell'art. 2110, comma 2, c.c., quando si verifica uno di tali eventi, il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto di lavoro per un periodo di tempo fissato dalla legge, dalla contrattazione collettiva, dagli usi o secondo equità⁵⁶.

In assenza di una precisa indicazione del legislatore, giurisprudenza e dottrina prevalenti – valorizzando il principio di non discriminazione sancito dalla direttiva 1999/70 e recepito nell'ordinamento interno⁵⁷ – hanno optato per una interpretazione estensiva della citata norma che trova applicazione anche ai rapporti a tempo determinato, pur con gli opportuni adattamenti imposti dalla peculiarità della fattispecie contrattuale in esame.

In particolare, se il lavoratore assunto a tempo determinato incorre in una delle ipotesi contemplate dall'art. 2110 c.c. il rapporto di lavoro resta sospeso, ma si estingue alla scadenza del termine finale originariamente pattuito⁵⁸. In al-

⁵⁶ Per una diffusa trattazione dell'istituto della sospensione del rapporto di lavoro v. R. DEL PUNTA, *Cause di sospensione della prestazione lavorativa*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., 1908 ss.; G. ZILIO GRANDI, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007, 485 ss.

⁵⁷ L'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001, dispone che «Al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine». Sul principio di non discriminazione v. E. GIORGI, *Il principio di non discriminazione*, in questo capitolo, *supra*, § 1.

⁵⁸ Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza con riferimento alla sospensione del rap-

tre parole, l'eventuale persistenza dell'evento che aveva causato la sospensione non implica il differimento del termine inizialmente apposto al contratto.

Diversamente, nei rapporti di lavoro a termine caratterizzati da una esigenza formativa, quali l'apprendistato⁵⁹ e il contratto di formazione e lavoro⁶⁰, se il termine scade durante il periodo sospensione ne è ammessa la prorogabilità, al fine di consentire la realizzazione della finalità formativa.

Inoltre, secondo parte della giurisprudenza, in assenza di una specifica previsione collettiva, il c.d. periodo di comporta nei rapporti di lavoro a tempo determinato deve essere individuato facendo ricorso all'intervento equitativo del giudice il quale deve tenere conto non solo dell'anzianità di servizio, ma anche della durata complessiva del rapporto⁶¹.

Oltre al diritto alla conservazione del posto, durante la sospensione del rapporto, al lavoratore spetta, ai sensi dell'art. 2110, comma 1, c.c., la retribuzione o una indennità. Tale trattamento grava sui competenti enti previdenziali o sul datore che in ogni caso è, di regola, chiamato ad anticipare l'eventuale indennità di cui è onerato l'ente (salvo successivo conguaglio), nonché a integrarla secondo le previsioni dei contratti collettivi.

Il prestatore di lavoro assunto a tempo determinato mantiene la tutela di carattere economico anche quando il rapporto si estingue a seguito dello spirare del termine. In particolare, ai sensi dell'art. 24, comma 1, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, «la risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine»⁶² che si verifichi durante il periodo di congedo obbligatorio di maternità non pregiudica il diritto della lavoratrice madre a percepire la relativa indennità⁶³.

Analoga garanzia è riconosciuta al lavoratore padre, *ex art. 57*, comma 2, d.lgs. n. 151/2001. La norma, pur espressamente rivolta ai soli lavoratori padri dipendenti da pubbliche amministrazioni, si ritiene debba essere applica-

porto di lavoro a termine quando il lavoratore presti servizio militare, v. Cass. 10 novembre 1998, n. 11335, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 629 ss.

⁵⁹ V. art. 2, lett. b), d.lgs. n. 167/2011.

⁶⁰ V. Corte cost. 8 aprile 1993, n. 149, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 148 cui si è uniformata la gran parte della giurisprudenza successiva che, in alcuni casi, tuttavia, ha escluso che dall'evento sospensivo potesse derivare l'automatico slittamento del termine, rimettendo al prudente apprezzamento del giudice la possibilità di ricorrere o meno all'istituto della proroga. V. Cass. 28 marzo 1997, n. 2822, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 399.

⁶¹ V. in questo senso Trib. Torino 8 giugno 2002, in *Giur. piem.*, 2003, 54 ss.

⁶² La risoluzione del rapporto per scadenza del termine rientra tra le ipotesi tassativamente individuate dall'art. 54, comma 3, d.lgs. n. 151/2001, in presenza delle quali la legge consente di derogare al divieto (sancito, a pena di nullità, al comma 1 della medesima disposizione) di licenziamento della lavoratrice madre dall'inizio della gravidanza sino al compimento di un anno di età del bambino.

⁶³ L'indennità di maternità, *ex art. 22*, comma 1, d.lgs. n. 151/2001, è pari all'80% della retribuzione ed è posta a carico dell'INPS.

Jobs Act e contratto
a tempo determinato

Atto I

a cura di

Giuseppe Santoro-Passarelli



G. Giappichelli Editore – Torino