

# Le Circolari della Fondazione Studi

n. 16 del 22 luglio 2014

## **Il diritto di precedenza tempo determinato alla luce delle modifiche apportate dalla L. 78/2014**

Tra le molte novità introdotte dal D.L. n. 34/2014, così come convertito con modifiche in L. n. 78/2014, vi è anche una revisione abbastanza ampia del diritto di precedenza collegato al contratto a tempo determinato. Di seguito analizzeremo tale istituto nel suo complesso e concluderemo soffermandoci sul diritto di precedenza applicabile ai contratti di lavoro intermittenti a tempo determinato, stante la particolarità degli stessi e gli indirizzi operativi diramati dall'Inps nel corso di questi ultimi mesi.

## **Il diritto di precedenza ex art. 5, comma 4-quater D.Lgs. n. 368/2001 - prestazione di lavoro superiore a 6 mesi**

Il comma 4-quater prevede che "il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine". Il discrimine legale è fissato a sei mesi, il diritto di precedenza scatta al superamento di tale soglia. È prevista la possibilità in capo alle parti sindacali di derogare, ampliando e/o riducendo tale termine. Tale deroga è riconosciuta in capo alla contrattazione collettiva, a quella territoriale e a quella aziendale. Unico vincolo imprescindibile alla deroga contrattuale è la stipula da parte delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale.

Autore:

Saverio Nicco

---

DIPARTIMENTO  
SCIENTIFICO della  
FONDAZIONE STUDI  
Via C. Colombo, 456  
00145 Roma (RM)

### **Le novità collegate alle lavoratrici in congedo di maternità**

Le novità di maggior rilievo risiedono nel prosieguo del comma in analisi e precisamente:

- Il periodo di congedo di maternità fruito dalle lavoratrici ai sensi dell'art.16, comma 1, del testo unico di cui al D.Lgs. N. 151/2001 intervenuto nel corso di un contratto a termine viene conteggiato per determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza in analisi. Si evidenzia che, stante la struttura normativa, tale passaggio si applica solamente al diritto di precedenza di cui al comma 4 quater e non anche per i lavoratori assunti per attività stagionali.

- Alle lavoratrici di cui al punto precedente (cioè a coloro che hanno maturato un diritto di precedenza avendo prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi comprensivo di un periodo di astensione di cui all'art. 16, c.1, del D.Lgs. N. 151/2001) è, inoltre, riconosciuto 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.

Merita evidenziare che solamente il periodo di congedo ricadente entro il termine apposto al contratto concorre quale periodo di attività lavorativa. L'eventuale periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro, anche se indennizzato dall'Istituto direttamente alla lavoratrice, non potrà essere conteggiato.

Solamente il periodo di congedo ricadente entro il termine apposto al contratto concorre quale periodo di attività lavorativa.

ART. 16 D.Lgs. n. 151/2001

1. E' vietato adibire al lavoro le donne:

a) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto, salvo quanto previsto all'articolo 20;

b) ove il parto avvenga oltre tale data, per il periodo intercorrente tra la data presunta e la data effettiva del parto;

c) durante i tre mesi dopo il parto, salvo quanto previsto all'articolo 20.

### **Il diritto di precedenza ex art. 5, comma 4-quinquies D.Lgs. n. 368/2001 - attività stagionali**

Il comma successivo analizza il caso dei lavoratori assunti per lo svolgimento di attività stagionali evidenziando come gli stessi maturano un diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

### **Cosa prevede il comma 4-sexies - esercizio del diritto**

Il diritto di precedenza può essere esercitato dal lavoratore se lo stesso ha manifestato la propria volontà entro rispettivamente sei mesi dalla cessazione, per la casistica generale, e tre mesi dalla cessazione per lo svolgimento di attività stagionali.

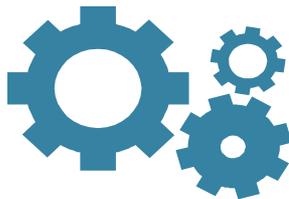
Tale diritto di precedenza, se opzionato, si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro. Decorso tale termine, anche se il lavoratore ha manifestato il proprio interesse a venire di nuovo occupato dal medesimo datore di lavoro, quest'ultimo sarà libero di instaurare un rapporto con un differente lavoratore.

Il diritto di precedenza analizzato sopra non sorge automaticamente in capo al lavoratore per il solo fatto che il rapporto intercorrente con il datore di lavoro sia cessato in un arco di tempo di dodici mesi precedenti alla nuova assunzione. Per poter invocare tale diritto di precedenza rispetto ad altri lavoratori, lo stesso dovrà dimostrare di aver palesato il proprio interesse nei termini sopra descritti. Non sarà quindi il datore di lavoro a dover formalizzare l'interesse alla stipula di un nuovo contratto nei confronti del lavoratore, bensì quest'ultimo a dover attivarsi nei termini sopra descritti.

Il comma 4-sexies, così come modificato da ultimo, prevede che il diritto di precedenza sopra analizzato debba essere espressamente richiamato nell'atto scritto di opposizione del termine di cui all'articolo 1, comma 2 del D.Lgs. n. 368/2001. Tale scelta, pur se controversa, cerca di sanare il contenzioso che si è venuto a creare con l'Inps nel corso degli ultimi anni, alla luce di quanto previsto dalle novità introdotte dalla L. n. 92/2012 per la fruizione delle agevolazioni contributive.

Il diritto di precedenza può essere esercitato dal lavoratore se lo stesso ha manifestato la propria volontà entro rispettivamente sei mesi dalla cessazione, per la casistica generale, e tre mesi dalla cessazione per lo svolgimento di attività stagionali.

L'Istituto, infatti, ha sempre letto erroneamente il diritto di precedenza per i lavoratori a tempo determinato come un diritto che sorge *ex lege*, dimenticandosi che lo stesso potrà essere fatto valere solamente a seguito di attivazione da parte del lavoratore. Sul punto si confronti la circolare Inps n. 137/2012 nel passaggio in cui prevede che "l'incentivo potrà essere riconosciuto qualora il datore di lavoro o l'utilizzatore abbiano preventivamente offerto l'assunzione al lavoratore titolare del diritto". Lo stesso Ministero del Lavoro, per converso, con circolare n. 13/2008, ha evidenziato come "i diritti di precedenza [...] possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro [...]". Sul punto si rimanda alla [circolare della Fondazione Studi n. 15/2013](#).



Legge n. 92/2012, art. 4, comma 12

a) gli incentivi non spettano se l'assunzione costituisce attuazione di un obbligo preesistente, stabilito da norme di legge o della contrattazione collettiva; gli incentivi sono esclusi anche nel caso in cui il lavoratore avente diritto all'assunzione viene utilizzato mediante contratto di somministrazione;

b) gli incentivi non spettano se l'assunzione viola il diritto di precedenza, stabilito dalla legge o dal contratto collettivo, alla riassunzione di un altro lavoratore licenziato da un rapporto a tempo indeterminato o cessato da un rapporto a termine; gli incentivi sono esclusi anche nel caso in cui, prima dell'utilizzo di un lavoratore mediante contratto di somministrazione, l'utilizzatore non abbia preventivamente offerto la riassunzione al lavoratore titolare di un diritto di precedenza per essere stato precedentemente licenziato da un rapporto a tempo indeterminato o cessato da un rapporto a termine.

Ai fini del diritto di precedenza in analisi, il datore di lavoro, fino a che il lavoratore non gli palesa espressamente l'interesse ad essere successivamente riassunto nei termini legali o contrattuali previsti, è libero di instaurare un rapporto con altri lavoratori o di riassumere lo stesso lavoratore con agevolazioni contributive, se presenti.

Non è nemmeno corretto ipotizzare che il datore di lavoro debba aspettare il decorso dei sei mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro pregresso per poter assumere un lavoratore (anche lo stesso) con un'agevolazione contributiva per essere certo di essersi liberato di un eventuale diritto di precedenza che lo avrebbe teoricamente obbligato ad assumere un determinato lavoratore. Ai fini del diritto di precedenza in analisi, il datore di lavoro, fino a che il lavoratore non gli palesa espressamente l'interesse ad essere successivamente riassunto nei termini legali o contrattuali previsti, è libero di instaurare un rapporto con altri lavoratori o di riassumere lo stesso lavoratore con agevolazioni contributive, se presenti. Il discorso si ribalterebbe, ovviamente, nel caso in cui il datore di lavoro procedesse ad assumere il lavoratore stesso, o altro lavoratore, con agevolazioni contributive successivamente alla comunicazione di interesse del lavoratore ad una eventuale successiva assunzione. Non è possibile, come prospettato dall'Inps, che un ipotetico diritto di precedenza, all'atto dell'assunzione non ancora opzionato, inibisca il riconoscimento delle agevolazioni contributive. Se non esiste alcuna manifestazione di volontà del lavoratore, il datore di lavoro non ha alcun vincolo legale nei confronti dello stesso e, pertanto, può reputarsi libero di assumere un diverso lavoratore fruendo delle agevolazioni.

### **Esempio**

Rapporto di lavoro a termine con il lavoratore Alfa della durata di 12 mesi cessa il 31.12.2013. Il datore di lavoro sceglie di assumere un lavoratore a tempo indeterminato in data 01.04.2014. Il lavoratore Alfa non ha ancora comunicato al datore di lavoro il proprio interesse ad essere riassunto, pertanto lo stesso non ha ancora nessun vincolo nei confronti di Alfa e sceglie di assumere Beta a tempo indeterminato, fruendo delle agevolazioni ex L. 407/1990.

La scelta del legislatore, pur confermando il tenore normativo previsto, è stata quella di prevedere, nel contratto di assunzione a termine, un richiamo al diritto di precedenza, in modo da informare il lavoratore di tale possibilità riconosciuta per legge. Tale esigenza, sentita per il diritto di precedenza ex D.Lgs. n. 368/2001, non trova nessun parallelo nel diritto di precedenza relativo ai lavoratori licenziati per g.m.o. dal datore di lavoro, in quanto quest'ultimo non presuppone nessuna manifestazione di volontà da parte del lavoratore (cfr. art. 15 L. n. 264/1949).

**Fac-simile 1 da inserire in calce al contratto di assunzione a termine**

Con la presente siamo ad informarLa che:

- 1) Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine;
- 2) Il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali;
- 3) Il diritto di precedenza di cui ai punti precedenti può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi (punto 1) e tre mesi (punto 2) dalla data di cessazione del rapporto stesso e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.
- 4) Specifica disciplina è prevista per le lavoratrici in congedo di maternità.

Per una trattazione completa si rimanda all'art. 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del D.Lgs. n. 368/2001.

L'azienda

Per presa visione, il lavoratore

.....

.....

## Fac-simile 2 da inserire in calce al contratto di assunzione a termine

Con la presente siamo ad informarla che, al rapporto instaurato con la S.V., si applica quanto previsto dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del D.Lgs. n. 368/2001.

L'azienda

Per presa visione, il lavoratore

.....

.....

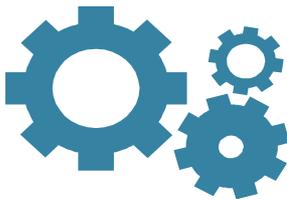
### Tabella riassuntiva

Tipologia contrattuale	Obbligo richiamo diritto di precedenza in contratto di assunzione	Termine per esprimere la volontà alla riassunzione (da cessazione rapporto)	Scadenza diritto di precedenza	Il lavoratore deve palesare autonomamente il proprio interesse	Attivazione datore di lavoro per conoscere interesse lavoratore
Tempo determinato ≤ 6 mesi	Si	Non previsto	Non previsto	Non previsto	Non previsto
Tempo determinato > 6 mesi	Si	6 mesi	12 mesi	Si	No
Lavoro stagionale – per medesime attività stagionali	Si	3 mesi	12 mesi	Si	No
Tempo indeterminato per riduzione di personale o mobilità	No	Non previsto	6 mesi	No	Si

## **Il diritto di precedenza per i lavoratori a chiamata a tempo determinato**

Discorso differente deve essere, invece, intrapreso per i lavoratori con contratto intermittente a termine in quanto l'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001 non è applicabile a tale tipologia contrattuale.

Il D.Lgs. n. 368/2001 norma l'utilizzo del contratto a tempo determinato, prevedendo, all'art. 10, le esclusioni dal campo di applicazione. In tale passaggio normativo non è previsto il contratto a chiamata. Per analizzare, quindi, l'escludibilità di tale tipologia contrattuale merita fare un passo indietro. Sia il contratto di lavoro intermittente che il contratto a termine risultano essere delle clausole derogatorie alla gestione ordinaria del rapporto di lavoro ex art. 2094 c.c., clausole derogatorie di pari livello e poste in antitesi tra loro. Infatti, inserendo in un contratto le clausole discendenti dall'utilizzo del lavoro a chiamata (tra cui anche l'apposizione del termine ex art. 33, c. 2, D.Lgs. n. 276/2003), sarà preclusa la possibilità di inserire l'apposizione del termine, così come previsto dal D.Lgs. n. 368/2001 e viceversa. Il dettato normativo del D.Lgs. n. 368/2001 non è né una norma di rango superiore e generale e, pertanto, applicabile anche al job on call, né una norma speciale che è applicabile tout court a tutte le fattispecie di rapporti a termine, anche se non espressamente richiamate.



Rileggendo in modo organico il quadro normativo si evidenzia, quindi, che la forma normale del contratto di lavoro subordinato è a tempo indeterminato (full-time o part-time) ex art. 2094 c.c. (si confronti art. 1 c. 01 del D.Lgs. n. 368/2001) e sullo stesso si innestano varie ulteriori clausole speciali, tra cui:

- l'apposizione del termine, così come previsto dal D.Lgs. n. 368/2001;
- il lavoro intermittente che, per espressa previsione di legge, potrà essere stipulato a tempo indeterminato o determinato. L'apposizione del termine a tale tipologia contrattuale non discende, quindi, dall'applicabilità del D.Lgs. n. 368/2001, ma direttamente dalla stesura del D.Lgs. n. 276/2003 che all'art. 33 c. 2 prevede espressamente la possibilità di apporre il termine senza, per contro, prevedere alcun richiamo all'applicabilità della norma di cui sopra.

Nelle risposte alle Faq rilasciate dall'Inps in relazione alle agevolazioni contributive l'Istituto ha evidenziato come il diritto di precedenza relativo ai rapporti a termine sia applicabile anche ai contratti di lavoro intermittenti.

**D.** Lo svolgimento di un lavoro mediante un contratto intermittente dà luogo a diritto di precedenza alla riassunzione?

**R.** Rispetto ai contratti di lavoro intermittenti a tempo indeterminato il lavoratore licenziato matura un diritto di precedenza, se si ha avuto anche solo un giorno di effettivo lavoro nell'ambito di un rapporto anche ad orario ridotto. Per i contratti intermittenti a tempo determinato si matura un diritto di precedenza, ai sensi dell'art. 5, comma 4 – quater, del d.l.vo 368/2001, se si è effettivamente lavorato per più di 6 mesi anche in modo non continuativo (2.08.2013).

Dall'esame delle norme sopra esposto non appare corretto ipotizzare che la normativa prevista dal D.Lgs. n. 368/2001 sia applicabile anche al rapporto di lavoro intermittente, il quale, stante le particolarità gestionali dello stesso, soggiace ad una propria normativa. Il rapporto di lavoro job on call a tempo determinato non potrà essere nemmeno assimilato, dal punto di vista del diritto di precedenza, al rapporto di lavoro a termine. L'interpretazione fornita dall'Istituto, secondo cui anche tale tipologia di rapporto a termine ricade nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 368/2001 e nello specifico dell'articolo 5 comma 4-quater, non è percorribile alla luce del criterio di specialità - *lex specialis derogat legi generali* - secondo cui al rapporto di lavoro a chiamata sarà applicabile solo quanto statuito dal D.Lgs. n. 276/2003, artt. da 33 a 40.

Di tale avviso anche il Ministero del Lavoro il quale, con circolare n. 4/2005 (da ultimo richiamata e confermata con interpello n. 72/2009), evidenzia che "con riferimento alla assunzione a tempo determinato va chiarito che non è applicabile la disciplina del decreto legislativo n. 368 del 2001, che infatti non è espressamente richiamata dal decreto legislativo n. 276 del 2003 come avviene invece, per esempio, con riferimento al contratto di inserimento al lavoro. Peraltro anche le ragioni che legittimano la stipulazione del contratto a termine sono, in questo caso, espressamente indicate dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva per cui sarebbe inappropriato il richiamo all'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 come condizione per la legittima stipulazione del contratto di lavoro intermittente".