

## I DIRITTI DI PRECEDENZA NELLE ASSUNZIONI

Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero degli autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza

L'approvazione della legge n. 247/2007 ha reintrodotta, per buona parte, l'istituto del diritto di precedenza nelle assunzioni che era stato largamente ridotto nel corso della XIV<sup>o</sup> Legislatura.

L'analisi che segue cercherà di evidenziare l'istituto alla luce delle novità introdotte, focalizzando l'attenzione sulle riassunzioni successive ai licenziamenti, su quelle susseguenti a contratti a termine, a contratti a tempo parziale, a passaggi d'azienda, a reimpiego di lavoratori dei lavoratori ultracinquantenni, su quelle riguardanti i parenti delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata e dei caduti sul lavoro.

Prima di entrare nel merito delle varie ipotesi occorre sottolineare come, in linea di principio, il diritto di precedenza, stabilito dalla legge o, sovente, dai contratti collettivi, sia un diritto che afferisce direttamente alla sfera giuridica del lavoratore: esso deve essere fatto valere attraverso una manifestazione di volontà e che è, per sua natura, disponibile. Ciò significa, ad esempio, che in sede di transazione economica susseguente ad un provvedimento di licenziamento, lo stesso possa essere compreso, attraverso una specifica rinuncia, nel "quantum" con il quale si chiude la controversia. La rinuncia è da ritenersi implicita in una clausola contenuta in una conciliazione nella quale il lavoratore abbia rinunciato a qualsiasi diritto comunque connesso "direttamente od indirettamente" all'intercorso o risolto rapporto di lavoro. Essa è perfettamente valida, pur se l'atto riguarda le posizioni giuridiche già maturate al momento della dichiarazione di volontà, in quanto il diritto di precedenza nasce dalla messa in mobilità o dal licenziamento anche se, come diritto di prelazione, diviene attuale, per il suo esercizio, nel momento in cui si verificano ulteriori elementi estranei alla sfera giuridica del lavoratore interessato (ossia, l'intenzione del datore di lavoro di assumere nuovo personale).

Diritto di precedenza in caso di licenziamento

Ma, andiamo con ordine, iniziando la disamina dal diritto di precedenza in favore dei lavoratori licenziati per riduzione di personale o in mobilità: da tale ambito sono senz'altro esclusi i lavoratori licenziati per giusta causa o giustificato motivo soggettivo e quelli che hanno presentato le proprie dimissioni.

Qui, il Legislatore ha compreso due ipotesi tra loro diverse legate, al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed alla messa in mobilità al termine delle procedure previste dagli articoli 4 e 5 della legge n. 223/1991, oltre che, secondo un indirizzo giurisprudenziale risalente alla sentenza della Corte di Cassazione n. 723 del 24 gennaio 1997, ai licenziamenti plurimi individuali. Ovviamente, l'istituto prescinde del tutto dalla ipotesi che venga erogata o meno la relativa indennità, atteso che quest'ultima è connessa ai limiti dimensionali dell'impresa ed al relativo contributo di ingresso nella mobilità. Fino al 29 gennaio 2003, data di entrata in vigore dell'art. 4, comma 6, del D. L.vo n. 297/2002, la precedenza nelle riassunzioni era di dodici mesi, come previsto sia dall'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949 che dall'art. 8, comma 1, della legge n. 223/1991: dal giorno successivo il termine è stato dimezzato ed ora cessa allo scadere del sesto mese dal giorno in cui è stato comunicato il recesso.

Così come è scritta la disposizione merita alcuni approfondimenti.

Il primo, se così si può dire, riguarda la "genesì" della norma, nata nel 1949 quando esisteva un collocamento pubblico fatto di classificazioni determinate da punteggi (anzianità di iscrizione, carichi di famiglia, ecc.) e di precedenze. E' ovvio che, oltre a introdurre un diritto soggettivo in capo al lavoratore, la norma era diretta agli Uffici

provinciali del Lavoro ed alle loro articolazioni periferiche affinché, nella predisposizione delle graduatorie delle persone da avviare, fossero tenute presenti alcune condizioni.

Il secondo concerne l'eventuale onere di esternare al proprio datore di lavoro la volontà di volersi avvalere del diritto da esercitare nei sei mesi successivi. Non c'è un obbligo specifico di comunicazione della volontà come, invece, c'è per le assunzioni a termine e per quelle stagionali: qui il diritto c'è "ex lege" ed è strettamente correlato alla risoluzione del precedente rapporto.

La terza questione riguarda la possibile previsione di un periodo più ampio per l'esercizio del diritto: ciò può avvenire per effetto di accordi collettivi che concludono procedure di mobilità come nei casi, ad esempio, di risoluzioni progressive dei singoli rapporti di lavoro cadenzate nel tempo.

Il quarto problema investe la natura del diritto: è assoluto, nel senso che riguarda ogni tipo di assunzione posta in essere dal datore di lavoro nel semestre successivo al provvedimento di licenziamento, o relativo in quanto correlato alla specifica mansione o alle mansioni equivalenti? Ad avviso di chi scrive, la risposta non può essere che nel senso della relatività, atteso che la precedenza non può essere esercitata nei confronti di lavoratori assunti con qualifiche completamente diverse, non interessate dalle precedenti riduzioni, cosa che contrasterebbe con il principio della stessa libertà di sviluppo dell'impresa, come avverrebbe se, ad esempio, il "blocco" riguardasse l'assunzione di ingegneri o di tecnici, a fronte di precedenti risoluzioni di rapporti di personale operaio.

La quinta domanda scaturisce dalla applicabilità del diritto di precedenza a quei lavoratori come gli edili licenziati per "fine lavoro" o quegli altri individuati dal comma 4 dell'art. 24 della legge n. 223/1991 (attività stagionali o saltuarie, o scadenza del termine) per i quali non trova applicazione la procedura di mobilità. Ad avviso di chi scrive, il presupposto per l'applicazione di tale diritto di precedenza è strettamente correlato alle procedure di mobilità per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Esso non c'è per gli edili licenziati al termine dei lavori in quanto c'è una espressa esclusione legislativa che, peraltro, non fa che confermare quanto, a suo tempo, aveva previsto l'accordo interconfederale del 5 maggio 1965 il quale aveva escluso l'applicabilità della riassunzione entro l'anno. Tale indirizzo è stato di recente espresso dalla stessa Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 2782/2008 ha ritenuto valida l'esclusione dalla procedura ex art. 24 soltanto in presenza di lavori ultimati e non nella ipotesi di graduale avanzamento dei lavori, con divieto di procedere, al di fuori dell'iter previsto dagli articoli 4 e 5 della legge n. 223/1991, alla riduzione di personale in percentuale alle opere edili portate a termine.

Ovviamente, alla luce di quanto previsto dall'art. 1, comma 40, della legge n. 247/2007 che ha innovato, sul punto, il D.L.vo n. 368/2001, la precedenza per i lavoratori a termine che hanno superato i sei mesi o per le attività stagionali, va esaminata e riconosciuta da una disposizione diversa.

Una ulteriore questione che merita un approfondimento è quella legata all'ampiezza del diritto di precedenza del lavoratore licenziato rispetto, ad esempio, ad una trasformazione a tempo indeterminato di un rapporto in essere, sia pure instaurato con una tipologia formativa. Ad avviso di chi scrive, si è su due piani diversi in quanto la norma di riferimento (art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949) parla di diritto di precedenza nelle assunzioni, mentre nel caso di rapporto di lavoro in corso non c'è una nuova assunzione ma soltanto una trasformazione. Del resto, su questo punto, la Corte di Cassazione (Cass., 20 dicembre 1996, n. 11442) sia pure riferendosi alla conversione in rapporto a tempo indeterminato di un contratto di formazione e lavoro, sostenne, a chiare note, la tesi che la disposizione si riferiva alla ipotesi di costituzione di nuovi rapporti, affermando come manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli articoli 3 e 4 della Costituzione, sulla base del concetto che si trattava di situazioni oggettivamente diversificate, in quanto l'ipotesi di trasformazione del rapporto di

formazione e lavoro (art. 3, comma 12, della legge n. 863/1984) era non soltanto una vicenda eventuale del rapporto di lavoro, ma anche uno strumento finalizzato alla concreta realizzazione di una politica occupazionale perseguita dal Legislatore.

Il settimo problema riguarda l'individuazione del datore di lavoro destinatario dell'eventuale obbligo di riassunzione: è il datore di lavoro che ha, materialmente, posto in essere il recesso o chi, subentrando "in toto" nell'attività ne ha rilevato gli obblighi. Da ciò ne discende che, ad esempio, l'onere riassuntivo non può essere posto a carico di altre imprese anche controllate secondo la previsione contenuta nell'art. 2359 c.c. (qui l'eventuale diritto alla riassunzione può scaturire soltanto da una norma contenuta nell'accordo sindacale che ha dato il via ai licenziamenti collettivi). Per completezza di informazione è opportuno ricordare come si considerino società controllate:

- a) quelle in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- b) quelle in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- c) quelle in cui si verifica un'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

L'art. 2359 c.c. precisa, inoltre, altri criteri di valutazione nel c.d. "controllo per partecipazione". In tali ipotesi vanno computati anche i voti delle società controllate, delle fiduciarie e di quelle affidate ad interposta persona. Non vanno, ovviamente, computati i voti espressi, per delega, per conto terzi.

Questa breve digressione sulle società controllate è stata fatta non soltanto ai fini dell'argomento che è esaminato in questa nota, ma anche perché (ma la cosa ci porterebbe lontano in quanto si andrebbe ben fuori dall'argomento) la figura delle società controllate e degli aumenti occupazionali è richiamata anche da recenti provvedimenti inseriti nelle misure finalizzate all'incremento degli organici nel Mezzogiorno, contenuti nell'art. 2 della legge n. 244/2007.

Ma se il datore di lavoro non rispetta il diritto di precedenza cosa può fare il lavoratore cui sia stato leso il diritto?

Il problema si pone nel caso relativo al licenziamento ma, in ugual misura, è presente nelle ipotesi relative ai contratti a termine ed ai contratti a tempo parziale. E' senz'altro da scartare la costituzione "forzosa" del rapporto di lavoro, atteso che lo stesso non può che trarre origine dalla libera volontà delle parti e che neanche nel collocamento obbligatorio ove l'avviamento numerico avviene sulla base di una "scopertura" dell'aliquota di legge ciò avviene. Quindi, resta praticabile soltanto la via alternativa del risarcimento del danno rispetto al quale i criteri per la determinazione possono essere i più disparati come, ad esempio, la perdita dell'opportunità lavorativa, il permanere dello stato di disoccupazione, il contesto relativo al mercato del lavoro in cui è venuta meno l'occasione di lavoro, l'età del lavoratore, ecc. .

#### Diritto di precedenza nei contratti a termine

Il nuovo comma 4 – quater dell'art. 5 del D.L.vo n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, comma 40, della legge n. 247/2007, afferma: "il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti presso la stessa azienda, abbia 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 dodici mesi successivi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine".

La disposizione merita alcuni approfondimenti finalizzati a chiarire la completa agibilità della stessa, atteso che potrebbe trovare alcuni ostacoli operativi per la sua attuazione.

C'è, innanzitutto, da chiarire la natura dei contratti a termine che vanno presi in considerazione. Ad avviso di chi scrive essi sono tutti, a prescindere dalle singole

motivazioni (esigenze tecnico – organizzative, produttive o sostitutive o quelle ulteriori individuate dalla contrattazione collettiva): la norma non esclude dal computo i periodi trascorsi nell'espletamento di contratti di lavoro stagionale per i quali il successivo comma 4 –quinquies prevede un altro percorso per la precedenza nelle sole attività stagionali.

La sommatoria dei contratti (comprensivi delle eventuali proroghe) deve essere superiore a sei mesi: essi debbono essersi svolti presso la stessa azienda. Ciò significa che non rientrano nel computo quelli che hanno avuto esecuzione presso aziende diverse, seppur collegate tra loro, mentre rientrano nel calcolo i mesi trascorsi al lavoro presso unità produttive della stessa impresa, seppur ubicate in zone o città diverse.

Nel computo complessivo non vanno compresi i periodi trascorsi nell'espletamento di altre tipologie contrattuali come l'apprendistato, il contratto di inserimento, il contratto di somministrazione, il contratto a tempo indeterminato (risolto prima) o lo "stage" ove, peraltro, non si configura "ex lege" una ipotesi di lavoro subordinato.

Altra questione che richiede una riflessione riguarda il concetto delle "mansioni già espletate nell'esecuzione dei rapporti a termine". A parere di chi scrive, ci si trova di fronte ad una dizione più ristretta rispetto a quella usata dal Legislatore in altri punti del provvedimento, laddove si parla di "mansioni equivalenti": quest'ultima frase, infatti, sembra includere anche mansioni di tipo diverso rientranti nello stesso livello di inquadramento contrattuale.

La volontà di esercitare il diritto di precedenza va manifestata al datore di lavoro entro i sei mesi successivi alla cessazione del rapporto con il quale è stato superato il limite temporale dei sei mesi: tale diritto non è assoluto e si estingue, trascorso un anno dalla data in cui è terminato il contratto. Nulla dice il Legislatore sull'argomento relativo al modo in cui deve essere manifestata la volontà ma si ritiene che la stessa, anche al fine di lasciare una traccia, debba essere esternata per iscritto. Il diritto, come si diceva, si estingue in un anno: a mero titolo comparativo si segnala che esso viene temporalmente più tutelato in caso di contratto a termine (dodici mesi) che nell'ipotesi del licenziamento o della messa in mobilità ove, per effetto dell'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949, come modificato dall'art. 4, comma 6, del D. L.vo n. 297/2002, è di soli sei mesi.

Il diritto di precedenza è esercitato nei confronti del datore di lavoro nella completezza delle sue articolazioni: ciò significa che esso si estende a tutte le unità produttive dipendenti, non essendo previsto un limite geografico o chilometrico. Ciò potrebbe portare, in qualche caso, alla necessità (non risolta dal Legislatore ma, a questo punto, demandata ad accordi collettivi o, in mancanza, alla capacità gestionale dell'imprenditore) di formulare una graduatoria tra coloro che hanno manifestato la volontà, qualora si presenti l'opportunità di operare una assunzione a tempo indeterminato. Ovviamente, andrebbero presi in considerazione criteri ponderati come quelli della durata dei precedenti rapporti, del carico familiare e delle situazioni personali.

Il diritto di precedenza è soltanto nei confronti di eventuali nuove assunzioni a tempo indeterminato: ciò significa che se il datore di lavoro procede ad inserimenti di lavoratori attraverso altre tipologie contrattuali come l'apprendistato professionalizzante o il contratto di inserimento, o procede a trasformazioni di altri contratti a tempo parziale o a termine in essere, esso non può essere esercitato.

Un discorso di natura analoga il Legislatore lo compie per la precedenza nelle attività stagionali. Il comma 4-quinquies dell'art. 5 del D. L.vo n. 368/2001 afferma che "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". Il successivo comma 4-sexies aggiunge che la volontà va esternata al datore di lavoro nei tre mesi successivi alla cessazione ed il diritto si estingue, anche in questo caso, entro un anno.

La disposizione merita alcuni approfondimenti.

Il primo concerne la natura della norma: è stata ripristinata una precedenza “per legge” che con l’art. 10, commi 9 e 10, del D. L.vo n. 368/2001, era stata rimessa alle determinazioni della contrattazione collettiva che, peraltro, le aveva definite, nel tempo in più settori (es. alimentari, turismo, ecc.). Ora, viene ripristinata la disposizione, contenuta nell’art. 9-bis della legge n. 236/1993 (poi, inserita nel “corpus” dell’art. 23 della legge n. 56/1987) cancellata dall’art. 8, comma 1, lettera f), D. L.vo n. 297/2002 e che aveva avuto, in passato, altri riferimenti normativi nell’art. 8-bis della legge n. 79/1983.

C’è, poi, il problema della identificazione delle attività stagionali: tra esse ci rientrano senz’altro quelle individuate dal DPR n. 1525/1963, ma anche quelle che la contrattazione collettiva ha previsto e che sono legate a punte di attività in determinati periodi dell’anno come, ad esempio, nel caso del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali, ove l’art. 2 del D. L.vo n. 368/2001 ha già previsto una durata massima complessiva di sei mesi (tra aprile ed ottobre) o di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti ed una percentuale di contratti a termine rispetto all’organico fisso che non può superare il 15%.

Il diritto di precedenza si estingue in dodici mesi: questa è la previsione legislativa ma, in alcuni casi, la contrattazione collettiva ha esteso oltre tale limite la permanenza del diritto.

Diritto di precedenza nei contratti a tempo parziale

La legge n. 247/2007 è intervenuta profondamente sulle modalità operative contenute nel D. L.vo n. 61/2000 che ha disciplinato il rapporto a tempo parziale. Lungi dall’approfondire la tematica relativa alle clausole elastiche ed a quelle flessibili, ampiamente ridisciplinate, (cosa che ci porterebbe lontano dal tema di questa riflessione) si ritiene opportuno focalizzare l’attenzione sull’art. 12 –ter, introdotto dal comma 44 dell’art. 1 e, poi, anche sulle altre disposizioni che riconoscono una priorità nella trasformazione del rapporto (art. 12-bis).

“Il lavoratore che abbia trasformato il rapporto di lavoro a tempo pieno il rapporto di lavoro a tempo parziale ha diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a termine per l’espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto di lavoro a tempo parziale”: così recita la disposizione che suscita qualche riflessione.

Innanzitutto, occorre chiarire che c’è una sorta di concorrenza tra i lavoratori assunti per periodi a termine di durata superiore a sei mesi e quelli in forza a tempo parziale che, in origine, erano stati assunti a tempo pieno. In caso di concorrenza chi prevale? La norma non lo dice ma motivi gestionali non potrebbero che portare a far prevalere gli interessi di chi è già in servizio in pianta stabile nell’impresa (sia pure a tempo parziale). Del resto, un occhio di riguardo sembra fornirlo lo stesso Legislatore il quale offre il diritto di precedenza (tra l’altro, senza alcuna scadenza temporale) non soltanto per l’espletamento delle stesse mansioni (come nel diritto di precedenza per chi aveva già lavorato a tempo determinato) ma anche per mansioni equivalenti. In tal modo, la precedenza si può esplicitare in maniera più ampia comprendendo anche le mansioni di tipo diverso rientranti nello stesso livello contrattuale.

Il diritto di precedenza può realizzarsi presso tutte le realtà produttive dell’impresa non avendo previsto il Legislatore alcun limite geografico: ciò potrebbe comportare, soprattutto per quelle imprese ove è forte la presenza di lavoratori a tempo parziale, la necessità di un continuo interpellato dei potenziali aventi diritto (si potrebbe ovviare con la creazione una banca dati con l’indicazione delle eventuali preferenze o disponibilità per alcune unità produttive invece che per altre) ed, inoltre, anche in tali ipotesi si potrebbe presentare il problema di una eventuale graduatoria tra gli aventi diritto con possibili soluzioni del tutto analoghe a quelle pensate per i contratti a tempo determinato.

Il nuovo art. 12–ter si inserisce su un testo che aveva già previsto una sorta di precedenza demandata al contratto individuale (art. 5, comma 2). Essa, peraltro eventuale, e lasciata alla libera pattuizione delle parti prevede, in caso di assunzione di

personale a tempo pieno, un diritto di precedenza in favore dei lavoratori assunti a tempo parziale in attività produttive ubicate nello stesso ambito comunale, per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni equivalenti. Il datore di lavoro è tenuto a dare tempestiva comunicazione dell'assunzione al personale già dipendente con rapporto a tempo pieno occupate all'interno del comune, anche attraverso una informazione affissa nella bacheca sindacale, ed a prendere in considerazione le eventuali domande di trasformazione del personale occupato a tempo pieno (art. 5, comma 3). La norma rinvia alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare criteri applicativi della disposizione. Qui il diritto di precedenza riguarda soggetti assunti a tempo parziale e non i lavoratori che hanno avuto una trasformazione a part-time del loro rapporto a tempo pieno ed, inoltre, è più ristretto l'ambito di operatività della norma (che è quello relativo al comune ove si lavora) e, come si è detto, è eventuale, nel senso che può esser previsto o non previsto dal contratto individuale.

E' appena il caso di sottolineare come anche in questi casi si potrebbero creare difficoltà di gestione delle precedenze e come un discorso di mancato rispetto della precedenza, giudizialmente accertato, possa comportare un risarcimento del danno. Del resto, appare opportuno ricordare quanto affermato dall'art. 8, comma 3, del D.L.vo n. 61/2000: il datore di lavoro che, contravvenendo a quanto stipulato nel contratto individuale può essere condannato a risarcire il lavoratore con una somma corrispondente alla differenza tra l'importo della retribuzione percepita e quella che gli sarebbe stata corrisposta a seguito del passaggio a tempo pieno nei sei mesi successivi. Ovviamente, secondo il vecchio testo, scaturito dalle modifiche introdotte dall'art. 46 del D. L.vo n. 276/2003, era soltanto questa via, prevista come conseguenza di una violazione del contratto individuale sottoscritto, quella che consentiva un possibile risarcimento. Oggi, non è più così, in quanto il diritto di precedenza torna ad essere tutelato dal diritto positivo.

L'art. 12 bis, riscritto per comprendere anche il settore pubblico, riconosce un diritto alla trasformazione, in qualsiasi momento, del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale per i soggetti affetti da patologie oncologiche, con ridotta capacità lavorativa, accertata da una commissione medica istituita presso l'ASL, con possibilità di immediato ripristino dell'orario pieno nel caso in cui le condizioni di salute consentano una ripresa totale dell'attività lavorativa.

I due commi successivi tendono, invece, a riconoscere un diritto di priorità nelle trasformazioni da tempo pieno a tempo parziale in due ipotesi ben specifiche:

- a) per patologie oncologiche riguardanti il coniuge, i figli o i genitori, per assistenza di persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa di palese gravità a cui sia stata riconosciuta una percentuale di invalidità pari al 100%, con assistenza continua;
- b) in caso di figlio convivente di età non superiore a tredici anni o di figlio convivente portatore di handicap riconosciuto ex lege n. 104/1992.

Da quanto appena detto scaturiscono alcune considerazioni.

La gestione delle trasformazioni dei rapporti da tempo pieno a tempo parziale è diversa, in via generale, nel settore pubblico rispetto a quello privato.

Nel primo, anche per favorire la riduzione della spesa pubblica, si è, nella maggior parte delle situazioni esaminate, agevolato il passaggio ad orario ridotto nell'ambito di una percentuale complessiva, con la trasformazione (nonostante difficoltà connesse alla gestione del servizio) in un certo senso obbligata, alla scadenza dei sei mesi dalla richiesta.

Nel secondo, invece, tale automatismo non è rinvenibile nella contrattazione collettiva ove, sovente, c'è soltanto una certa aliquota rispetto al personale con rapporto a tempo pieno da non superare in caso di richieste di trasformazione e dove, la discrezionalità del datore di lavoro è, in molti casi, notevole. L'aver riconosciuta, per legge, una priorità nelle

trasformazioni, in presenza di situazioni gravi come quelle appena descritte è, comunque, un notevole passo in avanti.

Un'altra considerazione curiosa (perché è la prima volta che appare nel nostro ordinamento lavoristico) è l'aver preso in considerazione l'esistenza di un figlio con meno di tredici anni quale elemento da cui far scaturire l'esercizio del diritto. E' curiosa perché, ad esempio, nelle limitazioni al lavoro notturno previste dall'art. 11 del D. Lvo n. 66/2003, la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente, non può essere obbligato a prestazioni notturne se quest'ultimo ha una età inferiore a dodici anni.

Una riflessione ulteriore, di carattere generale, si rende necessaria: un datore di lavoro che si trova a gestire più diritti di precedenza, normativamente tutelati, chi deve favorire? Provando a dare una risposta che, comunque, nel caso concreto, non può prescindere dalle situazioni di fatto e fermi restando i criteri cui si è fatto già cenno (anzianità, carichi familiari, ubicazione geografica del posto di lavoro, famiglia monoparentale, ecc.) si può affermare che in una ipotetica graduatoria il ritorno a tempo pieno spetta, innanzitutto, a chi ha trasformato il proprio rapporto a tempo parziale per effetto di una patologia oncologica e, poi, a seguire a chi, dopo averlo trasformato intende tornare a tempo pieno (con una priorità, alla casistica appena evidenziata all'art. 12 -bis, commi 2 e 3) e., dopo, a tutti gli altri (es. assunti con contratto a tempo parziale). I diritti ad una assunzione a tempo indeterminato per coloro che vantano assunzioni a termine di durata superiore a sei mesi, ad avviso di chi scrive, vanno considerati dopo.

**Diritto di precedenza per i lavoratori non assunti dopo un trasferimento d'azienda**

Questo diritto di precedenza trae origine dall'art. 47, comma 6, della legge n. 428/1990 che disciplina i trasferimenti di azienda. I lavoratori che a seguito della procedura sindacale non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro l'eventuale maggior periodo previsto dai contratti collettivi. Nei confronti di questi lavoratori non trova applicazione l'art. 2112 c.c. .

La normativa di riferimento relativa al passaggio di azienda (in tutte le sue forme), oltre ad essere contenuta nell'originario art. 47 della legge n. 428/1990, si rinviene nel D. L.vo n. 18/2001 e nell'art. 2112 c.c., profondamente modificato dall'art. 32 del D. L.vo n. 276/2003.

Tali premesse sono necessarie per comprendere (senza, peraltro, entrare nel merito della procedura che ci porterebbe lontano dall'argomento oggetto della riflessione) come l'iter sia notevolmente rigido e, comunque, destinato a tutelare le maestranze in forza presso l'alienante. Di ciò sono palese testimonianza l'obbligo di comunicazione alle rappresentanze sindacali aziendali o, in loro mancanza, a quelle provinciali di categoria, il contenuto dell'informazione che ha caratteristiche ben specifiche riferibili al programmato trasferimento, ai motivi, alle conseguenze economiche e sociali per i lavoratori interessati ed alle misure previste nei loro confronti.

Tornando al caso in esame si può sottolineare come la garanzia della precedenza nei dodici mesi successivi al trasferimento d'azienda (che è qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale sulla base del quale è stato attuato il trasferimento), comporti la non applicazione di alcune specifiche garanzie previste dall'art. 2112 c.c. . Ciò significa, ad esempio, l'assenza di solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati nei confronti del primo all'atto del trasferimento (cosa prevista, in via generale, dal comma 2), o, nel caso in cui le condizioni di lavoro abbiano subito una sostanziale modifica, la possibilità di

rassegnare le dimissioni per giusta causa, ma senza il pagamento di un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso (come stabilito per tutti gli altri lavoratori dall'art. 2112, comma 4, c.c.). E' appena il caso di ricordare come le dimissioni volontarie debbano seguire la strada obbligata, attraverso il modello predefinito con decreto interministeriale, fissata dalla legge n. 188/2007. La mancata esternazione della volontà nell'unico modo fissato dal Legislatore (modello on-line scaricabile anche da internet e valevole soltanto quindici giorni dalla data del rilascio) ha come conseguenza la nullità assoluta delle dimissioni.

#### Diritto di precedenza al reimpiego di lavoratori ultracinquantenni

Per ben comprendere tale diritto di precedenza occorre andare al D.L. n. 68/2006, convertito nella legge n. 127/2006. Esso riguarda i lavoratori che hanno compiuto i cinquanta anni entro il 31 dicembre 2006 interessati da un programma sperimentale di sostegno al reddito promosso dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale in collaborazione con Italia Lavoro SpA finalizzato alla ricollocazione di 3.000 lavoratori individuati sulla base di accordi sottoscritti tra lo stesso Dicastero, le imprese interessate e le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. La condizione essenziale per l'esercizio del diritto di precedenza, previsto dall'art. 15, comma 6, della legge n. 264/1949 (sei mesi), è legato alla circostanza che non abbiano cessato l'attività e trova applicazione per i primi ventiquattro mesi di attuazione del programma (art. 1, comma 5, della legge n. 127/2006).

#### Diritto di precedenza dei cittadini extracomunitari per lavoro stagionale

Un diritto di precedenza un po' diverso, ma che, comunque, riverbera i propri effetti sul rapporto di lavoro è quello previsto dall'art. 24, comma 4, del D. L.vo n. 286/1998, in favore dei lavoratori extracomunitari stagionali. La disposizione afferma che il lavoratore stagionale, ove abbia rispettato le condizioni indicate nel permesso di soggiorno e sia rientrato nello Stato di provenienza alla scadenza del medesimo, ha diritto di precedenza per il rientro in Italia nell'anno successivo per ragioni di lavoro stagionale, rispetto ai cittadini del suo stesso Paese che non abbiano mai fatto regolare ingresso in Italia per motivi di lavoro. Lo stesso, al verificarsi delle condizioni (esistenza di quote disponibili) può convertire il permesso di soggiorno a tempo determinato od indeterminato il proprio permesso per lavoro stagionale.

Si tratta di una disposizione che, nello spirito del Legislatore, dovrebbe invogliare i cittadini extracomunitari a tornare nel proprio Paese al termine del rapporto stagionale che può durare da un minimo di venti giorni ad un massimo di nove mesi. Per completezza di informazione è opportuno sottolineare che nell'ambito degli 80.000 ingressi per lavoro stagionale riservati dal DPCM 8 novembre 2007 ai cittadini extracomunitari di una serie di Paesi, è consentita la possibilità di ingresso in Italia nel corso del 2008, anche a cittadini di altri Stati non individuati specificatamente nel Decreto che hanno svolto, attività di lavoro subordinato negli anni 2005, 2006 e 2007.

#### Diritto di precedenza per i familiari delle vittime del terrorismo, delle stragi e del lavoro

La legge n. 407/1998 riconosce al coniuge ed ai figli superstiti, ovvero ai fratelli conviventi a carico qualora siano gli unici superstiti, dei soggetti deceduti o resi permanentemente invalidi per fatti di stragi o terrorismo, godono del diritto al collocamento obbligatorio, con precedenza rispetto ad ogni altra categoria e con preferenza a parità di titoli. Per tali soggetti, anche se svolgono un'attività lavorativa, è prevista la c.d. "chiamata diretta" per i profili professionali individuati dalla contrattazione collettiva per il comparto Ministeri fino alla qualifica C/2. Per i profili dal B/3 al C/2, ferme restando le prove di idoneità, le



assunzioni, nel rispetto delle percentuali previste, non possono superare il 10% delle vacanze nell'organico.

L'art. 3, comma 123, della legge n. 244/2007 estende agli stessi soggetti, imparentati con i caduti sul lavoro le provvidenze individuate dalla legge n. 407/1998.

Le disposizioni appena richiamate impongono alcune doverose riflessioni.

Il riconoscimento di questo diritto ai parenti stretti non è che un tangibile segnale doveroso, nei confronti di chi è stato colpito da un evento particolarmente doloroso, come testimoniano le oltre 1.300 morti "bianche" che, purtroppo, si registrano nel nostro Paese e che hanno quotidiana eco sui "media" e presso gli alti vertici istituzionali. Da ciò discende anche la necessità di favorire l'occupazione di chi è stato colpito negli affetti più cari anche se già svolge un'attività autonoma o subordinata: c'è, quindi, una eccezione rispetto alla regola generale la quale prevede l'iscrizione nei disponibili quale condizione propedeutica all'avviamento.

Correlato a questo problema c'è quello dell'età: la disposizione non fissa in alcun modo un limite massimo per gli aventi diritto al collocamento, mentre per quel che concerne quello minimo non ci si può non richiamare alla necessità di aver assolto l'obbligo scolastico portato a dieci anni: ovviamente, tale difficoltà (peraltro, considerati i soggetti interessati abbastanza teorica) viene superata se l'avente diritto ha già compiuto i 18 anni.

Altra questione è quella relativa all'istituto della "chiamata diretta" da parte delle Pubbliche Amministrazioni. Come è noto, esso, un tempo in vigore per le assunzioni dei disabili nel pubblico impiego, fu progressivamente abolito all'inizio degli anni novanta dopo il c.d. "scandalo" dei "falsi invalidi". Oggi, sia pure limitatamente a tali soggetti, si può procedere ad assunzioni "by-passando", nei limiti previsti dalla legge, sia la procedura concorsuale (con posti riservati), che l'avviamento a selezione.

Ma, ad avviso di chi scrive, la questione più grossa riguarda il significato da dare alla frase "con precedenza rispetto ad ogni altra categoria e con preferenza a parità di titoli". La precedenza rispetto ad ogni altra categoria va riferita a quelle comprese nell'art. 18 della legge n. 68/1999 (orfani e vedove a vario titolo, e profughi), oppure essa è più ampia e comprende anche le categorie dei disabili individuate dall'art. 1?

E' ovvio che la risposta più semplice e "neutra" è quella che tali soggetti vanno nella quota ex art. 18 ove sono compresi altri orfani e coniugi superstiti e che la precedenza resta, nei limiti della quota dell'1%, nei confronti delle altre categorie ivi comprese. Se fosse così, però, la norma sarebbe destinata (in assenza di una maggiorazione dell'aliquota) a rimanere una disposizione senza contenuto, atteso che le imprese private sono già coperte nell'aliquota e non hanno interesse ad assumere in soprannumero in quanto le assunzioni eccedentarie non vengono riconosciute. Del resto, le imprese con un organico tra le cinquanta e le centocinquanta unità sono coperte se hanno un solo soggetto appartenente alle categorie ex art. 18, comma 2, in organico ed, inoltre, è opportuno ricordare come sotto l'imperio della legge n. 482/1968 molti orfani e coniugi superstiti furono assunti a "scorrimento" ex art. 13 in sostituzione di disabili a causa delle condizioni di faticosità, pericolosità od alta specializzazione. A ciò si aggiunga che l'art. 2 della legge n. 284/2002 aveva consentito in via transitoria, fino al 31 dicembre 2003, di computare tutti i lavoratori occupati obbligatoriamente nell'aliquota complessiva (7% + 1%): dal giorno successivo ciò non è stato più possibile ed i soggetti individuati dall'art. 18, comma 2, assunti in base alla vecchia normativa e mantenuti in servizio, sono stati esclusi dalla base di calcolo soltanto nei limiti dell'1% e sono, altresì, computati nell'aliquota di riserva d'obbligo soltanto nella misura dell'1%, come sottolineato dal Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale nella nota del 21 febbraio 2005 e nella risposta ad un interpello del 24 maggio dello stesso anno. In sostanza, la procedura di computo è la seguente:

- a) viene computata la base occupazionale escludendo i soggetti ex art. 18, comma 2, nella misura dell'1%;
- b) viene computato l'1% su tale base;
- c) la quota di riserva viene calcolata sottraendo l'1% della base occupazionale, procedendo, successivamente, agli arrotondamenti che possono essere per eccesso o per difetto.

Ma se non si vuole dare alla riserva in favore dei parenti delle vittime sul lavoro un significato privo di contenuti non si può che interpretare la frase relativa alla "precedenza rispetto ad ogni altra categoria", nel senso che essa vale nei confronti di tutti i soggetti, a vario titolo, compresi nel c.d. "collocamento obbligatorio" individuato dalla legge n. 407/1998, richiamata dall'art. 3, comma 123, della legge n. 244/2007. Ma se così è l'eventuale assunzione non potrà che incidere nella percentuale del 7% riservata alle categorie di disabili individuate dall'art. 1 della legge n. 68/1999: ovviamente, sarebbe opportuno, a questo punto, uno specifico chiarimento amministrativo.

Modena, 14 febbraio 2008

Eufrazio MASSI

Direttore della Direzione provinciale del Lavoro di Modena

Publicato sul n. 10 di Diritto e Pratica del Lavoro