

normativa



Legge Finanziaria e Protocollo sul Welfare

Le tipologie contrattuali flessibili dopo la l. n. 247/2007: le modifiche alla disciplina del contratto a termine e del part-time

di Cristina Alessi

Tra le più rilevanti novità della legge 247/2007 in materia di lavoro vi è la riforma dei contratti a termine - ora reiterabili con lo stesso lavoratore fino a un massimo di 3 anni, salve alcune deroghe stabilite dalla legge o dalla contrattazione collettiva - e del lavoro a tempo parziale, per il quale vengono ridefiniti la disciplina delle clausole elastiche e flessibili e i diritti di precedenza nel passaggio dal full-time al part-time.

1. Premessa

La legge n. 247 del 24 dicembre 2007 è stata emanata in attuazione delle previsioni del Protocollo sul Welfare, stipulato tra Governo e parti sociali il 23 luglio del medesimo anno. Si tratta di un provvedimento complesso e ad ampio raggio, che affronta sia la spinosa questione della riforma previdenziale, da tempo oggetto di discussione politica, sia la questione, non meno discussa, della riforma complessiva del mercato del lavoro, attraverso le previsioni in materia di ammortizzatori sociali, servizi all'impiego, lavoro dei disabili, apprendistato. Com'è noto, alcune delle previsioni della l. n. 247/2007 non sono immediatamente operative: la legge contiene infatti norme di delega al Governo per la revisione di importanti settori della normativa lavoristica. Il riferimento è qui, tra l'altro, alla riforma degli ammortizzatori sociali (art. 1, c. 28) e degli incentivi all'occupazione (art. 1, c. 30), nonché al riordino della normativa in materia di occupazione femminile (art. 1, c. 81).

In questa sede ci si occuperà delle previsioni immediatamente applicabili ad alcune delle tipologie contrattuali flessibili disponibili nel nostro ordinamento. Per quanto riguarda, in particolare, il contratto a termine e il lavoro a tempo parziale, in linea generale si può osservare che il legislatore sembra voler attenuare in qualche misura la disciplina previgente, riducendo gli spazi di flessibilità nella gestione della prestazione lavorativa. In questa prospettiva, in particolare, si collocano le previsioni che riguardano la durata massima dei contratti a termine stipulati tra le medesime parti e quelle che subordinano l'apposizione delle clausole elastiche e flessibili nel lavoro a tempo parziale all'autorizzazione della contrattazione collettiva.

Sulla legge in esame si sono subito appuntate le critiche di chi ha sottolineato come le modifiche ora rapidamente descritte segnino una sorta di "ritorno al passato", soprattutto nel caso del part-time¹; per il contratto a termine, si è sostenuto che le disposizioni introdotte rappresentano il frutto di una sorta di crociata contro il lavoro precario, facendo perdere al contratto stesso la sua funzione di strumento di selezione dei lavoratori più capaci e meritevoli². In

realtà, una lettura meno “prevenuta” della legge n. 247/2007 permette di formulare osservazioni più equilibrate. Per quanto riguarda il part-time, in particolare, si può senz’altro ritenere che il fatto che le clausole elastiche e flessibili debbano ora essere previste dai contratti collettivi per poter essere inserite nel contratto non costituisce un ostacolo serio alla diffusione delle stesse; è appena il caso di ricordare che pressoché tutti i contratti collettivi, nel vigore della disciplina originaria del D. lgs. n. 61/2000, avevano provveduto a regolare le clausole in esame. Non vi sono motivi per ritenere che non avverrà lo stesso anche in attuazione delle L. n. 247/2007; semmai la vera questione è che solo i datori di lavoro che applicano il contratto collettivo potranno ricorrere alle clausole flessibili o elastiche. La previsione, infatti, è una delle classiche norme promozionali dell’autonomia collettiva, ben note alla nostra legislazione lavoristica. Quanto al contratto a termine, anche a voler ammettere che la sua funzione sia quella di consentire di provare le capacità del lavoratore, la fissazione di un limite di durata massima di tre anni per i contratti stipulati tra gli stessi soggetti non sembra impedirne l’utilizzo anche con questa finalità: dopotutto, il periodo di prova nel contratto di lavoro può durare al massimo sei mesi. Insomma, contrariamente a quanto da più parti auspicato, la flessibilità del lavoro non subisce un sensibile arretramento, rispetto alla situazione precedente; sul piano dei principi, certo la riaffermazione della centralità del contratto a tempo indeterminato ha una valenza simbolica molto forte, ma non impedisce, oggi come ieri, il ricorso ai molteplici strumenti di flessibilità offerti dalla legislazione lavoristica.

2. Il nuovo contratto a termine

2.1. Il contratto a tempo indeterminato come regola

L’art. 1, comma 39, della L. n. 247/2007 inserisce un nuovo primo comma nell’art. 1, D. Lgs. n. 368/2001, secondo il quale “Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”. La norma costituisce la riaffermazione del rapporto di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato originariamente contenuto nella L. n. 230/1962 e recepisce le indicazioni della Direttiva 99/70/CE, secondo la quale il contratto a tempo indeterminato deve tuttora ritenersi la “forma comune dei rapporti di lavoro”³. Il significato di una simile affermazione si può cogliere guardando al profilo della giustificazione dell’apposizione del termine; in quanto eccezione rispetto ad una regola, il contratto a termine deve essere sorretto da ragioni temporanee⁴ di incremento dell’organico, che devono es-

NOTE

1 G. FALASCA, Il contratto di lavoro part-time ritorna al passato, in Guida Lav., 2008, n. 2, p. 118 ss.

2 In questi termini si v. A. VALLEBONA, Il lavoro a termine nel protocollo del luglio 2007, in Mass. Giur. Lav., 2007, p. 698 ss.

3 Sul punto si v. R. BLANPAIN, I contratti di lavoro a termine sono ancora una eccezione?, in Dir. Rel. Ind., 2007, p. 1045 ss.; A. BELLAVISTA, La direttiva sul lavoro a tempo determinato, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, Il lavoro a termine in Italia e in Europa, Torino, Giappichelli, 2003, p. 7 ss.

4 Il requisito della temporaneità delle esigenze datoriali è stato affermato inizialmente da V. SPEZIALE, La nuova legge sul lavoro a termine, in Giorn. Dir. Lav. rel. Ind., 2001, spec. 379 ss.; si v. anche M. MARINELLI, Contratto a termine e cause di giustificazione, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, Il lavoro a termine in Italia e in Europa, Torino, Giappichelli, 2003, p. 45 ss. Attualmente la richiamata posizione si deve ritenere quella assolutamente prevalente in dottrina.

sere allegare e provare dal datore di lavoro⁵. Non può dunque considerarsi sufficiente a tal fine la mera indicazione nel contratto della formula utilizzata dal legislatore (ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive), ma deve richiedersi la puntuale individuazione delle ragioni giustificative del termine finale⁶.

2.2. La successione di contratti a termine

La legge di attuazione del Protocollo sul Welfare ha introdotto un limite al rinnovo dei contratti a termine: l'art. 5, comma 4-*bis*, del D. Lgs. n. 368/2001, introdotto dal comma 40 della L. n. 247/2007 prevede ora un limite di durata massima di 36 mesi per i contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti. La norma si applica quando la successione dei contratti è in sé perfettamente legittima (perché avviene nel rispetto dei termini di 10 o 20 giorni previsti dal comma 3 dell'art. 5) ed è volta ad impedire che la reiterazione dei contratti a termine nasconda, in realtà, un'esigenza di lavoro a tempo indeterminato.

La fattispecie introdotta dal comma 4-*bis* è formata da diversi elementi:

- l'identità delle parti;
- la successione di contratti a termine per un periodo superiore a 36 mesi, compresi proroghe e rinnovi e indipendentemente dai periodi intercorrenti tra un contratto e l'altro;
- l'equivalenza delle mansioni previste dai diversi contratti.

Per quanto riguarda il periodo di durata massima dei contratti, è importante ricordare che il limite riguarda l'intera vita lavorativa; il computo andrà dunque effettuato tra tutti i contratti a termine stipulati dai medesimi soggetti, anche se a considerevole distanza di tempo gli uni dagli altri.

Una questione che potrebbe porsi, in astratto, riguarda la legittimità di un unico contratto a termine la cui durata venga *ab origine* stabilita in un periodo superiore a 36 mesi. Ora, a prescindere dal fatto che risulterà difficile, in questa ipotesi, dimostrare la temporaneità delle esigenze del datore di lavoro, stando alla lettera del comma 4-*bis* non si potrebbe applicare la sanzione della conversione, poiché la norma prevede che il superamento del limite debba avvenire "per effetto di successione di contratti a termine". Le parti, però, non potrebbero stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato, fatta salva la possibilità di deroga di cui si parlerà tra poco o la stipulazione di un nuovo contratto per mansioni non equivalenti. Si potrebbe ritenere, volendo forzare un po' il dato testuale, che il termine di 36 mesi sia ormai un limite applicabile a tutte le ipotesi previste dal D. Lgs. n. 368/2001: stipulazione di un unico contratto a termine, successione (legittima) di contratti per mansioni equivalenti tra le medesime parti, proroga del contratto a termine di durata iniziale inferiore a 3 anni. In realtà, l'applicazione del limite di 36 mesi alle sole ipotesi di successione di contratti si potrebbe ricavare dalla clausola 5 della Dir. 99/70/CE, della quale la norma del comma 4-*bis* costituisce attuazione, che impone agli Stati membri di introdurre, quale misura di prevenzione degli abusi,

NOTE

5 In tal senso si v., fra le altre, Trib. Milano 9 ottobre 2006, in D&L, 2007, p. 123, con nota di A. VESCOVINI, Prova delle ragioni del contratto a termine.

6 In tal senso, ad esempio, Corte d'Appello Firenze 11 luglio 2006, in RGL, 2207, II, p. 459.; Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in Arg. Dir. Lav., 2005, p. 655 ss., con nota di A. MISCIONE. Per la ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali formati dopo il D. Lgs. n. 368/2001 si v. L. NANNIPIERI, La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale, in Riv. It. Dir. Lav., 2006, I, p. 327 ss.

un limite di “durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi”.

Quanto ai requisiti sostanziali, opportunamente il comma 4-*bis* fa riferimento all’equivalenza (e non all’identità) delle mansioni, prevenendo così facili elusioni. La valutazione dell’equivalenza va effettuata, come ritiene la prevalente giurisprudenza in materia, sulla base non solo dell’inquadramento contrattuale, ma anche del contenuto professionale delle mansioni svolte dal lavoratore⁷.

Nel caso di superamento del limite di 36 mesi, la norma prevede che il rapporto di lavoro si consideri a tempo indeterminato “ai sensi del comma 2” dell’art. 5, come modificato dal comma 40, lett. a) dell’art. 1, L. n. 247/2001, che fa riferimento al secondo contratto⁸. La norma deve essere interpretata come riferita al contratto con il quale il limite stabilito dalla legge viene superato.

Una previsione di difficile lettura è quella che regola i contratti già in corso e, in particolare, il computo del periodo di lavoro già svolto presso il medesimo datore di lavoro. Anzitutto, l’art. 1, comma 43, lett. a), l. n. 247/2007 prevede che i contratti in corso alla data di entrata in vigore della legge (1° gennaio 2008) continuano fino alla loro scadenza anche in deroga alle disposizioni del comma 4-*bis*. Questa disposizione va intesa nel senso che il superamento del limite con un contratto iniziato prima del 1° gennaio 2008 non comporta la conversione in contratto a tempo indeterminato; più complesso sembra il significato da attribuire alla lett. b) della medesima norma, a mente della quale “il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-*bis*, decorsi quindici mesi dalla medesima data”. Si può ritenere che la norma sia volta ad escludere i periodi di lavoro compresi tra il 1° gennaio 2008 e il 31 marzo 2009 dal computo del limite di 36 mesi, mentre devono conteggiarsi il periodo precedente e quelli successivi⁹.

La soluzione ora descritta sembra, in effetti, la più ragionevole¹⁰; la legge concede un periodo transitorio in cui i periodi di lavoro svolti in esecuzione di un contratto a termine non rientrano nel computo del periodo massimo previsto dal comma 4-*bis* dell’art. 5.

Una precisazione, a questo punto, merita la previsione circa la computabilità del “periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge”; tale periodo deve intendersi come quello già svolto in attuazione di un contratto a termine in corso al momento dell’entrata in vigore della legge, e cioè al 1° gennaio 2008. È solo per questo periodo, in effetti, che ha senso porsi il problema della sommatoria con i periodi successivi. La norma non può certo essere interpretata come volta a consentire di sommare tutti i periodi di

NOTE

7 Si v., da ultimo, Cass. 26 luglio 2006, in D&L, 2006, p. 1117 ss., con nota di M. ORLANDO.

8 Il problema si pone perché l’art. 5, comma 2, prevede che nelle ipotesi di successione entro i termini di 10 o 20 giorni ivi previsti il secondo contratto debba considerarsi a tempo indeterminato, mentre nel caso della successione ex comma 4-*bis* il contratto che supera il limite di 36 mesi può non essere il secondo, ma il terzo, il quarto e via dicendo. La formulazione della norma, tuttavia, non sembra impedirne un’interpretazione adeguatrice, che intenda il termine “secondo” come riferito al contratto con il quale il termine di 36 mesi viene superato, che può essere, se si accoglie l’interpretazione proposta nel testo, anche il primo.

9 In tal senso M. TATARELLI, op. cit., p. 116.

10 In dottrina è stata prospettata anche una diversa soluzione, in base alla quale i periodi precedenti e successivi al 1° gennaio 2008 sono rilevanti ai fini del computo del limite di 36 mesi, ma solo a partire dal 1° aprile 2009. Si v., in questi termini, F. ROTONDI, Le modifiche ai contratti di lavoro a tempo determinato e part-time, in Dir. Prat. Lav., 2008, p. 239.

lavoro svolti in precedenza, sia in virtù del principio di irretroattività della legge, sia perchè diversamente bisognerebbe immaginare che il legislatore fosse intenzionato ad incrementare a dismisura il contenzioso. Quel periodo di lavoro (e solo quello), pertanto, andrà sommato ai periodi di attività successivi al 1° aprile 2009 ai fini del raggiungimento della faticosa soglia.

2.3. La deroga “autorizzata”

Una volta decorso il periodo di 36 mesi previsto dalla legge, l'art. 5, comma 4-*bis*, D. Lgs. n. 368/2001 prevede la possibilità di stipulare un ulteriore contratto a termine per una sola volta, seguendo una particolare procedura. In primo luogo, il contratto dev'essere stipulato presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio; inoltre, il lavoratore deve essere assistito da un rappresentante sindacale delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative cui aderisce o conferisce mandato *ad hoc*. Il modello è quello, ormai classico, della derogabilità assistita previsto, ad esempio, per le dimissioni della lavoratrice madre o per la trasformazione del rapporto di lavoro da full time a part-time. La dottrina ha sostenuto che, in questo caso, la funzione del procedimento previsto dalla norma dovrebbe essere quella di controllo sulla giustificazione dell'ulteriore contratto a termine, di modo che esso acquisirebbe una sorta di garanzia di legittimità, quasi si trattasse di una certificazione sui generis¹¹. È opportuno sottolineare, in proposito, che non è mai possibile escludere il potere di accertamento del giudice sulla ricorrenza in concreto del presupposto causale, “pena la violazione del diritto costituzionale alla difesa”¹², anche se, indubbiamente, la stipulazione del contratto in quella sede lo rende maggiormente “sicuro” sotto l'anzidetto profilo.

La stipulazione “assistita” ha lo scopo di avvertire il lavoratore che l'ulteriore contratto a termine costituisce un'eccezione alla previsione della legge. Il presupposto è, dunque, che il termine di 36 mesi venga superato proprio attraverso la conclusione dell'ulteriore contratto; con la procedura ora descritta, in definitiva, il nuovo contratto viene escluso dal computo dei periodi di lavoro necessari ad integrare la fattispecie prevista dall'art. 5, comma 4-*bis*, D. Lgs. n. 368/2001.

Sempre secondo le previsioni dell'art. 5, comma 4-*bis*, la durata massima del contratto in deroga è stabilita da avvisi comuni tra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro (v. box a pag.17).

Fino dunque alla emanazione degli avvisi in parola, la deroga non può essere attuata; è questa una delle previsioni della l. n. 247/2007 che richiede l'intervento della contrattazione collettiva.

NOTE

11 Com'è noto, il ricorso alla certificazione è espressamente previsto “in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro” dall'art. 75 del D. Lgs. n. 276/2003 (come modificato dal D. Lgs. n. 251/2004), per il regolamento interno delle cooperative (art. 83) nonché per la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino (art. 84).

12 In questi termini R. VOZA, op. cit., p. 200 ss.

13 Lo si ricava dalla disposizione del nuovo comma 4-ter dell'art. 5, che fa riferimento alle ipotesi individuate “dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali”. Sulla previsione si tornerà più oltre, nel testo.

14 Tra gli avvisi comuni finora adottati, il più noto è certamente quello sull'orario di lavoro del novembre 1997; più di recente si v. l'Avviso comune 4 ottobre 2006 di Confindustria, CGIL, CISL e UIL sull'attuazione della circolare ministeriale in materia di call center.

Sui soggetti e sugli atti legittimati ad integrare la previsione legale è opportuno svolgere alcune considerazioni.

Per quanto riguarda i soggetti, il rinvio legale è a favore dei sindacati comparativamente più rappresentativi, come avviene ormai di consueto nella legislazione più recente. La novità è costituita dal rinvio legale ad “avvisi comuni”, che la l. n. 247/2007, tiene distinti dai contratti collettivi¹³. Proprio per questa ragione, si deve concludere che il riferimento sia agli accordi interconfederali che non hanno contenuto negoziale, ma servono a rendere palese la posizione comune delle parti sociali su una data materia¹⁴.

L'AVVISO COMUNE DELLE PARTI SOCIALI:

PER I CONTRATTI A TERMINE NELL'INDUSTRIA ALTRI 8 MESI DOPO I PRIMI 36

Il nuovo comma 4bis dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001 prevede, come illustra la scheda qui pubblicata, un meccanismo di conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine che, tra le stesse parti, superino i 36 mesi complessivi. La norma, tuttavia, prevede la possibilità di un ulteriore successivo contratto a termine 'in deroga', la cui legittimità è condizionata dal fatto che venga stipulato presso la Direzione provinciale del lavoro e con l'assistenza sindacale. La norma prevede poi che le parti sociali (organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro più comparative sul piano nazionale) stabiliscano con avvisi comuni la durata dell'ulteriore contratto a termine in deroga.

Con l'avviso comune del 10 aprile 2008, Confindustria, Cgil, Cisl e Uil hanno stabilito che la durata del contratto in deroga non sia superiore ad otto mesi, salva l'eventuale maggiore durata che sia stabilita dai contratti collettivi nazionali. In sostanza, e salve le diverse previsioni dei singoli contratti di settore, in applicazione dell'avviso comune potranno sommarsi diversi contratti fino a 44 mesi, con un ultimo contratto di 8 (purché stipulato con la particolare procedura avanti la DPL), senza che scatti la sanzione della conversione a tempo indeterminato.

A dire il vero, pare assai improbabile che un datore di lavoro si spinga a stipulare successivi contratti, con lo stesso lavoratore, per periodi così lunghi. Infatti, o le assunzioni a termine sono utilizzate come lunghi periodi di prova per selezionare lavoratori da inserire nell'impresa, e allora la stabilizzazione avverrà presumibilmente ben prima dei 36 mesi, oppure si tratta di impieghi per lavoratori e mansioni fungibili, di scarso rilievo professionale, e allora appare più facile sostituire i lavoratori da assumere, piuttosto che seguire complesse procedure di deroga. Ciò premesso, devono farsi alcune osservazioni sull'ipotesi disciplinata dall'avviso comune.

In primo luogo, va precisato che l'avviso comune, in considerazione dei suoi firmatari, ha efficacia limitata al settore industriale. Al di fuori di esso, dunque, non sarà possibile stipulare contratti in deroga, finché non intervengano analoghi avvisi con le organizzazioni rappresentative di settore (il problema, peraltro, non pare urgente, dato il lungo periodo transitorio fissato per l'applicazione della nuova disciplina: v. il box in argomento).

L'applicazione della regola nel settore industriale, peraltro, è ovviamente subordinata al rispetto dell'intera contrattazione collettiva di settore: un'impresa che non applichi alcun contratto collettivo nazionale (caso assai raro), o che applichi i cc.dd. contratti 'pirata' stipulati da organizzazioni di scarsa rappresentatività (caso più frequente) non potrà avvalersi della 'autorizzazione' prevista dall'avviso comune, che presuppone l'accettazione dell'intero sistema contrattuale predisposto dalle associazioni sindacali più rappresentative.

Infine, pare opportuno precisare che l'autorizzazione alla stipulazione di un ulteriore contratto fino a una durata massima di otto mesi (dopo altri 36), che evita la sanzione di automatica conversione a tempo indeterminato, non esclude che tale contratto dovrà comunque fondare la propria legittimità sulla effettiva sussistenza di una ragione organizzativa, di carattere temporaneo, che lo giustifichi. Non va infatti commesso l'errore, purtroppo frequente, di attenuare il rigore nel controllo della legittimità dell'impiego con contratto atipico, per il solo fatto che sia prevista una forma di controllo sindacale (che qui riguarda la durata, e non la giustificazione dei contratti).

Controllo sindacale che, peraltro, mostra nel caso la propria intrinseca debolezza, in qualche modo obbligata dall'astruso disposto legislativo. Stante il tenore della disciplina di legge, infatti, l'esito del confronto sindacale era quasi scontato; certamente, sarebbe stato più utile cogliere l'occasione per discipline più articolate e finalizzate ad esiti più virtuosi, ad esempio concedendo alle imprese spazi di significativa ulteriore flessibilità in cambio di politiche negoziate di stabilizzazione dei lavoratori precari, diritti di precedenza, investimenti sui processi del mercato del lavoro, ecc.

F.S.

Il comma 4-*bis* si chiude con la previsione secondo la quale il mancato rispetto della procedura ora descritta, ovvero il superamento della durata massima comporta la conversione del contratto ulteriore in contratto a tempo indeterminato. Si può porre, a tal proposito, la questione dell'eventuale applicazione del periodo di tolleranza di 20 o 30 giorni previsto dall'art. 5, comma 1, per le ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, perchè il comma 4-*bis* sembra escluderla, dato che la norma si riferisce al "superamento del termine stabilito nel medesimo contratto".

2.4. Le ipotesi escluse dall'applicazione del limite temporale

Il nuovo comma 4-*ter* dell'art. 5, D. Lgs. n. 368/2001, prevede che le disposizioni di cui al comma 4-*bis* non trovino applicazione nei confronti delle attività stagionali. Si tratta anzitutto delle attività indicate dal D.P.R. n. 1525 del 1963, emanato in attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), della L. n. 230/1962¹⁵, nonché delle attività individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative. La norma risulta opportuna, perchè in mancanza l'elenco avrebbe dovuto considerarsi tassativo. Quanto all'ampiezza del potere di integrazione della previsione, guardando alla lettera della legge dovrebbe ritenersi che anche le ipotesi previste dai contratti collettivi debbano rivestire carattere necessariamente stagionale¹⁶. La previsione del rinvio al contratto nazionale è particolarmente importante in questo contesto, perchè è al livello di categoria che possono meglio essere valutate le attività che richiedono l'impiego di prestazioni di lavoro stagionali. Resta escluso dall'applicazione del limite di 36 mesi il rapporto di lavoro dei dirigenti; l'art. 1, comma 41, lett. c), l. n. 247/2007, introduce nell'art. 10, comma 4, D. Lgs. n. 368/2001 la precisazione secondo la quale la stipulazione di contratti di lavoro a termine con i dirigenti può avvenire "in deroga a quanto previsto dall'art. 5, comma 4-*bis*". La previsione, in realtà, è ridondante, perchè per il lavoro dirigenziale il medesimo comma 4 dell'art. 10 prevede l'esclusione dal campo di applicazione dell'intero D. Lgs. n. 368/2001, fatta eccezione per le disposizioni degli artt. 6 e 8¹⁷.

Infine, restano ferme le esclusioni dal campo di applicazione della disciplina di cui al D. Lgs. n. 368/2001 individuate dal medesimo art. 10.

2.5. Il diritto di precedenza dei lavoratori a termine

La legge di attuazione del Protocollo sul Welfare interviene anche su un profilo della disciplina del contratto a termine originariamente previsto dall'art. 23, l. n. 56 del 1987, per i soli lavoratori stagionali e per i lavoratori assunti in occa-

NOTE

¹⁵ Per la ricostruzione del significato della previsione si v. M. ROCCELLA, I rapporti di lavoro a termine, cit., p. 88 ss.

¹⁶ La formulazione della norma non sembra lasciar spazio ad una diversa interpretazione, dato che si riferisce alle "attività stagionali definite dal" D.P.R. del 1963 e a "quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali".

¹⁷ Sulla previsione di cui all'art. 10, comma 4, si vv. L. M. DENTICI, Esclusioni dal campo di applicazione del D. Lgs. n. 368/2001 e discipline specifiche, in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, Il lavoro a termine in Italia e in Europa, Torino, Giappichelli, 2003, p. 153 ss.; F. PASQUINI, Contratto a termine e lavoro dirigenziale, in M. BIAGI, a cura di, Il nuovo lavoro a termine, Milano, Giuffrè, 2002, p.279 ss.; F. BASENGHI, Contratto a termine e lavoro dirigenziale, in Mass. Giur. Lav., 2001, p. 1089 ss.

sione delle punte stagionali di attività. Si tratta del diritto di precedenza dei lavoratori a termine rispetto alle assunzioni, a tempo indeterminato o a tempo determinato a seconda del caso, effettuate dal datore di lavoro entro un dato periodo dalla cessazione del rapporto. La legge n. 247/2007 individua due fattispecie: una, quella di cui al nuovo comma 4-*quater* dell'art. 5, D. Lgs. n. 368/2001, di portata generale, e l'altra, quella di cui al comma 4-*quinquies* del medesimo articolo, riservata dai lavoratori stagionali.

Per quanto attiene alla prima ipotesi, il diritto di precedenza previsto dall'art. 5, comma 4-*quater*, per tutti i lavoratori a termine, inclusi i lavoratori stagionali, è subordinato al verificarsi delle seguenti condizioni:

- il lavoratore deve aver prestato attività lavorativa in esecuzione di uno o più contratti a termine per un periodo complessivo superiore a sei mesi;
- il lavoratore deve manifestare la volontà di avvalersi di tale diritto nei sei mesi successivi alla cessazione del contratto a termine.

Il diritto di precedenza riguarda le assunzioni a tempo indeterminato che il datore di lavoro intende effettuare nell'anno successivo alla cessazione del contratto a termine, per le mansioni già espletate dal lavoratore, e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro.

Sulla disciplina ora descritta occorre svolgere qualche considerazione. Anzitutto, anche in questo caso il periodo di sei mesi si riferisce all'intero arco della vita lavorativa, nel senso che si sommano i periodi di lavoro svolti sulla base di tutti i contratti. Un problema interpretativo di non poco conto riguarda il caso in cui il lavoratore abbia totalizzato il periodo di sei mesi sommando contratti durante i quali abbia svolto mansioni diverse. La formulazione dell'art. 5, comma 4-*quater* è, sul punto, ambigua. Nell'individuare i requisiti per l'insorgenza del diritto di precedenza, infatti, la norma si riferisce semplicemente alla prestazione di attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi in esecuzione di uno o più contratti a termine, senza indicare per quali mansioni, precisando poi che il diritto sorge con riferimento alle 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*" (corsivo di chi scrive). Si potrebbe anche ritenere, in altre parole, che il diritto di precedenza riguardi tutte le mansioni svolte presso la stessa azienda, anche se la durata del singolo contratto sia inferiore a sei mesi. In realtà, tenendo conto anche della *ratio* della norma, sembra doveroso concludere che le mansioni svolte durante i 6 mesi devono essere le medesime per le quali il datore di lavoro procede a nuove assunzioni. Naturalmente, se il datore di lavoro procede a nuove assunzioni per mansioni che non corrispondono esattamente a quelle già svolte dal lavoratore a termine, ma che sono di fatto ad esse equivalenti, allo scopo di evitare di dover rispettare il diritto di precedenza, il lavoratore potrà dimostrare l'esistenza di una ipotesi di frode alla legge.

L'insorgenza del diritto di precedenza è subordinata alla manifestazione di volontà di avvalersene da parte del lavoratore, da rendere entro 6 mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 5, comma 4-*sexies*, D. Lgs. n. 368/2001. Si tratta di una previsione discutibile, sia per il lavoratore, che potrebbe incontrare qualche difficoltà di prova nel caso in cui non renda per iscritto la dichiarazione, sia per il datore di lavoro, che per sei mesi non è in grado di sapere, in caso di nuove assunzioni, se debba o meno rispettare il diritto di precedenza dei lavoratori assunti a termine nel periodo antecedente. Si potrebbe ritenere, per evitare questo risultato, che il diritto di precedenza non sorga finché il lavoratore non manifesta la volontà di avvalersene nel periodo stabilito, ma la norma, sul punto, è ambigua, lasciando spazio a diverse

soluzioni interpretative. Sarebbe stato più opportuno, a questo punto, prevedere una limitazione temporale del diritto senza subordinarlo alla dichiarazione del lavoratore, in modo da rendere più definite le posizioni delle parti. Ciò anche in vista dell'applicazione di sanzioni per la violazione del diritto di precedenza; a tal proposito, si ricorda che, benché la norma non preveda nulla in merito, deve riconoscersi al lavoratore quanto meno il diritto al risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa. Occorre anche ricordare che per la quantificazione del risarcimento in casi analoghi, la giurisprudenza ha utilizzato come parametro di riferimento la retribuzione percepita, ragguagliata al tempo necessario per trovare una nuova occupazione, tenuto conto del sesso e dell'età del lavoratore¹⁸, oppure ha applicato analogicamente i parametri desumibili dall'art. 18 Stat. Lav. per il danno da licenziamento illegittimo¹⁹. Più discutibile sembra invece la possibilità di ordinare la costituzione coattiva del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.²⁰.

Nell'ipotesi ora descritta, come si è detto, il diritto di precedenza opera in relazione alle assunzioni a tempo indeterminato che il datore di lavoro intenda effettuare entro un anno dalla cessazione del contratto a termine. Il dato letterale e l'espressa previsione del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali (si v. infra) sembrano escludere che si possa estendere, in via interpretativa, il diritto di precedenza anche alle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro per le mansioni già svolte dal lavoratore nel medesimo arco temporale.

La soluzione, tuttavia, apre alcuni problemi, ad esempio nell'ipotesi in cui il datore di lavoro assuma un altro lavoratore a termine, per le stesse mansioni, nell'arco temporale indicato dalla legge, ed in seguito trasformi il contratto in contratto a tempo indeterminato, violando di fatto il diritto di precedenza del primo lavoratore. In questa ipotesi, in primo luogo, occorrerà prestare attenzione al momento in cui si verifica la conversione, ai fini dell'accertamento della violazione del diritto di precedenza. Ad esempio, nelle ipotesi di prosecuzione di fatto del contratto a termine, l'art. 5, comma 2, del D. Lgs. n. 368/2001 prevede che il contratto si consideri a tempo indeterminato dalla scadenza del periodo di "franchigia" di 20 o 30 giorni. Ora, se questa data si colloca nell'arco temporale in cui il lavoratore a termine è titolare del diritto di precedenza, non vi è dubbio che questi avrà diritto quantomeno al risarcimento del danno per la violazione del proprio diritto. Anche al di fuori di questo caso, il lavoratore assunto in precedenza a tempo determinato potrà sempre dimostrare che l'assunzione a termine di altro lavoratore nell'anno dalla cessazione del rapporto e la successiva stabilizzazione del medesimo lavoratore integrano un'ipotesi di frode alla legge, ai sensi dell'art. 1344 c.c.

Altra questione di non minore rilievo riguarda la possibilità che il datore di lavoro intenda assumere un lavoratore a tempo indeterminato per le medesime mansioni svolte dal lavoratore assunto a termine durante lo svolgimento del contratto. In questa ipotesi, si potrebbe sostenere che il lavoratore a termi-

NOTE

18 In questi termini Trib. Rossano 13 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2589 ss.

19 Così Trib. Genova 14 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, 2248, che ha applicato l'importo minimo del risarcimento del danno (5 mensilità di retribuzione), oltre all'indennità sostitutiva della reintegrazione.

20 L'applicazione del rimedio indicato potrebbe infatti contrastare con i principi desumibili dall'art. 41 Cost., come ha ritenuto la giurisprudenza in relazione al diritto di precedenza dei lavoratori licenziati per riduzione di personale, di cui all'art. 8, comma 1, L. 223/1991. Si v., in termini, Cass. 5 ottobre 2002, n. 14293, in *Orient. giur. lav.*, 2002, I, p. 799.

ne possa far valere il medesimo diritto di precedenza sulla base della previsione di cui all'art. 9, c. 1, D. Lgs. n. 368/2001, letta alla luce delle disposizioni in materia di diritto di precedenza. La citata previsione, infatti, impone al datore di lavoro di informare i lavoratori a termine circa i posti vacanti disponibili nell'impresa "in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi che hanno gli altri lavoratori". L'attribuzione del diritto di precedenza permette ora di sostenere che i lavoratori già assunti a termine godano di un trattamento preferenziale rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro presso il quale hanno svolto il periodo minimo di attività previsto dall'art. 5, comma 4-*quater*, anche prima della scadenza del contratto.

Oltre all'ipotesi "generale" ora descritta, la legge n. 247/2007 (re)introduce il classico diritto di precedenza per i lavoratori stagionali in relazione alle assunzioni effettuate dal datore di lavoro, entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, per le medesime attività stagionali. Anche in questo caso il lavoratore è tenuto a manifestare la volontà di avvalersi del diritto di precedenza entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto, e il diritto si estingue entro un anno dalla medesima data. In questo caso, trattandosi di attività stagionali, il periodo di tre mesi per la manifestazione della volontà di avvalersi del diritto di precedenza non pone i problemi visti sopra, proprio perchè il lasso di tempo tra un periodo di lavoro e quello successivo è di norma superiore a tre mesi.

2.6. Le modifiche all'art. 10, d. lgs. 368/2001

L'art. 10, comma 7, del D. Lgs. n. 368/2001 affida alla contrattazione collettiva il compito di individuare limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a tempo determinato (le c.d. clausole di "contingentamento"), escludendo però dall'apposizione dei suddetti limiti le ipotesi individuate nelle lettere da a) a d) del medesimo articolo. Il comma 41 dell'art. 1, L. 247/2007 sostituisce le lettere c) e d) della norma in esame, eliminando così dall'elenco i contratti a termine stipulati per l'intensificazione di attività in determinati periodi dell'anno (punte stagionali), quelli stipulati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale, nonché quelli genericamente destinati a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro e stipulati al termine di un periodo di tirocinio o stage. Per queste tipologie di contratti, dunque, la contrattazione collettiva è nuovamente abilitata a prevedere limiti quantitativi per il loro utilizzo.

Restano esenti da limiti i contratti a termine stipulati per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi [nuova lettera c) art. 10, comma 7] e i contratti stipulati con i lavoratori di età superiore ai 55 anni [nuova lett. d)]. Si tratta di previsioni presenti anche nella precedente formulazione della norma, sia pure in una diversa collocazione.

L'art. 1, comma 41, L. n. 247/2007, poi, abroga espressamente le previsioni dei commi 8, 9, e 10 del medesimo art. 10. Si tratta, in primo luogo, della norma che esentava dalle limitazioni quantitative i contratti a termine di durata inferiore a 7 mesi (comma 8), che oggi dunque devono ritenersi soggetti alle clausole di contingentamento. Si tratta di una previsione di notevole importanza, ai fini del controllo sindacale sul ricorso al contratto a termine, anche alla luce del fatto che i contratti di breve durata sono statisticamente quelli più utilizzati dalle imprese. Una questione delicata è quella che riguarda la sorte dei contratti a termine stipulati in violazione delle clausole di contingentamento;

ci si deve chiedere, in altre parole, se tale violazione faccia sorgere semplicemente il diritto al risarcimento del danno in capo al lavoratore, ovvero se possa ipotizzarsi il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato. In quest'ultimo senso è orientata la dottrina che riconduce l'ipotesi in parola a quelle di illegittima apposizione del termine²¹. La violazione delle clausole di contingentamento, inoltre, potrebbe configurare anche un'ipotesi di condotta antisindacale là dove, per la sua sistematicità e ricorrenza, possa essere considerata un attentato alla posizione e al ruolo del sindacato in azienda, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza²².

In coerenza, infine, con l'introduzione del diritto di precedenza di fonte legisla-



Contratto a termine: le disposizioni transitorie

Le modifiche alla normativa sul contratto a tempo determinato introdotte dalla legge n. 247/2007 sono subordinate ad alcune disposizioni transitorie. Infatti ai sensi dell'art. 1, comma 43: **a)** i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368...;

b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

Le disposizioni transitorie assumono dunque rilevanza ai fini delle disposizioni del nuovo comma 4-bis dell'art. 5, sul riconoscimento di un rapporto a tempo indeterminato derivante dalla successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti e per un periodo complessivo superiore a 36 mesi.

La disposizione di cui alla lett. a) appare chiara: un contratto in essere al 1° gennaio 2008, data di entrata in vigore della l. n. 247/2007, terminerà alla scadenza naturale prevista a prescindere dalla durata del contratto stesso, e quindi anche se il contratto a termine duri più di 36 mesi o se lo stesso sommato ad altri precedenti contratti comporti il superamento di quel periodo.

Qualche difficoltà interpretativa si pone invece per le disposizioni di cui alla lett. b). Innanzitutto la norma, che impone una condizione ulteriore ed autonoma rispetto a quella inserita nella precedente lettera a), indica chiaramente come i periodi da computarsi ai fini dei 36 mesi di cui all'art. 5, comma 4-bis, siano tutti quelli effettivamente lavorati anche prima del 2008, a prescindere dal numero dei contratti stipulati precedentemente alla data di entrata in vigore della legge. Appare infatti evidente come "il periodo di lavoro già effettuato" debba necessariamente riferirsi al complessivo periodo di tempo concretamente lavorato fino al 31 dicembre 2007 da calcolare per il raggiungimento dei 36 mesi previsto dal comma 4-bis. La norma non pone alcun limite temporale in merito ai periodi di lavoro che possono essere computati e teoricamente vi potrebbe essere la possibilità – fermo restando il necessario riferimento a contratti a termine fra le stesse parti e per lo svolgimento di mansioni equivalenti fra loro – di calcolare periodi di lavoro svoltisi anche 15 o 20 anni prima del 2008.

Si potrebbe in realtà sostenere, sul punto, che sia immanente nell'ordinamento un principio generale che tende ad assicurare stabilità giuridica alle situazioni di fatto ormai consolidate nel tempo. Sono espressioni di tale principio gli istituti giuridici della prescrizione, della decadenza e dell'usucapione, ma anche, ad esempio, il pur criticabile orientamento giurisprudenziale "creativo" in materia di contratti a termine che, a fronte di una potenziale declaratoria di nullità come tale imprescrittibile, fa ampio uso di una presunta avvenuta rinuncia tacita per mutuo consenso fra le parti, per decretare l'impossibilità per il lavoratore di far rilevare vizi del contratto a termine dopo un certo periodo di tempo. In questo

tiva, viene abrogata la previsione che ne rinviava alla contrattazione collettiva l'eventuale disciplina (comma 9), insieme a quella che ne regolava l'estinzione (comma 10).

NOTE

21 M. NAPOLI, Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine, in in A. GARILLI, M. NAPOLI, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 96 ss.

22 Si v., AD ESEMPIO, TRIB. NOVARA 9 OTTOBRE 2006, in NOT. GIUR. LAV., 2007, p. 150; TRIB. MILANO 6 GIUGNO 2006, in ORIENT. GIUR. LAV., 2006, I, p. 273

senso, allora, considerata anche l'ampia portata invasiva della norma di cui al comma 4-bis nella sfera giuridica di due soggetti privati, non sarebbe del tutto fuori luogo ritenere che possa sussistere un limite temporale a partire dal quale calcolare i periodi di lavoro al fine della conversione del contratto. In mancanza di espliciti riferimenti normativi si potrebbe richiamare analogicamente il termine decennale previsto in materia di prescrizione ordinaria. Sulla questione, tuttavia, è opportuno attendere le prime pronunce giurisprudenziali.

La lettera b) introduce poi un periodo di 15 mesi, decorrenti dal 1° gennaio 2008, nel corso dei quali non è possibile calcolare i periodi lavorati precedenti al 2008 al fine dell'applicazione della regola dei 36 mesi. Facciamo un esempio per comprendere meglio: ipotizzando che un lavoratore abbia maturato al 31 dicembre 2007, con uno o più contratti a termine, 30 mesi di lavoro nella stessa impresa, se verrà assunto, successivamente al 1° gennaio 2008, con un contratto di 10 mesi che termini prima del 31 marzo 2009, non potrà computare i 30 mesi precedentemente lavorati e chiedere la conversione a tempo indeterminato. Questo caso, quindi, usufruirà della 'salvezza' garantita dal periodo transitorio.

La norma in sostanza sembra voler concedere un congruo periodo di tempo in cui far conoscere il meccanismo finalizzato alla stabilizzazione dei lavoratori a termine, in cui il datore di lavoro "distratto", che assume a termine senza considerare l'effetto di stabilizzazione introdotto dal legislatore, non incappi nella sanzione di cui al nuovo comma 4-bis dell'art. 5.

Qualche dubbio potrebbe emergere, invece, in merito alla computabilità dei periodi di lavoro a termine svolti negli stessi 15 mesi, una volta che sia terminato tale periodo transitorio stabilito dalla norma. Appare più consona alla *ratio* legislativa ed alla stessa lettera della legge ritenere che per quindici mesi rimanga inibita la sanzione di cui al comma 4-bis, ma che allo scadere di tale periodo, se vi è un rapporto a termine in corso o se un nuovo rapporto venga attivato, debba essere computato tutto il periodo di effettiva attività lavorativa svolto dal lavoratore con contratti a termine, anche se in parte coincidente con i 15 mesi previsti dalla legge. La norma infatti, oltre a richiamare i periodi di lavoro effettuati prima del 2008, si riferisce ai "periodi successivi di attività" immediatamente dopo aver richiamato la data di entrata in vigore della legge. Riprendendo l'esempio precedente, se lo stesso lavoratore verrà nuovamente assunto a termine successivamente al 1 aprile 2009 anche solo per 1 mese, potrà richiedere la conversione del contratto computando a tal fine i 30 mesi lavorati prima del 1 gennaio 2008, i 10 mesi lavorati tra il 1.1.08 e il 31.3.09 e il mese lavorato successivamente a tale data. La volontà del legislatore appare chiara. L'intento è quello di concedere al datore di lavoro un congruo periodo di tempo per riorganizzare la propria struttura organizzativa senza subire gli effetti delle modifiche introdotte e non certo quello di "abbonare" 15 mesi di attività lavorativa precaria, in danno al lavoratore a termine. Il legislatore ha voluto in tal modo che l'effetto concreto della stabilizzazione di un lavoratore a termine si producesse ben prima dei 36 mesi che sarebbero stati necessari se le nuove regole avessero dovuto trovare applicazione solo per il futuro, senza però essere così rigido da esigere un'applicazione immediata che avrebbe creato molti problemi a chi ha fin qui fatto affidamento sulle vecchie regole. Da qui la scelta di computare tutti i periodi lavorati, prima e dopo l'entrata in vigore della legge, solo però dopo un periodo di tempo di 15 mesi in cui i datori di lavoro hanno tutte le possibilità per mettersi in regola.

L.G.

3. Le modifiche alla disciplina del lavoro a tempo parziale

3.1. La disciplina delle clausole flessibili ed elastiche tra consenso individuale e collettivo

L'art. 1, comma 44, della L. 247/2007 prevede alcune significative modifiche alla disciplina della flessibilità della prestazione nel part-time, ed in particolare delle clausole flessibili ed elastiche, quelle cioè che attribuiscono al datore di lavoro il potere di modificare unilateralmente, rispettivamente la collocazione temporale o la durata concordata della prestazione di lavoro. La norma torna a richiedere per la legittima apposizione delle clausole in parola, secondo quanto prevedeva la versione originaria del D. lgs. 61/2000, il c.d. "doppio filtro": la possibilità di introdurre clausole flessibili ed elastiche deve essere prevista dai "contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"; oltre a ciò, è richiesto il consenso del lavoratore, formalizzato attraverso un apposito patto scritto (art. 3, comma 9, D. Lgs. n. 61/2000). Il fatto che non basti più il semplice consenso delle parti per l'apposizione delle clausole è sottolineato anche dall'abrogazione dell'art. 8, comma 2-ter, secondo il quale in assenza di contratti collettivi le clausole flessibili ed elastiche potevano essere concordate direttamente tra datore e lavoratore.

È opportuno sottolineare che, secondo l'interpretazione maggioritaria formata in analoghi casi, i contratti collettivi ai quali viene fatto rinvio devono essere integralmente applicati dal datore di lavoro che intenda ricorrere alle clausole elastiche o flessibili. In assenza di previsioni contrattuali, ovvero nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo, il contratto di lavoro a tempo parziale potrà essere stipulato solo nella modalità con determinazione rigida dell'orario, ai sensi dell'art. 2, comma 2, D. Lgs. n. 61/2000.

Altra modifica, di rilievo minore, riguarda la disciplina del preavviso: l'art. 1, comma 44, lett. c), L. 247/2007, sostituisce il comma 8 dell'art. 3, D. Lgs. n. 61/2000, con la previsione secondo la quale "l'esercizio, ove previsto dai contratti collettivi di cui al comma 7 e nei termini, condizioni e modalità ivi stabiliti, da parte del datore di lavoro del potere di variare in aumento la durata della prestazione lavorativa, nonché di modificare la collocazione temporale della stessa, comporta in favore del prestatore di lavoro un preavviso, fatte salve le intese fra le parti, di almeno cinque giorni lavorativi". La previsione si limita semplicemente a portare da due a cinque giorni il termine minimo di durata del preavviso, termine che può essere però perfino ridotto dalle intese tra le parti, anche individuali. Si tratta di una norma, dunque, scarsamente garantista nei confronti del lavoratore.

È opportuno sottolineare, a questo punto, che la stipulazione della clausola elastica o di quella flessibile assoggetta il lavoratore al potere di variabilità del datore di lavoro per l'intera durata del contratto. La situazione è aggravata anche dal fatto che l'apposizione della clausola obbliga il lavoratore a svolgere la prestazione secondo la variazione richiesta dal datore di lavoro, poiché, a differenza di quanto avviene per il lavoro supplementare, in questo caso il consenso del lavoratore è preventivo²³. Si può senz'altro auspicare che sul

NOTE

23 R. DEL PUNTA, op. cit., p. 510

punto intervengano le previsioni dei contratti collettivi, introducendo strumenti che in qualche misura garantiscano la tutela delle esigenze del lavoratore²⁴.

3.2 Il nuovo art. 12-bis: la tutela dei lavoratori affetti da patologie oncologiche

La l. 247/2007 prevede inoltre la sostituzione dell'art. 12-bis, D.Lgs. 61/2000, inserito dall'art. 46, D. Lgs. 276/2003²⁵, con un nuovo articolo, che ne riprende parzialmente le previsioni, estendendole.

Il primo comma dell'art. 12-bis prevede il diritto dei lavoratori pubblici e privati affetti da patologie oncologiche²⁶, per i quali residui una sia pur ridotta capacità lavorativa, alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Si tratta di un diritto soggettivo potestativo, perchè la trasformazione opera, in presenza dei relativi presupposti, a richiesta del lavoratore e ad esso il datore non può opporre un rifiuto²⁷. Spetterà poi alle parti individuare la concreta articolazione dell'orario, che tuttavia dovrà essere tale da consentire il rispetto delle esigenze di cura del richiedente²⁸. Il medesimo carattere di diritto potestativo è previsto anche per il passaggio inverso, da tempo parziale a pieno, che avviene per l'appunto a richiesta del lavoratore medesimo.

Una novità assoluta è costituita dalla previsione di una (meno efficace) priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a parziale nei casi individuati dai commi 2 e 3 dell'art. 12-bis, introdotti dalla l. n. 247/2007, e cioè:

- i genitori, i figli o il coniuge del lavoratore o della lavoratrice sono affetti da patologie oncologiche;
- il lavoratore assiste una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che sia incapace di compiere gli atti quotidiani della vita;
- il lavoratore o la lavoratrice hanno figli conviventi di età inferiore a 13 anni, o figli conviventi portatori di handicap (in questo caso senza limiti di età)

Mentre nel primo caso la priorità viene riconosciuta a prescindere dal fatto che i congiunti del lavoratore siano con esso conviventi, negli altri casi il requisito della convivenza è condizione per il riconoscimento della priorità.

La differenza tra l'ipotesi ora descritta e quella di cui al 1° comma della stessa norma risiede nel fatto che il diritto di priorità può essere esercitato solo quando il datore di lavoro intenda assumere lavoratori a tempo parziale, non trattandosi in questo caso di un diritto potestativo. Qualche problema può porsi circa il significato da attribuire al diritto di priorità e alle modalità del suo esercizio. Ai sensi dell'art. 5, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000, il datore di lavoro è obbligato a dare informazioni sulle assunzioni a tempo parziale, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare la richiesta di trasformazione del rapporto. Rispetto alle richieste in parola, che devono semplicemente es-

NOTE

24 S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 20 segnala alcune soluzioni previste dai contratti collettivi, come la clausola di reversibilità o il diritto di rifiutare la modifica dell'orario di lavoro a fronte di circostanze particolari.

25 Sulla previsione precedente si v. S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 32 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, p. 524 ss.

26 La norma precisa che l'accertamento della capacità lavorativa residua deve essere effettuato da una commissione istituita presso l'AUSL territorialmente competente.

27 In tal senso anche M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *op. cit.*, p. 528, in relazione alla precedente formulazione.

28 Così M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *op. loc. ult. cit.*; S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, cit., p. 32.

sere "prese in considerazione" dal datore di lavoro, i lavoratori che si trovano in una delle suindicate situazioni godono senza dubbio di una posizione preferenziale, ma non è chiaro quale sia la sanzione per la violazione della priorità. In questo caso si può prospettare il diritto del lavoratore alla trasformazione del rapporto, oltre al risarcimento del danno, proprio alla luce degli interessi sottesi alla previsione legale.

3.3. Il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro

L'art. 12-ter del D. Lgs. n. 61/2000, introdotto ex novo dalla l. n. 247/2007, disciplina il diritto di precedenza dei lavoratori che hanno trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale nelle assunzioni con contratto a tempo pieno che il datore di lavoro intende effettuare "per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale".

La prima questione rilevante riguarda le modalità con le quali esercitare la precedenza nella trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno. Come si è visto, il datore di lavoro è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, D. Lgs. n. 61/2000, in modo da consentire ai lavoratori interessati di presentare richiesta di trasformazione del rapporto, ma non è tenuto a fare altrettanto con riguardo alle assunzioni a tempo pieno. Sul punto si può solo auspicare l'intervento della contrattazione collettiva, che è certamente libera di individuare ulteriori obblighi di informazione in capo al datore di lavoro.

Un secondo problema concerne la "graduatoria" rispetto alle domande di trasformazione. Poiché l'ipotesi prevista dall'art. 12-ter riguarda tutti i lavoratori che abbiano trasformato in precedenza il rapporto, a prescindere dalle ragioni che hanno sorretto la trasformazione, ci si potrebbe chiedere se i soggetti in una delle situazioni di cui all'art. 12-bis, comma 2, godano di una priorità anche nel ritorno al rapporto di lavoro a tempo pieno. In realtà, la norma, non operando alcuna distinzione, sembra lasciare alla discrezionalità del datore di lavoro la soluzione del conflitto. Il problema, anche in questo caso, riguarda la sanzione applicabile per la violazione del diritto di precedenza da parte del datore di lavoro. L'ipotesi ora descritta non ha una sanzione specifica, a differenza di quanto avviene per il diritto di precedenza di origine contrattuale di cui all'art. 5, comma 2. Le prospettive di soluzione che si aprono, a questo punto, sono diverse. La questione più rilevante risulta quella relativa alla possibile applicazione dell'art. 2932 cod. civ., con la conseguente costituzione coattiva di un rapporto di lavoro a tempo pieno in capo al lavoratore pretermesso. La giurisprudenza, nel vigore della l. n. 863/1984, era giunta a questa conclusione, sulla scorta della considerazione per cui l'assetto negoziale tra le parti sarebbe stato modificato "solo per quanto attiene alla quantità delle prestazioni pattuite e alla loro distribuzione temporale"²⁹. Una simile conclusione, tuttavia, solleva qualche perplessità, dato che in questa ipotesi, come nel caso del diritto di precedenza previsto per il contratto a termine, l'imposizione di una data organizzazione dell'impresa, che conseguirebbe alla trasformazione, potrebbe contrastare con l'art. 41 Cost. La violazione del diritto di precedenza presuppone infatti che sia stato assunto un lavoratore a tempo pieno in luogo della trasformazione del contratto del lavoratore titolare del diritto in parola. ■

NOTE

29 Così Cass. 2 giugno 1998, n. 5415, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, p. 816.