

# Il «nuovo» contratto a tempo determinato: alcune questioni aperte

**Paolo Pennesi** *Dirigente Divisione I area giuridica e attività di interpello della Dg per l'Attività Ispettiva*

**Daniilo Papa** *Responsabile area giuridica e attività di interpello della Dg per l'Attività Ispettiva*

*Un approfondimento sul contratto a termine, come modificato dalla legge n. 247/2007 di attuazione del cd. Protocollo Welfare, a chiarimento delle criticità dovute al rapporto con la disciplina precedente*

Il contratto a tempo determinato ha subito importanti modifiche dalla legge n. 247/2007, che ha dato attuazione al cd. *Protocollo Welfare* del 23 luglio scorso. Il *Protocollo*, in particolare, evidenziava la necessità di modificare la disciplina contenuta nel Dlgs n. 368/2001 attraverso interventi volti ad evitare «*gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato*». Le direttrici individuate dal *Protocollo* e seguite, come si vedrà, dal Legislatore consistono dunque nella introduzione di limiti temporali complessivi alla successione o proroga dei contratti a termine (36 mesi), nella introduzione di un diritto di precedenza per assunzioni a tempo indeterminato o per attività stagionali e nella esclusione da limiti numerici eventualmente fissati dalla contrattazione collettiva per assunzioni effettuate in specifiche circostanze.

Alcune, se non tutte, le novità introdotte dal Legislatore presentano tuttavia alcune criticità di carattere interpretativo, legate anche ad un difficile rapporto delle nuove previsioni legali con la disciplina, anche contrattuale, previgente. Così come avvenuto con riferimento ad altri istituti (si pensi al contratto di lavoro intermittente o al contratto di somministrazione a tempo indeterminato<sup>(1)</sup>), tali criticità interessano il regime intertemporale di applicazione della normativa e la «stratificazione» di diverse fonti regolatorie (legge e contratto collettivo) nella disciplina del cd. *diritto di precedenza*.

## L'eccezionalità del contratto a tempo determinato

Una prima questione è legata al significato da dare al nuovo comma 01 dell'art. 1 del Dlgs n. 368/2001, secondo il quale «*il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*». La previsione non appare una mera affermazione di principio, priva di specifiche implicazioni sotto il profilo pratico operativo<sup>(2)</sup> in quanto, come hanno sottolineato i primi commentatori<sup>(3)</sup>, viene meno quella pari dignità con il contratto a tempo indeterminato che si era fatta strada nella interpretazione dottrinale successiva al Dlgs n. 368/2001<sup>(4)</sup>.

In altre parole la norma ripropone - così come d'altronde si legge nell'Accordo quadro tra Ces-Unic-Ceep sul lavoro a tempo determinato<sup>(5)</sup>, recepito dalla direttiva n. 99/70/Ce del 28 giugno 1999 - la centralità del rapporto a tempo indeterminato, che rappresenta la «regola», considerando altresì come ipotesi eccezionale la tipologia del rapporto di lavoro a tempo determinato.

Dal punto di vista operativo, l'opzione interpretativa che scaturisce sembrerebbe quella di considerare necessaria, ad oggi, non soltanto l'esistenza di una causa «*tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva*» ai fini della legittima stipulazione del contratto ma, a monte, l'esistenza altresì di una «occasione temporanea» di lavoro. Le conseguenze ultime di tale ragionamento porterebbero dunque a ritenere non ammissibile che, in caso di dimissioni di un lavoratore a tempo indeterminato, la sua posizione possa essere ricoperta da un lavoratore a termine, proprio in quanto l'occasione di lavoro non ha carattere temporaneo ma duraturo. Ciò peraltro sembra limitare una delle finalità del contratto a termine e cioè quella di

*Si segnala che le considerazioni contenute nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione.*

- (1) V. in proposito D. Papa, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida al Lavoro* n. 2/2008.
- (2) Sottolinea invece la valenza più che altro «simbolica» della previsione G. Proia, *Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato*, in *La nuova disciplina del welfare*, Cedam 2008, p. 93.
- (3) V. M. Tatarelli, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida al Lavoro* n. 2/2008.
- (4) In tal senso v. anche Ministero del lavoro, circ. n. 42 del 1° agosto 2002.
- (5) Il sesto considerando recita testualmente che «*i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento*».

utilizzare tale tipologia contrattuale quale strumento per valutare le effettive capacità del lavoratore, senza ricorrere all'istituto «naturale» del patto di prova, normato dall'art. 2096 c.c., il quale necessita comunque di un provvedimento di licenziamento per porre fine al rapporto instaurato ancorché non supportato da giusta causa o giustificato motivo.

L'altro effetto di tale affermazione di «regola» ed «eccezione» fra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine - pur astrattamente rilevante sul piano civilistico in caso di illegittimità della clausola appositiva del termine per insussistenza dei presupposti normativi (ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo, sostitutivo»), in quanto limitante la tesi della possibile nullità totale del contratto<sup>(6)</sup> - sul piano operativo non sembra particolarmente incidere in quanto sia la dottrina che la giurisprudenza prevalente si sono comunque orientate nel senso della nullità parziale e quindi per la conversione del contratto a termine privo delle ragioni giustificative in un contratto a tempo indeterminato.

#### Limiti di durata e conversione del rapporto

Una delle novità più importanti introdotte dalla legge n. 247/2007 consiste nella introduzione di un limite temporale alla durata complessiva di più contratti a tempo determinato stipulati tra le medesime parti per lo svolgimento di mansioni equivalenti. Stabilisce infatti il comma 4-bis dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001 che «ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2».

Al riguardo occorre anzitutto premettere che il limite di 36 mesi si riferisce esclusivamente ad una «successione» di contratti a tempo determinato; resta dunque del tutto legittima - ferma restando la presenza delle condizioni «tecniche, produttive, orga-

nizzative o sostitutive» ovvero, secondo quanto detto in precedenza, la presenza di una occasione non duratura di lavoro - l'apposizione di un termine superiore ai 36 mesi al primo (ed unico) contratto<sup>(7)</sup>. Il limite anzidetto opera dunque solo in caso di successione di contratti fra le stesse parti e con riferimento a mansioni equivalenti. Sul primo aspetto va anzitutto evidenziato un elemento di possibile criticità dato dal fatto che, ai fini del cumulo, non rileva l'estensione «dei periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro». Da ciò deriverebbe, in sostanza, la necessità per ogni datore di lavoro di tener conto di ogni rapporto di lavoro a tempo determinato intervenuto anche molti anni addietro con ciascun lavoratore poiché il Legislatore consente una sommatoria dei periodi senza tener conto della durata delle interruzioni fra i diversi contratti. In altre parole, dalla stretta interpretazione normativa, anche una interruzione trentennale tra un iniziale contratto a 30 mesi e un successivo contratto di un anno determinerebbe l'effetto trasformativo, con conseguenze non del tutto ragionevoli in quanto, in tale ipotesi, non sarebbe rinvenibile evidentemente alcun intento elusivo della disciplina in esame<sup>(8)</sup>. A ciò vanno evidentemente aggiunte le difficoltà sul piano pratico operativo di tenere presente l'esatta situazione dei rapporti a termine effettuati dallo stesso lavoratore anche a distanza di diversi anni l'uno dall'altro.

Altra questione attiene alla verifica circa la equivalenza delle mansioni, ai fini del cumulo dei periodi di lavoro a tempo determinato. Come da alcuni sottolineato<sup>(9)</sup>, secondo l'impostazione tradizionale può parlarsi di equivalenza di mansioni in presenza di due elementi: uno di carattere oggettivo, dato dalla inclusione delle mansioni in un medesimo livello di inquadramento ed uno di carattere soggettivo, per il quale le nuove mansioni non possono comportare l'acquisizione e l'utilizzazione di una professionalità del tutto nuova o diversa rispetto a quella posseduta dal lavoratore ma devono comportare comunque l'utilizzo delle nozioni, abilità ed esperienze già acquisite nelle precedenti fasi del rapporto e comunque devono consentire uno sviluppo della professionalità del lavoratore, in una logica di accrescimento delle stesse competenze<sup>(10)</sup>.

(6) In senso contrario A. Vallebona, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa 2002, p. 65, secondo il quale il datore di lavoro, allegando tempestivamente e comprovando la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo, potrebbe far travolgere l'intero contratto di lavoro, fermo restando evidentemente l'effetto della irripetibilità delle retribuzioni.

(7) Così anche G. Proia cit., p. 95.

(8) Così anche G. Proia, cit., p. 97.

(9) V. M. Tatarelli cit. e G. Proia cit., p. 96.

(10) V. Cass. 12 gennaio 2006, n. 425 e 12 aprile 2005, n. 7453.

Ciononostante non può dirsi superata la difficoltà di fornire una definizione univoca di mansioni equivalenti, sebbene la giurisprudenza prevalente sembra richiedere, a tal fine, una verifica circa i contenuti concreti dei compiti precedentemente assegnati e di quelli nuovi (v. riquadro sottoriportato).

**Cassazione 11 aprile 2005, n. 7351 (così anche Cassazione 30 luglio 2004, n. 14666 e Cassazione 2 ottobre 2002, n. 14150)**

Con riguardo allo «*ius variandi*» del datore di lavoro, il divieto di variazioni «*in peius*» opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali. A tal fine l'indagine del giudice di merito deve essere volta a verificare i contenuti concreti dei compiti precedenti e di quelli nuovi onde formulare il giudizio di equivalenza, da fondare sul complesso della contrattazione collettiva e delle determinazioni aziendali; in particolare, le nuove mansioni possono considerarsi equivalenti alle ultime effettivamente svolte **soltanto ove risulti tutelato il patrimonio professionale del lavoratore**, anche nel senso che la nuova collocazione gli consenta di utilizzare, ed anzi di arricchire, il patrimonio professionale acquisito con lo svolgimento della precedente attività lavorativa, in una prospettiva dinamica di valorizzazione della capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze.

Sul tema incide da ultimo anche la problematica sulla validità delle cd. *clausole di fungibilità* delle mansioni, frequentemente introdotte dalla contrattazione collettiva<sup>(11)</sup> che, se da un lato consentono una flessibilità di impiego dei lavoratori, in quanto la valutazione di equivalenza viene legittimamente fatta dalla contrattazione collettiva, dall'altro, allargandosi le maglie della nozione di equivalenza, ne risultano evidentemente limitate le possibilità di successione di contratti a termine in quanto le possibili diverse mansioni cui viene adibito il lavoratore, proprio in quanto equivalenti, fanno scattare il limite temporale dei 36 mesi. Sul punto occorre dunque ricordare quanto affer-

mato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con sentenza n. 25033 del 24 novembre 2006 (v. riquadro sottoriportato).

**Cassazione, Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033**

Le Sezioni Unite, decidendo in tema di clausola di fungibilità tra le mansioni espressa dalla contrattazione collettiva, sia nazionale sia integrativa territoriale, hanno affermato che la contrattazione collettiva, pur muovendosi nell'ambito, e nel rispetto, della prescrizione posta dal primo comma dell'art. 2103 c.c., è autorizzata a porre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale, precedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra le mansioni per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica, senza incorrere nella sanzione della nullità comminata dal secondo comma della citata disposizione. La Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte territoriale che aveva ritenuto legittima la clausola di fungibilità espressa dall'art. 46 del Ccnl 26 novembre 1994 per i dipendenti postali, recante l'intercambiabilità delle mansioni, con esclusione delle mansioni tecniche, all'interno della stessa area operativa e di quella di base, sul presupposto della ricorrenza delle necessità di servizio, la cui sussistenza, nella specie, non risultava contestata, se non in termini assolutamente generici, dalla lavoratrice. La Cassazione ha, inoltre, ribadito il costante orientamento secondo cui ai fini della verifica del legittimo esercizio dello *ius variandi* da parte del datore di lavoro, deve essere valutata dal giudice di merito - con giudizio di fatto incensurabile in Cassazione ove adeguatamente motivato - l'omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed all'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente.

**Limite dei 36 mesi e periodo transitorio**

Quanto al limite dei 36 mesi descritto, il Legislatore disciplina in maniera non del tutto chiara il periodo transitorio, prevedendo che:

- a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 247/2008 (1° gennaio 2008) continuano fino al termine previsto dal contratto;
- b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della legge si computa, insieme

(11) Dette clausole, infatti, collocano plurime mansioni omogenee o affini ma di diverso livello nella stessa qualifica e consentono al datore di lavoro di indirizzare il lavoratore indifferentemente in tali mansioni.

ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di 36 mesi, «*decorsi 15 mesi dalla medesima data*».

La disposizione di cui alla lett. a) non reca particolari problemi di carattere interpretativo. In sostanza un contratto a termine stipulato, rinnovato o prorogato prima del 2008 potrà continuare il suo percorso senza incorrere, qualunque sia la data ultima di cessazione, nella violazione del limite dei 36 mesi.

La disposizione di cui alla lett. b) desta invece maggiori perplessità. Letteralmente il Legislatore sembra introdurre infatti un semplice differimento del computo dei 36 mesi, così posticipando di fatto al 1° aprile 2009 ogni eventuale conteggio ed iniziativa del lavoratore volta al riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>(12)</sup>. Tale impostazione però non sembra del tutto soddisfacente in quanto non farebbe altro che far slittare in avanti il momento della sommatoria, lasciando però inalterato il computo dei 36 mesi. Secondo altra tesi interpretativa, potrebbe ritenersi che la sommatoria dei periodi *ante* 2008 avvenga esclusivamente con i periodi di lavoro effettuati a far data dal 1° aprile 2009 (decorsi 15 mesi dal 1° gennaio 2008), introducendo sostanzialmente una «franchigia totale» del periodo intercorrente tra il 1° gennaio 2008 ed il 31 marzo 2009. In tal modo la «parentesi» di 15 mesi non inciderebbe, ai fini del computo dei 36 mesi, nella sommatoria con periodi *ante* 2008. Gli stessi 15 mesi tuttavia rilevarebbero, com'è naturale, con eventuali ulteriori periodi successivi al 1° aprile 2009. Tale interpretazione aiuterebbe una introduzione graduale del nuovo limite, consentendo ai datori di lavoro di avere tutto il tempo di calcolare con attenzione l'incidenza dei periodi di lavoro effettuati prima dell'entrata in vigore della legge n. 247/2007 rispetto ai periodi di lavoro effettuati successivamente, ma non tiene pienamente conto del dato letterale della disposizione che sembra far riferimento non tanto ai periodi successivi al 31 marzo 2009 quanto anche ai periodi «successivi» al 31 dicembre 2007.

Una terza interpretazione, meno aderente al dato letterale della norma ma più vicina alle intenzioni della parti che hanno sottoscritto il *Protocollo* del 23 luglio scorso, sarebbe quella di spostare in avanti - a far data dal 1° aprile 2009 per l'appunto - ogni sommatoria dei periodi di lavoro effettuati, lasciando tuttavia indenni i datori di lavoro che, pur aven-

do superato il periodo massimo di 36 mesi, abbiano comunque cessato il rapporto entro il 31 marzo 2009. Secondo tale impostazione conterebbero comunque anche i periodi successivi al 31 dicembre 2008, ma con una tolleranza che consente il superamento dei 36 mesi a condizione che il rapporto non «sfori» il 31 marzo 2009.

Qualunque sia la tesi adottata va comunque ricordato che l'eventuale conversione del rapporto a tempo indeterminato non può essere immediata. È infatti necessario che trascorra il periodo previsto dal comma 2 dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001 (20 giorni) prima di poter dar luogo alla «conversione» del rapporto.

Altra problematica di rilievo sulla quale occorrerà far chiarezza riguarda il computo effettivo del periodo di 36 mesi. C'è infatti da chiedersi in qual misura possano conteggiarsi contratti a tempo determinato misurati in «giorni». Al riguardo appare possibile adottare il criterio comune, adoperato anche in altri rami del diritto (si pensi al diritto previdenziale) secondo il quale, considerato che la durata media dei mesi durante l'anno è pari a 30 giorni, 30 giorni potranno considerarsi l'equivalente di un mese. Ciò, ovviamente, nei soli casi in cui il contratto a tempo determinato non coincida esattamente con uno o più mesi dell'anno.

#### Ulteriore contratto e volontà assistita

Una deroga al divieto di superamento del limite dei 36 mesi è contenuta nel medesimo comma 4-bis citato, secondo il quale: «*in deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle Organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato*».

L'intervento della Direzione provinciale del lavoro e del rappresentante sindacale sembra voler richiamare l'esigenza, in questa come in altre occasioni<sup>(13)</sup>, di assistere il lavoratore nella scelta se prorogare o rinnovare il proprio rapporto di lavoro così certificando la genuinità delle sue decisioni.

Senza entrare in valutazioni circa l'utilità dell'introduzione di un meccanismo di volontà assistita in occasione della «stipula» di un contratto di

(12) Sembrerebbe optare per tale soluzione interpretativa G. Proia cit., p. 100.

(13) Si pensi alla procedura di certificazione dei contratti di lavoro presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province. Il Dm 21 luglio 2004 stabilisce al riguardo che «*datore di lavoro e lavoratore possono farsi assistere dalle rispettive organizzazioni sindacali o di categoria o da un professionista regolarmente abilitato. Tale assistenza è necessaria qualora la parte sia presente in persona di un proprio rappresentante*».

lavoro, ancorché temporaneo, occorre al riguardo sottolineare che l'intervento dell'organo pubblico evidentemente non assicura una legittimazione «totale» al contratto a termine, in quanto si concentra solo sulla genuinità della volontà del lavoratore e non già sulla sussistenza dei presupposti di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» per la stipula del contratto. Pertanto, se si accetta la tesi secondo cui il coinvolgimento della Direzione provinciale del lavoro e del rappresentante sindacale svolge un ruolo certificativo della sola volontà del lavoratore, non appare possibile interpretare detto coinvolgimento come validazione a 360° del contratto a termine, in quanto con un mero esame documentale, non supportato dalle dichiarazioni del lavoratore, non è evidentemente possibile effettuare una valutazione tecnica in ordine alla sussistenza in fatto delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine, almeno per quanto riguarda le causali di ordine «tecnico, produttivo ed organizzativo». Del resto, ove l'intenzione datoriale sia quella di assicurarsi una «copertura» da parte del soggetto pubblico circa eventuali contenziosi in ordine alla sussistenza dei presupposti del contratto, l'istituto idoneo non è quello della «convalida» di cui al citato comma 4-bis, ma la certificazione del contratto ai sensi degli artt. 75 e ss. del Dlgs n. 276/2003.

La norma prosegue nel prevedere che «le Organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro

*comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato». Qui i profili di criticità derivano dalla scelta del Legislatore di rimettere l'individuazione della durata massima dell'ulteriore contratto ad uno strumento che non è il contratto collettivo, ma l'«avviso comune» che, in quanto tale, non rappresenta, come il contratto collettivo, la formalizzazione di un accordo tra le parti contraenti ma, più semplicemente, l'individuazione di un intento comune da sottoporre all'Amministrazione affinché lo faccia proprio.*

### Le attività che esulano dal limite dei 36 mesi

Sempre all'interno dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001 la legge n. 247/2007 ha introdotto alcune deroghe al limite della durata di 36 mesi dei contratti a termine. Si tratta di deroghe legate alla tipologia di attività espletata e, prime fra tutte, le attività stagionali definite dal Dpr n. 1525/1963 nonché quelle «che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle Organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative».

#### Attività individuate dal Dpr n. 1525/1963

1. Sgusciatura delle mandorle.
2. Scuotitura, raccolta e sgranatura delle pine.
3. Raccolta e conservazione dei prodotti sottobosco (funghi, tartufi, fragole, lamponi, mirtili, ecc.).
4. Raccolta e spremitura delle olive.
5. Produzione del vino comune (raccolta, trasporto, pigiatura dell'uva, torchiatura delle vinacce, cottura del mosto, travasamento del vino).
6. Monda e trapianto, taglio e raccolta del riso.
7. Motoaratura, mietitura, trebbiatura meccanica dei cereali e pressatura dei foraggi.
8. Lavorazione del falasco.
9. Lavorazione del sommacco.
10. Maciullazione e stigliatura della canapa.
11. Allevamento bachi, cernita ammasso e stufatura dei bozzoli.
12. Ammasso, sgranatura, legatura, macerazione e stesa all'aperto del lino.
13. Taglio delle erbe palustri, diserbo dei canali, riordinamento scoline delle opere consortili di bonifica.
14. Raccolta, infilatura ed essiccamento della foglia del tabacco allo stato verde.
15. Cernita e condizionamento in colli della foglia di tabacco allo stato secco.
16. Taglio dei boschi, per il personale addetto all'abbattimento delle piante per legname da opera, alle operazioni per la preparazione della legna da ardere, alle operazioni di carbonizzazione nonché alle relative operazioni di trasporto.
17. Diradamento, raccolta e trasporto delle barbabietole da zucchero.
18. Scoratura del sughero.
19. Salatura e marinatura del pesce.
20. Pesca e lavorazione del tonno.
21. Lavorazione delle sardine sott'olio (per le aziende che esercitano solo tale attività).
22. Lavorazione delle carni suine.
23. Produzione di formaggi in caseifici che lavorano esclusivamente latte ovino.
24. Lavorazione industriale di frutta, ortaggi e legumi per la fabbricazione di prodotti conservati e di bevande (limitatamente al personale assunto nel periodo di lavorazione del prodotto fresco), nonché fabbricazione dei relativi contenitori.
25. Produzione di liquirizia.
26. Estrazione dell'olio dalle sanse e sua raffinazione.
27. Estrazione dell'olio dal vinacciolo e sua raffinazione.
28. Estrazione dell'alcool dalle vinacce e dalle mele.

29. Fabbricazione del ghiaccio (durante il periodo estivo).
30. Estrazione di essenze da erbe e frutti allo stato fresco.
31. Spiumatura della tiffa.
32. Sgranellatura del cotone.
33. Lavatura della paglia per cappelli.
34. Trattura della seta.
35. Estrazione del tannino.
36. Fabbricazione e confezionamento di specialità dolciarie nei periodi precedenti le festività del Natale e della Pasqua.
37. Cave di alta montagna.
38. Montaggio, messa a punto e collaudo di esercizio di impianti per zuccherifici, per fabbriche di conserve alimentari e per attività limitate a campagne stagionali.
39. Fabbricazione dei laterizi con lavorazione a mano o mista a mano e a macchina nelle quali si faccia uso di essiccatoi all'aperto.
40. Cernita e insaccamento delle castagne.
41. Sgusciatura ed insaccamento delle nocciole.
42. Raccolta, cernita, spedizione di prodotti ortofruttili freschi e fabbricazione dei relativi imballaggi.
43. Raccolta, cernita, confezione e spedizione di

44. Lavaggio e imballaggio della lana.
45. Fiere ed esposizioni.
46. Lavori preparatori della campagna salifera (sfangamento canali, ripristino arginature, mungitura e cilindratura caselle salanti, sistemazione aie di stagionatura), salinazione (movimento di acque, raccolta del sale).
47. Spalatura della neve.
48. Attività svolte in colonie montane, marine e curative e attività esercitate dalle aziende turistiche, che abbiano, nell'anno solare, un periodo di inattività non inferiore a settanta giorni continuativi o centoventi giorni non continuativi.
49. Preparazione e produzione di spettacoli per il personale non menzionato nella lettera e) dell'articolo 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, addetto a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita.
50. Attività del personale addetto alle arene cinematografiche estive.
51. Attività del personale assunto direttamente per corsi di insegnamento professionale di breve durata e soltanto per lo svolgimento di detti corsi.
52. Conduzione delle caldaie per il riscaldamento dei fabbricati.

Al riguardo occorre anzitutto ricordare che, anche in tali ipotesi è necessaria, ai fini della legittimità della stipula di un contratto a tempo determinato, la sussistenza delle ragioni di carattere *«tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo»*.

In secondo luogo occorre notare come il Legislatore parli di «attività stagionali» e non di «punte stagionali», con ciò includendo nel limite di 36 mesi le attività che, pur non rientrando nell'elenco allegato al Dpr n. 1525/1963, periodicamente necessitano di personale «a tempo» per sopperire ad esigenze di carattere contingente. Per tali attività, pertanto, pur sussistendo la legittimazione alla stipula di contratti a tempo determinato - sarebbe infatti ravvisabile, in linea di massima, una ragione di carattere «produttivo» - si potrebbe incorrere facilmente nella violazione del limite dei 36 mesi e quindi alla conversione del rapporto a tempo indeterminato. A quest'ultimo proposito, inoltre, va sottolineato che la previsione contenuta nell'art. 10, comma 7, lett. c), del Dlgs n. 368/2001 non prevede più quale deroga ai possibili tetti di fonte collettiva per i contratti a termine la causale concernente proprio *«l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno»* e pertanto anche tali assunzioni finiscono per rientrare nell'ambito delle clausole di contingentamento previste dai contratti.

### Diritto di precedenza

La legge n. 247/2007 introduce, ancora nell'ambito dell'art. 5 del Dlgs n. 368/2001, alcuni diritti di precedenza a nuove assunzioni. In particolare si prevede che:

- 1) il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine;
  - 2) il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.
- I diritti di precedenza così individuati possono essere esercitati a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro, rispettivamente, sei mesi o tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro e si estinguono entro un anno dalla stessa data. Ovviamente - va subito evidenziato - la manifestazione di volontà all'esercizio del diritto di precedenza non necessariamente deve avere luogo alla scadenza del rapporto di lavoro; è infatti da rite-

nersi efficace la manifestazione di volontà espressa anche in corso di rapporto.

In ordine al diritto di precedenza riservato ai lavoratori con almeno sei mesi di anzianità occorre chiedersi se lo stesso subisca anzitutto una limitazione di carattere «territoriale». Sembra infatti sin troppo rigida una interpretazione letterale che vorrebbe una estensione del diritto di precedenza anche presso unità produttive ubicate in città o addirittura Regioni diverse rispetto a quella dove si è svolta precedentemente la propria attività. D'altra parte, non può neanche richiedersi che il periodo di anzianità di sei mesi debba essere maturato esclusivamente presso la stessa unità produttiva per poter essere speso ai fini del diritto di precedenza. A tal proposito sembra opportuna una regolamentazione di tali profili da parte della contrattazione collettiva anche per ragioni, come si dirà subito dopo, di conciliabilità con la disciplina pregressa in materia.

La problematica di maggior rilievo, infatti, è proprio quella legata alla conciliabilità del diritto di precedenza introdotto nel 2007 con eventuali altre forme di precedenza introdotte sulla base della disciplina legale e contrattuale previgente. Va infatti ricordato che l'art. 10, comma 9, del Dlgs n. 368/2001 - ora abrogato dalla stessa legge n. 247/2007 - stabiliva che: «è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro (...) la individuazione di un diritto di precedenza nella assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'art. 23, comma 2, della legge n. 56/1987<sup>(14)</sup>». Sebbene tale disposizione sia stata abrogata e la nuova disciplina non specifichi alcunché in materia, non sembra ragionevole sostenere che i diritti già acquisiti dai lavoratori in base alle clausole collettive poste in essere vengano vanificati. Le graduatorie elaborate secondo i criteri individuati dalla contrattazione collettiva, pertanto, devono ritenersi ancora valide nonostante l'introduzione di una concorrente previsione normativa in materia, che peraltro incide anche sulle modalità di formalizzazione della di-

sponibilità del lavoratore. Il problema pertanto sarà quello di conciliare vecchi e nuovi diritti di precedenza, operazione che non potrà che essere effettuata, comunque, dalla stessa contrattazione collettiva.

Il secondo punto, invece, disciplina un diritto di precedenza a favore dei lavoratori stagionali, facendo esclusivo riferimento ad una identità non di «mansioni» ma di attività «stagionali». Come è stato giustamente rilevato<sup>(15)</sup>, la previsione si pone in maniera problematica rispetto a datori di lavoro che, pur con riferimento a mansioni totalmente diverse, sarebbero tenuti a ricorrere a lavoratori utilizzati in precedenza nella medesima attività stagionale. Indubbiamente tale previsione presenta oggettivi profili di criticità in quanto non appare nemmeno possibile limitare tale diritto ai soli lavoratori in possesso della stessa qualifica in quanto tale restrizione del campo di applicazione, pur espressa con riferimento alla precedenza per assunzioni a tempo indeterminato<sup>(16)</sup>, non è stata riproposta dal Legislatore con riferimento alle attività stagionali.

Un'ultima questione attiene alle conseguenze derivanti dalla violazione del diritto di precedenza in caso di nuove assunzione. Si pone infatti il problema se la lesione di tale diritto possa comportare un'azione di costituzione *ope iudicis* del rapporto art. 2932 c.c.<sup>(17)</sup>, ovvero determini esclusivamente un diritto al risarcimento del danno da parte del lavoratore pretermesso, con conseguente tutela di tipo «obbligatorio» e non «reale»<sup>(18)</sup>. In realtà, come riconosciuto dalla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione, «il diritto ad essere preferito nelle assunzioni effettuate dal datore di lavoro, non è assistito dalla tutela in forma specifica, perché si tratta non già di un diritto, sia pure condizionato dalla stipulazione di un contratto di lavoro, ma soltanto del diritto ad essere preferito, come contraente, nel caso in cui il datore di lavoro decida di procedere a nuove assunzioni» e quindi «il prospettato inadempimento del datore di lavoro - che si perfeziona con l'assunzione di soggetti diversi da quelli che hanno diritto di precedenza - non può che dar luogo al risarcimento del danno»<sup>(19)</sup>.

(14) Secondo il quale «I lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato nelle ipotesi previste dall'articolo 8-bis del decreto legge 29 gennaio 1983, n. 17, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 marzo 1983, n. 79 hanno diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica, a condizione che manifestino la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro». Le ipotesi citate nella norma riguardano le attività stagionali.

(15) V. E. De Fusco, *Nuovo contratto a termine: penalizzate le aziende stagionali*, in *Guida al Lavoro* n. 2/2008.

(16) V. infatti art. 5, comma 4-quater, Dlgs n. 368/2001.

(17) Così Vallebona - Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001.

(18) In tal senso Foglia, *La nuova disciplina del contratto a termine*, 2002.

(19) Così Cass., sez. lav., 26 agosto 2003, n. 12505.