

Il mancato rispetto del diritto di precedenza: cosa rischia il datore di lavoro (E. Massi)

Analisi approfondita del diritto di precedenza nei vari istituti e le conseguenze per il datore di lavoro nel caso di un mancato utilizzo dello stesso

Il diritto di precedenza nel diritto del lavoro viene richiamato per istituti diversi anche se, il più delle volte, il pensiero corre a quello dei lavoratori assunti a tempo determinato dei quali parla l'art. 24 del [D.L.vo n. 81/2015](#). Alcune volte l'esercizio di tale diritto è legato ad una azione fattiva del lavoratore che lo deve esercitare per iscritto entro tempi certi, altre volte è strettamente correlato al decorso del tempo ed al raggiungimento di un limite oltre il quale non può esercitarsi, altre volte, infine, viene riconosciuto dalla norma ma il suo esercizio non è sottoposto a nessuna delle due ipotesi appena considerate.

Situazioni nelle quali sussiste

Prima di entrare nel merito di questa riflessione ritengo opportuno ricapitolare, sia pure non esaustivamente, le situazioni nelle quali scatta di diritto di precedenza che, è bene ricordarlo, si distingue dalla c.d. "priorità" che è prevista per alcune categorie di lavoratori a tempo parziale che si trovano in determinate situazioni:

- Lavoratori che con contratto a termine hanno lavorato presso un datore di lavoro per almeno sei mesi, anche in sommatoria: il diritto ad una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate, dura per i dodici mesi successivi alla fine del rapporto a tempo determinato, ed il diritto deve essere esercitato, per iscritto, entro i sei mesi successivi alla chiusura del precedente contratto, salvo diversa determinazione della contrattazione collettiva. Esso vale, fino al compimento dei dodici mesi, dal momento della precedente cessazione;
- **Lavoratori stagionali: sono quelli che hanno un contratto per una delle attività stagionali previste dal [D.P.R. n. 1525/1963](#) o dalla contrattazione collettiva, anche aziendale. Il diritto di precedenza per un ulteriore rapporto stagionale va esercitato per iscritto entro i tre mesi successivi alla fine del contratto. Anche in questo caso, la contrattazione collettiva potrebbe prevedere un termine diverso;**
- Lavoratrici in congedo per maternità: l'art. 24, comma 2, del [D.L.vo n. 81/2015](#) stabilisce che il periodo di congedo obbligatorio (anche anticipato) concorre a far maturare i mesi utili per far scattare il diritto di precedenza non soltanto per una assunzione a tempo indeterminato per le mansioni già espletate, ma anche per un rapporto a termine, entro i dodici mesi successivi;
- Lavoratrici addette ad industrie e lavorazioni che diano luogo a disoccupazione stagionale e che siano state licenziate per cessazione dell'attività ai sensi dell'art. 54, comma 3,

lettera b) del [D.L.vo n. 151/2001](#): queste lavoratrici, per effetto dell'art. 59 hanno diritto, per tutto il periodo in cui opera il divieto di licenziamento (ossia, fino al compimento di un anno del bambino), semprechè non si trovino in periodo di congedo per maternità, alla precedenza nella riassunzione alla ripresa dell'attività lavorativa stagionale;

- Lavoratori licenziati per motivi economici o al termine di una procedura collettiva di riduzione di personale ex articoli 4,5 e 24 della [legge n. 223/1991](#): il diritto di precedenza alla riassunzione presso lo stesso datore di lavoro è valido per i sei mesi successivi al recesso (art. 15, comma 6, della [legge n. 264/1949](#)) ed è legato al mero decorso temporale, senza la necessità di alcuna esternazione scritta da parte del singolo interessato;
- Lavoratori non transitati immediatamente alle dipendenze del nuovo datore in caso di cessione o trasferimento di azienda: l'art. 47 della [legge n. 428/1990](#) riconosce una precedenza nelle assunzioni entro i dodici mesi successivi all'avvenuta cessione o trasferimento;
- Lavoratore affetto da patologie oncologiche, patologie cronico degenerative ingravescenti, con ridotta capacità lavorativa, anche a seguito di terapie salvavita: l'art. 8, comma 6, del [D.L.vo n. 81/2015](#) riconosce un diritto alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale, con il conseguente diritto, in caso di miglioramento delle condizioni generali, a ritrasformare il rapporto a tempo pieno;
- Lavoratore con rapporto a tempo parziale a seguito di trasformazione da full-time: l'art. 8, comma 6, del [D.L.vo n. 81/2015](#) riconosce un diritto di precedenza nelle assunzioni con contratto a tempo pieno per l'espletamento delle stesse mansioni o di mansioni di pari livello e categoria legale di inquadramento.

A tale casistica di origine legale vanno aggiunti gli eventuali ulteriori diritti di precedenza scaturenti dalla normazione collettiva, anche di secondo livello.

Entrando nel merito delle questioni appena accennate occorre sottolineare alcuni aspetti interessanti.

Il primo riguarda il datore di lavoro: in tutte le lettere di assunzione con contratto a tempo determinato, sia pure per attività stagionale, occorre inserire (art. 24, comma 1, del D.L.vo n. 81/2015) il richiamo alla norma di legge circa il diritto del lavoratore che con l'attuale contratto supera la soglia dei sei mesi (anche in sommatoria) che consente l'esercizio del diritto di precedenza per iscritto: ovviamente, quest'ultimo non nasce con il richiamo nella lettera, ma nasce dalla norma e non è assolutamente subordinato allo stesso. La mancata immissione non è sanzionata ma potrebbe essere oggetto di disposizione ex art. 14 del D.L.vo n. 124/2004 in caso di accertamento ispettivo da parte degli organi di vigilanza dell'Ispettorato territoriale del Lavoro, magari intervenuti su segnalazione del lavoratore.

La seconda riflessione riguarda l'ampiezza territoriale del diritto di precedenza esternato dal lavoratore: salvo che la contrattazione collettiva o quella individuale non ne abbiano limitato l'ambito, esso riguarda tutte le unità produttive esistenti nel territorio nazionale.

La terza questione da esaminare concerne il momento della validità del diritto: esso parte dal momento in cui la esternazione dello stesso viene a conoscenza del datore di lavoro, con la conseguenza che quest'ultimo, finché tale diritto non viene esercitato, è libero di non rispettarlo in quanto non si è ancora concretizzato: ciò significa che può scegliere chi vuole, non essendo tenuto ad interpellare il lavoratore che non ha utilizzato il proprio diritto.

La quarta concerne il contenuto dell'offerta: il Legislatore parla di contratto a tempo indeterminato per le mansioni già svolte. Ciò significa che l'offerta può essere per un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno, a tempo parziale o con rapporto di apprendistato, qualora ne ricorrano le condizioni oggettive e soggettive, ma non può essere "intermittente", atteso che, in tale ipotesi, la prestazione lavorativa ha natura episodica e saltuaria e dipende, unicamente, dalla "chiamata" del datore di lavoro, sicché non si è in presenza di una occupazione stabile come richiesto dallo spirito della norma. Ho parlato dell'apprendistato professionalizzante perché l'art. 44 del D.L.vo n. 81/2015 consente l'instaurazione del rapporto per una qualificazione e non necessariamente per l'acquisizione di una qualifica (e qui vale quanto affermato dal Ministero del Lavoro con l'interpello n. 8/2007 che lo autorizza in presenza di precedenti contratti che, anche in sommatoria, non superino la metà del periodo formativo) e perché l'art. 47, comma 4, offre la possibilità agli "over 29" titolari di un trattamento di disoccupazione di essere assunti per una qualificazione o riqualificazione professionale. La circostanza che l'instaurazione di un contratto di apprendistato professionalizzante fosse una modalità consentita per il rispetto del diritto di precedenza, fu ammessa dall'INPS già con il messaggio n. 4152 del 17 aprile 2014.

Il quinto problema al quale occorre fornire una risposta riguarda il caso in cui un lavoratore, che ha esternato per iscritto il proprio diritto di precedenza, non risponda "alla chiamata" del datore per una assunzione a tempo indeterminato. Tale circostanza, esonera quest'ultimo dall'invitarlo, nuovamente, nell'arco temporale di vigenza del diritto, qualora si presenti una nuova opportunità lavorativa per le stesse mansioni? La mia risposta è negativa, nel senso che l'invito deve essere, sempre, esteso all'interessato che potrebbe, ad esempio, aver rifiutato la precedente proposta per ragioni di carattere personale, per la difficoltà a raggiungere il posto di lavoro ubicato in altra unità produttiva, o per altre circostanze.

La sesta riflessione appare necessaria in presenza di una circostanza, abbastanza ricorrente, nella quale l'azienda provvede a trasformare un contratto a termine in essere di un lavoratore che svolge le stesse mansioni di quelle dell'ex dipendente che ha esercitato il diritto, in contratto a tempo indeterminato. E' stato violato il diritto di precedenza? La risposta è negativa in quanto, in tal caso, non si è in presenza di una nuova assunzione, ma di un contratto in corso

che viene trasformato (e su questo punto, la Giurisprudenza della Cassazione appare perfettamente in linea).

L'ultimo problema da risolvere riguarda la scelta di una sola persona tra i lavoratori che hanno esercitato le stesse mansioni e che hanno esternato il proprio diritto. La norma non parla di criteri ma, a mio avviso, quello che più di ogni altro si presta a meno critiche è quello che prende in considerazione l'anzianità aziendale acquisita nel precedente o nei precedenti rapporti accompagnata, qualora ce ne fosse bisogno, da quello dell'anzianità anagrafica. Sconsiglierei il ricorso a valutazioni di ordine personale riferite al carico familiare o a situazioni, indirettamente, riferibili alla famiglia.

Una breve riflessione sui lavoratori in somministrazione a termine: a meno che un diritto di precedenza non sia stato stabilito nella contrattazione collettiva applicata dall'impresa utilizzatrice, non sussiste, legalmente, un diritto analogo a quello dei lavoratori con contratto a tempo determinato.

Conseguenze legate al mancato rispetto del diritto di precedenza

Dopo questo breve "excursus" che ha portato ad esaminare le situazioni legate al diritto di precedenza vado ad esaminare cosa rischia il datore di lavoro che non ottempera alle disposizioni di legge.

Può essere costretto ad una assunzione "forzosa" anche attraverso un ricorso al giudice del lavoro?

La risposta è negativa, in quanto la costituzione "d'imperio" del rapporto di lavoro non esiste nel nostro ordinamento, neanche nel c.d. "collocamento obbligatorio", previsto dalla [legge n. 68/1999](#). Ciò vale anche per i c.d. "diritti di precedenza" correlati al mero trascorrere del tempo (licenziamenti per motivi economici, assunzioni a seguito di cessione di azienda, ecc.). Il discorso appare, a mio avviso diverso, nella ipotesi in cui un lavoratore in forza presso l'impresa che ha trasformato il proprio rapporto da full-time a part-time a causa di una malattia di quelle individuate all'art. 8 del D.L.vo n. 81/2015, chieda di ritornare a svolgere la propria attività a tempo pieno perchè le proprie condizioni di salute lo consentono. Qui il giudice può imporre la trasformazione a tempo pieno in quanto non si tratta di una nuova assunzione ma della ricostituzione del rapporto "quo ante".

Ma, allora, quale arma ha a disposizione il lavoratore contro un datore inottemperante all'assunzione?

L'arma è quella della richiesta di un risarcimento del danno finalizzato al riconoscimento di una "chance" lavorativa persa in ordine al quale sarà il giudice, qualora lo riconosca, a quantificarne l'importo.

Una denuncia presentata all'Ispettorato territoriale del Lavoro, quali effetti può generare?

Escludo che possa portare ad una controversia di lavoro in quanto il rapporto non si è costituito e si dovrebbe parlare soltanto di una mera richiesta di risarcimento del danno, correlato ad una mancata instaurazione del rapporto, cosa che, in generale, esula dai compiti della commissione provinciale di conciliazione ex art. 410 c.p.c. . Un discorso diverso può, invece, essere fatto qualora l'organo di vigilanza, vagliando la richiesta presentata dal lavoratore, ritenga che ci siano gli estremi per una visita ispettiva finalizzata alla emissione di una disposizione: ma di ciò ne parlerò tra un attimo.

Conseguenze negative diverse sono, invece, previste nel caso in cui per l'assunzione effettuata dal datore di lavoro inottemperante in luogo di quella spettante al lavoratore che ha esercitato il diritto, siano previsti benefici o sgravi contributivi. Questi non sono riconosciuti in quanto il datore di lavoro ha violato:

- L'art. 1, comma 1175, della [legge n. 296/2006](#), in quanto non ha ottemperato ad un obbligo di legge e non ha rispettato, qualora il diritto discenda da un contratto collettivo, la parte normativa dello stesso;
- L'art. 31, comma 1, lettera b) del [D.L.vo n. 150/2015](#) il quale afferma che l'incentivo non spetta se l'assunzione viola il diritto di precedenza stabilito dalla legge o dal contratto collettivo.

Ovviamente, tale discorso non si pone nel momento in cui il datore non chiede alcun sgravio contributivo, agevolazione od incentivo

Ho accennato pocanzi, alla disposizione: in situazioni di questo genere cosa può fare un ispettore del lavoro?

Può procedere con un provvedimento di disposizione ex art. 14 del D.L.vo n. 124/2004.

Quest'ultimo è un atto, prettamente discrezionale, che può essere emesso qualora si riscontri una violazione di una norma in materia di lavoro o di legislazione sociale non supportata da una sanzione di natura amministrativa o penale. La ragione di essa appare evidente: le norme vanno rispettate anche quando il Legislatore non ha inteso sostenerle con una "pena".

La disposizione, riveduta e corretta nel corso del 2020 con l'art. 12-bis della legge n. 120 che ha convertito, con modificazioni, il D.L. n. 76 sulle c.d. "semplificazioni", consente agli ispettori del lavoro (e soltanto a loro tra tutti gli organi di vigilanza) di emettere un provvedimento con il quale si invita il datore di lavoro, entro un termine fissato dallo stesso, ad ottemperare alla disposizione violata. Solo per rimanere al diritto di precedenza l'attenzione dell'ispettore può essere rivolta a:

- Inserimento nella lettera di assunzione del diritto di precedenza previsto dall'art. 24 del D.L.vo n. 81/2015;
- Richiamo al rispetto del diritto di precedenza qualora il datore di lavoro non lo avesse fatto, anche nel caso di una donna al termine del periodo protetto (art. 24, comma 2);

- Richiamo al datore di lavoro circa l'obbligo di ritrasformare a tempo pieno il rapporto part-time del lavoratore che, a seguito del miglioramento delle proprie condizioni di salute, lo ha richiesto espressamente (art. 8, comma 6, del D.L.vo n. 81/2015).

L'inottemperanza all'ordine dell'ispettore entro i termine assegnato comporta la irrogazione di una sanzione amministrativa compresa tra 500 e 3.000 euro, non diffidabile, sicchè la misura minima è di 1.000 euro.

Avverso la disposizione è ammesso il ricorso, entro quindici giorni, al Capo dell'Ispettorato del Lavoro competente per territorio: quest'ultimo, decide entro i quindici giorni successivi e la mancata pronuncia equivale a silenzio-rigetto. Ovviamente è sempre possibile il ricorso al giudice amministrativo sia avverso la disposizione che contro la decisione del Direttore.