

zione tipologica e flessibilizzazione funzionale, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 213/2014.

Art. 24 - Diritti di precedenza

1. Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda, ha 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. Per le lavoratrici, il congedo di maternità di cui al Capo III del decreto legislativo n. 151 del 2001, e successive modificazioni, usufruito nell'esecuzione di un contratto a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al comma 1. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, alle stesse condizioni di cui al comma 1, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine.

3. Il lavoratore assunto a tempo determinato per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a tempo determinato da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

4. Il diritto di precedenza deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'articolo 19, comma 4, e può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti per iscritto la propria volontà in tal senso al datore di lavoro entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro nei casi di cui ai commi 1 e 2, ed entro tre mesi nel caso di cui al comma 3. Il diritto di precedenza si estingue una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto.

Art. 25 - Principio di non discriminazione

1. Al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato.

2. Nel caso di inosservanza degli obblighi di cui al comma 1, il datore di lavoro è punito con la sanzione amministrativa da 25,82 euro a 154,94 euro. Se l'inosservanza si riferisce a più di cinque lavoratori, si applica la sanzione amministrativa da 154,94 euro a 1.032,91 euro.

Art. 26 - Formazione

1. I contratti collettivi possono prevedere modalità e strumenti diretti ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguata, per aumentarne la qualificazione, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale.

Art. 27 - Criteri di computo

1. Salvo che sia diversamente disposto, ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro, si tiene conto del numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato, compresi i dirigenti, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro.

SOMMARIO: I. I diritti di precedenza. Presupposti e oneri formali - II. Il principio di non discriminazione nel lavoro a termine. Funzione e significato - III. Il principio di non discriminazione: ambito di applicazione e sanzioni - IV. Formazione e lavoro a termine - V. Lavoro a termine e requisiti dimensionali del datore di lavoro: i criteri di computo dei lavoratori a termine - VI. Le ipotesi di esclusione dall'applicazione della disciplina del contratto a termine. La disciplina speciale per il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (rinvio)

I. I diritti di precedenza. Presupposti e oneri formali

- 1** Il diritto di precedenza per i lavoratori a termine previsto dall'art. 24, d.lgs. n. 81/2015 ha la funzione di attenuare la condizione di precarietà del lavoratore, come del resto il diritto alla parità di trattamento di cui al successivo art. 25, e di favorirne la successiva assunzione a tempo indeterminato (o determinato, quando si tratti di lavoratori stagionali). Si tratta insomma di un **diritto collegato all'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro**, un vero e proprio antidoto alla flessibilità, secondo una efficace definizione [VENEZIANI *sub* artt. 19-23 (68), 235]. Le ipotesi previste dalla norma sono diverse: il diritto di precedenza "generale", riconosciuto a tutti i lavoratori a termine, ivi compresi gli stagionali (comma 1), e il diritto di precedenza "speciale" previsto per i lavoratori stagionali (comma 3), cui si aggiunge il diritto di precedenza per le lavoratrici madri (comma 2).
- 2** Il diritto di precedenza "generale" è subordinato al verificarsi di alcune condizioni. In primo luogo, il lavoratore deve aver svolto attività lavorativa presso lo stesso datore di lavoro in esecuzione di uno o più contratti a termine per un **periodo complessivo superiore a sei mesi**; in secondo luogo, il lavoratore deve manifestare la volontà di avvalersi di tale diritto nei sei mesi successivi alla cessazione del contratto a termine. La previsione è derogabile, quanto alla durata del periodo utile ai fini dell'insorgenza del diritto di precedenza, dai contratti collettivi di qualunque livello [sul punto si v. CHIETERA, in GHERA-GAROFALO D. *sub* artt.

19-23 (33), 261], purchè stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o dalle loro RSA oppure dalle RSU (arg. ex art. 51, d.lgs. n. 81/2015). Per quanto attiene al primo presupposto, anche in questo caso il periodo di sei mesi si riferisce **all'intero arco della vita lavorativa**; in altre parole, ai fini dell'insorgenza del diritto si computano i periodi di lavoro svolti sulla base di tutti i contratti a termine intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore. Nel computo rientrano i soli contratti a tempo determinato, con esclusione dunque dei periodi di somministrazione di lavoro [MASSI *sub* artt. 19-23 (43), 2040] La formulazione della norma, tuttavia, pone una prima questione interpretativa che concerne **la computabilità di periodi di attività in esecuzione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni diverse**, dal momento che la norma precisa che il diritto di precedenza vale “con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine”. In altre parole, una volta che il lavoratore abbia compiuto un periodo di lavoro pari a sei mesi presso lo stesso datore di lavoro attraverso più contratti aventi ad oggetto mansioni diverse, il diritto di precedenza sorgerebbe in relazione a tutte le mansioni svolte in esecuzione dei contratti a termine, anche se la durata del singolo contratto fosse inferiore a sei mesi [PRETEROTI-FERRARO F. *sub* artt. 19-23 (55), 53]. Se si guarda alla *ratio* della previsione, tuttavia, si potrebbe giungere a una diversa conclusione. La norma intende favorire la stabilizzazione del rapporto di lavoro sul presupposto che il lavoratore che abbia svolto una data attività per un certo periodo di tempo (corrispondente, tra l'altro, alla durata massima del patto di prova) sia in possesso della professionalità richiesta dal datore di lavoro, anche in riferimento alla specifica organizzazione produttiva. Per tale motivo, il periodo di sei mesi dovrebbe riguardare le mansioni per le quali il datore di lavoro procede a nuove assunzioni, cosicché, ai fini dell'insorgenza del diritto di precedenza, dovrebbero essere sommati tra loro i soli periodi di svolgimento delle stesse mansioni. Per la medesima ragione, il diritto di precedenza riguarda **le sole mansioni effettivamente svolte** in esecuzione del contratto a termine e non anche quelle appartenenti al medesimo livello e categoria contrattuale, che costituiscono l'ambito di legittimo esercizio dello *ius variandi* ai sensi dell'art. 2103 c.c. (sul punto si v. la circ. MLPS 2.5.2008, n. 13, in relazione al criterio dell'equivalenza). Si deve ritenere, tuttavia, che all'assunzione di un lavoratore per lo svolgimento di mansioni diverse da quelle oggetto del diritto di precedenza, ma rientranti nello stesso livello e categoria, debba poi seguire l'adibizione effettiva alle suddette mansioni; in caso contrario, il lavoratore a termine pretermesso potrebbe contestare al datore di lavoro la violazione del diritto di precedenza, anche attraverso la dimostrazione della sussistenza di un'ipotesi di frode alla legge [PRETEROTI-FERRARO F. *sub* artt. 19-23 (55), 54].

L'art. 24 fa riferimento alle “assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro nei successivi 12 mesi”, senza indicare una specifica tipologia contrattuale. Si deve ritenere dunque, alla luce della previsione, che il diritto valga anche per le **assunzioni a tempo parziale** [MASSI *sub* artt. 19-23 (43), 2041], per le quali la posizione dei lavoratori a termine risulta prevalente rispetto a quella dei lavoratori a tempo pieno che intendano trasformare il rapporto di lavoro, che

hanno semplicemente diritto, ai sensi dell'art. 8, c. 8, d.lgs. n. 81/2015, a che il datore di lavoro prenda "in considerazione" le loro domande (si v. il commento *sub* art. 8). Il diritto di precedenza vale anche per il contratto di **apprendistato**, trattandosi di contratto di lavoro a tempo indeterminato; il Ministero del Lavoro, tuttavia, ha precisato che detto diritto sorge solo con riferimento a una nuova assunzione con contratto di apprendistato e non nel caso di conferma in servizio di un apprendista al termine del periodo di formazione. Lo stesso Ministero, inoltre, ha aggiunto che non ricorre "la violazione del diritto di precedenza qualora il lavoratore risulti già qualificato per la mansione oggetto del contratto di apprendistato in virtù dei pregressi rapporti a tempo indeterminato" (Nota MLPS n. 2/2017; Circ. MLPS n. 5/2013). Quest'ultima affermazione, in verità, appare discutibile, prestandosi a facili elusioni del diritto di precedenza; non è comprensibile, infatti, perché il datore di lavoro dovrebbe preferire un lavoratore ancora da formare per lo svolgimento delle mansioni già espletate dal lavoratore a termine, se non per ragioni di riduzione dei costi legati all'assunzione.

- 4 Per i lavoratori stagionali, al diritto di precedenza generale si aggiunge quello previsto dal comma 3 dell'art. 24, che riguarda le **nuove assunzioni a tempo determinato** effettuate dallo stesso datore di lavoro per le medesime **attività stagionali** entro un anno dalla cessazione del rapporto di lavoro. In questa ipotesi, il diritto di precedenza sorge a prescindere dalla durata del contratto a termine, che può dunque essere breve, e dall'identità delle mansioni, dal momento che il legislatore si riferisce espressamente alle "medesime attività stagionali" [FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 132]. Per attività stagionali si intendono quelle indicate dall'art. 21, cioè le attività individuate dal d.P.R. n. 1525/1963 o previste dalla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale (si v. il commento *sub* art. 21). Il diritto di precedenza **non vale** invece, per le ragioni già viste, **per le c.d. punte stagionali**, a differenza di quanto avveniva nel vigore dell'art. 23, l. 28.2.1987, n. 56, salvo espressa previsione della contrattazione collettiva.
- 5 Una disciplina particolare è prevista per le **lavoratrici madri** dal comma 2 dell'art. 24. Anzitutto, la norma precisa che il **congedo di maternità** fruito durante l'esecuzione di un contratto a termine si computa ai fini del periodo di attività utile per l'insorgenza del diritto di precedenza di cui al comma 1. La previsione richiama peraltro tutte le tipologie di congedo legate alla maternità e non solo quello *ex* art. 16, d.lgs. n. 151/2001 [TUFO-BENETTI, in BASENGHI-RUSSO *sub* artt. 19-23 (12), 332] e costituisce applicazione dell'art. 22, c. 3, d.lgs. n. 151/2001, secondo il quale i periodi di congedo di maternità devono essere computati nell'anzianità di servizio a tutti gli effetti. Per questa ragione, si può formulare un dubbio di legittimità costituzionale, con riferimento alla violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., della limitazione alle sole lavoratrici del beneficio previsto dalla norma, dal momento che l'art. 29 del medesimo d.lgs. n. 151/2001 estende al **padre lavoratore** che abbia usufruito del congedo di paternità, alle condizioni stabilite dall'art. 28, la citata previsione dell'art. 22. Sul punto, non pare che una giustificazione del diverso trattamento possa risiedere nel fatto che il congedo di maternità costituisce un obbligo per il datore di

lavoro, mentre il congedo di paternità è qualificato come diritto del lavoratore, dunque esercitabile discrezionalmente, poiché ad esso consegue comunque una posizione di *patis* del datore di lavoro. Alle lavoratrici madri è riconosciuto, oltre a quello “generale”, il **diritto di precedenza rispetto alle assunzioni a tempo determinato** effettuate dal datore di lavoro nei dodici mesi successivi, sempre con riferimento alle mansioni già espletate nei precedenti rapporti a termine e alle stesse condizioni di cui al comma 1. La previsione è volta a contrastare discriminazioni nel rinnovo dei contratti a termine per le lavoratrici che abbiano usufruito del congedo di maternità; secondo la Corte di Giustizia europea, infatti, il mancato rinnovo di un contratto a termine dovuto a motivi legati alla gravidanza può essere considerato una discriminazione diretta sulla base del sesso [CGCE 4.10.2001, C-438/99, Jiménez Melgar]. Anche in questo caso si pone il dubbio di legittimità della mancata estensione di tale ulteriore diritto di precedenza anche ai lavoratori che abbiano usufruito del congedo di paternità.

Quanto agli **oneri formali**, occorre anzitutto ricordare che il diritto di precedenza **6** deve essere **espressamente richiamato** nell’atto scritto di cui all’art. 19, c. 4, al fine di consentire al lavoratore di conoscere condizioni di insorgenza e modalità di esercizio del diritto stesso. L’art. 24 non specifica quali siano le sanzioni per la violazione di detto onere; escluso che la mancata menzione impedisca al lavoratore l’esercizio del diritto di precedenza, si può ritenere che il lavoratore possa chiedere il risarcimento del danno [MENGHINI *sub* artt. 19-23 (48), 167; FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 132]. Il lavoratore che intenda far valere il proprio diritto di precedenza ha l’onere di manifestare la propria volontà per iscritto **entro sei mesi** dalla cessazione del rapporto di lavoro, nel caso del diritto di precedenza generale e di quello previsto per le lavoratrici madri, **entro tre mesi** nel caso di lavoro stagionale. Ai fini previsti dalla norma, il lavoratore può dunque manifestare la propria volontà con **qualunque atto scritto**, purché recettizio e dotato di data certa (ad es.: e-mail, fax). Secondo quanto precisato dal Ministero del Lavoro, “**in mancanza o nelle more**” della presentazione della suddetta dichiarazione il datore di lavoro può “legittimamente procedere alla assunzione di altri lavoratori o alla trasformazione di altri rapporti di lavoro a termine in essere” (MLPS 12.2.2016, interpello n. 7).

Una questione di non poco conto riguarda i **criteri di scelta** da applicare nel caso **7** in cui il datore di lavoro intenda procedere ad una nuova assunzione e vi sia una **pluralità di titolari del diritto di precedenza**, ciascuno dei quali, nel caso di mancata assunzione, potrebbe chiedere il risarcimento del danno (si v. *infra*). In questo caso, il datore di lavoro può liberarsi dalla responsabilità nei confronti dei lavoratori non assunti dimostrando di avere applicato criteri conformi a correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c. e non discriminatori [FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 133; FALERI *sub* artt. 19-23 (26), 316].

L’art. 24 non precisa quali sanzioni debbano applicarsi per la violazione del di- **8** ritto di precedenza; secondo la giurisprudenza maggioritaria, l’inadempimento del datore di lavoro, derivante dall’assunzione di soggetti diversi dai titolari del

diritto in parola, è fonte di **responsabilità risarcitoria** ai sensi dell'art. 1218 c.c., non potendo detta violazione comportare la costituzione autoritativa del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 c.c. [T. Teramo 24.10.2018, n. 766, *DeJure*; T. Frosinone 10.10.2018, *Leggi d'Italia*], per la **determinazione del risarcimento** il giudice può utilizzare quale parametro la retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore pretermesso, spettando al datore di lavoro l'onere di provare i fatti riduttivi del diritto al risarcimento, compresi quelli che il lavoratore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza [C. 14.5.2010, n. 11737; C. 28.8.2003, n. 12505, *Leggi d'Italia*].

II. Il principio di non discriminazione nel lavoro a termine. Funzione e significato

- 9** Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine, così come tutti i divieti di discriminazione previsti per i lavoratori atipici (*part-time*, intermittenti, somministrati) ha la **funzione di contrappeso alla flessibilizzazione** delle condizioni di lavoro [BARBERA *sub* artt. 19-23 (11), XXIV] e **una funzione anticoncorrenziale**, dal momento che impedisce all'impresa di ricorrere al lavoro atipico per ridurre il costo del lavoro. In altre parole, il divieto di discriminazione vieta che l'utilizzo della flessibilità del lavoro avvenga in violazione del diritto dei lavoratori atipici ad essere trattati allo stesso modo di coloro che si trovano in una situazione analoga, ma sono ingaggiati con un contratto di lavoro *standard*. In questo senso, il divieto di discriminazione ha altresì la funzione di **migliorare la qualità del lavoro** dei lavoratori atipici, come del resto prevede la dir. 99/70/CE.
- 10** Il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato è stato espressamente introdotto nel nostro ordinamento già dalla **l. 18.4.1962, n. 230**, il cui art. 5 stabiliva che «al prestatore di lavoro, con contratto a tempo determinato, spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori regolamentati con contratto a tempo indeterminato, in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine». Il comma 2 stabiliva poi che al lavoratore a termine dovesse essere corrisposto, alla cessazione dell'attività, un premio proporzionato alla durata del contratto e pari all'indennità di anzianità (oggi TFR) prevista dai contratti collettivi [sull'interpretazione della previsione nel sistema della l. n. 230/1962 si v. ROCCELLA *sub* artt. 19-23 (56), 178; MENGHINI *sub* artt. 19-23 (46), 104]. Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine costituisce anche, accanto alle misure antiabusive, il nucleo forte della tutela prevista dalla **dir. 99/70/CE**, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 6.9.2001, n. 368; il divieto è oggi ripreso dall'art. 25 del decreto in commento [FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 135]. Rispetto alla formulazione della l. n. 230/1962, nell'art. 25 non vengono indicati, neppure in via esemplificativa, i trattamenti di cui deve essere garantita la fruizione paritaria e viene individuato, quale termine di paragone, il **“lavoratore comparabile”**, secondo quanto prevede la dir. 99/70/CE. Proprio la derivazione europea della disciplina italiana consente di utilizzare, nell'interpretazione del diritto interno, la copiosissima giu-

risprudenza della Corte di Giustizia europea in materia, alla quale si farà riferimento nel prosieguo, che ha precisato portata e ambito di applicazione del divieto di discriminazione; sul piano nazionale, al contrario, le decisioni in materia di parità di trattamento sono molto limitate e riguardano quasi esclusivamente il lavoro nella p.a., segno questo del fatto che la precarietà del rapporto di lavoro costituisce un deterrente rispetto al ricorso in giudizio per la tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro medesimo.

III. Il principio di non discriminazione: ambito di applicazione e sanzioni

Il principio di non discriminazione dei lavoratori a termine riguarda, secondo l'art. 25, “il **trattamento economico e normativo** in atto nell'impresa per i lavoratori a tempo indeterminato comparabili”. L'ambito di applicazione del principio è dunque molto ampio e copre qualunque beneficio erogato in relazione al rapporto di lavoro, con la precisazione che l'erogazione dei trattamenti deve avvenire “in proporzione al periodo lavorativo prestato” (c.d. *pro rata temporis*) e fatta salva l'obiettivo incompatibilità con la natura del contratto di lavoro a tempo determinato.

Preliminare all'applicazione del principio di parità di trattamento è l'individuazione del **lavoratore comparabile** cui deve essere raffrontato il trattamento economico e normativo del lavoratore a tempo determinato [CORAZZA *sub* artt. 19-23 (23), 10; AIMO *sub* artt. 19-23 (2), 69]. L'art. 25 considera “comparabili” i **lavoratori inquadrati nello stesso livello** in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, la comparazione deve avvenire con i lavoratori *standard* dell'impresa che svolgano un lavoro identico o simile, alla luce di fattori come la **natura del lavoro, le qualifiche e le condizioni di impiego** [CGUE 9.7.2015, C-177/14, Regojo Dans; CGUE 8.9.2011, C-177/10, Rosado Santana]. Nello stesso senso si muove anche la giurisprudenza italiana, che considera comparabili i lavoratori che svolgano le medesime mansioni [T. Caltanissetta 7.5.2019, n. 194, *DeJure*, ha escluso la comparabilità delle mansioni svolte da operai e impiegati]. Secondo la Corte di Giustizia UE, inoltre, la comparazione non può avvenire tra lavoratori a termine, dal momento che «le eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato (...) non sono soggette al principio di non discriminazione sancito dall'accordo quadro» [CGUE 11.11.2010 (ord.), C-20/10, Vino I; CGUE 22.6.2011, C-161/11, Vino II].

Quanto all'**ambito di applicazione del principio** di parità di trattamento, occorre dire che la giurisprudenza, sia nazionale che europea, ne ha fornito l'interpretazione più ampia possibile. Il principio paritario riguarda anzitutto la **retribuzione** e le **prestazioni economiche** erogate ai lavoratori *standard*. In particolare, la Corte di Giustizia europea ha ritenuto che nella nozione di “condizioni di lavoro” rientrino le **indennità previste dalla legislazione nazionale per la cessazione del contratto di lavoro** [CGUE 14.9.2016, C-596/14, De Diego Porras], ivi comprese le **indennità versate a causa dell'illecita apposizione del termine**, anche

se ha precisato che queste ultime indennità non devono essere necessariamente identiche a quelle versate in caso di licenziamento illegittimo al lavoratore a tempo indeterminato, dal momento che le due situazioni non sono comparabili [CGUE 12.12.2013, C-361/12, Carratù]. Al lavoratore a termine spettano inoltre le **ferie**, la **gratifica natalizia**, il **T.F.R.** e, in generale, ogni trattamento in atto presso l'impresa datrice di lavoro [T. Milano 7.7.2014, *DeJure*].

- 14 Una questione affrontata anche dalla nostra giurisprudenza riguarda la spettanza ai lavoratori a termine degli **emolumenti retributivi legati alla produttività**. Sul punto si registrano posizioni diverse: secondo un primo orientamento, formatosi nel vigore della l. n. 230/1962, la mancata corresponsione ai lavoratori a termine degli emolumenti legati alla produttività non costituisce violazione del principio di parità di trattamento, trattandosi di elementi diretti a compensare “un’attività lavorativa connotata dal requisito della continuità e della pienezza di partecipazione all’attività aziendale” [C. 3.3.2014, n. 4911; C. 27.4.1983, n. 2891, *Leggi d'Italia*; T. Ravenna 11.7.2002, *RIDL* 2003, II, 373, con nota di MONTANARI]. Secondo un diverso e più condivisibile orientamento, anche alla luce della giurisprudenza europea, **la retribuzione incentivante deve essere corrisposta anche ai lavoratori a tempo determinato**, non essendo desumibile un’incompatibilità ontologica con la ridotta durata del rapporto di lavoro [C. 27.1.2016, n. 1521; C. 8.1.2016, n. 152; C. 17.11.2015, n. 23487, *Leggi d'Italia*; T. Trani 29.11.2018, *DeJure*].
- 15 Molto dibattuta, specie in relazione al caso dei precari della scuola, è la questione della spettanza ai lavoratori a termine degli **scatti di anzianità**. Il problema si è posto inizialmente in riferimento alla situazione dei lettori di lingua straniera delle università, sulla quale si sono registrate numerose pronunce della Corte di Giustizia europea. La giurisprudenza italiana aveva inizialmente escluso la spettanza degli scatti di anzianità durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, sul presupposto della durata annuale del contratto dei lettori [C. 2.11.2011, n. 22694, *Leggi d'Italia*], mentre sentenze più recenti hanno riconosciuto il diritto agli scatti anche ai lavoratori assunti a tempo determinato [C. 23.11.2016, n. 23868, *Leggi d'Italia*; T. Milano 1.3.2012, *DeJure*; T. Milano 27.1.2011, *DeJure*], sulla scorta dell’interpretazione della dir. 99/70/CE formulata dalla Corte di Giustizia [CGCE 13.9.2007, C-307/05, Del Cerro Alonso; CGUE 9.7.2015, C-177/14, Rejojo Dans; CGUE 18.3.2011 (ord.), C-273/10, Montoya Medina].
- 16 La questione della spettanza degli scatti di anzianità è strettamente collegata a quella dei **criteri di computo dell’anzianità di servizio** dei lavoratori a tempo determinato ai fini tanto della determinazione della retribuzione ad essi spettante quanto della progressione in carriera. Quanto ai lettori di lingua straniera, la Corte di Giustizia si è occupata della questione relativa al riconoscimento dell’anzianità di servizio acquisita nello svolgimento di pregressi rapporti di lavoro a tempo determinato nel caso della successiva stabilizzazione del rapporto di lavoro, avvenuta in forza della l. 21.6.1995, n. 236, di conversione del d.l. 21.4.1995, n. 120. Secondo la Corte UE, ai lettori deve essere riconosciuta l’anzianità di servizio, così come gli aumenti retributivi e il versamento dei contributi previdenziali [CGCE

26.6.2001, C-212/99, Commissione c. Repubblica Italiana; CGCE 18.7.2006, C-119/04, Commissione c. Repubblica Italiana]. Sulla scorta della pronuncia della Corte, l'Italia ha adeguato in tal senso la propria legislazione, riconoscendo dunque ai lettori (divenuti nel frattempo "collaboratori esperti linguistici") l'anzianità acquisita a far data dalla prima assunzione (art. 1, d.l. 14.1.2004, n. 2, conv. in l. 5.3.2004, n. 63). Occorre, a questo punto, precisare che la questione del riconoscimento dell'anzianità pregressa ai fini della progressione in carriera e dell'incremento della retribuzione si pone sia nel caso che il lavoratore continui ad essere assunto dal medesimo datore di lavoro con contratto a tempo determinato, sia che venga successivamente assunto a tempo indeterminato. Per quanto riguarda il primo caso, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto contraria alla dir. 99/70/CE l'esclusione, prevista da una legge spagnola, degli insegnanti precari da una procedura di valutazione per il riconoscimento di un incremento retributivo, per la quale veniva richiesta un'anzianità di servizio di 5 anni [CGUE 21.9.2016 (ord.), C-631/15, Alvarez Santirso]. Nel nostro ordinamento, la giurisprudenza ha recentemente applicato detto principio al computo dell'anzianità di servizio dei lavoratori assunti reiteratamente a termine nel settore pubblico [C. ord. 6.7.2018, n. 17913; C. 7.11.2016, n. 22558, *Leggi d'Italia*; T. Roma 10.1.2019, n. 134, *Leggi d'Italia*]. La questione della **considerazione dell'anzianità acquisita** con uno o più contratti a termine nel caso di **successiva assunzione a tempo indeterminato** è stata affrontata dalla Corte di Giustizia in diversi casi riguardanti la procedura di stabilizzazione dei lavoratori precari del settore pubblico nell'ordinamento italiano. Come era già avvenuto per i lettori universitari, anche in questo caso la Corte ha ribadito che l'esclusione della considerazione dell'anzianità di servizio maturata dal lavoratore nell'ambito di una pluralità di contratti a tempo determinato nel caso della successiva assunzione a tempo indeterminato dello stesso lavoratore contrasta con la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE [CGUE 4.9.2014 (ord.), C-152/14, Autorità per l'energia elettrica e il gas]. Una simile posizione potrebbe avere conseguenze di rilievo anche per la questione relativa alla stabilizzazione dei **precari della scuola**, la cui pluriennale vicenda dovrebbe portare all'immissione in ruolo, a seguito dello svolgimento delle procedure concorsuali previste dalla l. 13.7.2015, n. 107. La **giurisprudenza italiana**, in relazione al lavoro alle dipendenze della p.a., ha assunto invero in passato una **posizione contraria al riconoscimento dell'anzianità di servizio** maturata dai lavoratori nell'ambito di pregressi rapporti di lavoro a termine [C. 2.11.2011, n. 22694; C. 3.9.2003, n. 12831, *Leggi d'Italia*], mentre **nelle sentenze più recenti** si registrano **numeroso aperture** nel senso indicato dalla Corte di Giustizia UE [C. 6.2.2019, n. 3473; C. 23.11.2017, n. 27950; C. 23.11.2016, n. 23868, *Leggi d'Italia*; T. Milano 23.9.2014, n. 2166, *DeJure*]. Tra l'altro, la questione è stata risolta in senso positivo anche con riguardo al **rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati** [C. 10.9.2018, n. 31863, *Leggi d'Italia*]. Occorre infine segnalare una recente sentenza della Cassazione nella quale si è precisato che i periodi di servizio prestati in forza di contratti a tempo determinato prima della stabilizzazione del rapporto possono essere considerati nell'anzianità di servizio **in misura non integrale**, quando ciò trovi fondamento nelle differenti esperienze acquisite dai lavoratori assunti in esito a concorso o in

base a titoli, in ragione della diversità delle materie, degli orari e delle condizioni in cui questi ultimi operano, e ciò per evitare “discriminazioni alla rovescia” nei confronti, per l'appunto, dei lavoratori inseriti in ruolo tramite concorso rispetto ai lavoratori stabilizzati [C. ord. 6.2.2019, n. 3473, *Leggi d'Italia*]. La sentenza si fonda su una pronuncia della Corte di Giustizia UE che, in un caso riguardante il calcolo dell'anzianità di servizio di una docente della scuola italiana successivamente stabilizzata ha ritenuto conforme alla dir. 99/70/CE il computo integrale del periodo di servizio fino al quarto anno e parziale (a concorrenza dei due terzi) per gli anni eccedenti tale limite [CGUE 20.9.2018, C-466/17, Motter].

- 17 Come si è detto, il principio di non discriminazione riguarda anche il trattamento normativo dei lavoratori a termine, che deve essere lo stesso applicato ai lavoratori a tempo indeterminato, fatta salva l'applicazione del principio “pro rata temporis”, che impone il riproporzionamento dei trattamenti riconosciuti in base alla durata del rapporto di lavoro. Da questo punto di vista, si può ritenere che vadano rimodulati, ad esempio, la durata del periodo di ferie, l'importo della tredicesima e delle eventuali altre mensilità aggiuntive. La giurisprudenza si è occupata, inoltre, della spettanza dei **permessi di studio retribuiti**, che la Cassazione ha riconosciuto ai lavoratori a termine, sottolineando che la fruizione di detti permessi è riconducibile a «diritti fondamentali della persona, garantiti dalla Costituzione (art. 2 e 34 cost.) e dalla convenzione dei diritti dell'uomo (art. 2 protocollo addizionale CEDU), e tutelati dalla legge in relazione ai diritti dei lavoratori studenti (art. 10 Stat. lav.)» [C. 17.2.2011, n. 3871, *Leggi d'Italia*; si v. anche T. Milano 7.7.2014, *DeJure*]. Più controversa è la questione dell'attribuzione del diritto al **congedo straordinario per il dottorato di ricerca** ai dipendenti pubblici assunti a termine. Com'è noto, i dipendenti pubblici a tempo indeterminato che accedano a un dottorato di ricerca senza borsa di studio hanno diritto ad essere collocati in congedo straordinario per tutta la durata del dottorato, mantenendo il trattamento economico in atto presso la p.a., ai sensi dell'art. 2, l. 13.8.1984, n. 476, come modificato dall'art. 52, c. 57, l. 28.12.2001, n. 448. Parte della giurisprudenza ha ritenuto che la previsione della l. n. 476/1984 non sia compatibile con la natura temporanea del contratto di lavoro, dal momento che la norma presuppone il mantenimento in vita del rapporto di lavoro dopo il conseguimento del titolo [T. Genova 11.3.2014, *FI* 2014, I, 3001]. Altra parte della giurisprudenza, invece, richiamando il principio di non discriminazione sancito dalla dir. 99/70/CE, ritiene la previsione applicabile anche ai dipendenti pubblici titolari di un contratto di lavoro a tempo determinato [T. Biella 26.6.2012, *FI* 2013, I, 1041 ss.; T. Verona 26.5.2011, *LPA* 2011, n. 1, 105, con nota di PENDOLINO; T. Caltagirone ord. 11.5.2004, *GD* 2004, n. 36, 53]. Secondo la Cassazione, il congedo deve essere riconosciuto purché dopo il conseguimento del dottorato il rapporto di lavoro prosegua per almeno due anni, condizione quest'ultima prevista anche per i dipendenti a tempo indeterminato dall'art. 2 della l. n. 476/1984 [C. 8.2.2018, n. 3096, *Leggi d'Italia*].
- 18 Le questioni appena illustrate dimostrano come l'applicazione del principio di parità di trattamento dipenda dalla considerazione circa l'obiettivo incompatibilità del trattamento normativo o retributivo con la natura del contratto a tempo

determinato, prevista dall'art. 25 in commento, il che richiede di affrontare la questione circa le possibili **giustificazioni delle differenze di trattamento** tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato. Da questo punto di vista, occorre segnalare come la Corte di Giustizia UE abbia sempre valutato con particolare rigore le deroghe al principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori *standard*. Nelle sentenze in materia, in effetti, la Corte ha richiesto che le eventuali disparità di trattamento siano giustificate «dall'esistenza di **elementi precisi e concreti**, che contraddistinguono la condizione di lavoro in questione, nel **particolare contesto in cui essa si colloca** e in base a **criteri oggettivi e trasparenti**, al fine di verificare se **detta disparità risponda ad un reale bisogno**, sia **idonea** a conseguire l'obiettivo perseguito e **sia necessaria** a tal fine. I suddetti elementi possono risultare, segnatamente, dalla **particolare natura delle mansioni** per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e **dalle caratteristiche inerenti alle mansioni stesse** o, eventualmente, dal **perseguimento di una legittima finalità di politica sociale** di uno Stato membro» [CGUE 9.7.2015, C-177/14, Regojo Dans]. Alla luce della massima appena richiamata, in particolare, la Corte ha escluso che una differenza di trattamento possa essere giustificata dal solo fatto di essere prevista da una norma di legge o di contratto collettivo [CGUE 14.9.2016, C-596/14, De Diego Porras; CGUE 21.9.2016 (ord.), C-631/15, Álvarez Santirso; CGUE 8.9.2011, C-177/11, Rosado Santana]. La posizione della Corte di Giustizia è stata ripresa anche dalla **giurisprudenza nazionale**, che ha sottolineato inoltre che una disparità di trattamento tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato può derivare unicamente, alla luce della giurisprudenza europea, "**dalle caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate**", non rilevando, in particolare, la natura pubblica del datore di lavoro e la distinzione tra impiego di ruolo o non di ruolo [C. ord. 6.7.2018, n. 17913; C. 7.11.2016, n. 22558, *Leggi d'Italia*].

L'art. 25, c. 2, d.lgs. n. 81/2015, conferma le **sanzioni amministrative** per la **19** violazione del principio di non discriminazione, previste originariamente dalla l. n. 230/1962 e riprese dal d.lgs. n. 368/2001. Si tratta di sanzioni pecuniarie di importo compreso tra 25,82 euro e 154,94 euro, se la violazione riguarda fino a 5 lavoratori, e compreso tra 154,94 euro e 1.032 euro, se la violazione riguarda più di 5 lavoratori. Le sanzioni in parola sono autonome rispetto alle richieste di risarcimento dei danni eventualmente proposte dai lavoratori e riguardano il rapporto con l'amministrazione del lavoro. Si tratta, comunque, di importi piuttosto contenuti, tali da non costituire un reale deterrente per il datore di lavoro rispetto all'inosservanza della previsione dell'art. 25.

IV. Formazione e lavoro a termine

Il diritto alla formazione è un ulteriore **strumento volto ad attenuare la pre- 20** **carietà** dei lavoratori a tempo determinato e a consentire loro di accrescere le proprie competenze professionali, su un piano di parità con i lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa. Per questa ragione, l'art. 26 prevede che la contrattazione collettiva possa prevedere "**modalità e strumenti**" tali da agevolare l'ac-

cesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguata, fermo restando che la titolarità del diritto alla formazione non dipende dal suo riconoscimento da parte dei contratti collettivi ma discende direttamente dalla previsione del medesimo art. 26 e dal principio di parità di trattamento di cui all'art. 25 [TUFO-BENETTI, in BASENGHI-RUSSO *sub* artt. 19-23 (12), 333]. Nella norma in commento non compare più l'obbligo, previsto in precedenza dall'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 368/2001, di fornire al lavoratore una **formazione "sufficiente e adeguata"** alle caratteristiche delle mansioni da svolgere; non c'è dubbio, tuttavia, che detto obbligo si possa ricavare tuttora dal sistema, in particolare dall'art. 37, c. 1, d.lgs. 9.4.2008, n. 81, che lo prevede per tutti i lavoratori e dunque anche per i lavoratori atipici. Per questi ultimi, peraltro, l'obbligo di sicurezza assume una connotazione più pregnante in ragione dei maggiori rischi cui questi lavoratori sono esposti a causa della scarsa conoscenza dell'ambiente di lavoro e della ridotta durata del loro rapporto di lavoro. Se è così, occorre allora sottolineare che l'art. 26 si riferisce all'accesso del lavoratore a termine a **opportunità di formazione durante lo svolgimento del rapporto di lavoro**, in modo da rafforzarne le possibilità di ingresso nel mercato del lavoro stabile ovvero di migliorarne le opportunità di carriera in quanto lavoratori atipici [in questo senso già ALESSI *sub* artt. 19-23 (5), 218; PERULLI *sub* artt. 19-23 (53), 113]. In questo senso, il datore di lavoro non potrà negare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato alle opportunità di formazione offerte ai lavoratori stabili e consentire, alle condizioni previste dalla legge, l'utilizzo dei congedi formativi di cui agli artt. 5 e 6, l. 8.3.2000, n. 53 [ALESSI *sub* artt. 19-23 (5), 192], oltre ai permessi di studio *ex* art. 10 St. lav., cui si è già accennato.

V. Lavoro a termine e requisiti dimensionali del datore di lavoro: i criteri di computo dei lavoratori a termine

- 21 L'art. 27 individua i **criteri generali di computo** dei lavoratori a termine per la determinazione delle dimensioni dell'organico aziendale, da utilizzare "ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale", **salvo che sia diversamente disposto**. La previsione conferma che il ricorso al lavoro flessibile è (non da ora) un dato fisiologico dell'attività dell'impresa, dal momento che il computo è riferito al **numero medio mensile** dei lavoratori a termine, **compresi i dirigenti**, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei rapporti di lavoro. I lavoratori a termine, dunque, sono inclusi nella "**normale occupazione dell'impresa**", criterio cui faceva riferimento la giurisprudenza in passato quando si trattava di determinare la consistenza dell'organico dell'impresa [C. 3.9.2008, n. 22164, *Leggi d'Italia*]. Il Ministero del Lavoro ha precisato (MLPS, nota 19.11.2013, n. 30) che ai fini previsti dalla norma occorre sommare la durata di tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato intrattenuti dal datore di lavoro nel biennio e dividere il totale per 24. Il criterio indicato dalla norma è stato introdotto già nell'art. 8, d.lgs. n. 368/2001 dall'art. 12, c. 1, l. 6.8.2013, n. 97, a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea nei confronti dell'Italia (procedura n. 2010/2045) per **violazione dell'art. 7, dir. 99/70/CE**, secondo il quale i lavoratori a tempo determinato de-

vono essere conteggiati al fine del computo delle soglie previste dalla legge per la costituzione di organismi di rappresentanza dei lavoratori. La Commissione, in particolare, aveva ritenuto contrario alla direttiva il calcolo dei lavoratori a termine nell'organico aziendale, ai fini dell'art. 35, l. n. 300/1970, solo nel caso del superamento dei 9 mesi di durata del contratto, così come previsto dalla versione originaria dell'art. 8, d.lgs. n. 368/2001.

Alla luce della previsione in esame, il computo dei lavoratori a termine secondo i criteri ivi indicati va effettuato, ad esempio, per determinare la **dimensione dell'organico aziendale** ai fini di cui all'art. 35 e all'art. 18 St. lav., per quelli di cui all'art. 24, c. 1, l. 23.7.1991, n. 223 (con la precisazione che in questo caso i dirigenti vanno computati per intero), nonché per le finalità di cui al d.lgs. 22.6.2012, n. 113 in materia di **Comitato Aziendale Europeo**, che ha sostituito il d.lgs. 2.4.2002, n. 74. In generale, il criterio previsto dalla norma si applica là dove la legge preveda una certa soglia occupazionale, senza indicare specifiche modalità di computo dei dipendenti. Tra i **casi in cui la legge dispone diversamente** occorre segnalare l'art. 4, l. 12.3.1999, n. 68, che esclude dal computo i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a 6 mesi [FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 141], nonché l'art. 4, c. 4, d.lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza, che individua quale criterio di calcolo degli operai nel settore agricolo le unità lavorative anno (ULA) (si v. art. 4, d.lgs. n. 81/2008). Anche l'art. 20, d.lgs. 14.9.2015, n. 149, in materia di intervento straordinario di integrazione salariale, prevede un criterio parzialmente diverso, dal momento che fa riferimento alla media occupazionale nel semestre precedente l'intervento, includendo i dirigenti.

I lavoratori a termine assunti in **sostituzione di lavoratori assenti** dovrebbero essere, invece, esclusi dal computo dell'organico, **purché vengano computati i lavoratori sostituiti**. In tal senso depone, tra l'altro, il già citato art. 4, c. 1, lett. d), d.lgs. n. 81/2008, che esclude dal calcolo dell'organico aziendale i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato, in sostituzione di altri prestatori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Quest'ultima precisazione, tuttavia, non va sopravvalutata; la *ratio* sottesa alla previsione è quella di determinare l'organico ordinario dell'impresa, nel quale senza dubbio rientrano anche i lavoratori assenti per ragioni diverse da quelle cui è connessa la garanzia della conservazione del posto di lavoro, che possono, come si è detto (si v. il commento *sub* art. 19), essere senz'altro sostituiti con lavoratori a tempo determinato. A ragionare diversamente si finirebbe per calcolare due volte la medesima posizione.

VI. Le ipotesi di esclusione dall'applicazione della disciplina del contratto a termine. La disciplina speciale per il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (rinvio)

L'art. 29 individua, al comma 1, **i rapporti di lavoro a tempo determinato esclusi** dall'ambito di applicazione delle disposizioni del capo III d.lgs. n. 81/2015 perché già disciplinati da specifiche normative.

- 25 Vengono in considerazione, in primo luogo, i contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 8, l. n. 223/1991 con i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità. Com'è noto, tuttavia, l'art. 8 è stato abrogato a decorrere dal 1.1.2017 dall'art. 2, c. 71, l. 28.6.2012, n. 92 (c.d. Riforma Fornero); la particolare disciplina riservata a detta tipologia contrattuale [che, comunque, riguardava unicamente l'apposizione del termine: si v. in tal senso T. Bologna 5.12.2014; T. Milano 3.12.2013; T. Bolzano 24.11.2009, tutte reperibili in *Leggi D'Italia*] **non può ritenersi estensibile alle altre ipotesi di assunzioni a termine incentivate**, come quelle previste dall'art. 24-bis, c. 6, d.lgs. 14.9.2015, n. 148, per i lavoratori in CIGS, e dall'art. 4, c. 8, l. n. 92/2012, per i lavoratori ultracinquantenni disoccupati da oltre 12 mesi. Per tutte queste ipotesi, dunque, il datore di lavoro è soggetto alle disposizioni del decreto in commento, ivi comprese quelle riguardanti le ragioni giustificative dell'apposizione del termine.
- 26 Sono esclusi dall'applicazione delle previsioni in esame i rapporti di lavoro tra **i datori di lavoro in agricoltura e gli operai a tempo determinato**, così come definiti dall'art. 12, c. 2, d.lgs. 11.8.1993, n. 375. In effetti, secondo quanto affermato anche in giurisprudenza, nel settore agricolo l'occupazione è caratterizzata dalla "intrinseca precarietà e dalla saltuarietà dell'occupazione" [C. 17.6.2004, n. 11361; C. 18.2.2000, n. 1884, *Leggi d'Italia*]. Sono altresì esclusi i richiami in servizio del personale volontario dei Vigili del Fuoco [sul punto si v. FIORILLO *sub* artt. 19-23 (29), 148].
- 27 Non sono soggetti alla disciplina prevista dal decreto i contratti a tempo determinato stipulati con i **dirigenti**, per i quali la particolare rilevanza dell'elemento fiduciario giustifica la deviazione da alcune delle tutele previste per gli altri lavoratori. La **durata massima** del contratto di lavoro del dirigente è fissata in **cinque anni**, con la possibilità per il dirigente di recedere *ad nutum* ai sensi dell'art. 2118 c.c. decorsi tre anni. La giurisprudenza ha specificato che il periodo di cinque anni non costituisce il periodo massimo entro cui deve essere contenuto il rapporto di lavoro del dirigente, ma solo il **vincolo di durata massima del singolo contratto** e, dal momento che per il dirigente non vale il principio della normale durata indeterminata del rapporto di lavoro, non sono applicabili le disposizioni in tema di conversione per il caso di superamento del termine [C. 10.7.2017, n. 17010, *Leggi d'Italia*].
- 28 La lett. b) dell'art. 29, c. 2, esclude dall'applicazione delle previsioni del decreto i contratti a tempo determinato stipulati, nelle ipotesi previste dai contratti collettivi, nel settore del **turismo** e dei **pubblici esercizi** per l'esecuzione di **speciali servizi di durata non superiore a tre giorni**. Si tratta di un'ipotesi già disciplinata in passato dall'art. 23, l. n. 56/1987, e ripresa dall'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, che ne ha ampliato la durata da uno a tre giorni. La giurisprudenza ha precisato che per "speciali servizi" devono intendersi le attività che, seppur prevedibili e programmabili, non corrispondano a quelle svolte quotidianamente, richiedendo personale aggiuntivo rispetto a quello impiegato normalmente per i servizi ordinari [C. 4.6.2018, n. 14198; C. 4.12.2013, n. 27136, *Leggi d'Italia*]. Nel caso in cui il

lavoratore sia stato, al contrario, adibito a mansioni ordinarie, il contratto a termine è convertito in contratto a tempo indeterminato [T. Milano 23.2.2010, *DeJure*]. La stessa lett. b) esclude altresì dall'applicazione della disciplina del lavoro a tempo determinato i rapporti di lavoro instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo di cui all'art. 17, l. 28.1.1994, n. 84, che godono di una disciplina speciale. La previsione è stata inserita nella norma dall'art. 2, c. 01, d.l. 12.7.2018, n. 87 (c.d. Decreto Dignità), come modificato dalla l. conv. 9.8.2018, n. 96.

Un discorso più articolato merita l'esclusione dalla disciplina di cui al capo III **29** dei contratti a tempo determinato stipulati con il **personale docente e ATA** per il conferimento delle supplenze, questione sulla quale si è formato un imponente contenzioso sia a livello nazionale che europeo. Com'è noto, la Corte di Giustizia, sulla scorta di una questione pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale italiana [C. Cost. 18.7.2013, n. 207, *Leggi d'Italia*], ha dichiarato **contrario alla dir. 99/70/CE l'art. 4, l. 3.5.1999, n. 124** che consentiva la reiterazione di contratti a termine per le supplenze del personale docente e ATA senza limiti temporali e senza la previsione del diritto al risarcimento del danno nel caso di rinnovo abusivo [CGUE 26.11.2014, cause riunite C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, Mascolo e altri; CALAFÀ *sub* artt. 19-23 (17), 309]. Alla sentenza della Corte di Giustizia ha fatto seguito la pronuncia della Corte costituzionale [C. Cost. 20.7.2016, n. 187, *Leggi d'Italia*] che, pur riconoscendo la contrarietà al diritto europeo della suddetta esclusione, ha ritenuto l'illecito "cancellato" dalle modifiche legislative intervenute *medio tempore*, in particolare la l. 13.7.2015, n. 107 (c.d. legge "La Buona Scuola"). Il citato provvedimento ha previsto, da un lato, il limite temporale di 36 mesi per i rapporti a tempo determinato del personale scolastico (docente e ATA), il risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti a termine per una durata superiore e lo svolgimento con cadenza triennale dei concorsi per l'immissione in ruolo dei docenti. L'art. 4-bis, d.l. n. 87/2018, introdotto dalla l. conv. n. 96/2018, ha tuttavia abrogato il comma 131 dell'art. 1, l. n. 107/2015, che prevedeva il suddetto limite massimo di 36 mesi, il che riporta la disciplina alla situazione precedente la pronuncia della Corte di Giustizia. A tutt'oggi, insomma, per i docenti e il personale ATA della scuola non esiste un limite massimo per la conclusione di contratti a tempo determinato, pur essendo mantenuta in vigore la norma che prevede il risarcimento del danno per la reiterazione di contratti a termine oltre il limite di 36 mesi. Potrebbe dunque riproporsi la questione dell'applicabilità anche al settore della scuola del limite massimo (stavolta di 24 mesi) di durata dei rapporti di lavoro a termine successivi. L'esclusione tuttora prevista dall'art. 29, infatti, alla luce della giurisprudenza sopra citata, si giustificava esclusivamente per **l'esistenza di una disciplina speciale** che prevedeva limiti temporali alla stipula dei contratti a termine e sanzioni adeguate per la violazione di detti limiti. Altre esclusioni riguardano i contratti a termine del personale sanitario, anche di livello dirigenziale, del SSN e i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della l. 30.12.2010, n. 240, perché oggetto di specifica disciplina.

L'art. 29, c. 3, **esclude il personale artistico e tecnico delle fondazioni di pro-** **30**
duzione musicale di cui al d.lgs. 29.6.1996, n. 367 dall'applicazione delle (sole)

previsioni di cui all'art. 19, c. 1-3 (durata massima e causali giustificative), e 21 (rinnovi) del decreto in commento. L'esclusione tuttavia, **si pone(va) in contrasto con la dir. 99/70/CE**, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia in relazione alla disciplina italiana del lavoro alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche. La Corte ha infatti precisato che la normativa nazionale che consente, nel settore delle fondazioni lirico-sinfoniche, l'assunzione di lavoratori tramite contratto a tempo determinato senza alcun limite e senza la previsione di sanzioni adeguate per gli abusi derivanti dalla successione di tali contratti contrasta con la clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE [CGUE 25.10.2018, C-331/17, Sciotto]. La Corte, tra l'altro, ha aggiunto che "spetta al giudice adito, nei limiti del possibile e qualora si sia verificato un utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, interpretare ed applicare le **pertinenti disposizioni di diritto interno** in modo da sanzionare debitamente tale abuso e da eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione", individuando quali "pertinenti disposizioni" quelle **applicabili ai contratti di lavoro di diritto comune** dirette a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, tra le quali la conversione in contratto a tempo indeterminato. Occorre ricordare che anche la **Corte Costituzionale** è intervenuta sulla questione, dichiarando costituzionalmente illegittime le norme di legge che prevedevano l'esclusione per le fondazioni lirico-sinfoniche della stabilizzazione dei rapporti di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti a tempo determinato [C. Cost. 11.12.2015, n. 260, *Leggi d'Italia*; Buoso *sub* artt. 19-23 (16), 1467]. Alla luce della giurisprudenza richiamata, dovevano dunque ritenersi applicabili anche alle fondazioni in esame le previsioni relative all'apposizione del termine, alla durata massima e ai rinnovi. In questo quadro è intervenuto il d.l. 28.6.2019, n. 59, conv. in l. 8.8.2019, n. 81, che ha inserito nell'art. 29 i c. 3-bis e 3-ter, con l'obiettivo, esplicitato nell'art. 1, c. 1, del d.l. citato, da un lato, di soddisfare le esigenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e, dall'altro, di sanare il contrasto con la direttiva europea, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale. Il d.l. n. 59/2019, tuttavia, introduce di fatto una **disciplina speciale** per il contratto a termine stipulato con le fondazioni in parola, sia per quanto riguarda i presupposti di ricorso al contratto a tempo determinato sia per quanto attiene alle conseguenze sanzionatorie per l'illegittima apposizione del termine. Alle fondazioni lirico-sinfoniche di cui alla l. n. 367/1996 e alla l. n. 310/2003, la legge di conversione n. 81/2019 ha peraltro aggiunto ulteriori soggetti: i teatri di tradizione individuati dall'art. 28, l. 14.8.1967, n. 800, nonché tutti i soggetti finanziati dal Fondo Unico per lo Spettacolo (FUS), questi ultimi a condizione che applichino il contratto collettivo di lavoro delle fondazioni lirico-sinfoniche.

- 31** Secondo il comma 3-bis, le fondazioni possono stipulare contratti a termine, nei limiti stabiliti dall'art. 23, "**in presenza di esigenze contingenti o temporanee** determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico ovvero dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti". La norma, con una formulazione non brillante, si riferisce ad esigenze temporanee o sostitutive derivanti dalle **necessità**

legate alla messa in scena di spettacoli, riprendendo la giurisprudenza di legittimità che, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, aveva espressamente escluso “la liceità dell’apposizione del termine nell’ipotesi di mera individuazione nel contratto dello spettacolo o del programma per la cui realizzazione il dipendente sia assunto, senza alcuna specificazione circa la natura e lo scopo di essi e prescindendo dalla temporaneità delle esigenze che rendono necessaria l’assunzione” [C. 27.3.2019, n. 8586, *DeJure*]. La norma, poi, nella parte in cui prevede l’obbligo della forma scritta a pena di nullità (si v. *infra*), specifica che la giustificazione può far riferimento “alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche”. In presenza di dette esigenze, è possibile stipulare contratti a termine per una **durata complessiva** (comprensiva di proroghe e rinnovi) di **36 mesi** (la durata massima di 48 mesi è stata ridotta in sede di conversione del decreto-legge), fatte salve le diverse previsioni della contrattazione collettiva, per mansioni di pari livello e categoria legale (si v. *sub art.* 19). Dal tenore della previsione si ricava, anzitutto, che per i soggetti indicati dalla norma è **possibile stipulare un contratto a termine di durata iniziale pari a 3 anni**, ferma restando la necessità di dimostrare la sussistenza della ragione giustificativa e, soprattutto, della temporaneità della stessa. In secondo luogo, la **ragione giustificativa** è necessaria **fin dal primo contratto a tempo determinato**, anche di durata inferiore a 12 mesi, non essendo applicabile l’art. 19, c. 1, in forza dell’esclusione di cui al comma 3 dell’art. 29 in commento. Per le fondazioni, dunque, la più ampia flessibilità dal punto di vista temporale è compensata con una maggiore rigidità in ordine alla giustificazione rispetto all’apposizione del termine. A questa regola fanno eccezione i contratti stipulati per le attività stagionali (che dunque non hanno limiti di durata complessiva) individuate ai sensi dell’art. 21, c. 1 (si v. *supra*).

Il contratto a tempo determinato, come stabilito dal comma 3-bis, deve essere **32** stipulato in **forma scritta a pena di nullità** e contenere l’indicazione della ragione giustificativa dell’apposizione del termine, della proroga o del rinnovo del contratto. La nullità deve intendersi riferita alla clausola appositiva del termine, secondo l’impostazione tradizionale, sicché nel caso in cui il contratto non sia stipulato in forma scritta il contratto dovrebbe diventare a tempo indeterminato. Il successivo comma 4-bis, tuttavia, stabilisce espressamente che per la **violazione di “norme inderogabili** riguardanti la **costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi** di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato”, sia **esclusa la conversione** in contratto a tempo indeterminato, come avviene nel settore pubblico (si v. art. 36, d.lgs. 30.3.2001, n. 165). La previsione si giustifica probabilmente per la **particolare natura delle fondazioni lirico-sinfoniche**, che mantengono una rilevante impronta pubblicistica, pur dopo la loro trasformazioni in enti di diritto privato. Non è un caso che lo stesso d.l. n. 59/2019, nel modificare il d.lgs. n. 397/1996, obblighi le fondazioni in parola a reclutare il personale a tempo indeterminato attraverso procedure selettive pubbliche. Lo stesso non può dirsi per gli ulteriori soggetti individuati dal comma 3-bis, ad esempio quelli finanziati dal FUS, che ricomprendono enti, associazioni e altri organismi privati. In questo caso, tuttavia, l’obbligo di applicare il contratto collettivo delle fondazioni lirico-sinfoniche (che prevede, tra l’altro, l’assunzione dei dipendenti tramite

concorso pubblico) potrebbe giustificare la disparità di trattamento rispetto agli altri datori di lavoro privati. L'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 prevede che il lavoratore assunto in base a un contratto a termine illegittimo abbia diritto al “**risarcimento del danno** derivante “dalla prestazione di lavoro in violazione di norma imperativa”. La formulazione, certamente non perspicua, sembra richiamare l'art. 2126 c.c. (si v. il commento); in verità, si tratta semplicemente del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza, ormai da tempo, nel settore del lavoro pubblico. Anche in questo caso, peraltro, è prevista la responsabilità dei dirigenti, a titolo di dolo o colpa grave.

33 L'art. 29, c. 4, infine, **rinvia all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001** per la disciplina del lavoro a termine alle dipendenze delle p.a. (si v. il commento in q. Volume).

BIBLIOGRAFIA: cfr. *sub* artt. 19-23, d.lgs. n. 81/2015.

Art. 28 - Decadenza e tutele

1. L'impugnazione del contratto a tempo determinato deve avvenire, con le modalità previste dal primo comma dell'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, entro centottanta giorni dalla cessazione del singolo contratto. Trova altresì applicazione il secondo comma del suddetto articolo 6. (1)

(1) Comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96; per l'applicabilità di tale disposizione vedi l'art. 1, commi 2 e 3, del medesimo D.L. n. 87/2018.

SOMMARIO: I. Rinvio

I. Rinvio

1 Cfr. commento *sub* art. 32, l. 4.11.2010, n. 183.

Art. 29 - Esclusioni e discipline specifiche

1. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente capo, in quanto già disciplinati da specifiche normative:

a) ferme restando le disposizioni di cui agli articoli 25 e 27, i rapporti instaurati ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991;

b) i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato, così come definiti dall'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 11 agosto 1993, n. 375;

c) i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

2. Sono, altresì, esclusi dal campo di applicazione del presente capo:

a) i contratti di lavoro a tempo determinato con i dirigenti, che non possono avere una durata superiore a cinque anni, salvo il diritto del dirigente di recedere a norma dell'articolo 2118 del codice civile una volta trascorso un triennio;

b) i rapporti per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi, nei casi individuati dai contratti collettivi, nonché quelli instaurati per la fornitura di lavoro portuale temporaneo di cui all'articolo 17 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, fermo l'obbligo di comunicare l'instaurazione del rapporto di lavoro entro il giorno antecedente; (1)

c) i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze e con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale;

d) i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della legge 30 dicembre 2010, n. 240.

3. Al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 19, commi da 1 a 3, e 21.

3-bis. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 23, in presenza di esigenze contingenti o temporanee determinate dalla eterogeneità delle produzioni artistiche che rendono necessario l'impiego anche di ulteriore personale artistico e tecnico ovvero, nel rispetto di quanto previsto nel contratto collettivo di categoria, dalla sostituzione di lavoratori temporaneamente assenti, le fondazioni lirico sinfoniche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310, i teatri di tradizione di cui all'articolo 28 della legge 14 agosto 1967, n. 800, e i soggetti finanziati dal Fondo unico per lo spettacolo che applicano il contratto collettivo nazionale di lavoro delle fondazioni lirico sinfoniche possono stipulare, con atto scritto a pena di nullità, uno o più contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, per una durata che non può superare complessivamente, a decorrere dal 1° luglio 2019, fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, i trentasei mesi, anche non continuativi, anche all'esito di successive proroghe o rinnovi. A pena di nullità, il contratto reca l'indicazione espressa della condizione che, ai sensi del presente comma, consente l'assunzione a tempo determinato, la proroga o il rinnovo. Detto incumbente è assolto anche attraverso il puntuale riferimento alla realizzazione di uno o più spettacoli, di una o più produzioni artistiche cui sia destinato l'impiego del lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo determinato. Fatta salva l'obbligatorietà della forma scritta a pena di nullità, il presente comma non trova applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali individuate ai sensi dell'articolo 21, comma 2. (2)

3-ter. La violazione di norme inderogabili riguardanti la costituzione, la durata, la proroga o i rinnovi di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato di cui al comma 3-bis non ne comporta la conversione in contratti a tempo indeterminato. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le fondazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. (2)

4. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

(1) Lettera così modificata dall'art. 2, comma 01, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96; per l'applicabilità di tale disposizione vedi l'art. 1, commi 2 e 3, del medesimo D.L. n. 87/2018.

(2) Comma inserito dall'art. 1, comma 1, D.L. 28 giugno 2019, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla L. 8 agosto 2019, n. 81.

SOMMARIO: I. Rinvio

I. Rinvio

1 Cfr. *sub.* artt. 24-27, d.lgs. n. 81/2015.

CAPO IV
SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Art. 30 - Definizione

1. Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.

SOMMARIO: I. La struttura della somministrazione di lavoro e la scissione dei poteri datoriali - II. Evoluzione della disciplina legale della somministrazione di lavoro - III. Il regime di autorizzazione per lo svolgimento dell'attività di somministrazione di lavoro (rinvio)

I. La struttura della somministrazione di lavoro e la scissione dei poteri datoriali

1 La somministrazione di lavoro costituisce un mezzo di acquisizione di lavoro subordinato che si realizza tramite il coinvolgimento di **tre soggetti** (agenzia di somministrazione, impresa utilizzatrice e lavoratore) e la stipulazione di **due distinti contratti**: il contratto commerciale di somministrazione di lavoro (stipulato tra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice, avente ad oggetto la messa a disposizione di uno o più lavoratori) e il contratto di lavoro in somministrazione (stipulato tra l'agenzia e il lavoratore che verrà inviato in missione presso l'utilizzatore). La somministrazione di lavoro dà luogo ad una **scissione dei poteri** tipici del datore di lavoro, in conseguenza della separazione che viene a realizzarsi tra la titolarità formale del rapporto di lavoro (posta in capo all'agenzia di somministrazione) e l'utilizzazione effettiva della prestazione di lavoro (da parte dell'utilizzatore). In conseguenza del fatto che il lavoratore somministrato è chiamato a rendere la propria prestazione lavorativa "nell'interesse e sotto la direzione e il controllo