

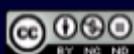


Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 211/2014

© Michele De Luca 2014
Corte suprema di cassazione
micheledelucacass@tin.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Diritti di lavoratori *flessibili*, anche alle dipendenze di
amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale
comune *versus* declino delle garanzie^α**

Michele De Luca
Già Presidente titolare della sezione lavoro della
Corte suprema di cassazione

1. <i>Patrimonio costituzionale comune</i> e garanzie per i diritti dei <i>lavoratori flessibili</i> alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: tra giurisprudenza delle alte corti e funzioni del nostro giudice di merito.	2
2. Giurisprudenza della Corte di giustizia sul contratto di lavoro a tempo determinato: attualità e prospettive in tema di <i>non</i> <i>discriminazione</i> (art. 4 della direttiva).	7
3. Segue: attualità e prospettive in tema di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (art. 5 della direttiva).	10
4. Segue: attualità e prospettive in tema di principi del <i>favor</i> e del <i>non regresso</i> (art. 8 della direttiva).	14
5. Segue: problemi aperti in tema di <i>leggi nazionali interpretative</i> <i>o, comunque, retroattive</i> e di <i>acausalità</i> dell'unico contratto a tempo determinato.	18
6. Segue: problemi aperti in tema di <i>seguiti</i> nella giurisprudenza nazionale.	22
7. Segue: note conclusive.	24

^α Rielaborazione – corredata di note essenziali – della relazione all'incontro di studio su *La disciplina del lavoro pubblico: rilevanza e limiti della privatizzazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 3-4 aprile 2014).

1. Patrimonio costituzionale comune e garanzie per i diritti dei lavoratori flessibili alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: tra giurisprudenza delle alte corti e funzioni del nostro giudice di merito.

Il *patrimonio costituzionale comune* – “desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale”¹ – garantisce tutela ai diritti dei *lavoratori flessibili*, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tuttavia è il diritto comunitario (ora eurounitario) che – incluso nel *patrimonio costituzionale comune* – prevale sulle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti interni degli stati membri – in dipendenza del proprio *primato* rispetto agli stessi ordinamenti² – ed assicura, così, la salvaguardia contro qualsiasi declino delle garanzie a livello nazionale.

Compete, comunque, ai giudici comuni nazionali³ – ed, in particolare, ai nostri giudici di merito⁴ – l’applicazione, nel caso concreto,

¹ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – “desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale”, appunto – per dirla con l’espressione e la definizione usate dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n. 104 del 2006 (*Foro It.*, 2006, I, pag. 1267) e n.182 del 2008 (Id., 2009, I, pag. 2010) –. In dottrina, vedi M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *Foro It.*, 2011, V, pag. 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: E. Di Stefano, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*: S. Gambino, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalismeeuropéen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (aprèsLisbonne)*, www.diritticomparati.it; B. CARUSO-M. MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, con contributi degli stessi curatori e di A. ABIGNENTE, G. BRONZINI, G. RICCI, S. SCIARRA, L. ZOPPOLI, in working papers del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D’Antona», 2011, fasc. 1, <<http://tinyurl.com/caruso-militello>>

² La fonte interna (art. 11 e 117, 1° comma, cost.) si coniuga – in tale prospettiva – con la *dichiarazione relativa al numero 17* – allegata al Trattato UE – del seguente tenore letterale: “La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)”.

³ Vedi, per tutte, Corte giust. 13 luglio 2000, in. causa C-456/98, *Foro it.*, 2001, IV, 26, spec. § 111., laddove si legge: “Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia”.

⁴ Infatti le sentenze di rigetto della Corte di cassazione confermano, sostanzialmente, le decisioni dei giudici di merito investiti da ricorso, mentre – a seguito della cassazione con rinvio delle stesse decisioni – compete ai giudici di merito decidere la controversia – in sede di rinvio – sia pure *conformandosi al principio di diritto* enunciato dalla Corte.

del *patrimonio costituzionale comune*, uniformandosi alle interpretazioni delle rispettive Corti.

Né può essere trascurato che le sentenze della Corte di giustizia sono *fonte* dell'ordinamento eurounitario, al pari delle norme (dei trattati, dei regolamenti e delle direttive), che ne risultano interpretate in sede di rinvio pregiudiziale oppure di procedura d'infrazione.⁵

In tale prospettiva, l'*acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia si coniuga con la *normativa di risulta* all'esito del rinvio pregiudiziale alla stessa Corte.

1.1. Pare auspicabile, tuttavia, che non siano sottoposte alla Corte di giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, questioni interpretative dell'ordinamento eurounitario, che – dalla giurisprudenza della stessa Corte – risultino *identiche* a questioni già decise – in relazione a fattispecie analoghe – oppure se lo stesso "*punto di diritto* (sia stato già) *risolto dalla costante giurisprudenza della Corte, indipendentemente dalla natura dei procedimenti, da cui essa ha tratto origine, anche in mancanza di stretta identità delle questioni controverse*".⁶

Il *principio* risulta, infatti, lucidamente enunciato – per limitare l'*obbligo del rinvio pregiudiziale*, a carico dei giudici nazionali di unica o di ultima istanza – ma sembra doversi riproporre, vieppiù, quale limite al *rinvio facoltativo* degli altri giudici nazionali.⁷

L'esigenza di non ritardare ulteriormente i tempi della giustizia – con *rinvii pregiudiziali* superflui – si coniuga, in tale prospettiva, con la necessità di evitare o, quantomeno, contenere la crisi della Corte di

⁵ Sulla attribuzione alle sentenze della Corte di giustizia del valore di ulteriore fonte del diritto comunitario (ed. ra, eurounitario), vedi: Corte giust. 13 maggio 1981, causa 66/80, in Foro it., 1982, IV, 364; 6 luglio 1995, causa 62/93, Raccolta, 1995, I, 1883; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168, id., 1992, I, 660; 11 luglio 1989, n. 389, id., 1991, I, 1076; 23 aprile 1985, n. 113, id., 1985, I, 1600.

Anche la Corte di cassazione attribuisce espressamente tale valore alle sentenze della Corte di giustizia, nel senso che esse ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito della Comunità; tale efficacia andrebbe riconosciuta a tutte le sentenze della corte che siano emesse in sede contenziosa o pregiudiziale: v. Cass., sez. un., 11 novembre 1997, n. 11131, id., 1998, I, 57.

⁶ Così, testualmente, Corte giust. 6 ottobre 1982, CILFIT in c. 283/81, FI 1983, , IV, 63, con note di TIZZANO e CAPOTORTI.

⁷ Incondizionato risulta, invece, l'obbligo del rinvio per le *questioni relative alla validità degli atti comunitari* (articolo 267, , terzo comma, TFUE): vedi Corte giust. 6 dicembre 2005, *Gaston Schul*, causa C-461/03, punto 15, In senso contrario rispetto alle *conclusioni* dell'avvocato generale, punto 89, che – in dipendenza di precedente pronuncia della stessa Corte, che aveva dichiarato l'invalidità di una *disposizione identica a quella impugnata* – proponevano il riconoscimento ai giudici nazionali del *potere diretto di disapplicazione* dell'atto comunitario, di cui si contestava la validità.

giustizia, in dipendenza del ricorso eccessivo ai *rinvii*⁸, prevalentemente, da parte di giudici nazionali che non ne sono *obbligati*.⁹

1.2. Né può essere trascurato che la Corte di giustizia – in sede di *rinvio pregiudiziale*¹⁰ – non può pronunciare sulla interpretazione di disposizioni di legge o di regolamento nazionali, né sulla conformità di tali disposizioni al diritto comunitario (ed, ora, eurounitario), ma soltanto limitarsi a *“fornire al giudice nazionale gli elementi di interpretazione, attinenti al diritto comunitario, che gli permetteranno di risolvere il problema giuridico che gli è stato sottoposto”*.¹¹

Anche a volere ammettere che, talora, la Corte di giustizia sembrerebbe operare – di fatto – una *sorta* di *“sindacato occulto sulle legislazioni nazionali”*.¹²

1.3. Alternativi – al contenimento ragionevole dei rinvii pregiudiziali – risultano, peraltro, interventi riformatori, che ridimensionerebbero – più incisivamente – il potere di rinvio dei giudici nazionali: la limitazione della legittimazione alle giurisdizioni supreme o a quelle superiori al primo grado si coniuga – in tale prospettiva – con la introduzione di meccanismi di filtro, nonché con il conferimento della competenza – a pronunciare sulle questioni pregiudiziali – al tribunale di primo grado oppure ad istituendoli *organi giurisdizionali comunitari decentralizzati*.¹³

1.4. Del resto, l'*acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia (vedi *infra*, § 2 ss.) offre – quantomeno con riferimento ai contratti di lavoro a tempo determinato – elementi sufficienti per risolvere – in larga parte –

⁸ Vedi P. PAZZAGLIA (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, www.cortecostituzionale.it, spec. § 2.1.

⁹ Pari al 70% circa dei rinvii pregiudiziali – secondo le le statistiche pubblicate annualmente dalla stessa Corte di giustizia – e, addirittura, superiore (840 su 1017 fino al 2009), per quanto riguarda l'Italia: vedi riferimenti in P. PAZZAGLIA (a cura di), *op.loc. cit.*

¹⁰ Ai sensi dell'articolo 267 (già 177) TFUE, degli articoli 23 e, soprattutto, 23 bis dello statuto della Corte, degli articoli 103, 104, 104 bis e, soprattutto 104 ter del regolamento di procedura –introdotta (al pari dell'articolo 23 bis dello statuto) a seguito delle modifiche decise con l'approvazione del Trattato di Lisbona – nonché delle *“indicazioni pratiche, prive di qualsiasi valore vincolante”*, recate dalla *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* del 1996, sostituita dalla – sostanzialmente identica – *Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali* (2009/C 297/01).

¹¹ Così, testualmente, Corte giust. 23 gennaio 2003, in c. 57/01, punto 55, e la costante giurisprudenza conforme.

¹² Così, testualmente, R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Padova, Cedam, 2004, p. 244.

¹³ Vedi P. PAZZAGLIA (a cura di), *op. cit.*, § 3.

le questioni interpretative concernenti sia le norme eurounitarie dotate di efficacia diretta sia le norme che non ne sono dotate.

1.5. Intanto il contenuto normativo – *immediatamente precettivo* – è requisito indefettibile delle norme eurounitarie – dotate di *efficacia diretta* – e ne impone l'applicazione, anche in luogo delle (eventuali) norme interne confliggenti.¹⁴

La sussunzione della fattispecie concreta – in norme eurounitarie siffatte – ne impone, quindi, al giudice nazionale comune – e, segnatamente, al nostro giudice di merito – l'applicazione immediata, a prescindere dalla disciplina interna nella stessa materia.

1.6. Tuttavia la *tipologia* della fonte limita, talora, la *efficacia diretta* – ai rapporti con lo *stato* (c. d. *efficacia diretta verticale*) – escludendola, invece, per i *rapporti fra privati* (c. d. *efficacia diretta orizzontale*).

La giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, è consolidata nel senso di negare alle direttive l'*efficacia diretta orizzontale*, ancorché assuma – ai fini della loro *efficacia verticale* – una nozione di *stato* molto ampia.¹⁵

1.7. Né può essere trascurato – per quanto qui interessa – che la clausola 4, punto 1 (principio di *non discriminazione*) della direttiva sul lavoro a tempo determinato¹⁶ è stata ritenuta – anche di recente – dotata di *efficacia diretta verticale* nei confronti, appunto, della società Poste italiane.¹⁷

Mentre la *efficacia diretta* è stata negata alla clausola 5 della stessa direttiva – che impone la prevenzione di abusi derivanti dall'utilizzo della successione di contratti a termine, affidando alla *discrezionalità* dei legislatori nazionali la scelta delle *misure* idonee¹⁸ – con la conseguenza che i giudici nazionali – e, segnatamente, i nostri

¹⁴ A prescindere dalla configurazione dei due sistemi (eurounitario ed interno) come *integrati* (Corte giust) oppure come *coordinati* (corte cost.) tra loro.

¹⁵ *Ex multis*, la sent. 5 ottobre 2004, Cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, *Raccolta* I-8835, par. 109, in Foro it., 2005, IV, 23, con nota di richiami, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁶ Direttiva 1999/70/Ce di attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

¹⁷ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane (Foro it. 2014, IV, 73, con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*), che include – nella nozione di *stato*, appunto – la società Poste italiane, in dipendenza della partecipazione dello stato all'assetto proprietario e della sottoposizione della società a controlli pubblici.

¹⁸ Vedi, per tutte, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, *Kücük*; ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, *Papalia*, Foro it. 2014, IV, 73, con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*.

giudici di merito – possono soltanto assumerla come parametro per l'interpretazione conforme – oppure, in alternativa, per proporre questione di legittimità costituzionale (in reazione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) – di disposizioni interne.

1.8. Efficacia diretta anche orizzontale – in concorso, ovviamente, del contenuto normativo *immediatamente precettivo* – hanno, invece, le norme dei trattati e dei regolamenti.

A seguito della *trattatizzazione* (art. 6 TUE), poi, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – sia pure entro i limiti delle competenze *attribuite* all'Unione¹⁹⁻²⁰ – le disposizioni della Carta, tuttavia, hanno parimenti efficacia diretta anche orizzontale – negli stessi limiti – in concorso, beninteso, del contenuto normativo *immediatamente precettivo*.

In coerenza con tali principi, è stato, infatti, di recente stabilito²¹:

mentre il *principio di non discriminazione in base all'età* (di cui all'art. 21, par. 1, della Carta), che veniva in rilievo nella sentenza Küçükdeveci (sent. 19 gennaio 2010, Causa C-555/07, Raccolta I-365), “è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale”, l'art. 27 della Carta (in tema di informazioni sindacali), invece, “per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale”.²²

¹⁹ Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, TUE, secondo cui “La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione (...)”.

²⁰ Vedi, per tutte, Corte giust. 18 gennaio 2014 (Grande sezione), *association de médiation socialc. Union social des syndacats CGT*, in causa 176/12, punto 42; 26 febbraio 2013, in causa 617/18.

²¹ Vedi Corte giust. (Grande Sezione) 18 gennaio 2014, in C-176/12, cit. §45-49.

²² Parimenti in coerenza con gli stessi principi, sembra avere efficacia diretta anche orizzontale, ad esempio, l'articolo 30 della Carta, in quanto – nei limiti della competenza *attribuita* all'Unione – garantisce ai lavoratori il diritto alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati “conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”, non già – come accade, invece, per il diritto alla informazione e consultazione sindacale (ai sensi dell'art. 27 della Carta) – “nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”: in tal senso, vedi: M.DE LUCA, *Riforma della tutela reale al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in RIDL, 2013, I, 1 ss., spec. § 5; M.DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione “utile” dei diritti e dei principi sociali fondamentali*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 103/2014, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, spec. nota 19.

2. Giurisprudenza della Corte di giustizia sul contratto di lavoro a tempo determinato: attualità e prospettive in tema di *non discriminazione* (art. 4 della direttiva).

Dotato di *efficacia diretta orizzontale* – per quanto si è detto – risulta il *principio di non discriminazione* (clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/Ce).

Infatti è stato ribadito – anche di recente²³ – che *“dev'essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste Italiane s.p.a.”* .

2.1. In coerenza con la propria *ratio* – di *“migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione”*, e di *“impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato”* – la stessa clausola reca, appunto, *“il divieto di trattare, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”*.²⁴

2.2. La Corte di giustizia ha dichiarato, poi, che *“il criterio decisivo per determinare se una misura rientri nell'ambito delle «condizioni di lavoro» ai sensi della suddetta clausola è precisamente quello del criterio dell'impiego, ossia del rapporto di lavoro sussistente fra un lavoratore e il suo datore di lavoro”*.²⁵

Oltre il *termine di preavviso di risoluzione dei contratti di lavoro a tempo determinato* – contemplato contestualmente – la stessa Corte ricorda che *“rientrano nella nozione di «condizioni di impiego», (.....), le indennità triennali di anzianità di servizio (v., in tal senso, citate sentenze Del Cerro Alonso, punto 47; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, punti da 50 a 58, nonché ordinanza del 18 marzo 2011, Montoya Medina, C-273/10, punti da 32 a 34) e l'indennità che un datore di lavoro è tenuto*

²³ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit

²⁴ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, spec. § 20, 22 e 23 ed, ivi, riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

²⁵ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 25 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro (sentenza Carratù, cit., punto 38).²⁶

Né può essere trascurata la segnalazione contestuale²⁷ che la stessa nozione di *condizioni di impiego* figura anche in altre direttive, puntualmente elencate.²⁸

2.3. Per stabilire, poi, *“se le persone interessate esercitino un lavoro identico o simile ai sensi dell'accordo quadro, occorre, in conformità delle clausole 3, punto 2, e 4, punto 1, di quest'ultimo, verificare se, tenuto conto di un insieme di fattori, quali la natura del lavoro, le condizioni di formazione e le condizioni di impiego, sia possibile ritenere che tali persone si trovino in situazioni comparabili”*.²⁹

Spetta, comunque, al giudice nazionale – e, per quel che qui interessa, ai nostri giudici di merito – verificare se il lavoratore a tempo determinato – nell'esercizio delle proprie mansioni – *“si trovasse in una situazione comparabile a quella dei dipendenti di ruolo assunti a tempo indeterminato (dallo) stesso datore di lavoro nel corso del medesimo periodo”*.³⁰

Tuttavia l'accertamento del *giudice del rinvio* non è stato ritenuto necessario dalla stessa Corte, laddove ha potuto *constatare* – direttamente – la *incomparabilità* – tra *“l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato”* – in base al rilievo che *“la prima indennità riguarda lavoratori il cui contratto è stato stipulato in modo irregolare, mentre la seconda riguarda lavoratori licenziati”*.

²⁶ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 26 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

²⁷ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 28 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

²⁸ Quali: la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000 – che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – la direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Infatti le *condizioni di lavoro* – ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 e dell'articolo 14, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2006/54 – comprendono, segnatamente, le condizioni di licenziamento. Quanto all'accordo quadro, la portata della nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, di quest'ultimo, è per analogia simile.

²⁹ Così, testualmente, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 31 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

³⁰ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 32 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

Concorre con la proposta conclusione – senza, tuttavia, integrarla in una sorta di *combinato disposto* né, tantomeno, contraddirla – la precisazione contestuale che *“la clausola 8, punto 1, dell’accordo quadro dispone che «gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo»”*.³¹

2.4. All’esito positivo della verifica prospettata, il trattamento meno favorevole per il lavoratore a tempo determinato – in *situazioni comparabili* – risulta conforme alla direttiva soltanto in presenza di una *giustificazione oggettiva* (ai sensi della clausola 4, punto 1).

2.5. Né la *giustificazione* può consistere, tuttavia, nella *mera natura temporanea del lavoro*, senza che ne risultino frustrate *sostanza e finalità* della direttiva.

Lungi dal *“migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato e di promuovere la parità di trattamento perseguita dalla direttiva”*, infatti, il ricorso alla *mera natura temporanea del lavoro* – quale *giustificazione* del trattamento meno favorevole – *“equivarrebbe a perpetuare il mantenimento di una situazione sfavorevole ai lavoratori a tempo determinato”*.³²

2.6. Completa il quadro giurisprudenziale – sul punto – l’orientamento della Corte di giustizia *consolidato* nel senso che *“la clausola 4 dell’accordo quadro deve essere intesa nel senso che esprime un principio di diritto sociale dell’Unione il quale non può essere interpretato in modo restrittivo”*.³³

2.7. Tanto basta per concludere – sulla base dell’ *acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – che il *principio di non discriminazione* (art. 4 della direttiva) deve essere direttamente applicato dal giudice nazionale comune (e, segnatamente, dai nostri giudici di merito) alle fattispecie concrete – sia pure limitatamente alle *controversie tra privati*, nel senso ampio che ne è stato prospettato – anche in luogo delle eventuali norme interne confliggenti, all’uopo utilizzando – appunto – le suggestioni della

³¹ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit, spec. § 43-46.

³² Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 37 ss. ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

³³ Vedi, da ultima, Corte giust. 13 marzo 2014, in causa 38/13, cit., spec. § 24 ed, ivi riferimenti di costante giurisprudenza conforme.

giurisprudenza eurounitaria su nozione di *stato, condizioni di lavoro, situazioni comparabili, giustificazione oggettiva* dei trattamenti differenziati.

3. Segue: attualità e prospettive in tema di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (art. 5 della direttiva).

Non è dotata di *efficacia diretta* – per quanto si è detto – la clausola che reca misure di prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato (clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/Ce).

Di conseguenza, i giudici nazionali – e, segnatamente, i nostri giudici di merito – possono soltanto assumerla come parametro per l'interpretazione conforme – oppure, in alternativa, per proporre questione di legittimità costituzionale (in reazione agli art. 11 e 117, primo comma, cost.) – di disposizioni interne.

3.1. Allo scopo di *“prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”*, infatti, la clausola in esame impone agli stati membri – *“in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori”* – l'adozione di *“una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”*.

Contestualmente risulta affidato agli stati membri anche il potere, *“se del caso, (di) stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati “successivi”; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.*

3.2. Ora – mentre non ha avuto occasione di occuparsi, a quanto consta, di *“norme equivalenti per la prevenzione degli abusi”* – la Corte di giustizia, anche di recente, ha ribadito che la clausola 5 *“non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia (citare sentenze Adeneler e a., punto*

91; Marrosu e Sardino, punto 47, nonché Angelidaki e a., punti 145 e 183)³⁴

Le proposte conclusioni – in punto di sistema sanzionatorio – risultano di recente confermate, parimenti in coerenza con la chiara giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia.³⁵

3.3. La stessa sentenza della Corte di giustizia³⁶ – in punto di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo – osserva poi:

“Il fatto di richiedere automaticamente la conclusione di contratti a tempo indeterminato, qualora le dimensioni dell’impresa o dell’ente interessato e la composizione del suo personale comportino che il datore di lavoro debba far fronte ad un’esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo, oltrepasserebbe gli obiettivi perseguiti dall’accordo quadro CTD e dalla direttiva 1999/70 e violerebbe il margine di discrezionalità riconosciuto da questi ultimi agli Stati membri e, se del caso, alle parti sociali”.

E, coerentemente, conclude:

*“Spetta al giudice del rinvio, (.....), valutare se, nelle circostanze della fattispecie principale, l’impiego di un dipendente per un periodo di undici anni in forza di tredici contratti successivi a tempo determinato sia conforme alla clausola 5 (...)”.*³⁷

La prospettata configurazione di “un’esigenza ricorrente o permanente di personale sostitutivo” – quale ragione obiettiva per la giustificazione del rinnovo – sembra ricevere, tuttavia, una successiva precisazione.

³⁴ Così, testualmente, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük (in Foro it., 2012, IV, 112; con nota di richiami di A.M. PERRINO), spec. § 52.

³⁵ Vedi Corte giust., ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, Papalia, cit., spec. § 15, laddove – con riferimento, appunto, al sistema sanzionatorio – sottolinea: “Occorre constatare che la risposta a tali questioni può essere chiaramente dedotta dalla giurisprudenza, in particolare dalle sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a. (C-212/04, Racc. pag. I-6057, punti da 91 a 105); del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino (C-53/04, Racc. pag. I-7213, punti da 44 a 57); Vassallo (C-180/04, Racc. pag. I-7251, punti da 33 a 42), e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a. (da C-378/07 a C-380/07, Racc. pag. I-3071, punti 145 e da 182 a 190), nonché dalle ordinanze del 12 giugno 2008, Vassilakis e a. (C-364/07, punti da 118 a 137); del 24 aprile 2009, Koukou (C-519/08, punti da 82 a 91); del 23 novembre 2009, Lagoudakis e a. (da C-162/08 a C-164/08, punto 11), e del 1° ottobre 2010, Affatato (C-3/10, punto 37), nell’ambito delle quali veniva sollevata una questione analoga. Del resto, le citate sentenze Marrosu e Sardino nonché Vassallo riguardano la medesima normativa nazionale in questione nel procedimento principale”.

³⁶ Vedi, Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük, cit., spec. § 53.

³⁷ Così, testualmente, la stessa Corte giust. 26 gennaio 2012, in c. -50/13, Küçük, cit., spec. § 55.

Infatti é stato ribadito, bensì, che la clausola 5 dell'accordo quadro *“non osta a una normativa nazionale, (...), che consente alle università di rinnovare contratti di lavoro a tempo determinato successivi conclusi con docenti associati, senza alcun limite della durata massima e del numero di rinnovi di tali contratti, qualora tali contratti siano giustificati da una ragione obiettiva ai sensi del punto 1, lettera a), di tale clausola, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”*.

Tuttavia spetta allo stesso giudice – come è stato precisato contestualmente – *“verificare in concreto che (...) il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in parola intendesse effettivamente soddisfare esigenze provvisorie e che una normativa come quella controversa nel procedimento principale non sia stata utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale docente”*.³⁸

In altri termini le *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* non possono essere integrate, in nessun caso, da *esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale*.

3.4. Alla luce dell' *acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia, resta da domandarsi se – una volta risolto il *caso limite* del *preariato scolastico*³⁹ – i nostri giudici comuni (e, segnatamente, i giudici di merito) possano accertare la conformità alla direttiva di *ragioni oggettive e sistema sanzionatorio* e – nel caso di accertamento negativo – provvedere alla interpretazione *conforme* – oppure, in alternativa, a proporre questione di legittimità costituzionale – delle disposizioni nazionali corrispondenti.

La risposta positiva, tuttavia, si rinviene in pronunce recenti dei nostri giudici di legittimità.⁴⁰

³⁸ Vedi Corte giust. 13 marzo 2014, in c.190/13, spec. § 60.

³⁹ Discusso dinanzi alla Corte di giustizia nell'udienza del 27 marzo 2014.

⁴⁰ Cassazione, sezione lavoro, 18 ottobre 2013, n. 23702, secondo cui la società partecipata da ente pubblico locale resta, bensì, soggetta ai vincoli di finanza pubblica, ma non si sottrae alla normativa privatistica dei rapporti di lavoro e, segnatamente, alla *conversione* del contratto a tempo determinato illegittimo, invece esclusa – per gli enti pubblici – in dipendenza della *indefettibilità del concorso pubblico* per l'assunzione (come sottolineato, testualmente, da Corte cost. n. 227 del 2013, puntualmente richiamata insieme alla direttiva sul lavoro a tempo determinato).

Cass., sez. lav., ordinanza 25 febbraio 2014, n. , rimette alle sezioni unite la questione se il divieto di assunzione senza concorso alle dipendenze di ente pubblico economico – previsto da legge della regione siciliana – giustifichi, nel caso di apposizione illegittima del termine, la tutela meramente risarcitoria.

Cass., sez. lavoro, 12 gennaio 2012 n. 392 (in Foro it., 2012, I, 421, con nota di richiami) pone – a carico del lavoratore – l'onere di provare il danno da apposizione illegittima del termine a contratto di lavoro. Ne risultano, tuttavia, problemi di compatibilità

3.5. Ne risulta che la *società partecipata* da ente pubblico – e, come tale, soggetta ai vincoli di finanza pubblica – non si sottrae alla *conversione* del contratto a tempo determinato *illegittimo* – in contratto a tempo indeterminato – *conversione* che – per l'ente pubblico – è, invece, esclusa in dipendenza della *indefettibilità del concorso pubblico* per l'assunzione.

3.6. Pertanto la *indefettibilità del concorso pubblico* pare necessaria – e, forse, sufficiente – per *legittimare* l'accesso alla tutela risarcitoria – in luogo della *conversione* in rapporto a tempo indeterminato – nel caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Mentre la tutela risarcitoria – per risultare *effettiva, proporzionata e dissuasiva* (in coerenza con le suggestioni della giurisprudenza della Corte di giustizia) – resta affidata ad un'auspicabile ripensamento – o, comunque, ad una *evoluzione virtuosa* – della nostra giurisprudenza di legittimità: a partire dalla corretta configurazione del danno – da illegittima apposizione del termine – che pare affatto diverso dal danno da *perdita di chances*.⁴¹

Il risarcimento, peraltro, risulta alternativo – rispetto alla *conversione in contratto a tempo indeterminato* – e, come tale, non può essere commisurato alla *indennità forfettizzata* (di cui all'articolo 32, commi 5 ss. legge 4 ottobre 2010, n. 18, c.d. *collegato lavoro*)⁴² che, invece, concorre con la *conversione*.

3.7. Tuttavia la mera partecipazione dello stato (come di altro ente pubblico) al capitale di società privatistica – e la conseguente soggezione di questa a controlli pubblici ed, in genere, a vincoli di finanza pubblica – pare, da sola, sufficiente per ricondurre la società stessa alla nozione di *stato*, al fine della *efficacia diretta verticale* delle direttive.

(presumibilmente alla radice della *dissenting opinion implicita* del relatore, sostituito dal Presidente del collegio per l'estensione della sentenza) con quanto stabilito dalla Corte di giustizia (vedine l'ordinanza 12 dicembre 2013, in c. 50/13, Papalia, cit.), secondo cui la direttiva deve essere interpretata nel senso che osta alla normativa nazionale, *"la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione"*.

⁴¹ Come ritenuto, invece, da Cass. 12 gennaio 2012 n. 392, cit.

⁴² Come sembra suggerire, invece, Cass. 21 agosto 2013, n. 19371.

L'inclusione della società Poste italiane – nella nozione di *stato*, appunto – induce alla conclusione ora proposta.

E pare coerente – sia detto, per inciso, in termini problematici – con l'*obbligo di risultato*, imposto dalle direttive – agli stati membri⁴³ – e da questi realizzabile, anche attraverso la *partecipazione maggioritaria* o, comunque *di controllo* al capitale di società private.

4. Segue: attualità e prospettive in tema di principi del favor e del non regresso (art. 8 della direttiva).

La direttiva prevede espressamente (clausola 8, paragrafo 1, dell'accordo-quadro che ne risulta attuato) – al pari di altre direttive sociali⁴⁴ – il *principio del favor*, che consente a stati membri e parti sociali di "*mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo*".

E' prevista, altresì, la *clausola di non regresso* (clausola 8, paragrafo 3), con la finalità di evitare che l'attuazione di una direttiva – volta a "*migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato*" – diventi l'occasione per ridurre i livelli di tutela già garantiti dagli ordinamenti interni dei paesi membri dell'Unione europea.

4.1. Il *principio del favor* e la *clausola di non regresso* recano, entrambi, la previsione di criteri selettivi della disciplina – da applicare nel caso concreto – e ne impongono la *conformazione* agli ordinamenti interni degli stati membri.

Affatto diversi sono, tuttavia, gli ordinamenti da confrontare allo scopo di verificare il rispetto dei due principi:

- la direttiva e l'ordinamento nazionale di ciascun paese membro – per quanto riguarda il principio del *favor* – allo scopo di verificare quale sia il *trattamento più favorevole* per il lavoratore a tempo determinato;
- il livello di tutela – garantito al medesimo lavoratore, in ciascun ordinamento nazionale, prima e dopo l'attuazione della direttiva –

⁴³ Vedi art. 288, 3° comma, TUE.

⁴⁴ Vedi M.DE LUCA, *Normativa comunitaria in materia di lavoro e giurisprudenza dei giudici ordinari italiani*, relazione al convegno internazionale sul tema *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano* (Parma, 30 e 31 ottobre 1985), in *Foro it.*, 1986, I, 234, spec. § 3, 242 ss, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *FORO IT.* 2002, V, 93, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

allo scopo di verificare quale sia il *livello di tutela più elevato*, per quanto riguarda, invece, il *principio di non regresso*.

4.2. Resta, peraltro, il problema se il raffronto – per stabilire quale sia il *trattamento più favorevole* od il *livello di tutela più elevato* per i lavoratori a tempo determinato – debba essere effettuato in concreto oppure in astratto.

Ed, inoltre, se debba avere per oggetto il trattamento complessivo previsto da ciascuna fonte (tesi c.d. del *conglobamento*) oppure singole norme o istituti determinati, estraendo, così, da ciascuna fonte le disposizioni che, nel reciproco confronto, risultino più favorevoli, cumulandole tra loro (tesi c.d. del *cumulo*).

4.3. Per quanto riguarda il *principio del favor*, il raffronto sembra doversi effettuare in astratto ed avere per oggetto, da un lato, i principi della fonte comunitaria – quale la direttiva al nostro esame, che non reca (o, comunque, non reca soltanto) norme di dettaglio – e, dall'altro, la disposizione (o le disposizioni) che ne danno attuazione negli ordinamenti nazionali.

Per quanto riguarda, invece, la *clausola di non regresso*, la comparazione deve riguardare i *livelli di tutela* dei lavoratori a tempo determinato, che – nell'ambito dello stesso ordinamento nazionale – risultano garantiti prima – ed *in occasione* dell'attuazione – della direttiva in materia, senza che abbiano, di conseguenza, rilievo le eventuali contrazioni di tutela che non siano, in alcun modo, collegate con l'attuazione della stessa direttiva.⁴⁵

⁴⁵ Vedi le lucide ed argomentate conclusioni dell'avvocato generale (condivise dalla Corte) in cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki:

“68. In primo luogo, una contrazione della tutela offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro; piuttosto, una siffatta contrazione risulta consentita qualora non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di detto accordo quadro. Il divieto di reformatio in peius di cui alla clausola 8, n. 3, non costituisce, quindi, una clausola di stand-still tale da vietare in assoluto una riduzione del livello di tutela esistente nel diritto nazionale alla data della trasposizione della direttiva 1999/70. Gli Stati membri e le parti sociali possono continuare ad adottare, mediante legge o mediante contratto collettivo, autonomi provvedimenti concernenti la disciplina del lavoro a tempo determinato; solo che tali provvedimenti devono essere adottati, a prescindere dall'applicazione dell'accordo quadro, in modo trasparente, e non possono ovviamente comportare alcuna violazione del restante diritto comunitario, in particolare non possono determinare un abbassamento della tutela minima perseguita attraverso l'accordo quadro.

69. In secondo luogo, il divieto di reformatio in peius di cui alla clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro si riferisce esclusivamente ad una riduzione del livello generale di tutela offerto ai lavoratori in materia di lavoro a tempo determinato. Il divieto di reformatio in peius non osta, quindi, all'abrogazione o al depotenziamento di una specifica misura di tutela dei

In altri termini, non s'intende *crystallizzare* il livello di tutela, in precedenza raggiunto, ma – per quanto si è detto – soltanto evitare che l'attuazione di una direttiva – volta a *"migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato"* – diventi l'occasione per ridurre i livelli di tutela già garantiti dagli ordinamenti interni dei paesi membri.

4.4. In coerenza con il *principio del favor*, infatti, la Corte di giustizia⁴⁶ – all'esito della *constatazione* diretta – nega, da un lato, la *comparabilità* – tra *"l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato"* – e, dall'altro, sembra escludere – come pure si è detto – che il nostro ordinamento tratti *"in maniera identica"* le stesse indennità.

Né pare assumere rilievo, a tale fine, il raffronto tra le discipline nazionali che – in materia – si sono succedute nel tempo⁴⁷.

4.5. Tuttavia il raffronto *in astratto* tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale – (anche) al fine dell'applicazione dello stesso *principio del favor* – risulta dalla sentenza della Corte di giustizia⁴⁸ – in tema di *trasferimento di ramo di azienda non preesistente* – . laddove si legge:

"37. Infatti, il considerando 3 della direttiva 2001/23 afferma che occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti.

38. Pertanto, il citato considerando evidenzia il rischio rappresentato, per il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dalla situazione di subentro di un nuovo imprenditore, nonché la necessità di tutelare i lavoratori dinanzi a tale rischio mediante l'adozione di opportune disposizioni.

39. Dunque, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il

lavoratori, a meno che in tal modo non si diminuisca, nel suo complesso, il livello di tutela offerto ai lavoratori a tempo determinato. Non può escludersi che una misura con la quale si diminuisca la tutela dei lavoratori assuma solo un peso irrilevante rispetto al livello generale di tutela, ovvero che essa intervenga, unitamente ad altre misure migliorative della tutela dei lavoratori che ne compensano l'effetto, sicché nel complesso non si produca alcuna riduzione del livello generale di tutela".

⁴⁶ Vedi Corte giust. 12 dicembre 2013, C-361/12; Carratù c. Soc. Poste Italiane, cit.

⁴⁷ Come sembra ritenere, invece, Trib. Napoli 18 dicembre 2013, in Foro it., 2014, I, 586, con nota di richiami.

⁴⁸ Vedi Corte giust. 6 marzo 2014, C- 458/12.

mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore.

40. *Tale conclusione è corroborata dall'articolo 8 della direttiva 2001/23, il quale dispone che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori.*
41. Infatti, la direttiva summenzionata è intesa soltanto ad un'armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l'Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato (v., in tal senso, sentenze del 12 novembre 1992, Watson Rask e Christensen, C-209/91, Racc. pag. I-5755, punto 27, nonché del 6 novembre 2003, Martin e a. C-4/01, Racc. pag. I-12859, punto 41).
42. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento".

Infatti ne risulta palesemente negato qualsiasi rilievo – (anche) in relazione, appunto, al *principio del favor* – alla circostanza che, nel caso concreto, l'interesse dei lavoratori fosse volto ad ottenere – con la negazione del *trasferimento di ramo d'azienda* – la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cedente.⁴⁹

⁴⁹ Dalla sentenza della Corte di giustizia (paragrafo 18), infatti, risulta che i lavoratori – ricorrenti nel procedimento principale – *“ritenendo che tale conferimento non potesse essere qualificato come trasferimento di parte di azienda ai sensi dell'articolo 2112, comma 5, del codice civile, (...) hanno adito il Tribunale di Trento in qualità di giudice del lavoro, al fine di far constatare che il suddetto conferimento era inefficace nei loro confronti e che, di conseguenza, il loro rapporto di lavoro aveva continuato a sussistere con T.I.I. Italia”*. Né rileva, in contrario, la circostanza che la pretesa degli stessi lavoratori possa risultare fondata – in base al nostro ordinamento nazionale – secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di cassazione (vedine, da ultima la sentenza 8756 del 15 aprile 2014, resa all'udienza del 26 febbraio precedente).

4.6. Il *principio del favor*, quindi, e la *clausola di non regresso* (art. 8. Paragrafi 1 e 3 della direttiva) – alla luce dell'*acquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – possono essere dai giudici comuni nazionali (e, segnatamente, dai nostri giudici di merito) applicati – nelle *controversie tra privati* (sia pure nel senso ampio prospettato) – quali criteri selettivi della disciplina del *caso concreto*.

5. Segue: problemi aperti in tema di leggi nazionali interpretative o, comunque, retroattive e di acausalità del primo ed unico contratto a tempo determinato.

Da un lato, non risulta ancora affrontata dalla Corte di giustizia la questione – di *legittimità comunitaria*, per così dire – concernente le nostre disposizioni di legge – interpretative o, comunque, retroattive – (anche) in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.⁵⁰

Parimenti non risulta affrontata, dall'altro, la questione relativa alla *acausalità* del primo ed unico contratto a termine.⁵¹

Eppure si tratta di questioni, per le quali l'intervento della Corte di giustizia pare indispensabile.

Infatti la Corte di giustizia non pronuncia sul diritto nazionale – per quanto si è detto – e ne assume l'interpretazione del *giudice del rinvio*, peraltro al limitato fine di verificare la *rilevanza* della *questione pregiudiziale* proposta, di interpretazione – appunto – del diritto dell'Unione europea.

Ne risulta confermato che il *rinvio pregiudiziale* non è, all'evidenza, un grado ulteriore di giudizio, come tale destinato a condurre, in ogni caso, ad una decisione di maggiore favore.

Mentre il silenzio della ricordata sentenza della Corte di cassazione (resa all'udienza del del 26 febbraio 2014 e pubblicata il 16 aprile successivo) – in ordine alla sentenza della Corte di giustizia – pare giustificata dalla circostanza che la sentenza della stessa Corte (del 6 marzo 2014) è successiva all'udienza di decisione (26 febbraio 2014) – ancorché precedente a quella di deposito (15 aprile 2014) – della ricordata sentenza della nostra Corte di cassazione.

⁵⁰ Vedi art. 10 (*Esclusioni e discipline specifiche*), comma 4 bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (quale risulta a seguito delle modifiche introdotte dall'articolo 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, dall'articolo 4, comma 4-bis, del D.L. 18 maggio 2013, n. 54, convertito, con modificazioni, dalla Legge 18 luglio 2013, n.85 e dall'articolo 4, comma 10, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101), secondo cui "(...)sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l' articolo 5, comma 4-bis , del presente decreto".

⁵¹ Vedi art. 1, comma 9, lettera b , della legge n. 92 del 2012 e decreto legge n. 34 del 2014.

5.1. Quanto alle leggi interpretative o, comunque, retroattive, la questione di *legittimità convenzionale* (art. 6 convenzione EDU, in relazione all'art. 117, 1° comma, cost.) registra un contrasto di giurisprudenza – tra la Corte EDU e la nostra Corte costituzionale⁵² – che risulta composto dall'ultima parola – che la nostra Corte costituzionale *si riserva*, in applicazione dei c.d. *controlimiti* – oppure alla pronunce, finora di *assorbimento*⁵³, della Corte di giustizia.

Queste, infatti, *prevalgono* – per quanto si è detto – su qualsiasi fonte nazionale.

Palese risulta, quindi, la necessità di una decisione – sul merito – della Corte di giustizia sulla stessa questione.⁵⁴

In alternativa, resta, tuttavia, il *Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (Strasburgo, 2.X.2013)* – che prevede – su richiesta delle *più alte giurisdizioni* dei paesi membri del Consiglio d'Europa – il *parere consultivo facoltativo e non vincolante* della Grande camera della Corte EDU.

Sempre che le nostre *più alte giurisdizioni* – vincendo la tradizionale *autarchia* – intendano avvalersi, effettivamente, di questo *strumento prezioso*.

5.2. Quanto alla *acausalità* del primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato, poi, pare certo che rientri nel *campo d'applicazione* della direttiva (clausola 2) e, come tale, sia soggetto a tutte le *clausole* della direttiva stessa, fatta eccezione per le esplicite esclusioni.

Fra queste esclusioni sembra rientrare – ma risulta, talora, contestato⁵⁵ – la clausola 5, in quanto reca *misure di prevenzione degli*

⁵² Vedi riferimenti in M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme cedu*, in Foro it., 2013, I, 791.

Alla radice del contrasto, pare l'allargamento dei *controlimiti*: i parametri costituzionali – che giustificano la disciplina a regime – vengono, infatti, riproposti per *legittimare* la violazione del divieto di leggi retroattive, trascurandone la *funzione strumentale* di garantire la *parità delle parti* nel processo (ai sensi dell'art. 6 convenzione EDU).

⁵³ Vedi Corte giust.UE (Grande sezione) 6 settembre 2011, in c.108/10, *SCATTOION*, spec. § 84 (in Foro it., 2011, IV, 489, con nota di G. RICCI) – nel *caso personale ATA* – che ritiene *assorbita* la questione – decisa dalla Corte EDU nel *caso Agrati* (Corte eur. diritti dell'uomo 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia, cit. nella nota di G. RICCI) – concernente la *legittimità convenzionale* di norma interpretativa del nostro ordinamento nazionale.

⁵⁴ Risulta, invero, posta e discussa dinanzi alla Corte di giustizia – nel *caso dei precari della scuola* – ma potrebbe, tuttavia, risultare *assorbita* – ancora una volta – dalla *efficacia ex tunc* della pronuncia relativa alla disciplina a regime.

⁵⁵ Vedi, da ultimo, il *dossier* della Camera dei Deputati sul decretotlegge n. 34 del 214, che – ritenendo applicabile, appunto, la clausola 5 della direttiva – perviene alle conclusioni seguenti:

"Alla luce del quadro normativo e giurisprudenziale comunitario, pertanto, l'eliminazione della causale per i contratti a termine non configura un contrasto con la normativa

abusi derivanti dall'utilizzo – non già dell'unico contratto, ma – di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”.

Coerente risulta, poi, la previsione esplicita della stessa clausola (§ 1, lettere a, b, c) – quali *misure di prevenzione* alternative – di:

- *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo* del contratto e non già della stipulazione dell'unico contratto;
- *durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* e non già del singolo contratto o rapporto;
- *numero massimo dei rinnovi*.

5.3. Tuttavia la direttiva non reca alcuna clausola specifica in tema di primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato.

5.4. La Corte di giustizia, pertanto, dovrebbe essere chiamata a stabilire se la direttiva rechi, effettivamente, quel *principio generale* – che il nostro legislatore le attribuisce⁵⁶ – secondo cui *“il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine “per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” (...).”*⁵⁷

comunitaria, in considerazione del fatto che la normativa vigente prevede comunque misure volte alla prevenzione di abusi (durata massima totale dei contratti a termine successivi; pause nel caso di rinnovi del contratto; sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato), cui si aggiungono quelle introdotte dal decreto-legge in esame (numero massimo di otto proroghe; limite quantitativo alla stipula di contratti a termine da parte di uno stesso datore di lavoro, pari al 20% dell'organico complessivo)”.

Analogamente, il Senatore Pietro Ichino, *relatore*, nella seduta del 30 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato, ha osservato: *“Sul tema dei limiti ai contratti a termine, considera improprio il rilievo di incompatibilità con la norma europea, dal momento che la direttiva dell'Unione richiede l'apposizione di un solo limite cronologico o quantitativo al rinnovo dei contratti, mentre il provvedimento del Governo contingenta l'utilizzo dello strumento sia nell'uno che nell'altro senso”.*

Meritano condivisione, invece, le contestuali conclusioni dello stesso Senatore Ichino – circa la *inconferenza* della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2000, che ha dichiarato la inammissibilità del referendum abrogativo della legge sui contratti a termine allora in vigore (legge n. del 1962) – sebbene la *ratio decidendi* riposi sul rilievo che la legge investita reca la *conformazione anticipata* alla direttiva in materia e non già sul rilievo che la proposta referendaria fosse *“atta a rimuovere qualsiasi limite alla stipulazione di contratti a termine”* (come prospetta il Sen. Ichino).

⁵⁶ *“Con l'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'articolo 39 della legge 247 del 2007”:* così, testualmente, la giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione (vedi *infra*).

⁵⁷ In tal senso è la giurisprudenza *consolidata*: vedi, per tutte, Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in Foro it., 2008, I, 3569, con nota di A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a*

Solo se previsto effettivamente dalla direttiva, infatti, tale principio non sarebbe derogabile da legislazioni nazionali e se ne potrebbe, peraltro, demandare l'interpretazione – mediante *rinvio pregiudiziale* – alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

5.5. Per la soluzione positiva della questione prospettata, tuttavia, sembra cospirare più di una ragione.

Intanto *"i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune del rapporto di lavoro"* – si legge in apertura del *preambolo* (ed, in sostanziale conformità, al punto 6 delle *considerazioni generali*) dell'accordo-quadro – pur riconoscendo contestualmente, tuttavia, che *"i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori"*.

Coerentemente, *"l'utilizzazione di contratti del lavoro a tempo determinato"* – come pure si legge nell'accordo-quadro (punto 7 delle *Considerazioni generali*) – *"é basata su ragioni oggettive"*.

Tali *ragioni* sembrano, quindi, elementi essenziali del tipo contrattuale del lavoro a tempo determinato, appunto, e ne confermano la permanente *specialità*".

5.6. Né rileva, in contrario, la *definizione* di *"lavoratore a tempo determinato"* (clausola 3 dell'accordo-quadro) come *"persona con un contratto o rapporto di lavoro (.....) il cui termine é determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico"*.⁵⁸

La *definizione* pare volta, infatti, a delimitare il campo d'applicazione della direttiva.

Di conseguenza, le fattispecie concrete – *sussumibili* nella (o *ricongiungibili* alla) definizione in esame – sono soggette alla disciplina della direttiva, sia per quanto riguarda i requisiti essenziali del *tipo contrattuale* – quali, appunto, le *"ragioni oggettive"* – sia per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni della direttiva.

Coerentemente, gli stati membri risultano, infatti, *facultizzati* ad escludere – dal campo d'applicazione della direttiva (clausola 2 dell'accordo-quadro) – alcuni contratti di lavoro (quali i contratti di formazione, di apprendistato, d'inserimento) – che rientrano nella

termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole; 1 febbraio 2010, n. 2279, Foro it. 2010, I, 1169, con nota di richiami; 27 marzo 2014, n. 7244.

⁵⁸ Vedi M.DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea, cit.*, spec. § 4

definizione ricordata, essendone *"il termine determinato da condizioni oggettive"* – proprio perché, in difetto di espressa esclusione, sarebbero soggetti alla disciplina della direttiva medesima.

Non resta che attendere la decisione della Corte di giustizia, opportunamente investita da rinvio pregiudiziale oppure in sede di procedura d'infrazione.

6. Segue: problemi aperti in tema di *seguiti* nella giurisprudenza nazionale.

La configurazione come *ius superveniens* – proposta dalla giurisprudenza *consolidata* della Corte di cassazione⁵⁹ – per le sentenze della Corte di giustizia, ne comporta l'efficacia immediata nell'ordinamento nazionale e coerenti implicazioni, tra l'altro, nei giudizi di rinvio.⁶⁰

Coerentemente, trova, infatti, applicazione in tali giudizi – entro i limiti, beninteso, del *giudicato interno* – all'uopo *travalicando*, se del caso, il *principio di diritto* enunciato dalla sentenza di cassazione con rinvio.⁶¹

Pare, invece, controverso se, nel giudizio di rinvio, le parti possano prendere – parimenti entro i limiti del *giudicato interno* – conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata.

6.1. Intanto è stato, talora, sostenuto che l'efficacia immediata dello *ius superveniens* – sull'ordinamento nazionale – incide, nel giudizio di rinvio, soltanto sulla materia ritualmente già dedotta – *a tempo debito* – nella controversia.⁶²

Sembra ricevere, tuttavia, maggiori consensi – e meritare condivisione – la tesi di segno contrario.

6.2. E' ben vero, infatti, che – nel giudizio di rinvio – è vietato alle parti (art. 394 c.p.c.) di *"prendere conclusioni diverse da quelle prese nel giudizio nel quale fu pronunciata la sentenza cassata"*.

Il divieto, tuttavia, è contestualmente escluso se *"la necessità delle nuove conclusioni sorge dalla sentenza della cassazione"*.

⁵⁹ Vedi, per tutte, Cass. 9 ottobre 1998, n. 10035; 24 maggio 2005, n. 10939, in Gazzetta giur., 1998, fasc. 40, 46.

⁶⁰ In tal senso è la giurisprudenza consolidata: vedi per tutte, Cass. n. 5567/82, 4711/81, 1302/86, nonché 3312/83; 2238/85; 689/86; 3542/87; 3353/89; 978/90; 7097/93; 1281/94; 11799/95; 9015/99; 8403/01; 20128/13.

⁶¹ Sul *travalcamento* del *principio di diritto*, vedi, per tutte Cass. 9 ottobre 1998 n. 10035.

⁶² Vedi Cass. 27 aprile 1993, n. 4923.

Tale eccezione, poi, è stata interpretata – dalla giurisprudenza di legittimità – nel senso che *“le nuove conclusioni sono ammesse, in quanto rese necessarie dalla sentenza di cassazione, quando questa abbia determinato una modificazione della materia del contendere, definendo in modo diverso il rapporto dedotto in giudizio ed imprimendo alla causa un nuovo indirizzo con conseguente necessario mutamento della difesa delle parti (sent. 22 maggio 1987 n. 4678)”*.

Inoltre è stata *“ravvisata eccezione al divieto quando si debba applicare ius superveniens (sent. 4 febbraio 1986 n. 689)”*.

Questa eccezione ulteriore, poi, *“va intesa secondo lo spirito della norma, avente lo scopo di rendere possibile, nel giudizio di rinvio, l'adozione di un sistema difensivo diverso da quello assunto nel precedente giudizio perché allora escluso”*.⁶³

Né può esserne trascurata la coerenza con la *strumentalità del processo*, in quanto garantisce la decisione sul merito in luogo della pronuncia – meramente processuale – di inammissibilità delle *nuove conclusioni*.⁶⁴

6.3. La tesi restrittiva pare, tuttavia, seguita da alcuni giudici di merito – nel caso ATA, in sede di rinvio, appunto – laddove si legge:

“Al riguardo si osserva che le deduzioni e le allegazioni contenute nei ricorsi in riassunzione, riguardanti il peggioramento retributivo sostanziale rispetto alle condizioni immediatamente antecedenti al loro trasferimento, devono ritenersi inammissibili, in quanto proposte soltanto nel presente giudizio di rinvio poiché, come già evidenziato, con i ricorsi introduttivi gli appellanti incidentali non avevano mai lamentato un simile peggioramento, avendo invece chiesto soltanto il riconoscimento – ai fini dell'anzianità- del periodo di servizio presso l'ente di provenienza con le relative conseguenze ai fini dell'inquadramento.

Analogamente, deve ritenersi inammissibile – in quanto tardiva- anche la produzione documentale effettuata soltanto nel presente grado dai ricorrenti in riassunzione e relativa al loro inquadramento giuridico

⁶³ Così, testualmente, Cass.10 febbraio 1990, n. 978, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁴ Sulla *strumentalità del processo*, vedi: M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 271; ID., *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2013, I, 615; ID., *Reclamo contro la sentenza di primo grado nel procedimento specifico in materia di licenziamenti (articolo 1, commi 58 ss, legge n. 92 del 2012): natura, forma e filtro dell'appello*, in RIDL, 2013, I, 847. Ad essi si rinvia per riferimenti ulteriori.

economico (cfr. allegati al n. 7 del fascicolo dei ricorrenti in riassunzione)".⁶⁵

Non resta che confidare in un ripensamento virtuoso della nostra giurisprudenza, prima di sottoporre alla Corte di giustizia *questione pregiudiziale* circa la *efficacia* – negli ordinamenti nazionali – delle sentenze della stessa Corte.

7. Segue: note conclusive.

Sembra competere, dunque, al giudice comune nazionale (e, segnatamente, anche ai nostri giudici di merito) la individuazione della *regola del caso concreto*, all'uopo realizzando – se del caso – la *sintesi* tra interpretazioni del diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) della Corte UE e norme interne.

In tale prospettiva, la norma eurounitaria dotata di efficacia diretta – se *regola* il caso concreto – deve essere applicata, anche in luogo della eventuale norma interna confliggente.

Per le norme eurounitarie non dotate di efficacia diretta, invece, *l'interpretazione conforme* pare l'unica alternativa – rispetto alla questione di legittimità costituzionale – delle norme interne.

7.1. Resta da domandarsi, tuttavia, se i giudici comuni nazionali (e, segnatamente, i nostri giudici di merito) possano decidere controversie in tema di contratti di lavoro a tempo determinato – sulla base dell'*aquis giurisprudenziale* della Corte di giustizia – senza ricorrere al *rinvio pregiudiziale* alla stessa Corte.

La risposta positiva – quantomeno dopo l'attesa pronuncia della Corte sui *precari della scuola* – pare imposta dagli obiettivi virtuosi che ne risultano perseguiti: i tempi della giustizia si coniugano, in tale prospettiva, con la salvaguardia della Corte dalla crisi da *inflazione* dei rinvii.

E, peraltro, sembra possibile alla luce del prospettato sistema giurisprudenziale della stessa Corte.

Restano, tuttavia, problemi aperti – solo in parte segnalati – che continuano a giustificare il rinvio pregiudiziale.

⁶⁵ Così, testualmente, App. Roma 14 febbraio 2014, Pres. A.DI PAOLANTONIO; Est.G. POSCIA, Colimegno Salvatore ed altri (avv. Paolo Stella Ricther e Rosanna Serafini) c. Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca (avv. Gen. Stato), a seguito di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 10034/2012

7.2. Resta, peraltro, la necessità di *ottimizzare i seguiti* – nella giurisprudenza dei nostri giudici comuni (e segnatamente, dei nostri giudici di merito) – della pronunce della Corte di giustizia.

La loro *efficacia erga omnes* – coerente con la natura di *fonte* – ne impone, infatti, l'applicazione, anche al di fuori del *giudizio del rinvio pregiudiziale*.

E la decisione sul merito – in applicazione della *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia della Corte di giustizia – pare coerente, altresì, con la *strumentalità del processo*.

7.3. Il *patrimonio costituzionale comune* – come è stato ricordato nell'*incipit* – offre sicure garanzie ai diritti dei lavoratori *flessibili*, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tuttavia è il *primato* dell'ordinamento eurounitario – che *prevale* rispetto alle fonti, anche costituzionali, degli ordinamenti nazionali – ad assicurare una preziosa garanzia ulteriore.

Ne risulta, infatti, la salvaguardia contro il rischio – indagato dal *più classico dei classici sulla democrazia*⁶⁶– di qualsiasi *dittatura della maggioranza* a livello nazionale.

⁶⁶ ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 2003, spec. Libro secondo, capitolo VII (*l'onnipotenza della maggioranza negli Stati Uniti e i suoi effetti*), pag. 253 ss.

Sul punto, vedi M.DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, Foro It., 2009, V, 442.