

Mariapaola Aimo

La disciplina europea sul lavoro a termine: punti di forza e di debolezza del diritto vivente

Sommario: **1.** Il dialogo tra Corte di giustizia e giudici domestici, guidato dal principio di effettività. **2.** Il valore sotteso: la stabilità dell'impiego. **3.** I lavoratori tutelati. **4.** Il cuore della tutela: la parità di trattamento. **5.** La successione di contratti a termine come fonte di abusi da prevenire e sanzionare. **6.** La clausola di non regresso tra giudice europeo e giudici nazionali: un punto debole?

1. Il dialogo tra Corte di giustizia e giudici domestici, guidato dal principio di effettività

La ricca giurisprudenza che nell'ultimo decennio si è andata formando man mano che alla Corte di giustizia è stato chiesto di interpretare le clausole contenute nell'Accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE del 28 giugno 1999 sul lavoro a termine costituisce un esempio interessante della crescente tendenza della Corte a usare come criterio guida nella sua attività esegetica il cosiddetto principio di effettività o dell'effetto utile, che richiede essenzialmente di definire e interpretare le norme dell'Unione al fine di realizzare l'effettività dei diritti ivi contenuti, compiendo cioè “una valutazione dei testi meno legata alla formulazione letterale e più aderente agli scopi che gli atti europei si propongono”¹.

Mancando nei Trattati un espresso riconoscimento normativo del principio di effettività, la sua principale fonte viene rinvenuta dalla Corte nell'obbligo di leale cooperazione, sancito dall'art. 4.3 TUE, che impone agli

¹ PESCE, *Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione*, in SIE, 2014, p. 359 ss. V. anche DE SIMONE, *L'effettività del diritto come obiettivo e come argomento. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea tra interventismo e self restraint*, in LD, 2014, p. 489 ss.

Stati di adottare tutte le misure idonee ad assicurare che al diritto comunitario venga data piena applicazione ed esecuzione, realizzandone appunto l'effetto utile.

Il principio di effettività ha in sostanza il compito, per bocca dei giudici di Lussemburgo e operando insieme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, di riempire di significato il dovere di leale collaborazione, fungendo così da guardiano della costante interazione tra i vari attori degli ordinamenti coinvolti nella realizzazione di un sistema giuridico incompleto qual è quello dell'Unione²: un compito il cui esercizio, mirando a garantire al contempo la coerenza del sistema nel suo insieme e la protezione dei singoli, non è certo privo di difficoltà e ostacoli.

Questa trama interpretativa, in particolare rispetto alle disposizioni contenute nella dir. 99/70/CE, risponde alla ben precisa volontà della Corte di rendere il più possibile effettive norme che si presentano elastiche, non dettagliate e che sulla carta lasciano agli Stati un ampio margine di scelta nelle modalità applicative ed esecutive³. Perciò risulta cruciale il ruolo dei giudici nazionali, sui quali va spostandosi via via più marcatamente l'accento e che, nella loro ordinaria attività esegetica e specificamente in sede di 'replica' alle pronunce della Corte, sono chiamati a verificare caso per caso – e a salvaguardare – l'effettività del diritto europeo, mettendo a frutto i principi e i criteri guida individuati dalla Corte che impongono di andare oltre la formale applicazione della legge nazionale attuativa e di esaminare la sua realizzazione in concreto negli ordinamenti interni⁴.

Va d'altro canto tenuto presente che l'argomento interpretativo dell'effetto utile, attraverso una lettura delle norme funzionale al raggiungimento delle finalità perseguite, trova di volta in volta la sua forza, ma a ben vedere anche il suo limite, negli obiettivi – generali e specifici – e negli interessi che le norme controverse mirano a realizzare e a tutelare.

Ragionando in termini di progresso della protezione dei diritti, in questo caso dei lavoratori a termine, le potenzialità di espressione e i confini dell'attività interpretativa guidata dal principio di effettività dipendono dunque dalle finalità della normativa europea di riferimento, da cui è necessario far partire il ragionamento.

² ACCETTO, ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *EPL*, 2005, p. 375 ss.

³ VIGNEAU, *Le régime des contrats à durée déterminée en droit communautaire*, in *DS*, 2007, p. 97.

⁴ Cfr. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, Oxford UP, 2006, p. 422.

A differenza delle ‘coppie’ di obiettivi perseguiti nel caso della disciplina sul lavoro a tempo parziale e sul lavoro interinale (rispettivamente l’Accordo quadro allegato alla dir. 97/81/CE del 15 dicembre 1997 e la dir. 2008/104/CE del 19 novembre 2008)⁵, l’accordo quadro sul lavoro a termine – pur scondando la sua natura negoziale e compromissoria – fornisce con la clausola 1 un abbinamento di finalità che, quanto meno sulla carta, si presentano più armoniosamente volte a garantire un nucleo minimo di tutele contro la precarizzazione del lavoratore.

L’interpretazione funzionale delle diverse disposizioni di tale accordo quadro deve infatti essere guidata da un doppio obiettivo, consistente, da un lato, nel miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori stabili comparabili e, dall’altro, nella creazione di un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti a termine, in conformità con l’art. 2.1 della direttiva, ai sensi del quale gli Stati “devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti”. Quale che sia la clausola da interpretare – anzitutto le clausole 4 e 5 che esplicitamente definiscono e sviluppano tale duplice obiettivo – “l’intensità del concreto standard regolativo risulta teleologicamente determinata”⁶: in relazione, ad esempio, alla clausola 5.1, che impone agli Stati, come si vedrà, l’adozione di almeno una delle misure antiabusiva ivi elencate in caso di reiterazione di contratti a termine, ciò che conta per i giudici di Lussemburgo è che la misura o le misure adottate in concreto siano in grado di prevenire effettivamente gli abusi nella stipula di contratti a termine successivi⁷.

⁵ Le tre direttive, benché abbiano come baricentro condiviso della tutela dei lavoratori non *standard* il principio di non discriminazione rispetto ai lavoratori *standard*, si differenziano sotto alcuni rilevanti profili: mentre l’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e la direttiva sul lavoro interinale, pur con diversità di previsioni, richiedono agli Stati di identificare e riesaminare divieti e restrizioni all’utilizzo di tali forme di lavoro al fine di promuoverne lo sviluppo, nulla di equivalente si ritrova nella direttiva sul lavoro a termine, che al contrario eleva la lotta contro gli abusi nella successione di contratti a tempo determinato a suo fondamentale obiettivo (v. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee*, in *DLRI*, 2015, p. 637 ss.).

⁶ BELLAVISTA, *La Direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in GARILLI, NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003, p. 24. V. anche VIGNEAU, *op. cit.*, p. 94; SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 85.

⁷ C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 65; C. Giust. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 70-71.

2. Il valore sotteso: la stabilità dell'impiego

Nell'ambito di tale quadro di finalità, e a guisa di premessa logica di entrambi gli obiettivi, i giudici europei pongono costantemente in rilievo il valore della stabilità dell'occupazione. Tale valore – declinato *in primis* dalla direttiva laddove afferma espressamente che i “contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento”⁸ – costituisce “un elemento portante della tutela dei lavoratori”⁹. L'ambiziosa finalità della direttiva è quella di “proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego”¹⁰ e i lavoratori stabili rappresentano il termine di comparazione utile per garantire trattamenti normativi adeguati ai lavoratori precari.

Prendendo ad esempio alcune recenti pronunce della Corte di giustizia il cui ragionamento è costruito attorno a questo valore fondante, va anzitutto ricordata la sentenza resa nel 2015 nel caso *Commissione v. Lussemburgo*, ove si è affermato – a fronte di una normativa nazionale priva di misure antiabusive in caso di reiterazione di contratti a termine dei lavoratori saltuari dello spettacolo – che l'obiettivo asseritamente perseguito di assicurare a tali lavoratori “una certa flessibilità nonché vantaggi sociali, offrendo ai datori di lavoro la possibilità di assumerli in modo frequente in base a contratti di lavoro a tempo determinato”, non può rendere la norma di per sé conforme all'accordo quadro, precisando che la circostanza di consentire a uno Stato di invocare un obiettivo come la flessibilità derivante dall'utilizzo di contratti a termine per dispensarsi dagli obblighi dell'accordo contrasterebbe proprio con il valore fondamentale della stabilità dell'impiego¹¹.

Un'analoga posizione, seppur sotto un diverso angolo prospettico, poteva già trovarsi nella sentenza *Huet*, ove la Corte – nel rispondere ad un giudice francese chiamato a dirimere una controversia legata alla trasformazione in contratto stabile di un contratto a termine di un ricercatore uni-

⁸ V. i considerando 6 e 8 della dir. 99/70/CE.

⁹ Cfr., tra le tante, C. Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo*, punto 73 (v. anche le Conclusioni, punti 60-61). V. già C. giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 64, e la citata *Adeneler*, punto 62, nonché 23 aprile 2009, cause da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, punti 99 e 105.

¹⁰ *Adeneler*, cit., punto 73.

¹¹ C. Giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione v. Lussemburgo*, punti 36, 50-51.

versitario – ha osservato che, nel caso in cui uno Stato consenta che una tale trasformazione sia associata a modifiche sostanziali del primo contratto globalmente sfavorevoli per il lavoratore, qualora l’oggetto e la natura delle funzioni restino invariati, il lavoratore interessato “potrebbe essere dissuaso dal concludere il nuovo contratto offertogli, perdendo in questo modo il beneficio della stabilità dell’impiego inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori”¹².

In questi e in altri casi simili la Corte pare voler enfatizzare lo scopo dell’accordo di evitare, o quanto meno ridurre, i rischi connessi all’instabilità dell’impiego e dunque di proteggere la cd. *job security tout court*¹³: rimarcando, per usare le parole dei giudici di Lussemburgo, la “volontà del legislatore comunitario di rendere la stabilità dell’impiego un obiettivo prioritario nella materia dei rapporti di lavoro all’interno dell’Unione europea”¹⁴.

Senza voler sottostimare affermazioni del genere, rimane tuttavia la consapevolezza che la forza di questo valore primario cede il passo di fronte ai confini di applicazione *ratione personae* della direttiva, come la sentenza *Poclava* ha ben dimostrato. Ivi la Corte di giustizia ha infatti rifiutato l’impostazione per così dire ‘sostanzialista’ avanzata dal giudice remittente, secondo cui il *contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores* – un contratto di lavoro a tempo indeterminato, introdotto in Spagna nel 2012, liberamente rescindibile durante il primo anno obbligatorio di prova – realizzerebbe nei fatti “un contratto atipico a durata determinata di un anno, che può trasformarsi in contratto a tempo indeterminato al termine del periodo di prova”. Nonostante i fondati rischi di abuso a cui può dar luogo un contratto ‘permanente’ di questo tipo, essendo di fatto incapace di creare quell’occupazione stabile alla cui promozione dice di mirare il legislatore europeo, la Corte si è limitata ad affermare che tale contratto “non è un contratto a tempo determinato” e dunque non rientra nell’ambito di applicazione dell’accordo¹⁵.

¹² C. Giust. 8 marzo 2012, causa C-251/11, *Huet*, punto 44.

¹³ ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, in *ILJ*, 2006, Vol. 35, 4, p. 441.

¹⁴ Trib. FP 30 aprile 2009, causa F-65/07, *Aayhan*, punto 119.

¹⁵ C. Giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Poclava*, punti 20, 24, 38.

3. *I lavoratori tutelati*

Sebbene con la sentenza *Poclava* la Corte si sia forse fatta sfuggire l'occasione per imboccare una strada coraggiosa – seppur certamente impervia – ed estendere il raggio soggettivo della tutela a forme di lavoro falsamente stabili, si può affermare che la sua giurisprudenza con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo dell'accordo ha progressivamente contribuito a costruire un bacino ampio e comprensivo di lavoratori tutelati: ciò in risposta, anzitutto, all'esigenza di salvaguardare l'effetto utile del principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili (su cui v. *infra*, § 4) attraverso la garanzia che esso abbia “portata generale, in quanto [costituisce norma] di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve [poter] usufruire”¹⁶.

Va in proposito subito osservato che la Corte ha ripetutamente affermato che il campo di applicazione dell'accordo, ai sensi della clausola 2.1, “è concepito in senso lato”, dovendo riguardare in maniera generale i “lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro”¹⁷. D'altra parte, sebbene la nozione di lavoratore a termine dipenda dai diritti nazionali, a cui spetta il compito di definire quali contratti o rapporti di lavoro rientrino nell'accordo, il potere discrezionale concesso agli Stati non può considerarsi illimitato, bensì risulta condizionato al rispetto dell'effetto utile della direttiva e dei principi generali del diritto dell'Unione¹⁸ e dunque soggetto al controllo della Corte di giustizia.

Più specificamente, nella nozione di “lavoratori a tempo determinato” la Corte ha compreso “tutti i lavoratori, senza distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro”¹⁹, “che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro”²⁰, con l'espressa eccezione dei lavoratori

¹⁶ C. Giust. 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punto 27; v. per analogia C. Giust. 1° marzo 2012, causa C-393/10, *O'Brien*, punti 34 e 36.

¹⁷ Così *Adeneler*, cit., punto 56; C. Giust. 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca*, punto 34; C. Giust. 13 marzo 2014, causa C-190/13, *Márquez Samohano*, punto 38.

¹⁸ In questo senso *O'Brien*, cit., punti 34 e 35.

¹⁹ V. le sentenze cit. in nota n. 17.

²⁰ In questo senso v.: *Del Cerro Alonso*, cit., punto 28; C. Giust. 22 dicembre 2010, cause

interinali²¹. Al contempo la Corte ha stabilito che gli Stati membri non possono escludere a loro piacimento dal beneficio della tutela – pena la violazione del principio di effettività – specifiche categorie di lavoratori²², fatto salvo il caso dei rapporti temporanei con una componente formativa o di inserimento, ai quali la direttiva può non essere applicata, ai sensi della clausola 2.2, secondo valutazioni rimesse alle scelte degli Stati.

Il lavoro interpretativo portato avanti sul punto dalla Corte in questi anni ha di fatto limitato la discrezionalità degli Stati nel segnare i confini soggettivi della tutela voluta dalla direttiva.

Interessanti indicazioni in merito provengono *in primis* dalla sentenza *O'Brien* del 2012, il cui percorso argomentativo, sebbene relativo alla sfera applicativa *ratione personae* dell'accordo quadro sul lavoro *part-time*, può essere agevolmente traslato nel contesto regolativo del lavoro a termine in ragione delle similarità esistenti con riguardo all'ambito di applicazione soggettivo. In quel caso la Corte ha anzitutto stabilito, con una certa invadenza delle prerogative statali, che un'esclusione può essere ammessa solo qualora la natura del rapporto di lavoro (nella fattispecie quello dei giudici retribuiti in base a tariffe giornaliere) sia "sostanzialmente diversa"²³ da quella del rapporto che lega i datori di lavoro e coloro che rientrano nella categoria dei lavoratori secondo il diritto nazionale; per mitigare gli effetti di un'eccessiva interferenza, la Corte ha però incaricato il giudice domestico di effettuare in concreto quella verifica, pur fornendogli alcuni criteri direttivi, vale a dire precisando che egli "dovrà tener conto" delle "modalità di designazione e di revoca dei giudici, ma anche di quelle di organizzazione del loro lavoro"²⁴, così come del loro diritto all'indennità per malattia, agli assegni di maternità o di paternità. In questo modo la Corte, pur senza somministrare una defi-

C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro*, punto 42; C. Giust. 3 luglio 2014, causa C-362/13, *Fiamingo*, punti 27-38.

²¹ L'esclusione – prevista dal co. 4 del Preambolo e dalla clausola 3.1 – è stata confermata da *Della Rocca*, cit., precisando che la direttiva non si applica né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra il lavoratore interinale e l'agenzia, né al rapporto che sorge tra il lavoratore e l'utilizzatore (punti 37 e 42); v. la 'risposta' del giudice del rinvio, Trib. Napoli 5 marzo 2014, in *RGL*, 2014, II, p. 450.

²² Così *Del Cerro Alonso*, cit., punto 29; v. per analogia *O' Brien*, cit., punto 36.

²³ Così *O' Brien*, cit., punto 42, relativa ad una disparità di trattamento (l'esclusione dal godimento della pensione di vecchiaia) patita dai giudici inglesi retribuiti a tariffa giornaliera rispetto ai giudici a tempo pieno o parziale stipendiati.

²⁴ V. ancora *O' Brien*, cit., punti 45-46.

nizione europea, autonoma e uniforme, di lavoratore, non si è in sostanza trattenuta dal delinearne alcuni indici rivelatori²⁵: compiendo dunque una “parziale europeizzazione” di quel concetto²⁶ e nel caso di specie chiosando che, nonostante le divergenze esistenti con i cd. giudici stipendiati, “il lavoro è identico, si svolge nelle medesime giurisdizioni e nel corso delle stesse udienze”²⁷.

Nella coeva sentenza *Sibilio* – riguardante i cd. lavoratori socialmente utili presso la pubblica amministrazione italiana – la Corte, sulla scorta dell’argomentazione compiuta nel caso *O’Brien* in nome del principio dell’effetto utile, ha sottolineato che la qualificazione formale nella legislazione nazionale del rapporto costituito tra una persona che svolge lavori socialmente utili e l’amministrazione pubblica (nel caso di specie configurato come attività lavorativa senza instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato) “non può escludere che a detta persona debba essere conferita la qualità di lavoratore in base al diritto nazionale, se tale qualifica formale è solamente fittizia e nasconde in tal modo un reale rapporto di lavoro ai sensi di tale diritto”²⁸. Accanto a questa opportuna apertura verso un controllo non formalistico del campo di applicazione soggettivo dell’accordo, la Corte ha tuttavia osservato che i contratti a termine in questione potrebbero comunque esservi sottratti in forza della clausola 2.2, che consente agli Stati di escluderli in virtù del perseguimento di un “programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici”. In merito a tale clausola – configurata a guisa di eccezione e dunque da interpretare restrittivamente – la Corte ha al contempo affermato che la discrezionalità statale deve essere attuata “in modo trasparente e poter essere controllata per impedire che un lavoratore impiegato in un programma che non rientri nelle categorie (ivi) elencate sia privato della tutela che l’accordo quadro intende garantirgli”²⁹.

Un effetto certamente ampliativo dell’ambito di applicazione *ratione personae* discende infine da alcune recenti pronunce riguardanti lavoratori a termine diventati dipendenti stabili nella pubblica amministrazione, ai quali la Corte ha esteso senza esitazioni l’applicazione dell’accordo. Il risultato a cui

²⁵ Cfr. LAULOM, *La notion de travailleur*, in *SSL*, 2013, n. 1582, p. 12.

²⁶ ROBIN-OLIVIER, *Politique sociale de l’Union Européenne*, in *RTDE*, 2012, p. 477.

²⁷ *O’Brien*, cit., punto 62.

²⁸ C. Giust. 15 marzo 2012, causa C-157/11, *Sibilio*, punto 49.

²⁹ *Sibilio*, cit., punto 56.

è pervenuta la Corte nel *leading-case Santana*³⁰ – originato da una controversia relativa al diritto di un dipendente pubblico temporaneo divenuto di ruolo a vedersi computare i periodi di servizio prestati in qualità di lavoratore a termine per l'accesso ad una promozione interna – era però meno scontato di quanto potesse sembrare: la Corte, dissentendo con la posizione della Commissione, ha adottato un'interpretazione che, secondo l'avvocato generale, “è la sola rispondente all'esigenza che [la clausola 4 dell'accordo] non sia interpretata in modo restrittivo”³¹. In particolare la Corte ha stabilito che escludere *a priori* l'applicazione dell'accordo nel caso di specie “significherebbe limitare, ignorando l'obiettivo attribuito a detta clausola 4, l'ambito della protezione concessa ai lavoratori interessati contro le discriminazioni e porterebbe ad un'interpretazione indebitamente restrittiva”³² del principio di non discriminazione, contraria alla sua consolidata giurisprudenza: il fatto che un lavoratore temporaneo sia divenuto stabile, dunque, non può escluderlo dalla sfera di applicazione della direttiva, purché l'asserita discriminazione riguardi periodi di lavoro svolti dal medesimo in qualità di dipendente a termine³³.

4. Il cuore della tutela: la parità di trattamento

Un'estesa sfera soggettiva di applicazione della direttiva risulta funzionale, come si è già detto, all'attuazione più ampia possibile del principio generale di parità di trattamento e non discriminazione, considerato obiettivo chiave dell'accordo e “criterio ordinatore dell'intera disciplina”³⁴. Il percorso

³⁰ C. Giust., 8 settembre 2011, causa C-177/10, *Santana*.

³¹ V. le Conclusioni, punto 49.

³² Così *Santana*, cit., punto 44.

³³ Nello stesso senso v. *Huet*, cit., punto 37, *Valenza* (C. Giust. 18 ottobre 2012, cause da C-302/11 a C-305/11), *Bertazzi I e Bertazzi II* (rispettivamente C. Giust. 7 marzo 2013, causa C-393/11, e 4 settembre 2014, causa C-152/14).

³⁴ SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, INT, 2007, n. 52, p. 12; v. anche ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di Diritto Privato dell'Unione*, Giapichelli, 2008, Vol. V, p. 339, che lo definisce vero “cuore hard” della normativa; BELL, *Between Flexicurity and Fundamental Social Rights: the EU Directives on Atypical Work*, in ELR, 2012, p. 31 ss.; PEERS, *Equal Treatment of Atypical Workers: A New Frontier for EU Law?*, in YEL, Vol. 32, 1, 2013, p. 30 ss.; PETERSON, *Discrimination against Part-Time and Fixed-Term Workers*, in IJCLLIR, 2015, Vol. 31, 1, p. 47.

giurisprudenziale che ha condotto al progressivo rafforzamento di quel principio nel contesto in esame – attraverso una lettura estensiva della clausola 4 dell'accordo, che garantisce la parità di trattamento tra lavoratori a termine e stabili comparabili per quanto riguarda le “condizioni di impiego” – ha preso avvio con due importanti pronunce che a tutt'oggi continuano a rappresentare un valido punto di riferimento.

Grazie alla sentenza *Del Cerro Alonso*³⁵ – ove si discuteva della legittimità di negare ai lavoratori temporanei del servizio sanitario pubblico spagnolo gli scatti salariali concessi ai lavoratori stabili – la Corte ha compiuto un primo importante passo, affermando che il principio di parità ha portata generale e non può essere interpretato in modo restrittivo e facendone significativamente discendere che il concetto di “condizioni d'impiego” va riferito anche alle condizioni economiche dei lavoratori a termine³⁶. Si tratta, anche in questo caso, di un esito interpretativo non scontato, come testimonia il fatto che l'Avvocato generale aveva prospettato una nozione di “condizioni d'impiego” ben più ristretta, che non si estendeva alla retribuzione, leggendo nella mancanza di qualsiasi riferimento testuale a tale voce “un'esplicita volontà di escluderla dall'ambito di applicazione” della direttiva ed argomentando che diversamente si sarebbe svuotato di significato l'allora art. 137.5 del Trattato, che non autorizza il Consiglio ad adottare misure sulla retribuzione³⁷: ragionamento che la Corte ha senz'altro rifiutato, considerando in sostanza la retribuzione come la prima e più importante condizione d'impiego.

Quest'ampia lettura del campo di applicazione oggettivo della direttiva è stata ulteriormente sviluppata nella sentenza *Impact*³⁸, che – riproponendo l'estesa lettura del concetto di retribuzione sviluppata dalla Corte con riguardo alle discriminazioni di genere³⁹ – ha affermato che nell'espressione “condizioni di impiego” risultano inglobate anche le pensioni che rientrano nella dilatata nozione di “regime professionale di sicurezza sociale”, imper-

³⁵ C. Giust. 13 settembre 2007, cit.

³⁶ V. *Del Cerro Alonso*, cit., punti 27, 38, 48.

³⁷ V. il punto 22 delle Conclusioni in *Del Cerro Alonso*.

³⁸ C. Giust. 15 aprile 2008, cit.

³⁹ La sentenza *Impact*, cit., punto 131, richiama C. Giust. 25 maggio 1971, causa 80/70, *Defrenne*; C. Giust. 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka*, punti 16-22; C. Giust. 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, punti 22-28; C. Giust. 23 ottobre 2003, cause C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, punti 56-64.

niata sul cd. criterio dell'impiego e cioè sull'inerenza della pensione al rapporto di lavoro tra lavoratore e datore di lavoro⁴⁰. La sentenza *Impact* ha inoltre costituito un importante risultato per aver riconosciuto effetto diretto verticale alla clausola di parità⁴¹, da considerare invocabile dai singoli nei confronti dello Stato in qualità di datore di lavoro⁴²: con la conseguenza – ben messa in risalto dall'Avvocato generale – che il giudice interno è in tal caso tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne attendere la previa rimozione da parte del legislatore o del giudice delle leggi, e ad applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime riservato ai componenti di quello favorito⁴³.

I principi contenuti nelle sentenze *Del Cerro Alonso* e *Impact* hanno in questi anni consentito ai giudici nazionali di eliminare in concreto diverse disparità di trattamento ancora esistenti tra dipendenti pubblici precari e stabili, a seconda dei casi tramite la disapplicazione delle normative domestiche contrastanti con il principio europeo di parità oppure attraverso una lettura ampia della norma interna contenente il medesimo principio⁴⁴. D'altro canto, l'interpretazione largheggiante della nozione di “condizioni d'impiego” inaugurata dalla prima giurisprudenza europea si è ulteriormente rafforzata negli anni successivi, sempre in nome del principio dell'effetto utile, giungendo a comprendere, ad esempio, le condizioni che regolano le procedure di promozione interna⁴⁵ e stabilizzazione⁴⁶, l'inquadramento, il riconoscimento dell'anzianità pregressa, il diritto a ferie annuali e compensi speciali⁴⁷, le indennità versate in caso di contratto a termine illegittimo⁴⁸, la durata del termine di preavviso di risoluzione di un contratto a termine⁴⁹ ecc.

⁴⁰ V. *Impact*, cit., punti 130–132.

⁴¹ Così *Impact*, cit., punto 134.

⁴² V. *Gaiviero*, cit., punto 76.

⁴³ V. il punto 104 delle Conclusioni in *Impact*.

⁴⁴ Ad esempio: riconoscendo ai lavoratori a termine divenuti stabili l'anzianità pregressa e i relativi scatti (v., tra le prime, Trib. Torino 5 dicembre 2009, in *RIDL*, 2010, II, p. 554 ss.); concedendo ai lavoratori a termine il salario di produttività o i permessi retributivi per motivi di studio riservati ai soli lavoratori stabili (v., rispettivamente, Trib. Milano 30 giugno 2011, inedita, e Cass. 17 febbraio 2011 n. 3871, in *LG*, 2011, p. 1128).

⁴⁵ V. *Santana*, cit.

⁴⁶ V. *Bertazzi I* e *Bertazzi II*, cit.

⁴⁷ V. C. Giust. 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat*; C. Giust. 9 febbraio 2012, causa C-556/11, *Martinez*; C. Giust. 9 luglio 2015, causa C-177/14, *Regojo Dans*.

⁴⁸ C. Giust. 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carrati*.

⁴⁹ C. Giust. 13 marzo 2014, causa C-38/13, *Nierodzik*.

Di segno corrispondentemente restrittivo è l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo della nozione di "ragione oggettiva" che, a norma della clausola 4, può giustificare una disparità di trattamento del lavoratore a termine rispetto al lavoratore stabile comparabile: la Corte tende infatti a ridurre al minimo la possibilità di trattamenti differenti tra le due categorie per non svuotare di significato il fondamentale principio paritario. Tornando ancora al *leading case Del Cerro Alonso*, ivi la Corte – riprendendo per analogia l'interpretazione dell'identica nozione di "ragione oggettiva" che, secondo la clausola 5.1, lett. a), dell'accordo, giustifica il rinnovo di contratti di lavoro a termine successivi (v. *infra*, § 5) – ha stabilito che una disparità di trattamento non può essere giustificata da una "ragione oggettiva" semplicemente prevista come tale da una norma interna generale ed astratta, di legge o contratto collettivo, necessitando invece della presenza di "elementi precisi e concreti, che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti", al fine di verificare – in conformità con l'analogo test applicato nel diritto antidiscriminatorio – se tale disparità "risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria"⁵⁰. Non è ad esempio ritenuto possibile identificare una "ragione oggettiva" nella mera circostanza della natura temporanea di un rapporto di lavoro, in quanto il ricorso ad un criterio del genere "priverebbe del loro contenuto gli scopi della direttiva" e "renderebbe permanente il mantenimento di una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato"⁵¹. Né la Corte ha ammesso che una mera considerazione di bilancio possa giustificare una disparità di trattamento dei lavoratori a termine⁵²: dimostrando così di volersi allontanare da un approccio ispirato al modello della *flexicurity*, che al contrario avrebbe ben accettato la competitività come legittima giustificazione per limitare la protezione dei lavoratori⁵³, oltreché confermando, più in generale, un *trend* di collaudato e proficuo prestito di concetti legali di base dal diritto antidiscriminatorio⁵⁴.

⁵⁰ V., per tutte, *Del Cerro Alonso*, cit., punti 57-58.

⁵¹ Così *Gavieiro*, cit., punto 57. V. anche le già citate *Santana*, punti 72-77, e *Nierodzik*, punti 36-40.

⁵² V. *Zentralbetriebsrat*, cit., punto 46.

⁵³ *Bell*, *op. cit.*, p. 40.

⁵⁴ La Corte cita espressamente *C. Giust. Schönheit e Becker*, cit., punto 85.

5. *La successione di contratti a termine come fonte di abusi da prevenire e sanzionare*

Anche con riferimento all'obiettivo consistente nella prevenzione degli abusi nella reiterazione dei contratti a termine l'interpretazione funzionale è stata quella senz'altro prescelta dalla Corte di giustizia, che ha più volte ribadito che la clausola 5.1 dell'accordo – imponendo a livello nazionale l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure antiabusive ivi previste – assegna sì agli Stati un obiettivo generale, lasciandoli liberi nella scelta dei mezzi per conseguirlo⁵⁵, ma non permette che tale discrezionalità pregiudichi l'effettività dell'accordo.

La Corte ha indicato in maniera chiara il compito assegnato dalla clausola 5.1: vale a dire l'obbligo, qualora nel diritto nazionale manchino “norme equivalenti”, di adottare almeno una delle tre misure antiabusive elencate, concepite come tra loro equipollenti, cioè prevedere ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti e/o stabilire una durata massima totale dei contratti successivi e/o fissare un numero massimo di rinnovi; quale che sia la misura in concreto stabilita o la misura equivalente già in vigore mantenuta, ciò che conta per la Corte è che venga garantita in concreto l'effettiva prevenzione⁵⁶.

Altrettanto chiaramente la Corte ha dato risposta negativa alla controversa questione se l'accordo quadro imponga agli Stati di giustificare con ragioni obiettive ogni primo o unico contratto di lavoro a termine: la secca affermazione contenuta nella sentenza *Mangold* – secondo cui la clausola 5.1 verte unicamente sulla prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine – è stata ribadita in diverse occasioni⁵⁷, seppur accompagnata dalla rilevante precisazione secondo cui l'ambito applicativo dell'accordo nel suo complesso (tranne la sua clausola 5) si estende invece a tutti i lavoratori a termine, anche se assunti con un primo ed unico contratto⁵⁸.

⁵⁵ V. le citate *Adeneler*, punto 68, e *Impact*, punti 70-71; ne consegue che tale clausola non ha effetto diretto, in quanto non è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale (*Impact*, punto 79).

⁵⁶ V., per tutte, *Angelidaki*, cit., punti 74-75 e 94.

⁵⁷ Tra cui *Angelidaki*, cit., punto 90, e *Fiamingo*, cit., punto 57.

⁵⁸ V. ancora *Angelidaki*, cit., punti 116, 120-121; in particolare hanno portata generale il principio di parità di trattamento sancito dalla clausola 4 e il principio di non regresso stabilito dalla clausola 8.3 (su cui v. *infra*, § 6).

Sempre in nome del principio di effettività, la Corte ha cercato di chiarire i concetti chiave che il legislatore europeo ha impiegato, senza definirli, per scrivere la clausola 5, cioè le nozioni di “ragioni obiettive”, “contratti successivi” e “norme equivalenti”, ed in molte occasioni è riuscita ad imporre limitazioni importanti alla discrezionalità attuativa interna.

Per quanto riguarda la fondamentale nozione di “ragioni obiettive” il percorso della Corte si è sviluppato a tappe successive, in parallelo con quello già visto relativo al medesimo concetto impiegato dal legislatore europeo come causa di giustificazione delle disparità di trattamento: grazie alla prima tappa, segnata dal *leading case Adeneler* del 2006, si è rifiutata un’accezione meramente formale della nozione, che deve essere riferita alle circostanze precise e concrete che caratterizzano una determinata attività e sono tali da giustificare in quel particolare contesto l’utilizzazione di contratti a termine successivi, non bastando una disposizione di carattere generale, senza relazione con il contenuto reale dell’attività⁵⁹. Un passo ulteriore è stato compiuto dalla sentenza *Angelidaki*, ove la Corte ha espressamente richiesto ai giudici domestici una verifica concreta dell’idoneità della misura nazionale a prevenire gli abusi, al fine di accertare che essa, pur consentendo il rinnovo di contratti a termine successivi solo per soddisfare esigenze provvisorie che in astratto integrano il concetto di ragioni oggettive, “non sia di fatto utilizzata per soddisfare esigenze permanenti e durevoli”⁶⁰. Una tappa invece alquanto contraddittoria del percorso, da cui emerge una maggiore tolleranza della Corte nei confronti della ripetizione di contratti a termine utilizzati per ragioni sostitutive, è costituita dalla sentenza *Küçük*, ove si afferma che la sola circostanza della conclusione di contratti a termine per soddisfare un’esigenza permanente o ricorrente di personale sostitutivo “non può essere sufficiente, in quanto tale, ad escludere che ognuno di questi contratti, considerati singolarmente, sia stato concluso per garantire una sostituzione avente carattere temporaneo”⁶¹. Al contempo, però, a parziale bilanciamento di tale ambigua apertura, la Corte aggiunge che altre circostanze del caso concreto, quali in particolare il numero di contratti successivi stipulati con la stessa persona o

⁵⁹ Così *Adeneler*, cit., punti 69-74.

⁶⁰ V. ad es. *Angelidaki*, cit., punto 106; cfr. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la Direttiva n. 99/70*, in *RGL*, I, 2014, p. 714.

⁶¹ C. Giust. 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Küçük*, punto 38; degni di nota nel caso di specie sono il numero e la durata complessiva dei contratti a termine stipulati con lo stesso lavoratore (13 nell’arco di ben 12 anni).

per lo svolgimento di uno stesso lavoro, potrebbero nel complesso “rivelare indizi di un abuso”⁶² e devono pertanto essere prese in attenta considerazione dalle autorità nazionali, tribunali *in primis*. Si riconosce dunque un buon (e doveroso) margine d’azione e di adattamento ai giudici interni, come dimostra la replica, molto meno tollerante, del giudice del rinvio del caso *Kücüik* (il *Bundesarbeitsgericht*), che nel giudizio di riassunzione ha riscontrato un abuso contrattuale e rinviato per la decisione alla corte di merito⁶³.

Nonostante le segnalate contraddizioni e le cautele della Corte, e alla luce delle ulteriori tappe del suo articolato percorso⁶⁴, si può nel complesso apprezzare lo sforzo di costruire *ad usum* del giudice domestico gli elementi per uno scrutinio giudiziale tendenzialmente rigoroso del concetto di “ragione obiettiva”, a cui si accompagna un’interpretazione teleologicamente orientata anche del secondo elemento chiave della clausola, vale a dire la nozione di “contratti successivi”. Per valutare se la disposizione nazionale che fissa l’intervallo temporale necessario per qualificare due contratti come ininterrotti, e quindi successivi, è idonea a salvaguardare le finalità e l’effettività dell’accordo, la Corte richiede in sostanza al giudice interno di considerarne le conseguenze applicative: valutando se tale misura possa consentire nella pratica “di assumere lavoratori in modo precario per anni”⁶⁵ – obbligandoli di fatto ad accettare interruzioni di durata di poco superiore a tale intervallo nel contesto di una serie di contratti successivi con lo stesso datore di lavoro – o se invece l’intervallo previsto possa “essere considerato, in generale, sufficiente per interrompere qualsiasi rapporto di lavoro esistente” e renda non conveniente “per un datore di lavoro, che abbia esigenze permanenti e durature, aggirare la tutela”⁶⁶ facendo decorrere, alla fine di ciascun contratto, un intervallo temporale maggiore. È dunque ancora una volta l’attuazione effettiva della normativa nazionale, non il suo contenuto sulla carta, a dover essere preso in esame dal giudice domestico al fine di escludere abusi, analizzando l’operazione complessiva posta in essere dal datore di lavoro, cioè verificando tutte le circostanze del caso concreto, tra le quali, come si è già

⁶² Così punto 40.

⁶³ *Bundesarbeitsgericht*, 18 luglio 2012, n. 7 AZR 783/10. Si v. RÉMY, *La protection des travailleurs “atypiques” est-elle en régression?*, in *RDT*, 2012, p. 654.

⁶⁴ Tra cui si possono ricordare le citate sentenze *Mascolo* e *Marquéz Samohano*.

⁶⁵ *Adeneler*, cit., punti 84–86 (in relazione ad un intervallo di 20 giorni).

⁶⁶ V. *Fiamingo*, cit., punto 71 (in relazione ad un intervallo di 2 mesi); e C. Giust. 12 giugno 2008, causa C–364/07, *Vassilikis*, punto 115 (in relazione ad un intervallo di 3 mesi).

detto, la Corte indica significativamente non solo il numero di volte in cui lo stesso lavoratore è stato assunto a termine dall'azienda, ma pure la consistenza delle assunzioni effettuate in successione per coprire lo stesso posto di lavoro con lavoratori a termine anche diversi⁶⁷.

Dalla giurisprudenza sin qui citata emerge a ben vedere che un ruolo importante nella valutazione dell'adeguatezza della legislazione nazionale di recepimento viene riconosciuto alla natura delle esigenze dell'impresa coperte con assunzioni a termine⁶⁸. La natura non permanente di tali esigenze, in particolare, permette non solo di accertare l'esistenza di una ragione obiettiva ai sensi della direttiva, ma anche di valutare l'idoneità antiabusiva della definizione interna di "contratti successivi": come si evince dai casi succitati, la Corte afferma in sostanza che intervalli troppo brevi fra assunzioni a termine successive della stessa persona fanno presumere un'esigenza durevole da soddisfare e si prestano a facili abusi, mentre intervalli più lunghi fanno presumere la situazione contraria.

L'argomento interpretativo dell'effetto utile risulta altresì centrale nei ragionamenti svolti dalla Corte in relazione ai vincoli posti in materia di sanzioni, essendo utilizzato come primario criterio di valutazione dell'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio che l'ordinamento dell'Unione richiede di introdurre a livello interno: non essendovi prescrizioni del legislatore europeo su una tipologia specifica di rimedio da adottare in caso di abusi, la scelta è affidata agli Stati, i quali – pur non tenuti a prevedere la sanzione 'forte' della conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato⁶⁹ – devono tuttavia stabilire una misura che "presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori"⁷⁰.

A partire dalla sentenza *Adeneler* la Corte non ha infatti mai smesso di sottolineare – sebbene con esiti spesso insoddisfacenti – l'obbligo degli Stati

⁶⁷ Così *Fiamingo*, cit., punti 72–73. Si v. la replica del giudice remittente italiano (Cass. 8 gennaio 2015 n. 62, in *RGL*, 2015, II, p. 240 ss.), ove si afferma che l'esistenza di una norma astrattamente idonea a prevenire gli abusi nella reiterazione di contratti non esclude che la ripetuta assunzione in concreto di lavoratori a termine possa integrare una frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 cod.civ., rinviando per tale valutazione al giudice del merito.

⁶⁸ Cfr. LECCESE, *op. cit.*, pp. 716 e 725; v. già ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, spec. p. 179 ss.

⁶⁹ Pur trattandosi dell'unica espressamente menzionata dall'accordo e considerata idonea a sanzionare gli abusi: cfr., per tutte, *Adeneler*, cit., punto 91.

⁷⁰ V., per tutte, C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, punto 38, ed in pari data causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, punto 53.

di adottare “misure che devono rivestire un carattere proporzionato nonché sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell’accordo quadro”, ed altresì la necessità di verificare che le modalità di attuazione di tali norme non rendano “praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”⁷¹.

Una più recente conferma della rilevanza di questa impostazione si ritrova nell’ordinanza *Papalia*, con cui i giudici europei hanno valutato in sostanza contrastante col diritto dell’Unione il rimedio risarcitorio italiano in caso di abuso di contratti a termine successivi da parte della pubblica amministrazione a fronte di un diritto al risarcimento subordinato all’obbligo per il 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 del diritto⁷². Spetta dunque ai giudici nazionali – anche in questo caso investiti di un ruolo essenziale nella realizzazione effettiva della tutela voluta dalla direttiva – il non facile compito, ed ancora prima il dovere, di tradurre in pratica tali indicazioni utilizzando lo strumento dell’interpretazione conforme⁷³.

⁷¹ Così, ad es., *Adeneler*, cit., punti 94-95, e *Mascolo*, cit., punto 77.

⁷² C. Giust. 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*, punto 34, ove la Corte ha valutato la situazione italiana alla luce dell’interpretazione del diritto nazionale fornita dal giudice del rinvio, secondo cui per un lavoratore pubblico che agisca per un siffatto risarcimento del danno sarebbe impossibile fornire le prove richieste dal diritto interno, così come interpretato dalla Suprema Corte (v. Cass. 13 gennaio 2012 n. 392, in *RIDL*, 2012, II, p. 138), poiché gli si imporrebbe di provare la perdita di opportunità di lavoro e il conseguente lucro cessante (punti 26 ss.).

⁷³ La necessità d’interpretazione conforme del diritto interno ha condotto le S. U. della nostra Suprema Corte – chiamate a dirimere il contrasto tra una ricostruzione più tradizionale che afferma la funzione riparatoria del rimedio risarcitorio, ritenendo che il danno debba essere effettivo, allegato e provato anche “per presunzioni gravi, precise e concordanti” (v. Cass. 23 dicembre 2014 n. 27363, in *RGL*, 2015, II, p. 430), ed una configurazione del risarcimento “come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro” in presenza di “un danno comunitario” (così, per tutte, Cass. 30 dicembre 2014 n. 27481, in *LPA*, 2014, p. 1025) – ad affermare che, in caso di abuso del ricorso al lavoro a termine da parte di una p.a., il dipendente ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto a tempo indeterminato, al risarcimento del danno con esonero dall’onere probatorio nella misura pari ad un’indennità onnicomprensiva tra 2,5 e 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, salva la possibilità di provare il maggior danno patito (Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016 n. 5072, consultabile in www.dejure.it).

6. *La clausola di non regresso tra giudice europeo e giudici nazionali: un punto debole?*

La giurisprudenza – europea e per quanto qui interessa italiana (costituzionale e non solo) – si è misurata a varie riprese e con alterne vicende con la cd. clausola di non regresso sancita dalla clausola 8.3 della dir. 99/70/CE, ai sensi della quale l'applicazione dell'accordo "non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso". La Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta in proposito, seppur in maniera stringata, con la sentenza *Mangold*⁷⁴, attribuendo a tale disposizione la portata giuridicamente vincolante di "clausola di trasparenza", in forza della quale l'attuazione di una direttiva non può costituire giustificazione per peggiorare il livello di protezione nazionale già raggiunto. La Corte è poi ritornata su quel delicato tema, meglio definendo la sua scelta interpretativa: escludendo l'effetto diretto della clausola, a motivo del contenuto non sufficientemente chiaro e preciso, ma al contempo dotandola di un ampio ambito di applicazione⁷⁵; precisando che l'attività di recepimento interno è da intendersi in senso temporaneamente esteso, vale a dire non solo limitata all'atto dell'iniziale trasposizione della direttiva, ma anche ricomprendente l'introduzione di ogni misura nazionale successiva integrativa o modificativa⁷⁶; e soprattutto, una volta confermata la sua natura vincolante di "clausola di trasparenza" ma non di obbligo di *standstill* (che imporrebbe una sorta di cristallizzazione del livello di protezione con divieto di ogni abbassamento di tutela⁷⁷), delineando un insieme di condizioni che devono essere contemporaneamente presenti per potersi ravvisare la violazione della clausola.

⁷⁴ C. Giust. 22 novembre 2005, *Mangold*, cit.

⁷⁵ Non limitato – come ha più volte precisato la Corte (v. ad es. con la sentenza *Angelidaki*, cit., punti 116, 120-121) – alle disposizioni di diritto interno relative alla tutela dei soli lavoratori con contratti a termine successivi, bensì di tutti i lavoratori a termine, compresi quelli titolari di un primo e unico contratto a termine.

⁷⁶ Così *Mangold*, cit., punto 51.V., in dottrina, DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 492; ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT, 2004, n. 49, p. 24; CARABELLI, LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT, 2005, n. 35, p. 62.

⁷⁷ Tale lettura è stata inizialmente proposta da alcuni autori: si v., per tutti, DELFINO, *Il principio di non regresso*, cit.

Il requisito preliminare, vale a dire un collegamento teleologico tra la misura interna regressiva e l'attuazione della direttiva⁷⁸, apre inevitabilmente un interrogativo sull'esistenza in capo agli Stati di un obbligo di espressa giustificazione della *reformatio in pejus*; la risposta positiva a questa prima domanda – formulabile sulla base della giurisprudenza della Corte⁷⁹ – ne dischiude però una seconda più complessa: in che cosa deve in sostanza consistere l'onere degli Stati di dimostrare la sussistenza dei motivi diversi che li hanno condotti a compiere scelte di politica legislativa regressive degli *standards* già esistenti? Si tratta di una verifica spettante ai giudici remittenti, chiamati ad accertare che la modifica legislativa *in pejus* derivi da una “finalità chiaramente identificata e diversa”⁸⁰ da quella dell'applicazione dell'accordo: una valutazione che potrebbe essere utilmente compiuta nella misura in cui il legislatore abbia esplicitato in maniera adeguata – nei lavori preparatori o all'interno dello stesso provvedimento legislativo, vale a dire necessariamente *a priori* – le ragioni economiche e/o sociali che lo hanno condotto a intraprendere quella precisa scelta politica⁸¹.

Questo primo requisito sembra però delinearci, nella giurisprudenza della Corte, come un criterio di fatto “duttile e accomodante anche rispetto a operazioni di ri-regolazione a forte connotazione politico-ideologica”⁸². Si pensi, ad esempio, a quanto affermato nel caso *Vino I*⁸³: a giustificazione della disciplina peggiorativa relativa ai contratti a termine acasuali nel settore postale italiano, la Corte, richiamando la finalità dichiarata dal nostro legislatore di assicurare un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali, ha negato senz'altro – con una certa invadenza nei confronti delle prerogative del giudice remittente – la sussistenza del collegamento teleologico, e pertanto l'operatività del divieto, stimando sufficiente che l'obiettivo perseguito dalla normativa nazionale fosse chiaramente identificato e distinto

⁷⁸ Cfr., per tutte, *Mangold*, cit., punto 52, e *Angelidaki*, cit., punti 126, 130 e 133.

⁷⁹ L'avv. gen. Tizzano ha precisato che “spetta allo Stato membro dimostrare la sussistenza di tali motivi, che non possono dunque essere semplicemente enunciati o vagamente evocati” (punto 63). V. già CARABELLI, LECCESE, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁰ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, punto 40.

⁸¹ Cfr. CARABELLI, LECCESE, *op. cit.*, p. 63.

⁸² GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in RIDL, 2011, I, p. 253.

⁸³ C. Giust. 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino I*; v. AIMO, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in RGL, I, 2012, p. 160 ss., e ALESSI, *op. cit.*, p. 100 ss.

da quello “consistente nel garantire la tutela dei lavoratori a termine, senza (ritenere) necessario valutare o comparare il primo obiettivo rispetto al secondo”⁸⁴.

Quanto invece alla seconda condizione individuata dalla Corte per l'applicabilità della clausola di non regresso, ciò che si richiede in sostanza al giudice del rinvio è di verificare che il pregiudizio derivante dalla modifica legislativa sia necessariamente arrecato al livello generale di tutela dei lavoratori a termine: vuoi – alla luce di un criterio quantitativo – sotto il profilo della numerosità dei lavoratori interessati dalla modifica, vuoi – alla luce di un criterio qualitativo – sotto il profilo del complesso della legislazione di tutela, tenendo conto che la riduzione può essere compensata globalmente dall'introduzione di altre garanzie.

Su questo requisito alternativo – sviluppato dalla Corte a partire dal caso *Angelidaki*⁸⁵ – si è soffermata in particolare la sentenza *Sorge*⁸⁶, che segna per il nostro paese un tassello importante del complesso quadro giurisprudenziale relativo al contratto a termine per ragioni sostitutive (una fattispecie per la quale, com'è noto, a partire dal 2001 non è stata più espressamente richiesta l'indicazione nel contratto del nominativo del lavoratore sostituito). Anche in questo caso le dichiarazioni della Corte di Lussemburgo tradiscono una lettura morbida della clausola di non regresso⁸⁷.

Nel riaffermare che l'abbassamento delle garanzie deve incidere sul “livello generale di tutela dei lavoratori a termine”, la Corte – pur lasciando al giudice domestico l'ultima parola – ha ribadito in *Sorge* che l'ampiezza della riduzione deve riguardare una “porzione significativa” di lavoratori a termine, così confermando un criterio di difficile applicazione⁸⁸, ed ha al contempo sottolineato che nella fattispecie la *reformatio* riguardava “unicamente” i lavoratori assunti a termine per ragioni sostitutive, spezzando di fatto una lancia a favore del rispetto della clausola da parte del legislatore italiano.

In relazione poi al profilo qualitativo del test, la Corte ha precisato che la riduzione deve essere “valutata tenendo presenti le altre garanzie previste

⁸⁴ V. ancora *Vino I*, cit., punto 44. Tale affermazione è ripetuta in C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, in *DPL*, 2014, p. 2471 ss.

⁸⁵ V. *Angelidaki*, cit., punti 140–146.

⁸⁶ C. Giust. 24 giugno 2010, cit.

⁸⁷ V. ALESSI, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁸ V. sul punto DELFINO, SARACINI, *Lavoro a termine e clausole di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in questa rivista, 2009, p. 429.

al fine di assicurare la tutela dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato⁸⁹, affermando che essa non sarebbe comunque rilevante, in applicazione del criterio del conglobamento, se fosse compensata dall'innalzamento di altre forme di tutela in favore dei lavoratori stessi. Nel caso di specie, più in particolare, la Corte di giustizia ha evidenziato le garanzie introdotte dalla normativa italiana in questione – suggerendo di valorizzarle –, seppur unitamente all'invito ad usare prudenza in tale comparazione qualitativa⁹⁰.

Se è vero che dalla necessità della suddetta verifica, quantitativa o qualitativa, emerge un'interpretazione debole della clausola di non regresso, la quale solo eccezionalmente pare in grado di limitare le scelte degli Stati membri in sede di trasposizione⁹¹, è anche vero che il giudice nazionale gode di un certo margine di manovra, come dimostra ad esempio la risposta 'non allineata' fornita dal giudice remittente del caso *Sorge* una volta conclusosi il procedimento pregiudiziale.

Il canone dell'interpretazione conforme ha permesso in quel caso al Tribunale di Trani⁹² di leggere la disposizione nazionale modificata, grazie al suo tenore non univoco, alla luce della disciplina abrogata maggiormente protettiva: valutando che un'interpretazione letterale avrebbe comportato un arretramento di tutela che “non (riguardava) una circoscritta categoria di lavoratori, né (era) compensato da altre garanzie”, il giudice del rinvio ha seguito le indicazioni fornite nel 2009 sul punto dalla Corte costituzionale⁹³, secondo cui una modifica peggiorativa in virtù della novellata disciplina non si era nella fattispecie verificata – in quanto anche la nuova norma andava letta nel senso di imporre, come quella abrogata, l'indicazione del nome del lavoratore sostituito –, con conseguente esclusione di un contrasto con la clausola europea di non regresso e, per suo tramite, di una violazione degli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. Com'è noto, peraltro, la vicenda nostrana dell'onere di specificazione nominativa del lavoratore sostituito ha conosciuto successive puntate giurisprudenziali, collocate nel più ampio e ben noto 'contenzioso Poste' e caratterizzate da diversi interventi in contrapposizione della Corte di Cassazione, a partire dal 2010⁹⁴, e da una nuova pronuncia di

⁸⁹ *Sorge*, cit., punto 46.

⁹⁰ V. ancora *Sorge*, cit., punti 45-46.

⁹¹ Cfr. KILPATRICK, *The European Court of Justice and Labour Law in 2009*, in *ILJ*, 2010, p. 294.

⁹² Trib. Trani 4 ottobre 2010, in *FI*, 2010, I, c. 3552 ss.

⁹³ Così C. Cost. 14 luglio 2009 n. 214, cit.

⁹⁴ A seguito di diverse pronunce della Corte di Cassazione (tra cui, *ex plurimis*, Cass. 26

‘ricucitura’ della Corte costituzionale nel 2013⁹⁵, la quale ha significativamente temperato gli effetti di mantenimento della tutela scaturiti dalla lettura adeguatrice della norma fornita nel 2009 alla luce del principio del non regresso.

Col divieto di *reformatio in pejus*, più in generale, i giudici costituzionali sono peraltro tornati a confrontarsi nel 2014⁹⁶: in relazione, questa volta, alla disposizione del cd. Collegato lavoro che ha introdotto un’indennità forfetaria in sostituzione del risarcimento del danno nelle ipotesi di conversione del contratto a termine in un contratto stabile (l’art. 32, co. 5, della l. 4 novembre 2010 n. 183, interpretato autenticamente dall’art. 1, co. 13, della l. 28 giugno 2012 n. 92), censurata su rinvio del Tribunale di Velletri per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. In tale occasione, per quanto qui interessa, l’attenzione della Consulta è stata integralmente rivolta alla clausola di non regresso, così come interpretata dalla Corte di giustizia in questi anni. L’ormai brevettato doppio test a cui la norma nazionale regressiva deve essere sottoposta per poter ritenere operante il divieto di regresso si è però qui interrotto dopo la prima (negativa) verifica, relativa al collegamento teleologico con l’attuazione della direttiva: la Consulta, riportando fedelmente e applicando al caso di specie l’insegnamento della Corte di giustizia, ha infatti ritenuto che la disposizione controversa si collocasse al di fuori dell’ambito di applicazione della clausola di non regresso sulla base dell’assunto che essa non persegue la finalità di recepire ed attuare l’accordo, bensì il diverso obiettivo di “assicurare la certezza dei rapporti giuridici, imponendo un meccanismo semplificato e di più rapida definizione di liquidazione del danno a fronte della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro”⁹⁷.

Alla luce della fotografia emersa in questi anni dalla giurisprudenza eu-

gennaio 2010 n. 1576 e n. 1577, in *RIDL*, 2010, II, p. 742) è stato attenuato il rigore della lettura fornita dalla Consulta nella sentenza n. 214/2009, affermando che l’onere di specificazione della ragione sostitutiva può dirsi assolto anche attraverso il ricorso a criteri diversi rispetto all’indicazione nominativa.

⁹⁵ C. Cost. 22 maggio 2013 n. 107, in *RIDL*, 2013, II, p. 790, che, avallando in sostanza il *distinguo* fatto dalla Cassazione, ha statuito che nelle organizzazioni più complesse è consentito ricorrere a criteri diversi rispetto all’indicazione nominativa del lavoratore sostituito senza che ciò determini un’attenuazione del controllo.

⁹⁶ C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, cit.

⁹⁷ C. Cost. 15 luglio 2014 n. 226, cit. Per una diversa valutazione della finalità della disposizione cfr. MENGHINI, *L’indennità ex art. 32 della legge n. 183 del 2010: una possibile lettura parzialmente correttiva*, in *RGL*, 2012, II, p. 34 s.

ropea e interna, le conseguenze operative della regola del non regresso sono dunque meno significative di quanto ci si sarebbe potuti attendere: il che spiega la formulazione di giudizi nel complesso fortemente scettici sulla sua capacità di fungere da argine all'arretramento delle garanzie nelle legislazioni domestiche⁹⁸. Se non si vuole d'altra parte ridurre tale principio ad "un guscio vuoto privo di qualunque contenuto sostanziale"⁹⁹, ciò che si può auspicare – a fronte di nuove questioni pregiudiziali sul punto – è un ripensamento di questa lettura minimalista, per far sì che da Lussemburgo giunga ai giudici nazionali un messaggio di maggiore apertura e sprone verso possibili usi concreti ed effettivi della clausola.

⁹⁸ Cfr. SCIARRA, *op. cit.*, p. 16; KILPATRIK, *op. cit.*, p. 294; CORAZZA, *Hard Times for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-regression Clauses in the Era of Flexicurity*, in *ELJ*, 2011, p. 388; PEERS, *Non-regression Clauses: The Fig Leaf Has Fallen*, in *ILJ*, 2011, p. 439; AIMO, *La Corte di giustizia*, cit., p. 159 ss.

⁹⁹ GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit.

Abstract

L'a. ripercorre l'evoluzione della ricca giurisprudenza della Corte di giustizia in relazione alla disciplina europea sul lavoro a tempo determinato, che rappresenta ormai da anni un tema privilegiato di dialogo tra i giudici di Lussemburgo e quelli nazionali. Le sentenze interpretative dell'accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70 costituiscono un esempio interessante della tendenza della Corte a usare come criterio guida il cosiddetto principio di effettività o dell'effetto utile, che comporta una lettura delle norme strettamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi perseguiti di volta in volta dal legislatore europeo. L'a. mette in luce i punti di forza e di debolezza che negli anni stanno emergendo dall'applicazione delle regole europee in questa materia, sottolineando il ruolo essenziale di cui sono investiti i giudici domestici nella realizzazione della tutela voluta dalla direttiva.

The author traces the development of the EUCJ's case-law on EU rules concerning Fixed-Term Work, which for many years now is one of the preferred theme of the dialogue among the EUCJ and the national judges. The judgments interpreting the Framework Agreement annexed to the Directive no. 1999/70 are an interesting example of the trend of the EUCJ to use as a guiding principle the so-called principle of effectiveness, resulting in a reading of the rules functional to achieve the objectives pursued by the EU. The author highlights the strengths and the weaknesses which over the years are emerging from the application of european rules in this matter, stressing the key role of domestic courts in the realization of the protection intended by the Directive.

Key words

Lavoro a termine, principio di effettività, parità di trattamento, abusi di contratti a termine, clausola di non regresso.

Fixed-term work, principle of effectiveness, non discrimination, abuse of fixed-term contracts, non-regression clause.