

L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla “nuova” disciplina del contratto a termine

CORTE COSTITUZIONALE, 29 maggio 2013 (27 marzo 2013), n. 107 – Pres. Gallo – Rel. Mazzella

Contratto a termine – Contratto per sostituzione di lavoratore assente – Mancata previsione dell'indicazione esplicita del nome del lavoratore sostituito – Disparità di trattamento tra lavoratori – Difformità dalla disciplina precedente – Insussistenza – Erronea premessa interpretativa – Infondatezza.

(Cost. artt. 3 e 77, comma 1; D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 1 comma 1; L. n. 422 del 2000; L. n. 230 del 1962, art. 1 comma 2 lett. b; Direttiva 1999/70/CE, clausola 5 punto 1 parte I e clausola 8 punto 3)

Non sono fondate le due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 sulle assunzioni a termine per esigenze di carattere sostitutivo. In primo luogo, non è fondata la violazione dell'art. 77 Cost. per assenza di delega, in quanto sono stati rispettati i due criteri direttivi fissati dalla legge delega n. 422 del 2000. Il primo criterio è quello della direttiva 1999/70/CE, di cui il decreto legislativo costituisce attuazione, su cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 24 giugno 2010 in causa *Sorge* C-98/09, esprimendosi sulla compatibilità comunitaria della normativa in oggetto, ha riaffermato il principio che anche il primo ed unico contratto a termine rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro ad essa allegato. Anche il secondo criterio della legge delega, che all'art. 2, comma 2, lettera b) autorizza il Governo, «per evitare disarmonie con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, [ad introdurre] le occorrenti modifiche o integrazioni alle discipline stesse», è stato rispettato. In conclusione, le disposizioni censurate del d.lgs. n. 368 del 2001, intervenute in un ambito regolato dall'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE come quello del contratto a termine (anche se primo ed unico) per armonizzarne la disciplina nell'ambito delle innovazioni apportate in attuazione della normativa europea, sono certamente contenute nel “programma” della legge di delegazione. Non è neppure ravvisabile alcuna discriminazione dei lavoratori subordinati assunti a termine per esigenze sostitutive da imprese di grandi dimensioni rispetto a quelli assunti alle dipendenze di piccole imprese.

di

Vincenzo De Michele

La Corte costituzionale con la sentenza in commento chiude con un inaspettato e geniale – ma non dichiarato - *revirement* la complessa verifica di compatibilità costituzionale e comunitaria dell'intero d.lgs. n. 368 del 2001, seppure traendo spunto dalle questioni di legittimità costituzionale della clausola generale di apposizione del termine per ragioni sostitutive, nella parte in cui la nuova disciplina non prevede più l'obbligo di specificare il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione. Dopo la dura contrapposizione tra la giurisprudenza del Giudice delle leggi e quella della Cassazione, la Corte costituzionale abbandona la tesi del d.lgs. n. 368 del 2001 come “testo unico” della disciplina del contratto a tempo determinato e riconosce la fondatezza delle argomentazioni della sentenza *Sorge* della Corte di Giustizia, intervenuta ad affrontare il problema dell'interpretazione della controversa clausola di non regresso 8, n. 3, dell'accordo quadro sulla disciplina europea del contratto a tempo determinato. Il dialogo diretto con la Corte europea sarà implementato dall'importantissima ordinanza del 18 luglio 2013 n. 207/13 (iscritta a ruolo in Corte di Giustizia come causa “Napolitano” e a. C-418/13) di pregiudizialità Ue, proposta dalla Consulta sulla (mancanza di) tutela effettiva del precariato scolastico, che segna una svolta epocale nel complesso rapporto tra l'ordinamento interno e la normativa comunitaria.

SOMMARIO

1. La primavera della giurisprudenza costituzionale sul contratto a termine nel nuovo dialogo con la Corte di Giustizia. 2. La Corte costituzionale e l'influenza della sentenza Mangold della Corte di Giustizia. 3. Il dialogo con l'avvocatura e il nuovo diritto pretorio europeo della Corte costituzionale. 4. Il nuovo dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: la pregiudiziale Ue sulla tutela effettiva del precariato scolastico. 5. Il "preavviso" di dialogo tra Corte costituzionale e Cgue nell'udienza pubblica in Corte di Giustizia della causa "Carratù". 6. Le soluzioni in fatto e i principi di diritto della Corte costituzionale (e della Cassazione) sul sostitutivo Poste e sull'intero d.lgs. n. 368 del 2001. 7. Conclusioni: il rafforzamento della tutela e della effettività delle norme nel nuovo dialogo tra le Corti. 8. Prospettive: i primi effetti del nuovo dialogo tra le Corti nella legislazione d'urgenza.

1. La primavera della giurisprudenza costituzionale sul contratto a termine nel nuovo dialogo con la Corte di Giustizia

1. Chiara ed elegante, molto intellegibile e di apprezzabile semplicità, esaustiva nell'esposizione di tutte le posizioni processuali contrapposte, l'attesa sentenza della Corte costituzionale¹ sulle due "nuove" questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trani con ordinanza n. 173/2011² sulla clausola generale di apposizione del termine al contratto di lavoro per ragioni "sostitutive" è, a parere di chi scrive, la più importante e la migliore decisione del Giudice delle leggi sulla disciplina del contratto a tempo determinato per almeno otto ordini di **considerazioni**, strettamente correlate:

- **la ripresa del dialogo "attivo" con la Corte di Giustizia dell'Unione europea per la soluzione di problematiche interpretative interne**, quando la legislazione nazionale entra nel campo di applicazione di discipline europee, optando nella giurisprudenza comunitaria per le decisioni come la sentenza Angelidaki³ e la sentenza Sorge⁴, che hanno incluso anche il primo e unico contratto a tempo determinato nell'ambito della Direttiva 1999/70/CE;
- **il coraggio e la dignità di modificare l'approccio interpretativo alla soluzione delle questioni di costituzionalità rispetto ai numerosi precedenti giurisprudenziali della stessa Consulta *in subiecta materia***, che invece, più o meno esplicitamente, partivano dall'erroneo presupposto ricavato dalla sentenza Mangold⁵ (confermato dalle due ordinanze Vino⁶⁷) della Corte di Giustizia che il primo e unico

¹ Per un primo commento, v. S. Galleano, *Sul sostitutivo – Sentenza 107 del 29.05.13 – la Consulta si adegua alla giurisprudenza di legittimità e rivede la 214/09, ma con qualche precisazione per la Corte di Cassazione*, su www.studiogalleano.it; nonché in *Dir. pratica lav.*, 2013, 27, 1745 ss., con nota di G. Spolverato.

² Cfr. V. De Michele, *La Relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n. 230/1962 sul contratto a termine*, in *Lav.giur.*, 2011, 287.

³ CGCE, Sez. III, 23 aprile 2009, in cause riunite da C-378/07 a C-380/07 Angelidaki e altri. Sulla sentenza Angelidaki, v. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 75-81; M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav.giur.*, 2009, 437; L. Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. N. 235, 25-26; C. Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, 253-265.

⁴ CGUE, Sez. IV, 24 giugno 2010, in causa C-98/09 Sorge c. Poste italiane. La questione pregiudiziale è stata sollevata da Trib. Trani 6 marzo 2009, in *Lav.giur.*, 2008, 705, con nota di V. De Michele, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*. Sulla sentenza Sorge v. V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, *ivi*, 2010, 865-883; E. Lafuma, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2010, 653-654; L. Driguez, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, *Europe 2010*, Août-Septembre Comm. n°288, 31-32; A. Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 633-635; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 1050-1058; A.M. Perrino, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *Foro it.*, 2010, IV, 550-555; L. Corazza-L. Nogler, *Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbotes in EURichtlinien*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2011, 58-64; S. Greiner, *Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2011, 74-84.

⁵ CGCE, Grande Sezione, 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold, in *Lav.giur.*, 2006, 459, con nota di P. Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V. Piccone-S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 251, con nota di O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*; in *Riv. giur. lav.*, 2007, 205, con nota di L. Calafà; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 387, con nota di A. Guariso; in *Dir. lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A. Vallebona; G. Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 230-234; L. Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. it.*, 2006, 1816-1822; L. Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, 301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, in *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 111-124; A. D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di Giustizia: riflessi del caso Mangold*, *ibidem*, 125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 311 ss.

contratto a termine esulasse dalle misure antiabusive dell'accordo quadro comunitario: la sentenza n. 41 del 2000 sul referendum abrogativo della l. n. 230 del 1962; la sentenza n. 419 del 2000⁸ sul salvataggio "eccezionale" della norma del 1996 in favore di Poste italiane; l'ordinanza n. 252 del 2006⁹ sulla 1^a questione di legittimità costituzionale del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali; la sentenza n. 44 del 2008¹⁰ sulla 2^a questione di legittimità costituzionale del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali; la sentenza n. 214 del 2009¹¹ sull'art. 1 comma 1, per ragioni sostitutive, sulla causale finanziaria Poste dell'art. 2 comma 1-bis, nonché sull'art. 4-bis d.lgs. n. 368 del 2001; le due ordinanze nn. 325 del 2009 e 65 del 2010 che confermano la posizione della Consulta nella sentenza n. 214 del 2009 sul sostitutivo Poste, rigettando con secca decisione – l'ordinanza n. 65/2010 - la diversa interpretazione della Cassazione sul sostitutivo Poste; infine, la sentenza n. 303 del 2011 e l'ordinanza n. 112 del 2012 sulla dichiarata legittimità costituzionale dell'art. 32 commi 5, 6 e 7 l. n. 183 del 2010;

- **la rivalutazione del diritto "vivente" della Cassazione, quando l'orientamento del Giudice della nomofilachia si sia mosso nel solco di una interpretazione comunitariamente orientata della disciplina interna**, come nelle sentenze nn. 12985 del 2008¹², 2279 del 2010¹³ e 10033 del 2010¹⁴, "confermate" dalle tre recentissime pregevoli ordinanze n. 15560-15561-16980/2013¹⁵, con cui per la prima volta anche la Corte di legittimità solleva la pregiudiziale Ue ex art. 267 TUEF sulla compatibilità della Direttiva 1999/70/Ce con la disciplina interna sul lavoro nautico;
- **la svalutazione del diritto "vivente" della Cassazione, quando l'orientamento del Giudice di legittimità abbia trascurato o rifiutato il confronto con la giurisprudenza comunitaria** (sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010 e giurisprudenza successiva costante sul sostitutivo Poste), arrivando al punto di citarla a sostegno dopo averla non coerentemente interpretata (sentenza n. 21901 del 2010 sul sostituti-

⁶ CGUE, Sez. VI, 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino c. Poste italiane*. Sulla 1^a ordinanza *Vino* della Corte di Giustizia, cfr. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. Foglia-R. Cosio (a cura di), Milano, 2011, 605 ss.; G. Franza, *L'interpretazione della direttiva 99/70 Ce alla prova del fuoco: stavolta la Corte usa le forbici*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 236-239.

⁷ CGUE, Sez. VI, 22 giugno 2011, causa C-161/11 *Vino c/ Poste italiane*.

⁸ Corte cost. 13 ottobre 2000, n. 419, in *Lav.giur.*, 2001, 33, con nota di G. Casadio, *Legittimità a tempo ed eccezionalità dei contratti a termine nelle Poste Italiane s.p.a.*

⁹ Corte Cost., 28 giugno 2006, n. 252, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 10, 736, con nota di G. Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*. La prima ordinanza è Trib. Rossano, 17 maggio 2004, n. 889, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 85, con nota di A. Andreoni; in *Lav.giur.*, 2005, 472, con nota di P. Nodari, *Diritto di precedenza e costituzionalità della nuova normativa sul termine*. La seconda ordinanza è Trib. Rossano, 16 gennaio 2007, in *G.U.* 1^a serie speciale 4 luglio 2007, n. 26.

¹⁰ Su cui V. De Michele, *Improvvisa decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*, in *Lav.giur.*, 2008, 373; nonché Id., *Questioni di legittimità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, *ibidem*, 705; L. Menghini, *Lavoro a termine, in Trattato sui contratti, I contratti di lavoro*, I, 1033, Torino, 2009; A. Piccinini, *Le recenti modifiche al lavoro part-time e a tempo determinato*, in *Lav.giur.*, 2008, 469; G. Ferraro, *Il contratto a termine rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 3, 89-90; M. Quaranta, *La disciplina del contratto a termine sotto la «lente comunitaria» della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 507-515; T. Vettor, *Principi della delega e rinvio alla direttiva 1999/70/CE nella sentenza n.44 del 2008 della Corte Costituzionale (e nella successiva giurisprudenza di merito)*, in *Arg. dir. lav.*, 6, 2008, 1435 ss. Per una ricostruzione del confronto tra il Tribunale di Rossano e la Corte Costituzionale sul diritto di precedenza, v. C. de Martino, *Il diritto di precedenza dei lavoratori a tempo determinato*, in *A-A.VV.*, *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, a cura di M. D'Onghia-M. Ricci, Milano, 2009, 255 ss.

¹¹ Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *Lav.giur.*, 2009, 1005 ss., con commento di V. De Michele, *La sentenza Houdini della Corte Costituzionale sul contratto a tempo determinato*; in *Foro it.*, 2010, I, 53 ss., con puntuali argomentazioni critiche di A. M. Perrino. V. in dottrina, L. Menghini, *Directive sociali e clausole di non regresso: il variabile del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 345 ss.; in *Mass. giur. lav.*, 2009, 653, con nota redazionale di A. Vallebona; T. Vettor, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 214 del 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, 1041 ss.; S. Galleano, *Corte Costituzionale 214/2009: luci (qualcuna) e ombre (molte) di una sentenza fatta male*, in www.studiogalleano.it; V. Angiolini-A. Andreoni, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte Costituzionale. A proposito della sentenza n. 214/09*, in www.cgil.it; S. Vacirca, *La sentenza n. 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione necessaria di norma elastica*, in *Riv. crit. lav.*, 2009, 637 ss.; F. Marinelli, *La Corte Costituzionale si pronuncia sulla norma "antiprecari". Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio fra detto e non detto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 880 ss.

¹² Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, in *Rivista*, 2008, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, v. A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Foro it.*, 2008, 3576; A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham quale strumento intervento del contratto a tempo determinato: a parità di fattori la spiegazione più semplice tende ad essere quella esatta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 891; critico A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 643.

¹³ Cass., Sez. lav., 1^o febbraio 2010, n. 2279, su *Foro it.*, 2010, I, 1169, con nota di A.M. Perrino; in *Lav.giur.*, 2010, 365 ss., con nota di V. De Michele, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*.

¹⁴ Cass., Sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10033, su *Foro it.*, 2010, I, 1755, con nota di A.M. Perrino; in *Lav.giur.*, 2010, 1096, con nota di S. Galleano, *Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine e l'opzione comunitaria*.

¹⁵ Cass., Sez.lav., 20 giugno 2013, nn. 15560 e 15561, e 9 luglio 2013, n. 16980.

vo Poste, che cita a conforto la sentenza Sorge della CGUE; sentenze nn. 392 del 2012 e 10127 del 2012 su precariato pubblico, che richiamano e “applicano” l’ordinanza Affatato¹⁶ e le sentenze Angelidaki e Küçük¹⁷ della Corte europea), per la necessità di determinare soluzioni “finali” negative per la tutela dei diritti dei lavoratori “pubblici” e asseritamente salvifiche per le asseritamente asfittiche finanze erariali;

- **la valorizzazione dell’interpretazione adeguatrice e sistematica¹⁸ della nuova disciplina quando la normativa interna recepisca una Direttiva sociale europea con clausola di non regressione rispetto alla legislazione precedente abrogata;**
- **il significativo riconoscimento e rafforzamento del ruolo del Giudice del merito della controversia**, nel quadro di ricostruzione sistematica di compatibilità comunitaria della normativa interna delineata dalla Corte di Giustizia, dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione, senza pretendere di trasformare l’individuazione di dati oggettivi utili per la decisione in soluzioni “di diritto” applicabili in via generale a migliaia o decine di migliaia di casi analoghi;
- **il rispetto e la valorizzazione della funzione giurisdizionale dell’avvocatura del libero foro e dell’attività defensionale dei lavoratori nelle controversie davanti alla Consulta in cui parte datoriale è lo Stato o la sua impresa pubblica, ridimensionando argomentazioni e ricostruzioni normative e giurisprudenziali “di comodo” o lacunose o contraddittorie proposte dalla difesa erariale;**
- **la riscoperta e l’applicazione integrale del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui all’art. 3 Cost. anche nei confronti dello Stato pubblico imprenditore**, rivedendo quelle posizioni interpretative di favore che avevano caratterizzato precedenti posizioni interpretative *in subiecta materia*, in cui l’eccezionalità del processo di trasformazione in società per azioni (sentenza n. 419 del 2000), la maggiore flessibilità lavorativa introdotta dalla causale finanziaria legata all’espletamento del servizio postale universale (sentenza n. 214 del 2009) e la salvaguardia del posto di lavoro stabile e senza concorso alle dipendenze di un’impresa pubblica, a fronte del sacrificio imposto dall’art. 32 commi 5, 6 e 7 l. n. 183 del 2010 al risarcimento del danno e alla ricostruzione contributiva e professionale del rapporto a termine conseguente alla conversione (sentenza n. 303 del 2011 e ordinanza n. 112 del 2012) hanno rappresentato le giustificazioni per un trattamento differenziato rispetto alle altre imprese e ai lavoratori delle imprese private.

2. Alla luce di queste considerazioni, la sentenza n. 107 del 2013 del Giudice delle leggi costituisce la migliore espressione, sul piano tecnico-giuridico ed etico-istituzionale, di un nuovo dialogo “comunitario” tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia da un lato, tra Corte costituzionale, Cassazione e Giudici di merito dall’altro.

3. Appaiono eco evidente di questo rinnovato percorso di osmosi interpretativa tra diritto europeo e diritto interno:

a) la trattazione orale all’udienza del 5 giugno 2013 della causa Carratù, C-361/12 in Corte di Giustizia (Sez. III, v. *infra*) sulle questioni di pregiudizialità UE sollevate dal Tribunale di Napoli in relazione all’art. 32, commi 5, 6 e 7 l. n. 183/2010;

b) le tre ordinanze di pregiudizialità UE nn. 15560-15561-16980/2013 del 20 giugno – 9 luglio 2013 sollevate dalla Corte di Cassazione sulla regolamentazione del lavoro nautico a termine, con importanti precisa-

¹⁶ CGUE, Sez. VI, 1° ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato. Sulla ordinanza Affatato cfr. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l’interpretazione “infinita” sul contratto a termine*, cit., 574-605, v. W. Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass. avv. Stato*, 2011, 2, I, 12-16; M. Borzaga, *L’intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l’abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle “peculiarità” dell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 859-865.

¹⁷ CGUE, Sez. II, 26 gennaio 2012, in causa C-586/10 Küçük. Sulla sentenza Küçük v. L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e il diritto scolastico: diritto interno e diritto europeo*, su *Riv. giur. lav.*, 2012, 709; J-P. Lhernould, *L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Encadrement du recours à des CDD successifs : la jurisprudence française est-elle menacée?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, 263-264; G. Meinel, *EuGH zu Kettenbefristungen - Rettung vor dem BAG*, in *Der Betrieb*, 2012, n. 5 p.M1; T.Drosdeck e C.Bitsch, *Zulässigkeit von Kettenbefristungen*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2012, 977-980; W.Brose e A.Sagan, *Kettenbefristung wegen Vertretungsbedarfs im Zwielficht des Unionsrechts*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2012, 308-310; F.Maschmann, *“Die Kettenbefristung lebt!”*, in *Betriebs-Berater*, 2012, 1098-1099.

¹⁸ Per un approfondimento della tecnica giurisprudenziale dell’interpretazione adeguatrice, sistematica e comunitariamente orientata della giurisprudenza di merito, cfr. L. Raffaele, *In attesa della Consulta, la Giurisprudenza di merito riafferma l’interpretazione comunitaria sui contratti a termine*, in *Lav.giur.*, 2009, 484 ss., che sembra anticipare anche in riferimento alla causale finanziaria dell’art. 2, comma 1-bis d.lgs. n. 368 del 2001 quella soluzione che la Corte costituzionale non fornirà nella sentenza n. 214 del 2009, ma a distanza di quasi quattro anni nella sentenza in commento.

zioni sistematiche sulla disciplina dell'art. 1 d.lgs. n. 368 del 2001 che risentono in tutta evidenza della nuova posizione ermeneutica enunciata dalla Consulta sulla normativa di recepimento della Direttiva 1999/70/Ce;

c) l'ordinanza di pregiudizialità Ue del 18 luglio 2013, n. 207¹⁹ in causa Napolitano e a. C-418/13, sollevata per la 1ª volta in un giudizio incidentale dalla Corte costituzionale sulla (mancanza di) tutela effettiva del personale docente e non docente a tempo determinato della scuola pubblica;

d) infine, la sentenza n. 224²⁰ del 19 luglio 2013 della Corte costituzionale, che propone l'interpretazione adeguatrice alla clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo parziale, recepito dalla direttiva 97/81/Ce, dell'art.16 della l. n. 183/2010 sottoposto a scrutinio di costituzionalità dal Tribunale di Forlì con ordinanza n. 14/2013 Reg. Ord., condizionando così con una decisione in tempi straordinariamente rapidi il giudizio di pregiudizialità Ue sulla stessa norma interna proposto dal Tribunale di Trento con ordinanza del 25 aprile 2013 in causa C-221/13²¹ Mascellani.

4. In ogni caso, pare a chi scrive che l'aspetto più rilevante della decisione in commento sia quella "politico-giuridica" sul piano sovranazionale, perché con naturale autorevolezza il Giudice delle leggi nazionali riesce a superare le criticità della sentenza Mangold della Corte di Giustizia, senza esprimere neanche una censura nei confronti del Giudice comunitario, che pure l'aveva ampiamente meritata sul piano interpretativo tanto da suscitare prese di posizione negative da quasi tutti gli Avvocati generali²².

5. L'atteggiamento della Consulta nei confronti della Corte europea appare di cooperazione bilaterale e non di semplice rispetto o tolleranza delle reciproche competenze, diversamente da quanto ha fatto la Corte costituzionale tedesca²³, con la (pur) bella ordinanza del 26 agosto 2010 nella causa Mangold/Urteil²⁴. La Corte di Karlsruhe aveva evidenziato che il problema della compatibilità del diritto dell'Unione europea con i principi fondamentali dello Stato nazionale tedesco si ponesse solo in caso di grave violazione delle competenze attribuite, concedendo dichiaratamente margini di errori interpretativi alla Corte di Giustizia e, dunque, esplicitando da un lato che la sentenza Mangold era viziata, dall'altro che gli errori *ultra vires* possono essere comunque deliberati e cancellati dalle Corti costituzionali.

6. La Corte costituzionale italiana, invece, ammette con la decisione in commento che con le sentenze Angelidaki e Sorge la Corte europea ha operato un *revirement* rispetto alla Mangold, estendendo il campo di applicazione delle misure antiabusive dell'accordo quadro comunitario al primo e unico contratto a termine, e, coerentemente, revisiona la propria opzione interpretativa espressa sulla riforma del 2001 nella sentenza n. 214 del 2009 sul punto controverso della applicazione della direttiva 1999/70/Ce solo ai contratti

¹⁹ Pres. Gallo, Est. Mattarella.

²⁰ Questa la condivisibile motivazione della Corte costituzionale di compatibilità comunitaria della norma interna con il ricorso all'interpretazione sistematica: «alla luce di un'interpretazione sistematica della normativa europea evocata dal rimettente (che, accanto alla protezione del lavoratore dalla trasformazione unilaterale del proprio rapporto ad iniziativa del datore di lavoro, prende pure in considerazione le esigenze organizzative di quest'ultimo), la norma censurata, rettificata e inserita nello specifico contesto del diritto interno, non collide con la direttiva 97/81/CE. Diversamente da quanto opinato dal giudice a quo, infatti, il potere di rivalutazione dei rapporti di lavoro part-time a suo tempo concessi automaticamente, in applicazione della normativa dell'epoca, non è arbitrario, né indiscriminato, ma saldamente ancorato alla presenza obiettiva di verificabili esigenze di funzionalità dell'organizzazione amministrativa e condizionato a modalità di esercizio scrupolosamente rispettose dei canoni generali di correttezza e di buona fede. Ne sono espressione, a titolo esemplificativo, la tutela delle peculiari situazioni personali e familiari consolidatesi in capo ai singoli lavoratori, da valutarsi in contraddittorio con gli stessi, il vaglio della fattibilità di soluzioni alternative alla revoca del part-time, la concessione di un congruo periodo di preavviso prima che la trasformazione (cioè nonostante disposta) divenga operativa. In tal modo, i criteri di correttezza e di buona fede cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nell'esercizio della suddetta "rivalutazione" si prestano ad esaltare, in una prospettiva costituzionalmente orientata di stampo solidaristico, proprio la salvaguardia delle ragioni della controparte, senza comportare un apprezzabile sacrificio.».

²¹ I quesiti posti dal Tribunale di Trento alla Corte di Giustizia sono i seguenti: «Se la clausola n. 5, punto n. 2, dell'accordo recepito dalla direttiva 97/81/CE (laddove essa dispone che «il rifiuto di un lavoratore di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa, non dovrebbe, in quanto tale, costituire motivo valido per il licenziamento, senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato»), debba essere interpretata nel senso che non è permesso alle legislazioni nazionali degli Stati membri di prevedere la possibilità – per il datore di lavoro – di disporre la trasformazione del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno, anche contro la volontà del lavoratore.».

²² V. le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer nelle cause riunite "Michaeler" C-55/07 e C-56/07; dell'Avvocato generale Geelhoed nella causa Chacón Navas C-13/05; dell'Avvocato generale Sharpston nella causa "Bartsch" C-427/06; dell'Avvocato generale J. Mazák nella causa C-388/07; dell'Avvocato generale Kokott nella causa "Gambazzi" C-394/07.

²³ Sul controverso rapporto tra Corte costituzionale tedesca e Corte di Giustizia v. F. Curcuruto, *L'integrazione europea nel rapporto tra il Bundesverfassungsgericht e la Corte di Giustizia*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, di R. Cosio e R. Foglia (a cura di), p.15 ss., Milano, 2013.

²⁴ Corte cost. tedesca, Sez. II, 26 agosto 2010, causa Mangold/Urteil. Sul punto cfr. V. De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit.

successivi al primo.

2. La Corte costituzionale e l'influenza della sentenza Mangold della Corte di Giustizia

7. Infatti, il presupposto interpretativo implicito della sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale rispetto alla giurisprudenza comunitaria era quello enunciato nella pregevole ordinanza del 25 febbraio 2008, n. 217/08²⁵ del Tribunale di Roma (Est. Delle Donne), che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001 decisa dal Giudice delle leggi, partendo dal presupposto che, alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia nelle sentenze "Mangold" e "Adener" (qualche mese dopo la sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione sosterrà il contrario), le ragioni giustificative della apposizione del termine al primo contratto non rientrassero nel campo di applicazione della Direttiva comunitaria.

8. Pertanto, secondo il Giudice romano da un lato il comma aggiunto dalla legge finanziaria per il 2006 non poteva essere considerato, a distanza di oltre cinque anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 368 del 2001, normativa emessa in applicazione dell'Accordo quadro (fuori dall'ambito coperto dalla normativa comunitaria), dall'altro, e in conseguenza, non poteva essere invocata la clausola di non regresso e non poteva essere disapplicata o non applicata la norma interna, dal momento che è possibile una *reformatio in peius* della protezione generale offerta ai lavoratori assunti a tempo determinato, quando essa non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dell'Accordo quadro.

9. L'art. 2 d.lgs. n. 368 del 2001, intitolato «Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo e i servizi aeroportuali», nella versione originaria era costituito da un solo comma, riguardante quest'ultimo settore di attività, che riproduce letteralmente l'analoga disposizione contenuta nell'art. 1 comma 2 lett. f1. n. 230 del 1962.

10. Detta norma del 1986 aveva la stessa genesi della "causale finanziaria" del 2005, in quanto finalizzata a porre un freno al contenzioso sulle "punte stagionali" nel settore aereo (Alitalia) e in quello aeroportuale (Aeroporti di Roma). Già con riferimento al comma 1 dell'art. 2 si era posto il problema se si trattava, come dispone il titolo dell'articolo, di oneri aggiuntivi rispetto alla disciplina generale dell'art. 1²⁶ oppure di una causale "autonoma" o esclusiva/alternativa, del tutto distinta (o autonomamente esplicativa) rispetto a quella delle "ragioni sostitutive, tecniche, organizzative o produttive" di cui al comma 2 della principale e precedente norma del Decreto.

11. Il Tribunale di Roma nella ordinanza di rinvio pregiudiziale di costituzionalità sull'art. 2 comma 1-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001, con articolate argomentazioni, ha aderito a quell'orientamento maggioritario della Giurisprudenza di merito²⁷ che proponeva la seconda soluzione interpretativa, quella cioè che si tratti di un'autonoma causale legata alle peculiarità del settore delle imprese concessionarie di servizi postali, rilevando che, in realtà, la norma rappresenta una scelta legislativa di sostegno alla flessibilità dei rapporti di lavoro soltanto di Poste italiane, in conseguenza della "voluta" corrispondenza tra il concetto di impresa "assegnataria" del servizio postale universale e la nozione di impresa "concessionaria" del servizio postale.

12. La Corte costituzionale con la sentenza n. 214 del 2009, pur qualificando la sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione come "diritto vivente" per quanto riguarda il condiviso aspetto sanzionatorio della riqualificazione a tempo indeterminato sin dal primo rapporto con termine illegittimo, non ne ha condiviso sul primo e unico contratto a tempo determinato la necessità di verificare la compatibilità comunitaria della nuova disciplina sulla clausola generale dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 sotto il profilo della specificazione delle esigenze temporanee di apposizione del termine.

²⁵ Su cui V. De Michele, *Questioni di legittimità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, cit., 708.

²⁶ Cioè se fosse necessario specificare le ragioni giustificatrici del contratto a termine. Lo stesso Trib. Roma, 27 giugno 2006 (E.S. c/ Alitalia S.p.A.) aveva già evidenziato che, alla luce della normativa comunitaria e della clausola di non regresso, che consente l'utilizzazione di contratti a termine solo se basati su ragioni obiettive, le ragioni giustificative dell'apposizione del termine devono, comunque, essere specificate nel contratto, non essendo sufficiente il solo richiamo alla generica previsione legale, posto che anche la nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 368 del 2001 non porrebbe nel nulla il carattere eccezionale della durata temporanea del rapporto di lavoro subordinato.

²⁷ Trib. Foggia 11 aprile 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 728 ss., con nota di Paulli, *Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa*; in *Riv. giur. lav.*, 2008, 155 ss., con nota di M. Lozito, *La disciplina "aggiuntiva" del contratto a termine per il settore delle poste e la direttiva 1999/70/CE: violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 307; con commento di A. Olivieri, *Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante?*, *ibidem*, 313; Trib. Milano, 5 giugno 2007; App. Torino, 5 ottobre 2007; Trib. Napoli 23 ottobre 2007, tutte in *Arg. dir. lav.*, 2008, 3, con nota di Olivieri; Trib. Roma, 15 gennaio 2008, n. 473/08, in *Lav.giur.*, 2008, 728 ss., con nota di L. Martino, *Le prime pronunce di merito sui "nuovi" contratti a termine di Poste*.

13. D'altra parte, la decisione della Corte di legittimità di rafforzare la tutela interna attraverso l'interpretazione adeguatrice già espressa dalla Corte europea nelle sentenze Mangold e Adeneler (in realtà, solo nella Adeneler, perché la Mangold, pur citata, porta ad opposte conclusioni) non era né scontata, né di immediata condivisione e immune da possibili censure, perché la stessa sentenza Adeneler ha precisato sì la nozione comunitaria di ragioni oggettive legate ad attività temporanee e non permanenti del datore di lavoro e ha dichiarato la contrarietà alla clausola 5 n. 1 lett. a dell'accordo quadro comunitario della clausola generale ed astratta di apposizione del termine, ma lo ha fatto su una fattispecie di contratti "successivi" e non di un primo e unico contratto.

14. Peraltro, la sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione era intervenuta su identica fattispecie del contratto a termine per ragioni sostitutive di Poste italiane, ma la Suprema Corte nella rivoluzionaria decisione si era ben guardata dall'imporre come onere di specificazione a carico dell'impresa pubblica anche l'indicazione del nominativo del lavoratore da sostituire e la causa della sostituzione, obbligo non previsto nella nuova disciplina, così come, ad esempio, si riscontra anche nella legislazione tedesca di recepimento della direttiva 1999/70/CE: l'art. 14 n. 1²⁸, alla causale del punto n. 3 (assunzione per ragioni sostitutive), del «TzBfG» del 21 dicembre 2000 (in vigore dal 1° gennaio 2001), cioè la norma che ha introdotto per la prima volta in Germania la misura preventiva di cui alla clausola 5 n. 1 lett. a dell'accordo quadro delle ragioni obiettive, non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del 6° considerando dell'accordo quadro.

15. Né la Corte costituzionale a giugno-luglio 2009 intese confrontarsi, nonostante le sollecitazioni scritte e orali all'udienza di discussione del giudizio definito con la sentenza n. 214 del 2009, con la sentenza Angelidaki del 23 aprile 2009 che, effettivamente, aveva risolto il problema del campo di applicazione dell'accordo quadro comunitario in riferimento al primo e unico contratto a termine e alle misure preventive della clausola 5, n. 1, attraverso la nozione di "norma equivalente", superando le incertezze della Mangold già nel rigettare ai punti 52-56 l'eccezione di irricevibilità proposta dalla Commissione europea. Infatti, la Commissione aveva affermato nella causa C-378/07 Angelidaki che la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro mira unicamente a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi e, di conseguenza, essa non si applicherebbe nel caso in cui il contratto controverso fosse il primo o unico contratto di lavoro stipulato tra le parti, così come risultava dalla sentenza C-144/04, Mangold e come sostenuto anche dai governi ellenico ed italiano (sentenza Angelidaki, punto 52).

16. Come opportunamente precisato dall'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni scritte della causa C-387/07 Angelidaki al punto 57, gli Stati membri sono liberi di adottare anche in futuro disposizioni concernenti la materia del lavoro a tempo determinato, purché esse siano conformi a tutte le prescrizioni del diritto comunitario ed è possibile perfino una completa riforma del diritto nazionale in materia di lavoro a tempo determinato, a patto che essa, da un lato, consenta un'effettiva prevenzione degli abusi (clausola 1, lett. b, nel combinato disposto con la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro), e, dall'altro, non violi il divieto di *reformatio in peius* (clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro) né altre disposizioni del diritto comunitario.

17. Coerentemente, l'Avvocato generale Kokott aveva concluso al punto 108 che, se uno Stato membro, con disposizioni di diritto interno, definisce le ragioni obiettive ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sorge l'obbligo a carico delle autorità nazionali di assicurare, in relazione ad ogni singolo caso e nel rispettivo ambito di competenza, un'applicazione di dette disposizioni conforme alla direttiva, di modo che gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato possano essere effettivamente prevenuti.

18. Le conclusioni della sentenza Angelidaki sull'applicazione della clausola di non regressione attraverso la nozione di "norma equivalente" anche al primo o unico contratto, pur restando esso al di fuori della clausola 5, n. 1, lett. a, dell'accordo quadro in riferimento alla misura preventiva delle ragioni oggettive sui contratti successivi, attestano le gravi difficoltà interpretative della Corte di Giustizia nel superare la censu-

²⁸ Art. 14, n.1, Tz: «L'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro è consentita quando sia giustificata da una ragione obiettiva. Una ragione obiettiva sussiste qualora: 1. l'azienda necessiti della prestazione di lavoro in questione solo in via temporanea; 2. la durata a tempo determinato del contratto sia connessa ad attività di formazione o di studio al fine di agevolare il passaggio del lavoratore ad un'occupazione connessa; 3. il lavoratore venga assunto per sostituire un altro lavoratore; 4. le caratteristiche della prestazione lavorativa giustificano la durata a tempo determinato; 5. la durata a tempo determinato sia in funzione di un periodo di prova; 6. ragioni inerenti alla persona del lavoratore giustificano la durata a tempo determinato; 7. il lavoratore venga remunerato con risorse di bilancio finanziariamente destinate per un'occupazione a tempo determinato ed assunto in conformità a tale destinazione, oppure 8. la durata a tempo determinato sia dovuta ad una transazione giudiziale».

rata Mangold.

19. In definitiva, la sentenza n. 214 del 2009 della Consulta, continuando sul percorso tracciato dai precedenti della Corte con l'ordinanza n. 252 del 2006 e la sentenza n. 44/2008, è stata il risultato di una situazione di forte incertezza interpretativa della giurisprudenza comunitaria sul campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, con una soluzione "mediata" – quella del d.lgs. n. 368/2001 come Testo unico sostanzialmente riproduttivo della disciplina previgente – che, se serviva a respingere con l'infondatezza e l'interpretazione adeguatrice le due questioni di legittimità costituzionale dell'art.1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001 per la causale sostitutiva Poste sollevate dal Tribunale di Roma e dal Tribunale di Trani in relazione all'eccesso o assenza di delega nella legge comunitaria n. 422/2000 per presunta violazione degli artt. 76 e 77 Cost., appariva in evidente contrasto con le novità letterali, sistematiche e strutturali della riforma del 2001.

20. In effetti, la Corte Costituzionale già con la sentenza n. 44 del 2008 aveva dichiarato illegittimi, per violazione dell'art. 77 comma 1 Cost. ed in assenza di delega, l'art. 10 commi 9 e 10, nonché l'art. 11 commi 1 e 2 d.lgs. n. 368 del 2001, nella parte in cui le disposizioni illegittime si erano collocate al di fuori della Direttiva comunitaria 1999/70/CE e al di fuori della legge delega comunitaria n. 422/2000, abrogando il diritto di precedenza previsto per i lavoratori stagionali dall'art. 23 comma 2 l. n. 56 del 1987.

21. La stessa questione di legittimità costituzionale era stata sollevata per ben due volte dal Tribunale di Rossano, con ordinanze identiche nel contenuto. Nella prima occasione la Corte Costituzionale con ordinanza n. 252 del 2006 non aveva deciso sull'eccesso di delega ex art. 76 Cost. e sulla presunta violazione della clausola di non regresso, invitando contraddittoriamente il Giudice del lavoro a trovare la soluzione nella sentenza Mangold, intervenuta nelle more del giudizio e considerata *ius superveniens*: l'interpretazione della Consulta, più implicita per il rimando al punto 52 della decisione della Grande Sezione della Corte di Giustizia (che dice poco o quasi nulla sull'ampiezza della clausola di non regresso e non chiarisce il campo di applicazione della direttiva 1999/70/Ce), sembra indirizzare nel senso che l'abrogazione del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali potesse non rientrare nel campo di applicazione della direttiva comunitaria e della clausola di non regresso.

22. Poiché il Tribunale di Rossano non aveva trovato nella Mangold alcun parametro interpretativo utile per risolvere la questione rimandandola alla Consulta, la Corte costituzionale, sulla seconda ordinanza di rimessione, è stata costretta dal suo stesso precedente a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma, per assenza di delega e violazione dell'art. 77 Cost., parametro per la prima volta utilizzato distintamente dall'eccesso di delega ex art. 76 Cost.: ancora una volta (in questo caso esplicitamente) il Giudice delle leggi ritiene che l'abrogazione della disciplina del diritto legale di precedenza dei lavoratori stagionali si ponga al di fuori della direttiva comunitaria e della clausola di non regresso, nonché al di fuori della delega della legge comunitaria n. 422/2000.

23. La sentenza Angelidaki porterà a conclusioni opposte, facendo chiaramente intendere che anche la regolamentazione del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali rientra a pieno titolo nel campo di applicazione della Direttiva 1999/70/CE. Infatti, la Angelidaki, più della sentenza "Adeneler", costituisce anche il superamento sul piano interpretativo della Mangold, perché chiarisce che anche il primo e unico contratto a tempo determinato rientra nel campo di applicazione dell'accordo quadro e, sul piano sistematico, delle misure equivalenti a prevenire gli abusi quando lo Stato ha scelto di applicare la misura delle "ragioni obiettive" sin dal primo rapporto a termine, come nell'ordinamento interno italiano e in quello tedesco.

24. Sul punto la sentenza Mangold aveva escluso l'interpretazione analogica, dichiarando irricevibile la questione della violazione della clausola 5, n. 1, lett. a, dell'accordo quadro, perché si trattava di un singolo contratto a-causale, mentre, contraddittoriamente, aveva evidenziato la violazione della normativa antidiscriminatoria in ragione del rilievo che la a-causalità del termine per l'impiego di lavoratori anziani ne avrebbe comportato la precarizzazione: censurando così ingiustamente la legislazione tedesca, che tendeva ad agevolare il reinserimento occupazionale dei lavoratori meno protetti, riservando per essi le altre due misure preventive previste dalla clausola 5, n. 1, lett. b e c dell'accordo quadro comunitario della durata massima complessiva dei contratti o rapporti a termine (due anni) e del numero massimo dei rinnovi (tre nello spazio temporale di due anni)²⁹.

²⁹ Sul confronto tra le misure preventive in materia di abusi nella successione dei contratti a termine, come recepite dalla legislazione tedesca e dalla normativa italiana, cfr. V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in tema di precariato pubblico*, cit., 761 ss.

25. L'incertezza della Corte di Giustizia spiega (e giustifica) la contraddittoria sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale (che non cita né la Mangold, né la Angelidaki) e le contraddittorie soluzioni proposte in precedenza dalla giurisprudenza costituzionale sulla stessa disciplina comunitaria, con la *fictio legis* dello strumento legislativo (il d.lgs. n. 368/2001 sarebbe un mero Testo unico in cui è stata incorporata la precedente disciplina della l. n. 230 del 1962, con gli adattamenti alla normativa europea da recepire) e con la *fictio iuris* della soluzione della questione di costituzionalità sulla clausola generale (il datore di lavoro avrebbe sempre l'obbligo di indicare il nominativo del lavoratore da sostituire e la causa della sostituzione, quando ricorre al termine per "ragioni sostitutive").

26. In ogni caso, fino alla sentenza in commento, la Consulta, sul presupposto alternativo che il primo e unico contratto fosse fuori dalla direttiva 1999/70/CE e che la disciplina del contratto a tempo determinato non si applicasse nelle conseguenze sanzionatorie al pubblico impiego in generale e si applicasse solo in parte al pubblico impiego (sotto l'aspetto contributivo e previdenziale dei rapporti di lavoro e delle compensazioni erariali per lo svolgimento del servizio pubblico) dei contratti flessibili di Poste italiane, ha proposto sei soluzioni diverse del rapporto tra le fonti del diritto in *subiecta materia*:

- 1) la clausola di non regresso è *stand still* nella sentenza n. 41 del 2000 e impedisce interventi legislativi strutturali della previgente disciplina;
- 2) l'entrata in vigore della disciplina comunitaria antiabusiva sul contratto a termine, però, non impedisce trattamenti interpretativi di favore "eccezionale" (per la eccezionalità del processo di trasformazione da Ente pubblico a società per azioni) nei confronti della impresa di Stato, nella sentenza n. 419 del 2000 sulla norma del 1996 che sana i contratti a termine, tutti nulli, stipulati da Poste italiane nel periodo dal 1° gennaio 1995 fino al 30 giugno 1997;
- 3) la clausola di non regresso della direttiva 1999/70/CE non si applica a tutta la "nuova" disciplina del contratto a tempo determinato e, in particolare, al diritto di precedenza dei lavoratori stagionali, per cui potrebbe escludersi il contrasto tra l'eccesso o carenza di delega della legge comunitaria e la norma in tema delegata alla luce del diritto comunitario, nell'interpretazione della sentenza Mangold della Corte di Giustizia (ordinanza n. 252 del 2006);
- 4) nella sentenza n. 44 del 2008 che dichiara illegittima l'abrogazione della norma di cui all'art. 23 comma 2 l. n. 56 del 1987 sul diritto di precedenza dei lavoratori stagionali (ripristinandola a distanza di oltre sei anni dall'abrogazione) la clausola di non regresso (forse) non si applica a tutta la nuova disciplina del contratto a tempo determinato, ma il legislatore delegato in ogni caso deve rispettare i limiti della delega e non operare al di fuori di essa;
- 5) smentendo la sentenza precedente, la Corte costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009 (e nelle ordinanze nn. 325 del 2009 e 65 del 2010) evita di confrontarsi in modo approfondito con il diritto comunitario e con la Corte di Giustizia (sentenza Angelidaki) e supera il problema della violazione della clausola di non regresso e dell'eccesso di delega con la soluzione della conservazione delle tutele esistenti nella disciplina abrogata dal decreto legislativo di recepimento, attraverso la teoria del testo unico (soluzione suggerita quattro anni prima dalla stessa giurisprudenza comunitaria)³⁰, salvo poi, nella stessa sentenza, legittimare la norma acausale introdotta dal legislatore della finanziaria n. 266 del 2005 per i contratti a termine di Poste italiane, attribuendo la responsabilità della disposizione di favore alla necessità di assicurare fino al 31 dicembre 2000 il servizio universale postale, imposto dall'Unione europea;
- 6) infine, la sentenza n. 303 del 2011 (e l'ordinanza n. 112 del 2012), che si pronuncia sulla legittimità dell'art. 32 commi 5, 6 e 7 l. n. 183 del 2010 escludendo che si tratti di una norma in favore di Poste italiane per la definizione dell'abnorme contenzioso sui contratti a termine, limita la verifica di compatibilità delle due situazioni di primo e unico contratto rappresentate dai due Giudici del rinvio ai para-

³⁰ L'interpretazione della Corte costituzionale appare anche in questo caso condizionata da una non corretta e sbrigativa lettura della normativa interna da parte della Corte di Giustizia. Infatti, l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni scritte delle cause C-53/04 Marrosu-Sardino e C-180/04 Vassallo nella nota 15, quando riferisce della sentenza n. 89/2013 della Consulta sul precariato scolastico: «....Anche se pronunciata sotto l'imperio di una legge abrogata con il decreto n. 368, tale sentenza si può considerare come un punto di riferimento sempre valido. Infatti, riguardo alla questione che qui rileva, la legge abrogata non era diversa dal citato decreto attualmente in vigore. Essa affermava, in termini sostanzialmente identici a quest'ultimo, il principio del contratto di lavoro a tempo indeterminato e prevedeva la riqualificazione dei contratti a tempo determinato abusivamente prolungati. La compatibilità delle disposizioni di detta legge con gli obblighi derivanti dalla direttiva 1999/70 è stata del resto riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 7 febbraio 2000, n. 40, con la quale essa ha respinto, per tale ragione, l'ammissibilità di un referendum popolare che proponeva l'abrogazione della legge n. 230/1962.».

metri costituzionali interni anche rispetto al parametro interposto dell'art. 6 Conv. eur. dir. umani e della giurisprudenza della corrispondente Corte Edu, proprio perché né la Cassazione, né il Tribunale di Trani (né la Corte di appello di Potenza quale rimettente per l'ordinanza n. 112 del 2012 della Consulta) si sono confrontati con la direttiva 1999/70/CE e, in particolare, con la clausola di non regressione 8, n. 3 (invocata come parametro intermedio nella recente ordinanza del Tribunale di Velletri³¹), e con la clausola di non discriminazione 4, n. 1 dell'accordo quadro comunitario.

27. Il quadro interpretativo della disciplina interna del contratto a tempo determinato appare, invece, completamente diverso nella sentenza in commento, illuminato dal dialogo a distanza con la Corte di Giustizia e da un approccio pretorio e non di Giudice di ultima istanza da parte della Corte costituzionale.

3. Il dialogo con l'avvocatura e il nuovo diritto pretorio europeo della Corte costituzionale

28. Infatti, liberandosi della opprimente necessità di contemperare le esigenze di contenimento della spesa pubblica con la tutela dei diritti fondamentali sul contenzioso seriale delle pubbliche amministrazioni anche in forma imprenditoriale³², privilegiando le prime a esclusivo sacrificio dei secondi in applicazione quasi automatica dell'art. 81 Cost. nella precedente formulazione, la Corte costituzionale all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 (in cui si sono discusse sia l'ordinanza del Tribunale di Trani sul "sostitutivo Poste" sia le dieci ordinanze dei Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme sul precariato scolastico)³³ ha mostrato un apprezzabile atteggiamento di ascolto e di dialogo nei confronti dell'avvocatura del libero foro³⁴, che, come anticipato, trova ampio riscontro nella descrizione dettagliata della posizione delle parti processuali nella sentenza n. 107 del 2013.

29. Senza dubbio, il diverso comportamento "processuale" tenuto sulla stessa questione dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 per ragioni sostitutive sia davanti alla Corte di Giustizia nella causa *Sorge C-98/09* sia nei due giudizi in Corte costituzionale definiti dalle sentenze nn. 214 del 2009 e 107 del 2013 dalle parti private (i lavoratori), dallo Stato italiano e da Poste italiane, sotto il profilo della lealtà alle Istituzioni giudiziarie nazionali, può avere avuto un peso nella ponderazione degli interessi in gioco e nel nuovo percorso argomentativo intrapreso dalla Consulta nella 2^a decisione.

30. E' poco probabile, infatti, che la Corte costituzionale abbia apprezzato positivamente i continui *valzer* delle tesi delle due difese erariali nei due giudizi davanti alla stessa Consulta e nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia, di cui il Giudice delle leggi nazionali ha avuto modo di leggere gli atti processuali delle parti costituite in sede europea e la "diversità" di impostazione difensiva di chi dovrebbe difendere la correttezza e coerenza delle scelte legislative interne.

31. Non appare casuale, peraltro, che l'Avvocatura dello Stato non abbia depositato nel 2° giudizio di costituzionalità la memoria conclusiva in prossimità dell'udienza di discussione, dopo aver preso atto che le osservazioni scritte della difesa statale depositate a Lussemburgo nell'agone europeo erano state allegare dal lavoratore nella incidentale causa che la Consulta ha deciso con la sentenza n. 107 del 2013.

32. D'altra parte, nella sentenza n. 214 del 2009 la Corte costituzionale aveva accolto la tesi dell'Avvocatura generale dello Stato, come peraltro riportato al punto 6 nella parte narrativa della sentenza, assunta nella memoria illustrativa sulla questione sollevata dal Tribunale di Roma³⁵ e ribadita nelle osservazioni scritte depositate il 16 luglio 2009 (successivamente al deposito della sentenza n. 214 del 2009) nel giudizio *Sorge* davanti alla Corte di Giustizia: la difesa erariale ha rilevato che «se si appone il termine "per ragioni sostitutive", queste vanno "specificate". Ed è evidente che tali ragioni non possono considerarsi

³¹ Trib. Velletri, 21 dicembre 2012, n. 130/2013. Il Giudice del lavoro ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32 comma 5 l. 4 novembre 2010, n. 183, come interpretata autenticamente dall'art. 1 comma 13, della l. n. 92 del 2012, nell'ipotesi di successione di più contratti a tempo determinato.

³² Si rimanda a V. De Michele, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, in *Lav.giur.*, 2008, 1136 ss.

³³ Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.; Trib. Roma nn. 143 e 144/2012 Reg.ord.; Trib. Lamezia Terme nn. 248 e 249/2012 Reg.ord.

³⁴ V. le registrazioni audiovisive dell'udienza pubblica del 27 marzo 2013, proposte sull'ottimo sito istituzionale della Consulta in www.cortecostituzionale.it.

³⁵ Sull'identica questione sollevata dal Tribunale di Trani, la difesa erariale sostiene, invece, che non c'è bisogno di indicare il nominativo del lavoratore sostituito, per ragione di privacy e riservatezza (!), ma che comunque l'esigenza di specificità della motivazione delle ragioni sostitutive era soddisfatta con l'indicazione (necessaria) della causa della sostituzione, per supportare la legittimità costituzionale della norma.

specificate, che significa espone in modo dettagliato e verificabile, e non soltanto enunciate in maniera generica, se il contratto non indica chi e perché il lavoratore assunto a termine deve sostituire».

33. La posizione dell'Avvocatura generale dello Stato nella causa Sorge, così come era avvenuto nel giudizio definito dalla sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale, sarà sostanzialmente accolta dalla Corte di Giustizia per fissare i limiti di compatibilità della norma interna con la clausola di non regresso e la direttiva 1999/70/CE. La difesa erariale tiene conto della pronuncia della Cassazione nella sentenza n. 12985 del 2008, che è stata richiamata anche nelle osservazioni scritte di Poste italiane ai punti 19 e 20, ed appare perfettamente in linea con la successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione nelle sentenze nn. 2279 del 2010 e 10033 del 2010, anch'esse citate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 107 del 2013 nella parte della ricostruzione delle argomentazioni proposte dalle parti in causa.

34. Del tutto singolare, inoltre, è l'evoluzione difensiva di Poste italiane che, nelle osservazioni scritte nella causa C-98/09 Sorge davanti alla Corte di Giustizia, depositate dopo la discussione delle questioni di legittimità innanzi alla Corte costituzionale all'udienza del 23 giugno 2009 nel giudizio definito dalla sentenza n. 214 del 2009, ha cambiato radicalmente orientamento rispetto al d.lgs. n. 368 del 2001, che non è più una normativa che mirava alla liberalizzazione del contratto a termine, come sostenuto davanti al Giudice delle leggi nazionali.

35. Addirittura, secondo la nuova linea difensiva della impresa pubblica in Corte di Giustizia, la riforma del 2001 avrebbe globalmente incrementato il livello di tutele proprio dei lavoratori (punto 25 delle osservazioni scritte), e la soluzione sulle ragioni sostitutive, completamente diversa da quella prospettata innanzi alla Corte costituzionale e nei giudizi in Cassazione, è del tutto in linea con quella dell'Avvocatura generale dello Stato, con specifico richiamo e condivisione della sentenza n. 12985 del 2008 della Cassazione, come precisato ai punti 18-23 delle Osservazioni scritte nel giudizio davanti alla Corte comunitaria.

36. Né ha apportato maggior contributo in termini di lealtà processuale l'eccezione di Poste italiane sul difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, per inesistenza di un "diritto vivente" della Cassazione sulle esigenze sostitutive esclusivamente per la grande impresa pubblica, trattandosi di "due sole" sentenze favorevoli della Suprema Corte nn. 1576 e 1577 del 2010.

37. Seccamente la Corte costituzionale ha rigettato l'eccezione, *«perché la giurisprudenza di legittimità, come dimostrano una serie di decisioni della Corte di Cassazione, sezione lavoro, tutte dello stesso segno (dalle sentenze 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577 alla sentenza 11 febbraio 2013, n. 3176), si è ormai fermamente attestata sulle posizioni censurate dal giudice a quo, così da assumere i caratteri di un vero e proprio diritto vivente»*.

38. E' un diritto vivente un po' decadente e privo di effettività nomofilattica quello che si limita ad individuare degli elementi di fatto utili (ma non esaustivi) ai fini della individuazione del lavoratore sostituito e non nominato.

39. La nomofilachia è altra cosa, evidentemente, perché «limitarsi a richiedere, in caso di assunzioni per esigenze sostitutive l'area geografica di operatività, la qualifica di appartenenza (senza alcun riferimento allo specifico settore di operatività) e limitare il controllo giudiziale al raffronto tra assenti (a tempo indeterminato) e assunti (a tempo determinato) significa consentire all'azienda di assumere una quota "fissa" di lavoratori "precari" destinati a sostituire in pianta stabile le ordinarie assenze del personale dovute a ferie, malattia, maternità, ecc...»³⁶.

40. Peraltro, la Corte costituzionale nella sentenza "Mizzi"³⁷ riprende sul punto (non solo le argomentazioni della difesa del lavoratore, ma soprattutto quelle che ha espresso) l'Avvocato generale della Corte di Giustizia Jääskinen al punto 43 delle conclusioni scritte nella causa Sorge C-98/09, in merito alla soppressione dell'obbligo di indicare il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione: *«In primo luogo, rileverei che, a mio avviso, una riforma del genere costituisce in assoluto una reformatio in peius del*

³⁶ Punto 2.1 della sentenza in commento.

³⁷ Le sentenze della Corte di Giustizia nelle cause pregiudiziali vengono normalmente individuate attraverso il "nomen" del ricorrente nel giudizio principale, che di solito è la parte processuale "debole" soprattutto quando la parte resistente è lo Stato. Le esigenze di riservatezza o di *privacy* sono giustamente sacrificate al rafforzamento del contraddittorio che il soggetto debole attraverso la sua identificazione ha ricevuto nell'agone europeo, dove la parità delle armi processuali è un valore imprescindibile. Sarebbe opportuno che analogo trattamento venga riconosciuto anche nei giudizi davanti alle Corti superiori nazionali in cui i principi affermati nella controversia abbiano una valenza ed un interesse generali per una pluralità significativa di soggetti meno protetti e, in particolare, nel contenzioso seriale contro le pubbliche amministrazioni. Mizzi è il *nomen* del lavoratore ricorrente nel giudizio principale deciso dalla sentenza in commento.

livello di tutela dei lavoratori che stipulano contratti di lavoro a tempo determinato. L'obbligo di menzionare il nome del lavoratore sostituito aumenta le possibilità tanto dei lavoratori, quanto dei sindacati di controllare che le disposizioni limitative che sono applicabili a siffatti contratti siano rispettate dal datore di lavoro. Per di più, l'inesistenza di tale obbligo può consentire ai datori di lavoro aventi un ampio organico di dipendenti di disporre di una flessibilità più elevata per quanto concerne i contratti di sostituzione. Infatti, non è più necessario in tal caso avere un'esatta corrispondenza fra i periodi di assenza e quelli di sostituzione di lavoratori identificati con il loro nome, ma è sufficiente avere un preciso bilancio equilibrato fra il numero delle assenze e il numero delle sostituzioni. La soppressione di tale obbligo può agevolare l'uso da parte di detti datori di lavoro dei contratti a tempo determinato per garantire sostituzioni, mentre altrimenti potrebbero dover disporre di una riserva di membri del personale, beneficiari di contratti a tempo indeterminato, per le ferie, i congedi di malattia e tutte le altre cause di assenza ampiamente prevedibili».

41. La Corte di Giustizia con la sentenza *Sorge* ha coerentemente e condivisibilmente rimesso al Giudice nazionale l'interpretazione adeguatrice della norma interna, nel caso di rilevato permanente contrasto della clausola generale per esigenze sostitutive con il diritto dell'Unione europea, senza entrare nel merito (anzi ignorandone l'esistenza) di un evidente contrasto giurisprudenziale tra le Corti superiori nazionali³⁸ (richiamate solo dall'Avvocato generale Jääskinen nella nota 14 delle osservazioni scritte) e senza neanche descrivere tutta la normativa interna di recepimento, trascrivendo, invece³⁹, e questo è molto significativo, tutta la disciplina dell'accordo quadro comunitario, compresa la clausola 4 sul principio di parità e di non discriminazione e la clausola 5 sulle misure preventive e successive, su cui il Tribunale di Trani non aveva sollevato problemi interpretativi nell'ordinanza di rimessione.

42. La Cgue ha risolto anche il problema "interno" sul primo e unico contratto a tempo determinato, che rientra nel campo di applicazione dell'accordo quadro ai sensi delle clausole 2 e 3 della stessa intesa e, in conseguenza, della clausola di non regresso, come già affermato nella sentenza *Angelidaki*. Inoltre, il Giudice europeo corregge l'errore ricostruttivo dell'Avvocato generale, osservando «*che, ai sensi dell'art. 1 n. 2 d.lgs. n. 368 del 2001, il contratto a tempo determinato deve avere forma scritta e deve specificare le ragioni del ricorso a tale contratto. Qualora così non fosse, l'indicazione della data di scadenza del contratto sarà priva di effetto. La legge n. 230/1962 si limitava a stabilire che la durata del contratto dovesse risultare da atto scritto, senza indicazione della ragione oggettiva della conclusione di tale contratto, salvo in caso di sostituzione di un lavoratore assente e per il quale sussistesse il diritto alla conservazione del posto*» (sentenza *Sorge*, punto 45).

43. In definitiva, la non fondatezza delle due questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 per esigenze sostitutive sollevate dal Tribunale di Trani nella sentenza della Corte costituzionale in commento è la diretta conseguenza del fatto che il Giudice delle leggi si è perfettamente coordinato con la sentenza *Sorge* della Corte di Giustizia, che ha fatto venir meno i due "erronei" (così l'*abstract* ufficiale della sentenza in commento) presupposti interpretativi da cui era partito il Giudice del rinvio costituzionale nel sospettare la violazione dell'art. 77 Cost. per assenza di delega in riferimento al "diritto vivente" della Cassazione sul sostitutivo Poste e la violazione del principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost. nella discriminante tra piccole e grandi imprese: il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE se l'ordinamento interno ha scelto come misura preventiva unica (fino al 1° aprile 2009, con l'entrata in vigore a regime dell'art. 5 comma 4-*bis* d.lgs. n. 368 del 2001) quella delle ragioni oggettive sin dal 1° rapporto a termine applicabile a tutte le imprese, a prescindere dalle dimensioni aziendali e dalla "natura" pubblica o privata del datore di lavoro.

4. Il nuovo dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia: la pregiudiziale Ue sulla tutela effettiva del precariato scolastico

44. Non deve sfuggire agli interpreti che le discussioni all'udienza pubblica del 27 marzo 2013 in Corte costituzionale sulla disciplina del contratto a tempo determinato sono state due, entrambe su problematiche "seriali" del precariato pubblico⁴⁰, da un lato quella sul "sostitutivo Poste", dall'altro quella sulla riqualifi-

³⁸ Corte cost. n. 214 del 2009, da un lato; Cass. nn. 1576 e 1577/2010, dall'altro.

³⁹ A differenza dell'Avvocato generale che sintetizza il contenuto delle clausole.

⁴⁰ Sullo stato dell'arte della tutela in materia di precarietà nel pubblico impiego, v. L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 699 ss.; nonché *Lavoro flessibile e*

cazione (*rectius*, sulle sanzioni adeguate in caso di abusi) dei contratti a tempo determinato successivi nella scuola pubblica.

45. Ebbene, l'apertura del Presidente della Corte costituzionale Gallo alla astratta possibilità tecnica che il Giudice delle leggi sollevi sul precariato scolastico questioni di pregiudizialità Ue, in sede incidentale e non come Giudice di ultima istanza, ai sensi dell'art. 267 TUEF, sollecitata senza molta convinzione dalla difesa dei lavoratori (ma condivisa anche dal datore di lavoro "pubblico" Provincia di Trento), ha mostrato la gravità della situazione normativa e della effettività della tutela nell'ordinamento interno quando gli abusi sulla flessibilità sono commessi dalle pubbliche amministrazioni.

46. Un primo immediato riscontro al nuovo approccio del Giudice delle leggi sul rapporto tra le fonti sovranazionali e nazionali del diritto, dopo l'udienza del 27 marzo 2013, lo si ricava dal forte manifesto giuridico-istituzionale della Corte costituzionale che emerge dalla **relazione del 12 aprile 2013 del Presidente della Consulta** in sede di convocazione straordinaria della classe dirigente politica nazionale e regionale.

47. Nella relazione **il Presidente Gallo sottolinea con molta chiarezza la necessità di rafforzare il dialogo con la Corte di Giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo**, superando con la Corte di Strasburgo (non con quella di Lussemburgo, con cui non vi erano posizioni di discordanza interpretativa) i contrasti interpretativi sulle note vicende delle pensioni svizzere (sentenza Maggio della Cedu)⁴¹ e sul personale Ata trasferito allo Stato (sentenze Agrati I e Agrati II della Cedu) in materia di norme interpretative con efficacia retroattiva sui processi in corso: **«Il dialogo che la Corte ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione esiga la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore»**.

48. Inoltre, sempre sul precariato scolastico, con la sentenza n. 146 del 20 giugno 2013 il Giudice delle leggi, nel dichiarare in parte inammissibile e in parte infondata per errore nell'individuazione del *tertium comparationis* (gli insegnanti di religione) la questione di legittimità costituzionale dell'art. 53 comma 3 l. 11 luglio 1980, n. 312 sugli scatti biennali di anzianità al personale supplente non di ruolo, sollevata – in riferimento agli artt. 3, 36, 11 e 117 Cost., questi ultimi due parametri in relazione alla clausola 4 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato – dalla Corte d'appello di Firenze, ha chiaramente evidenziato che l'errore del Giudice del rinvio è di non essersi pronunciato in termini generali, ossia con riguardo alle differenze retributive esistenti tra i docenti ed il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (A.T.A.) con rapporto di lavoro a tempo determinato ed il corrispondente personale di ruolo, sulla cui problematica dell'applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione la Corte di Giustizia con numerose sentenze (da ultimo con la sentenza italiana "Valenza")⁴² si è già pronunciata in favore della piena equiparazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili anche nel pubblico impiego.

49. Infine, come anticipato, **la Corte costituzionale con l'ordinanza del 18 luglio 2013, n. 207**⁴³ (causa C-

lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su "Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?", organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, 1-35 del manoscritto; M.A. La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione*, su *Riv. giur. lav.*, 2012, 735 ss.; V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in materia di precariato pubblico*, *ivi*, 2012, 755 ss.

⁴¹ Cfr. sulla problematica delle norme interpretative con efficacia retroattiva e sugli effetti controversi delle decisioni della Cedu Maggio e Agrati, cfr. E.Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. Falletti-V. Piccone (a cura di), 2012, Bari, 31 ss.; V. De Michele, *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, 223 ss.; nonché *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e Ue delle norme retroattive pro-Inps*, *ibidem*, 2011, 560 ss.

⁴² CGUE, Sez. VI, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Valenza e altri.

⁴³ I quesiti posti dalla Corte costituzionale alla Corte di Giustizia sono i seguenti: «– se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n.

418/13 Napolitano e a.), modificando il precedente orientamento espresso nell'ordinanza n.103/2008⁴⁴ di limitare il ricorso da parte del Giudice delle leggi allo strumento di pregiudizialità comunitaria alla sola fattispecie del ricorso principale in cui la Corte costituzionale è Giudice di ultima istanza, **ha sollevato per la 1ª volta pregiudiziale Ue in sede incidentale⁴⁵ sul precariato scolastico, trasformandosi in Giudice comunitario del merito della controversia** (non a caso la Consulta si riconosce e si "autoqualifica" come «**giurisdizione nazionale**»⁴⁶ ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del TUEF).

50. Sull'importanza di questo provvedimento della Consulta, che supera in modo inaspettato e rivoluzionario la logica della sentenza *Granital* n. 170 del 1984 del Giudice delle leggi di considerare l'ordinamento statale e quello comunitario come due sistemi "autonomi e distinti, ancorché coordinati" per tentare un approccio di maggior integrazione con la disciplina europea instaurando un dialogo diretto con la Corte di Giustizia, vi sarà modo di tornare per una riflessione più esaustiva dell'eccezionale decisione.

51. In questa sede preme evidenziare, soltanto, che l'ordinanza di pregiudizialità Ue della Corte costituzionale va "letta" in combinato disposto con quanto precisato dalla stessa Consulta nella contestuale ordinanza n.206/2013, con cui il Giudice delle leggi, inaspettatamente e in apparente contraddizione con l'ordinanza n.207/2013, ha dichiarato inammissibili per difetto di rilevanza le sei ordinanze del Tribunale di Trento⁴⁷ sui precari della scuola, che erano sostanzialmente identiche a quelle ammesse dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme.

52. La diversità del trattamento tra ordinanze simili discusse tutte alla stessa udienza del 27 marzo 2013, nonostante la motivazione di inammissibilità, è nella diversità dell'impostazione difensiva dei lavoratori in Corte costituzionale, laddove nelle cause provenienti dal Tribunale di Trento (le uniche in cui i docenti erano costituiti) si è concluso in memoria «*nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria*».

53. Pertanto, come ha perfettamente evidenziato nelle conclusioni **l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione** (esibita davanti alla Consulta, così come è stata allegata alle osservazioni scritte nelle cause pregiudiziali Ue sollevate dal Tribunale di Napoli sulle identiche questioni, v. *infra*) **del 24 ottobre 2012, n. 190⁴⁸** e come è emerso nella discussione pubblica del 27 marzo 2013, **le due norme interne che non consentono l'applicazione dell'art.5 comma 4-bis d.lgs. n.368/2001 al personale della scuola sono: l'art. 1 comma 1 d.l. n. 134/2009** (convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009) e, soprattutto, **l'art. 9 comma 18 d.l. n. 70/2011** (convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011), che ha aggiunto **l'art. 10 comma 4-bis d.lgs. n. 368/2001**, che espressamente esclude dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva

124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) – i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno; – se costituiscono ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno». I giudizi incidentali riuniti in cui la Corte costituzionale ha pronunciato l'ordinanza di rinvio sono quelli proposti da Trib. Roma con le ordinanze nn. 143 e 144/2012 Reg.ord. e da Trib. Lamezia Terme con le ordinanze nn. 248 e 249/2012 Reg.ord.

⁴⁴ Pres. Bilè, Est. Gallo.

⁴⁵ In dottrina ha particolarmente insistito sulla necessità di questa svolta della Corte costituzionale M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, 2006, 101 ss..

⁴⁶ Per il riconoscimento della Corte costituzionale come giudice *a quo*, v. T. Groppi, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art.177 del Trattato CE*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. Ciarlo, G. Pitruzzella, R. Tarchi, Torino, 1997, 185 ss., con peculiare riferimento al riconoscimento della Corte come giudice *a quo*; A. Ruggieri e A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 173.

⁴⁷ Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.

⁴⁸ Est. Buffa. La relazione commissionata all'Ufficio studi della Cassazione ha per oggetto «*Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza*».

va 1999/70/Ce «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».

54. Anche se, sul piano formale, la Corte costituzionale contesta al Tribunale di Trento il mancato rilievo⁴⁹ all'art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e alla previsione generale ivi prevista di divieto di conversione dei rapporti flessibili in caso di violazione di normativa imperativa di legge, in realtà l'inammissibilità e il difetto di rilevanza delle ordinanze di rinvio sono motivate sul "difetto di interesse" delle parti ricorrenti, perché non aver sottoposto allo scrutinio di costituzionalità le due citate norme ostative all'applicazione dell'art.5 comma 4-bis d.lgs. n. 368/2001, secondo il Giudice delle leggi «*comporta un'incompletezza della ricostruzione del quadro normativo ed una conseguente inefficacia dell'ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale concretamente posta al Tribunale di Trento*».

55. Se tale affermazione appare contraddittoria, alla luce della circostanza che anche i ricorrenti (non costituiti innanzi alla Corte costituzionale) nei giudizi principali delle ordinanze di rinvio (dichiarate ammissibili) dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno chiesto la riqualificazione o conversione dei rapporti di lavoro, non lo è ove si pensi che questo abile *escamotage* consente al Giudice delle leggi di lasciare spazio alla Corte di Giustizia sulla soluzione dei molti dubbi sollevati sul punto della possibile conversione dei rapporti a termine nel pubblico impiego in applicazione dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 proprio dall'ordinanza Affatato della Cgue, due volte richiamata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza n.206/2013.

56. L'ordinanza Affatato, infatti, è richiamata la prima volta nella parte in cui, secondo la difesa dei docenti, la Corte europea ammetterebbe la riqualificazione dei rapporti a termine; un seconda volta nella parte in cui escluderebbe per rispetto del principio costituzionale del concorso pubblico ex art. 97 Cost., finendo poi la Consulta per evidenziare nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale in causa Napolitano C-418/13 il punto 51 della ordinanza Affatato, in cui «*la Corte di giustizia ha affermato che la medesima non è in contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, quando siano previste, «nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione*»».

57. In buona sostanza, anche la Corte di Giustizia pare aver dato indicazioni non esaustive e in parte equivoche agli interpreti nazionali sulla sanzione effettiva in caso di abusi nella successione dei contratti nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo e nell'ordinanza Affatato e la Corte costituzionale, neo-Giudice comunitario del "merito" di controversie che riguardano centinaia di migliaia di situazioni lavorative, vuole vederci chiaro e prendere tempo (come è stato chiesto in discussione all'udienza del 27 marzo 2013), censurando comunque il legislatore nazionale per invitarlo ad adottare i provvedimenti opportuni per sanare il rilevato contrasto con la disciplina comunitaria.

58. Si tratta, dunque, di una **soluzione di grande senso etico e di notevole effetto istituzionale**, che dovrebbe dare i suoi frutti razionalizzanti nella confusione generale che investe le tutele effettive nei confronti dei dipendenti pubblici precari, anche se la Consulta non ha chiesto la procedura accelerata e la causa Napolitano e a. C-418/13 rischia di essere trattata "in coda" e non contestualmente alle questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Aosta nella causa Papalia C-50/13 e dal Tribunale di Napoli nelle cause riunite Mascolo e a. C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 (v. di seguito), a meno che il Presidente della Corte di Giustizia d'ufficio non ritenga di consentire la trattazione orale congiunta di tutte le richiamate questioni pregiudiziali pendenti sulle tutele effettive dei contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego nazionale.

59. Non è un caso, allora, che il sovraffollamento delle questioni pregiudiziali (comunitarie e costituzionali) italiane ancora pendenti sulla disciplina del contratto a tempo determinato riguardano soltanto il precariato pubblico, compreso quello di Poste italiane, e che **solo questo nuovo e diretto dialogo tra Corte co-**

⁴⁹ Su cui, però, il Tribunale di Trento in tutte le ordinanze ha preso correttamente posizione, richiamando la sentenza n. 41/2011 della Corte costituzionale sulla legittimità del sistema di reclutamento scolastico: «in proposito occorre evidenziare che nel caso in esame i rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra i ricorrenti e l'Amministrazione convenuta scaturiscono da contratti stipulati - la circostanza è incontestata - nella piena osservanza della disciplina in tema di reclutamento del personale scolastico; quindi si tratta di una fattispecie rispetto alla quale non appare di immediata applicazione il disposto ex art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001, che concerne l'ipotesi dell'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni in «violazione di disposizioni imperative»».

stituzionale e Corte di Giustizia può portare a soluzioni positive della carenza di tutela dei diritti fondamentali in questo “settore”, come auspicato dalla dottrina più autorevole⁵⁰:

- a) **le sette questioni di pregiudizialità Ue⁵¹ sollevate dal Tribunale di Napoli⁵² con le ordinanze riunite Mascolo e altri, C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 sui docenti precari del comparto scuola pubblica comprese le scuole comunali**, ma che riguardano l’intera problematica dell’abuso dei rapporti flessibili nel pubblico impiego⁵³, con l’aggravante della contestuale procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea n. 2124 del 2010 nei confronti dell’Italia per mancata predisposizione nei confronti di tutto il personale della scuola delle misure preventive imposte dalla clausola 5 dell’accordo quadro comunitario (cfr. art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001), situazione di flagrante inadempimento degli obblighi comunitari che il legislatore nazionale ha esteso anche al settore della sanità pubblica (cfr. art. 10 comma 4-*ter* d.lgs. n. 368 del 2001) e che la Corte costituzionale ha avuto modo di verificare nei giudizi “conclusi” dalle ordinanze nn. 206 e 207 del 2013;
- b) **l’unica questione pregiudiziale⁵⁴ del diritto dell’Unione europea sollevata dal Tribunale di Aosta⁵⁵ con l’ordinanza Papalia C-50/13 sulla sanzione risarcitoria adeguata nel caso di abusivo utilizzo a termine per quasi trenta anni “senza soluzione di continuità” del maestro della banda musicale**

⁵⁰ Cfr. **L. Menghini**, *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., 35 e conclusiva del manoscritto, in cui l’Autore sottolinea l’impotenza del giurista di fronte alle caotiche evoluzioni legislative e che il dialogo tra le due Corti rappresenti l’unica speranza di soluzione del precariato pubblico: «**E’ questo un periodo di grande disincanto per i giuslavoristi, dato che da molto tempo non riescono ad incidere sull’evoluzione legislativa della materia e si vedono costretti ad una attività di esegesi spicciola di norme dalla portata minima, ma comunque confuse perché compromissorie, improvvisate perché dettate dall’urgenza e magari eliminate dopo poco tempo. Siamo stanchi di studiare modelli innovativi che finiscono col restare nei cassetti**».

⁵¹ «1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE;

2. quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello “Stato”, ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE ed, in particolare, anche dell’inciso “settori e/o categorie specifiche di lavoratori” e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati;

3. se, tenuto conto delle esplicitazioni di cui all’articolo 3, comma 1, lett. c), della Direttiva 2000/78/CE ed all’articolo 14, comma 1, lett. c), della Direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell’illegittima interruzione del rapporto di lavoro; in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell’ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.

4. Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia dell’Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza all’Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.

5. Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla Direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall’articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l’indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.

6. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti - dalla Direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all’articolo 8, n. 1, della Direttiva 91/533/CEE ed alle finalità di cui alla Direttiva 91/533/CEE ed in particolare al 2° “considerando”.

7. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell’effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall’art. 6, n. 2, del Trattato sull’Unione europea (così come modificato dall’art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l’art. 46 del Trattato sull’Unione) – in combinato disposto con l’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell’ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce, all’emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l’art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all’art. 10 del D.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall’Ordinamento interno di sanzionare l’abusiva reiterazione di contratti a termine.».

⁵² Est. Coppola.

⁵³ Sulla nota *querelle* del precariato scolastico, V. De Michele, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 2012, nn. 8-9, 777 ss.

⁵⁴ «Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell’allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro.».

⁵⁵ Trib. Aosta 30 gennaio 2013, C-50/13 Papalia.

del Comune aostano, in cui la Commissione europea ha concluso nelle **osservazioni scritte** depositate il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato **«deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso»**;

- c) **le otto questioni pregiudiziali⁵⁶ ex art. 267 TUEF sollevate dal Tribunale di Napoli⁵⁷ con le due ordinanze in cause C-361/12 Carratù e C-89/13 D'Aniello e altri sulla compatibilità dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183 del 2010, come interpretati dall'art. 1 comma 13 l. n. 92 del 2012, con l'ordinamento europeo**, in cui la Commissione europea nelle osservazioni scritte depositate il 21 novembre 2012 in causa C-361/12 ha precisato al punto 76 che **Poste italiane può senz'altro essere considerata un organismo sottoposto al controllo dello Stato nei confronti del quale, in ossequio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, un lavoratore a tempo determinato, quale la ricorrente Carratù, può far valere la clausola 4, n.1, dell'accordo quadro comunitario per ottenere un'indennità di licenziamento nella stessa misura riconosciuta ai lavoratori a tempo indeterminato "comparabili"**;
- d) **le quattro citate questioni pregiudiziali⁵⁸ Ue sollevate per la prima volta dalla Cassazione sul lavoro**

⁵⁶ «1) Se sia contrario al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nella applicazione della direttiva 1999/70/Ce preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla;

2) Se sia conforme all'Ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, la effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

3) Se, nell'ambito di applicazione dell'Ordinamento europeo ai sensi dell'art 51 della Carta di Nizza, sia conforme all'art 47 della Carta ed all'art 6 Cedu che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

4) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'art 3, comma 1, lett. c, della direttiva 2000/78/Ce ed all'art. 14, comma 1, lett. c, della Direttiva 2006/54/Ce nella nozione di condizioni di impiego di cui alla Clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce siano comprese anche le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro;

5) In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'Ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4;

6) se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'art 32 della legge n. 183/10 alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

7) ove la Corte di Giustizia non dovesse riconoscere ai principi esposti la valenza di principi fondamentali dell'Ordinamento dell'Unione europea ai fini di una loro applicazione orizzontale e generalizzata e quindi la sola una contrarietà di una disposizione, quale l'art 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/10 agli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce e della Carta di Nizza se una società, quale la convenuta, avente le caratteristiche di cui ai punti da 55 a 61 debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed in particolare della clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce e della Carta di Nizza;

8) ove la C.g.u.e. dovesse dare una risposta positiva ai quesiti sub 1, 2, 3 o 4) se il principio di leale cooperazione, quale principio fondante dell'Unione europea, consenta la disapplicazione di una disposizione interpretativa, quale l'art 1, comma 13, della Legge n. 92/12, che renda impossibile il rispetto dei principi risultanti all'esito delle risposte dei quesiti da 1 a 4.».

⁵⁷ Trib. Napoli, 31 luglio 2012, C-361/12.

⁵⁸ «Se siano applicabili al lavoro nautico le clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla Direttiva 1999/70/CE ed in particolare se la clausola 2, punto 1, sia riferibile anche ai lavoratori a tempo determinato assunti sulle navi traghetto che effettuano collegamenti giornalieri; - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, ed in particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale che prevede (art. 332 cod. nav.) l'indicazione di una "durata" del contratto e non del "termine" e se sia compatibile con detta Direttiva la previsione di una durata del contratto con l'indicazione di un termine finale certo in ordine all'an ("max 78 giorni) ma incerto in ordine al quando; - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, ed in par-

ro nautico⁵⁹ con tre identiche ordinanze n.15560/13 in causa Zappalà C-363/13, n.1556113 in causa Fiamingo C-362/13 e n.16680/13 in causa Rotondo e a. C-407/13, in cui parte resistente nei giudizi di riqualificazione dei contratti a termine e responsabile degli abusi nella successione dei contratti a termine è sempre una grande impresa pubblica dei trasporti (Rete ferroviaria italiana), in un settore come quello marittimo in cui la Repubblica italiana è stata già due volte censurata dalla Corte di Giustizia con le sentenze del 13 giugno 2006⁶⁰ e del 24 novembre 2011⁶¹, per avere la Suprema Corte di Cassazione espresso posizioni interpretative legittimanti la normativa in materia di sgravi o compensazioni finanziarie in favore di imprese di Stato, ma in palese violazione della disciplina comunitaria;

- e) **l'ordinanza del Tribunale di Roma del 6 dicembre 2012 n. 110/2013 Reg. ord.**⁶², con cui il Giudice romano ha dichiarato rilevante, e non manifestamente infondata, la **questione di legittimità costituzionale, sollevata d'ufficio, dell'art. 4 commi 11 e 12 l. n. 183 del 2011, nella parte in cui tali norme consentono il richiamo in servizio a tempo determinato del personale volontario dei Vigili del Fuoco in caso di (qualsivoglia) necessità delle strutture centrali e periferiche del Corpo nazionale, al di fuori dell'applicazione dei principi di cui al d.lgs. n. 368 del 2001**, e segnatamente di quello contenuto nell'art. 5, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

5. Il "preavviso" di dialogo tra Corte costituzionale e Cgue nell'udienza pubblica in Corte di Giustizia della causa "Carratù"

60. Questa situazione è emersa in tutta la sua gravità all'udienza del 5 giugno 2013 di trattazione orale della causa C-361/12 Carratù davanti alla III Sezione⁶³ della Corte di Giustizia, in cui, ancora una volta, la fattispecie del giudizio principale pendente davanti al Giudice del rinvio era rappresentata da un unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive stipulato da Poste italiane con la solita formula stereotipata per il periodo da giugno a settembre 2004.

61. Il Tribunale di Napoli, nella causa principale instaurata nel 2008, con sentenza parziale nel 2012 aveva già riconosciuto l'insufficienza della motivazione della ragione sostitutiva e convertito l'unico rapporto a termine in contratto a tempo indeterminato, salvo poi con separata ordinanza sollevare le questioni pregiudiziali Ue sulle conseguenze sanzionatorie modificate dall'art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183 del 2010.

62. Già nel contenzioso davanti alla Corte di Giustizia nella causa Sorge C-98/09 era stato sottolineato nelle osservazioni scritte della lavoratrice ricorrente che dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2005 Poste Italiane s.p.a. per più di 70 mila assunzioni a tempo determinato ha utilizzato esclusivamente⁶⁴ la causale prevista dall'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 "per esigenze di carattere sostitutivo", senza mai indicare nei contratti il nominativo o i nominativi del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e/o la causa della sostitu-

tiolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale (artt. 325, 326 e 332 del codice della navigazione) che identifica le ragioni oggettive del contratto a termine con la mera previsione del viaggio o dei viaggi da compiersi, con ciò sostanzialmente facendo coincidere l'oggetto del contratto (prestazione) con la causa (motivo della stipula a termine); - se l'accordo quadro recepito dalla Direttiva osti ad una normativa nazionale (nella specie le norme del codice della navigazione) che esclude in caso di utilizzo di una successione dei contratti (tale da integrare abuso ai sensi della clausola 5) che questi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (misura prevista dall'art. 326 cod. nav. Solo per l'ipotesi che l'arruolato presti ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno e per l'ipotesi in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni».

⁵⁹ In materia di lavoro nautico un'applicazione diretta del d.lgs. n. 368 del 2001, con argomentazioni convincenti e molto simili a quelle espresse in forma ricostruttiva dalla Cassazione nelle tre ordinanze di pregiudizialità Ue, viene prospettata da App. Reggio Calabria, 6 giugno 2013, n. 1051/13.

⁶⁰ CGCE, Sez. II 13 giugno 2006, causa C-173/03, Traghetti del Mediterraneo.

⁶¹ CGUE, Sez. III, 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione europea contro Repubblica italiana.

⁶² Trib. Roma 6 dicembre 2012, n. 110/2013.

⁶³ Presidente Ilešič (Estensore della sentenza Scattolon), Relatore Toader (già componente del Collegio della sentenza Sorge), Giudici Ó Caoimh (Estensore delle ordinanze Affatato e Vino, nonché delle sentenze Angelidaki e Sibilio), Fernlund (Estensore della sentenza Valenza e nel Collegio della sentenza Sibilio) e Jarašiūnas (Presidente della VIII Sezione nella sentenza Della Rocca C-290/12 sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato).

⁶⁴ L'art. 22 C.c.n.l. dell'11 luglio 2003, che ribadiva l'eccezionalità del contratto a termine rispetto a quello indeterminato, prevedeva alcune specifiche ragioni di apposizione del termine, ai soli fini della clausola di contingentamento (8% su base regionale di utilizzo).

zione, dal momento che per l'impresa pubblica non esistono gravidanze o altri congedi parentali, malattie, infortuni, ferie e i rapporti di lavoro a termine hanno avuto una durata media di tre mesi, con un minimo di 13 giorni ed un massimo di quattro mesi.

63. Infatti, secondo Poste italiane, con la clausola generale dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 non vi era più neanche la necessità di prevedere nuove causali contrattuali, se non quella individuata dall'accordo sindacale Poste del 26 novembre 2004 per «esigenze di espletamento del servizio di recapito in concomitanza di assenza per ferie».

64. Come è noto, anche in questo caso, come già ampiamente in passato per i contratti a termine di Poste italiane, è iniziato un consistente contenzioso per l'uso sistematico della causale "sostitutiva" (dopo l'accordo del novembre 2004 spesso accompagnata dalla precisazione che si trattava di assenza per ferie, senza mai indicare il nominativo del lavoratore sostituito) per carenze strutturali e non transitorie di personale, che ha portato a migliaia di decisioni favorevoli ai lavoratori a tempo determinato e alle conseguenti riqualificazioni dei rapporti.

65. Ebbene, all'udienza di trattazione orale della causa Carratù il Collegio lussemburghese, dopo aver acquisito dalla difesa della lavoratrice la sentenza n. 107 del 2013 della Corte costituzionale come prova del dialogo a distanza tra le Corti sulla questione del "sostitutivo Poste" per l'adesione della Consulta alla pronuncia Sorge, ha posto (spesso direttamente in lingua italiana) alcune **domande fondamentali per capire le ragioni della crisi del nostro sistema processuale del lavoro di fronte al carattere invasivo del contenzioso postale-statale** in particolare:

- che aspettativa poteva avere la lavoratrice ricorrente di stabilità del posto di lavoro per un unico contratto a tempo determinato da giugno a settembre 2004, quando lo stesso Giudice del rinvio aveva chiarito che nell'ordinamento interno sono ammesse le sostituzioni per ferie?
- come mai la causa è iniziata quattro anni dopo la cessazione del rapporto e che l'interesse in concreto non è stato ancora tutelato dal Giudice del rinvio, dal momento che ha ottenuto già il posto di lavoro stabile nel 2012?
- esiste nell'ordinamento interno una prescrizione dei diritti per quanto riguarda le azioni di riqualificazione dei contratti a termine?
- come mai la Commissione europea nelle sue osservazioni scritte ha espresso dubbi sulla normativa interna applicabile alla fattispecie?
- se al lavoratore, in caso di declaratoria di nullità del termine contrattuale, potevano essere riconosciuti ulteriori danni e di quale natura rispetto alla indennità sanzionatoria prevista dal Collegato lavoro?

66. I difensori della lavoratrice hanno anticipato alla Corte di Giustizia la sensazione del nuovo percorso intrapreso dalla Corte costituzionale di dialogo diretto con il Collegio lussemburghese o coordinandosi con le decisioni europee (sentenza n. 107/2013 in commento) o, addirittura, preannunciando la possibile rimessione pregiudiziale in via incidentale del Giudice delle leggi sul precariato scolastico, dopo le rimostranze della rappresentante italiana della Commissione europea sui troppi casi di rinvio dei Giudici di merito alla Corte di Giustizia in materia di presunto contrasto con la direttiva 1999/70/Ce, con rappresentazione di discipline interne sul contratto a tempo determinato diverse l'una dall'altra (il solito equivoco che il d.lgs. n. 368/2001 si applichi "a singhiozzo" ai contratti a termine nel pubblico impiego).

67. Sapremo il **26 settembre 2013** con il **deposito delle conclusioni scritte dell'Avvocato generale Wahl** che percezione ha ricevuto la Corte di Giustizia dalle risposte che le parti hanno fornito al Collegio, anche se l'impressione immediata dopo la discussione in sede europea è che l'ordinamento interno sarà obbligato a rivedere il meccanismo sanzionatorio introdotto dal Collegato lavoro 2010 per tutti i contratti temporanei, compresi i rapporti di somministrazione a tempo determinato⁶⁵.

68. Un dato emerge chiaro dalla discussione in sede europea: non è più tollerabile che la scelta autarchica di centinaia di migliaia di contratti a termine "unici", stipulati senza concorso per chiamata diretta da un organismo di diritto pubblico, possa ancora continuare a ricadere così negativamente sul processo del lavoro e sugli strumenti di tutela dei diritti fondamentali, al punto da determinarne il collasso sul piano giuridi-

⁶⁵ Sulla equiparazione in ordine alla sanzione introdotta dall'art. 32 comma 5 l. n. 183 del 2010 tra contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato, prima del possibile intervento censorio della Corte di Giustizia, cfr. Cass., Sez. lav., 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 331 ss., con nota di L. Fiorillo, *Il regime sanzionatorio forfettizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle*. Sul nuovo regime sanzionatorio dopo l'art. 1 comma 13 l. n. 92 del 2012, v. F. Aiello, *Primi interventi della Cassazione dopo l'interpretazione autentica del regime sanzionatorio per l'illegittima apposizione del termine*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, I, 37 ss.

co per le continue modifiche normative combinate alle legittime aspettative di stabilità lavorativa di tanti cittadini che, in una situazione di eccezionale crisi occupazionale, anelano ad un posto fisso nel pubblico impiego ricorrendo ad una tutela giudiziale che sostituisce il collocamento pubblico che non esiste più.

69. L'unica possibilità di uscire da questo vortice incontrollabile di precarietà della disciplina interna, che lo Stato e il c.d. "parastato" hanno generato si fonda proprio su quel dialogo tra la Corte di Giustizia da un lato, la Corte costituzionale e la Cassazione dall'altro, che sta emergendo faticosamente ma ineluttabilmente, anche in conseguenza della gravità della crisi economica.

6. Le soluzioni in fatto e i principi di diritto della Corte costituzionale (e della Cassazione) sul sostitutivo Poste e sull'intero d.lgs. n. 368 del 2001

70. Alla luce di quanto sin qui esposto, l'interpretazione dell'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 della Corte costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009 era chiara ma errata perché priva della verifica di compatibilità comunitaria, riportando l'orologio del tempo del diritto, sostanzialmente, alla tassatività delle ipotesi di cui alla l. n. 230 del 1962 ormai abrogata (nella conclusione della causa Sorge l'Avvocato generale Jääskinen al punto 68 scriverà di una «resurrezione fra i morti»): *«l'onere di specificazione impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione....al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto»*.

71. In netta contrapposizione con la sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale la Suprema Corte di Cassazione nelle due sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010 ha "interpretato" e limitato la decisione della Consulta, rivendicando comunque il proprio ruolo di nomofilachia autentica delle norme nazionali, e, sulle ragioni sostitutive, ha finto di condividere il contesto argomentativo della decisione del Giudice delle leggi, per creare subito dopo una incomprensibile deroga per le grandi imprese e, nello specifico, per Poste: per la grande impresa pubblica (e per le grandi imprese in generale) individuare il nominativo del lavoratore sostituito diventa troppo oneroso, per cui le esigenze sostitutive si trasformano in esigenze aziendali (c'è un evidente *lapsus* nel trascrivere le ragioni della clausola generale, laddove le esigenze sostitutive diventano letteralmente "aziendali") e organizzative.

72. Ad avviso della Suprema Corte, in una situazione aziendale complessa (quale quella di Poste Italiane), il carattere della specificità può ritenersi soddisfatto non già con l'indicazione nominativa del lavoratore sostituito, ma con la verifica di elementi ulteriori (quali l'ambito territoriale, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi lavoratori alla conservazione del posto di lavoro) che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente. Appare evidente che limitarsi a richiedere, in caso di assunzioni per esigenze sostitutive l'area geografica di operatività, la qualifica di appartenenza (senza alcun riferimento allo specifico settore di operatività) e limitare il controllo giudiziale al raffronto tra assenti (a tempo indeterminato) e assunti (a tempo determinato) significa consentire all'azienda di assumere una quota "fissa" di lavoratori "precari" destinati a sostituire in pianta stabile le ordinarie assenze del personale dovute a ferie, malattia, maternità, ecc...

73. Qual è, allora, il contenuto di specificità "consentito" delle ragioni sostitutive, se fosse consentito al datore di lavoro per ragioni di complessità aziendale non indicare il nominativo del lavoratore sostituito?

74. La Corte di appello di Bari⁶⁶, più volte richiamata nella narrativa della sentenza della Corte costituzionale in commento, dopo le sentenze gemelle nn. 1576 e 1577 del 2010 della Suprema Corte, è costretta a proporre una "integrazione" della motivazione, rilevando che non è sostenibile la tesi "fattuale" della Suprema Corte, secondo cui in realtà aziendali complesse l'individuazione fisica del personale da sostituire non è possibile. Infatti, *«anche le realtà aziendali più complesse sono strutturate sulla base di una articolazione territoriale diffusa di molteplici unità produttive, a loro volta connesse, in via gerarchica e funzionale, ad organismi intermedi tra le basi operative ed il vertice aziendale, sicché è evidente che ciascun organismo intermedio, attraverso il preposto a ciascuna sede o unità operativa, è in grado di conoscere esat-*

⁶⁶ App. Bari 8 febbraio 2010, in *Lav.giur.*, 2010, 365, con nota di V. De Michele, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*. La Corte di appello di Bari sul sostitutivo aveva già espresso lo stesso orientamento con la sentenza 9 ottobre 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, 145 ss., con commento di D. Carpagnano, *Assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo*.

tamente il lavoratore o i lavoratori assenti e, quindi, è ben in grado di renderlo noto, in sede di stipula del contratto, anche al contrattista al termine».

75. D'altra parte, dal dato formale dei contratti Poste per ragioni sostitutive non emerge mai (neppure con un'analisi "sistemica") il numero dei lavoratori sostituiti, che rappresenta secondo la Suprema Corte nelle sentenze nn. 1576-1577 del 2010 l'elemento essenziale per il rispetto dell'art. 1 commi 1 e 2 d.lgs. n. 368 del 2001 per ragioni sostitutive.

76. Dopo la Corte di appello di Bari, la Corte di appello di Roma⁶⁷, la Corte di appello di Milano⁶⁸, e, più di recente e con motivazione molto esaustiva e rigorosa la Corte di appello di Palermo⁶⁹ erano giunte alla stessa conclusione, osservando che l'assenza del/i nominativo/i del/i lavoratore/i o della causa della sostituzione non consentiva di affermare che la "motivazione" potesse ritenersi specificata in modo chiaro ed esaustivo.

77. In realtà, vi è un argomento testuale normativo nel d.lgs. n. 368 del 2001 che conferma sul piano logico-sistematico la permanenza dell'obbligo di indicare specificamente il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione e rende più efficace l'argomentazione dell'Avvocato generale nelle conclusioni della causa Sorge al punto 43 (cit.). Infatti, vi sono nel decreto del 2001 degli specifici rinvii alle fattispecie già disciplinate dalla abrogata l. n. 230 del 1962, connotate in tutta evidenza da esigenze eccezionali e transitorie o temporanee o sul piano "fattuale" o, come tali, individuate dal legislatore: «*Inoltre un rinvio alle fattispecie già disciplinate dalla legge n. 230 cit., è contenuto nella disposizione che individua le ipotesi in cui non operano limitazioni quantitative, e cioè nel caso di avvio di nuove attività, per ragioni di carattere sostitutivo e di stagionalità, per specifici spettacoli ovvero programmi radiofonici o televisivi; ed infine per l'assunzione di lavoratori ultra 55enni [art. 10, comma 7, lett. a), b), c), d), come modificato dalla legge n. 247, cit.]*»⁷⁰. In definitiva, **i contratti a tempo determinato stipulati per ragioni sostitutive sono esclusi dall'applicazione delle limitazioni quantitative previste dalla contrattazione collettiva**, ai sensi **dell'art. 10 comma 7 lett. b d.lgs. n. 368 del 2001** per la natura intrinsecamente eccezionale della causa legittimante, necessariamente legata alla sostituzione di un solo lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, per tutta la durata (e limitatamente alla durata) dell'assenza.

78. Ciò ha trovato preciso riscontro anche nella contrattazione di settore, perché sia l'art. 22 C.c.n.l. dell'11 luglio 2003 sia l'art. 24 C.c.n.l. dell'11 luglio 2007 per i dipendenti di Poste italiane s.p.a., che ribadiva l'eccezionalità del contratto a termine rispetto a quello indeterminato, ha previsto specifiche ragioni di apposizione del termine per esigenze tecniche, produttive o organizzative, ai fini dei limiti quantitativi (8% su base regionale di utilizzo), con esclusione dei rapporti a tempo determinato per ragioni sostitutive, per i quali la clausola di contingentamento non opera *ex lege*.

79. Un ulteriore elemento normativo testuale sulla necessità "ontologica" di indicare il nominativo del lavoratore sostituito quando la causa dell'apposizione del termine siano le ragioni "sostitutive" lo si ritrova nell'**art. 4 comma 1⁷¹ d.lgs. n. 151 del 2001**, nel testo modificato dall'art. 1 d.lgs. n. 115 del 2003, norma peraltro espressamente citata nell'art. 27, comma 3, CCNL per i dipendenti di Poste italiane del 2007. In definitiva, in materia di **congedi parentali** l'art. 1, comma 2, lett. b l. n. 230 del 1962 è richiamato nella sua originaria "causale sostitutiva" e nella sua originaria formulazione, senza che possa essere considerato superato dall'art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 e dalla clausola generale, nel testo dell'art. 4 comma 1 d.lgs. n. 151 del 2001 modificato, successivamente al d.lgs. n. 368 del 2001, dall'art. 1 d.lgs. n. 115 del 2003.

80. La fattispecie delle ragioni sostitutive per maternità e puerperio è stata affrontata anche dalla Corte di Giustizia nella sentenza Küçük⁷², dove la legislazione tedesca non prevede, come già anticipato, di specificare il nominativo del lavoratore da sostituire e/o la causa della sostituzione: l'importante è che la sostituzione sia effettiva di un (unico) lavoratore assente per congedi parentali con diritto alla conservazione del

⁶⁷ App. Roma, 26 aprile 2010, n. 2409; App. Roma, 24 novembre 2010.

⁶⁸ App. Milano, 21 maggio 2010.

⁶⁹ App. Palermo, 13 giugno 2012 n. 433/12.

⁷⁰ V. D. Garofalo, *Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine*, in *Il contratto a termine nel lavoro pubblico e privato*, a cura di M. D'Onghia-M. Ricci, Milano, 2009, 90.

⁷¹ «1. In sostituzione delle lavoratrici e dei lavoratori assenti dal lavoro, in virtù delle disposizioni del presente testo unico, il datore di lavoro può assumere personale con contratto a tempo determinato o utilizzare personale con contratto temporaneo, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 1, secondo comma, lettera b), della legge 18 aprile 1962, n. 230 e dell'articolo 1, comma 2, lettera c), della legge 24 giugno 1997, n. 196, e con l'osservanza delle disposizioni delle leggi medesime».

⁷² CGUE, Sez. II, 26 gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük.

posto di lavoro, fino al punto da ammettere la possibilità di sostituzioni consecutive (la Germania, avendo introdotto le ragioni oggettive temporanee come misura preventiva *standard*, non prevede nessuna disposizione sui contratti successivi se non per le ipotesi residuali a-causali, per le quali sono imposti importanti limiti temporali tra un contratto a termine e quello successivo).

81. Non è, dunque, un problema di «resurrezione tra i morti» di norme in un primo tempo abrogate, quanto piuttosto di “serietà” e coerenza del legislatore interno, in quanto l’art. 1 comma 2 lett. *b* l. n. 230 del 1962, sull’obbligo di indicare il nominativo del lavoratore da sostituire e la causa della sostituzione nel contratto a termine per ragioni “sostitutive”, ripreso dalla normativa successiva al d.lgs. n. 368 del 2001, è coesistente alla ragione di apposizione del termine perché ne connota la eccezionalità del ricorso con l’individuazione del nominativo del lavoratore sostituito, per evitarne il potenziale uso fraudolento.

82. A tal proposito, non va dimenticato che, per sottolineare la “tipicità” e la eccezionalità del ricorso alle esigenze sostitutive per giustificare l’apposizione del termine contrattuale, in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁷³ l’**art. 36 comma 1 d.lgs. n. 165 del 2001**, nel testo in vigore dal 1° gennaio 2008 fino al 24 giugno 2008 (modifiche introdotte dall’art. 3 comma 79 l. n. 244 del 2007), prevedeva testualmente sull’utilizzo dei contratti di lavoro flessibile: «**1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l’indicazione del nominativo della persona da sostituire**».

83. Allora, se vi sono tutte queste evidenze anche normative che potevano indurre la Corte costituzionale a ritenere precettivo l’obbligo di indicare il nominativo del lavoratore da sostituire in caso di contratto a tempo determinato per ragioni “sostitutive”, perché la Consulta non è stata consequenziale con i suoi precedenti e non ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 *in parte qua* ed ha finto, addirittura, l’inesistenza di un contrasto interpretativo sul punto con le sentenze della Cassazione?

84. La risposta è molto semplice: **non vi erano (più) i presupposti interpretativi che avevano reso coerente la decisione n. 214 del 2009 del Giudice delle leggi e, quindi, mancavano i parametri costituzionali che avrebbero dovuto sorreggere, ove ammissibile, una declaratoria di incostituzionalità di una nuova disposizione per ripristinare quella abrogata.**

85. Senza dubbio, vi era il precedente del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali (art. 23 comma 2 l. n. 56 del 1987), che era stato ripristinato dalla sentenza n. 44 del 2008 della Consulta per assenza di delega e violazione dell’art. 77 Cost., ma non si trattava (più) delle stesse condizioni di ammissibilità del potere rescissorio del Giudice delle leggi, per tre ordini di motivi:

- innanzitutto, la sentenza n. 44 del 2008 è stata pronunciata dopo la reintroduzione dal 1° gennaio 2008 del diritto legale di precedenza dei lavoratori stagionali con l’art. 5, comma 4-*ter* d.lgs. n. 368 del 2001, anche se la nuova disposizione non è identica rispetto a quella abrogata e ripristinata dalla Corte costituzionale, che non fa menzione del nuovo regime;
- in secondo luogo, l’aver seguito come nuova “**consulenza tecnica d’ufficio**” comunitaria sul campo di applicazione della direttiva 1999/70/Ce la sentenza *Sorge* (e la sentenza *Angelidaki*) e non (più) la sentenza *Mangold*, esclude *a priori* ogni rilievo alla (inesistente) violazione dell’art. 77 Cost., avendo già verificato la Corte di Giustizia nella decisione sull’art. 1, comma 1 d.lgs. n. 368 del 2001 la compatibilità della nuova disposizione interna con l’accordo quadro;
- infine e in conseguenza dell’adozione della soluzione della sentenza *Sorge*, la Corte costituzionale non poteva non essere sensibile a quell’invito a non ripristinare norme abrogate, che l’Avvocato generale aveva icasticamente espresso e che la Corte europea ha ripreso nella decisione.

86. La sentenza *Sorge*, infatti, chiarisce al punto 52 che l’obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di un accordo quadro nell’interpretazione e nell’applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad un’interpretazione *contra legem* del diritto na-

⁷³ Poste italiane s.p.a., come impresa pubblica che la stessa Commissione europea ha individuato quale organismo di diritto pubblico, ha sempre operato “nel limite” di convenienza economica tra la natura “pubblica” dell’organizzazione” e la vocazione “privata” dell’attività di impresa, essendo peraltro il personale in servizio ancora assoggettato al sistema di contribuzione e previdenziale del pubblico impiego.

zionale e, richiamando le conclusioni al punto 68 dell'Avvocato generale, il principio di interpretazione conforme non può affatto portare a rendere applicabili norme nazionali che non siano formalmente valide e pertinenti tanto *ratione materiae* quanto *ratione temporis* (sentenza Sorge, punto 54).

87. Dei due parametri costituzionali invocati dal Tribunale di Trani nella analitica ordinanza di rinvio l'unico ammissibile, dunque, oltre che potenzialmente fondato era quello dell'art. 3 Cost., per la flagrante violazione del principio di uguaglianza e non discriminazione tra piccole o grandi imprese ai fini del contenuto motivazionale delle ragioni sostitutive.

88. Sul punto, però, la Corte costituzionale nega la violazione perché nega la fondatezza del (falso) presupposto giuridico da cui è partita la Cassazione nelle sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010, cioè che la complessità aziendale possa costituire un *discriminen* nell'obbligo di rigorosa motivazione delle ragioni di apposizione del termine, consentendone una notevole attenuazione e una maggiore flessibilità in favore delle grandi imprese.

89. Sotto questo profilo la motivazione della Consulta rappresenta la parte più importante e "riformatrice" della prima sentenza comunitaria del Giudice delle leggi sulla disciplina del contratto a tempo determinato: **«Non è, infatti, ravvisabile alcuna discriminazione dei lavoratori subordinati assunti a termine per esigenze sostitutive da imprese di grandi dimensioni rispetto a quelli assunti alle dipendenze di piccole imprese. In entrambi i casi, in applicazione della medesima regola, il datore di lavoro deve sempre formalizzare rigorosamente per iscritto le ragioni sostitutive nella lettera di assunzione a tempo determinato. Tanto è vero che il criterio di specificazione in concreto adottato, anche se alternativo a quello primario dell'indicazione nominativa del lavoratore sostituito, dev'essere, comunque, talmente preciso da garantire appieno la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione addotta a fondamento della clausola appositive del termine, già all'atto della stipulazione del contratto. Sicché, in definitiva, la diversa modulazione del concetto di specificità dell'esigenza di supplire a personale solo transitoriamente assente non dà luogo ad un regime giuridico differenziato in base alla dimensione aziendale del datore di lavoro. E la valutazione volta per volta della rispondenza delle ragioni sostitutive rappresentate per iscritto dal datore di lavoro all'onere di specificazione di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 è necessariamente rimessa al prudente apprezzamento del giudice della singola fattispecie».**

90. Come ha fatto la Corte di Giustizia nella sentenza Sorge, la Corte costituzionale nella decisione in commento restituisce al Giudice del merito il potere di delibare e decidere la singola fattispecie dei contratti a tempo determinato per ragioni sostitutive, svuotando del presupposto interpretativo la soluzione di favore inventata dalla Cassazione nel suo decadente «diritto vivente» sul sostitutivo Poste, valorizzando, invece, totalmente il «diritto vivente» comunitariamente orientato della stessa Corte di legittimità nelle sentenze nn. 12985 del 2008, 2279 del 2010 e 10033 del 2010 e accompagnando - nell'anticiparne il quadro di legittimazione costituzionale e comunitaria della riforma del 2001 - le tre citate ordinanze della Cassazione di pregiudizialità Ue sul lavoro nautico.

91. D'altra parte, come ha fatto la Corte di appello di Bari nella citata sentenza del 2010, la Corte costituzionale utilizza *a contrario* gli stessi argomenti "fattuali" utilizzati dalla Cassazione nelle sentenze nn. 1576 e 1577 del 2010, per arrivare a conclusioni sul contenuto dell'obbligo di specificazione che sono fortemente penalizzanti per tutti i contratti per ragioni sostitutive stipulati da Poste italiane nel triennio 2003-2005: **«In conseguenza, l'apposizione del termine per "ragioni sostitutive" è stata ritenuta legittima anche quando, avuto riguardo alla complessità di certe situazioni aziendali, l'enunciazione dell'esigenza di sopperire all'assenza momentanea di lavoratori a tempo indeterminato sia accompagnata dall'indicazione, in luogo del nominativo, di elementi differenti, quali l'ambito territoriale dell'assunzione, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni e il diritto alla conservazione del posto dei dipendenti da sostituire, che permettano ugualmente di verificare l'effettiva sussistenza e di determinare il numero di questi ultimi (ex plurimis, Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenze n. 1576 e n. 1577 del 2010, cit.)».**

92. Nessun contratto a tempo determinato di Poste italiane per ragioni sostitutive consente di verificare *ex ante* l'effettiva sussistenza e di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, anche perché manca sempre la causa della sostituzione - tranne nei casi in cui dal novembre 2004 si è fatto ricorso alla sostituzione per ferie, che non a caso la Corte costituzionale richiama⁷⁴ come ipotesi "sostitutiva"⁷⁵ legittimante la

⁷⁴ «Al riguardo, occorre considerare che il regime anteriore al d.lgs. n. 368 del 2001 non si esauriva nella legge n. 230 del 1962, ma comprendeva, altresì, l'art. 23, comma 1, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro). Orbene, tale norma (che è stata definita una "delega in bianco": Cass., Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 4588) autorizzava i contratti col-

non indicazione del nominativo del lavoratore sostituito nella giurisprudenza di legittimità nel vigore della delega “in bianco” alla contrattazione collettiva - e spesso è assente anche la specificazione del diritto alla conservazione del posto di lavoro dei lavoratori sostituiti (vi è stato anche qualche caso di lavoratore deceduto “sostituito”).

7. Conclusioni: il rafforzamento della tutela e della effettività delle norme nel nuovo dialogo tra le Corti

93. Si interrompe, dunque, la stagione del *favor* alla grande impresa pubblica⁷⁶ in particolare e allo Stato in generale, e comincia un nuovo percorso interpretativo in cui il nuovo testo dell’art. 81⁷⁷ Cost. e il vincolo della parità di bilancio per rispettare gli impegni assunti con l’Unione europea va a rafforzare e non a indebolire i poteri della Corte costituzionale che, sulle leggi ordinarie nazionali, può utilizzare, alla luce della giurisprudenza comunitaria, un più pregnante vaglio di compatibilità costituzionale anche ex art. 117 comma 1 Cost., essendo venuto meno il consueto alibi delle esigenze erariali, che non possono più essere invocate dalla pubblica amministrazione quando gli abusi sulle regole e sui processi sono stati commessi in violazione di obblighi comunitari.

94. Se, come la Corte costituzionale chiaramente afferma nella sentenza n. 107 del 2013 abbandonando la tesi del “Testo unico”, il d.lgs. n. 368 del 2001 è una disciplina nuova rispetto a quella precedente abrogata, allora è evidente che la lettura e l’interpretazione costituzionale delle nuove disposizioni deve essere differente anche sulle norme in favore di Poste italiane (causale finanziaria e regime sanzionatorio agevolato) o delle imprese pubbliche che operano in altri settori (lavoro nautico) o dello Stato (scuola, sanità, vigili del fuoco volontari, lavoratori socialmente utili, ecc.)⁷⁸, prevalendo il principio di uguaglianza tra situazioni che non possono essere differenziate se non per rigorose ragioni oggettive, che la Corte di Giustizia non riconosce nelle mutevoli esigenze finanziarie erariali.

95. In questa direzione, coordinandosi perfettamente con il nuovo percorso interpretativo del Giudice delle leggi, la citata **ordinanza n. 15560 del 2013 della Cassazione**, che solleva per la prima volta varie questioni di pregiudizialità UE ai sensi dell’art. 267 TUEF sulla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368 del 2001 con specifico riferimento al lavoro marittimo, offre la visione della nomofilia del Giudice di ultima istanza rispetto all’assetto normativo di recepimento interno della direttiva 1999/70/CE che è stato realizzato con il decreto legislativo del 2001 (e con le successive modifiche ed integrazioni), con specifico riferimento alla misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee.

96. E’ finita, dunque, la stagione del contratto a termine a-causale o, meglio, della clausola generale e a-

lettivi a prevedere altre ipotesi di assunzione a termine oltre il numero chiuso delle causali (all’inizio tassativamente) stabilite dalla legge. Queste ulteriori causali di fonte contrattuale, ammissibili anche per ragioni sostitutive, potevano prescindere dall’identificazione del nominativo del lavoratore al quale quello assunto a tempo determinato sarebbe subentrato. Ciò è accaduto proprio nella contrattazione per i dipendenti della società convenuta nel giudizio a quo, ove, ad esempio, la causale sostitutiva per ferie non richiedeva alcuna specificazione di tal genere (Cass., Sez. lav., 4 agosto 2011, n. 16987 e Cass., Sez. lav., 2 marzo 2007, n. 4933). Quindi, anche nell’ordinamento previgente la regola dell’indicazione del nominativo del lavoratore sostituito non era assoluta e inderogabile».

⁷⁵ A rigore, la sostituzione per ferie è una causale organizzativa che riguarda l’ordinaria attività di impresa.

⁷⁶ Ma anche nei confronti delle grandi imprese in generale, come dimostra la controversia che contrappone la Fiom alla Fiat, nell’ambito della quale con la sentenza n.231/2013 la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’articolo 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento), nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale aziendale possa essere costituita anche nell’ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell’unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell’azienda.

⁷⁷ «Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.

Il ricorso all’indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte.

Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L’esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi.

Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.».

⁷⁸ Cfr. CGUE, Sez. VI, 15 marzo 2012, causa C-156/11, sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli.

stratta o «di una disposizione generale, in assenza di alcuna relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, che non consentirebbe di stabilire criteri oggettivi e trasparenti, idonei a verificare se la clausola di durata corrisponda ad un'esigenza reale e sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario a tale effetto (v. oltre alle già citate sentenze Adelener e a., punto 74, Del Cerro Alonso, punto 55, Angelidaki, punto 100, anche l'ordinanza 12 giugno 2008, causa C -364/07, Vassilakis e a., punto 93), così come appare egualmente incompatibile con tali finalità che le esigenze cui rispondono i contratti a termine abbiano di fatto un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, "permanente e durevole" (così fra le altre la sentenza Angelidaki, punti 103 e 106)»⁷⁹.

97. Come chiarisce, infatti, la Suprema Corte di Cassazione nella ordinanza di rinvio pregiudiziale Ue, in coerenza con quanto già precisato dal Giudice delle leggi nella sentenza in commento, il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/Ce porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale.

98. Viceversa, «l'asserita "acausalità" del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo, si pone in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato questa Corte e lo stesso giudice delle leggi, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto (così Corte cost. n. 214/2009; Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279). E, in realtà, la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all'apposizione del termine resterebbero un mero flatus vocis ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare»⁸⁰.

98. In definitiva, la a-causalità della previsione dell'art. 2 comma 1-bis d.lgs. n. 368 del 2001 non è ammessa, dovendo necessariamente essere legata la disposizione alle ragioni oggettive di cui all'art. 1 comma 1 dello stesso decreto come disciplina aggiuntiva di limiti legali di contingentamento ben più elevati (15%) da quelli previsti dalla contrattazione collettiva di settore, dovendo altrimenti ammettere che il contratto a termine con causale finanziaria può essere stipulato anche verbalmente (mancherebbe il collegamento con l'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 368 del 2001) e senza il rispetto della normativa sui contratti successivi dell'art. 5 del decreto.

99. Evidentemente, la diversa posizione assunta dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento sul primo e unico contratto e la netta scelta della Cassazione nell'ordinanza n. 15560 del 2013 sulla causalità necessaria di tutti i contratti a termine a prescindere dai settori di intervento, dovrà indurre la Suprema Corte di Cassazione a rivedere il proprio orientamento espresso nella sentenza n. 13221 del 2012⁸¹ sulla legittimazione a-causale del primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art.2, comma 1-bis d.lgs. n. 368 del 2001: «Tale ipotesi interpretativa è avvalorata dalla scarsa forza persuasiva della opposta tesi - propugnata dal ricorrente - della necessaria compresenza tanto dei requisiti di cui all'art. 1 quanto di quelli di cui all'art. 2 perché, qualora volesse ritenersi che la causalità del contratto costituisca la regola indefettibile, non vi sarebbe nessuna ragione disciplinare in modo differenziato il settore trasporto aereo, servizi aeroportuali e postale e comunque il trattamento riservato ai tre settori sarebbe peggiore rispetto a quello riservato alle altre aziende dovendo le prime rispettare tanto il limite causale quanto quello temporale e percentuale».

100. La tesi della Suprema Corte è assolutamente coerente con la sentenza n. 214 del 2009 della Corte costituzionale e con l'ordinanza Vino della Corte di Giustizia dell'11 novembre 2010 in causa C-20/10, decisioni entrambe richiamate dal Giudice di legittimità.

101. Tuttavia, seguendo la tesi del Testo unico della Corte costituzionale nella sentenza n. 214 del 2009⁸²,

⁷⁹ Cfr., Cass. n. 15560 del 2013, cit.

⁸⁰ Cfr. Cass., n. 15560 del 2013, cit.

⁸¹ Cass., Sez. lav., 26 luglio 2012, n. 13221.

⁸² Come evidenziato dall'Ufficio del Massimario della Cassazione nella Relazione 19 gennaio 2011, n. 2, Est. Buffa, dal titolo "Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità", sulla quale v. V. De Michele, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n.*

l'ordinanza Vino al punto 34 ha sbagliato termine di paragone, confondendo la l. n. 230 del 1962 con il d.lgs. n. 368 del 2001, nel cui contesto l'art. 2 comma 1-bis d.lgs. n. 368 del 2001 è stato, appunto, inserito con la legge finanziaria per il 2006: «A questo proposito occorre ricordare che, dato che spetta esclusivamente ai giudici nazionali l'interpretazione dell'ordinamento nazionale, è a questi ultimi che incombe il compito di determinare in che misura le suddette modifiche, apportate dall'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001 alla disciplina giuridica nazionale preesistente, quale ricavabile dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 230/62 e dai contratti collettivi conclusi dalle parti sociali in forza dell'art. 23, primo comma, della legge n. 56/87, abbiano provocato una riduzione del livello di tutela dei lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato, ponendo a confronto, a tal fine, il grado di tutela rispettivamente concesso da ciascuna di queste disposizioni nazionali».

102. Se la Corte costituzionale ha avuto il coraggio, la misura interpretativa e la determinazione istituzionale di operare un *revirement* sulla propria posizione del 2009 per seguire l'orientamento della Corte di Giustizia diverso e antitetico rispetto alla sentenza Mangold, non vi dovrebbero essere molti dubbi sulle capacità della Cassazione di modificare il suo orientamento *in subiecta materia* per togliere il *favor* al settore postale e ai contratti a-causali di abusivo vantaggio statale, come peraltro ha già fatto il legislatore d'urgenza dopo la sentenza n. 107 del 2013 della Consulta (v. *infra*).

103. E' finita anche la stagione della contrapposizione sindacale, iniziata proprio nella fase di approvazione del d.lgs. n. 368 del 2001, che ha avuto come effetto la svalutazione del ruolo delle OO.SS. nella regolazione della flessibilità endo-aziendale.

8. Prospettive: i primi effetti del nuovo dialogo tra le Corti nella legislazione d'urgenza

104. Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato introdotte dall'art. 7 d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (convertito in legge senza modificazioni), diversamente da quelle contenute nella riforma Fornero⁸³ vanno tutte nella direzione tracciata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 107 del 2013 di una nuova disciplina interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE che tenga conto e recuperi le migliori esperienze di flessibilità controllata della passata disciplina abrogata, puntando sulla misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee (ma non eccezionali) anche per l'ordinaria attività di impresa sin dal primo e eventualmente unico contratto, salvo le seguenti deroghe a-causali *ex lege*:

- a) sul primo e unico contratto a-causale di durata non superiore ad un anno (cfr. art. 1 comma 1-bis, lett. a d.lgs. n. 368 del 2001, nel nuovo testo, in combinato disposto con l'art. 7 comma 1 lett. b d.l. n. 76 del 2013), che può essere prorogato (a seguito della contestuale abrogazione dell'art. 4 comma 2-bis d.lgs. n. 368 del 2001) una sola volta fino ad una durata massima di trentasei mesi ex art. 4 d.lgs. n. 368 del 2001 solo ove la proroga sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto a-causale è stato stipulato, e a cui si applica anche il margine di tolleranza oltre la durata massima consentita annuale di trenta o di cinquanta giorni (a seconda che si tratti di rapporti inferiori o superiori a sei mesi), come previsto dall'art. 5 comma 2 d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo novellato dall'art. 7 comma 1 lett. c punto 1 d.l. n. 76 del 2013;
- b) in ogni ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, come previsto dall'art. 1 comma 1-bis lett. b d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo integrato dall'art. 7 comma 1

20/1962 sul contratto a termine, in *Lav.giur.*, 2011, 211 ss.

⁸³ Sulle novità in materia di contratto a tempo determinato contenute nella l. n. 92 del 2012, cfr. S. Chiusolo, *Il contratto a termine*, in *Guida alla Riforma Fornero*, in *Quaderni di wikilabour*, a cura di M. Fezzi-F. Scarpelli, in *www.wikilabour.it*, 2012, 15 ss.; V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, 19 ss.; L. Di Paola-I. Fedele, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *La riforma del lavoro*, di P. Sordi-C. Papetti-A. Palladini-G. Mimmo-I. Fedele-L. Di Paola (a cura di), 2013, Milano, pp.18-95; E. Massi, *Contratti a termine dopo la riforma Fornero*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, inserto n. 35; G. Falasca, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro – Legge 28 giugno 2012*, n. 92, in *Guida lav.*, 2012, suppl. n. 3/2012, 27 ss.; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro*, di G. Pellicani (a cura di), Milano, 2012, 49 ss.; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, L. n. 92/2012)*, in *Lav.giur.*, 2012, 927 ss.; P. Rausei, *Luci ed ombre sul restyling del lavoro a tempo determinato*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1321 ss.; F.V. Ponte, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, Napoli, 2013, pp.91-122; V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 153/2012, 1-39; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 13-25; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *Lav.giur.*, 2012, 1141-1150; G. Zilio Grandi-M. Sferrazza, *Il termine nel contratto di lavoro: riflessioni a margine della riforma Fornero*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 3, p.559 ss.

lett. *a* d.l. n. 76 del 2013, senza il limite temporale annuale del primo rapporto a-causale “di prova” ma con lo stesso regime di proroga solo per ragioni oggettive, riproponendo così l’ipotesi della delega “in bianco” alle organizzazioni sindacali di cui all’art. 23 comma 1 l. n. 56 del 1987, evocato dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento, mantenendo inoltre il limite di contingentamento come condizione di legittimità del contratto (cfr. Cass. n. 839 del 2010), ai sensi dell’art. 10 comma 7 d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo integrato dall’art. 7 comma 1 lett. *d* punto 3 d.l. n. 76 del 2013;

- c) per i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità assunti a tempo determinato per la durata massima di un anno, ai sensi dell’art. 8 comma 2 l. n. 223 del 1991, come previsto dall’art. 10 comma 1-*ter* lett. *c* d.lgs. n. 368 del 2001, fattispecie così dichiaratamente esclusa dal campo di applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE.

105. Quanto all’ipotesi dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, essa era considerata ipotesi a-causale già dalla Cassazione, seppure per fattispecie che ricadevano *ratione temporis* nel campo di applicazione della l. n. 230/1962, aveva puntualizzato l’autonoma sufficienza “soggettiva” della causa giustificativa del reinserimento lavorativo (cfr. Cass. nn. 3374 del 2003 e 16871 del 2008) e tale disciplina speciale a-causale sembrava confermata anche dall’art. 10 comma 6 d.lgs. n. 368 del 2001, che manteneva espressamente in vigore anche l’altra⁸⁴ ipotesi di contratti a termine considerata a-causale o a causalità di inserimento sociale agevolato, come la sostituzione di lavoratrici anche autonome assenti per maternità (art. 10 l. n. 53 del 2000, sostituito dall’art. 4 d.lgs. n. 151 del 2001).

106. Il rafforzamento della misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee per tutti i settori e sin dal primo contratto ha consentito anche al legislatore d’urgenza di ripristinare con l’art. 7 comma 1 lett. *c* punto 2 d.l. n. 76 del 2013, nella prima parte della nuova disposizione, il testo originario dell’art. 5 comma 3 d.lgs. n. 368 del 2001 sul lasso temporale minimo tra un rapporto a termine e quello successivo (dieci o venti giorni), che era stata eccessivamente dilatato dalla riforma Fornero, in presunta attuazione della sentenza Adeneler della Corte di Giustizia.

107. La contestuale abrogazione dell’art. 10 comma 6 d.lgs. n. 368 del 2001, disposta dall’art. 7 comma 1 lett. *d* punto 2 d.l. n. 76 del 2013 è sintomatica della nuova stagione di risistemazione normativa e interpretativa della novella del 2001, più volte modificata fino al nuovo dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia⁸⁵, che, nel rafforzamento della “nozione” e del contenuto di “specificazione” delle ragioni oggettive per tutti i settori, tranne poche “deroghe” motivate da effettive esigenze sociali o aziendali controllate dalle organizzazioni sindacali, potrebbe finalmente rendere meno frastagliato e periglioso il complesso percorso di adeguamento dell’ordinamento interno ad una direttiva comunitaria in fondo molto semplice e con contenuti minimi di tutela, che fino ad ora lo Stato si è sforzato in tutti i modi di non attuare nei confronti di se stesso.

⁸⁴ La terza ipotesi prevista dall’art. 10 comma 6 d.lgs. n. 368 del 2001 (che mantiene in vita l’art. 75 l. n. 388 del 2000) della prosecuzione con contratto a tempo determinato di durata massima biennale dei lavoratori “anziani” di prolungare l’attività di servizio dopo aver maturato i requisiti per il pensionamento di anzianità era già venuta meno con l’abrogazione della predetta norma regolativa, con l’art. 1 comma 17 l. n. 243 del 2004.

⁸⁵ Sulla problematica del dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia per una effettiva e non conflittuale tutela dei diritti fondamentali, v. G. Tesaurò, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., p.3 ss.; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 311 ss.; G. Bronzini, *Solidarietà, coesione, diritti fondamentali nel calvario istituzionale dell’Unione*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, cit., 129 ss.