

# Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine”

## SOMMARIO

1. Introduzione: la falsa prospettiva della primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale italiano. 2. Le spinte endogene alla precarietà e alla deregolazione dei rapporti flessibili e del mercato del lavoro prima della direttiva 1999/70/CE. 3. Primazia interpretativa del diritto italiano sul diritto comunitario: le ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo. 4. Il problema italiano degli abusi contrattuali dello Stato e delle imprese pubbliche per benefici economici e sgravi contributivi. 5. La diciassettesima modifica del contratto a termine dal d.lgs. n.368/2001 all’attualità. 6. Categorie di lavoratori o imprese esclusi nel/dal d.lgs. n.368/2001 “in attuazione della direttiva 1999/70/CE”. 7. La causalità dei contratti a termine in Germania sin dal 1° rapporto come principale misura preventiva introdotta per recepire la direttiva 1999/70/CE. 8. Il “caso-caos” della sentenza “italiana” Mangold: la tentata declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia sulle misure preventive dell’accordo quadro. 9. Il tormentone tutto italiano del primo e unico contratto a tempo determinato fuori della clausola 5 dell’accordo quadro. La correzione della sentenza Mangold con la sentenza Adeneler sulla nozione di contratti successivi acausali. 10. La correzione della sentenza Mangold con la sentenza Adeneler sulla definizione della temporaneità ontologica di ragioni oggettive per ogni rapporto a termine. 11. La sentenza Marquez Samohano della Corte di giustizia e la nozione “ontologica” delle ragioni oggettive temporanee del contratto a termine. 12. Il concetto “all’italiana” di norme interne di attuazione della direttiva 1999/70/CE. 13. Il contrasto “ontologico” della Corte di giustizia con il Giudice nazionale (di merito) e la crisi del dialogo per sfinimento interpretativo ed esaurimento dei chiarimenti. 14. Il contrasto “politico” della Corte di giustizia con la Cassazione e la crisi del dialogo tra le Corti: il finto inchino della “Concordia” comunitaria al giglio fiorentino nella sentenza *Fiamingo* della Corte europea. 15. Le modifiche del d.l. 34/2014 alla disciplina sul termine: no alla specificazione delle ragioni e alla sanzione speciale. 16. Proroghe, rinnovi e prosecuzione di fatto del rapporto iniziale: identità nella promiscuità. 17. Alla ricerca delle ragioni oggettive temporanee per salvare una pessima riforma. 18. Altro obiettivo del legislatore: tentato favor alle agenzie di somministrazione. 19. Potrebbe essere tornata *in peius* la l.230/1962. 20. Conclusioni “temporanee”: il cantiere dei contratti flessibili è sempre aperto, ma vi è serio pericolo di crollo

di  
Vincenzo De Michele

### 1. Introduzione: la falsa prospettiva della primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Non vi può essere una seria riflessione sulla recente riforma della disciplina del contratto a termine e del contratto di somministrazione a tempo determinato introdotta dal d.l. n.34/2014 se si continua a cadere nello stesso errore interpretativo: verificare se il diritto nazionale applicabile alla fattispecie contrattuale sia o meno conforme al diritto comunitario di riferimento, la direttiva

1999/70/CE per il lavoro a tempo determinato o la direttiva 2008/104/CE per il lavoro alle dipendenze di agenzie interinali.

Senza dubbio, un'impostazione di questo tipo potrebbe essere adeguata o necessaria per altri istituti contrattuali di diritto del lavoro, ma non per i contratti flessibili, meno che mai per il contratto a tempo determinato e per la somministrazione a tempo determinato, che nascono da esperienze normative e contrattuali italiane, successivamente assurte a dignità di normativa europea, di derivazione pattizia (l'accordo quadro comunitario) per il rapporto a termine, con lo strumento legislativo della direttiva di Consiglio per il lavoro alle dipendenze di agenzie.

In particolare, la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, che è la più importante disposizione della normativa pattizia europea sulle misure preventive idonee ad evitare e sanzionare gli abusi del contratto a termine, nasce dalle disposizioni previste nelle discipline interne e dalle esperienze giurisprudenziali di Italia e Germania prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE, cioè dalle ragioni oggettive temporanee di cui all'art.1, comma 2, della legge n.230/1962 [per quanto riguarda la misura della lettera a)<sup>1</sup> della clausola 5, n.1, e la 7<sup>a</sup> considerazione generale<sup>2</sup> dell'accordo quadro] e dall'art. 1<sup>3</sup> della legge tedesca per l'incremento dell'occupazione, come modificata con legge 25 settembre 1996 sulla durata massima totale e sul numero massimo dei rinnovi [rispettivamente le misure previste dalle lettere b)<sup>4</sup> e c)<sup>5</sup> della clausola 5, n.1, dell'accordo quadro].

Infatti, né Italia né Germania avevano necessità di recepire la direttiva 1999/70/CE almeno per quanto riguarda la clausola 5, operando già le suddette «norme equivalenti per la prevenzione degli abusi», come sottolineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n.41/2000, con cui ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo della legge n.230/1962, con una motivazione che va ora meglio apprezzata alla luce delle modifiche «liberalizzanti» introdotte dal d.l. 34/2014, ai punti 8.4, 8.5 e 8.6: «8.4. - *Qualora si consideri la lettera e lo spirito della direttiva in questione (come evidenziata in chiusura del precedente punto 8.1), l'ordinamento italiano risulta anticipatamente conformato agli obblighi da essa derivanti. Infatti, proprio la legge n. 230 del 1962 assoggettata a referendum, come risultante dalle successive modifiche e integrazioni, ha da molto tempo adottato una serie di misure puntualmente dirette ad evitare l'utilizzo della fattispecie contrattuale del lavoro a tempo determinato per finalità elusive degli obblighi nascenti da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in particolare circondando di garanzie l'ipotesi della proroga o del rinnovo del contratto e precisando i casi in cui il contratto prorogato o rinnovato si debba considerare a tempo indeterminato (art. 2 della stessa legge). 8.5. - La proposta referendaria mira per contro all'abrogazione di queste garanzie, lasciando nella legge n. 230 del 1962 unicamente l'affermazione della generale (e quindi indiscriminata) liceità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro. Orbene, è vero che il legislatore nazionale mantiene una considerevole discrezionalità nell'attuazione della direttiva nell'ordinamento interno, ma la liberalizzazione derivante dall'eventuale abrogazione dell'art. 2*

---

<sup>1</sup> La clausola 5, n.1, lettera a) dell'accordo quadro prevede quale misura preventiva quella delle «a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti».

<sup>2</sup> La 7<sup>a</sup> considerazione generale dell'accordo quadro dispone: «considerando che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi».

<sup>3</sup> L'art.1 Beschäftigungsförderungsgesetz così disponeva in Germania fino al 31 dicembre 2000: «(1) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi per la durata massima di due anni. Entro tale limite massimo totale di due anni, un contratto a tempo determinato può essere rinnovato al massimo tre volte. (2) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi senza la condizione di cui al n. 1 se il lavoratore ha raggiunto l'età di 60 anni al momento in cui inizia il rapporto di lavoro a tempo determinato. (3) I contratti di lavoro ai sensi dei nn. 1 e 2 non sono consentiti qualora esista uno stretto legame con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato o con un precedente contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi del n. 1 con lo stesso datore di lavoro. Si presume un siffatto stretto legame in particolare quando l'intervallo tra i due contratti di lavoro è inferiore ai quattro mesi. (4) La possibilità di limitare la durata dei contratti di lavoro per altri motivi resta immutata.»

<sup>4</sup> La clausola 5, n.1, lettera b) dell'accordo quadro prevede quale misura preventiva «b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi».

<sup>5</sup> La clausola 5, n.1, lettera c) dell'accordo quadro prevede quale misura preventiva quella che concerne «c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

comporterebbe non una mera modifica della tutela richiesta dalla direttiva, ma una radicale carenza di garanzie in frontale contrasto con la lettera e lo spirito della direttiva suddetta, che neppure nel suo contenuto minimo essenziale risulterebbe più rispettata. 8.6. - I promotori affermano che un'eventuale abrogazione referendaria non escluderebbe l'applicazione alla materia della disciplina generale dei contratti dettata dal codice civile. Ma tale disciplina, limitandosi a sancire disposizioni meramente comminatorie della nullità del contratto, appare assolutamente inidonea ad assolvere l'obbligo, imposto dalla direttiva, di introdurre nell'ordinamento norme volte a regolamentare sia le ragioni ed i limiti del rinnovo del contratto di lavoro a tempo determinato, sia le ipotesi di trasformazione di esso in contratto a tempo indeterminato.».

Anche in Grecia operava come unica misura preventiva e sanzionatoria quella delle ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine contrattuale, in mancanza delle quali il contratto a tempo determinato si trasformava in un rapporto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 8, n.3<sup>6</sup>, della legge n.2112/1920, relativa al recesso obbligatorio dal contratto di lavoro dei lavoratori del settore privato, e che, in base alla sentenza Angelidaki<sup>7</sup> della Corte di giustizia (punto 25), era stato interpretato dalla giurisprudenza greca (cfr. la sentenza n.18/2006 dell'Areios Pagos, la Corte di cassazione greca) come norma equivalente anche nel settore pubblico (nonostante l'art. 103, n.8, della Costituzione della Repubblica ellenica vietasse dal 3 aprile 2001 la conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego), anche nel caso di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato.

Viceversa, la Commissione europea ha operato fortissime pressioni su tutti gli Stati membri, comprese Italia, Germania e Grecia, perché si adeguassero con atto normativo formale alla direttiva 1999/70/CE nonostante la presenza di norme equivalenti a prevenire gli abusi e nonostante, per l'Italia, la sentenza n.41/2000 della Corte costituzionale ne attestasse il già avvenuto anticipato recepimento.

Si è già in altri scritti<sup>8</sup> sottolineato che l'atteggiamento della Commissione europea di forzare per il recepimento dell'accordo quadro comunitario, almeno nei confronti della Repubblica italiana, è dipeso da "questioni interne" e non da necessità sistematiche o politiche nel rapporto tra la fonte sovrazionale e gli ordinamenti interni.

In particolare, la Commissione europea, pretendendo (probabilmente anche attraverso il sostegno all'anomalo referendum abrogativo dei radicali<sup>9</sup>) la modifica della normativa interna previgente alla direttiva 1999/70/CE, ha così tentato di vanificare gli effetti della sentenza Vitari<sup>10</sup>, con cui la Corte di giustizia ha rimesso al Giudice nazionale (Pretore di Torino), sulla base della regolamentazione interna e quindi della legge n. 230/1962 (nella fattispecie, sulla natura eccezionale della proroga rispetto al contratto iniziale), il potere di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo

---

<sup>6</sup> L'art.8, n.3, FEK B' 11/18.3.1920 così disponeva fino all'entrata in vigore della normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE: «Le disposizioni della presente legge si applicano anche ai contratti di lavoro a tempo determinato nel caso in cui la durata determinata del contratto non sia giustificata dalla natura del contratto stesso, ma sia stata intenzionalmente fissata allo scopo di eludere le disposizioni della presente legge in materia di recesso obbligatorio dal contratto di lavoro».

<sup>7</sup> Corte giust., III Sezione, sent. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07 Angelidaki e a. Sulla sentenza Angelidaki, v. M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, su *Lav.giur.*, 2009, 437; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.75-81; L.Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe* 2009, Juin, Comm. n° 235, p.25-26; C.Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

<sup>8</sup> Cfr. in particolare, sulle "cause" della scelta legislativa italiana di abrogare la legge n. 230/1962 e sostituirla con il d.lgs. n. 368/2001: v. 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, n. 3, p. 237-258.

<sup>9</sup> Emma Bonino, esponente di vertice del Partito radicale italiano, è stata Commissario europeo per gli aiuti umanitari e pr la tutela dei consumatori dal 23 gennaio 1995 al 12 settembre 1999.

<sup>10</sup> Corte giust., V Sez., Pres. La Pergola, sent. del 9 novembre 2000, causa C-129/99, Vitari. Il primo commento alla "dimenticata" sentenza Vitari, a distanza di oltre dieci anni, è nella relazione tematica n.2/2011 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione del 12 gennaio 2011 sul Collegato lavoro, redatta da F. Buffa.

determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni comunitarie e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione.

## **2. Le spinte endogene alla precarietà e alla deregolazione dei rapporti flessibili e del mercato del lavoro prima della direttiva 1999/70/CE**

D'altra parte, le sollecitazioni all'Europa a favorire una maggiore flessibilità o una deregolazione della disciplina interna dei contratti temporanei provenivano già da qualche anno da una parte della giurisprudenza di merito italiana e dalla legislazione nazionale, seppure indirizzate verso il collocamento pubblico monopolista e la sua demolizione per inidoneità a realizzare l'efficiente riallocazione dei lavoratori iscritti.

La Corte di giustizia ha resistito due volte all'autolesionismo nazionale, dapprima con sentenza del 19 ottobre 1995 nella causa C-111/94 *Job Centre I* dichiarandosi incompetente a pronunciarsi sulle stesse questioni sollevate dal Tribunale di Milano per carenza di giurisdizione proponente; successivamente, con sentenza del 16 gennaio 1997 nella causa C-134/95 dichiarando la propria incompetenza a censurare la normativa interna che vieta l'interposizione di manodopera, e rilevando la "unicità" del caso italiano e la sua non trasferibilità anche territoriale sul piano comunitario rispetto alla tutela della concorrenza.

Peraltro, con il d.l. 1° ottobre 1996, n. 510 (convertito con modificazioni dalla legge n. 608/1996) l'art. 9 *bis* aveva dichiarato formalmente chiusa la stagione del collocamento pubblico monopolista, autorizzando i datori di lavoro, comprese le imprese pubbliche alla chiamata diretta generalizzata. Subito dopo, la legge Treu del 24 giugno 1997, n. 196 ha introdotto l'istituto del lavoro temporaneo attraverso le agenzie interinali con una disciplina autonoma distinta dalla legge n. 230/1962, che viene espressamente dichiarata non applicabile alla nuova fattispecie negoziale, e ha modificato la disciplina del contratto a termine, rendendone l'uso più agevole per quanto riguarda le sanzioni in caso di contratti successivi.

Nonostante ciò, al terzo tentativo di rinvio pregiudiziale "demolitivo", la Corte di giustizia con la sentenza *Job Centre 2*<sup>11</sup> ha dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». Contestualmente, con il d.lgs. n. 469/1997 vengono devolute e trasferite alle Regioni e alle Province le competenze in materia di gestione delle politiche attive del lavoro, soprattutto per agevolare la diretta utilizzazione dei fondi strutturali europei da parte degli Enti territoriali sub-statali.

Di fatto la nuova organizzazione degli uffici del lavoro o centri per l'impiego gestiti dalle amministrazioni provinciali partirà con grandissimo ritardo (molti anni per andare "a regime") e con poteri sanzionatori sostanzialmente inesistenti, attenuandosi parallelamente anche quelli ancora rimasti nella competenza degli uffici periferici del Ministero del lavoro, con sensibili effetti negativi sulla tutela delle categorie protette di lavoratori soprattutto ad altro rischio di precarietà "ontologica", come gli stagionali di cui all'art.23, comma 2, della legge n.56/1987, le figure professionali medio-basse da assumere nelle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art.16 della stessa legge, gli operai agricoli, i disabili, le cui graduatorie di accesso agevolato al mondo del lavoro o i cui regimi di collocamento

---

<sup>11</sup> Corte giust., Sez. VI, sent. 11 dicembre 1997, in causa C-55/06 *Job Centre*. La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della *Job Centre* coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro. In realtà, *Job Centre* era stata già omologata con un altro oggetto sociale due mesi prima del decreto di reiezione dell'omologa con altro oggetto e continuerà a svolgere l'attività effettiva (servizi di pulizia) fino al 2004. Sulla questione pregiudiziale *Job Centre*, v. *Riv.giur.lav.*, 1998, II, 27 con nota di M. Roccella, *Il caso Job Centre: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto; ibidem*, 22 ss., con nota di P. Ichino (difensore di *Job Centre*), *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*.

speciale scompaiono progressivamente.

### **3. Primazia interpretativa del diritto italiano sul diritto comunitario: le ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo**

Chiarito il contesto nazionale e comunitario in cui è maturata la scelta legislativa del recepimento della direttiva 1999/70/CE, la più efficace descrizione di quanto è accaduto in Italia nel 2001 con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001 e di quanto si ripropone ora con il d.l. Poletti nel 2014 è contenuta nelle tre identiche ordinanze della Suprema Corte di cassazione<sup>12</sup> sull'applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato alla gente di mare, discusse in trattazione orale all'udienza del 7 maggio 2014 davanti alla Corte di giustizia, che ha depositato in data 3 luglio 2014 l'ambigua e contraddittoria sentenza *Fiamingo*<sup>13</sup> (v. *infra*).

Sostiene la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale: «E', quindi, stato emanato il Decreto Legislativo n. 368 del 2001, attuativo di tale Direttiva comunitaria, con il quale il legislatore nazionale ha riformato interamente la disciplina dell'apposizione del termine al contratto di lavoro, abrogando la precedente normativa in materia .... nonchè tutte le disposizioni di legge comunque incompatibili e non espressamente richiamate nel decreto legislativo.... L'uso del contratto a termine è stato, in tal modo, liberalizzato nel senso che non costituisce più un fatto eccezionale rispetto all'ordinaria assunzione con contratto a tempo indeterminato essendo tuttavia richiesta sempre la sussistenza e la specificazione delle ragioni giustificative e risultando demandata ai contratti collettivi la previsione di limiti quantitativi. Il Decreto Legislativo n. 368 del 2001, articolo 1 ha, in conformità con la Direttiva 1999/70/CE, senz'altro confermato (per come già affermato da questa Suprema Corte con le sentenze del 21/05/2008, n. 12985 e dell'1/10/2010, n. 2279), pur anteriormente alla novella di cui alla Legge n. 247 del 2007, articolo 39 ("Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminate"), il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo, pur sempre, l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria rispetto al suddetto principio, anche in presenza di un sistema imperniato sulla previsione di una clausola generale ("ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo"), che ha sostituito il precedente assetto normativo, fondato prima su un elenco tassativo e tipico di ipotesi autorizzative, ai sensi della Legge n. 230 del 1962, e successivamente sulla "delega" alla contrattazione collettiva, ai sensi della Legge n. 56 del 1987, articolo 23. Ciò porta a ritenere che al datore di lavoro è richiesto di motivare l'assunzione a termine fornendo una giustificazione diversa e ulteriore rispetto a quella che normalmente conduce all'assunzione. Ed, in realtà, per poter ritenere 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, si dovrebbe dimostrare che tale esito risulti compatibile

---

<sup>12</sup> Cass., S.L., Pres. De Renzis, Est. Marotta, ordinanze 15561/2013, 15560/2013 e 16980/2013, iscritte in Corte di giustizia come cause C-362/13 *Fiamingo*, C-363/13 *Zappalà* e C-407/13 *Rotondo* ed altri. Le quattro questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione sono le seguenti: «- 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 (articolo 332 codice navale) 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 particolare la clausola 3 punto 1, osti ad una normativa nazionale (articoli 325, 326 e 332 codice navale) 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'articolo 326 codice navale 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).».

<sup>13</sup> Corte giust., III Sez., sent. 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo* ed altri.

*con la portata letterale della disposizione del Decreto Legislativo n. 368 del 2001, articolo 1, ed, ancor prima, che la norma risulti isolabile dal contesto comunitario, e cioè dai principi posti dalla Direttiva 1999/70/CE e dall'allegato accordo quadro e dall'interpretazione che degli stessi ha fornito il giudice comunitario, pur assumendo, nel caso, l'interpretazione "comunitaria" valenza anche costituzionale ex articolo 76 Cost., per essere la delega al governo (Legge n. 422 del 2000, articolo 1) strumentale e limitata all'emanazione delle norme necessarie a dare attuazione alla Direttiva medesima.».*

Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Suprema Corte nazionale sul lavoro marittimo offrono la visione della nomofilachia 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.

Viene riconosciuto il contrasto con la normativa europea del contratto a termine a-causale o, meglio, come si legge nelle ordinanze di rinvio della Cassazione, *«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)».*

Come chiarisce la Corte di cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale, 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 (nel testo vigente prima della riforma del d.l. n.34/2014), 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. 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».*

In definitiva, la Corte di cassazione con le ordinanze di rinvio sul lavoro a termine dei marittimi è apparsa avere le idee molto chiare sulla normativa interna da applicare alla fattispecie (d.lgs. n.368/2001 in luogo della normativa "speciale" del codice della navigazione) e della giurisprudenza pertinente della Corte di giustizia che giustifica sia l'estensione del campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo sia il superamento del problema interpretativo interno di quale disciplina applicare - se quella successiva "ordinaria" del d.lgs. n.368/2001 o quella anteriore "speciale" del codice della navigazione approvato con r.d. n.327/1942 -, attraverso la costituzionalizzazione ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost. della disciplina interna che recepisce gli obblighi comunitari di cui alla direttiva 1999/70/CE e il conseguente riconoscimento della primazia del diritto dell'Unione europea come in concreto applicato dall'ordinamento interno, con norme che, se compatibili con la disciplina europea che recepiscono, ne acquistano la stessa valenza: *«Il problema è, allora, quello della verifica dell'applicabilità della Direttiva comunitaria 1999/70/CE - punto di snodo per l'applicazione e corretta*

*interpretazione del Decreto Legislativo n. 368 del 2001 - anche al lavoro marittimo. E, infatti, laddove si ritenesse la suddetta applicabilità generale e la non conformità delle disposizioni del codice della navigazione ai principi di cui alla Direttiva stessa non potrebbe che derivare, specie quanto alla clausola 5, punto 1, che l'adempimento all'obbligo di prevedere misure idonee ad evitare abusi attuato dal legislatore nazionale con il Decreto Legislativo n. 368 del 2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni in quest'ultimo contenute anche ai rapporti di lavoro marittimo.».*

D'altra parte, l'art.10 d.lgs. n.368/2001, dal titolo "Esclusioni e discipline specifiche", delinea il campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 1999/70/CE. In base all'art.10 del d.lgs. n.368/2001 il lavoro a tempo determinato dei dipendenti di imprese pubbliche adibite al trasporto locale (Rete ferroviaria italiana) non è escluso dal campo di applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE. Inoltre, l'art.2 del decreto ("disciplina aggiuntiva") espressamente estende la disciplina attuativa dell'accordo quadro alle aziende del settore aereo e aereo-portuale, settore anch'esso regolamentato originariamente dal codice della navigazione e poi dalla legge n.230/1962, senza che la natura speciale ne escludesse l'assoggettamento alla nuova disciplina del lavoro a termine.

Peraltro, già nella sentenza della Corte di giustizia *Marrosu-Sardino*<sup>14</sup> (punto 13) veniva evidenziato che l'art.10 del D.lgs. n.368/2001, dal titolo "Esclusioni e discipline specifiche", delinea il campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 1999/70/CE e contiene una lista di casi in cui è esclusa l'applicazione della nuova regolamentazione relativa ai contratti a durata determinata. Nessuno di tali casi riguarda l'amministrazione pubblica e il pubblico impiego. Sempre nella sentenza *Marrosu-Sardino* al punto 14 si evidenzia che l'art.11 d.lgs. n.368/2001, dal titolo "abrogazioni e disciplina transitoria", individua le norme abrogate espressamente o implicitamente per incompatibilità con la nuova disciplina.

#### **4. Il problema italiano degli abusi contrattuali dello Stato e delle imprese pubbliche per benefici economici e sgravi contributivi.**

Nelle cause pregiudiziali sul lavoro marittimo è stato rappresentato alla Corte di giustizia che l'impresa pubblica Rete Ferroviaria italiana, come già avvenuto nei confronti di altra impresa pubblica Poste italiane nelle cause *Sorge*<sup>15</sup> e *Vino*<sup>16</sup>, ha posto identiche modalità organizzative aziendali fondate sull'abuso di decine di migliaia di contratti a tempo determinato della durata complessiva pari o non superiore a tre mesi (dodici settimane contributive, come per i marittimi di RFI), sempre legati

---

<sup>14</sup> Corte giust., II Sez., sent. 7 settembre 2006, causa C-53/04 *Marrosu-Sardino*. Sulle sentenze "gemelle" *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, cfr. A.Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in Arg. dir. lav., 2006, 6, 1639; L.Nannipieri, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001*, su Riv.it.dir.lav., 2006, II, p.742-764; L.Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G.Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A.M.Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su Foro it., 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su Foro it., 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.173-177; S.Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, relazione su Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, p. 12-16.

<sup>15</sup> Corte giust., Sez. III, sentenza 24 giugno 2010, causa C-98/09 *Sorge* contro Poste italiane. Sulla sentenza *Sorge* v. A.Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, su Mass.giur.lav., 2010, p.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*, su Riv.it.dir.lav., 2010, II, p.1050-1058; A.M. Perrino, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, Foro it., 2010, IV, Col.550-555; V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, su Lav.giur., 2010, 9, p.865-883.

<sup>16</sup> Corte giust., VI Sezione, ord. 11 novembre 2010, causa C-20/10, e 22 giugno 2011, causa C-161/11 *Vino* c. Poste italiane.

all'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, con personale indifferentemente utilizzato per l'espletamento del servizio pubblico universale postale (portalettere e logistica del recapito) oppure per servizi finanziari, economici, ecc. (addetti alla sportelleria).

Anche per Poste italiane, come per RFI, non c'è stato versamento dei contributi di disoccupazione, malattia e maternità fino al 1° gennaio 2009 in quanto impresa totalmente partecipata dallo Stato, e, a differenza di RFI, non c'è stato neanche regolare versamento dei contributi previdenziali obbligatori ai lavoratori a tempo determinato, assoggettati al regime contributivo del pubblico impiego<sup>17</sup>, che ha natura professionale e non legale.

Le contestuali ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo e della Corte costituzionale con l'ordinanza n.207/2013<sup>18</sup> sul precariato scolastico hanno, in sostanza, manifestato alla Corte di giustizia le estreme difficoltà delle Alti Corti nazionali di assicurare sul piano giudiziario la tutela piena dei diritti fondamentali dei lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni o di imprese pubbliche come RFI o Poste italiane, alle stesse condizioni dei lavoratori a termine alle dipendenze di datori di lavoro privati, quando il legislatore è intervenuto più volte dal 2001 ad oggi in difesa degli interessi delle pubbliche amministrazioni anche in forma imprenditoriale coinvolte, creando scientemente il *caos* normativo<sup>19</sup>.

Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale e della Cassazione hanno riproposto, ancora un volta, il problema della compatibilità comunitaria del primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee o a-causale, come le supplenze annuali o fino al termine delle attività didattiche del personale docente e ata della scuola pubblica (art.4, commi 1 e 2, l. n.124/1999) o i contratti di arruolamento marittimo per un numero massimo di 78 giorni all'anno stipulati da Rete ferroviaria italiana in base alle norme del codice della navigazione, senza ragioni oggettive che giustificassero il ricorso a siffatti contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che questi ultimi sarebbero utilizzati non a causa del carattere speciale del lavoro marittimo o dell'esistenza di ragioni obiettive, ma al fine di porre rimedio a carenze strutturali di personale (sentenza *Fiamingo* ed altri, punto 23).

In questi casi, la censura alla idoneità delle norme generali ed astratte a rispettare le condizioni

---

<sup>17</sup> cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 2008 nella causa C-46/07 Commissione europea contro Repubblica italiana.

<sup>18</sup> Corte cost., Pres.Gallo, Est. Mattarella, ord. 18 luglio 2013, n.207, su cui cfr. V. De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, su *Lav.giur.*, cit., 816 ss., nonché *L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 luglio 2013; in senso conforme L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv.giur.lav.*, 2013, 4, p. 425; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, 23 ottobre 2013, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>19</sup> Già l'Avvocato generale Jääskinen al paragrafo 18, 3° periodo, delle conclusioni presentate nella causa C-89/09 *Sorge* si è lamentato, a giusta ragione, della difficoltà per la Corte di Giustizia di ricostruire correttamente la disciplina interna applicabile alla fattispecie di causa, cioè l'art.1, comma 1, D.Lgs. n.368/2001: «*Gli elementi forniti dal giudice a quo e i vari elementi acquisiti agli atti dalle parti interessate procurano, in effetti, una certa sensazione di confusione quanto al contenuto del diritto nazionale in materia.*». Anche l'Avvocato generale Wahl ai paragrafi 25 e 26 delle conclusioni presentate il 26 settembre 2013 nella causa *Carratù* C-361/12 lamenta la difficoltà di ricostruzione della disciplina sanzionatoria interna, dopo l'entrata in vigore sui processi in corso dell'art.32, commi 5 e 7, della legge n.183/2010 su fattispecie identica a quella delle cause pregiudiziali sul lavoro marittimo, e afferma che «*l'ordinanza di rinvio non offre un quadro chiaro del contesto giuridico nazionale*» e che «*la descrizione della disciplina dei lavoratori con contratto a tempo determinato in Italia desumibile dall'ordinanza di rinvio è aspramente contestata dalla Poste Italiane e dal governo italiano. Purtroppo, l'udienza non ha contribuito molto a chiarire i punti controversi, vale a dire le norme applicabili prima e dopo l'adozione della legge n. 183/2010.*».



di legittima apposizione del termine contrattuale - secondo le due coordinate nozioni comunitarie di «ragione oggettiva»<sup>20</sup> e di «contratti successivi»<sup>21</sup> enunciate dalla fondamentale sentenza *Adelener*<sup>22</sup> della Corte di giustizia - proviene dalle Alte Corti nazionali italiane e ha un peso specifico e un valore politico sul piano giudiziario ben maggiore di quello del singolo Giudice di merito nazionale, ma anche, giova precisarlo, della stessa Corte di Lussemburgo (v. *infra*).

Smentendo le due ordinanze *Vino* e la sentenza *Mangold*, con la sentenza *Carratù*<sup>23</sup> su un unico contratto a tempo determinato stipulato da Poste italiane per ragioni sostitutive ai sensi dell'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 la Corte di giustizia ha riconosciuto applicabile alla fattispecie di causa la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario, senza dichiararsi incompetente, e imponendo allo Stato-Poste italiane di non regredire, applicando sui giudizi in corso la tutela dell'art.32, comma 5<sup>24</sup>, l. n.183/2010, rispetto alla tutela già assicurata dall'art.1, comma 2, del 368 in caso di assunzione

---

<sup>20</sup> La nozione di “ragioni oggettive” enunciate nelle conclusioni della sentenza *Adelener* è la seguente: «*La clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio.».*

<sup>21</sup> La nozione di “contratti successivi” enunciate nelle conclusioni della sentenza *Adelener* è la seguente: «*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, che stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola.».*

<sup>22</sup> Corte giust., Grande Sez., sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04 *Adelener*. Sulla sentenza *Adelener* v. R.Conti e R.Foglia, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr.giur.*, 2006, p.1456-1459; L.Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn.rel.ind.*, 2006, p.439-444; G.Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, *Mass.giur.lav.*, 2006, p.752-755; A. M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.48-70.

<sup>23</sup> Corte giust., III Sez., sent. 12 dicembre 2013, causa C-361/12 *Carratù* contro Poste italiane, commentata su *Lav.giur.*, unitamente alla contestuale ordinanza Papalia della Corte europea, da V. De Michele, *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, 3, 2014, pp.241-260.

<sup>24</sup> Per il commento alla nuova normativa sanzionatoria in materia di contratti a termine introdotta dal Collegato lavoro 2010 si rinvia a L. Menghini, *Il regime delle impugnazioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 139-144; Id., *I commi 5-7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Arg.dir.lav.*, 2011, p. 336 ss. (nota all'ordinanza di Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), e *I commi 5-7 dell'art. 32 cit.*; F.Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, p. 30 ss.; A.Ciriello, *L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, l. n. 183/2010*, ivi, p. 437; P. Coppola, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 88-89; R. Cosio, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 427 ss; B.Cossu – F.A.Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 896; C. De Marchis, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, II, p. 3 ss.; A. De Matteis, *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine*, *ibidem*, 2011, I, p. 11; V. De Michele, *La riforma del processo del lavoro nel “Collegato Lavoro” 2010*, in M.Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, Milano, 2011, p. 313 ss.; F.M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, ivi, 2011, pp. 24-25; G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, ivi, 2011, pp. 17-18; O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 141; F. Ponte, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, Napoli, 2013, p. 113 ss.; A.Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in *Il collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, p. 415 ss.; T. Vettor, *Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la legge n. 183 del 2010 al vaglio dei giudici*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 3, p. 751 ss.; L.Zappalà, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p. 789.

irregolare o illecita come condizione di maggior favore in base alla clausola 8, n.1, dello stesso accordo comunitario, come ribadito dalla più autorevole dottrina<sup>25</sup>.

Ecco, dunque, in risposta alle ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo il vero obiettivo del d.l. n.34/2014, sia nel testo originario che nel testo modificato in sede di conversione: nulla di nuovo all'orizzonte, ma un ritorno alle origini del d.lgs. n.368/2001 e alla sua *intentio legis*, come atto normativo concepito (in violazione di una direttiva che avrebbe dovuto invece recepire) per liberalizzare l'utilizzo dei contratti a tempo determinato e trasformato dalla giurisprudenza della Cassazione (sentenze nn.12985/2008<sup>26</sup>, 2279/2010<sup>27</sup>, sentenze citate nelle ordinanze pregiudiziali sul lavoro marittimo), della Corte costituzionale (sentenze nn.44/2008, 214/2009, pure citata dalla Cassazione nelle ordinanze pregiudiziali e 107/2013<sup>28</sup>) e della Corte di giustizia (sentenze *Adeneler*, *Del Cerro*<sup>29</sup>, *Angelidaki*, *Sorge* e *Carratù*) in un confuso, troppo rigido, sistema di norme, più volte contraddittoriamente modificate.

## 5. La diciassettesima modifica del contratto a termine dal d.lgs. n.368/2001 all'attualità

Sono diciassette, infatti, le modifiche della disciplina del contratto a tempo determinato rispetto all'originario testo del d.lgs. n.368/2001, di cui due per intervento della Corte costituzionale con la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme in materia di diritto di precedenza dei lavoratori

---

<sup>25</sup> Cfr. L. Menghini, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, su *Lav.giur.*, 2014, 5, pp.463-465; in termini sulla sentenza *Carratù v.*, R. Nunin, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione su *Riv.giur.lav.*, 2014, dattiloscritto. La Sezione lavoro della Cassazione (Pres. Miani Canevari, Est. Bandini) con sentenza del 2 aprile 2014, n.7685 ha rigettato l'interpretazione della sentenza *Carratù* proposta in questa sede ed avallata come unica possibile dalla citata dottrina, sostenendo la tesi che la mancata risposta al primo quesito del Tribunale di Napoli da parte della Corte di giustizia autorizza a sostenere la compatibilità dell'art.32, comma 5, l.183/2010 con il diritto dell'Unione. Contesta questa lettura minimalista da parte della Cassazione della recente decisione della Cgue, F.Curcuruto, *Il contratto a termine nel dialogo delle Corti: la sentenza Carratù e l'ordinanza Papalia*, relazione al Convegno *Il dialogo tra le Alte Corti sul contratto a termine*, organizzato da Agi Toscana, Firenze, 16 giugno 2014, atti in corso di pubblicazione. Secondo l'Autore la Corte di giustizia non ha risposto al quesito perché ininfluenza rispetto alla risposta già fornita sugli altri quesiti. Sull'analisi dei rilevanti effetti, anche di politica industriale delle ex Partecipazioni statali, che la sentenza *Carratù* ha già provocato e continua a causare nell'ordinamento, ci si permette di rimandare a V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte di Lussemburgo*, su *Quaderni europei*, n.60, gennaio 2014, pp. 169-213, pubblicato su [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it).

<sup>26</sup> Cass., sez. lav., Pres. Mattone, Est. Nobile, sentenza 21 maggio 2008, n.12985, su *Lav.giur.*, 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*, su *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*, su *Mass. giur. lav.*, 2008, 643.

<sup>27</sup> Cass., S.L., Pres. De Luca, Est. Ianniello, 1° febbraio 2010, n.2279 (citata dall'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa *Sorge*), su *Foro it.*, 2010, I, 1169, con nota di A.M. Perrino; su *Lav.giur.*, 2010, 4, 365 ss., con nota di V. De Michele, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*.

<sup>28</sup> Sulla sentenza n.107/2013 della Corte costituzionale, v. L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv.giur.lav.*, 2013, 4, p. 425 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2013, n. 8-9, p. 813 ss.; 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](http://www.studiogalleano.it); nonché in *Dir.prat.lav.*, 2013, 27, p. 1745 ss., con nota di G. Spolverato.

<sup>29</sup> Corte giust., Sez.II, sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05 *Del Cerro Alonso*, in *Riv.it.dir.lav.*, 318 ss. con nota di L.Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, nonché su *Foro it.*, 2007, IV, Col.617-618, con nota di G.Ricci. Le conclusioni (parzialmente difformi) sono state precisate all'udienza del 10 gennaio 2007 dall'Avvocato generale M. Poyares Maduro. Cfr. anche V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.82-87.

stagionali (sentenza n.44/2008<sup>30</sup>) e della norma aggiunta nel 2008 dell'art.4-bis con la sanzione a tempo sui processi in corso inventata per bloccare il contenzioso di Poste italiane (sentenza n.214/2009<sup>31</sup>).

C'è però una novità "culturale" in questo ennesimo urgentissimo intervento normativo: per la prima volta si tratta di una legislazione decisamente antagonista rispetto alla disciplina europea e alla giurisprudenza delle Alte Corti sovranazionali e nazionali sulla materia, piena di evidenti omissioni degli obiettivi "reali" e degli interessi economici protetti, con l'aggiunta delle stesse implicazioni "ideologiche" che hanno caratterizzato le precedenti più importanti modifiche del d.lgs. n.368/2001: quelle del 2007<sup>32</sup>, del 2008<sup>33</sup>, del 2012<sup>34</sup> e del 2013<sup>35</sup>, oltre alle novità in materia di decadenza e di regime sanzionatorio in materia di contratti a tempo determinato (art.32 l. n.183 del 2010) e alle continue modifiche della disciplina dei contratti flessibili alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (art.36 d.lgs. n.165/2001).

E' sufficiente leggere il resoconto della seduta del 6 maggio 2014 presso il Senato della Repubblica, dove è stato votato con la fiducia il testo emendato in sede di conversione del d.l. n.34/2014<sup>36</sup>, contenente le "rivoluzionarie" (ma potrebbero esserlo solo in apparenza, come vedremo) modifiche "selettive" alla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n.368/2001. Il relatore Ichino ha garantito la compatibilità comunitaria e costituzionale della nuova disciplina sul

---

<sup>30</sup> Su cui cfr. L.Menghini, *Lavoro a termine*, in Trattato sui contratti, *I contratti di lavoro*, Tomo I, 2009, Torino, 2009, 1033; V. De Michele, *Improvvisa decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2008, 4, 373; nonché *Questioni di legittimità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, *ivi*, 2008, 7, 705; A.Piccinini, *Le recenti modifiche al lavoro part-time e a tempo determinato*, su *Lav.giur.*, 2008, 5, 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.

<sup>31</sup> Su cui v. L.Menghini, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *Riv.giur.lav.*, 2009, 345 ss.; V. De Michele, *La sentenza "Houdini" della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*, su *Lav.giur.*, 2009, 1005-1020; la nota di A.M. Perrino, su *Foro it.*, 2010, 1, 53 ss.; la nota di A. Vallebona, su *Mass.giur.lav.*, 2009, 653; 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*, su [www.studiogalleano.it](http://www.studiogalleano.it); V. Angiolini e A. Andreoni, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte Costituzionale. A proposito della sentenza n. 214/09*, su [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico); 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.; 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.; P. Coppola, *Integrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir.prat.lav.*, n.20, 2010, *Inserto Bollettino Europeo Lavoro*, pp. XI – XXIII.

<sup>32</sup> L'art.1, commi 39-43, della l. 24 dicembre 2007, n.247, ha disposto le modifiche dell'art. 5, comma 2, e dell'art. 10, commi 4 e 7, c) e d), del decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE; l'abrogazione dei commi 8, 9 e 10 dell'art.7; l'introduzione del comma 01 dell'art.1 e dei commi 4-bis, 4-ter, 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies dell'art.5.

<sup>33</sup> L'art. 21 d.l. 25 giugno 2008, n.112 (convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133) ha disposto la modifica dell'art.1, comma 1 e dell'art.5, comma 4-bis, e ha introdotto l'art.4-bis, dichiarato illegittimo dalla Consulta con la citata sentenza n.214/2009.

<sup>34</sup> Nel 2012 vi sono stati ben quattro interventi normativi sul d.lgs. n.368/2001. L'art.1, comma 9, della l. 28 giugno 2012, n.92 ha disposto l'introduzione del comma 1-bis all'art.1, del comma 2-bis all'art.5 e del comma 2-bis all'art.5; la modifica dell'art.1, commi 01 e 2, dell'art.5, commi 2, 3 e 4-bis. L'art.46-bis, comma 1, lettera a), del d.l. 22 giugno 2012, n.83 (convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n.134) ha nuovamente modificato l'art.5, comma 3. L'art.4, comma 5, del d.l. 13 settembre 2012, n.158 (convertito con modificazioni dalla l. 8 novembre 2012, n. 189) ha disposto l'introduzione del comma 4-ter all'art.10. Infine, l'art.28, commi 1 e 2, del d.l. 18 ottobre 2012, n.179 (convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n.221) ha disposto la modifica dell'art.1, comma 1.

<sup>35</sup> Nel 2013 si sono succeduti tre interventi normativi sul d.lgs. n.368/2001. L'art. 7, comma 1, d.l. 28 giugno 2013, n.76 ha disposto l'abrogazione del comma 2-bis dell'art.4, del comma 2-bis dell'art.5 e del comma 6 dell'art.10; la modifica dell'art.1, comma 1-bis, dell'art. 5, commi 2 e 3, e dell'art.10, comma 7; l'introduzione della lettera c-ter all'art.10, comma 1.

<sup>36</sup> Il d.l. 20 marzo 2014, n.34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese, è stato convertito con modificazioni dalla l. 16 maggio 2014, n.78.

lavoro a termine, che allineerebbe l'Italia agli Stati più avanzati (non è precisato se in ambito Ue o nell'intero globo) e cancellerebbe quelle norme anacronistiche che hanno bloccato la flessibilità in ingresso delle imprese e la creazione di nuova occupazione, «*in attesa della riforma del mercato del lavoro che dovrà contenere anche i servizi all'impiego, il contratto di ricollocazione, la ridefinizione degli ammortizzatori sociali*», prevista a sua volta dalle deleghe contenute nel disegno di legge governativo n.1428 presentato il 3 aprile 2014, già in corso di esame in Parlamento.

Paradigmatiche a spiegare il vuoto giuridico e l'inconsistenza etica del d.l. n.34/2014, sono anche le conclusioni di Ichino nella seduta del 30 aprile 2014 della Commissione lavoro del Senato in sede di conversione in legge del d.l. n.34/2014 circa la inconferenza della sentenza della Corte costituzionale n.41/2000, dal momento che per il Relatore del d.d.l. di conversione del decreto Poletti la *ratio decidendi* della declaratoria di inammissibilità del *referendum* abrogativo riposerebbe sul rilievo che la legge investita (n.230/1962) reca la *conformazione anticipata* alla direttiva in materia e non già sul fatto che la proposta referendaria fosse «*atta a rimuovere qualsiasi limite alla stipulazione di contratti a termine*». Come si è già anticipato, la Corte costituzionale nella sentenza n.41/2000 ha sostenuto esattamente il contrario ai punti 8.6 e 8.7.

Si tratta, dunque, di “false comunicazioni sociali” quelle del normopoieuta sia nella fase dell'urgenza sia nel momento della “conversione”. In realtà, non è successo niente di particolare, nulla che non sia stato già sperimentato dal nostro legislatore, indebolito anche dalla delegittimazione etica (e giuridica) dalla sentenza n.1/2014 della Corte costituzionale sulla legge elettorale c.d. “Porcellum”, nulla che non si possa riparare con gli ordinari strumenti interpretativi.

Poiché i primi commenti critici degli interpreti sulla riforma del d.lgs. n.368/2001<sup>37</sup> sono stati piuttosto “tiepidi”<sup>38</sup>, come giustamente sottolineato in dottrina<sup>39</sup>, occorre cercare di motivare puntualmente il dissenso etico e la censura giuridica nei confronti della peggiore riforma concepita sulla regolazione del principale istituto di flessibilità del lavoro subordinato, quella che rappresenta la perfetta situazione di *caos* normativo in grado di danneggiare sia le imprese che i lavoratori.

## **6. Categorie di lavoratori o imprese esclusi nel/dal d.lgs. n.368/2001 “in attuazione della direttiva 1999/70/CE”**

Infatti, il d.lgs. n.368/2001 dall'entrata in vigore all'attualità è stato progressivamente svuotato del suo campo di applicazione, con norme che sono state inserite quasi tutte nel corpo del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE come reazione del legislatore a pronunce ritenute “favorevoli” o “sfavorevoli” nei confronti delle pubbliche amministrazioni, escludendo dalle misure preventive della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario le seguenti categorie di lavoratori o i seguenti settori:

- gli operai agricoli a tempo determinato (art. 10, co.2, già nel testo originario), pur essendo già privi di qualsiasi strumento di tutela nella riassunzione sia per la soppressione del collocamento agricolo sia per l'abrogazione del diritto di precedenza legale in caso di lavoro stagionale;
- i rapporti instaurati con le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione ed all'ingrosso di prodotti ortofrutticoli (art. 10, co.5, già nel testo originario);

---

<sup>37</sup> Ne riferisce M. Miscione, «*Jobs Act*» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, su *Lav.giur.*, 2014, 4, p.305 ss. Per la totale incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE dei contratti a-causali che sarebbero stati introdotti già nell'originario testo del d.l. n.34/2014, v. P. Coppola, *Brevi note sul decreto legge 20 marzo 2014, n.34 “Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese”*, su [www.lpo.it](http://www.lpo.it).

<sup>38</sup> V. in particolare, M. Tiraboschi (a cura di), *Jobs act: Il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, Adapt Labour studies, e-Book series 25, 28 maggio 2014.

<sup>39</sup> V. E. Gragnoli, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera regolazione del termine*, su *Lav.giur.*, 2014, 5, 445. L'Autore afferma condivisibilmente che «*se questo discutibile e pavido atteggiamento dei primi commentari fosse stato causato, anche solo in parte, dalla simpatia per l'attuale maggioranza parlamentare, verrebbe in discussione la stessa credibilità del nostro pensiero giuridico, poiché non potrebbe essere accettata una simile, discutibile conversione verso le ragioni della cosiddetta flessibilità*».

- i dirigenti con contratto a tempo determinato fino ad un massimo di 5 anni (art.10, co.4, nel testo originario);
- l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni nei settori del turismo e dei pubblici esercizi (art.10, co.3, nel testo originario);
- gli addetti al recapito e alla logistica di Poste italiane (art.2, comma 1-bis, norma inserita dalla legge finanziaria n.266/2005 con decorrenza dal 1° gennaio 2006, dopo la sentenza *Mangold*<sup>40</sup>);
- i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art.10, co.1, lett.c-bis, aggiunto dalla l. n.183/2011 a seguito del contenzioso instaurato per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine);
- i lavoratori assunti a termine per la durata massima di un anno, in quanto iscritti nelle liste di mobilità ai sensi dell'art.8, co.2, l. n.223/1991 (art.10, co.1, lett.c-ter, aggiunto dal d.l. n.76/2013, ma già nel testo originario);
- il personale docente e ata supplente delle scuole comunali (art.10, co.4-bis, aggiunto dal d.l. 70/2011 come reazione del legislatore all'ordinanza Affatato della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n.2124-2010 della Commissione europea sul precariato scolastico);
- il personale a tempo determinato, compreso quello con qualifica dirigenziale, alle dipendenze del Servizio sanitario nazionale (art.10, co.4-ter, aggiunto dal d.l. n.70/2011 come reazione del legislatore all'ordinanza Affatato della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n.2124-2010 della Commissione europea sul precariato scolastico 1);
- il personale educativo e scolastico a tempo determinato delle scuole pubbliche gestite dagli Enti locali (art.10, co.4-bis, 2ª parte, aggiunto dal d.l. n.101/2013 come reazione del legislatore all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli in causa C-63/13 tra l'insegnante Russo e il Comune di Napoli);
- tutto il personale a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art.36, commi 5-ter e 5-quater, d.lgs. n.165/2001, introdotti dal d.l. n.101/2013 dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico).

Pare evidente che - dopo la sentenza Carratù e l'ordinanza Papalia<sup>41</sup> della Corte di giustizia e in attesa delle decisioni sulle pregiudiziali del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale sul precariato scolastico - il legislatore d'urgenza è intervenuto anche per una sorta di giustizia "sociale" o "equità fiscale", cioè per consentire ai datori di lavoro privati, quanto meno con il ricorso alle agenzie di lavoro e ai contratti di somministrazione a tempo determinato, di poter ancora far utilizzare rapporti subordinati di natura temporanea, senza correre il serissimo rischio di un contenzioso cagionato dagli abusi contrattuali dello Stato e dalle sue politiche di *dumping* sociale ed economico.

## **7. La causalità dei contratti a termine in Germania sin dal 1° rapporto come principale misura preventiva introdotta per recepire la direttiva 1999/70/CE**

<sup>40</sup> V. Corte giust., Grande Sez., sent. 22 novembre 2005, causa C – 144/2004 Mangold c/ Helm, su *Lav.giur.*, 2006, 5, 459, con nota di P. Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V.Piccone e 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, p.230-234; L.Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, *Giur.it.*, 2006, p.1816-1822; L.Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, p.301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, su *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, p.111-124; A.D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, *ivi*, p.125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

<sup>41</sup> Corte giust., VIII Sez., ord. 12 dicembre 2013, causa C-50/13 Papalia contro Comune Aosta, commentata da E.Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 1, II, 86 ss.; nonché da R.Ninun, *op.cit.*, in corso di pubblicazione.

Per capire la gravità del fallimento del processo legislativo interno in materia di contratti flessibili, occorre far riferimento al falso modello normativo del diritto tedesco sul lavoro a tempo determinato, evocato spesso in sede di conversione del d.l. n.34/2014 ma totalmente diverso dal nuovo quadro disciplinare che del contratto temporaneo in Italia privo di ragioni oggettive.

Innanzitutto, va precisato che il legislatore tedesco, nonostante fosse già perfettamente adeguato alla direttiva 1999/70/CE con la citata norma equivalente dell'art.1 Beschäftigungsförderungsgesetz che prevedeva due delle tre misure previste dalla clausola 5, n.1, lettere b) e c), dell'accordo quadro, ha dato tempestiva attuazione alla normativa europea con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001.

L'art. 14<sup>42</sup> TzBfG, che disciplina i contratti a tempo determinato, ha seguito il modello italiano dell'art.1, comma 2, della legge n.230/1962 e, per la prima volta<sup>43</sup> nell'ordinamento tedesco, ha introdotto al n. 1 la misura preventiva di cui alla clausola 5, n. 1, lettera 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 citato 7° considerando dell'accordo quadro.

Le ragioni obiettive che consentono l'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato vengono analiticamente individuate con formule molto generali (sempre art. 14, n. 1), con obbligo di apporre il termine in forma scritta (art. 14, n. 4), ma senza alcun obbligo di specificazione delle ragioni oggettive. Si tratta di ipotesi caratterizzate dalla temporaneità, dalla necessità di acquisizione di competenze per l'inserimento lavorativo (compreso il patto di prova), dalle esigenze sostitutive, dalle caratteristiche produttive, da ragioni inerenti la persona del lavoratore, da esigenze

---

<sup>42</sup> L'attuale testo dell'art.14 TzBfG è il seguente:

*«(1) L'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro è consentita quando sia giustificata da una ragione obiettiva. In particolare, una ragione obiettiva sussiste qualora:*

*1- l'impresa 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.*

*(2) La durata massima consentita dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di una ragione obiettiva è di due anni. Entro tale limite, il contratto di lavoro a tempo determinato può essere rinnovato al massimo per tre volte. Non è consentito stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi della prima frase con un lavoratore che ha già avuto un rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato con lo stesso datore di lavoro. Un contratto collettivo può derogare a quanto disposto nel primo periodo fissando il numero dei rinnovi o la durata massima. Il datore di lavoro o lavoratori del settore interessato da una contrattazione collettiva ma a questa non soggetti, possono concordare l'applicazione della normativa collettiva.*

*(3) Non è richiesta una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore all'inizio del rapporto abbia già compiuto 58 anni. Non è consentita la fissazione di una durata determinata qualora sussista una stretta connessione oggettiva con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro. Una tale stretta connessione oggettiva deve, in particolare, presumersi qualora tra i due contratti di lavoro sussista un intervallo di tempo inferiore ai sei mesi.*

*(4) L'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro necessita della forma scritta».*

<sup>43</sup> Nella sentenza Mangold la Corte di giustizia ricostruisce ai punti da 14 a 19 la normativa nazionale tedesca prima e a seguito del recepimento della direttiva 1999/70/CE. La Corte corregge gli errori ricostruttivi commessi dall'Avvocato generale italiano nelle conclusioni scritte depositate il 30 giugno 2005, che aveva affermato come già operante la norma sulla causalità oggettiva sin dal 1° contratto a tempo determinato, che invece è stata introdotta solo in sede di recepimento con la nuova disciplina del 2000. Le conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza Mangold del 22 novembre 2005 giustificano l'introduzione nella legge finanziaria n.266/2005 dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001, la norma acausale in favore di Poste italiane.

finanziarie di bilancio delle pubbliche amministrazioni oppure con termine stabilito a seguito di una transazione giudiziale. E' una flessibilità ragionevole, che si è dimostrata più efficace ad incentivare nuova occupazione rispetto alla legislazione precedente, caratterizzata da mere ipotesi a-causali.

Le altre due misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1 (lett. *b* e *c*), già previste nella precedente disciplina nazionale, vengono conservate in via sussidiaria ed eccezionale, applicandole ai contratti a termine stipulati in assenza di una ragione obiettiva, introducendo la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla durata massima complessiva di due anni o al numero massimo di rinnovi, ai sensi dell'art. 14, n.2, TzBfG, che è stato il modello di riferimento per il 1° e unico contratto a-causale previsto dall'art. 1, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001 (disposizione ora abrogata dal d.l. 34/2014), perchè potevano essere stipulati contratti a-causali della durata massima complessiva di due anni, con massimo tre rinnovi "consecutivi" all'interno dello stesso periodo di durata temporale, e quindi dell'unico contratto. Infatti, sia nella norma tedesca sia nella omologa norma italiana il contratto privo di ragioni oggettive non poteva essere stipulato in presenza di precedente rapporto di lavoro a tempo determinato o a tempo indeterminato con lo stesso datore di lavoro.

Come unica fattispecie a-causale "tipica", l'art. 14, n.3, TzBfG non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all'inizio del rapporto avesse già compiuto 58 anni, con espresso divieto di stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi fosse una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro (connessione obiettiva sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi sia un intervallo di tempo inferiore ai 6 mesi). Il limite di 58 anni è sostituito fino al 31 dicembre 2006 con quello di 52 anni.

Questa disposizione verrà assurdamente considerata dalla sentenza *Mangold* in contrasto con la direttiva comunitaria antidiscriminatoria n. 2000/78/CE, nonostante di trattasse di un primo e unico contratto a tempo determinato che non superava il limite massimo di durata dei rapporti a termine successivi a-causali con lo stesso datore di lavoro (due anni).

Infine, l'articolo 16 del TzBfG ha previsto che, in caso di invalidità del contratto di lavoro a tempo determinato, detto contratto sarà riqualificato come contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In buona sostanza, recependo l'accordo quadro comunitario il legislatore tedesco ha modificato il sistema di tutele antiabusive in materia di contratti a tempo determinato senza differenziazione tra rapporti alle dipendenze di datori di lavoro privati o pubbliche amministrazioni, impostandolo su quelle ragioni oggettive a temporaneità "tipizzata" sin dal 1° ed eventualmente unico rapporto, che possono anche essere concatenati e senza soluzione di continuità temporale purchè tutti giustificati da ragioni oggettive, disciplinando la successione dei contratti soltanto per i rapporti a termine "acausali", affidati nella loro specificazione alla contrattazione collettiva (art.14, n.2, TzBfG).

Pertanto, solo nel caso della acausalità espressamente dichiarata e "scritta" nella norma (e non quella dichiarata soltanto "verbalmente" negli atti parlamentari, come nell'attuale testo dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001), in Germania trovano applicazione le due misure preventive (già) previste dall'ordinamento interno di cui alla clausola 5, n.1, lettere *b* e *c*), dell'accordo quadro comunitario.

Limitando la soluzione della acausalità del contratto a tempo determinato a situazioni eccezionali per favorire il reinserimento lavorativo dei soggetti più svantaggiati per età o a esigenze produttive o economico-sociali contingenti da gestire attraverso il contratto collettivo, il legislatore tedesco ha operato una scelta di riorganizzazione normativa radicale finalizzata ad una maggiore flessibilità nell'uso del modello contrattuale regolamentato dalla direttiva 1999/70/CE, adottando il

modello spagnolo<sup>44</sup> con possibilità di ricorso “a cascata” (per lo più per le esigenze sostitutive, essendo oggettivamente incompatibile la ripetizione contrattuale con le altre ragioni oggettive tipizzate) a contratti a termine anche senza soluzione di continuità, purchè assistiti dall’ipotesi causale prevista dall’art.14, n.1, TzBfG.

Si è trattato di una scelta vincente, evidentemente, sul piano macroeconomico, di un vero modello di flessibilità ragionevole, molto vicino a quello introdotto dal legislatore italiano con la riforma Fornero e vigente prima del 21 marzo 2014, compreso il contratto a-causale di durata annuale (che è comunque simile anche alle ragioni oggettive di inserimento per “prova” del diritto tedesco, oltre che alla previsione dell’art.14, n.2, TzBfG), completamente all’opposto dell’attuale sistema regolativo imposto d’urgenza dal d.l. n.34/2014.

Saremmo molto curiosi, pertanto, di conoscere quali siano i Paesi più avanzati, diversi dalla Germania, che avrebbero già sperimentato la nuova flessibilità moderna “all’italiana”.

## **8. Il “caso-caos” della sentenza “italiana” Mangold: la tentata declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia sulle misure preventive dell’accordo quadro**

Il modello tedesco di flessibilità in entrata, seppure faticosamente, ha passato il vaglio di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE, grazie all’interazione tra la giurisprudenza italiana e quella tedesca delle rispettive Corti costituzionali e di Cassazione, con particolare riferimento alla Cassazione italiana, che ha corretto i clamorosi e, per molti aspetti ancora inspiegabili, errori commessi nella criticatissima<sup>45</sup> sentenza “italiana” Mangold dalla Corte di giustizia.

In realtà, se il legislatore italiano ha abusato nel modificare, integrare, depotenziare o annullare le tutele preventive in materia di abusi nella successione dei contratti a termine sia nel pubblico impiego che nel lavoro privato, creando l’attuale situazione di *caos* normativo e giurisprudenziale, vanno però individuati anche i responsabili del (mancato) controllo sulla compatibilità comunitaria e sulla legalità costituzionale delle norme interne.

La confusione è stata causata, oltre che dalle iniziative della Commissione europea per coprire la perdita di autonomia organizzativa causata dalla sentenza Vitari, dalla Corte di giustizia con le troppe contraddizioni, incertezze, omissioni, interpretazioni di favore o *ad personam* e superficialità riscontrabili nella sua giurisprudenza a partire dalla disastrosa sentenza Mangold, il caso di scuola inventato<sup>46</sup> dall’avvocato tedesco Helm e incredibilmente ritenuto ammissibile e rilevante dalla Corte di

---

<sup>44</sup> Per una eccellente ricostruzione del quadro normativo interno nella comparazione con la disciplina spagnola, v. a Olivieri, *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità del sistema*, in *Arg.dir.lav.*, 2013, 2, 285 ss.

<sup>45</sup> V. le conclusioni dell’Avvocato generale D. Ruiz-Jarabo Colomer nelle cause riunite “Michaeler” C-55/07 e C-56/07, decisa con la sentenza del 24 maggio 2008 della Corte di giustizia, III Sezione; le conclusioni dell’Avvocato generale L.A. Geelhoed nella causa “Chacón Navas” C-13/05, decisa con la sentenza dell’11 luglio 2006 della Corte, Grande Sezione; le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs nella causa “Lindofer” C-227/04, decisa con la sentenza dell’11 settembre 2007 della Corte, Grande Sezione; le conclusioni dell’Avvocato generale E. Sharpston nella causa “Bartsch” C-427/06, decisa con la sentenza del 23 settembre 2008 della Corte, Grande Sezione; le conclusioni dell’Avvocato generale J. Mazák nella causa C-411/05 Palacios de La Villa, decisa con la sentenza del 16 ottobre 2007 della CGUE, Grande Sezione; le conclusioni dell’Avvocato generale J. Kokott nella causa “Gambazzi” C-394/07, decisa con la sentenza del 2 aprile 2009 della Corte di Lussemburgo, I Sezione. Nelle conclusioni della causa C-427/06 Bartsch depositate il 22 maggio 2008, l’Avvocato generale Sharpston sottolinea in modo efficacissimo ai punti da 31 a 41 come la Corte di Giustizia abbia recepito le pesanti critiche alla Mangold e ne abbia corretto le distorsioni, senza mai citare né gli autori delle critiche (gli Avvocati generali) né il merito delle stesse critiche e neanche la Mangold, quando la soluzione adottata poteva apparire in contrasto con l’interpretazione scelta dalla Grande Sezione. Nessuna Corte superiore può permettersi la perdita di *auctoritas* di riconoscere *apertis verbis* i propri errori: l’importante è riuscire a correggerli e la Corte di Giustizia lo ha fatto.

<sup>46</sup> Il Tribunale del lavoro di Ratisbona con ordinanza del 16 giugno 2004 aveva sollevato nella causa C-261/04 identiche questioni di pregiudizialità rispetto a quelle proposte dal Tribunale del lavoro di Monaco nella causa Mangold. Il ricorrente era tale Gerhard Schmidt contro un vero datore di lavoro (Fa. Sennebogen Maschinenfabrik GmbH). Le due



Lussemburgo, al punto da discuterne addirittura in Grande Sezione, posticipando la discussione della causa più rilevante e più antica di ruolo, la pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Genova nella causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* sul precariato pubblico italiano.

Sono state proprio la Cassazione e la Corte costituzionale nazionali a sostituirsi o a supportare la Cgue nel costruire la fase ascendente della ricostruzione sistematica della disciplina comunitaria sul lavoro a tempo determinato, destrutturata dalla sentenza *Mangold*.

Infatti, è stata per prima la sentenza n.12985/2008 della Corte di cassazione, in combinato disposto con la sentenza n.44/2008 della Corte costituzionale (che sulla disciplina del diritto di precedenza dei lavoratori stagionali ha riformato il precedente dell'ordinanza n.252/2006, che aveva richiamato la 1<sup>a</sup> sbagliata decisione della Corte di giustizia sul contratto a tempo determinato), a correggere e sostituire la inaccettabile interpretazione della sentenza *Mangold* sulla irricevibilità della questione sollevata dal Giudice del rinvio in merito alla clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro comunitario nel rapporto con la situazione processuale del primo e unico contratto a termine a-causale del sedicente abusato dipendente "anziano" dell'avvocato Helm.

La Suprema Corte di legittimità ha accolto così l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, ponendo l'onere giudiziale della prova della sussistenza delle ragioni temporanee a carico del datore di lavoro (come era nella precedente disciplina dell'art.3 della legge n.230/1962) come estensione dell'obbligo formale di specificazione delle ragioni oggettive già nel contratto (anche il 1°) di assunzione (obbligo che, invece, non era previsto nella previgente disciplina se non per le ragioni sostitutive, come verrà sottolineato opportunamente dalla Cgue nella sentenza *Sorge*).

L'orientamento della Cassazione è stato duramente attaccato dal legislatore del d.l. n.112/2008, ma sarà confermato sia dalla Corte costituzionale dapprima nella sentenza n.214/2009 e soprattutto nella sentenza n.107/2013, che richiama e applica la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive, sia dalla stessa Corte di legittimità nelle sentenze nn.2279/2010, 10033/2010 e 7244/2014<sup>47</sup>.

Uniformandosi all'orientamento della Cassazione italiana, la Corte di Karlsruhe – Seconda Sezione, con ordinanza del 6 luglio 2010 nella causa *Honeywell o Mangold/Urteil*, depositata il 26 agosto 2010 e dopo aver atteso quattro anni per decidere il ricorso n.2661/06 contro la sentenza *Mangold* della Corte di giustizia (accusata di atto "legislativo" *ultra vires*), lo ha dichiarato ricevibile ma lo ha respinto, ritenendo sostanzialmente 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 e che alla Corte di Lussemburgo dovesse comunque essere riconosciuto un certo margine di errore.

L'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni della causa *Angelidaki* riprenderà il passaggio interpretativo della sentenza n.12985/2008 della Corte suprema italiana ai punti 105-107<sup>48</sup>, concludendo

---

cause avrebbero potuto essere riunite. Invece, con incredibile velocità processuale il Tribunale di Ratisbona con ordinanza dell'8 dicembre 2004 ha ritirato la pregiudiziale comunitaria e, in conseguenza, con ordinanza presidenziale del 31 gennaio 2005 la Corte di giustizia ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo. Viene il fortissimo dubbio che il difensore del Sig. Schmidt fosse proprio l'avv. Helm.

<sup>47</sup> Cass., S.L., Pres. Roselli, Est. D'Antonio, 27 marzo 2014, n.7244, inedita.

<sup>48</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa *Angelidaki*, punti 105-107: «105. Un fabbisogno meramente temporaneo del datore di lavoro può senza dubbio costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, in via di principio idonea a giustificare il ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato. Ciò risulta con particolare evidenza nelle ipotesi di lavoro stagionale e di realizzazione di determinati progetti, limitati quanto a durata ed oggetto, qualora essi comportino per il datore di lavoro un picco occupazionale ma non determinino un carico di lavoro duraturo. 106. Se, tuttavia, vi sono disposizioni legislative che definiscono in tal senso il fabbisogno temporaneo del datore di lavoro quale ragione obiettiva per l'utilizzo del lavoro a tempo determinato, tutte le autorità nazionali – comprese quelle amministrative e giudiziarie – devono peraltro assicurare, nel

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.

### **9. Il tormentone tutto italiano del primo e unico contratto a tempo determinato fuori della clausola 5 dell'accordo quadro. La correzione della sentenza *Mangold* con la sentenza *Adeneler* sulla nozione di contratti successivi acausali.**

Ma perché è sbagliata la sentenza *Mangold* (e sono sbagliate le conclusioni dell'Avvocato generale italiano che le ha ispirate) nella parte in cui sostiene che la clausola 5, n. 1, lettera a), dell'accordo quadro non si applica ai lavoratori con un primo e unico contratto a tempo determinato, conclusioni confermate, tra l'altro, formalmente dalla sentenza *Angelidaki*, salvo poi le precisazioni sulla nozione di "norma equivalente", in base alla quale anche il primo e unico contratto a tempo determinato rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE?

La risposta appare sufficientemente scontata.

Con la declaratoria di irricevibilità della questione interpretativa sul primo e unico contratto a tempo determinato acausale in relazione alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro, la Corte di giustizia si era dichiarata incompetente in tutti quei casi in cui il possibile utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato riguardasse l'illiceità o l'irregolarità<sup>49</sup> di un solo contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee, cioè si era dichiarata incompetente sempre rispetto ai casi nazionali, tutte le volte in cui una clausola generale e astratta (come quella prevista attualmente dall'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001) e un intervallo minimo troppo ridotto tra un contratto a termine e quello cronologicamente seguente con lo stesso datore di lavoro (come i 10 o 20 giorni previsti dall'art.5, comma 3, d.lgs. n.368/2001 nel testo originario e nel testo attuale) consentissero l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, senza nessuna sanzione interna ad incidere sul carattere fraudolento della "prassi" gestionale legittimata dalle norme.

Questa opzione interpretativa, con cui la Corte di giustizia si era autoesclusa dal ruolo di interprete autentico della direttiva 1999/70/CE in aperto contrasto con il parere espresso dalla CES (firmataria dell'accordo quadro comunitario), nasceva, come già anticipato, da un contesto interpretativo italiano e dalla necessità per la Corte europea di sottrarsi al vaglio di compatibilità comunitaria rispetto alle scelte discrezionali dell'Italia in materia di misure preventive e sanzionatorie di cui alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario anche in materia di pubblico impiego (la causa *Marrosu-Sardino*, la prima pregiudiziale comunitaria sulla direttiva 1999/70/CE verrà trattata e decisa dalla Grande Sezione dopo le cause *Mangold* e *Adeneler*, la prima un caso inventato, la seconda meno importante e strutturale di quella italiana, anche perché già risolta dalla giurisprudenza greca in senso favorevole ai lavoratori precari pubblici).

Del resto, la sentenza *Mangold* è stata immediatamente rivista nelle conclusioni dalla sentenza *Adeneler*, con le due ricordate nozioni di "ragioni oggettive" e di "contratti successivi" applicate in

---

*rispettivo ambito di competenza, un'applicazione di queste disposizioni conforme alla direttiva, affinché le stesse possano consentire un'effettiva prevenzione degli abusi. 107. Risulterebbe in contrasto con la finalità di prevenzione degli abusi che sta alla base della clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro, se le suddette disposizioni di legge nella prassi venissero convertite nel loro contrario, fornendo una giustificazione per il ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato proprio nei casi in cui, in realtà, non viene soddisfatto un fabbisogno temporaneo, bensì un fabbisogno permanente e durevole del datore di lavoro».*

<sup>49</sup> La tipologia dei vizi del contratto a tempo determinato sotto il profilo dell'abusivo utilizzo formale o sostanziale è quella utilizzata nella sentenza *Carratù* della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 in causa C-361/12, in riferimento all'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 e ad un unico contratto per ragioni sostitutive.

combinato disposto, con una evidente forzatura interpretativa da parte della Corte di Lussemburgo, che si può agevolmente ricavare dalla descrizione della fattispecie della causa pregiudiziale.

I ricorrenti nella causa principale esercitavano le professioni di addetti al prelievo di campioni, di segretari, di tecnici e di veterinari, avendo stipulato a partire dal maggio 2001 con l'ELOG, persona giuridica di diritto privato appartenente al settore pubblico con sede a Salonico, diversi contratti di lavoro a tempo determinato che la Cgue qualifica come "successivi", gli ultimi dei quali erano scaduti tra il giugno e il settembre 2003 senza essere rinnovati. Ciascuno di tali contratti, sia il contratto iniziale sia ogni contratto "successivo" (sempre così qualificato dalla Corte europea), era stato stipulato per una durata di 8 mesi e tra i diversi contratti intercorrevano periodi di durata variabile tra un minimo di 22 giorni e un massimo di 10 mesi e 26 giorni. I ricorrenti nella causa principale venivano ogni volta riassunti per occupare lo stesso posto di lavoro per il quale era stato stipulato il contratto originario (sentenza *Adeneler*, punto 24).

La qualificazione di contratti successivi della fattispecie contrattuale deliberata dalla Corte di giustizia stravolge quella richiesta dalla clausola 5, n.2, lettera b), dell'accordo quadro, affidata alla totale discrezionalità degli Stati membri.

Infatti, la Repubblica greca, nel 1° recepimento della direttiva 1999/70/CE con decreto presidenziale n. 81/2003, entrato in vigore il 3 aprile 2003, aveva previsto nella originaria versione dell'art.5, n.1, che il rinnovo illimitato dei contratti di lavoro a tempo determinato era consentito se giustificato da una ragione obiettiva, che sussisteva in particolare qualora la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare (lettera a) e si presumeva, salvo prova contraria da parte del lavoratore, nei settori di attività che vi si prestano in ragione della loro natura o del lavoro in essi svolto (lettera b).

Inoltre, l'art.5, n.3<sup>50</sup>, d.P.R. n.81/2003 nell'originaria formulazione riproponeva formulazione quasi identica all'art.14, n.2, TzBfG, con la sostanziale differenza, rispetto alla Germania, che i contratti a-causali della durata massima di due anni, con non più di tre rinnovi, potevano essere non concatenati ma rinnovati illimitatamente senza ragioni oggettive, ove si rispettasse l'intervallo minimo di 20 giorni tra un contratto e l'altro che impediva che fossero considerati "successivi" i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore (n.4).

La Grecia con le predette norme sembrava aver dato "formalmente" corretto adempimento all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, in parte riproducendo con diversa formulazione la clausola generalissima delle ragioni ("obiettive" nella norma greca, senza qualificazione nella norma italiana) dell'originario testo dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001, e anche la possibilità della specificazione "indiretta" delle ragioni come nella previsione del comma 2 della citata norma patria; in parte disciplinando contratti a-causali secondo il modello tedesco, da cui il legislatore ellenico si discosta attraverso la previsione della successione dei contratti, che ne rende l'uso pressochè illimitato.

Tuttavia, almeno formalmente, le originarie norme elleniche di tutela contro gli abusi, in attuazione della direttiva 1999/70/CE, apparivano molto più garantiste per i lavoratori precari rispetto all'originario testo del d.lgs. n.368/2001, in cui a) le misure sanzionatorie erano riservate al solo art.5,

---

<sup>50</sup> L'art.5, n.3, d.P.R. n.81/2003 così disponeva fino alla modifica introdotta dal d.P.R. n.180/2004: «*Se la durata dei successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato supera complessivamente i due anni in assenza di una delle ragioni di cui al n. 1 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che essi vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Se nel detto periodo di due anni vi sono stati più di tre rinnovi successivi, ai sensi del n. 4 di questo articolo, in assenza di una delle ragioni di cui al n. 1 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che i contratti corrispondenti vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. In ognuna di tali fattispecie l'onere della prova contraria ricade sul datore di lavoro.*».

che è ancora titolato oggi “Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti”; b) la misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo e unico contratto a tempo determinato era ancora nascosta nelle pieghe dell’interpretazione giurisprudenziale, dal momento che la sanzione prevista dall’art.1, comma 2 (nel testo originario), della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto a termine poteva essere applicata, in base alla lettera della disposizione, soltanto per mancanza del requisito formale delle “ragioni” sostitutive, tecniche, organizzative e produttive del comma 1 dello stesso articolo, di cui non era indicata neanche la natura (se oggettiva o anche soggettiva delle ragioni); c) mancava una disposizione (l’abrogato art.1, comma 1, della legge n.230/1962) che precisasse la eccezionalità del ricorso al contratto a termine rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato; d) le ragioni potevano essere specificate anche indirettamente (Cass. n.2279/2010 preciserà che l’unica modalità di corretta specificazione “indiretta” delle ragioni oggettive è il richiamo alla contrattazione collettiva: ma si tratta di una creazione della giurisprudenziale di legittimità per colmare il vuoto normativo e la mancanza di tutele preventive).

Se avesse seguito l’orientamento interpretativo della sentenza *Mangold*, la Grande Sezione della sentenza *Adeneler* avrebbe dovuto dichiararsi incompetente, trattandosi di fattispecie di tanti singoli contratti “unici” e non di contratti successivi, perché tra un contratto a tempo determinato e l’altro con lo stesso datore di lavoro è stato rispettato l’intervallo temporale minimo previsto dalla norma interna, qualche volta anche abbondantemente come nella identica fattispecie dei lavoratori marittimi italiani nelle cause riunite *Fiamingo* ed altri (7/8 mesi).

Invece, le risposte ai quesiti pregiudiziali della sentenza *Adeneler* sono di riappropriazione della competenza interpretativa da parte della Corte di giustizia anche sul primo e unico contratto a tempo determinato, attraverso la dilatazione della nozione di contratti successivi, in presenza di norma generale ed astratta che non consente di individuare le ragioni oggettive temporanee che giustificano l’apposizione del termine al contratto di lavoro, rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato.

Sostiene la Corte europea, andando sicuramente *ultra vires*, che il rinvio alle autorità nazionali per la definizione delle modalità concrete di applicazione dei termini «successivi» e «a tempo indeterminato», ai sensi della clausola 5, n.2, dell’accordo quadro si spiega con la volontà di salvaguardare la diversità delle normative nazionali in materia, ma la discrezionalità così lasciata agli Stati membri non è illimitata, poiché non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l’effettività dell’accordo quadro. In particolare, tale discrezionalità non deve essere esercitata dalle autorità nazionali in modo tale da condurre ad una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo (sentenza *Adeneler*, punto 82).

La nozione comunitaria di contratti successivi, in deroga alla previsione normativa interna, diventa nozione chiave persino per la definizione del campo di applicazione delle disposizioni nazionali volte ad attuare l’accordo quadro (sentenza *Adeneler*, punto 83), perché al datore di lavoro sarebbe sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato con lo stesso impiego, sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario «permanenti e durevoli», rimettendo in discussione la tutela dei lavoratori contro l’utilizzazione abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell’accordo quadro (sentenza *Adeneler*, punto 88).

Va anche precisato che la Grecia, come la gran parte degli altri Stati membri (Germania compresa), ha reagito immediatamente sul piano legislativo alle sollecitazioni di corretto adeguamento alla direttiva 1999/70/CE che provenivano dal dialogo tra i Giudici nazionali e la Corte di giustizia, al

punto che, subito dopo il deposito dell'ordinanza pregiudiziale della causa *Adeneler*<sup>51</sup>, l'art.5<sup>52</sup> del d.P.R. 81/2003 è stato modificato dal d.P.R. 180/2004 con la specificazione delle ragioni oggettive prima indeterminate o affidate a clausola generale ed astratta (n.1), l'eliminazione di ogni riferimento ai contratti acausali o privi di ragioni oggettive nel prevedere le altre due misure della durata massima complessiva e del numero massimo di rinnovi (n.3), l'aumento dell'intervallo minimo a cinquantacinque giorni tra un contratto a tempo determinato e l'altro ai fini della individuazione dei contratti successivi (n.4).

Anche per quanto i rapporti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego, seppure in ritardo e sempre a seguito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale *Adeneler*, il d.P.R. 164/2004 con l'art.5<sup>53</sup> ha introdotto una specifica disciplina dei contratti successivi, che devono essere comunque fondati su ragioni oggettive temporanee, prevedendo altresì all'art.6<sup>54</sup> la misura preventiva della durata

---

<sup>51</sup> La domanda di pronuncia pregiudiziale nella causa C-212/04 *Adeneler* ed altri è stata proposta dal Monomeles Protodikeio Thessalonikis (Grecia) con ordinanza dell'8 aprile 2004, pubblicata su G.U.C.E. Serie C 179 del 10 luglio 2004, p.8.

<sup>52</sup> L'art. 5, commi 1, 3 e 4, d.P.R. 81/2003, come modificato dal d.P.R. 180/2004, dispone testualmente:

*«1. Il rinnovo illimitato dei contratti di lavoro a tempo determinato è consentito se giustificato da una ragione obiettiva. Una siffatta ragione sussiste in particolare:*

*se il rinnovo è giustificato dalla forma, dal tipo o dall'attività del datore di lavoro o dell'impresa o da motivi o esigenze particolari, qualora tali circostanze risultino direttamente o indirettamente dal contratto interessato, come ad esempio in caso di sostituzione provvisoria del lavoratore, di esecuzione di lavori provvisori, di temporaneo sovraccarico di lavoro, oppure, nel caso in cui la durata limitata è legata all'istruzione o alla formazione, qualora il rinnovo del contratto avvenga con lo scopo di facilitare il passaggio del lavoratore ad un'occupazione analoga, o di realizzare un'opera o un programma specifici, o è relativo al raggiungimento di un risultato specifico (...).*

*3. Se la durata dei successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato supera complessivamente i due anni, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che essi vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Se nel detto periodo di due anni vi sono stati più di tre rinnovi successivi, ai sensi del n. 4 di questo articolo, si presume che con essi si intenda far fronte ad un fabbisogno permanente e durevole dell'impresa o dell'attività, con la conseguenza che i contratti corrispondenti vengono convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato. In ognuna di tali fattispecie l'onere della prova contraria ricade sul datore di lavoro.*

*4. Sono considerati "successivi" i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore tra i quali non intercorrano più di quarantacinque giorni, lavorativi o meno.».*

<sup>53</sup> L'art.5 d.P.R. n.164/2004 così prevede: « L'art. 5 del decreto presidenziale n. 164/2004 è formulato nei seguenti termini:

*«Contratti successivi*

*1. Sono vietati i contratti successivi stipulati ed eseguiti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore con le stesse o simili mansioni e con condizioni di lavoro identiche o simili, qualora tra questi contratti intercorra un lasso temporale inferiore a tre mesi.*

*2. La stipulazione di tali contratti è eccezionalmente consentita se giustificata da ragioni obiettive. Una ragione obiettiva sussiste qualora i contratti successivi al contratto originario siano stipulati per soddisfare esigenze particolari dello stesso genere, direttamente e immediatamente riconducibili alla forma, al tipo o all'attività dell'impresa.*

*(...)*

*4. Fatto salvo quanto previsto al n. 2 dell'articolo seguente, in nessun caso il numero dei contratti successivi può essere superiore a tre».*

<sup>54</sup> L'art. 6 d.P.R. n.164/2004 così dispone:

*«Durata massima*

*1. I contratti successivi stipulati ed eseguiti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore con le stesse o simili mansioni e con condizioni di lavoro identiche o simili non possono superare i ventiquattro mesi nel periodo complessivo dell'attività lavorativa, indipendentemente dal fatto che siano stipulati in applicazione dell'articolo precedente o in applicazione di altre disposizioni della legislazione vigente.*

*2. Una durata complessiva del periodo dell'attività lavorativa superiore a ventiquattro mesi è consentita soltanto con riferimento a categorie speciali di lavoratori, per natura e genere dell'attività, previste dalla legislazione vigente, quali, in particolare, il personale dirigente, i lavoratori assunti nell'ambito di uno specifico programma di ricerca o di altro programma sovvenzionato o finanziato, nonché i lavoratori assunti per mansioni connesse all'adempimento di obblighi derivanti da convenzioni stipulate con organismi internazionali».*

massima dei contratti e rapporti successivi e all'art.11<sup>55</sup> una disciplina transitoria che regolava l'applicazione delle nuove disposizioni anche ai contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore del decreto presidenziale.

In buona sostanza, il legislatore ellenico aveva già correttamente recepito nel 2004 quelle che saranno poi, a distanza di quasi due anni, le indicazioni della Grande Sezione presieduta dal greco Skouris nella sentenza *Adeneler*.

Il legislatore italiano, invece, recepirà sostanzialmente la direttiva 1999/70/CE soltanto con il Collegato lavoro 2007 (l. n.247/2007, che recepisce il Protocollo Welfare), con l'inserimento del comma 01 all'art.1 del d.lgs. n.368/2001 e la specificazione del rapporto regola/eccezione tra contratto a tempo indeterminato e rapporto di lavoro a termine, poi con l'introduzione della misura preventiva della durata massima complessiva dei trentasei mesi di rapporti o contratti successivi di cui all'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001, mutuata dai citati artt.5, 6 e 11 d.P.R. n.164/2004 per i lavoratori temporanei del pubblico impiego greco sotto dettatura della Corte di giustizia, infine con il ripristino del diritto legale di precedenza dei lavoratori stagionali che era stato affidato alla discrezionalità della contrattazione nel decreto attuativo dell'accordo quadro e che sarà poi ripristinato nell'originaria formulazione dell'art.23, comma 2, l. n.56/1987 anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n.44/2008.

La Cassazione con la sentenza del 2008 sulle ragioni oggettive temporanee ed eccezionali sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato restituirà all'ordinamento interno, seppure attraverso una vera e propria invenzione giurisprudenziale fondata sull'interpretazione comunitaria e sull'applicazione della sentenza *Adeneler* (non della sentenza *Mangold*), quella credibilità che la disciplina interna di tutela aveva perso per la confusione legislativa del 1° recepimento e che aveva già provocato un gigantesco contenzioso, particolarmente nei confronti dello Stato postale.

## **10. La correzione della sentenza Mangold con la sentenza Adeneler sulla definizione della temporaneità ontologica di ragioni oggettive per ogni rapporto a termine.**

L'intervento correttivo sulla comunitaria nozione di contratti successivi va applicato soltanto per i rapporti a tempo determinato acasali o privi di ragioni oggettive o giustificati da una clausola generale ed astratta che non consente di individuare le esigenze temporanee ed eccezionali (come l'attuale art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001, ove non si consideri il comma 01 dello stesso articolo) che distinguono ontologicamente il contratto a termine dai rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Infatti, come afferma con chiarezza la sentenza *Adeneler*, è vero che, in base all'accordo quadro comunitario, il ricorso a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non richiede necessariamente la sussistenza di una ragione obiettiva, ma è anche vero che l'accordo quadro parte dal presupposto che il lavoro a

---

<sup>55</sup> L'art. 11 d.P.R. n.164/2004 così prevede:

«1. I contratti successivi ai sensi dell'art. 5, n. 1, del presente decreto, stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore dello stesso e ancora in corso a tale data, si considerano per il futuro quali contratti di lavoro a tempo indeterminato qualora sussistano cumulativamente le seguenti condizioni:

a) che la durata complessiva dei contratti successivi sia stata di almeno ventiquattro mesi fino all'entrata in vigore del presente decreto, indipendentemente dal numero dei rinnovi contrattuali, oppure che vi siano stati almeno tre rinnovi successivi al contratto originario ai sensi dell'art. 5, n. 1, [del presente decreto] per una durata complessiva dell'attività lavorativa di almeno diciotto mesi in un arco di tempo complessivo di ventiquattro mesi, calcolato a decorrere dal contratto originario;

b) che il periodo complessivo dell'attività lavorativa di cui alla lett. a) sia stato effettivamente svolto presso il medesimo ente, con la stessa o simile qualifica professionale e con condizioni di lavoro identiche o simili a quanto indicato nel contratto originario (...);

c) che oggetto del contratto siano attività direttamente e immediatamente riconducibili ad esigenze permanenti e durevoli dell'ente interessato, così come definiti dal pubblico interesse la cui tutela sia rimessa a tale ente;

d) che il periodo complessivo dell'attività lavorativa ai sensi delle lettere precedenti sia stato svolto a tempo pieno o a tempo parziale e con funzioni identiche o simili a quelle indicate nel contratto originario (...).».

tempo determinato ha carattere eccezionale<sup>56</sup> e che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi<sup>57</sup>.

Infatti, nella sentenza *Kücük*<sup>58</sup>, i 13 contratti a termine concatenati erano tutti giustificati da ragioni oggettive sostitutive e, quindi, in astratto la fattispecie potrebbe non presentare profili di incompatibilità con la clausola 5 dell'accordo quadro, perché è coerente la nozione interna di contratti successivi che esclude la successione contrattuale e ammette la possibilità di legittima e non fraudolenta consecuzione dei rapporti temporanei quando essi siano tutti giustificati da una ragione oggettiva temporanea quale è l'art.14, n.1, punto 3, TzBfG, per la sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Viceversa, nel caso *Jansen*<sup>59</sup> l'Avvocato generale ha ritenuto inidonea come ragione oggettiva temporanea su una fattispecie di un unico contratto a termine con causale finanziaria inidonea, applicando dunque la nozione comunitaria di contratti successivi che non consente la concatenazione di rapporti a tempo determinato quando almeno uno di essi sia giustificato soltanto da clausola generale ed astratta.

Peraltro, in coerenza con la sentenza *Adeneler*, con la decisione *Deutsche Lufthansa*<sup>60</sup> la Cgue ha ribadito innanzitutto che il ricorso ai contratti a tempo determinato riveste...carattere eccezionale rispetto ai contratti a tempo indeterminato" (punto 30), ed ha risolto in modo molto diverso sul piano interpretativo ai punti 40-44, rispetto alla sentenza *Mangold*, la questione di compatibilità della clausola 5, n.1, dell'accordo quadro sul contratto a tempo determinato con la stessa norma interna della

---

<sup>56</sup> V. nn. 6 e 7 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro, nonché secondo comma del relativo Preambolo; sentenza *Adeneler*, punto 62: «Di conseguenza, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v. sentenza *Mangold*, cit., punto 64), mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (v. secondo comma del preambolo e n. 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro).»

<sup>57</sup> V. n. 7 delle Considerazioni generali dell'accordo quadro.

<sup>58</sup> Corte giust., II Sez., sent. 26 gennaio 2012, causa C-586/10 *Kücük*, su cui v. le condivisibili riflessioni di 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, p. 699 ss.

<sup>59</sup> V. le conclusioni della causa C-313/10 depositate il 15 settembre 2011 dell'Avvocato generale Jääskinen, che hanno consolidato le ragioni della lavoratrice tedesca *Jansen* su un unico contratto a tempo determinato giustificato da ragioni oggettive per esigenze finanziarie erariali ai sensi dell'art. 14, n. 1, punto n. 7, del TzBfG (disposizione astratta e generale ritenuta inidonea dall'Avvocato generale a giustificare le ragioni oggettive di apposizione del termine nella nozione comunitaria), confermando la posizione processuale della dipendente pubblica, che si era già vista accogliere la domanda di riqualificazione stabile dei tanti rapporti a termine successivi tutti giustificati da ragioni oggettive sostitutive (tranne uno, appunto, quello dichiarato invalido dal Giudice di 1° grado perché privo di ragioni oggettive). La Corte di giustizia non ha deciso la controversia pregiudiziale perché la causa è stata cancellata dal ruolo per iniziativa del Land Tedesco, che ha rinunciato a coltivare l'appello. Nelle conclusioni dell'Avvocato generale si dà atto che situazioni di abuso contrattuale di questo tipo potrebbero riguardare in Germania circa 100.000 lavoratori, e ciò spiega il motivo della rinuncia tedesca all'appello. In Italia, numeri così elevati di abuso contrattuale sono stati realizzati e superati da Poste italiane con il ricorso all'art.2, comma 1-bis, d.lgs.n.368/2001, che però, grazie al combinato disposto della sentenza n.214/2009 della Corte costituzionale e delle due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia, sono stati valutati come situazioni di legittima apposizione del termine. Si ricorda, all'uopo, che le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa *Jansen*, fino al deposito della sentenza *Kücük* della Corte di giustizia, sono state disponibili sul sito della Corte di giustizia in 21 delle allora 22 lingue ufficiali Ue (prima dell'ingresso della Croazia, con la 23ª lingua), ma non nella lingua di Dante: cfr. V. De Michele, *La vicenda del personale dopo le superiori giurisdizioni europee viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, su *Lav.giur.*, 2011, n.3, p.241. Evidentemente, i più grandi Stati europei si comportano in modo diverso di fronte agli effetti negativi di decisioni o possibili decisioni della Corte di giustizia: c'è chi rinuncia all'azione per trovare delle soluzioni interne di adeguamento alle indicazioni comunitarie (Germania) e chi nasconde le informazioni, costringendo giustamente i suoi cittadini ad imparare le lingue "altrui" (Italia).

<sup>60</sup> Corte giust., II Sez., sent. 10 marzo 2011, in causa C-109/09 *Deutsche Lufthansa*, commentata da A.Torricc, *Ancora sui contratti a termine: il caso Lufthansa*, su [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), nonché da R. Diamanti, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell'età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2012, n.2, II, p.540 ss.

legislazione tedesca (l'art. 14, n. 3, del TzBfG), di cui si è occupata nella causa *Mangold*, cioè la disposizione che favoriva il reinserimento a-causale dei lavoratori "anziani".

La soluzione della Corte di giustizia nella sentenza del 10 marzo 2011 è coerente con la ricostruzione fattuale e interpretativa della Corte di cassazione tedesca che si trattasse di un unico rapporto di lavoro (un contratto iniziale e tre "proroghe" annuali), ma la Corte europea, per il rilevato contrasto con la clausola 5, n.1, lett.a) dell'accordo quadro (unica misura preventiva generale delle ragioni oggettive introdotta dal legislatore tedesco a seguito del recepimento della direttiva 1999/70/CE), ha riqualificato *de iure* il rapporto di lavoro "illegittimo" in contratto a tempo indeterminato per violazione della nozione comunitaria di contratti successivi già precisata nella sentenza *Adeneler*.

Così operando la Corte di Lussemburgo, il Giudice nazionale (la Cassazione del lavoro tedesca), dopo aver riscritto la norma interna, ha applicato la sanzione della presunzione di indeterminazione contrattuale per connessione oggettiva tra un rapporto a tempo indeterminato (così reinquadrato a seguito del rilievo comunitario di frode oggettiva di più contratti successivi acausali) e il "successivo" contratto a termine acausale iniziato prima del decorso di sei mesi dal precedente rapporto.

D'altra parte, nella sentenza *Angelidaki* viene chiarito che anche il primo ed unico contratto a termine entra nel campo di applicazione dell'accordo quadro, trattandosi di norma equivalente per prevenire gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine. La Corte di giustizia nella sentenza *Angelidaki*, richiamando la precedente sentenza *Del Cerro*, ha evidenziato che anche la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario di uguaglianza e non discriminazione si applica al primo (eventualmente unico) contratto.

Anche nella sentenza *Sorge* la questione pregiudiziale sull'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 per ragioni sostitutive è stata risolta alla luce della sentenza *Angelidaki* e della sentenza n.12985/2008 della Cassazione<sup>61</sup>: anche il primo ed eventualmente unico contratto a termine entra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

La giurisprudenza comunitaria non è cambiata (come sarà confermato dalla sentenza *Carratù*), dopo le due ordinanze *Vino*, sul punto dell'applicazione anche al primo o unico contratto a tempo determinato dei principi e delle regole "minime" di tutela contenuti nella Direttiva 1999/70/CE.

Soltanto per l'Italia vi è ancora il dibattito o, meglio, il "tormentone" sul primo e unico contratto a tempo determinato.

Per gli altri Stati membri la questione era stata già chiusa da molto tempo, dal 2008, sia con il combinato disposto della sentenza n.44/2008 della Corte costituzionale e n.12985/2008 della Cassazione dopo la sentenza *Adeneler*, sia (e in conseguenza delle pronunce delle Corti superiori italiane) quando la "nozione" di principio di uguaglianza e di parità di trattamento e la sua applicazione generale alle "materie" che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario è stata affrontata e risolta dalla

---

<sup>61</sup> 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 (nelle conclusioni 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». Ad onore del vero, anche la Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo* incorrerà nello stesso incidente interpretativo, ma molto più grave di quello veniale commesso dalla Corte costituzionale, andando a dissepellire le norme del codice della navigazione del 1942 (v. *infra*).



Corte di giustizia nella causa *Bartsch*<sup>62</sup>, dopo la sentenza *Mangold* e prendendo posizione proprio sul precedente della Grande Sezione in materia di discriminazione per età.

La Grande Sezione nella sentenza *Bartsch*, in merito al campo di applicazione del principio di uguaglianza e di non discriminazione (nella sua specificazione dell'età) in materia non ricompresa tra quelle di competenza del diritto dell'Unione europea (pensione complementare), ha così precisato sulla diversa soluzione adottata nella sentenza *Mangold* al punto 24: «*Quest'ultimo aspetto distingue, inoltre, la presente controversia principale da quella che ha dato luogo alla citata sentenza Mangold. Infatti, in quest'ultima causa, la disciplina nazionale in esame costituiva una misura di attuazione di una direttiva comunitaria, ossia la direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, p. 43), grazie alla quale tale disciplina era così entrata nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (v. citata sentenza Mangold, punto 75). Per contro, le linee direttrici di cui trattasi nella causa principale non corrispondono a misure di recepimento di disposizioni comunitarie*».

## **11. La sentenza Marquez Samohano della Corte di giustizia e la nozione "ontologica" delle ragioni oggettive temporanee del contratto a termine.**

Va annotato, inoltre, che il 13 marzo 2014, qualche giorno prima della riforma urgente del contratto a tempo determinato e due settimane prima della discussione a Lussemburgo sul quesito posto dalla Corte costituzionale in merito alla sussistenza (o insussistenza) di ragioni oggettive idonee a giustificare l'attuale sistema di reclutamento pubblico scolastico delle supplenze da graduatoria permanente, la Corte di giustizia con la sentenza *Marquez Samohano*<sup>63</sup> è tornata a ribadire la natura "ontologica" delle ragioni oggettive temporanee quale condizione fattuale legittimante il ricorso al contratto a tempo determinato (punti 43-44), quando, come nella fattispecie del processo principale di un docente associato assunto a tempo parziale e a termine con vari contratti consecutivi da un'Università spagnola, l'ordinamento interno non ha previsto alcuna misura idonea a prevenire gli abusi nella successione contrattuale.

Al punto 48 la Corte europea chiarisce in modo esaustivo l'esistenza di un ragioni oggettive temporanee che, sul piano teorico, potrebbero legittimare la specifica assunzione a termine del docente associato, quale specialista e libero professionista.

Tuttavia, subito dopo ai punti 54-56<sup>64</sup> la Corte precisa che, al di fuori della specifica situazione di temporaneità nell'utilizzo del docente libero professionista, non vi sono margini per un legittimo ricorso a contratti a tempo determinato successivi per sopperire a fabbisogno permanente di personale,

---

<sup>62</sup> Corte giust., Grande Sez., sent. 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*.

<sup>63</sup> Corte giust., VIII Sez., sent. 13 marzo 2014, causa C-190/13 *Marquez Samohano*.

<sup>64</sup> Sentenza *Marquez Samohano*, punti 54-56: «*54 Occorre tuttavia sottolineare che, sebbene possa ammettersi, in linea di principio, la ragione obiettiva prevista da una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, le autorità competenti devono garantire che l'applicazione concreta di tale normativa nazionale, tenuto conto delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme alle esigenze dell'accordo quadro. Nell'applicazione della disposizione del diritto nazionale in esame, dette autorità devono quindi essere in grado di stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto (v. sentenza Küçük, cit., punto 34). 55 A tale proposito, si deve ricordare che il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza Küçük, cit., punto 36). 56 Infatti, un tale utilizzo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato sarebbe incompatibile con la premessa sulla quale si fonda l'accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (v. citate sentenze Adeneler e a., punto 61, e Küçük, punto 37).*».

anticipando già la risposta (in senso negativo per lo Stato italiano) ai quesiti proposti<sup>65</sup> dalla Corte costituzionale con la citata ordinanza n.207/2013 sull'esistenza o meno delle ragioni oggettive che, in base alla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, possono giustificare l'attuale sistema di reclutamento scolastico a tempo determinato dei docenti e del personale ata supplenti.

Poco più di una settimana dopo il deposito della sentenza *Marquez Samohano*, il legislatore italiano d'urgenza, "vista la direttiva 1999/70/CE" e vista (e ignorata, così come la direttiva) anche la più recente decisione della Corte di giustizia *in subiecta materia*, decide di togliere con pochi tratti di penna informatica le ragioni oggettive idonee a giustificare la differenziazione tra contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo definito, rispolverando implicitamente la tesi *Mangold-Vino* dell'unico contratto a tempo determinato (di durata massima triennale, comprese le proroghe) escluso dal campo di applicazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario.

## 12. Il concetto "all'italiana" di norme interne di attuazione della direttiva 1999/70/CE.

La declaratoria di incompetenza sul principio di parità di trattamento e sulle misure preventive nella 1<sup>a</sup> ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 era apparsa, già allora, un errore interpretativo non accettabile. Tale errore veniva evidenziato pochi giorni dopo dalla sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*<sup>66</sup> del 22 dicembre 2010, in cui la Corte di Giustizia (stesso Giudice relatore delle due ordinanze *Vino*) ha affrontato e risolto in senso opposto all'ordinanza *Vino*, affermando che la mera circostanza che una disposizione nazionale non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70 non esclude che tale disposizione possa essere considerata una misura di recepimento della suddetta direttiva. La Corte europea lo ha scritto per una norma spagnola non inserita nella disciplina nazionale attuativa dell'accordo quadro comunitario, mentre ha deciso in senso opposto per l'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001, la seconda modifica del decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE e che la Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009 valutò come "testo unico" per salvarne la compatibilità comunitaria.

Non vi sono dubbi che, anche questa volta, ci sarà qualche interprete che sosterrà la tesi che le modifiche introdotte dal d.l. Poletti nel d.lgs. n.368/2001 sfuggono da ogni valutazione di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE, perché non emanate "in attuazione della direttiva".

Va ricordato che la clausola generale delle ragioni (oggettive) dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 è rimasta invariata fino al giugno 2008 quando, per reazione alla sentenza n.12985/2008 della Cassazione, l'art.21 del d.l. n.112/2008 aggiungerà al comma il riferimento, già presente nell'art. 20, comma 4, d.lgs. n.276/2003, "all'ordinaria attività del datore di lavoro" quale ulteriore temperamento di una già generica temporaneità.

---

<sup>65</sup> La Corte costituzionale ha proposto con l'ordinanza n.207/13 nella causa pregiudiziale C-418/13 *Napolitano* ed altri i seguenti quesiti: ««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 osti all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 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 provveda 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 costituiscano 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.»»».

<sup>66</sup> Corte giust., II Sez., sent. 22 dicembre 2010, in cause riunite C-444/09 *Gavieiro Gavieiro* e C-456/09 *Iglesias Torres*.

Sulla definizione dei contratti successivi, il legislatore nostrano solo nel 2012 con la riforma Fornero<sup>67</sup> (modificherà l'intervallo temporale dell'art.5, comma 3, d.lgs. n.368/2001 elevando rispettivamente a sessanta e a novanta giorni i limiti minimi prima previsti in 10 e 20 giorni a seconda se il contratto a tempo determinato precedente aveva una durata fino a sei mesi o superiore a sei mesi, nonostante la vigenza di ragioni oggettive effettivamente temporanee con rigoroso obbligo di specificazione (nell'interpretazione consolidata della Cassazione) - a parte la possibilità dell'unico contratto acausale del lavoratore "vergine" di cui all'art.1, comma 1-bis - non imponesse l'allungamento dell'intervallo temporale minimo in funzione antifraudolenta.

Ovviamente, dopo aver compreso che la corretta interpretazione e applicazione dei principi enunciati nelle sentenze *Adeneler* e *Küçük* poteva consentire il ritorno al passato, l'art.5, comma 3, d.lgs. n.368/2001 è stato nuovamente modificato con il d.l. n.76/2013<sup>68</sup>, ripristinando in regime generale l'originario intervallo temporale minimo di dieci e venti giorni, salvo le eccezioni della possibile concatenazione contrattuale per i lavoratori stagionali e in base alle deroghe della contrattazione collettiva.

Tutto giusto, si può mal interpretare la sentenza *Adeneler* sui contratti successivi nel 2012 e tornare indietro sui propri passi nel 2013: ma come si fa, poi, a conciliare quell'intervallo minimo con l'introduzione nel 2014 di soli contratti acausali e l'eliminazione (*apertis verbis*, ma soltanto a parole e a spot) delle ragioni oggettive?

Conclusivamente, si può affermare che, tutte le volte che vi è stato un grave problema o contrasto interpretativo nella giurisprudenza comunitaria sull'accordo quadro "italo-tedesco" relativo al lavoro a tempo determinato è sempre dipeso da questioni interpretative interne "italiane" o per risolvere o non risolvere situazioni strutturali di criticità dell'ordinamento nazionale, perché la Corte di giustizia, diversamente da quanto erroneamente supposto in dottrina<sup>69</sup>, conosce perfettamente la normativa interna, anche quando sbaglia in modo vistoso e intenzionale rispetto al proprio consolidato orientamento.

Altro che primazia del diritto comunitario, si tratta delle solite beghe interne.

### **13. Il contrasto "ontologico" della Corte di giustizia con il Giudice nazionale (di merito) e la crisi del dialogo per sfinimento interpretativo ed esaurimento dei chiarimenti**

Il caso paradigmatico è quello deciso dall'ordinanza *D'Aniello*<sup>70</sup>, su fattispecie identica a quella della causa *Carratù* (i provvedimenti di rinvio del Tribunale di Napoli sono fondati sulle stesse argomentazioni giuridiche, con l'aggiunta nella causa *D'Aniello* del quesito interpretativo sulla norma

<sup>67</sup> Dall'art. 1, comma 9, l. 28.06.2012, n. 92 così come modificato dall'art. 46-bis, d.l. 22.06.2012, n. 83, così come modificato dall'allegato alla legge di conversione, l. 07.08.2012, n. 134 con decorrenza dal 12.08.2012.

<sup>68</sup> Dall'art. 7, comma 1, d.l. 28.06.2013, n. 76 con decorrenza dal 28.06.2013 così come modificato dall'allegato alla legge di conversione l. 09.08.2013, n. 99 con decorrenza dal 23.08.2013.

<sup>69</sup> Cfr. E.Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, cit., p.92. L'Autore ritiene che il Giudice del rinvio pregiudiziale (Tribunale di Aosta) della ordinanza Papalia abbia rappresentato alla Corte di giustizia una disciplina interna dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 che non tiene conto delle novità intervenute, dal 2007 all'attualità, in cui il legislatore avrebbe rafforzato il sistema sanzionatorio contro l'abusivo utilizzo dei contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni con la responsabilità disciplinare ed economica del dirigente abusante. Si tratta di affermazioni prive di fondamento, perché la Corte di giustizia - dotata comunque di una eccellente organizzazione di referendari in grado di ricostruire le evoluzioni e involuzioni normative degli Stati membri - attraverso le osservazioni scritte dei difensori dei lavoratori precari nelle cause *Affatato*, *Papalia*, *Carratù*, *Mascolo*, *Napolitano*, ha avuto sempre un quadro aggiornatissimo dell'evoluzione normativa della disciplina interna del contratto a tempo determinato sia per quanto riguarda il d.lgs. n.368/2001 che per quanto attiene il d.lgs. n.165/2001, e ha deciso in conseguenza, stigmatizzando anzi con un sarcastico "occultamento" quella parte (sostituita da puntini "...") del comma 5 dell'art.36 del d.lgs. n.165/2001 in cui la Cassazione, nella censurata (dal Tribunale di Aosta) sentenza n.392/2012, afferma l'importanza (inconsistente) della responsabilità dirigenziale.

<sup>70</sup> Corte giust., VIII Sez., ord. 30 aprile 2014, causa C-89/13 *D'Aniello* ed altri contro Poste italiane.

interpretativa dell'art.32, comma 5, l.183/2010), ma che porta la Corte di giustizia ad una risposta infastidita e stizzita sulla nuova richiesta di chiarimenti in merito a come applicare i principi enunciati nella sentenza *Carratù* e, in particolare, l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali sull'equo processo.

Anche in questo caso si trattava di un unico contratto a tempo determinato, stipulato da Poste italiane però ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001, che il Tribunale di Napoli aveva già "convertito" con sentenza non definitiva per nullità parziale del termine contrattuale ai sensi dell'art.1419, comma 2, c.c., applicando così la tutela civilistica e non quella speciale della riquilificazione a tempo indeterminato sin dal 1° giorno del rapporto a termine irregolare per vizi formali o illecito per mancanza delle ragioni giustificative specificate (art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001).

Come giustamente sottolinea la Corte di giustizia le due tutele, quella speciale della riquilificazione contrattuale e quella civilistica della nullità parziale del contratto sono diverse e portano a differenti conseguenze risarcitorie e/o indennitarie: la prima equiparabile a quella dell'art.18 della l.300/1970 nella formulazione antecedente la riforma Fornero, la seconda non equiparabile perché legata alla messa in mora del datore di lavoro (per il periodo antecedente all'introduzione del doppio termine decadenziale di cui all'art.32, comma 1, l.183/2010), che, nel caso *D'Aniello*, era avvenuta a distanza di oltre quattro anni (27 dicembre 2010) dalla cessazione dell'unico contratto a termine (15 settembre 2006) "motivato" dalla clausola di favore della causale finanziaria Poste.

Diversamente da quanto è avvenuto con le due ordinanze *Vino* sulla stessa fattispecie "causale" (art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001) la Corte europea con l'ordinanza *D'Aniello* non si è dichiarata incompetente<sup>71</sup> nell'applicare il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, ma, ribadendo integralmente i principi enunciati nella sentenza *Carratù*<sup>72</sup>, afferma l'applicabilità della detta clausola anche alle condizioni di lavoro come risoluzione irregolare o illecita dell'unico contratto a termine, escludendo sul piano fattuale l'equiparabilità con il licenziamento illegittimo di un contratto a tempo indeterminato salvo che, come nel caso della sanzione dell'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001, il legislatore nella sua discrezionalità abbia operato l'equipollenza delle sanzioni come condizione di maggior favore per i lavoratori a tempo determinato (clausola 8, n.1, dell'accordo quadro).

Insomma, la Corte di giustizia rivede la posizione interpretativa assunta nelle due ordinanze *Vino*, ma scarica, giustamente, sugli interpreti nazionali la confusione<sup>73</sup> ermeneutica sulle sanzioni

---

<sup>71</sup> In realtà la Corte di giustizia nell'ordinanza *D'Aniello* si limita a dichiarare la ricevibilità delle questioni (punto 22), in parte identiche e in parte simili a quelle proposte dallo stesso Giudice nella causa *Carratù*, dopo aver censurato (punti 18-20) la lunghezza del provvedimento di rinvio (60 pagine rispetto alle 10 pagine "normalmente" richieste nei giudizi pregiudiziali), mettendo per iscritto quelle doglianze che l'Estensore della sentenza *Carratù* e dell'ordinanza *D'Aniello*, la Signora Toader, aveva già espresso in merito all'ordinanza di rinvio della causa *Carratù* (47 pagine) all'udienza del 5 giugno 2013 di trattazione orale della causa C-361/12, ma che non erano state riportate nella sentenza *Carratù* che, anzi, al punto 20 afferma esattamente il contrario di quanto gli stessi Giudici comunitari nel Collegio a tre affermeranno nell'ordinanza *D'Aniello*: «il giudice del rinvio ha correttamente illustrato il quadro normativo nazionale, punto che non ha sollevato la minima contestazione nelle osservazioni presentate alla Corte.».

<sup>72</sup> Queste le conclusioni dell'ordinanza *D'Aniello* della Corte di giustizia: «Salvo la facoltà offerta agli Stati membri in forza della clausola 8 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, inserito in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, la clausola 4, punto 1, di tale accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non impone di trattare in maniera identica le conseguenze economiche riconosciute in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quelle versate in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.».

<sup>73</sup> L'evidente espressione della confusione interpretativa nazionale la si riscontra nella recentissima sentenza del 4 giugno 2014, n.155, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 4, lettera b), della l. n.183/2010, sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Roma e, per la prima volta, si è trovata a confrontarsi con la sentenza *Carratù* della Corte europea che, nella prospettazione di chi scrive condivisa dalla citata dottrina, si è posta in contrasto con la sentenza n.303/2011 della

applicabili in caso di abusivo utilizzo del contratto a tempo determinato nella vigenza di una nuova disciplina quale il d.lgs. n.368/2001, che continuano a richiamare la tutela civilistica dell'art.1419 c.c. (unica disposizione trascritta nell'ordinanza *D'Aniello* al punto 6) e la nullità parziale del contratto, pur in presenza di una disposizione di legge nazionale che introduce una sanzione completamente diversa e speciale, quella dell'inefficacia del termine non apposto in forma scritta e privo della specificazione formale (o della sussistenza in fatto delle ragioni oggettive temporanee, come aggiunge Cass. n.12985/2008) che ne giustificano l'apposizione.

#### **14. Il contrasto “politico” della Corte di giustizia con la Cassazione e la crisi del dialogo tra le Corti: il finto inchino della “Concordia” comunitaria al giglio fiorentino nella sentenza *Fiamingo* della Corte europea**

Il Giudice relatore della sentenza *Fiamingo* del 3 luglio 2014 della Corte di giustizia sulle pregiudiziali sollevate dalla Corte di cassazione in materia di lavoro marittimo è lo stesso “Estensore” delle sentenze *Angelidaki*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, *Kücük*, *Marquez Samohano* e delle ordinanze *Koukou*<sup>74</sup>, *Vino*, *Affatato* e *Papalia* della Corte europea, molto richiamate nella importantissima decisione sul lavoro a termine della gente di mare, oltre alle sei citazioni della sentenza *Adeneler*. Si tratta di un profondo conoscitore della disciplina del contratto a tempo determinato anche per quanto riguarda la regolamentazione interna in Italia.

Tuttavia, nella sentenza *Fiamingo* vi sono tre errori molto gravi e del tutto inusuali, uno nella ricostruzione della fattispecie contrattuale, uno nella trascrizione della normativa interna utile ai fini della compatibilità comunitaria, l'ultimo sulla nozione e applicazione di una delle tre misure preventive indicate dalla clausola 5 dell'accordo quadro.

Si tratta di errori macroscopici ma consapevoli da parte del Collegio lussemburghese, in gran parte anche condivisibili nelle motivazioni (ovviamente) implicite, che sicuramente segnano un momento di crisi nel dialogo con le Corti superiori nazionali ma poco sottraggono all'importanza della decisione, che con chiarezza estende l'applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo<sup>75</sup>, in

---

Consulta, che aveva legittimato l'art.32, comma 5, l. 183/2010. La Corte costituzionale si è rifiutata di confrontarsi con la sentenza *Carratù*, trascrivendone il dispositivo e limitandosi a sostenere la non pertinenza della decisione della Corte europea rispetto alla norma sospettata di illegittimità costituzionale. Contestualmente, anche la Cassazione (VI Sez., Pres. Est. Mammine) con ordinanza del 9 giugno 2014, n. 12969 conferma l'atteggiamento minimalista e in parte denigratorio della giurisprudenza delle nostre Alte Corti nei confronti della decisione della Cgue, affermando anche in questo caso e ancor più apoditticamente rispetto alla Consulta che «*da tale dispositivo non è dato pervenire alle conclusioni proposte dalla parte ricorrente, la quale propone una lettura della sentenza basata non sul principio di diritto puntualmente affermato, ma su una valutazione logico-giuridica del complesso motivazionale*». La Corte costituzionale, da parte sua, nella sentenza n.155/2014 utilizza motivazioni identiche a giustificare la discriminazione di sanzione tra contratto a tempo determinato e contratto di somministrazione, già affermate nella precedente decisione n.303/2011. Inoltre, nel motivare la legittimità della disposizione della norma sottoposta al vaglio di costituzionalità, la Corte costituzionale non si sottrae a valutazioni di merito sulla “natura” della sanzione applicata dall'ordinamento interno in caso di assunzione a termine illegittima, ancor una volta propendendo (erroneamente, come se fosse ancora in vigore la l.n.230/1962) per la nullità contrattuale e la tutela civilistica come nel caso del Tribunale di Napoli nell'ordinanza *D'Aniello*, sempre su una stessa fattispecie di unico contratto a tempo determinato stipulato da Poste italiane ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001. Vedremo, cosa deciderà il Giudice delle leggi all'esito dell'udienza pubblica dell'8 luglio 2014, quando è stata nuovamente discussa questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, come interpretata autenticamente dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, per contrasto della norma interna con la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro comunitario, sollevata dal Tribunale di Velletri.

<sup>74</sup> Corte giust., VII Sez., ord. 24 aprile 2009, causa *Koukou* C-518/07.

<sup>75</sup> Queste le conclusioni della sentenza *Fiamingo*:

«1) *L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, figurante quale allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso si applica a lavoratori, quali i ricorrenti nei procedimenti principali, occupati in qualità di marittimi con contratti di lavoro a tempo determinato su traghetti che effettuano un tragitto marittimo tra due porti situati nel medesimo Stato membro.*

risposta al primo (e unico, potremmo dire) vero quesito pregiudiziale sollevato dalla Cassazione nelle tre ordinanze di rinvio.

Va precisato che la Commissione europea, dopo le ordinanze di rinvio della Suprema Corte nazionale e seguendo le indicazioni della Cassazione sull'opportunità di estendere alla gente di mare le garanzie e le tutele già previste per i lavoratori non marittimi, ha depositato una proposta di direttiva che si propone di applicare anche al lavoro marittimo le cinque direttive ancora formalmente escluse rispetto a questo importante settore economico. Pertanto, in sede di osservazioni scritte nelle cause riunite *Fiamingo* ed altri la Commissione ha proposto alla Corte di giustizia di rispondere positivamente al 1° quesito pregiudiziale, avendo acquisito anche il parere favorevole del CES (Confederazione europea dei sindacati).

La Corte europea al punto 29 ribadisce che la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale (sentenza *Angelidaki* e a., punto 166, che fa riferimento, sul punto, a “contratti d'opera” nel pubblico impiego).

Risolta impeccabilmente, nonostante la forte resistenza dei Governi italiano e norvegese, oltre che di RFI, la problematica dell'estensione dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato al lavoro marittimo, la Corte di giustizia avrebbe potuto anche non rispondere agli altri tre quesiti, effettivamente superflui e in qualche misura tuzioristici, sollevati dal Giudice del rinvio, riguardanti la compatibilità delle norme del codice della navigazione con le clausole 3 e 5 della direttiva 1999/70/CE.

Si trattava di richiesta di chiarimenti sovrabbondante perchè la stessa Corte di cassazione si era molto dilungata sul fatto che il legislatore italiano aveva adempiuto, mediante il decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, all'obbligo sancito dalla clausola 5 di tale accordo, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, e che da ciò derivava che le disposizioni di tale decreto avrebbero dovuto applicarsi anche ai rapporti di lavoro nel settore marittimo (sentenza *Fiamingo*, punto 24), anche per l'inadeguatezza delle norme del codice della navigazione come disposizioni idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti a termine, con particolare riferimento all'art.326<sup>76</sup> del codice della

---

2) *Le disposizioni dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato devono essere interpretate nel senso che esse non ostano a una normativa nazionale, quale quella in questione nei procedimenti principali, la quale prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato debbono indicare la loro durata, ma non il loro termine.*

3) *La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato dev'essere interpretata nel senso che essa non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, la quale prevede la trasformazione di contratti di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato unicamente nel caso in cui il lavoratore interessato sia stato occupato ininterrottamente in forza di contratti del genere dallo stesso datore di lavoro per una durata superiore a un anno, tenendo presente che il rapporto di lavoro va considerato ininterrotto quando i contratti di lavoro a tempo determinato sono separati da un intervallo inferiore o pari a 60 giorni. Spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare che i presupposti per l'applicazione nonché l'effettiva attuazione di detta normativa costituiscano una misura adeguata per prevenire e punire l'uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.»*

<sup>76</sup> L'art.326 del codice della navigazione così dispone: «Il contratto a tempo determinato e quello per più viaggi non possono essere stipulati per una durata superiore ad un anno; se sono stipulati per una durata superiore, si considerano a tempo indeterminato.

*Se, in forza di più contratti a viaggio, o più contratti a tempo determinato, ovvero di più contratti dell'uno e dell'altro tipo, l'arruolato presta ininterrottamente servizio alle dipendenze dello stesso armatore per un tempo superiore ad un anno, il rapporto di arruolamento è regolato dalle norme concernenti il contratto a tempo indeterminato.*

*Agli effetti del comma precedente, la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai [60] giorni».*

navigazione, che la Corte di legittimità dichiara espressamente inapplicabile alle fattispecie di causa (ma su cui, comunque, formula richiesta di chiarimenti).

Apoditticamente, invece, al punto 15 la Corte di giustizia afferma che in Italia i contratti di lavoro dei marittimi sono disciplinati dalle norme del codice della navigazione, il quale, conformemente al suo articolo 1, si applica prioritariamente e prevale sulla disciplina generale applicabile ai contratti di lavoro. Questi contratti, pertanto, continua ineffabilmente la Cgue non sono disciplinati dal decreto legislativo n. 368/2001, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, che infatti non viene trascritto come normative applicabile nonostante la Corte di cassazione ne avesse fatto oggetto di specifica indicazione, in particolare per quanto riguarda l'art.1 sull'unica misura preventiva effettivamente assicurata dal legislatore italiano, quella delle ragioni oggettive temporanee e specificate nel contratto sin dal primo ed eventualmente unico rapporto di lavoro a tempo determinato.

Si tratta, in tutta evidenza, di una clamorosa invasione di campo da parte della Corte di giustizia, che certamente nelle cause pregiudiziali non ha alcuna competenza a stabilire quali siano le norme interne applicabili nel giudizio principale, compito che spetta esclusivamente al Giudice nazionale, in questo caso addirittura concidente con l'organo giurisdizionale della nomofilachia autentica delle leggi nazionali, come del resto ammette contraddittoriamente la Cgue al punto 66 della sentenza.

Le ragioni di questo inspiegabile e per certi versi offensivo *error in procedendo* vanno ricollegate, probabilmente, all'altro grave errore commesso dalla Corte di Lussemburgo sulla ricostruzione della fattispecie contrattuale, completamente sbagliata.

Infatti, al punto 20 la Cgue afferma che i ricorrenti nei procedimenti principali sono marittimi iscritti nei registri della gente di mare. Essi sono stati arruolati dalla RFI mediante una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, conclusi posteriormente al 2001, per uno o più viaggi e per 78 giorni al massimo, al fine di essere imbarcati su traghetti per il tragitto Messina-Villa San Giovanni e Messina-Reggio Calabria. Dalle decisioni di rinvio, secondo la Corte, si evincerebbe che detti ricorrenti hanno lavorato, nell'ambito di tali contratti, al servizio del loro datore di lavoro per un tempo inferiore a un anno e che è trascorso un periodo inferiore a 60 giorni dalla cessazione di un contratto di lavoro e la conclusione del contratto successivo. Non è vero.

I contratti a tempo determinato dei lavoratori marittimi erano tutti con la clausola di 78 giorni max e con cadenza annuale, intervallati l'uno dall'altro da un periodo di 7/8 mesi e mai inferiore a 60 giorni, assicurando l'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti la copertura assicurativa annuale per i periodi non lavorati l'anno precedente quello della richiesta della prestazione previdenziale. Con questo sistema, che è stato rappresentato alla Corte di giustizia anche attraverso l'esibizione degli estratti dei conti individuali assicurativi Inps, ogni ricorrente ha svolto presso RFI contratti successivi complessivamente di durata ben superiore ad un anno, ma senza possibilità di applicare la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato prevista dall'art.326 del codice della navigazione perchè tra un contratto successivo acausale e l'altro l'intervallo di tempo era appunto superiore a 60 giorni, avendo chiarito le ordinanze pregiudiziali che lo stesso art.326 c.n., appunto, non era applicabile alla fattispecie.

Si trattava, insomma, di tanti "unici" contratti a tempo determinato acausali, in relazione ai quali appunto la Cassazione chiede alla Corte di giustizia, richiamando propri precedenti "anti-Mangold" e "pro-Adeneler" (sentenze nn.12985/2008 e 2279/2010), di verificare la compatibilità della clausola 5, n.1, dell'accordo quadro con una norma interna contenente una previsione generale ed astratta e non ragioni obiettive temporanee idonee a giustificare il ricorso ad ogni singolo contratto a termine.

Sicuramente la Corte europea ha subito questa implicita invasione interpretativa o comunque questa sostanziale censura rispetto alla prima sentenza della Grande Sezione *in subiecta materia*, di cui la Cassazione chiedeva in tutta evidenza il definitivo superamento, ed ha reagito invadendo, a sua volta, l'esclusivo campo interpretativo altrui, trasformando, attraverso l'errore nella ricostruzione fattuale, i

singoli contratti a tempo determinato “abusivi” stipulati a distanza di 7/8 mesi l’uno rispetto alla cessazione dell’altro, in contratti “successivi” perchè intervallati da un arco temporale “immaginato” inferiore a 60 giorni, evitando così di rispondere al quesito specifico sollecitato dal Giudice del rinvio in relazione alla mancanza di ragioni oggettive e di ogni altra misura preventiva nelle norme speciali del codice della navigazione, “resuscitato dai morti” in senso opposto a quanto accaduto nella sentenza *Sorge*, in cui la Corte di giustizia aveva espressamente sancito la scomparsa giuridica della legge n.230/1962, abrogate dall’unica disposizione attuativa del d.lgs. n.368/2001.

Questa ricostruzione paradossale e volutamente sbagliata dei fatti processuali ha, dunque, permesso alla Corte di giustizia di evitare di confrontarsi con l’art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, ne testo antecedente la riforma, addirittura escludendone l’applicazione, ma ha anche consentito al Collegio europeo da un lato di riaffermare al punto 57 la posizione interpretativa della sentenza *Mangold* (mai citata) e delle due ordinanze *Vino* (citata) sul primo e unico contratto a tempo determinate che non entra nel campo di applicazione della clausola 5, n.1, dell’accordo quadro, dimenticando le sentenze *Sorge* (non citata), *Deutsche Lufthansa* (non citata), *Carratù* (non citata) e l’ordinanza *D’Aniello* che hanno affermato sostanzialmente il contrario; dall’altro, di evitare la declaratoria di “irricevibilità” della questione, trattandosi di “contratti successive” e non di un unico contratto a tempo determinate.

La pantomima degli errori per contrasto interpretativo o per gelosia delle competenze con la Corte di cassazione (ma anche con la Corte costituzionale, che con l’ordinanza n.207/2013 ha sottolineato che la Corte di giustizia si era già pronunciata molte volte sulla materia e che però era necessario che rispondesse a nuovi quesiti interpretativi sul precariato scolastico) trova la sua sublimazione nel terzo e più grave errore, quello del finto inchino al giglio fiorentino del *Jobs act* appena insediato alla Presidenza del Consiglio Ue nel semestre italiano.

Infatti, la Cgue ritiene che, inventata in fatto una successione di contratti di durata complessiva inferiore ad un anno, l’art.326 del codice della navigazione sia norma equivalente idonea a prevenire gli abusi (punti 69-70) perchè coinciderebbe con la misura preventiva prevista dalla clausola 5, n.1, lettera b) dell’accordo quadro sulla durata massima totale dei contratti o rapporti successivi, rimandando per analogia a quanto evidenziato al punto 160 della sentenza *Angelidaki* (punto 70), che però fa riferimento all’art.11 d.P.R. n.164/2004 che effettivamente prevede, come l’art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, una durata massima totale dei contratti successivi e non una mera durata massima di ogni singolo rapporto a termine, come nel caso dell’art.326 del codice della navigazione, norma palesemente inidonea ad assicurare la tutela effettiva alla luce della previsione specifica della misura preventiva richiamata dalla Corte di giustizia.

Tre così gravi “studati” errori strutturali nella motivazione della sentenza *Fiamingo* sono troppi per attribuirli ad un mera reazione alle critiche indirette rivolte alla sentenza *Mangold* dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale (con la sentenza n.107/2013, in particolare).

Vi sono due situazioni, infatti, che hanno sicuramente irritato la Corte di giustizia. Innanzitutto, la constatazione, emersa in sede di udienza di trattazione orale il 7 maggio 2014, che la normativa interna del d.lgs. n.368/2001 era nuovamente cambiata con il d.l. n.34/2014, togliendo tutte le misure preventive originariamente previste e, in particolare, le ragioni oggettive. In secondo luogo, aver appreso che sia la Cassazione con la sentenza n.7685/2014 sia la Corte costituzionale con la sentenza n.179/2014 hanno depotenziato e minimizzato le indicazioni che la Corte di giustizia aveva fornito agli interpreti nazionali con la sentenza *Carratù*.

Se il legislatore nazionale cambia continuamente continuamente le regole e se la Cassazione e la Corte costituzionale dapprima si affrettano a chiedere l’ausilio interpretativo della Corte di giustizia per risolvere gravi problemi strutturali interni sulla flessibilità in entrata che riguardano decine di migliaia di posizioni lavorative e poi non ne seguono i suggerimenti o vanificano i chiarimenti ottenuti, il dialogo non ha più alcun senso e il Giudice nazionale si deve assumere, da solo, la responsabilità della decisione dopo tantissime decisioni della Corte comunitaria.



E infatti, ancora una volta, la Cgue conclude al punto 71 che spetta alle autorità e ai giudici nazionali, incaricati dell'applicazione delle misure di recepimento della direttiva 1999/70 e, quindi, chiamati a pronunciarsi sulla qualificazione di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero di tali contratti successivi stipulati con lo stesso soggetto oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che i rapporti di lavoro a tempo determinato siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro.

La Corte di giustizia non ha più altri chiarimenti da fornire, perchè la sordità e la cecità nazionali sono inossidabili, al punto che, ironicamente, le misure di tutela da assicurare in attuazione della direttiva non devono essere "efficienti", ma addirittura devono rivestire un carattere sufficientemente "energico" (punto 62).

### **15. Le modifiche del d.l. 34/2014 alla disciplina sul termine: no alla specificazione delle ragioni e alla sanzione speciale**

Tornando ad occuparci delle questioni "domestiche" e cercando di calare la giurisprudenza comunitaria negli affari interni, l'elemento di novità della riforma del contratto a tempo determinato è il venir meno (soltanto) dell'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive a pena di inefficacia del termine contrattuale e di automatica trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, come previsto dall'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001 nel testo originario, sanzione che rimane solo per la mancanza di forma scritta (= inefficacia, come nel licenziamento orale), ripristinando così il regime dell'art.1419, comma 2, c.c. della nullità parziale del contratto.

Proprio la Corte di giustizia nella sentenza *Sorge* aveva evidenziato che, a differenza dell'art.1, comma 2, della l.230/1962, che non imponeva l'obbligo di specificazione delle causali tipizzate dalla disposizione se non nel caso delle esigenze sostitutive di cui alla lettera b) con indicazione del nominativo del lavoratore sostituito e dalla causa della sostituzione, l'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001 aveva esteso l'obbligo di specificazione a tutte le ragioni oggettive, comprese quelle tecniche, organizzative o produttive, compensando così la diminuzione del livello generale di tutela derivante dal venir meno del più rigoroso onere formale in caso di esigenze sostitutive.

Nell'evoluzione giurisprudenziale interna ne derivava che l'irrigidimento della flessibilità in entrata per le imprese private, rispetto alle fattispecie nella vigenza della l.230/1962, era dipeso proprio dall'obbligo formale di specificazione per tutte le ragioni oggettive che, mantenendo la nozione ontologica di contratto a tempo determinato legato ad esigenze temporanee e non permanenti come precisato nella sentenza *Adeneler*, poteva essere soppresso con la riforma del d.l. n.34/2014 senza cagionare alcun significativo problema di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE.

Infatti, nell'originario testo del d.l. n.34/2014 era sopravvissuto il comma 2<sup>77</sup> dell'art.4 d.lgs. n.368/2001, rimanendo così a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza delle ragioni oggettive (soltanto) per le proroghe contrattuali, e non per il contratto iniziale, per il quale la mancanza di temporaneità, *a contrario*, avrebbe dovuto ricadere sul lavoratore che impugnava il contratto prima in via stragiudiziale e poi in via giudiziale.

L'assurdità dell'abrogazione del 2° comma dell'art.4 del 368 in sede di conversione la si riscontra nei tre regimi del numero delle proroghe contrattuali vigenti contestualmente, a seguito

---

<sup>77</sup> *Contra*, M. Miscione, «Jobs Act» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, cit., che parla di «refuso». Si tratta, invece, di una scelta normativa ben precisa e sicuramente più coerente rispetto al testo definitivo delle modifiche al d.lgs. n.368/2001 con l'abrogazione dell'art.4, comma 2, del decreto legislativo, che crea, come vedremo, molti più problemi interpretativi ed un aggravamento dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro, se non si vuole evitare una incredibile procedura di infrazione per flagrante ed integrale violazione della clausola 5 dell'accordo comunitario.

dell'art.2-*bis* (disposizioni transitorie) del d.l. n.34/2014 (introdotto in sede di conversione), che stabilisce la non retroattività delle modifiche degli artt. 1 e 2 d.lgs. n.368/2001 e fa salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal decreto legge nel testo originario, e che vanno analizzate alla luce degli impressionanti dati forniti dal Ministero del lavoro sui n.1.199.779 contratti a termine stipulati nel periodo tra l'approvazione del d.l. Poletti e la sua conversione in legge, di cui n.820.152 ancora in corso alla data di conversione:

- per i contratti a tempo determinato stipulati prima del d.l. n.34/2014, ma ancora in corso alla data del 21 marzo 2014, rimane la possibilità di una sola proroga (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 testo *ante* riforma) e l'onere della prova delle ragioni oggettive ricade sul datore di lavoro (art.4, comma 2, testo *ante* riforma, conservato nel testo originario del decreto Poletti);
- per i contratti a tempo determinato stipulati dopo l'entrata in vigore del d.l. n.34/2014 ma prima della legge di conversione, sono ammesse otto proroghe (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 testo originario d.l. n.34/2014) e l'onere della prova delle ragioni oggettive ricade ancora sul datore di lavoro (art.4, comma 2, conservato nel testo originario del decreto Poletti);
- per i contratti a tempo determinato stipulati dopo la legge di conversione n.78/2014, sono ammesse "soltanto" cinque proroghe (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 nel testo emendato) senza alcun onere di provare le ragioni oggettive (art.4, comma 2, abrogato in sede di conversione).

Peraltro, il legislatore d'urgenza (sul punto non vi sono state modifiche in sede di conversione) torna alla sanzione della nullità parziale del contratto ex art.1419, comma 2, c.c. e a quella sanzione civilistica della "conversione" che si adatta perfettamente alla previsione dell'art.32, comma 5, l.183/2010 e ne consente la comparabilità con l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo nel campo di applicazione dell'art.18 della l.300/1970, nel testo modificato dalla riforma Fornero.

Viceversa, le novità intervenute in sede di conversione del d.l. n.34/2014 impongono una riflessione più complessiva che tenga conto, in particolare, della principale causa scatenante delle improvvise ennesime modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato (e del contratto di somministrazione): la decisione della Corte di giustizia sul lavoro marittimo sulla richiesta della Cassazione italiana di estendere le tutele minime assicurate dalle direttive sociali anche ai quei settori economici, che gli ordinamenti interni tendono a mantenere immuni dalla regolazione comunitaria.

## **16. Proroghe, rinnovi e prosecuzione di fatto del rapporto iniziale: identità nella promiscuità**

Bisogna evitare che i gravissimi errori sistematici e la confusione interpretativa delle modifiche introdotte nel corpo ormai disfatto dell'originario decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE creino un enorme contenzioso e un imbarazzante disagio organizzativo ai datori di lavoro privati, di gran lunga più devastante di quello che fino ad oggi si è sviluppato quasi esclusivamente nei confronti delle imprese pubbliche e dello Stato, che però, a differenza delle imprese private, grazie al contenzioso hanno ricavato grandi risparmi o addirittura cospicui vantaggi competitivi ed economici, che rappresentano un danno e non un beneficio per la collettività nazionale.

Partiamo dall'alinea dell'art.1, comma 1, d.l. n.34/2014, come integralmente riscritto in sede di conversione dalla l. n.78/20014: «*Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n.368, sono apportate le seguenti modificazioni....*».

Pare inaccettabile che, nelle intenzioni del legislatore d'urgenza, si pretenda di rilanciare l'occupazione e semplificare gli adempimenti a carico delle imprese con la liberalizzazione selvaggia e contraddittoria della disciplina del contratto a tempo determinato, passando dalla fase del dichiarato

recepimento dell'accordo quadro comunitario (preambolo del d.lgs. n.368/2001) alla fase della indifferenza e della contrapposizione nei confronti della direttiva sociale già recepita («vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999») e ampiamente interpretata dalla Corte di giustizia, ormai infastidita dalle evoluzioni e involuzioni normative e giurisprudenziali che provengono dall'Italia.

In realtà, è vero che, in base alle modifiche introdotte dal d.l. n.34/2014 nel testo convertito, la stipula del contratto a termine è oggi consentita senza necessità di specificare le ragioni obiettive e temporanee fino ad oggi richieste, ma ciò non significa affatto che così risulti eliminato il requisito delle ragioni giustificatrici<sup>78</sup>. Esattamente il contrario.

Il primo e unico contratto a-causale introdotto dalla riforma Fornero con l'art.1, comma 1-*bis*, d.lgs.n.368/2001 aveva il pregio della chiarezza applicativa e della compatibilità comunitaria<sup>79</sup>, attraverso l'esplicitazione della mancanza di ragioni oggettive di cui al comma 1 dello stesso articolo: «*Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi.*».

Viceversa, togliere (selettivamente, ma in parte) il richiamo alle ragioni oggettive temporanee nel corpo del d.lgs. n.368/2001 con la modifica dell'art.1, commi 1 e 2, del decreto e con l'abrogazione sia del comma 1-*bis* dell'art.1 sia del comma 2 dell'art.4, lasciando invece il riferimento alle ragioni sostitutive o stagionali nell'art.10, comma 7, lettera b) per quanto riguarda i casi in cui non sono applicabili limiti di contingentamento, significa che le ragioni oggettive o la temporaneità delle esigenze lavorative sono il tratto connaturale e distintivo, potremmo dire “ontologico” del contratto a tempo determinato rispetto al contratto a tempo indeterminato. Per giustificare l'“eccezione dell'eccezione”, cioè il contratto a termine a-causale, la l.n.92/2012 è stata obbligata a specificare che si tratta di un contratto privo del requisito delle ragioni oggettive, esattamente come ha fatto il legislatore tedesco con l'art.14, n.2, TzBfG (v. *infra*), inserendo come misura preventiva antiabusiva sia il limite massimo di durata (due anni) sia il limite massimo dei rinnovi (tre)<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> In tal senso v. in dottrina G. Santoro Passarelli, *Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro*, 20 maggio 2014, su [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

<sup>79</sup> Interessanti per verificare la compatibilità comunitaria del contratto a-causale e, in prospettiva, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti sono le questioni pregiudiziali recentemente sollevate dal Tribunale del lavoro di Madrid con ordinanza dell'11 marzo 2014 in causa C-117/14 *Grima Janet*: «1) Se la normativa nazionale secondo cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori comporta un periodo di prova di un anno, durante il quale è consentito il libero licenziamento, sia in contrasto con il diritto dell'Unione e compatibile con il diritto fondamentale garantito dall'articolo 30 della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea]. 2) Se il periodo di prova di un anno previsto dal contratto di lavoro a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori sia contrario agli obiettivi e alla disciplina della direttiva 1999/70/CE<sup>2</sup> relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (clausole 1 e 3)». Chi scrive propende per la compatibilità comunitaria di queste eccezionali situazioni di contratto a-causale, come il contratto per ragioni oggettive per prova dell'ordinamento tedesco, perché si tratta di situazioni “verificabili”, come ben precisato nella sentenza n.23702/2013 della Cassazione, di seguito citata.

<sup>80</sup> In termini, Cass., S.L., Pres. Roselli, Est. Berrino, sent. 18 luglio 2013, n.23702 sui contratti a termine delle imprese a partecipazione pubblica locale (farmacie comunali), che ha altresì precisato sulla causalità del rapporto a tempo determinato: «con sentenza 2 marzo 2006 n. 4588 le Sezioni unite di questa Corte hanno illustrato l'evoluzione legislativa in materia di contratto di lavoro a termine, il quale costituisce sempre eccezione rispetto alla regola costituita dal contratto a tempo indeterminato.... Le Sezioni unite hanno aggiunto che con il d.lgs. n. 368 del 2001 il legislatore ha superato “le forme di assunzioni a termine contrattualizzate” (licet: nella sede collettiva) ed è tornato a chiedere (art. 1) alle parti del contratto individuale le specificazioni in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine. ...L'espresso richiamo era però necessario onde permettere in ogni caso il controllo giudiziario sull'operato delle parti, mentre il loro silenzio in proposito avrebbe permesso il mero arbitrio delle medesime, ed in particolare del datore di lavoro che del termine si giovava sul piano economico. Né questo effetto negativo avrebbe potuto evitarsi permettendo allo stesso datore di lavoro di fornire un'eventuale e successiva giustificazione del termine, in sede giudiziaria, ciò che avrebbe reso eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti del lavoratore, in contrasto con l'art. 24 Cost. In dottrina si è voluta ravvisare un'ipotesi di contratto a tempo determinato “acausale” soltanto nella previsione dell'art. 1, comma 9, l. 28 giugno 2012 n. 92, che, introducendo l'art. 1-*bis* nel d.lgs. n. 368 del 2001, ha permesso in un

L'esuberante antieuropeo legislatore d'urgenza "elettorale" del d.l. n.34/2014 è stato, sotto questo profilo, molto incoerente in sede di conversione (con l'abrogazione dell'art.4, comma 2) rispetto al *marketing* della liberalizzazione, confermando che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro - comma 01 dell'art.1, che non faceva parte dell'originario testo dell'art.1 d.lgs. n.368/2001, ma è stato introdotto soltanto con l'art.1, comma 40, l. 247/2007, seppure con formulazione diversa da quella attuale, che riprende la locuzione utilizzata nel preambolo della direttiva -, cioè è la regola contrattuale rispetto alle eccezioni dei rapporti flessibili. Come l'art.1, comma 1, della abrogata l.230/1962.

Nella circolare n.13 del 12 giugno 2014 della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro questa contraddizione e confusione emerge chiaramente sulle ragioni oggettive, dal momento che, mentre si afferma che con la nuova normativa «*si libera in modo generalizzato il contratto a termine dal vincolo delle causali*», dall'altro lato «*si ritiene, ad ogni modo, che in alcuni casi sia opportuno per l'azienda individuare comunque una causale: ad esempio quando la causale consente la non applicazione dei limiti quantitativi fissati dalla legge o dal CCNL (ragioni sostitutive o di stagionalità)*», ma anche, aggiungiamo, ai fini di non versare la maggiorazione contributiva dell'1,40% prevista dall'art.2, comma 28, della l.n.92/2012.

Se fosse praticabile l'opzione interpretativa della predetta circolare n.13/2014, cosa vieterebbe al datore di lavoro, in mancanza di una sanzione effettiva come quella dell'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001 (nella vecchia formulazione) e con i servizi ispettivi del Ministero del lavoro e dell'Inps che non hanno mai avuto alcuna competenza in merito alla verifica sussistenza o insussistenza delle ragioni oggettive di legittima apposizione del termine al rapporto di lavoro, di indicare per ogni contratto a tempo determinato la causale sostitutiva (del resto così generica nella sua formulazione da consentire anche sostituzione di carattere "organizzativo", come nella nota vicenda del "sostitutivo Poste" e delle sentenze gemelle della Cassazione n.1576/2010 e 1577/2010), evitando sia i limiti di contingentamento sia la maggiorazione contributiva? Nulla, non vi sarebbe nessuna sanzione né comportamento giuridicamente censurabile, realizzandosi così la frode contrattuale con l'avallo della frode legislativa.

Ma ipotizziamo per un attimo che lo scopo dichiarato (ma non esplicitato nelle norme) possa essere stato seguito nella prassi contrattuale dalle imprese, che avrebbero così iniziato - fiduciose dei messaggi mediatici elettorali del Governo - a stipulare centinaia di migliaia di contratti a tempo determinato effettivamente privi di ragioni oggettive, con la possibilità di otto proroghe a-causali (o cinque, *ratione temporis*), senza così superare i 36 mesi di durata complessiva dell'unico contratto.

Si realizzerebbe così il delitto giuridico perfetto, perché, in applicazione dell'art.5, comma 4, d.lgs. n.368/2001, i due rapporti a termine si trasformerebbero in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del contratto iniziale, in quanto si tratta di due (o più) assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità.

Infatti, il tratto essenziale e caratterizzante della "proroga" del contratto a tempo determinato, cioè che si eviti la concatenazione "fraudolenta" dei contratti successivi, è che il rapporto iniziale e la proroga siano legati dalle stesse ragioni oggettive, che giustifichino l'identità e l'unicità del sinallagma.

Abrogando in sede di conversione il comma 2 dell'art.4 del 368, nella foga semplificativa il sedicente legislatore del d.l. n.34/2014 ha provocato l'identificazione e la confusione della "proroga" con il "rinnovo", non essendo certamente possibile recuperare una identità ontologica delle proroghe sulla base della mera «*condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato*» (art.4, comma 1, nella nuova formulazione).

---

caso eccezionale la non indicazione della ragione giustificativa del termine. Ma quell'ipotesi eccezionale dev'essere comunque verificabile».

Anche i rinnovi contrattuali si riferiscono, generalmente, alla stessa attività lavorativa già svolta dal dipendente precario, sempre che la locuzione “attività lavorativa” si riferisca alle “mansioni” svolte dal lavoratore e non, piuttosto, all’attività aziendale, come invece se ne dovrebbe ricavare dal coordinamento con l’art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001, in cui si fa espresso riferimento all’attività del lavoratore e non dell’azienda, quando svolge “mansioni equivalenti”.

Inoltre, nessuna prescrizione è prevista in ordine alla forma scritta della proroga, che nella precedente formulazione dell’art.4 d.lgs. n.368/2001 veniva ricondotta implicitamente alla doppia condizione di ammissibilità del “consenso del lavoratore” (comma 1) e della sussistenza delle stesse ragioni oggettive del contratto iniziale (comma 2).

Venendo meno l’ultima condizione, la confusione tra proroghe e rinnovi si estenderebbe anche alla prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro fino a trenta o quarantacinque giorni dopo la scadenza del termine (art.5, comma 1, d.lgs. n.368/2001) senza conseguenze di riqualificazione a tempo indeterminato, e non vi sarebbero preclusioni per il datore di lavoro a stipulare senza forma scritta contratti a tempo determinato per una durata massima di trentasei mesi: un contratto iniziale di 10-12 giorni senza forma scritta e con la sola comunicazione di assunzione al centro per l’impiego e non al lavoratore (art.1, comma 4, d.lgs. n.368/2001), seguito da varie proroghe tutte senza forma scritta e con la sola comunicazione al centro per l’impiego entro cinque giorni dalla scadenza del termine iniziale o del termine prorogato (art.4-*bis*, comma 5, d.lgs. n.181/2000), dal momento che per la proroga non è prevista la forma scritta<sup>81</sup> ma soltanto il consenso del lavoratore che, naturalmente, se continua a lavorare non dissente e quindi acconsente).

Peraltro, la normativa sul termine anche nella vigenza del precedente testo dell’art.4 d.lgs. n.368/2001 non prevede espressamente alcuna conseguenza diretta per l’illegittimità della proroga, ma stabilisce la trasformazione a tempo indeterminato del contratto quando la prestazione continua oltre il termine fissato o successivamente prorogato, ai sensi dell’art.5, comma 2, d.lgs. n.368/2001, oltre alla sanzione della maggiorazione retributiva di cui al comma 1 dello stesso articolo.

Sulla prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza iniziale o quella prorogata vanno fatte precisazioni che rendono la fattispecie, alla luce delle modifiche commentate sulla disciplina della proroga, confusa in modo evidente con profili di frode potenziale per quanto riguarda le comunicazioni obbligatorie ai centri per l’impiego.

In particolare, nella vigenza del testo originario dell’art.5, comma 2, d.lgs. n.368/2001, in cui non era prevista alcun obbligo di comunicazione in caso di prosecuzione di fatto del rapporto a tempo determinato tra le fattispecie di variazioni del rapporto di lavoro elencate dal citato art.4-*bis*, d.lgs. n.181/2000, il Ministero del lavoro con nota del 7 maggio 2009 - prot. n. 25/1/0006689 ha avuto modo di precisare: «*Con riferimento alla richiesta di parere in ordine alle eventuali conseguenze sanzionatorie relativa all’ipotesi della prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente pattuito o successivamente prorogato, si concorda con la conclusione di codesta Direzione provinciale in ordine alla non applicabilità della maxi sanzione per l’impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie. Al riguardo, in particolare, si ritiene che l’ipotesi in questione sia assoggettata allo specifico ed esclusivo regime sanzionatorio dettato dall’art. 5, commi 1 e 2, del Dlgs n. 368/2001.*».

In conseguenza, la riforma Fornero è intervenuta aggiungendo all’art.5 d.lgs. n.368/2001 il comma 2-*bis*: «*Nelle ipotesi di cui al comma 2, il datore di lavoro ha l’onere di comunicare al Centro per l’impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine inizialmente*

---

<sup>81</sup> La forma scritta della proroga contrattuale non era prevista neanche nella legge n.230/1962, cfr. Cass., 23 novembre 1988, n. 6305.

fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione. Le modalità di comunicazione sono fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.». Con nota ministeriale del 19 novembre 2012 prot.n. 16176 e con decorrenza dal 10 gennaio 2013 il Ministero del lavoro ha previsto la possibilità tecnica, nell'ambito del quadro "Proroga UNILAV" l'introduzione dei campi "Data fine proroga/prosecuzione di fatto" e "Prosecuzione di fatto", per l'inserimento della data del nuovo termine del rapporto di lavoro, qualora si voglia comunicare, entro il termine inizialmente fissato, la "prosecuzione di fatto" di un contratto a tempo determinato.

Ebbene, l'art.5, comma 2-bis, d.lgs. n.368/2001 è stato abrogato dall'art. 7, comma 1, D.L. 28.06.2013, n. 76, con decorrenza dal 28 giugno 2013, eliminando sostanzialmente l'onere di comunicazione della prosecuzione di fatto del rapporto a termine e ripristinando quelle condizioni di lavoro "grigio" che erano state già eccessivamente valorizzate dalla citata nota del Ministero del lavoro del 7 maggio 2009, e che ora sono aggravate dalla osmosi-confusione tra proroghe e rinnovi.

## **17. Alla ricerca delle ragioni oggettive temporanee per salvare una pessima riforma**

E' ben difficile assistere ad un mix così prodigioso di incompetenza e frode sociale o malafede economica.

Facendo cadere le imprese private nella trappola della concatenazione contrattuale non legittimata da ragioni oggettive (come nel caso *Deutsche Lufthansa* o nel caso *Jansen* in Corte di giustizia per un unico contratto a-causale o con causale finanziaria inidonea, su cui v. *infra*) senza dubbio si realizzerebbe un immediato incremento di occupazione stabile, aumentando però a dismisura per le imprese il costo del lavoro e l'incertezza organizzativa, trasferendo così in sede giudiziaria quelle scelte di coerenza e di efficienza del sistema giuridico e del mercato del lavoro che il legislatore non pare più in condizioni di assicurare.

Altro elemento testuale che recupera le ragioni oggettive anche nella disciplina vigente è il 2° capoverso dell'art.10, comma 5-bis, d.lgs. n.368/2001, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica possono avere la durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono, e quindi superiore a quel limite di durata massima di tre anni fissato da troppe norme dello stesso decreto (art.1, comma 1<sup>82</sup>; art.4, comma 1<sup>83</sup>; art.5, comma 4-bis), confermando la mancanza di coordinamento tra le diverse disposizioni che intervengono sulla stessa o simile regolamentazione fattuale e contrattuale.

A tal proposito, mentre sembrerebbe che il tetto massimo di durata della prestazione richiesta ad un lavoratore a tempo determinato in base ad un unico contratto sia di trentasei mesi, comprensivo di

---

<sup>82</sup> L'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 dispone attualmente dal 20 maggio 2014: «E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato.».

<sup>83</sup> L'art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 dispone attualmente dal 20 maggio 2014: «Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano)) alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni.».

proroghe (art.1, comma 1, 1° capoverso, d.lgs. n.368/2001), la durata massima è esclusa per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti senza indicazione della tipologia contrattuale se a tempo indeterminato anche con apprendistato o anche a tempo determinato (art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001), con una formulazione così ampia («*Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato*») che sembra addirittura escludere le micro aziende anche dal regime della proroga (art. 4 d.lgs. n.368/2001) e dalla disciplina dei contratti successivi (art.5 d.lgs. n.368/2001), creando un'ulteriore fascia di non applicazione del d.lgs. n.368/2001 e, quindi, di non applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Su questa situazione di esclusione di categorie di imprese o di lavoratori dal campo di applicazione dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, che ormai nell'ordinamento interno comincia a diventare la regola, la Corte di giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi nel senso della totale incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE nella sentenza *Land Tirol*<sup>84</sup>, con conclusioni di chiarezza cristallina e con l'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione, che anche le imprese private sono obbligate a rispettare: «*La clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, figurante in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve interpretarsi nel senso che osta ad una disposizione nazionale ....che esclude dall'ambito di applicazione di tale legge i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente.*».

Viceversa, la durata massima di tre anni del contratto a tempo determinato nell'art.4, comma 1, 2° capoverso, d.lgs. n.368/2001 («*Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni*») sembra riservata soltanto all'ipotesi di un rapporto a termine iniziale e successive proroghe, in contraddizione con l'art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001. La circolare n.13/2014 della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro parla di errore del legislatore nella mancata abrogazione, cioè di *lapsus calami*, e ne fa discendere le seguenti conseguenze: «*Particolare attenzione va riservata all'ipotesi di avvio di contratti con individuazione del termine legato al verificarsi di uno specifico evento (termine indiretto). Infatti, questa scelta va ben ponderata poiché laddove l'evento dovesse spingersi oltre i 36 mesi potrebbe realizzare la nullità della clausola con conseguente conversione del contratto a tempo indeterminato.*».

In realtà, salva l'ipotesi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 per i contratti successivi con la sanzione della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato al 1° giorno successivo al superamento del termine di durata complessiva di 36 mesi, la sanzione della "conversione" per nullità parziale del contratto a termine non è prevista né nell'art.1, comma 1, né nell'art.4, ormai unico comma, d.lgs. n.368/2001, per cui o vi è la sanzione della insussistenza delle ragioni oggettive temporanee che giustificano il ricorso ad un rapporto eccezionale rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato, oppure le ipotesi sono prive di sanzioni.

Risulta, inoltre, che una lettura nel senso della a-causalità dei nuovi contratti a tempo determinato stipulati in base alle attuali disposizioni porta ad uno svuotamento dell'efficacia (già molto incerta nell'impiego privato) dello stesso art.5, comma 4-bis, perché sarebbe possibile una precarietà senza limiti e ben oltre il limite massimo di tre anni (che valeva e vale per un unico contratto a tempo determinato compresa la proroga o le proroghe) nel momento in cui, "indipendentemente dal numero dei rinnovi" (art.4, comma 1, nel nuovo testo), il datore di lavoro potrebbe procedere "legittimamente", in teoria, a tanti unici contratti a tempo determinato di durata massima di tre anni, separati da un intervallo minimo di venti (o dieci) giorni l'uno dall'altro, per l'espletamento di mansioni non equivalenti con lo stesso datore di lavoro.

Peraltro, un errore di particolare gravità commesso da chi ha predisposto l'attuale riforma è quello di preoccuparsi della compatibilità comunitaria delle norme interne soltanto con riferimento alla

---

<sup>84</sup> Corte giust., I Sez., sent. 22 aprile 2010, causa C-486/08 *Land Tirol*.

clausola 5, n.1, dell'accordo quadro, e non anche con riferimento al successivo punto n.2 della stessa clausola in combinato disposto con le misure preventive.

Ignora infatti il frettoloso legislatore d'urgenza che la Corte di giustizia nella sentenza *Huet*<sup>85</sup> (citata nelle ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo) al punto 37 ha affermato: «come risulta dal punto 33 della presente sentenza e contrariamente a quanto sostiene la Commissione, la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 41-44). Infatti, nel caso di specie, la legge nazionale che ha indotto l'UBO a trasformare l'ultimo contratto a tempo determinato del ricorrente nel procedimento principale in un contratto a tempo indeterminato rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera b), dell'accordo quadro».

Non basta, dunque, prevedere una misura preventiva tra le tre indicate nella clausola 5, n.1, dell'accordo quadro, ma occorre che vi sia una sanzione effettiva collegata al mancato rispetto di tale misura. Tale sanzione, trasformazione a tempo indeterminato o risarcimento dei danni, attualmente verrebbe meno nel nostro ordinamento, se si seguisse la tesi della a-causalità contrattuale.

## **18. Altro obiettivo del legislatore: tentato favor alle agenzie di somministrazione**

Altro obiettivo del legislatore d'urgenza del 2014 nella presunta riforma liberalizzante della disciplina del contratto a tempo determinato è quello di favorire le agenzie di lavoro temporaneo e i contratti di somministrazione.

Si è già sottolineato<sup>86</sup> che con la riforma "Fornero" l'assimilazione tra lavoro alle dipendenze di "agenzie interinali" e lavoro a tempo determinato sui casi in cui non è necessaria la specificazione dei motivi e il contestuale aggravamento del costo del lavoro per chi assume a termine anche in somministrazione<sup>87</sup> costituisce una chiara indicazione per le imprese a privilegiare il contratto di somministrazione a tempo determinato, sia in un logica di risparmio sul costo del lavoro sia come maggiore opportunità di più rapido reinserimento dei lavoratori "svantaggiati", in particolare, dalla perdita del posto di lavoro per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo.

Sotto quest'ultimo profilo, anche il legislatore della riforma del 2014, generalizzando in apparenza l'uso dei contratti a tempo definito a-causali anche per i rapporti di somministrazione a tempo determinato, ha tenuto conto dell'esistente, o, meglio, del dato oggettivo che non esista più (da molto tempo) un sistema pubblico dei servizi per l'impiego (né statale né regionale o locale) in grado di formare e riallocare chi intende accedere o reinserirsi nel mercato del lavoro. Le agenzie di lavoro interinale, al contrario, possiedono importanti risorse per la formazione professionale e possono mandare "in missione" a tempo determinato a costi competitivi (e comunque inferiori a quelli ordinari con assunzione diretta) per le aziende utilizzatrici soprattutto i lavoratori disoccupati con la dotazione personale dei vantaggi fiscali della mobilità.

In questo contesto, l'obiettivo dichiarato di incentivare l'uso del contratto a tempo determinato togliendo l'onere di specificazione delle ragioni oggettive temporanee è, dunque, in aperta contraddizione con il carattere più oneroso di tutti i contratti a tempo determinato nella nuova

---

<sup>85</sup> Corte giust., II Sez., sent. 8 marzo 2012, causa C-251/11 *Huet*.

<sup>86</sup> Cfr. V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, di M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), 2013, Torino, pp.48-49.

<sup>87</sup> La maggiorazione contributiva dell'1,40% di cui all'art.2, comma 28, l. n.92/2012, al di fuori delle ipotesi canoniche della sostituzione di personale o del lavoro stagionale o di quella *extra ordinem* di evasione contributiva "totale" *ope legis* per i precari pubblici, previste rispettivamente dalle lettere a), b) e d) del comma 29 dello stesso art.2 della l.92/2012.



formulazione delle condizioni di ammissibilità dei rapporti a termine, compresi quelli “genuini” per effettive ragioni sostitutive o stagionali. Ma ciò consente di dirottare risorse pubbliche sulla selezione del personale da impiegare nell’affare Expo 2015, per il quale le parti sociali e la Regione Lombardia, hanno sottoscritto il 5 giugno 2014 un avviso per utilizzare le nuove disposizioni in materia di flessibilità in entrata.

Tuttavia, all’atto pratico anche il *favor* nei confronti delle agenzie interinali è stato costruito in modo pessimo sul piano normativo. Infatti, in sede di conversione del d.l. n.34/2014, mentre la legge n.78/2014 con decorrenza dal 20 maggio 2014 ha disposto l’abrogazione dell’art.4, comma 2, d.lgs. n.368/2001, contestualmente ha previsto anche l’abrogazione dei primi due periodi dell’art. 20, comma 1, d.lgs. n.276/2003, che disponevano testualmente fino al 19 maggio 2014: «*La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore. E’ fatta salva la previsione di cui al comma 1-bis dell’articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.*».

In conseguenza, se pure (in parte) la disciplina del d.lgs. n.276/2003 come novellata è stata privata di riferimenti testuali alle ragioni oggettive, anche per la somministrazione a tempo determinato si presentano le stesse problematiche di incoerenza e contraddizione che caratterizzano la materia del contratto a tempo determinato, proprio in relazione alla disposizione originaria di collegamento tra somministrazione a t.d. e contratto a t.d., cioè l’art.22, comma 2<sup>88</sup>, d.lgs. n.276/2003, rimasto inalterato.

Nella sentenza *Della Rocca*<sup>89</sup> la Corte di giustizia ha recentemente precisato che la direttiva 1999/70 e l’accordo quadro devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un’agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un’impresa utilizzatrice.

Viceversa, il legislatore nazionale ha continuato a proporre l’applicazione del d.lgs. n.368/2001, salvo le eccezioni previste in materia di successione dei contratti, anche ai due contestuali rapporti di lavoro a termine con l’agenzia di lavoro temporaneo e con l’impresa utilizzatrice, al punto che il CCNL del 19 dicembre 2012 attualmente vigente per i lavoratori in somministrazione delle agenzie per il lavoro prevede all’art.13 (“Assunzione e missione”), comma 3, conferma integralmente la previsione dell’art.22, comma 2, d.lgs. n.276/2003; mentre la disciplina della proroga, contenuta nell’art.35 dello stesso CCNL, costituisce l’evidente archetipo dell’attuale testo dell’art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001, con l’unica differenza del numero di proroghe (sei invece delle cinque previste per il contratto a tempo determinato, che però nell’originaria versione del d.l. n.34/2014 ne prevedeva addirittura otto).

D’altra parte, l’applicazione anche al lavoro alle dipendenze delle agenzie interinali dell’art.1, comma 01, d.lgs. n.368/2001 e del rapporto (“ontologico”) regola/eccezione<sup>90</sup> tra contratto a tempo indeterminato e le forme di lavoro flessibile rende abbastanza contraddittorio fino al ridicolo e, comunque, non aderente alla contrattazione collettiva di settore innanzi richiamata, lo sforzo di togliere ogni riferimento alle ragioni oggettive temporanee come causale giustificatrice del contratto di somministrazione a tempo determinato al fine di evitare l’ipotesi di somministrazione irregolare e la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a t.i. alle dipendenze dell’impresa utilizzatrice.

---

<sup>88</sup> L’art.22, comma 2, d.lgs. n.276/2003 così dispone: «In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all’articolo 5, commi 3 e seguenti. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.».

<sup>89</sup> Corte giust., VIII Sez., sentenza 11 aprile 2013, causa C-290/12 *Della Rocca* contro Poste italiane, su *Lav.giur.*, 2013, 10, p.879 ss., con nota di P. Coppola, *Somministrazione e direttiva 2008/104/Ce: il (non) adeguamento dell’ordinamento interno*.

<sup>90</sup> Sulla natura essenziale del termine apposto al contratto di lavoro subordinato, v. condivisibilmente le riflessioni di A. Olivieri, *La natura giuridica del termine nel contratto di lavoro: alcuni spunti di riflessione*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2010, 1, I, p.367 ss. *Contra*, cfr. M. Casola, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, *ivi*, 2013, 3, p. 547 ss.

In tal senso, l'art. 27, comma 1, d.lgs. n.276/2003, continua a far riferimento alle ragioni giustificatrici dell'art.20, comma 4, dello stesso decreto (che nel testo attuale non sono più specificate), salvo poi esplicitarne e pretenderne in sede giudiziale ancora la sussistenza nell'art.27, comma 3, d.lgs. n.276/2003, rimasto invariato.

Nel caso del contratto di somministrazione a tempo determinato vi è anche l'aggravante che, avendo il legislatore d'urgenza eliminato ogni riferimento sia nell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 sia nell'art.20, comma 4, 1° capoverso, d.lgs. n.276/2003 alla «ordinaria attività» del datore di lavoro o dell'utilizzatore, le ragioni oggettive non potranno più avere quel carattere di temporaneità "moderata" che era stato puntualmente sottolineato dalla giurisprudenza di Cassazione nella citata sentenza n.10033/2010, ma dovranno necessariamente essere eccezionali e imprevedibili.

Paradossale, poi, diventa l'applicazione del limite di contingentamento alle agenzie di lavoro, come datori di lavoro in caso di somministrazione a tempo determinato, paralizzandone di fatto la capacità operativa in base al combinato disposto dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 e dell'art.22, comma 2, d.lgs. n.276/2003, se non attraverso una più massiva utilizzazione di personale con somministrazione a tempo indeterminato oppure la costituzione di nuove agenzie di lavoro con organico permanente non superiore a cinque dipendenti (argomento *ex art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001*).

Un'ultima notazione sul *favor* autolesionistico alle agenzie di lavoro temporaneo la si può riscontrare nella modifica, introdotta in sede di conversione del d.l. n.34/2014, dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001, per cui la circostanza che nel computo dei 36 mesi debba essere considerato un precedente periodo di missione rileva soltanto nel caso in cui si stia provvedendo ad avviare un nuovo contratto a tempo determinato e non viceversa.

Il nuovo intervento normativo corregge le modifiche introdotte dall'art.1, comma 9, lettera i), l.n.92/2012, che aveva aggiunto alla fine del 1° periodo dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 anche i periodi di "missione" (nell'ambito di contratti di somministrazione anche a tempo indeterminato stipulati ai sensi dell'art.20, commi 3 e 4, d.lgs. n.276/2003, nonché di contratti di somministrazione a tempo determinato sottoscritti ai sensi dell'art.1, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001) presso la stessa impresa utilizzatrice ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi con mansioni equivalenti, completando il processo di unificazione delle causali e delle tutele nell'assimilazione tra i due istituti contrattuali del contratto a termine "canonico" e della somministrazione a tempo determinate, prima della sentenza *Della Rocca* della Corte di giustizia.

Viceversa e in controtendenza rispetto al percorso di omogeneizzazione delle due discipline dei rapporti flessibili si era posto il Ministero del lavoro sia nella circolare n.18/2012 sia nella risposta con nota del 19 ottobre 2012 all'interpello n.32/12 formulato da Assolavoro, secondo cui il limite del periodo massimo dei trentasei mesi alla stipulazione di rapporti "temporanei" nella nuova formulazione della riforma Fornero dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 valeva soltanto per i contratti a tempo determinato e non per il ricorso alla somministrazione a tempo determinato con stesso lavoratore, che poteva dunque essere effettuato anche successivamente al raggiungimento dei 36 mesi.

La nuova modifica dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 serve appunto ad avvalorare la tesi del Ministero, per cui la normativa sui contratti successivi non si applica a sanzionare l'abusivo utilizzo del contratto di somministrazione a tempo determinato nel rapporto tra lavoratore e impresa utilizzatrice.

Tuttavia, tale modifica "chirurgica" non solo si pone in aperta contraddizione con il novello art.1, comma 1, 1° capoverso, dello stesso d.lgs. n.368/2001, in cui ai fini delle condizioni di ammissibilità del termine contrattuale di durata non superiore a 36 mesi i periodi lavorativi di contratto a tempo determinato e di missione sono parificati (ma senza sanzione in caso di superamento), ma serve

solo ad accentuare la necessità di sviluppare sulla sussistenza ontologica delle ragioni oggettive eccezionali e temporanee l'unica sanzione effettiva idonea ad evitare l'abusivo ricorso anche al rapporto di somministrazione a tempo determinato da parte delle imprese utilizzatrici.

### **19. Potrebbe essere tornata *in peius* la l.230/1962**

Si torna, dunque, incredibilmente, all'impianto della legge n.230/1962 (d'altra parte, la sentenza *Fiamingo* avrebbe riesumato le norme del codice della navigazione), che dopo la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia e la sentenza n.107/2013 della Corte costituzionale sembrava ormai sepolta nel cimitero delle buone regole che non servono più (e non si sa mai perchè).

Con due paradossi che significano maggiore rigidità: il primo legato alla maggior flessibilità della normativa abrogata dal d.lgs. n.368/2001 per la possibilità di ricorrere alla contrattazione collettiva per prevedere altre causali di utilizzazione dei contratti a termine; il secondo legato alla maggiore flessibilità del lavoro pubblico, nel nuovo testo dell'art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001 come modificato dal d.l. n.101/2013. Su questo secondo paradosso vale la pena di soffermarsi.

Le novità introdotte in materia di contratti a tempo determinato e di stabilizzazione nel pubblico impiego dall'art. 4 del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito con modificazioni dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125), sostituendo all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (v. art. 4, comma 1, lett.a, d.l. 101/2013) le parole «*Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*» con quelle «*Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*», hanno già rifilato ai giuristi italiani e all'Europa, come avverrà con il d.l. n.34/2014 con la barzioletta della liberalizzazione dei contratti a tempo determinato nel settore privato, la storiella che - con questa straordinaria novità - l'accesso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego sarebbe diventato molto più restrittivo che in passato.

Pare evidente che, nella lingua "ufficiale" italiana, la congiunzione "o" serve a disgiungere le esigenze eccezionali da un lato e le esigenze temporanee dall'altro, per cui il ricorso alla flessibilità nel pubblico impiego è stato ora grandemente implementato e comprende "esclusivamente" anche tutte le possibili esigenze temporanee<sup>91</sup>.

Dovendo dar conto del temperamento degli interessi tra le imprese che creano lavoro e i lavoratori che ne hanno disperato bisogno, senza che l'incontro tra la domanda e l'offerta debba essere risolto (e quindi rovinato o messo in crisi nella sua fisiologia) in sede contenziosa, occorrerà, pertanto, che le imprese private non ascoltino le sirene dei "semplificatori del mercato globale per interesse professionale personale" e facciano ricorso agli strumenti di flessibilità lavorativa come se nulla fosse modificato rispetto al passato (soprattutto rispetto al numero delle proroghe, che raramente potrebbero giustificare l'obiettivo temporaneità dell'impiego), anzi con maggiore e più attenta parsimonia per evitare la trappola della precarietà delle regole, che non ha mai risolto anzi ha sempre aggravato la precarietà del mercato del lavoro nazionale.

---

<sup>91</sup> In specifica risposta alle predette censure la circolare n. 5 del 21 novembre 2013 del Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Trasparenza ha precisato «*che la sostituzione della congiunzione "e", che era nel precedente testo, con la "o" non va intesa come tentativo di ampliare lo strumento del lavoro flessibile, ma piuttosto come correzione di una discrasia che presentava la precedente formulazione, discrasia che destava dubbi sulla possibilità di ricorrere al lavoro a termine per esigenze "sostitutive", in altre parole per quelle tipiche che giustificano il lavoro flessibile. Le esigenze "sostitutive" sono oggettivamente di tipo temporaneo ma non necessariamente di carattere eccezionale, giacchè molto spesso prevedibili e programmabili*». La spiegazione della sostituzione della "e" con una "o" rappresenta, se possibile, una incongruenza ancora più grave di quella commessa spacciando per rigidità contrattuale quello che è un vero e proprio aumento della flessibilità nel lavoro pubblico, ricordando che le esigenze sostitutive *stricto iure* sono solo quelle eccezionali e non programmabili per maternità, malattia e infortunio, e che non risulta che le pubbliche amministrazioni abbiano fatto ricorso alle sostituzioni per ferie, che peraltro hanno natura organizzativa e non sostitutiva.

Una notazione particolare va fatta sulla disposizione (art.1, comma 1, 2° capoverso, d.lgs. n.368/2001), secondo cui il numero complessivo di contratti a termine non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato, salvo le imprese che occupino fino a cinque dipendenti (art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001), che non hanno limiti di contingentamento; limite escluso anche per i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca (ennesima dimostrazione che il d.lgs. n.368/2001 si applica alle pubbliche amministrazioni<sup>92</sup> in tutte le sue disposizioni, salvo i casi espressi di esclusione o di eccezione) ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa (art.10, comma 5-*bis*, 1° capoverso, d.lgs. n.368/2001). La norma fa salva la possibilità con il richiamo dell'art.10, comma 7, dello stesso decreto, che i sindacati comparativamente più rappresentativi individuino una diversa soglia massima di utilizzo attraverso le cd. clausole di contingentamento contenute nei contratti collettivi.

Sulla disposizione in oggetto, che riprende aumentandolo il già elevato limite di contingentamento del 15% previsto dall'art.2 d.lgs. n.368/2001 per Poste italiane (comma 1-*bis* dell'art.2) e per Alitalia e il settore aereo e aeroportuale (comma 1 dell'art.2), si è favoleggiato dell'eccessività della pena prevista per il superamento di tale limite, una sanzione amministrativa di tenore esclusivamente pecuniario, calcolata sulla retribuzione corrisposta ai lavoratori a termine assunti in eccedenza (art.5, comma 4-*septies*, d.lgs. n.368/2001).

Si tratta, in realtà, di una sanzione assolutamente ineffettiva, atteso anche il breve arco temporale di “durata” delle nuove disposizioni prima del prossimo (diciottesimo) intervento normativo correttivo e/o integrativo e/o abrogativo. Infatti, innanzitutto, in sede di prima applicazione, il datore di lavoro è tenuto a rispettare tale soglia entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile in azienda disponga una soglia o un termine più favorevole. In caso di violazione dei limiti sopra indicati, è fatto divieto al datore di lavoro di assumere lavoratori a termine (art.2-*bis*, commi 2 e 3, d.l. n.34/014), mentre la sanzione non si applica per i rapporti di lavoro instaurati precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto legge che comportino il superamento del limite di contingentamento (art.1, comma 2-*ter*, d.l. n.34/2014). In buona sostanza, fino al 31 dicembre 2014 i datori di lavoro non devono preoccuparsi della sanzione in caso di superamento del limite di contingentamento.

Inoltre, la possibilità di motivare, anche *ex post* (non essendo previsto l'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive neanche per quelle di natura sostitutiva) ogni singolo contratto a tempo determinato con la causale delle “insindacabili” (in sede ispettiva) «ragioni sostitutive» (o stagionali), renderebbe superflua ogni ulteriore considerazione sul carattere canzonatorio e totalmente inefficace della sanzione economica a carico dell'impresa che abbia superato il limite del 20%, ma che possa giustificare (si ribadisce) anche *ex post* e in modo insindacabile che non aveva limiti di contingentamento da rispettare per la natura della causale sostitutiva o stagionale.

In ogni caso, cioè in caso di problemi “applicativi”, qualcosa accadrà, considerando la cadenza semestrale delle modifiche e delle stravaganze normative *in subiecta materia*.

Sempre per grazia ricevuta, perché bisogna sempre ringraziare il dono divino di chi, disinteressatamente, pretende di creare nuove occasioni di lavoro non avendo nessuna ambascia di preoccuparsi del decoro del sistema giuridico nazionale, della compatibilità con il buon senso, con la Costituzione nazionale e con le direttive sociali europee, dell'interesse generale del Paese e del temperamento dei diritti dei lavoratori con le esigenze delle imprese, della certezza del diritto e dello sforzo di evitare quelle situazioni di caos normativo che impediscono o ostacolano la crescita e la competitività del mercato interno e gli investimenti esteri e nazionali.

---

<sup>92</sup> *Contra*, N.Niglio, *La non applicabilità della nuova disciplina relativa al contratto di lavoro a tempo determinato acausale nella pubblica amministrazione. Una prima riflessione sull'articolo 1 del decreto legge n. 34/2014 convertito nella legge n. 78/2014*, su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n.6/2014.

## **20. Conclusioni “temporanee”: il cantiere dei contratti flessibili è sempre aperto, ma vi è serio pericolo di crollo**

In conclusione, la legislazione d’urgenza del d.l. n.34/2014, adottando nelle intenzioni (e non nelle disposizioni modificate) la soluzione dei contratti a-causali senza nessuna misura preventive effettiva idonea ad intervenire e sanzionare gli abusi contrattuali, si pone in diretto contrasto con la scelta di regolamentazione dei contratti a termine di prevalenza della causalità necessaria delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico rapporto, operata nel Paese europeo concordemente considerato il più avanzato in termini di crescita economica, trasparenza nelle scelte normative ed efficienza dei risultati del rapporto tra la flessibilità equilibrata in entrata per esigenze temporanee e la stabilità lavorativa per fabbisogno organico di personale: la Germania.

Il Governo italiano, come ha già manifestato nelle osservazioni scritte sul lavoro marittimo, ritiene di avere le mani libere per esercitare la discrezionalità legislativa in un momento di gravissima crisi economica e sociale, per cui le direttive sociali europee possono essere applicate soltanto se non danneggiano gli interessi nazionali o, più concretamente, gli interessi dello Stato e delle sue clientele, pubbliche e private. Probabilmente è questo atteggiamento che ha provocato o comunque ingigantito la crisi economica, che è soprattutto crisi etica.

In ogni caso, il cantiere sempre aperto della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro nazionale comincia ad essere estremamente pericolante, privo com’è di qualsiasi giustificazione nella Carta costituzionale, nella direttiva 1999/70/CE e nei principi fondamentali del diritto del lavoro, tra i quali vi è ancora quello dello stabilità dell’impiego subordinato come principale volano della ricchezza organizzativa e della crescita economica dell’impresa, oltre che strumento principale di realizzazione e salvaguardia della dignità del lavoratore e del conseguente suo diritto di assicurare con la crescita professionale e personale una vita libera per sé e per la propria famiglia.