

CORTE DI CASSAZIONE – SEZIONE LAVORO

8 GENNAIO 2015, n. 62

Stile Pres., Manna Est. – Fiamingo (avv. Notarianni) c. Rete Ferroviaria Italiana SPA (avv. ti Maresca e Saccà).

Lavoro a bordo della nave – Contratto a tempo determinato – Artt. 325, 326 e 332 c. nav. – Direttiva 1999/70 CE – Accordo allegato – Normativa interna di attuazione – Contratto di arruolamento – Applicabilità – Art. 1 c. nav. – Esclusione – Presenza di lacune – Applicabilità.

Lavoro a bordo della nave – Contratto a tempo determinato – Successione di contratti – Art. 326 c. nav. - Direttiva 1999/70 CE – Accordo allegato – Clausola 5 – Conformità in linea generale – Successione di contratti in frode alla legge – Verifica – Necessità -

L'applicabilità anche al lavoro nautico dell'accordo quadro sul contratto di lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70 CE non implica di per sé anche l'applicabilità al contratto di arruolamento a termine della normativa italiana che all'accordo ha dato esecuzione, vale a dire il d. lgs. n. 368/2001, stante il principio di specialità sancito dall'art. 1 c. nav., che ammette l'operatività del diritto comune solo in caso di mancanza di norme poste direttamente dal diritto speciale nautico o da questo ricavabili per analogia. (1)

L'art. 326, 3° comma, c. nav., costituisce, in via generale ed astratta, una misura adeguata ed idonea a prevenire abusi nel susseguirsi di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, giacché la necessità di un intervallo di tempo superiore ai 60 giorni tra un'assunzione e l'altra, non consentendo al datore di lavoro una valida programmazione dell'attività, disincentiva la frantumazione di un unico reale rapporto di lavoro a tempo indeterminato in plurimi apparenti rapporti a termine. Nondimeno, anche la presenza di una normativa astrattamente idonea a prevenire abusi non esclude che, in concreto, ricorra un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato in frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che va verificata caso per caso dal giudice di merito esaminando, tra l'altro, il numero dei contratti e l'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti. (2)

(1-2) Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto eurounitario: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato

SOMMARIO: 1. Introduzione: il rilievo della sentenza annotata per giuslavoristi, navigazionisti e comunitaristi- 2. La specialità “attenuata” della disciplina del lavoro nautico.- 3. Contratto a termine e contratto a tempo indeterminato nell'originario regime del codice della navigazione.- 4. Successivo sviluppo della disciplina del lavoro comune e problema della sua applicabilità al contratto di arruolamento: proroga e proseguimento delle prestazioni oltre la scadenza del termine.- 5. L'estensibilità delle disposizioni antielusive.- 6. Normativa navigazionistica interna e compatibilità con il diritto eurounitario: le ordinanze di rinvio della

Cassazione e la sentenza *Fiamingo* della Corte di giustizia.- 7. Norma speciale non conforme al diritto europeo e problema della sua sostituibilità con la norma di diritto comune.

1. *Introduzione: il rilievo della sentenza annotata per giuslavoristi, navigazionisti e comunitaristi.*

La sentenza in epigrafe riveste notevole importanza per navigazionisti, comunitaristi e lavoristi. Le questioni da essa affrontate toccano, infatti, tutte queste branche del diritto. Una prima questione, quella dei nessi tra diritto (del lavoro) speciale nautico e diritto (del lavoro) comune, è di vecchia data, ma investe l'aspetto più importante della disciplina dei contratti di lavoro nella navigazione, e cioè la sua specialità, e va continuamente aggiornata a seguito dell'evolversi dei vari ordinamenti. Una seconda questione, invece, mi risulta del tutto nuova, laddove richiede di chiarire come sul problema dei rapporti tra diritto speciale nautico e diritto comune possano incidere le relazioni che corrono tra diritto interno e diritto eurounitario. La sentenza annotata, in altre parole, offre l'occasione di esaminare il tema della specialità del diritto della navigazione tenendo conto dei vincoli eurounitari: fino a che punto questi ultimi possono attenuare la prima? In questa sede intendo dare un breve contributo come lavorista, sperando di iniziare un dialogo con colleghi e studiosi di altre materie.

La sentenza stessa è di grande interesse anche perché è molto particolare: segue, infatti, prima ad alcune ordinanze della Cassazione che avevano sollevato davanti alla Corte di giustizia una serie di questioni concernenti l'applicazione, al contratto di arruolamento a termine, dell'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato⁽¹⁾ e poi alla sentenza dei giudici di Lussemburgo che ha pronunciato sulle questioni stesse⁽²⁾. Tutte queste decisioni sono intervenute sul tema della ripetizione di contratti di arruolamento a tempo determinato stipulati con propri ufficiali, per periodi non superiori ad un certo numero di giorni, e con intervalli superiori ai 60 giorni tra un contratto e l'altro, dalla società che gestisce il collegamento tramite traghetti tra Messina e Reggio Calabria o Villa San Giovanni. Il bello, infine, è che la sentenza in epigrafe, cassando quella della Corte d'appello di Messina, che a sua volta aveva confermato quella del Tribunale della stessa città, ha risolto ogni problema con una soluzione interpretativa di grande rilievo, perché tale da poter essere applicata alla successione di contratti a tempo determinato posta in essere in qualsiasi settore, e non solo nel settore del lavoro marittimo⁽³⁾.

2. *La specialità "attenuata" della disciplina del lavoro nautico.*

2. Ribadito che la specialità del contratto di arruolamento deve essere intesa, a mio avviso, come specialità della relativa disciplina rispetto a quella del contratto di lavoro di diritto comune⁽⁴⁾, per affrontare i problemi posti dalla sentenza annotata si deve

(1) Si tratta dell'ordinanza di Cass. 20 giugno 2013, n. 15560, *Riv.giur.lav.*, 2013, II, 618, e di quella di pari data n. 15561, *Giust.civ.*, 2013, I, 1708 (le ordinanze sono più d'una, uguali nel contenuto).

(2) V. la sentenza 3 luglio 2014, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Fiamingo*, *Lav.giur.*, 2014, 909.

(3) Sulle vicende messinesi in questione e sulla portata generale della sentenza annotata v. i puntuali rilievi di V. DE MICHELE, *L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di Giustizia Ue sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *Europeanrights.eu*, gennaio 2015, n. 80 ss.

(4) Ho sostenuto questa tesi in L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1996, 287 ss, ove ho dato anche conto del dibattito sul punto. Le ordinanze della Cassazione di rinvio alla Corte di Giustizia propendono, invece, per la tesi per la quale la specialità, per la presenza dell'elemento aggiuntivo relativo alla sicurezza della nave e della navigazione, comporterebbe una differenza di fattispecie tra contratto di

innanzitutto tornare a riflettere sulla basilare norma di cui all'art. 1 c. nav., per la quale “in materia di navigazione, marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi”, potendo trovare applicazione il diritto comune solo “ove manchino disposizioni del diritto della navigazione e non ve ne siano di applicabili per analogia”.

Questa specialità, che costituisce il cuore della disciplina navigazionistica, è stata studiata anche rispetto al settore del lavoro e spesso se ne è constatata l'attenuazione nel tempo⁽⁵⁾. Non è facile dire quando nel diritto speciale si è in presenza di una lacuna da colmare con il ricorso al diritto comune. Prima di affermarla bisogna espandere quanto più possibile il significato della norma del diritto speciale e poi ricercare disposizioni da poter applicare in via analogica⁽⁶⁾. Rinvenutane una, va anche affrontato il problema della compatibilità, con il contesto delle regole navigazionistiche, del frammento della disciplina del diritto comune che in teoria potrebbe colmarla. Naturalmente, se la lacuna c'è, possono trovare applicazione anche i principi generali delle varie branche del diritto comune o i principi generali dell'ordinamento⁽⁷⁾. Va ricordato, peraltro, che dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la specialità del diritto della navigazione non può prescindere dal principio di uguaglianza, dato che, proprio con riguardo al diritto del lavoro, in varie pronunce la Corte Costituzionale ha affermato l'illegittimità di norme del diritto speciale che comportavano un trattamento dei lavoratori nautici diverso, in peggio, ma anche in meglio, da quello disposto dal diritto comune senza essere giustificato da effettive esigenze oggettive, quali quelle legate alla sicurezza della navigazione⁽⁸⁾. Con lo sviluppo del diritto eurounitario, poi, la norma speciale non può contrastare con le disposizioni cogenti dello stesso, pena la violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. Anche di recente, infine, si è ricordato come sul tema della specialità rilevino in modo spesso confuso e comunque problematico le regole sulla successione delle leggi nel tempo⁽⁹⁾. E di fatti, dopo ogni

arruolamento e di lavoro subordinato di diritto comune. In questo senso si era già espresso B. BALLETTI: v. da ultimo *Necessità di una riforma legislativa del rapporto di lavoro nautico*, *Scritti in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, I, 150. Per G. PELLACANI, *Il lavoro nautico*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti di lavoro*, II, a cura di A. Vallebona, Torino, 2009, 1357, l'interesse pubblico alla sicurezza della navigazione e la particolare organizzazione in cui la prestazione di lavoro si inserisce connoterebbero la causa del contratto di arruolamento. Per G. CAMARDA tutti i contratti di lavoro subordinato del personale “viaggiante” (per terra, acqua ed aria) si caratterizzerebbero, rispetto al contratto di lavoro comune, per la presenza, in capo al lavoratore, dell'obbligazione di “dare sicurezza” non solo a sé stesso ed ai compagni di lavoro, ma anche “a terzi estranei all'organizzazione dell'impresa”, vale a dire ai passeggeri ed alle persone con cui il prestatore di lavoro viene in contatto durante il viaggio (v. *Problematiche giuridiche del lavoro nel settore dei trasporti. Un quadro di sintesi, Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, a cura di M. Cottone, Milano, 2014, 246). Mi pare che queste divergenti letture non incidano sulla soluzione dei problemi interpretativi qui affrontati.

⁽⁵⁾ Per tale dibattito rinvio a L. MENGHINI, *I contratti di lavoro* cit., 71 ss. e *Il lavoro nautico, Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, II edizione, Torino, 2007, 2028 ss., nonché, tra gli altri, ai recenti studi della C. ENRICO LUCIFREDI, *Il lavoro marittimo fra ordinamento comunitario e tutele nazionali*, *Scritti in onore di Francesco Berlingeri*, Genova, 2010, I, 475 ss., della G.M. BOI, *Il lavoro marittimo, l'armonizzazione delle norme di diritto internazionale, comunitario e nazionale, Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, cit., 3 ss., di G. CAMARDA, *Problematiche giuridiche* cit., 209 ss e di L. GIASANTI, *Collegato lavoro, legge Fornero e lavoro nautico: alcune riflessioni*, ivi, 23 ss.

⁽⁶⁾ Al riguardo mi pare importante la tesi per la quale l'individuazione di regole analoghe per i vari rami del trasporto consentirebbe di “affermare l'esistenza di un corpo organico di principi giuridici caratterizzanti l'intero settore”, tanto nell'ordinamento interno quanto in quello internazionale e sovranazionale, e cioè di un diritto del lavoro dei trasporti (v. ancora G. CAMARDA, *Problematiche giuridiche* cit., 232).

⁽⁷⁾ Per un esempio di lacuna riempita con l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento in materia di sanzioni disciplinari v. Cass. 23 settembre 1986, n. 5732, *Dir.maritt.*, 1987, 233; Cass. 29 settembre 1987, n. 7320, *in*, 1989, 146; Cass. 16 novembre 1987, n. 8399, *Riv.giur.lav.*, 1988, II, 206.

⁽⁸⁾ Sul punto rinvio a L. MENGHINI, *I contratti di lavoro* cit., 77 e 106 ss.; B. BALLETTI, *Necessità di una riforma* cit., 153 ss.; G. PELLACANI, *Il lavoro nautico* cit., 1357-1358, C. ENRICO LUCIFREDI, *Il lavoro marittimo* cit., 475-476; G. CAMARDA, *Problematiche giuridiche* cit., 211ss.

⁽⁹⁾ Così G. CAMARDA, *Problematiche giuridiche* cit., 213, nt. 8.

riforma di una certa ampiezza della disciplina del lavoro comune si pone il problema dei margini in cui la stessa è applicabile al lavoro nautico, problema la cui soluzione richiede molta ponderazione, perché navigazionisti e giuslavoristi non hanno dimenticato che la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno ritenuto che la riforma del processo del lavoro, risalente al 1973, si applicasse anche a quello nella navigazione, malgrado le sue norme speciali, pur in assenza di alcuna indicazione testuale in tal senso, con espressa smentita del carattere assoluto della regola per la quale la legge generale successiva non deroga quella speciale precedente⁽¹⁰⁾.

3. Contratto a termine e contratto a tempo indeterminato nell'originario regime del codice della navigazione.

Venendo alla vicenda considerata dalla sentenza in epigrafe, non è la prima volta che ci si interroga sull'applicabilità al contratto di arruolamento a tempo determinato di norme previste dal diritto comune per contratto di lavoro a termine.

Per molti aspetti, nel 1942 non vi erano grandi differenze tra i “vari tipi di contratto di arruolamento”, e cioè tra il contratto a tempo indeterminato, quello a tempo determinato e quello a viaggio (art. 325 c. nav). Il primo, se stipulato su nave determinata, si estingueva normalmente, mediante il recesso dell'armatore, alla fine del viaggio, e cioè dopo che fossero “compiute le operazioni di ormeggio e di scarico della nave nel porto nel quale l'arruolato (doveva) essere sbarcato” (art. 348, 1° comma, c. nav). La situazione non cambiava di molto se l'arruolamento non avveniva con riguardo ad una specifica nave dell'armatore, perché, terminato il viaggio sulla prima nave, era possibile il licenziamento *ad nutum*, sempre con rispetto del preavviso e con pagamento dell'indennità di anzianità. L'assenza di questi due elementi caratterizzava il contratto a tempo determinato, destinato ad estinguersi, per iniziale volontà delle parti, alla scadenza del termine, ma prorogato di diritto sino all'arrivo della nave al porto di ultima destinazione (art. 341, 2° comma, c. nav.) e anche in questo caso, penso, solo dopo esaurite le operazioni di ormeggio e di scarico. Il contratto a viaggio era una sottospecie di contratto a tempo determinato ben nota ai lavoratori, trattandosi di un contratto con termine finale *certus an, sed incertus quando*.

In sostanza, alla fine del contratto a tempo indeterminato, il marittimo sbarcava e, provenendo in genere da un lungo periodo di assenza dalla famiglia o comunque dal luogo d'origine, si godeva di un periodo di riposo, nel quale viveva grazie agli importi percepiti allo sbarco, e cioè le indennità sostitutive delle ferie, per il lavoro straordinario e festivo, l'indennità di anzianità, l'eventuale indennità di mancato preavviso ed altre ancora. Nel frattempo si iscriveva al ruolo generale in attesa di un nuovo imbarco con il sistema dell'avvicendamento. Sostanzialmente analoga era la situazione in cui si trovavano i marittimi alla fine di un contratto a termine o a viaggio: come per i lavoratori comuni, la differenza stava essenzialmente nella mancanza del preavviso e dell'indennità di anzianità.

Anche per il codice della navigazione erano questi due elementi a far considerare il contratto a tempo indeterminato preferibile per i lavoratori e questa è la ragione per la quale i contratti a termine sono stati ammessi, ma con dei limiti. Per quello che noi oggi chiamiamo il primo ed unico contratto, il limite è solo temporale: la durata non può superare un anno; altrimenti, il contratto si considera a tempo indeterminato (art. 326,

⁽¹⁰⁾ V. Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 20, *Foro it.*, 1976, I, 508 e Corte cost. 20 aprile 1977, n. 66, *ivi*, 1977, I, 1031; Cass. 15 luglio 1975, n. 2788, *ivi*, 1975, I, 1870; Cass. 28 febbraio 1978, n. 1029, *ivi*, 1979, I, 789; Cass. 9 luglio 1979, n. 3939, *Dir.lan.*, 1980, II, 317. Si è rilevato, peraltro, come in seguito la Cassazione abbia ritenuto non totalmente abrogato il precedente sistema processuale per i marittimi (v. *amplius* L. GIASANTI, *Collegato lavoro cit.*, 32).

1° comma). Per la successione dei contratti, il limite consiste nel fatto che “in forza di più contratti a viaggio, o di più contratti a tempo determinato, ovvero di più contratti dell’uno o dell’altro tipo”, non è possibile prestare ininterrottamente servizio alle dipendenze dello stesso armatore per un periodo superiore all’anno, con la precisazione che “la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando tra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai sessanta giorni”; in caso contrario il rapporto di arruolamento è regolato dalle norme concernenti il contratto a tempo indeterminato (art. 326, 2° e 3° comma). Come si vede, la “sanzione” per il superamento dei limiti, pur diversamente chiamata, consisteva nella trasformazione del contratto o dei contratti a termine in un contratto a tempo indeterminato, e cioè quella che oggi i lavoristi chiamano impropriamente la “conversione” del rapporto.

4. Successivo sviluppo della disciplina del lavoro comune e problema della sua applicabilità al contratto di arruolamento: proroga e proseguimento delle prestazioni oltre la scadenza del termine.-

Al momento dell’emanazione del codice civile e di quello della navigazione, il secondo conteneva limiti all’utilizzabilità del contratto a tempo determinato più stringenti rispetto a quelli previsti dall’art. 2097 del primo. La situazione si è però capovolta dopo l’emanazione della legge n. 230/1962, molto restrittiva nei confronti dell’istituto e da questo momento è sorto il problema della estensibilità di alcune norme di questa legge al contratto di arruolamento, discutendosi, in particolare, su quelle che non avevano corrispondenza nella disciplina navigazionistica, e cioè quelle rinvenibili nell’art. 5, che sanciva la parità di trattamento tra lavoratori a termine ed a tempo determinato, e nell’art. 2, laddove trovavano disciplina la proroga del contratto, la prosecuzione delle prestazioni oltre la scadenza del termine e la successione dei contratti elusiva delle disposizioni della legge⁽¹⁾.

Pacifica l’applicabilità del principio di parità di trattamento, quanto alla proroga, il codice della navigazione si limita a regolare la particolare fattispecie della scadenza del termine in corso di viaggio. In linea generale, una proroga del contratto di arruolamento a termine è certo ammissibile, ma ad essa non poteva essere applicata la disciplina di cui al 1° comma dell’art. 2 della legge n. 230/1962, troppo restrittiva per essere compatibile con la regola del diritto speciale che ammette il contratto di arruolamento a termine senza ulteriori limiti che non siano quelli della durata non superiore all’anno. A mio avviso questa incompatibilità permane anche con riguardo alla disciplina di diritto comune vigente, che pone il limite della non prorogabilità del contratto di durata pari o superiore a tre anni, delle 5 proroghe all’interno dei tre anni e della stessa attività lavorativa per la quale il contratto iniziale era stato stipulato a tempo determinato (art. 4 d. lgs. n. 368/2001, come modificato dall’art. 1 d.l. n. 34/2014, convertito il l. n. 78/2014). Alla disciplina speciale nautica, infatti, non interessa né il numero delle proroghe né il tipo di attività per la quale sono stipulate: l’unico limite in materia è ricavabile da una interpretazione estensiva dell’art. 326, 2° comma, c. nav., per la quale in virtù di una o più proroghe non si può superare il limite complessivo di durata pari ad un anno.

Sull’applicabilità al lavoro marittimo della previsione di cui al primo periodo del 2° comma dell’art. 2 della legge n. 230/1962, per la quale se il rapporto – e cioè le prestazioni lavorative- proseguivano dopo la scadenza del termine, il contratto andava immediatamente considerato a tempo indeterminato, è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale⁽²⁾. La Corte, con una sentenza di difficile lettura, premessa la non applicabilità della norma di diritto comune e la conseguente difformità di trattamento a

⁽¹⁾ Su questa discussione mi permetto di rinviare ancora a L. MENGHINI, *I contratti di lavoro* cit., 332 ss.

⁽²⁾ V. Corte cost 10 marzo 1994, n. 80, *Riv.giur.lav.*, 1994, II, 641.

danno dei marittimi, ha ritenuto che una dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza fosse impedita dall'estraneità del frammento di disciplina di diritto comune che sarebbe stato introdotto all'interno della disciplina speciale rispetto a quest'ultima, la quale condiziona la legittimità dell'apposizione del termine ai soli requisiti formali ed a quelli relativi alla durata del contratto. Se letta in questo senso, la decisione in esame andava condivisa. Una tale incompatibilità permane, a mio avviso, anche con riferimento alla disciplina attuale, rinvenibile nei commi 1° e 2° dell'art. 5 d. lgs. n. 368/2001 e risalente alle innovazioni introdotte dall'art. 12 della legge n. 196/1997.

5. *L'estensibilità delle norme antielusive.*

Più delicato era il problema dell'applicabilità al lavoro nautico del frammento del 2° comma dell'art. 2 della legge n. 230/1962 che disponeva l'unificazione in un unico contratto a tempo indeterminato dei molteplici contratti a termine stipulati per eludere le norme della legge stessa. Com'è noto, il legislatore, dopo aver previsto rigidi limiti temporali che dovevano intercorrere tra un contratto a termine e l'altro (15 o 30 giorni a seconda della durata del contratto precedente), aveva voluto inserire una norma di chiusura in grado di impedire l'abuso di una successione di contratti pur rispettosa di tali limiti. Per l'unificazione dei contratti la giurisprudenza richiedeva la sussistenza di una frode oggettiva, rinvenibile quando, per il numero delle assunzioni, per il periodo complessivo da esse ricoperto e soprattutto per la loro durata complessiva all'interno del periodo suddetto, risultava che il lavoratore era stato ripetutamente assunto a tempo determinato pur in presenza di un'occasione stabile di impiego. Nel mio volume sui contratti di lavoro nel diritto della navigazione, che è del 1996, ho sostenuto che questo frammento di disciplina del lavoro comune non potesse applicarsi al lavoro nautico, dato che i commi 2° e 3° dell'art. 326 c. nav., nel fissare i limiti temporali alla successione dei contratti, configuravano una presunzione legale di frode che copriva tutte le situazioni in cui la stessa era ipotizzabile, senza lasciare spazio ad ulteriori ipotesi da provarsi di volta in volta da parte del lavoratore⁽¹³⁾.

A considerare l'evoluzione normativa successiva, mi sembra che questa mia opinione non regga più. Va ricordato, infatti, che l'art. 12, comma 1, della legge n. 196/1997, nel sostituire l'art. 2 della legge n. 230/1962, aveva riacorciato i limiti temporali richiesti tra un contratto e l'altro, portandoli a 10 o 20 giorni, in tal modo attenuando i freni alla successione dei contratti, e non aveva più riproposto la norma che vietava successive assunzioni intese ad eludere le disposizioni della legge. Di fronte a questa situazione vi è stato chi riteneva che in presenza di molteplici assunzioni a termine, pur intervallate da 10 o 20 giorni, che per la loro frequenza e durata dimostrassero il sostanziale utilizzo del lavoratore per fronteggiare esigenze di impiego stabili nel tempo, si potesse ricorrere all'istituto del negozio in frode alla legge e per tal via giungere alla unificazione dei molteplici contratti⁽¹⁴⁾. Dopo l'entrata in vigore della direttiva 70/99 Ce e del d. lgs. n. 368/2001, che inizialmente non aveva modificato la normativa sul punto, questa soluzione interpretativa mi era parsa obbligata per rendere la disciplina interna compatibile con quella dell'accordo europeo recepito dalla direttiva, ed in particolare con le disposizioni della clausola 5, volta a prevenire e sanzionare gli abusi derivanti dalla successione di contratti, e tale soluzione è stata largamente condivisa⁽¹⁵⁾. Poiché la regola di cui all'art. 1344 c.c. esprime un principio generale del diritto dei contratti, la stessa pare idonea ad integrare la

⁽¹³⁾ V. L. MENGHINI, *I contratti di lavoro* cit., 335.

⁽¹⁴⁾ Per questa tesi rinvio a L. MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di L. Menghini, IPSOA, 2002, 18. Questa soluzione era stata fatta propria da Pret. Milano 30 aprile 1999, *Lav. giur.*, 1999, 775.

⁽¹⁵⁾ V. MENGHINI, *La nuova disciplina* cit., 36.

disciplina speciale nautica, senza sovrapporsi alle regole sugli intervalli minimi, la cui presenza anche nella disciplina del lavoro a termine di diritto comune non ha impedito di affermare l'applicabilità di tale articolo e principio, che, anzi, va ribadita anche dopo l'inserimento nel d.lgs. n. 368/2001 del comma 4 *bis* dell'art. 5, che fissa il noto limite dei 36 mesi alla successione di contratti. La presenza dei limiti temporali fissi non è dunque incompatibile con una norma di carattere generale in tema di frode alla legge e quindi l'art. 1344 c.c. va applicato anche alla successione di contratti di arruolamento a tempo determinato, perché integra la relativa disciplina, colmando una lacuna, senza sovrapporsi ad essa⁽¹⁶⁾.

Questa conclusione mi porta a ritenere che la vicenda dei marittimi ripetutamente assunti a termine sui traghetti impiegati nello stretto di Messina poteva essere risolta con la mera applicazione delle norme interne (artt. 326 c.nav. e 1344 c.c.), nella consapevolezza che la scelta ermeneutica di questa duplice applicazione rende il nostro ordinamento conforme alle prescrizioni di cui alla clausola 5 dell'accordo europeo. La Corte di cassazione avrebbe potuto, quindi, investire immediatamente il giudice di merito della verifica nel caso di specie dell'esistenza di una frode alla legge, con trasformazione, in caso di esito positivo, dei singoli contratti in un unico contratto a tempo indeterminato in virtù di una interpretazione estensiva della "sanzione" prevista nel 1° e 2° comma dell'art. 326 c. nav. E' facile, però, dirlo ora: l'idea innovativa è da attribuire alla sentenza annotata.

6. Normativa navigazionistica interna e compatibilità con il diritto eurounitario: le ordinanze di rinvio della Cassazione e la sentenza Fiamingo della Corte di giustizia.

Così intese le norme del diritto interno, si tratta ora di verificare la loro compatibilità con le previsioni eurounitarie, esaminando le ordinanze di rimessione della Cassazione e la successiva sentenza della Corte di giustizia Ue, citate all'inizio di questa nota, nonché la sentenza della Cassazione in epigrafe.

Quattro sono state le questioni poste dalla Cassazione alla Corte di giustizia, ma, dovendo sintetizzare, è sufficiente considerare la prima e la quarta. La *prima* concerne l'applicabilità al lavoro nautico dell'accordo quadro europeo recepito dalla direttiva 70/1999 CE. La risposta dei giudici europei nella sentenza *Fiamingo* è stata positiva (nn.27-40) e, visti i precedenti, dalla stessa analiticamente considerati, non poteva che essere così. Con la *quarta* questione, quella indubbiamente più importante, le ordinanze di rinvio hanno chiesto se l'accordo quadro osta ad una normativa nazionale, quale quella italiana relativa al contratto di arruolamento a tempo determinato, "che esclude in caso di utilizzo di una successione di contratti (tale da integrare abuso ai sensi della clausola 5) che questi siano trasformati in rapporto di lavoro a tempo indeterminato (misura prevista dall'art. 326 c. nav. solo per l'ipotesi che l'arruolato presti ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno e per l'ipotesi in cui fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorra un periodo non superiore ai sessanta giorni)".

La Corte di giustizia, seguendo la sua consolidata giurisprudenza, ha risposto che la suddetta disciplina può soddisfare i criteri richiesti dalla clausola 5, in quanto sufficiente per prevenire e sanzionare adeguatamente ed effettivamente gli abusi derivanti da una successione di contratti a termine. Una simile disciplina, infatti, per la Corte contiene sia una misura preventiva equivalente a quella enunciata nella lett. b) del punto 1 della clausola 5, sia una idonea misura sanzionatoria dei suddetti abusi (la "conversione" del rapporto). Questa conclusione –proseguono i giudici lussemburghesi- non può essere rimessa in

⁽¹⁶⁾ A questa conclusione era già esattamente pervenuto D'AIUTO, *Sull'incerta applicazione della direttiva 99/70/CE ai contratti a termine dei marittimi*, Riv.it.dir.lav., 2012, II, 289.

discussione dalla previsione interna per la quale i vari contratti possono essere considerati successivi solo se tra di essi intercorre un intervallo non superiore ai sessanta giorni, dato che, in linea generale, è difficile per un datore di lavoro che abbia esigenze permanenti e durature aggirare le tutele concesse al lavoratore dalla clausola 5 facendo decorrere, alla fine di ogni contratto, un periodo superiore a sessanta giorni⁽¹⁷⁾; spetta in ogni caso ai giudici nazionali esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, per affermare od escludere che nella fattispecie i contratti stessi siano stati utilizzati in modo abusivo da parte dei datori di lavoro (nn.69-72).

7. Norma speciale non conforme al diritto europeo e problema della sua sostituibilità con la norma di diritto comune.

Il Tribunale e la Corte d'appello di Messina avevano respinto le domande di Maurizio Fiamingo volte alla dichiarazione della nullità dei successivi contratti di arruolamento a termine, ritenendo che la materia dovesse essere regolata dagli artt. 326 e 332 c. nav. (nella fattispecie pienamente rispettati) e non dal d. lgs. n. 368/2001, mentre la direttiva europea non trovava applicazione per il fatto che faceva salve le discipline di settore.

La sentenza della Corte d'appello è stata impugnata in Cassazione. Dopo le ordinanze di rinvio alla Corte di giustizia e la sentenza *Fiamingo* dei giudici di Lussemburgo, la Suprema corte ha deciso l'originario ricorso proposto da quest'ultimo con la sentenza in epigrafe.

In questa sede interessano le affermazioni di questa pronuncia in tema di successione di contratti. Il punto di partenza della decisione è la convinzione che, se la normativa speciale nautica disciplina un dato istituto in modo completo e senza lacune, su una simile normativa non può prevalere quella di diritto comune solo per il fatto che è stata emanata per attuare una direttiva comunitaria. Applicato al contratto di arruolamento a termine, il discorso si traduce nell'impossibilità di applicare il d. lgs. n. 368/2001 solo perché attuativo dell'accordo europeo, di fronte ad una disciplina speciale priva di lacune.

Questa soluzione è stata criticata da chi ritiene che nel caso di specie, risalente a prima delle modifiche introdotte in materia dal decreto Renzi-Poletti del 2014, il d. lgs. n. 368/2001 dovesse trovare attuazione anche nei confronti dei contratti a termine del lavoro nella navigazione, imponendo la specificazione nell'atto scritto delle ragioni per le quali l'assunzione avveniva a tempo determinato⁽¹⁸⁾. L'opinione si basa sulla considerazione per la quale l'art. 10 del decreto non esclude i marittimi dai destinatari delle sue disposizioni, mentre l'art. 11 del decreto stesso abroga tutte le norme con esso incompatibili; non solo: l'attuale art. 2, comma 1, del decreto del 2001, riprendendo una norma del tutto particolare risalente al 1984, menziona, tra l'altro, i contratti stipulati dalle aziende di trasporto aereo con chi effettua servizi operativi di volo e assistenza a bordo a passeggeri e merci.

La questione ora in esame riporta al più generale problema del gioco tra norma generale successiva e norma speciale precedente. Cassazione e Corte costituzionale hanno negato carattere assoluto alla prevalenza della norma speciale, rinviando all'interprete la soluzione caso per caso, in tal modo introducendo un notevole tasso di incertezza ed opinabilità ad ogni valutazione. A mio avviso, tuttavia, fino a che la norma speciale non contrasta con il diritto eurounitario, non può essere pretermessa a favore dell'applicazione

⁽¹⁷⁾ Ritiene, invece, plausibile la conclusione opposta GIASANTI, *L'applicazione della direttiva 99/70 Ce al lavoro marittimo all'esame della Corte di Giustizia*, *Riv.giur.lav.*, 2013, II, 630.

⁽¹⁸⁾ V. ancora V. DE MICHELE, *L'interpretazione autentica* cit., n. 83 ss.

delle regole nazionali generali che a tale diritto danno attuazione, in assenza di lacune e del riscontro di una volontà anche implicita del legislatore nel senso dell'estensione generale delle norme successive. Tale volontà, a mio avviso, non è rinvenibile negli artt. 10 e 11 del d. lgs. n. 368/2001, perché nel complesso *iter* della sua emanazione di tutto si è parlato, ma non del lavoro nautico. Quanto poi alle specifiche regole previste per le aziende del trasporto aereo, con esse si è voluta integrare la disciplina del contratto a tempo determinato del personale di volo, escludendo che, nei casi espressamente previsti, sia richiesto il requisito di legittimità della clausola appositiva del termine imposto dall'art. 902 c. nav., vale a dire la specialità del rapporto, intesa come presenza di una occasione di lavoro limitata nel tempo⁽¹⁹⁾.

Cosa succede, invece, se la disciplina speciale contrasta con quella eurounitaria? In presenza di una normativa di diritto comune che attua la direttiva europea, deve trovare applicazione quest'ultima, prevalendo sul diritto speciale nautico anche in assenza di lacune o vanno tratte le solite conseguenze derivanti da un contrasto tra diritto interno e una direttiva non direttamente applicabile?

La risposta è tutt'altro che facile e la sentenza annotata non la dà, perché ritiene che la normativa interna consenta una corretta applicazione di quella eurounitaria. Seguendo, infatti, l'impostazione della Corte di giustizia, la sentenza annotata ritiene che l'art. 326 c.nav. "costituisca una misura adeguata per assicurare l'effettività della clausola 5 dell'accordo quadro, vale a dire adeguata a prevenire e punire l'abusivo ricorso ad una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato", dato che il necessario intervallo di almeno 60 giorni tra un contratto e l'altro è tale da impedire, in linea di massima, la volontà di aggirare la regola comunitaria. La sentenza aggiunge, tuttavia, che anche in presenza di una normativa astrattamente idonea a prevenire e sanzionare gli abusi, non si può escludere che in concreto possa riscontrarsi "un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato tale da integrare frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che per sua natura non può che essere esaminata caso per caso, con apprezzamento del numero dei contratti di lavoro a tempo determinato, dell'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e di ogni altra circostanza", tra le quali, a mio avviso carattere molto importante assume il complessivo periodo di tempo "coperto" dai vari contratti all'interno del periodo che va dalla prima assunzione alla scadenza dell'ultimo di essi. Della verifica dell'esistenza di una "frode oggettiva", non effettuata nei giudizi di merito, dovrà occuparsi il giudice del rinvio, designato nella Corte d'appello di Palermo. Non conoscendo gli atti del processo, nulla posso dire sull'esito di questa verifica, se non ricordare ciò che ha già sottolineato il più profondo conoscitore della giurisprudenza lussemburghese sul punto e sulla sua attuazione nazionale, e cioè che in un caso di successione di molti contratti per un lungo periodo di tempo complessivo (una assistente di cancelleria presso il Tribunale distrettuale di Colonia era stata utilizzata per un periodo di 10 anni e 6 mesi con 13 contratti a termine successivi, tutti motivati dalla necessità di sostituire colleghi assenti con diritto alla conservazione del posto), dopo che la Corte di giustizia li aveva in linea di massima ritenuti legittimi, lasciando però al giudice nazionale di verificare se nel caso di specie gli stessi fossero di carattere abusivo rispetto alle previsioni della clausola 5, la Cassazione federale tedesca li ha ritenuti fraudolenti⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Rinvio su tale requisito a L. MENGHINI, *I contratti di lavoro* cit., p. 325 ss.

⁽²⁰⁾ Così V. DE MICHELE, *L'interpretazione autentica* cit., nn. 115-117, che si riferisce alla nota sentenza europea 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kucuk* (vedila in *Riv.it.dir.lav.* 2012, II, 747), emanata su rinvio pregiudiziale della Cassazione del lavoro tedesca, ed alla sentenza di quest'ultima del 18 luglio 2012, n. 7 che, nel giudizio di riassunzione dopo la decisione dei giudici di Lussemburgo, ha individuato nella fattispecie un abuso contrattuale secondo il diritto germanico, rinviando al Tribunale distrettuale di Colonia, quale giudice di

A me pare che la sentenza annotata abbia risolto in modo elegante⁽²¹⁾ il problema delle conseguenze da trarsi da un'eventuale non conformità della disciplina interna sul contratto di arruolamento a termine alla clausola 5. Posto, infatti, che quest'ultima vuole evitare proprio l'uso fraudolento della successione di contratti, nel caso di specie per accertarne l'eventuale esistenza il giudice interno non ha strumento migliore dell'istituto generale del contratto in frode alla legge, con pacifica conseguenza, in caso di riscontro positivo, della "conversione" dei vari rapporti a termine in un unico contratto a tempo indeterminato, come già dispone il 2° comma dell'art. 326 c.nav. per il caso di molteplici assunzioni per un periodo complessivo superiore all'anno non inframmezzate da periodi di almeno 60 giorni, certamente suscettibile di interpretazione estensiva.

In tal modo la decisione in esame aggira la tesi ipotizzata dalle ordinanze di rinvio per la quale dalla eventuale contrarietà delle norme interne alla clausola 5 "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 d. lgs. n. 368/2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni da quest'ultimo contenute anche ai rapporti di lavoro marittimo". Lo spunto è molto importante perché manifesta l'adesione delle ordinanze della Cassazione ad una precisa opinione circa gli effetti di una dichiarazione della Corte di giustizia di non conformità del diritto speciale alle regole dell'accordo europeo: il diritto speciale non potrebbe più trovare applicazione al contratto di arruolamento a tempo determinato, il quale dovrebbe, invece, essere regolato dalla normativa generale di diritto comune costituita dal d. lgs. n. 368/2001, inteso come strumento con cui l'ordinamento italiano ha dato specifica attuazione all'accordo europeo⁽²²⁾.

Non è facile sostenere, tuttavia, che una disposizione del diritto speciale che regola una data materia, dopo una dichiarazione di sua non conformità ad una norma europea di applicazione non diretta, non la possa più regolare, venendo sostituita dalla norma di diritto comune conforme. Per quanto ampi siano gli sforzi chiesti al giudice nazionale nell'interpretare la norma interna per farla divenire conforme al diritto europeo, l'applicazione del d. lgs. n. 368/2001 al posto dell'art. 326 c. nav. non potrebbe avvenire in via ermeneutica, perché in tal modo si andrebbe contro il chiaro tenore dell'art. 1 c. nav. Si tratterebbe di una interpretazione *contra legem*.

Se mai potrebbe essere approfondito un secondo tipo di ragionamento. Pacifico essendo che la non conformità non comporta un'abrogazione, si potrebbe lavorare sull'idea che l'esigenza di dare effettività al diritto europeo consente di disapplicare la norma interna speciale proprio perché è possibile sostituirla con la norma generale. Lo spunto andrebbe, ovviamente, approfondito. E qui potrebbero essere di grande aiuto i comunitaristi. Ma che direbbero i navigazionisti, che già ritengono che l'attrazione del lavoro marittimo nell'alveo del lavoro comune sia eccessiva ed in contrasto con i tanti riconoscimenti di specialità in altre occasioni attribuiti al lavoro marittimo⁽²³⁾? Il problema non è di poco conto, se non altro perché, se pur non formalmente, due pronunce sul punto della Cassazione non collimano tra loro.

merito per la riquilificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine in questione, considerati abusivi per frode aggettiva.

(21) V. DE MICHELE, *L'interpretazione* cit., n. 106, parla di "un vero gioiello di ingegneria giuridica".

(22) In questo senso v. anche Trib. Messina 27 ottobre 2011, *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 283, nonché GIASANTI, *L'applicazione della direttiva n.99/70 CE al lavoro marittimo all'esame della Corte di giustizia*, *Riv.giur.lav.*, 2013, II, 631.

(23) Così G.M. BOI, *Il lavoro marittimo* cit., 5-6.

Luigi Menghini

Ordinario di diritto del lavoro

Università di Trieste