

Il dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia sulle norme retroattive in tema di contratto a termine¹.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il silenzio della Corte di giustizia nella sentenza Carratù e le precisazioni della Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 155 del 4.06.2014. – 3. Le osservazioni della Commissione europea nella causa Mascolo e a.. –4. Il nuovo intervento della Corte costituzionale italiana. La sentenza n. 226 del 25.7.2014 – 5. Il decreto Poletti ed i dubbi di conformità con l’ordinamento dell’Unione europea. - 6. Sulla violazione della clausola di non regresso.

1. Premessa.

Il centro del palcoscenico, in tema di retroattività delle norme, è occupato da due attori: la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale².

Il dialogo tra i due protagonisti è contraddistinto da convergenze e divergenze.

Per le “convergenze” basti fare riferimento alla sentenza n. 113 del 2011, in tema di revisione del processo penale; alla sentenza n. 349 del 2007 sulla “cosiddetta accessione invertita” o alle ordinanze n. 301 e 97 del 2009 sulla qualificazione della confisca “per equivalente” in materia fiscale come misura analoga a una sanzione penale.

Per le “divergenze” è sufficiente ricordare il ben noto caso Agrati³.

Il dialogo tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale italiana (oggetto di questa riflessione) , viceversa, resta , almeno in materia lavoristica⁴, relegato in un cono d’ombra.

¹ Relazione all’incontro in Cassazione del 29 ottobre 2014, su “*Norme retroattive e diritti socio-economici: il ruolo del legislatore nazionale e quello del giudice di legittimità e di merito*”.

² In questo dialogo si è inserito lo stesso giudice di legittimità come emerge dalla recente sentenza n. 17892 del 12 agosto 2014. Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali sul tema si veda l’ordinanza della Suprema Corte n. 64 del 20 gennaio 2014.

³ In relazione alla regola di diritto enunciata nella causa Agrati la Corte costituzionale (nelle sentenze n. 15 del 2012, n. 257 del 2011 e, da ultimo, n. 227 del 2014) ha affermato che “*anche secondo la detta regola sussiste lo spazio per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (...). Diversamente se ogni intervento del genere fosse considerato come indebita ingerenza allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia, la regola stessa sarebbe destinata a rimanere una mera enunciazione priva di significato*”. Sul tema la bibliografia è sterminata. Solo per alcuni riferimenti più recenti si veda CHIRULLI, L’irretroattività delle sanzioni amministrative alla luce della giurisprudenza, in www.rivistaaic.it, luglio 2014. MASSA, La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le Corti sul tema della retroattività, in *Quad. cost.*, 2013, 137 e seg.; PALMIERI, Leggi retroattive: l’ardua mediazione tra l’interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell’individuo, in *Foro it.*, 2013, IV, col. 9 e seg.; CAPONI, Retroattività delle leggi: limiti sostanziali vs limiti processuali nel dialogo delle Corti, in *Giur. Cost.*, 2012, 4232 e seg.; VALENTINO, Il principio di irretroattività delle legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo, in www.rivistaaic.it, n. 3 del 2012. Si veda, altresì, il classico contributo di DONATI, Il contenuto del principio della irretroattività della legge, in *Riv. It. SC. Giur.*, 1915, LVI, 117 e seg..

⁴ Il principio del legittimo affidamento, corollario del principio di certezza del diritto ha trovato, in realtà, vastissima applicazione nell’ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia. Si pensi al sindacato sui regolamenti e sulle direttive con effetto retroattivo.

La relazione si articola in tre parti.

Nella prima, analizzerò i “silenzi” della Corte di giustizia nella sentenza Carratù e le proposte della Commissione europea nella causa Mascolo.

Nella seconda, farò il punto sui “sussurri” della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 155 e 226 del 2014.

Nella terza, in attesa di una risposta dalla Corte di giustizia, analizzerò la possibilità che la questione esaminata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 226/2014 venga proposta avanti la Corte di giustizia.

2. Il silenzio della Corte di giustizia nella sentenza Carratù e le precisazioni della Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 155 del 4.06.2014.

Il Tribunale di Napoli, com'è noto, ha chiesto alla Corte di giustizia, nella causa Carratù, se *“i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantito dall'art. 6, n. 2, del Trattato dell'Unione europea (così come modificato dal Trattato di Lisbona) in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (...) e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (...) debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco di tempo apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/10 che alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro”* (**sesto quesito**).

La Corte ha risposto alla settima questione (*“dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste italiane”*), alla quarta questione (*“dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che la nozione di condizioni di lavoro include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro”*) e alla quinta questione (*“dichiarando che (...) la clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro deve essere interpretata nel senso che non impone di trattare in maniera identica l'indennità corrisposta in caso di illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella versata in caso di illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato”*).

La Corte **non ha ritenuto, però, di rispondere** alla prima, seconda, terza e **sesta questione** (punto 49).

Alla mancata risposta della Corte si è voluto fornire un “significato” non solo in sede dottrinale⁵ ma, anche, nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale definito con la sentenza n. 155 del 4 giugno 2014

La Corte, pur negando in generale la retroattività degli atti normativi, ha ammesso in limitati casi la possibilità di emanazione di norme retroattive, sulla base di due presupposti: il primo è costituito dalla giustificazione del pubblico interesse, inteso come necessità dell'effetto retroattivo; il secondo, caratterizzato nella valutazione del legittimo affidamento degli interessati, dalla prevedibilità dell'intervento normativo, individuabile attraverso svariati elementi. Sul tema si vedano i casi C-98/78 Racke; C- 276/80, Ferriera padana; C- 114/81, Tunnel Refineries.

⁵ Sentenza Carratù commentata, unitamente alla contestuale C. giust. ord. 12 dicembre 2013, Rocco Papalia c. Comune di Aosta, causa C-50/13, da DE MICHELE, *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in LG, 2014, n. 3, 241-260. Dello stesso A. si veda, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti*

Il Tribunale di Roma, in detto procedimento, aveva sollevato, con riferimento all'art. 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 4, lettera b), della legge n. 183/10 nella parte in cui prevedeva l'applicazione del termine di decadenza di cui all'art. 6, primo comma, della legge n. 604/1966 ai contratti di lavoro a tempo determinato già conclusi alla data di entrata in vigore della citata legge n. 183 del 2010⁶.

Nell'ambito del procedimento era stata eccepita l'inammissibilità della questione in applicazione dello ius superveniens costituito dalla sentenza Carratù.

In particolare, era stato dedotto che la citata sentenza avrebbe risolto la questione sollevata dal Tribunale di Roma, rendendola appunto inammissibile, *"in quanto la equiparazione della tutela assicurata ai lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili rende direttamente inapplicabile anche la disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità, a prescindere dallo slittamento o meno al 31 dicembre 2011 e della sua concreta applicabilità anche ai contratti a tempo determinato della entrata in vigore del doppio termine decadenziale di impugnativa"*.

La Corte costituzionale non ha condiviso tale impostazione affermando che la *"menzionata sentenza della Corte di giustizia non ha adottato alcuna pronuncia, **neppure indiretta o implicita**, in ordine"* all'art. 32 della legge n. 183 del 2010.

3. Le osservazioni della Commissione europea nella causa Mascolo e a..

Il Tribunale di Napoli riproponeva la questione, seppure in altro contesto (ricorso abusivo ad una successione di contratti a termine nel settore scuola), nella causa Mascolo e a. (cause C-61/13 e C-62/13)⁷.

Con il settimo quesito pregiudiziale, il giudice napoletano chiedeva alla Corte di giustizia di stabilire, in sostanza, se i principi generali di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, uguaglianza delle armi del processo, effettiva tutela giurisdizionale, diritto a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo sanciti dall'art. 6, n. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 6 della CEDU e con gli artt. 47 e 52, n. 3, della Carta si oppongano a che uno Stato membro sopprima retroattivamente la possibilità di convertire i contratti di lavoro a termine successivi illegittimamente conclusi con una parte del proprio personale in contratti di lavoro a durata indeterminata.

fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo, I quaderni europei – Scienze giuridiche, 2014, n. 60; MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in LG, 2014, n. 5, 463-465; COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 198; NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in RGL, 2014; LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in RIDL, 2014, n. 2, II, 487 ss.; GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in ADL, n. 3, 2014, 682-695; BRONZINI, *Il giudice di legittimità ed i limiti alla retroattività della legge civile: tra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo, relazione all'incontro in Cassazione del 29 ottobre 2014, su "Norme retroattive e diritti socio-economici: il ruolo del legislatore nazionale e quello del giudice di legittimità e di merito"*, pag. 6, nota 13, del dattiloscritto.

⁶ La questione era stata sollevata sotto il profilo del principio di ragionevolezza e del principio di uguaglianza. La Corte, in ordine al primo profilo, non ravvisava gli estremi della *"manifesta irragionevolezza"*; mentre, sotto il secondo profilo, evidenziava che il principio invocato non trovava applicazione *"quando alla diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili"*.

⁷ Riunita alla causa Napolitano (C-418/13).

La Commissione europea, nelle osservazioni scritte del 22 maggio 2013, ricordava, preliminarmente, che l'art. 6 CEDU, relativo al diritto ad un equo processo, non osta a che il legislatore, in materia civile, adotti nuove disposizioni retroattivamente applicabili che incidano sui diritti derivanti per i singoli da norme anteriori.

Tuttavia, i principi dello Stato di diritto e la nozione di equo processo di cui all'art. 6, si oppongono, **ove non sussistano motivi imperativi di interesse generale**, a che il legislatore interferisca nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la soluzione giudiziaria di controversie in corso.

La Commissione ricordava, peraltro, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo cui la semplice esigenza di chiarire una disposizione anteriore e di salvaguardare l'intenzione iniziale del legislatore non costituisce di per sé un'esigenza imperativa di interesse generale sufficiente a giustificare l'adozione di una norma di interpretazione retroattiva che influisca sull'esito dei giudizi pendenti ove l'adozione di tale norma non possa essere in qualche modo prevedibile per gli interessati⁸.

Nel caso di specie, conclude la Commissione, le ordinanze di rinvio *"non forniscono elementi sufficienti per valutare, in concreto, se la legislazione nazionale in causa risponda alle condizioni poste dalla giurisprudenza sopra richiamata"*.

Due notazioni.

In primo luogo, la Commissione europea richiama esclusivamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo; senza menzionare, in alcun modo, gli orientamenti della Corte costituzionale italiana.

Atteggiamento da valutare con attenzione, nelle sue implicazioni sistemiche, considerato che la Corte costituzionale italiana, com'è noto, aveva sollevato, nella causa Napolitano, C-418/13 (riunita alla causa Mascolo e a.) una serie di questioni (anche se di natura diversa da quelle prospettate dal giudice napoletano) sul precariato scolastico.

In secondo luogo, l'orientamento dei giudici di Strasburgo richiamato dalla Commissione non coincide perfettamente con le affermazioni, anche recenti, della Corte costituzionale italiana che ha escluso che la norma che deriva dalla legge di interpretazione autentica possa dirsi costituzionalmente illegittima, qualora la legge interpretativa abbia lo scopo di chiarire *"situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo"*, in ragione di *"un dibattito giurisprudenziale irrisolto"* o di *"ristabilire un'interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore (...) a tutela della certezza del diritto e dell'eguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale"*⁹.

Come dire che, sia pure indirettamente, il contrasto tra Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo trova, inevitabilmente, riscontro nel dibattito che si è tenuto avanti la Corte di giustizia.

Resta, comunque, il fatto che l'Avvocato generale, nelle sue conclusioni del 17 luglio 2014, ha proposto alla Corte di non rispondere alla settima questione (*"alla luce della proposta di risposta alla prima questione"*; punto 89), in linea con quanto dichiarato dalla Corte di giustizia nelle sentenze Scattolon (C-108/10, punto 84) e Carratù (C- 361/12, punto 49)¹⁰.

⁸ Peraltro, aggiunge la Commissione, ragioni di carattere puramente finanziario non costituiscono di per sé e salvo casi estremi, motivi di interesse generale sufficienti.

⁹ Per la ricostruzione dell'orientamento si veda Corte costituzionale n. 308 del 17 dicembre 2013.

¹⁰ Si veda la nota 48 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

La pronuncia della Corte è prevista per il 26 novembre.

Vedremo se il “silenzio” persisterà.

4. Il nuovo intervento della Corte costituzionale italiana. La sentenza n. 226 del 25.7.2014

Il Tribunale di Velletri, con ordinanza del 21 dicembre 2012, denunciava la violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione, in relazione alla clausola 8.3 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sostenendo che la disposizione censurata determinerebbe un arretramento del livello generale di tutela previsto per i lavoratori nel caso di successive stipulazioni di contratto a tempo determinato.

Sosteneva il Tribunale che nell'ordinamento interno, prima della legge n. 183 del 2010, era del tutto pacifico in giurisprudenza che il dipendente dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto, avesse diritto a percepire la retribuzione dal momento in cui provvedeva ad offrire le sue prestazioni lavorative, determinando una situazione di mora accipiendi del datore di lavoro.

Sosteneva il Tribunale che per effetto dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, **come interpretato autenticamente** dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012, tali consolidati principi non potevano trovare applicazione.

L'arretramento di tutela non sarebbe stato, peraltro, compensato in alcun modo, ed anzi il legislatore avrebbe introdotto quale ulteriore limite la previsione di un termine di decadenza per l'impugnazione dell'illegittima apposizione del contratto a tempo determinato.

Preso atto della mancanza di una efficacia diretta nell'ordinamento interno della clausola 8.3 dell'accordo quadro e dell'impossibilità di qualsiasi tipo di interpretazione conforme (posta la norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012) il Tribunale sollevava questione di legittimità costituzionale per violazione e degli artt. 11 e 117 Cost..

La Corte, dopo avere preso atto che il Tribunale aveva verificato la possibilità di sperimentare un'interpretazione conforme e che la questione prospettata era diversa da quelle scrutinata dalla Corte nella sentenza n. 303 del 2011, dichiarava non fondata la questione di legittimazione costituzionale per l'assorbente considerazione che le disposizioni censurate esulavano dall'ambito di applicazione della clausola di non regresso *“non essendo collegate all'attuazione dell'accordo quadro, ma perseguendo scopi diversi”*.

Se, dunque, l'intento perseguito da entrambe le disposizioni (l. n. 183/01 e n. 92/12) è quello, afferma la Corte, *“di stabilire un criterio uniforme e certo per la quantificazione del danno allo scopo di semplificare il contenzioso, allora ne consegue che esse si collocano fuori dall'ambito di applicazione della clausola 8.3 dell'accordo quadro”*.

Non credo, però, che la questione sia da considerarsi chiusa.

In questo contesto, occorre rispondere a tre domande.

Dopo la decisione della Corte costituzionale è possibile sollevare la questione, in sede di rinvio pregiudiziale, avanti la Corte di Giustizia?

La Corte di giustizia potrebbe ritenere la questione ricevibile?

Nel merito, e con riferimento alla clausola di non regresso, quale quadro normativo verrebbe all'attenzione della Corte?

Alla prima domanda è facile rispondere.

La Corte di giustizia, anche di recente, ha ribadito che al giudice di merito non è preclusa la facoltà (o l'obbligo se giudice di ultima istanza) di adire, *"in ogni fase del procedimento che reputi appropriata, e **finanche al termine di un procedimento incidentale di legittimità costituzionale**, la Corte di giustizia con qualsiasi questione pregiudiziale ritenga necessaria"*¹¹.

La seconda domanda è più delicata.

La clausola 5 dell'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato (in caso di abuso), lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia.

Resta il fatto che gli Stati membri devono adottare misure che *"devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro"*¹².

Come dire che la materia delle sanzioni, in caso di contratto a termine illegittimo, non sfugge al controllo della Corte.

Da qui, la possibile ricevibilità del rinvio.

Resta la domanda sul merito.

Non vi è dubbio che la Corte, dovendo esaminare *"il livello generale di tutela offerto ai lavoratori"*, con riferimento alla clausola di non regresso, dovrà tener conto del mutamento del quadro normativo interno per effetto del c. d decreto Poletti.

Tema che, in sintesi, dobbiamo affrontare.

5. Il decreto Poletti ed i dubbi di conformità con l'ordinamento dell'Unione europea.

La legge n. 78/2014¹³ che ha convertito, con modifiche, il d.l. n. 34 del 2014 si regge su due pilastri.

Con il **primo pilastro** viene prevista l'elevazione da dodici a trentasei mesi della durata del primo rapporto di lavoro a tempo determinato per il quale non è richiesto il requisito della *"cosiddetta causalità"*.

Non solo.

Viene inoltre prevista la possibilità di *"prorogare"*, per non più di cinque volte, il contratto a tempo determinato, entro il limite di tre anni, *"indipendentemente dal numero dei rinnovi"*¹⁴.

¹¹ Sul tema l'importante sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2014, C-112/13, punto 39.

¹² C. Giust. Ordinanza Papalia, 12.12.2013, C- 50/13, punto 20.

¹³ Per una ricostruzione della evoluzione normativa e giurisprudenziale della disciplina del contratto a termine si veda ZILIO GRANDI, SFERAZZA, In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine, ADAPT University Press, 2013 e DE MICHELE, Il contratto a tempo determinato, in Nuovo mercato del lavoro (a cura di CINELLI e FERRARO), 2013, pag. 20 e seg.. Per un commento della legge n. 78/2014 si veda La politica del lavoro del governo Renzi. Atto I. Commento al d.l. 20 marzo 2014 coordinato con la legge di conversione 10 maggio 2014 n. 78, a cura di CARINCI e ZILIO GRANDI, in Adapt Labour studies series n. 30 del 2014.

Il **secondo pilastro** (che ha una funzione di contrappeso) consiste nella limitazione – di portata oggettiva – della percentuale¹⁵ dei rapporti di lavoro a tempo determinato instaurabili con la c.d. “acausale” il cui numero complessivo “non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo determinato in forza al 1 gennaio dell’anno di assunzione”.

Previsione presidiata da una sanzione amministrativa pari: a) “al 20 per cento della retribuzione (...) se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno; b) al 50 per cento della retribuzione (...) se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno”.

La trasformazione della “acausalità” da **eccezione a regola** è stata commentata in modo diverso:

Alcuni Autori hanno osservato che “qui non si tratta di semplificazione, ma piuttosto di liberalizzazione”¹⁶ o, meglio, di “totale liberalizzazione”¹⁷ che ha creato un vero e proprio smantellamento “delle residue garanzie previste per i contratti di lavoro temporaneo”¹⁸, creando un “orizzonte di precarietà”¹⁹ ed “inferto un vulnus gravissimo al diritto del lavoro”²⁰.

Vanno in questa direzione le denunce presentate alla Commissione delle Comunità europee dall’Associazione Nazionale dei Giuristi democratici²¹ e dalla CGIL²².

Al polo opposto si colloca chi ritiene che sia “sbagliato parlare di liberalizzazione del contratto a termine in senso proprio, nel senso cioè di una equiparazione al contratto a tempo indeterminato; piuttosto, ad una fattispecie qualitativa si sostituisce una fattispecie quantitativa”²³.

¹⁴ “Non è del tutto chiaro se la precisazione sia da intendere nel senso che i contratti a termine possano essere rinnovati senza limiti, fermo restando il tetto di 36 mesi, oppure se le proroghe debbano essere calcolate indipendentemente dal numero dei rinnovi effettuati nell’arco dei 36 mesi”; cfr. TIRABOSCHI, TOMASSETTI, Il nuovo lavoro a termine, ADAPT University Press, 2014 pag. 6.

¹⁵ Soglia prima eventuale e demandata ai contratti collettivi, ai sensi dell’art. 10, comma 7, del d.lgs n. 368/2001.

¹⁶ Cfr. MARIUCCI, I paradossi del contratto a termine, in www.dirittisociali

¹⁷ Cfr. SPEZIALE, Totale liberalizzazione del contratto a termine, in LavoroWelfare, 2014, n. 4.

¹⁸ Cfr. MARTONE La legge n. 78/2014: un requiem per il diritto del lavoro?, 20 maggio 2014, in www.dirittisociali

¹⁹ SAN LORENZO, Contratti a termine e Jobs Act: quale senso di marcia per il diritto del lavoro?, 29/5/2014, in *Questione giustizia*.

²⁰ MARTONE, La legge n. 78/2014: un requiem per il diritto del lavoro, cit..

Sulla tematica, in generale, si veda IANNIRUBERTO, *Quale futuro per il contratto a tempo indeterminato?*, in *ADL*, 2014, n. 4, 352 ss.

²¹ Pubblicata in in www.dirittisociali

²² Pubblicata in C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”: http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_929442410.pdf

²³ Cfr. MAGNANI, La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche, in WP C.S.D.L.E. “massimo D’Antona”.It – 212/2014, pag. 5. Secondo MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, relazione al convegno *La nuova disciplina del lavoro a termine (d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014)*, 4 giugno 2014, organizzato nell’ambito del Corso di perfezionamento in Diritto del lavoro dell’Università degli Studi di Padova, “malgrado qualche incertezza «il limite percentuale è quello che, almeno in teoria, esprime ancora un chiaro sfavore verso il lavoro a termine e rende le nuove norme compatibili con tutte quelle, italiane ed europee, che considerano il contratto a tempo indeterminato come normale, se non dominante», di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2014. Sul tema si veda Miscione “Jobs Act” con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega, in *Lav. giur.*, 4/2014, p. 305, e Brollo *La flessibilità del lavoro a termine dopo il “Jobs Act”*, Relazione tenuta al Convegno svoltosi A Torino l’11 e 12 .4.2014 su “Diritto del lavoro e mercato globale, p. 10 ss..

Sarebbe, peraltro, difficile “sostenere, ancor più all’esito dei correttivi introdotti dalla legge di conversione, un palese contrasto con le regole di matrice comunitaria²⁴ anche se certamente permangono profili di criticità che potrebbero indurre a un intervento chiarificatore della Corte di giustizia europea²⁵”.

L’esame di questi “profili di criticità” è stata effettuata in altra sede²⁶.

In questo contesto esamineremo soltanto il profilo della clausola di non regresso.

6. Sulla violazione della clausola di non regresso

La clausola 8, comma 3, dell’Accordo quadro europeo prevede che: “l’applicazione del presente accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell’ambito coperto dall’accordo stesso²⁷”.

Si è affermato, nei ricorsi alla Commissione delle Comunità europee, che lo Stato italiano ha violato detta clausola con la legge n. 78 del 2014 “abbassando il livello generale di tutela offerto ai lavoratori”, senza prevedere adeguate misure compensative.

La Corte di giustizia ha chiarito che detta clausola, priva di efficacia diretta²⁸, non preclude ogni riduzione di tutela dei lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato, ma per rientrare nel divieto di cui alla clausola in esame, tale riduzione “da un lato, dev’essere collegata con la applicazione dell’accordo quadro e, dall’altro, deve avere ad oggetto il livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato”.²⁹

Una normativa interna può ritenersi collegata con l’applicazione dell’accordo quadro, non soltanto nel caso dell’iniziale recepimento della direttiva n. 1999/70/CE e del suo allegato contenente l’accordo quadro, ma anche nel caso di “ogni misura nazionale intesa a garantire che l’obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente al recepimento propriamente detto, completino o modifichino le norme nazionali già adottate”³⁰

²⁴ In questo senso, viceversa, DE MICHELE, Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014, in La politica del lavoro del governo Renzi. Atto I, cit., che richiama l’ordinanza della Suprema Corte Flamingo, del 20 giugno 2013, dove si legge che “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. 241/2009; 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 flautus 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 e organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare”.

²⁵ In questo senso, TIRABOSCHI, TOMASSETTI, Il nuovo lavoro a termine, cit., pag. 3.

²⁶ Si veda la mia relazione al Convegno di Milano, del 13 ottobre 2014, sul “Diritto del lavoro tra presente e futuro. Linee di sviluppo tra continuità e cesura”, organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, edita sul portale del Tribunale di Milano.

²⁷ Sul tema si veda CORAZZA, Lavoro a termine e clausola di non regresso, in Giorn. dir. lav. rel. Ind., 2008, 499 e seg. e CARABELLI e LECCESE, Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, 2005, in <http://csdle.lex.unicit.it>.

²⁸ Cfr. Angelidaki, (da C-378/08 a C-380/08), punti 209-211.

²⁹ Cfr. Angelidaki, (da C-378/08 a C-380/08), punto 126; Mangold (C-144/04), punto 52.

³⁰ Cfr. Mangold (C-144/04), punto 51; Angelidaki ((da C-378/08 a C-380/08), punto 131.

Tuttavia una “normativa nazionale non può essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la *reformatio in peius* che essa comporta non sia in alcun modo collegata con l’applicazione dell’accordo quadro. Ciò potrebbe avvenire qualora detta *reformatio in peius* fosse giustificata non già dalla necessità di applicare l’accordo quadro, bensì da quella di promuovere un altro obiettivo, distinto da detta applicazione”.³¹

In sostanza, quindi, la clausola non preclude modifiche peggiorative allorchè attraverso di esse il legislatore nazionale persegue obiettivi diversi dall’attuazione dell’accordo quadro³².

Situazione che una parte della dottrina³³ ritiene sia configurabile nella specie.

Non condivido tale tesi.

Basta scorrere il parere della XIV Commissione permanente (Politiche dell’Unione europea) per cogliere quanto il testo in esame sia collegato con l’applicazione dell’Accordo quadro.

Alla direttiva 1999/70/CE fa, peraltro, espresso riferimento la conversione in legge del d.l. n. 34 del 2014³⁴.

Occorre, allora, verificare se l’abbassamento di tutela per i lavoratori (derivante dalla acausalità del contratto a termine) possa ritenersi adeguatamente “compensato”:

- a) dall’introduzione del limite di carattere quantitativo alla stipula di contratti a tempo determinato;
- b) dalla sanzione amministrativa posta a presidio di detto limite.

La questione è complessa.

In relazione al primo tema (limite legale all’assunzione a tempo determinato) occorre evidenziare che la nuova normativa fa salve le diverse previsioni della contrattazione collettiva introdotte ai sensi dell’art. 10, comma 7, del d.lgs n. 368/2001, secondo cui: “*la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell’istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell’art. 1, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi*”.

Il rinvio alla contrattazione collettiva è privo di particolari vincoli.

Ciò vuol dire, come spiega la Circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2014, che “*le parti sociali possono legittimamente derogare, ad esempio, al limite del 20% di cui all’art. 1, comma 1, del dlgs n. 368/2001 (aumentandolo o diminuendolo)*”.

In relazione al secondo tema (la sanzione amministrativa) occorre ricordare che la stessa “è certamente soggetta alle riduzioni di cui all’art. 16 della l. n. 689/1981”³⁵.

³¹ Cfr. Ordinanza Vito (C-20/10), punto 37.

³² Come nel caso esaminato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 226 del 25 luglio 2014 con riferimento all’art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010.

³³ Cfr. SANTORO PASSARELLI, Il nuovo contratto a termine dopo la conversione del Decreto lavoro, su www.quotidianogiuridico.it, 20 maggio 2014 sostiene che il “d.l. n. 34/2014 non è espressamente e direttamente attuativo della direttiva europea e, dunque, non viola la clausola di non regresso”.

³⁴ In senso conforme si veda M. DE LUCA, Prospettive di politica del diritto e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Job Act e dintorni), in ADL, 4-5, 2014, pag. 941

³⁵ Cfr. Circolare n. 18 del 2014 del Ministero del Lavoro.

E', quindi, quantomeno dubbio che tale misura amministrativa rivesta quel carattere "sufficientemente effettivo e dissuasivo"³⁶ che la Corte di giustizia richiede per prevenire gli abusi di una successione di contratti a tempo determinato.

In sintesi, non sembra che la limitazione quantitativa dei contratti a termine acausali sia da considerare una adeguata misura compensativa alla riduzione di tutela per i lavoratori sia per la sua derogabilità in peius da parte della contrattazione collettiva, sia per la presenza (a presidio della stessa) di una mera sanzione amministrativa, per di più ridicibile.

La conclusione potrebbe essere diversa ove alla sanzione amministrativa si aggiunga, in caso di sfioramento, l'effetto della conversione in contratto a tempo indeterminato.

Tesi interpretativa già prospettata³⁷ considerata l'ambiguità dell'attuale lettera della legge (la disposizione non afferma che la sanzione amministrativa sostituisce la "vecchia" sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato³⁸) e gli arresti giurisprudenziali³⁹ formati con riferimento all'art. 23 della legge n. 56 del 1987.

Ma anche il formarsi di tale diritto vivente (che richiede, comunque, l'avallo della Suprema Corte di cassazione) non può certo precludere un intervento chiarificatore della Corte di giustizia che appare non solo opportuno (viste le ambiguità della normativa esaminata) ma, addirittura, doveroso considerato il monopolio interpretativo di cui gode il Giudice di Lussemburgo sulle questioni che attengono all'interpretazioni dei testi dell'Unione europea⁴⁰.

Un intervento della Corte di giustizia, peraltro, sarebbe quanto mai auspicabile considerato che le "divergenze" tra gli orientamenti tra la Corte costituzionale italiana e quella di Strasburgo sembrano, in gran parte, ascrivibili alla circostanza che la Corte di Strasburgo è un Giudice del caso singolo, mentre il Giudice delle leggi ha il compito, istituzionale, di mantenere un equilibrio tra i diversi valori che permeano la Carta costituzionale.

³⁶ Sul tema si veda l'ordinanza Papalia del 12 dicembre 2013, c- 50/13, punto 20.

³⁷ Sul tema si veda ZILIO GRANDI, SFERAZZA, Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-220/2014, pag. 11. Ritiene, viceversa, VIDIRI, Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata ed il Job Act, relazione al convegno di Milano, del 13 ottobre 2014, pag. 16 del dattiloscritto, che, nella specie, occorre "ricorrere ai principi generali in tema di responsabilità, non potendosi, nel silenzio del legislatore, estendere un apparato sanzionatorio predisposto con riferimento ad uno specifico negozio ad un altro avente causa e funzioni diverse" Una compiuta disamina del profilo sanzionatorio in RAUSEI, *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, cit., 76 ss.

³⁸ Il chiarimento (come ricorda ICHINO, I difetti del decreto lavoro, articolo pubblicato sul Corriere della Sera, nella rubrica Lettera sul lavoro, del 19 maggio 2014) è inserito "nella relazione svolta in Aula dal relatore a nome della maggioranza, prima della discussione generale e del voto di fiducia" ma, ovviamente, non si trova inserito nel testo edito sulla gazzetta ufficiale".

³⁹ Si veda, ad esempio, Trib. Milano, 30 marzo 2000, in Riv. it. dir. lav., 2001, II, pag. 326.

⁴⁰ In questo contesto, assume particolare rilievo la giurisprudenza della Corte di giustizia che "è giurisdizione di interpretazione, e quindi non solo detta per definizione letture vincolanti delle norme europee sulle quali è interpellata, ma finisce spesso per legare le mani agli operatori nazionali anche per quanto riguarda il diritto nazionale di cui essa chiede l'adeguamento in via interpretativa; Cfr. LAMARQUE, L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana. Relazione svolta nell'ambito del Convegno sul tema L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico (Rovigo, 15-16 maggio 2014), edita in Consulta OnLine, pag. 10

Da questo punto di vista, l'intervento della Corte di giustizia, pur nell'ambito di un ordinamento diverso e di una diversa Carta (dei diritti fondamentali), potrebbe fornire una visione di sintesi delle diverse posizioni, favorendo una attenuazione delle attuali "divergenze" di opinioni fra le due Corti in conflitto (Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo).

ROBERTO COSIO