

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano

Relazione di Donata Gottardi alla Tavola rotonda del 14 giugno 2012, Corte di Cassazione

1. Le prime decisioni. La clausola di non regresso e l'inizio di attenzione per il settore pubblico.

L'analisi delle decisioni della Corte di giustizia, rilevanti rispetto all'oggetto del nostro incontro, può essere condotta mediante l'accorpamento di alcune delle principali questioni ricorrenti.

Questo consente anche di evitare quello che spesso accade e che porta a decisioni di Corti nazionali tanto diversificate: scegliere frammenti, singole parti delle motivazioni delle decisioni della CGUE, se non addirittura delle conclusioni degli avvocati generali. In più occasioni, le Corti nazionali hanno proceduto decontestualizzando singoli passaggi, estrapolandoli e attribuendo portata generale¹, senza talora nemmeno tener conto del dispositivo. Per quanto possibile in questa sede, cercherò di ricostruire il quadro concettuale e sistematico esistente ed estrapolabile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

La tematica oggetto del nostro incontro ha visto svilupparsi un crescendo di decisioni, a partire dal 2000, in concomitanza, se non cronologica, ideale, con le ricadute e gli effetti della direttiva del 1999.

In una prima fase, la CGUE è stata coinvolta con riferimento alle clausole di non regresso, soprattutto nel settore privato, ma anche in quello pubblico.

Mi riferisco alla sentenza *Mangold* del 22 novembre 2005 (causa C-144/04), strettamente incrociata con la normativa sul divieto di discriminazioni basate sull'età – prospettiva questa sempre più percorsa dalla Corte – e *Angelidaki* del 23 aprile 2009 (causa C-378/07), per il settore pubblico.

La seconda fase vede una prevalente sollecitazione a intervenire in riferimento al settore pubblico, con l'assunzione di rilevanza del tema delle sanzioni sufficienti a contrastare gli abusi, soprattutto in caso di ricorso alla reiterata stipulazione di contratti a termine.

Da osservare che le controversie riguardano spesso casi italiani, che si sono succeduti nel tempo e su cui dovremmo incrociare l'evoluzione della nostra legislazione (ma su questo rinvio alle altre analisi svolte dai relatori di questa tavola rotonda).

Il tema si dipana in sotto-ambiti, che possono essere così sinteticamente ricordati:

- la legittimità della stipulazione;
- la legittimità della reiterazione e, quindi, la ricorrenza dell'eventuale abuso, di cui alla clausola 5 dell'Accordo quadro/direttiva;
- la individuazione delle sanzioni e in particolare la possibilità che nel lavoro pubblico sia esclusa quella della conversione – in senso atecnico – o trasformazione in contratto a tempo indeterminato prevista per il settore privato;
- la parità di trattamento, nella duplice versione: individuale e di settore.

¹ Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, WP D'Antona, INT-52/2007, p. 17.

2. La a-causalità del primo e/o unico contratto a termine e le sue ricadute sulla parità di trattamento.

Nel settore privato, ma non solo, una delle questioni affrontate riguarda la c.d. a-causalità del primo e/o unico contratto a termine. Una parte consistente delle decisioni, infatti, si è occupata della questione dell'applicabilità dei vincoli e delle condizioni poste dall'Accordo quadro/direttiva qualora si sia in presenza di un primo e/o unico contratto di lavoro a tempo determinato. L'elenco delle decisioni è numeroso (tra queste, ad esempio, *Angelidaki*, sopra richiamata).

L'orientamento della CGUE sembra ormai consolidato nell'escludere questo contratto dall'ambito di applicazione dell'Accordo quadro/direttiva, con la conseguenza che diventa irrilevante la verifica della liceità dei motivi e delle esigenze sottese: temporanee, straordinarie o urgenti oppure permanenti e durevoli. Come ben sappiamo questa questione sta assumendo una particolare importanza nel nostro Paese a seguito di quella che sarà l'attuale ultima riforma della legislazione del mercato del lavoro.

In una di queste decisioni, la sentenza *Vino* (la prima, dell'11 novembre 2010, causa C-20/10) relativa alle Poste, è presente – lo ricordo solo incidentalmente – la ricorrente ambiguità nella qualificazione della natura privata o pubblica del datore di lavoro, dato che, per la CGUE, “tale società può considerarsi un'impresa pubblica” (p. 23).

E' particolarmente interessante, piuttosto, ricordare come, in questa controversia, uno dei principi sollevati dal giudice del rinvio sia quello generale di non discriminazione e di uguaglianza, da intendersi non nella comparazione tra situazioni soggettive individuali - tempo determinato *versus* tempo indeterminato - ma in quello tra gruppi di lavoratori, ipotizzando una penalizzazione per legge (una discriminazione 'istituzionale') dei dipendenti di Poste italiane rispetto agli altri. Su questa parte la Corte, già nella prima decisione del 2010, si è dichiarata, nel caso specifico, incompetente, in quanto situazione non soggetta al diritto dell'Unione, osservando come la clausola 4 dell'Accordo quadro/direttiva si limiti a prevedere la parità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato comparabili (p. 56) e non “le eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato”(p. 57). La riproposizione del ricorso su questa parte porta alla decisione del 22 giugno 2011 (causa C-161/11) in cui viene ribadita la manifesta incompetenza da parte della CGUE.

La questione è risolta in questa prospettiva dalla Corte perché riguardante un caso di stipulazione a-causale del primo e unico contratto di lavoro a tempo determinato (“nessuna disposizione dell'Accordo quadro obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato ... con ragioni obiettive”). Ed è probabilmente per questo che, per la Corte, “non risulta che le disparità di trattamento oggetto della questione proposta siano soggette al diritto dell'Unione”.

Non possiamo dimenticare quello che la Corte di giustizia sottolinea: il principio generale – e non quello specifico posto nell'Accordo quadro/direttiva – è di rango costituzionale. “Un principio, come quello ipotizzato dal giudice del rinvio, che si applichi alle disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato relativamente all'obbligo di indicare le ragioni oggettive per la stipula di un primo o unico contratto di lavoro ... presuppone scelte di carattere normativo, fondate su una ponderazione degli interessi in gioco e la previa fissazione di norme precise e dettagliate, e non può essere dedotto dal principio generale di non discriminazione”. Su questo tornerò.

3. Le specificità del settore pubblico.

Nell'analisi della giurisprudenza della Corte che riguarda il settore pubblico farò particolare riferimento all'ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010 (causa C-3/10), in una controversia che riguarda una azienda sanitaria provinciale (quella di Cosenza), e che riassume e ripropone gli esiti della precedente giurisprudenza della Corte.

Iniziamo nel ricordare che non esistono più margini di dubbio quanto alla applicazione del d. lgs. 368 del 2001 al lavoro pubblico, benché in alcune anche recenti decisioni nazionali questa venga indirettamente evocata. Nelle decisioni della Corte di giustizia che riguardano il nostro Paese, il riepilogo della normativa nazionale applicabile inizia costantemente da questo testo (per tutti: *Affatato*). Ancor più espressamente, la sentenza *Rosado Santana* dell'8 settembre 2011 (causa C-177/10) precisa nel dispositivo che l'Accordo quadro/direttiva si applica ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico. E il d. lgs. n. 398 del 2001 costituisce attuazione della direttiva europea. In quanto tale non può non applicarsi al lavoro pubblico. A pena di infrazione.

Questo non significa, come vedremo, che alcune sue parti possano non essere applicabili al settore pubblico, dati i collegamenti con la disciplina speciale posta all'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 che, nella versione da ultimo rivista nel 2008², si occupa dell'accesso nel lavoro pubblico privatizzato mediante forme contrattuali flessibili.

La prima differenza rispetto al lavoro privato riguarda le causali, dato che nella pubblica amministrazione è (sarebbe) escluso il ricorso al lavoro a termine se non per esigenze temporanee ed eccezionali.

La parte del leone spetta però proprio al profilo sanzionatorio e all'esclusione della trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato, in rispetto del principio costituzionale sull'accesso al rapporto di impiego (art. 97)³, collegato ai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Prima di affrontare questa tematica giova ricordare che in alcune decisioni, in riferimento al nostro Paese, vengono in evidenza i vincoli di bilancio, che hanno portato il legislatore, nel corso dell'ultimo decennio, a decretare il blocco delle assunzioni. Mi riferisco alla ordinanza *Affatato*, in cui si richiama la circola stanza che "l'Azienda sanitaria provinciale di Cosenza non nega che il ricorso a tale durata determinata sia stato motivato non da ragioni tecniche, organizzative o produttive relative alle obiettive necessità di un rapporto di lavoro a carattere temporaneo, bensì per l'impossibilità di procedere ad assunzioni ordinarie a causa del blocco delle assunzioni previsto da diverse leggi finanziarie" (p. 14).

Ovviamente questi rilievi vanno contestualizzati, sia perché successivamente, in alcuni comparti il blocco è stato almeno in parte rimosso, magari sostituito da altri vincoli di bilancio; sia perché il blocco è stato via via esteso anche al lavoro temporaneo. Inoltre, non sempre le ricostruzioni del nostro quadro normativo, che si leggono nelle decisioni della Corte, sono corrette, così come spesso arrivano in concomitanza con cambiamenti della politica legislativa.

Sono tuttavia rilievi significativi, dato che rendono palese un intricato intreccio, sempre più difficile da risolvere, in cui la disciplina del lavoro pubblico appare sempre più divergente rispetto a quella del settore privato (vedi anche l'ultimo Protocollo, frutto della – parziale – esclusione dalla riforma 'Monti – Fornero').

Proseguendo in questa prospettiva si osservi che nell'ordinanza *Angelidaki*, il governo ellenico segnala come "la possibilità di convertire un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non avrebbe alcun effetto dissuasivo rispetto alla stipulazione di contratti successivi nel settore pubblico, dato che le conseguenze finanziarie di una conversione siffatta sarebbero assunte dalla collettività e non necessariamente dal datore di lavoro interessate, contrariamente a quanto avviene nel settore privato" (p. 69).

² Legge n. 244 del 24 dicembre 2007, 'legge finanziaria per il 2008'.

³ La Corte costituzionale come è noto, in numerose sentenze, tra cui, da ultimo, la n. 363 del 2006, ha ribadito che, pur rappresentando il concorso la forma generale e ordinaria di reclutamento, è ammessa la deroga, se diversamente stabilito dalla legge.

4. La sanzione della trasformazione in contratto ‘stabile’.

Veniamo così alla questione principale: l’applicabilità o meno, in caso di abusi nel ricorso al lavoro a tempo determinato, della sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato, prevista all’art. 5 del d.lgs. 398/2001.

La giurisprudenza della Corte è unanime nell’astenersi dall’intervenire a definire il meccanismo sanzionatorio e a lasciare “agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia”, accettando l’esclusione – (se e) in quanto prevista per legge – per il settore pubblico della sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato.

Pertanto, sul punto del divieto, nel settore pubblico, di conversione di contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, la Corte è costante nel ribadire la sua ammissibilità. Così: *Adeneler* (4 luglio 2006, causa C-212/04, p. 91 – 105); *Marrosu e Sardino* (7 settembre 2006, causa C-53/04, p. 44 – 57); *Vassallo* (7 settembre 2006, causa C-180/04, p. 33 – 42); *Angelidaki*, p. 179 – 190, *Affatato*, p. 38, ma anche altre).

Relativamente semplici e lineari sono le motivazioni addotte: la clausola 5 dell’Accordo quadro/direttiva non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere questa sanzione; gli Stati membri sono dotati di un certo margine di discrezionalità in materia.

Molta parte della giurisprudenza nazionale si ferma qui. Sbagliando, per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto la clausola 5 è composta da due diversi ordini di misure: quelle preventive (n. 1) e quelle sanzionatorie (n. 2). Solo le seconde, per come indicate, sono facoltative, mentre almeno una delle misure preventive indicate sono obbligatorie per gli Stati membri. Il compito non viene affidato al giudice, ma si richiede la presenza di una precisa indicazione nell’ordinamento giuridico nazionale.

Per quanto riguarda le misure preventive, la clausola 5, punto 1, dell’Accordo quadro/direttiva impone, infatti, agli Stati membri l’adozione effettiva e vincolante di almeno una delle tre misure previste in tale disposizione: ragioni obiettive, durata massima totale dei contratti in successione, numero dei rinnovi.

Per quanto riguarda le misure sanzionatorie, se è vero che la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato (n. 2, lett. b) è facoltativa (“se del caso”), la discrezionalità ammessa è tutt’altro che illimitata. La soluzione ormai costantemente adottata dalla Corte di giustizia non significa affatto rinuncia a dettare criteri, come vedremo di seguito.

La Corte interviene sul regime sanzionatorio quando è sollecitata a rispondere sull’adeguatezza del recepimento della disciplina nel settore pubblico, in particolare proprio sul punto del divieto assoluto di conversione in contratti di lavoro a tempo indeterminato in presenza di contratti a tempo determinato stipulati in successione e a precisare i criteri idonei a garantire l’adeguatezza delle sanzioni in caso di ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

Infatti, la CGUE esige che l’ordinamento giuridico interno dello Stato membro preveda, nel settore pubblico, “un’altra misura effettiva” – e sottolinea: un’altra – che consenta di “evitare, ed eventualmente sanzionare, l’utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione” (per tutti, *Affatato*, p. 42, ma anche tutte le altre sopra citate). In altri termini, non si può limitarsi a sostenere che le misure sanzionatorie siano facoltative. Facoltativa è l’adozione dell’una e/o dell’altra di quelle indicate. Ma se né l’una né l’altra sono applicabili, occorre che sia prevista un’altra misura effettiva e non meno stringente di quelle che disciplinano situazioni analoghe nell’ordinamento nazionale.

A loro volta, per essere effettive, infatti, le misure devono rivestire un carattere proporzionato ed essere sufficientemente dissuasive (per tutti *Affatato*, p. 45).

In aggiunta, queste misure “non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna”, in base al principio di equivalenza, “né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico

comunitario”, in base al principio di effettività. Questo al fine di garantire il rispetto delle prescrizioni della direttiva (per tutti, *Affatato*, p. 46 e 47).

Nella ordinanza *Affatato*, si tiene conto di alcune delle modifiche intervenute nel 2007 e nel 2008 ed è lo stesso Governo italiano a segnalare che, “al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico”, è stata inserita nell’ordinamento giuridico nazionale una disposizione sulla durata massima complessiva del o dei contratti a tempo determinato tra le stesse parti del rapporto di lavoro (abrogata poi nel 2009, ma diversa da quella generale ora presente nel d. lgs. n. 368/2001), oltre a quella sulla responsabilità del dirigente per violazione dolosa o colpa grave (p. 48). La Corte ritiene che “una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti richiesti dall’Accordo quadro/direttiva (p. 49).

Si tratterebbe ora di verificare se l’attuale assetto normativo sia compatibile. Per questo occorrerebbe ricostruire il complesso quadro delle disposizioni rilevanti. Si pensi al settore della scuola, particolarmente emblematico per dimensioni quantitative e conflittualità in giudizio, su cui sembra si stia finalmente iniziando ad intervenire. In questo settore, la ‘ordinaria’attività di insegnamento, e non solo, viene da lungo tempo esercitata in misura determinante da personale che potremmo definire ‘stagionale’, a cui viene di anno in anno (scolastico) rinnovato, per periodi più o meno lunghi, l’incarico di docenza o compiti amministrativi (c. d. ‘personale ATA’).

Approfondimenti verranno dalle altre relazioni previste per questa tavola rotonda. Mi limito a segnalare come, nel settore della pubblica amministrazione, il ruolo richiesto al legislatore nazionale dalle disposizioni provenienti dalle istituzioni europee non sia stato correttamente esercitato.

5. Il ruolo del giudice nazionale.

Arriviamo così al ruolo del giudice nazionale, che deve accertare le condizioni di applicazione nonché l’attuazione effettiva delle disposizioni nazionali, al fine di garantire che siano strumento adeguato. In altri termini, spetta al giudice nazionale valutare il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza (ancora *Affatato*, p. 60).

Una attenzione particolare va dedicata al principio di equivalenza. Espressamente richiamato dalla prima parte della quinta clausola dell’accordo quadro/direttiva finisce per estendere il suo raggio di azione alla seconda.

Norma equivalente rispetto a quelle contemplate nella clausola 5, n. 1, è pertanto ogni norma di diritto nazionale volta a prevenire in modo effettivo l’utilizzo abusivo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Come risulta del resto dalla giurisprudenza della CGUE, la nozione di ‘norma equivalente’ è nozione di diritto comunitario. La Corte chiede pertanto che sia “interpretata in modo uniforme in ciascun Stato membro” (*Angelidaki*, p. 70). La direttiva, infatti, stabilisce un quadro generale relativo all’utilizzo dei contratti di lavoro a tempo determinato.

L’equivalenza sembra essere il principio che si affianca a quello di parità quando si supera il confronto tra gruppi di lavoratori distinti a seconda della tipologia di contratto di lavoro e si passa a quella del settore produttivo. Valutando l’equivalenza, infatti, il giudice deve verificare se nel settore pubblico le misure sanzionatorie siano ‘meno favorevoli’ di quelle previste per il settore privato.

Anche in questo modo si rispetta il principio della parità di trattamento che è principio fondamentale del diritto dell’Unione europea e che, come ampiamente noto e come risulta da giurisprudenza costante, richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo obiettiva necessità.

Costituirebbe lesione del principio di uguaglianza una differenziazione del trattamento basata unicamente sul tipo di datore di lavoro, senza altre giustificazioni.

E’ solo la presenza di giustificazioni oggettive, nel rispetto del principio di proporzionalità, che consente di rientrare nell’alveo del diritto dell’Unione europea. Tra queste, vi può rientrare la

regola costituzionale del reclutamento basato sul concorso. Occorre però che gli strumenti siano necessari e adeguati, sulla base di una verifica rimessa al giudice nazionale.

Innanzitutto non basta che i contratti a termine siano previsti per legge. Non basta, infatti, la fonte eteronoma per escludere che in realtà le esigenze non siano provvisorie, ma permanenti e durevoli (così *Angelidaki*, p. 88). La legge può essere la fonte, ma le circostanze devono essere precise e concrete e riguardare: la natura delle funzioni, le loro caratteristiche o il perseguimento di una finalità legittima di politica sociale dello Stato membro (per tutti *Angelidaki*, p. 96; *Kukuk*, 26 gennaio 2012, causa C-586/10, p.27, riporta queste indicazioni alla nozione di ragione obiettiva di cui alla clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro/direttiva).

“Una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe” invece “conforme”. Così: *Angelidaki*, p. 97, richiamando *Adeneler, Del Cerro Alonso* (13 settembre 2007, causa C-307/05) e *Vassilakis* (12 giugno 2008, causa C-364/07).

E ancora: occorre vi sia “relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata”, altrimenti non si riescono a rinvenire “quei criteri oggettivi e trasparenti atti a verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, e se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario” (*Angelidaki*, p. 100).

Ma attenzione: non basta ancora. L'intervento del legislatore può essere concreto e dettagliato, ma non basta a fondare una presunzione di legittimità, nel senso che non basta ad escludere che i contratti o rapporti siano stipulati per esigenze permanenti e durevoli. La verifica caso per caso va svolta comunque (*Angelidaki*, p. 103).

Anche la valutazione della definizione nazionale delle modalità di applicazione della successione di contratti è lasciata alla discrezionalità degli Stati nazionali, ma non è illimitata.

Nella sentenza *Adeneler* (p. 84 e 85), ma anche *Vassilakis* (p. 107 e 108), confermata da *Angelidaki* (p. 156), la separazione mediante “un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi deve essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'Accordo quadro. Infatti, una definizione così rigida e restrittiva del carattere successivo di vari contratti di lavoro che si susseguono consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni, poiché, nella pratica, il lavoratore non avrebbe nella maggior parte dei casi altra scelta che accettare interruzioni dell'ordine di 20 giorni lavorativi nel contesto di una serie di contratti con il suo datore di lavoro”. Tre mesi sembrano invece un intervallo congruo (*Vassilakis*, p. 115 – 117).

Resta che i giudici nazionali devono conoscere il quadro generale e poi procedere esaminando “tutte le circostanze del caso concreto” (per tutti, *Angelidaki*, p. 157).

Questo significa anche entrare a verificare il numero e la durata complessiva dei contratti o rapporti di lavoro conclusi con lo stesso datore di lavoro, oltre che le sue motivazioni.

La recente sentenza *Kukuk* del gennaio 2012 si occupa espressamente di questo e precisa una serie di passaggi entrando nel cuneo stretto del rispetto del diritto dell'Unione da un lato e dei margini di discrezionalità degli Stati.

Si parte dalla verifica del rispetto del vincolo dell'esistenza di ragioni obiettive, per ricordare che le circostanze devono essere precise e concrete. Non vi rientra una disposizione nazionale che si limiti ad autorizzare in modo generale ed astratto il ricorso a contratti a termine successivi.

Diverso però è il caso dei contratti a termine per la sostituzione di lavoratori assenti temporaneamente. Proprio per essere la sostituzione funzionale (anche) alla tutela della maternità e paternità e alle politiche di conciliazione tra vita professionale e vita familiare, si potrebbe ipotizzare soddisfatto il criterio.

Se questo è vero, rimane il problema di esigenze provvisorie e giustificate, ma che sono così ricorrenti da diventare permanenti e durevoli. Ognuno dei singoli contratti è legittimo, ma la loro serialità discutibile.

La verifica concreta che il rinnovo di successivi contatti o rapporti miri a soddisfare esigenze provvisorie è lasciata agli Stati, che devono “esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso

concreto, prendendo in considerazione, segnatamente il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro” (p. 40).

In questo modo, il numero e/o la durata dei contratti (lett. b e c) della clausola 5, n. 1, retroagisce sulle ragioni obiettive (lett. a) della stessa clausola.

6. La disapplicazione della normativa nazionale contrastante.

Come è ampiamente noto, sempre più di frequente anche la giurisprudenza nazionale si orienta alla disapplicazione della normativa nazionale se contrastante.

Per la Corte di giustizia, se il giudice “dovesse pervenire alla conclusione che la normativa nazionale, come interpretata o applicata dalle autorità nazionali, non comporti misure effettive”, i singoli non possono invocare l’applicazione della clausola 5, n. 1, dell’Accordo quadro/direttiva, che non appare incondizionata e sufficientemente precisa, ma il giudice è tenuto a interpretare il diritto interno “alla luce del testo e dello scopo della direttiva”, in modo da conseguire il risultato da questa perseguito (*Angelidaki*, p. 192 e p. 197).

Sulla necessità di ricorrere all’interpretazione conforme si veda anche la sentenza *Deutsche Lufthansa* del 10 marzo 2011 (causa C-109/09), in un caso sollevato con riferimento alla normativa nazionale che autorizza, per qualsiasi lavoratore di età superiore a 58 anni, la conclusione di un numero illimitato di successivi contratti a tempo determinato senza ragione oggettiva, in assenza di una stretta connessione oggettiva con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato concluso con lo stesso datore di lavoro.

La Corte tiene conto dell’obiettivo del provvedimento normativo, che è quello di “favorire l’inserimento nel mondo del lavoro dei lavoratori disoccupati di età più avanzata” (p. 38), ma osserva come questo produca “l’effetto di ridurre il livello di tutela sociale di tutti i lavoratori di età più avanzata, privandoli” delle misure di tutela previste dalla normativa europea (p. 40).

7. Il principio di parità di trattamento tra lavoratori comparabili.

In altre decisioni viene in rilievo il principio della parità di trattamento, nel suo versante più tradizionale: quello espressamente richiamato nell’Accordo quadro/direttiva.

Emblematico il dispositivo della sentenza *Rosado Santana* del 2011: deve essere esclusa qualsiasi disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo e i dipendenti pubblici temporanei comparabili di uno Stato membro per il solo motivo che questi ultimi lavorano a tempo determinato, a meno che la disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive.

Nel caso specifico si trattava di valutare l’anzianità di servizio maturata durante il periodo di lavoro temporaneo e la possibilità del suo computo ai fini dell’accesso a un bando di concorso che li escludeva dai requisiti (il bando precisava che “non saranno presi in considerazione i servizi che risultano precedentemente prestati in qualità di personale temporaneo o a contratto presso qualsiasi amministrazione pubblica”).

Ma anche *Gavieiro Gavieiro* del 22 dicembre 2010 (causa C-444/09), sempre in materia di anzianità di servizio e di indennità per scatti triennali; nonché *Del Cerro Alonso* del 2007, sempre sugli scatti di anzianità.

Da ultimo, interessante è l’ordinanza della CGUE del 9 febbraio 2012 *Lorenzo Martinez* (causa C-556/11), sempre in relazione alla clausola 4 dell’Accordo quadro/direttiva che “osta ad una normativa nazionale ... che riserva, senza giustificazioni con motivazioni oggettive, il diritto di ricevere l’indennità dei sessenni per formazione continua unicamente ai dipendenti di ruolo inquadrati nella funzione pubblica docente, escludendone l’attribuzione a coloro che sono dipendenti temporanei, quando, sotto il profilo della percezione dell’indennità in discussione, le due categorie di lavoratori si trovano in situazioni analoghe”.

8. La giustiziabilità.

Resta ancora da ricordare la questione relativa alla giustiziabilità, su cui, ad esempio, l'ordinanza della CGUE del 18 gennaio 2011, *Berkizi-Nikolakaki* (causa C-272/10), che segnalo per la parte in cui giustifica una normativa nazionale sul termine di due mesi per la presentazione del ricorso a condizione che “detto termine – cosa che spetta al giudice nazionale verificare – non sia meno favorevole di quello concernente ricorsi simili di diritto interno in materia di diritto del lavoro e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”.

E' evidente come qui torni, in tutta la sua estensione, il principio generale della parità di trattamento.

9. Ancora alcuni altri ambiti specifici.

Prima di concludere, ricordo, per completezza, la sentenza *Sibilio* del 15 marzo 2012 (causa C-157/11), che ammette l'esclusione dei lavori socialmente utili (LSU) dalla nozione di contratto di lavoro a tempo determinato.

Per quanto riguarda la trasformazione da contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, interessante la decisione nel caso *Huet* dell'8 marzo 2012 (causa C-251/11): uno Stato membro la cui normativa nazionale prescriva tale trasformazione una volta che i contratti a tempo determinato abbiano raggiunto una determinata durata “non è tenuto ad imporre, nel contratto di lavoro a tempo indeterminato, che vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente”. Tuttavia lo Stato deve vigilare affinché non vi sia un trattamento “globalmente sfavorevole all'interessato quando l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restano invariati”.

10. Il dialogo tra le Corti.

Quello che mi pare di cogliere non è tanto un dialogo-scontro tra le Corti con una incomunicabilità da superare, dato anche che in altri Paesi, almeno a quanto risulta, così non è avvenuto, quanto piuttosto, con riferimento alla situazione italiana, una mancanza di assestamento, la delega aperta ai giudici nazionali ancora in via di definizione.

Questo per effetto del sopravvenire di nuove disposizioni legislative, ma anche per un quadro di riferimento sistematico ancora poco conosciuto e applicato.

Non basta leggere ‘non osta’, in particolare per quanto riguarda la trasformazione in contratto a tempo indeterminato, senza tener conto delle sue condizioni, tra cui quella di un risarcimento alternativo adeguato.

Ne è purtroppo un esempio negativo Cassazione n. 392 del gennaio 2012 secondo cui “una giurisprudenza granitica” della CGUE, ribadita da ultimo nella pronuncia *Affatato*, “porta ad escludere dall'area del lavoro pubblico l'applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 368 del 2001, art. 5, che al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine, contempla una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro deve ritenersi concluso a tempo indeterminato”. Messa in questi termini, sembrano addirittura esservi dubbi che la trasposizione del 2001 dell'Accordo quadro/direttiva si applichi anche ai lavoratori del settore pubblico e non limitarsi ad osservare che la sanzione della trasformazione può essere esclusa in questo ambito.

Quello che ancor più sconcerta è l'apodittica conclusione: “sul versante del ricorso abusivo del contratto a termine si rileva così una ulteriore caratterizzazione del rapporto lavorativo pubblico

dal momento che le disposizioni del d. lgs. n. 165 del 2001, art. 36 apprestano una normativa articolata capace – prima di ricorrere alla sanzione risarcitoria – di operare in via preventiva con una più accentuata responsabilizzazione dei pubblici dirigenti”.

Come rilevato in precedenza, la disciplina di fonte europea detta regole anche sul versante preventivo, ma ciò non toglie che la disciplina nazionale deve essere ‘con le carte in regola’ anche sul versante sanzionatorio e la verifica, per la CGUE, va effettuata caso per caso, sulla base delle condizioni limitative della discrezionalità nazionale sopra richiamate.

Ancora peggio, se possibile, fa la Corte di Cassazione quando si accoda al giudice di merito, ritenendo sufficiente l’intervento del legislatore con le disposizioni speciali per il lavoro pubblico, intervento in sé adeguato anche sotto il profilo sanzionatorio. Qui si va in rotta di collisione con la giurisprudenza – per questa parte sì ‘granitica’ – sull’insufficienza di un provvedimento legislativo generale.

La Corte afferma che per la Corte di giustizia basti il sistema risarcitorio basato sulla responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e sul riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni in concreto subiti dal lavoratore. In nessuna decisione si riconosce questo. Anzi. Si demanda al giudice nazionale questa verifica, da effettuarsi caso per caso, sulla base di una serie di condizioni.

Anche la sentenza della Corte di appello di Milano del 15 maggio 2012, pres. Canzio, solleva analoghe perplessità.

Il richiamo alla decisione della CGUE nel caso *Kukuk* è del tutto parziale. A differenza di quanto sostenuto nel giudizio milanese non basta il connotato della temporaneità ad escludere il ricorso abusivo al tipo contrattuale. Né tantomeno basta ad evitare di ravvisare l’abuso nella reiterazione degli incarichi a termine, la singola esigenza di assicurare la continuità del servizio scolastico. Come richiamato in precedenza, per la CGUE non basta la legittima stipulazione del singolo contratto a termine per esigenze sostitutive, qualora si sia in presenza di numerose reiterazioni successive.

La Corte di appello, valutando il singolo contratto e non la successione nel tempo, arriva non solo a confermare la mancata applicazione della sanzione della conversione in contratti a tempo indeterminato, ma addirittura ad escludere la sanzione del risarcimento del danno, in aperta collisione con la giurisprudenza della CGUE e con le singole decisioni richiamate.