



# CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

---

Relazione tematica

Rel. n. 2

Roma, 12 gennaio 2011

**Oggetto: LAVORO - LAVORO SUBORDINATO - COSTITUZIONE DEL RAPPORTO - DURATA DEL RAPPORTO - A TEMPO DETERMINATO - IN GENERE - Contratto di lavoro a tempo determinato - Violazione delle condizioni legali di apposizione del termine - Conseguenze - Regime previsto dall'art. 32, comma 5-7, della legge n. 183/2010 - Interpretazione.**

*Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità.*

## SOMMARIO:

1. La disciplina normativa.
  - 1.1. L'evoluzione della disciplina con particolare riferimento alle sanzioni applicabili.
    - 1.1.1. Nel rapporto di lavoro privato.
    - 1.1.2. Nel pubblico impiego privatizzato.
    - 1.1.3. La tutela del lavoratore nel regime precedente la legge n. 183 del 2010.
  - 1.2. La disciplina dettata dall'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010.
  
2. Le sanzioni nella giurisprudenza.
  - 2.1. La giurisprudenza comunitaria.
  - 2.2. La giurisprudenza costituzionale.
  - 2.3. La giurisprudenza di legittimità.
  - 2.4. La giurisprudenza di merito.

3. L'interpretazione dell'art. 32 comma 5 del collegato lavoro.
  - 3.1. L'indennità come mero costo aziendale per la liberazione dal vincolo.
  - 3.2. La conversione *ex nunc* e la corresponsione della sola indennità.
  - 3.3. La conversione *ex tunc* e la corresponsione di retribuzioni e della penale legale risarcitoria.
  - 3.4. L'indennità di cui all'art. 32, co. 5 e 6.
  - 3.5. Le applicazioni nella giurisprudenza di merito dell'indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 6.
4. Questioni di legittimità costituzionale.
5. Interpretazione costituzionalmente adeguata.
6. Il contrasto con la disciplina comunitaria.
  - 6.1. Il principio di effettività delle sanzioni.
  - 6.2. Il principio del non regresso.
  - 6.3. Il principio di non discriminazione e la parità di trattamento.
  - 6.4. L'obbligo di interpretazione conforme.
7. Interpretazione comunitariamente adeguata.
8. La dottrina.
9. La disciplina transitoria.
  - 9.1. Il comma 7 dell'art. 32.
  - 9.2. L'ambito di applicazione della norma, in particolare in appello ed in cassazione.
    - 9.2.1. La giurisprudenza.
    - 9.2.2. La dottrina.
  - 9.3. Il problema della retroattività della norma.
    - 9.3.1. Nella giurisprudenza CEDU.
    - 9.3.2. Nella giurisprudenza nazionale.
    - 9.3.3. Nella dottrina.
    - 9.3.4. Considerazioni critiche.
10. Conclusioni.

Bibliografia.

## 1. La disciplina normativa.

### 1.1. L'evoluzione della disciplina, con particolare riferimento alle sanzioni applicabili.

#### 1.1.1. Nel rapporto di lavoro privato.

La fattispecie del contratto di lavoro a tempo determinato ha avuto una disciplina più volte modificata nel corso del tempo, in ragione sia dell'esigenza di calibrare gli strumenti per impedire un utilizzo improprio della forma contrattuale temporanea, sia per la particolare "sensibilità" della tematica alle posizioni ideologiche dei governi succedutisi.

Già l'art. 2097 cod. civ. imponeva la forma scritta per l'apposizione del termine al contratto di lavoro, ritenendo "*priva di effetto*" la pattuizione orale del termine, "*se fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato*", e stabiliva inoltre che "*se la prestazione di lavoro continua dopo la scadenza del termine e non risulta una contraria volontà delle parti, il contratto si considera a tempo indeterminato*". Con la successiva legge 8 aprile 1962, n. 230 [All. A1], recante la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, si prevedeva che "*l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto*", senza ulteriori condizioni, mentre si stabilivano numerosi limiti alla proroga - eccezionale- del termine contrattuale. Si prevedeva, inoltre, che "*Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il contratto si considera a tempo indeterminato fin dalla data della prima assunzione del lavoratore. Il contratto si considera egualmente a tempo indeterminato quando il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di quindici ovvero trenta giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata rispettivamente inferiore o superiore a sei mesi e, in ogni caso, quando si tratti di assunzioni successive a termine intese ad eludere le disposizioni della presente legge.*"

L'onere della prova, relativa all'obiettiva esistenza delle condizioni che giustificano sia l'apposizione di un termine al contratto di lavoro sia l'eventuale temporanea proroga del termine stesso, era posto dalla legge a carico del datore di lavoro.

Tale impianto sanzionatorio rimaneva immutato anche dopo che, con l'art. 23 della successiva legge 28 febbraio 1987, n. 56, recante norme sull'organizzazione del mercato del lavoro, si consentiva l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro, nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Le organizzazioni intercategoriale a carattere generale - Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES) - il 18 marzo 1999 concludevano un accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, avente l'obiettivo di: a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato.

Tra l'altro, per quel che qui interessa, la clausola 5 dell'accordo - Misure di prevenzione degli abusi - prevedeva che *“Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.”*

Per l'attuazione a livello comunitario di tale accordo, veniva quindi approvata la Direttiva 99/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, **[All. A2]** che prevede all'art. 2 che *“Gli Stati membri mettono in atto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva al più tardi entro il 10 luglio 2001 o si assicurano che, entro tale data, le parti sociali introducano le disposizioni necessarie mediante accordi. Gli Stati membri devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente direttiva”*.

La clausola 8 dell'accordo prevede, peraltro, che *“Gli Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo. Il presente accordo non pregiudica ulteriori disposizioni comunitarie più specifiche, in particolare per quanto riguarda la parità di trattamento e di opportunità uomo-donna. L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso”*.

Benché l'ordinamento italiano fosse essenzialmente già conformato alla direttiva, veniva approvato il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, **[All. A3]** di attuazione della direttiva, che abrogava le disposizioni precedenti e regolava *ex novo* la materia, prevedendo, oltre che condizioni meno stringenti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro, sanzioni diverse per la violazioni dei limiti residui: si stabiliva così che *“l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni?”* *“di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo per l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato”*; si ridisciplinava quindi la proroga del termine, prevedendo (art. 5) che *“Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.”* Con riferimento ad altre fattispecie (come l'apposizione del termine per ragioni indicate ma insussistenti in concreto, ovvero in violazione dei divieti legali), invece, il decreto non

recava l'indicazione delle sanzioni applicabili, con il conseguente problema dell'applicabilità della sanzione della conversione anche in relazione a tali ipotesi.

L'art. 12 della legge 24 giugno 1997, n. 196, recante norme in materia di promozione dell'occupazione, modificava il regime sanzionatorio vigente, prevedendo quindi che *“se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20 per cento fino al decimo giorno successivo, al 40 per cento per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi ovvero oltre il trentesimo negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata, rispettivamente, inferiore o superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto”*.

Con l'art. 1, comma 39, della legge 24.12.2007, n. 247, il legislatore modificava nuovamente la disciplina del 2001, prevedendo l'inserimento di un art. 4-bis, secondo il quale *“ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2”*.

La caratteristica comune alle disposizioni fin qui richiamate era quella dell'applicazione -pur con decorrenze non omogenee- della sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato per la gran parte delle violazioni disciplinate, mentre, come si vedrà più avanti, la giurisprudenza riteneva di applicare tale regime, in quanto generale, a tutte le violazioni dei limiti all'apposizione del termine. Tale sanzione rimaneva ancora anche nel regime seguente, sebbene, con riferimento ai soli giudizi in corso, si prevedeva una diversa regolamentazione della responsabilità datoriale. Cambiata nuovamente maggioranza politica, si interveniva ancora sulla materia: il decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, poi convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, prevedeva all'art. 21 **[All. A4]** modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, stabilendo, con riferimento alle sanzioni applicabili, una disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione e di proroga del termine (o meglio, letteralmente, per la violazione di alcune sole norme): secondo tale norma, *“con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità*

*dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni*". La sostituzione legale -in riferimento ai soli giudizi in corso- della sanzione della conversione del rapporto con l'indennità unica aveva, però, breve durata, in quanto -come si dirà in seguito ampiamente- la Corte costituzionale, con la sentenza n. 214 del 2009 dichiarava incostituzionale la norma.

### **1.1.2. Nel pubblico impiego privatizzato.**

Nell'ambito del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego, l'art. 36 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, recante razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 42, sostituito prima dall'art. 17 del d.lgs n. 546 del 1993 e poi dall'art. 22 del d.lgs n. 80 del 1998, e successivamente confluito nell'art. 36 del testo unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, prevedeva forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, e, nel consentire che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, si avvalessero delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, e che i contratti collettivi nazionali provvedano a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, stabiliva che *"in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave"*.

Con l'art. 92 della legge finanziaria 23 dicembre 2007, n. 244, il contratto a termine tornava ad essere strumento eccezionale nel pubblico impiego, il cui uso veniva circoscritto sotto vari profili, e *<si passava, quantomeno sul piano delle convinzioni operative dello Stato-amministrazione, da un regime giuridico di piena liberalizzazione del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego con la garanzia dell'impunità per il divieto di conversione, ad una disciplina che previene gli abusi perché impedisce l'uso del contratto flessibile>* (DE MICHELE V., *Contratto a termine e precariato*, IPSOA, 2009, 187) [All. G5]; ulteriori novità venivano introdotte poi dall'art. 49, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, che novellava l'art. 36 del testo unico, ma il legislatore, pur consapevole degli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni (esplicitamente sottolineato al comma 3 dell'articolo), non prevedeva nuove sanzioni, ma ribadiva il precedente sistema (divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato, e mero risarcimento del danno), stabilendo che *"in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei*

*dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".*

Il divieto di conversione in lavoro a tempo indeterminato costituisce la principale differenza tra la disciplina del contratto a termine nel lavoro pubblico rispetto al lavoro privato, tanto che si è amaramente rilevato in tema che, nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato, allora, <<la violazione delle norme imperative produce sempre effetti in favore dello Stato e dei suoi abusi, mai in favore dei diritti fondamentali degli abusati (rectius, dei presunti raccomandati precari)>> (DE MICHELE, 2009, 189).

### **1.1.3. La tutela del lavoratore nel regime precedente la legge n. 183 del 2010.**

A livello comunitario, a fianco alle misure (obbligatorie) di prevenzione degli abusi, al n. 2 della clausola 5 l'accordo quadro individua misure sanzionatorie "eventuali", che gli Stati membri "dovranno" (in realtà, potranno) adottare, stabilendo «a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) devono essere considerati "successivi"; b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

Non sono peraltro obbligatoriamente prescritte specifiche sanzioni contro gli abusi: la stessa sanzione della conversione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato in contratti o rapporti a tempo indeterminato, espressamente menzionata nella clausola 5, n. 2, lett. b, dell'accordo quadro, è rimessa, per effetto dell'inciso «*se del caso*» che la precede, alla discrezionalità degli Stati membri.

Per converso, va ricordato che se la tutela sanzionatoria (clausola 5, n. 2, dell'Accordo quadro) non impone allo Stato di adottare la misura della conversione a tempo indeterminato dei rapporti a tempo determinato abusivi, e può essere adottata anche un'altra misura idonea a reprimere gli abusi (e, soprattutto, a prevenirli con efficacia dissuasiva certa), come il risarcimento dei danni, ma deve trattarsi in ogni caso di sanzione che deve avere carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo.

Va poi ricordato che la clausola di non regresso (clausola 8, n. 3) è clausola di trasparenza e riguarda l'intero ambito applicativo della direttiva comunitaria: essa consente allo Stato membro di modificare la propria normativa interna anche in senso peggiorativo per singoli settori o aspetti della normativa precedente, purché vi sia un motivato bilanciamento complessivo che garantisca sul piano generale il livello di tutela minimo previsto dall'accordo quadro, soprattutto sotto il profilo di idonee misure preventive degli abusi.

A livello della legislazione nazionale, la previsione di una disciplina sanzionatoria specifica per i casi di violazione delle regole previste per l'apposizione del termine al contratto di lavoro importa che la disciplina limitativa dei licenziamenti (tutela risarcitoria "obbligatoria", ex art. 8 L. n. 604/1966, nel testo modificato dall'art. 2 L. n. 108/1990, da un lato, e tutela "reale", ex art. 18 Stato Lav., in relazione alle dimensioni dell'azienda fino a, ovvero oltre, i 15 dipendenti) non trova applicazione ai contratti a termine con riferimento alla cessazione del rapporto per scadenza del termine: in relazione alla scadenza del contratto a termine operano le sanzioni tipiche previste

dall'ordinamento, e che si ricollegano all'applicazione delle regole generali civilistiche collegate alla nullità della clausola appositiva del termine, alla conversione del rapporto *ex tunc* in rapporto a tempo indeterminato ed alla mora del datore di lavoro, e che prescindono dal requisito dimensionale del datore medesimo.

L'apposizione del termine al di fuori dei casi o delle forme legali, pone il problema dell'applicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., (sul tema, MARINELLI F., *Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore*, in *Working papers* del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2009, 85 [All. G16]; nonché, MARINELLI M., in BELLAVISTA A., GARILLI A., MARINELLI M., *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133) che dispone l'invalidità dell'intero contratto soltanto qualora risulti che entrambi i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita dalla nullità: la fattispecie comprende, dunque, un giudizio di carattere ipotetico, volto ad accertare ciò che ambedue le parti (e non una soltanto) avrebbero voluto in caso di conoscenza dell'invalidità del negozio. Ora, se la prova del carattere essenziale della clausola deve avvenire attraverso al ricostruzione dell'intento soggettivo dei contraenti, e di entrambi, è evidente che, mentre il datore di lavoro non avrebbe concluso il contratto qualora fosse stato consapevole della illegittimità della clausola appositiva del termine, per il lavoratore la costituzione di tale rapporto a tempo indeterminato costituisce di norma l'opzione preferibile, e dunque l'assenza della clausola in questione non inciderebbe sulla sua volontà di concludere il contratto in alcun modo; ne deriva che la nullità della clausola non dovrebbe comportare mai la nullità dell'intero contratto, e che, pertanto, l'ipotesi non può che rientrare nell'art. 1419, comma 2, c.c., in virtù del quale la volontà dei contraenti è irrilevante e la clausola nulla è sostituita di diritto dalla norma imperativa di legge ossia dalla disciplina del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Pertanto, il datore di lavoro, come accade nella pratica, potrebbe far inserire nel contratto di lavoro a tempo determinato una clausola secondo la quale le parti ritengono essenziale la presenza del termine ai fini della conclusione del contratto, con ciò preconstituendo la prova della comune intenzione delle parti di non ritenere valido il contratto in assenza di tale elemento accidentale. Ciò spiega allora l'interpretazione secondo la quale la norma dell'art. 1419, comma 1, cod. civ. non richiede tanto la ricerca della comune intenzione soggettiva della parti, bensì la valutazione oggettiva della perdurante utilità del negozio, anche dopo la rimozione della clausola nulla.

Altro orientamento esclude poi l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., in ragione della specialità della previsione legale della conversione del contratto, la quale derogherebbe alla disciplina della nullità detta dal richiamato articolo, in quanto l'applicabilità di tale norma importerebbe l'assenza di interesse per i lavoratori a promuovere azioni per ottenere l'accertamento della illegittimità dell'apposizione del termine, azioni che normalmente sono iniziate dopo la conclusione del contratto: ne deriverebbe allora, ad accogliere la tesi dell'applicabilità del comma 1 dell'art. 1419 cod. civ., una liberalizzazione di fatto dell'impiego dell'istituto, con correlato

abbassamento del livello di tutela offerto dall'ordinamento e violazione della clausola di non regresso.

Anche sulla scorta di tali considerazioni, ed in applicazione dell'art. 1419 co. 2, cod. civ., la dottrina e la giurisprudenza univoche hanno poi applicato la sanzione civilistica della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto, originariamente sorto con termine, anche alle ipotesi in cui la sanzione della conversione espressamente non è prevista, essendo dunque la conversione *ex tunc* (dall'origine o dalla scadenza del termine illegittimo, a seconda delle diverse discipline susseguitesi e delle diverse ipotesi di violazione) del rapporto la sanzione generale in materia (sull'argomento, tra i tanti contributi, SPEZIALE V., *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2007*, in *RIDL*, 2008, I, 178 [All. G27]).

Con la scadenza del termine, il datore rifiuterebbe la prestazione al lavoratore che ne facesse richiesta, proprio in ragione della cessazione del rapporto, ma la riqualificazione legale del rapporto importerebbe la valutazione del rifiuto datoriale come mora del datore.

Nell'ottica tradizionale, il creditore di una prestazione è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione (art. 1206 cod. civ.).

La norma si riferisce a quelle obbligazioni nelle quali la cooperazione del creditore è necessaria per consentire l'esecuzione della prestazione e dove quindi la collaborazione del soggetto attivo del rapporto è strumentale all'adempimento; il datore di lavoro è tenuto a cooperare per rendere concretamente eseguibile l'obbligazione lavorativa, con un'attività articolata che non consiste soltanto nel ricevimento della prestazione bensì anche nel consentire al dipendente l'accesso sul luogo di lavoro, nell'impartire le direttive, le fornire il materiale da lavorare, ecc., in generale nel potere direttivo di conformazione della prestazione, finalizzato a coordinare la singola prestazione al mutevole contesto organizzativo nel quale viene a svolgersi.

La mancata collaborazione del datore di lavoro configura senza dubbio un'ipotesi di *mora accipiendi*.

Ora, le regole della mora sono inapplicabili al caso dei licenziamenti (salvo il caso dei licenziamenti nulli o inefficaci, nonché nel caso di recesso *ante tempus* privo di giusta causa nel contratto a termine, nei quali però si discute), e ciò per due ragioni almeno: intanto, perché la disciplina della mora presuppone un rapporto obbligatorio esistente, laddove il recesso datoriale interrompe il rapporto (in modo definitivo, nelle ipotesi di tutela obbligatoria del rapporto di cui all'art. 8 l. 604 del 1966, nonché nell'ipotesi di indennità sostitutiva della reintegra *ex art. 18 co. 5 stat. Lav.*); inoltre, per la specialità della disciplina limitativa dei licenziamenti, che è la sola prevista dal legislatore in relazione al recesso datoriale (e la cui applicabilità -anche nell'ipotesi di tutela reale- prescinde dall'intimazione a ricevere la prestazione).

Con riferimento invece alla scadenza del termine nei rapporti di lavoro a tempo determinato, la disciplina dei licenziamenti non può operare, come si è visto, come consolidato in dottrina e giurisprudenza, essendo la fattispecie del tutto diversa. Da

qui, con riferimento alle ipotesi in cui il rapporto si considera dall'origine a tempo indeterminato, o comunque l'apposizione del termine non ha effetto o è nulla in quanto contrastante con norme imperative, l'applicazione delle norme relative alla mora del datore di lavoro.

In tale ambito, fermo restando quanto detto in ordine alla necessità dell'offerta della prestazione lavorativa (rilevante quale forma d'uso di costituzione in mora) va però rilevato che si discute da tempo in dottrina e giurisprudenza circa gli effetti della *mora accipiendi* nel rapporto di lavoro, essendovi da un lato coloro che sostengono che il lavoratore abbia diritto al solo risarcimento del danno, ed in particolare al lucro cessante integrale, ed altri che ritengono che la *mora accipiendi* non sollevi il datore di lavoro dall'obbligo di pagare le retribuzioni (e dall'obbligo di risarcire gli eventuali danni subiti dal lavoratore; su queste problematiche, SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1993, 293 ss. [All. G26]).

La distinzione non è senza rilievo pratico, atteso che dal carattere retributivo delle somme discende sia l'assoggettamento a contribuzione previdenziale (problema risolvibile probabilmente in applicazione dell'art. 21 l. 13 del 1969, che considera imponibile tutto quanto corrisposto "*in dipendenza*" del rapporto di lavoro), sia la possibilità di detrarre, su corrispondente eccezione del datore di lavoro, l'*aliunde perceptum* (cioè quanto il lavoratore abbia guadagnato altrove durante la mora) dal trattamento economico connesso all'ingiustificato rifiuto della prestazione lavorativa.

Sul punto, si è osservato (SPEZIALE, cit., 1993, 302) che secondo un indirizzo nel contratto di lavoro la retribuzione trova fondamento nel sinallagma genetico e non in quello funzionale del rapporto, e deve essere pertanto erogato anche nei casi di mancata esecuzione della prestazione, visto che il suo titolo giustificativo va rinvenuto nella persistenza del vincolo obbligatorio. Secondo altro indirizzo, invece, l'obbligo di effettuare la controprestazione consegue alla responsabilità del creditore che impedisca al debitore di adempiere per un fatto a lui imputabile e, pertanto, deve accollarsene tutte le conseguenze; in altri termini, la retribuzione è dovuta non per la semplice sussistenza del vincolo negoziale, bensì perché un contraente ha posto in essere un comportamento ingiustificato e ne sopporta gli effetti negativi.

La giurisprudenza peraltro ha da tempo fatto propria tale ultima soluzione, privilegiando la natura sinallagmatica del contratto di lavoro e la regola di effettività e corrispettività delle prestazioni, ritenendo che al lavoratore che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetti la retribuzione fino al momento in cui non offra la prestazione stessa, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore.

Si è del pari escluso che possa applicarsi il principio secondo il quale la costituzione in mora non è necessaria qualora il termine per eseguire la prestazione sia scaduto e si tratti di prestazione da eseguire presso il domicilio del creditore *ex art. 1219 cod. civ.*, combinato con l'art. 1182, co. 3, cod. civ., in quanto la cessazione dell'esecuzione della prestazione lavorativa potrebbe non dipendere dal rifiuto del datore di lavoro, ma dalla carenza di interesse del lavoratore alla prosecuzione, sicché occorrerebbe pur sempre accertare l'interesse all'esecuzione ed alla controprestazione

in relazione all'offerta della stessa, non potendo apoditticamente farsi coincidere i due aspetti.

Al fine di evitare situazioni inique (connesse in parte con i tempi ampi all'epoca consentiti al lavoratore per attivare la domanda di accertamento della nullità dell'apposizione del termine, in parte con i tempi di durata del processo), la giurisprudenza ha fatto applicazione degli indicati correttivi, limitando il pagamento delle retribuzioni dalla scadenza del termine in ragione dell'*aliunde perceptum*, sia in considerazione della necessità di offerta della prestazione lavorativa, mentre si accettava anche la configurabilità di uno scioglimento del rapporto per mutuo consenso.

Tali aspetti, come detto, si ricollegavano, in buona misura, all'inapplicabilità del termine di decadenza all'azione di nullità del termine, e quindi alla possibilità di far causa anche a distanza di molti anni, nei limiti della prescrizione: mentre infatti per il licenziamento del dipendente assunto a tempo indeterminato inefficace (per violazione delle procedure di legge, ad eccezione del licenziamento verbale), nullo per ragioni discriminatorie o illegittimo per mancanza di giusta causa o giustificato motivo il lavoratore aveva l'obbligo di impugnare (con qualsiasi atto anche stragiudiziale idoneo) il recesso invalido, nel termine decadenziale di sessanta giorni, a pena dell'inammissibilità dell'azione giudiziaria, la decadenza, invece, non si applicava nel caso in cui non vi era un atto scritto di comunicazione della cessazione del rapporto conseguente allo spirare del termine (invalido) nei rapporti a tempo determinato.

## **1.2. La disciplina dell'art. 32, co. 5 e 6, della legge n. 183 del 2010.**

La legge 183 del 4 novembre 2010 (c.d. Collegato lavoro 2010), all'art. 32 [All. A5], ha introdotto nuove norme in tema di contratti di lavoro con termine illegittimamente apposto: i commi 5, 6 e 7 dettano norme, vevoli anche per i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge, volte a disciplinare il risarcimento del lavoratore nel caso in cui, a seguito della violazione delle norme relative al contratto di lavoro a tempo determinato, sia prevista la sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato; in particolare, si prevede l'obbligo per il datore di lavoro di risarcire il lavoratore con una indennità onnicomprensiva da 2,5 a 12 mensilità, ridotta alla metà nel caso di contratti collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati a termine nell'ambito di specifiche graduatorie.

La disciplina prevede quanto segue:

*“5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.*

*6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine*

*nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà.*

*7. Le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile”.*

La nuova disciplina, applicabile anche nei giudizi pendenti, da un lato si riferisce ai casi di “conversione”, dall'altro lato prevede a carico del datore una indennità “onnicomprensiva”; il comma 6 ulteriormente ridimensiona le conseguenze risarcitorie che scaturiscono dall'accertamento della natura indeterminata del rapporto, riducendo della metà l'indennità in presenza di contratti o accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie: la regola attiene all'ipotesi in cui, verosimilmente per far fronte a un contenzioso seriale di notevole dimensione, le parti sociali abbiano predisposto una graduatoria nominativa dei lavoratori già occupati a termine, per i quali sia prevista nel tempo l'assunzione a tempo indeterminato o a termine, e, nondimeno, il lavoratore abbia agito in giudizio per far valere la nullità, senza attendere la maturazione del proprio diritto secondo la convenzione.

Dai lavori preparatori, nel dossier di documentazione del d.d.l. 1441-*quater f*, in ordine all'interpretazione del comma 5, dell'articolo 32, si desume solo che la previsione del risarcimento del danno si aggiunge e non sostituisce il ripristino del rapporto di lavoro. (“Maurizio SACCONI, Ministro del lavoro e delle politiche sociali: *Signor Presidente, il Governo condivide quanto poco fa richiamava il presidente della XI Commissione. Invero, al Senato è stato presentato un ordine del giorno con lo scopo di chiarire la portata della norma citata e il Governo ha accettato quell'ordine del giorno; pertanto, non ho alcuna difficoltà a ribadire che un'oggettiva lettura della norma stessa conduce a ritenere che la conversione di cui si parla sia la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, e che quindi non vi sia conflitto fra la conversione a tempo indeterminato e quella definizione di risarcimento, anzi i due termini coabitano*”).

## **2. Le sanzioni nella giurisprudenza.**

### **2.1. La giurisprudenza comunitaria.**

Numerose sentenze della Corte di Giustizia delle comunità europee si sono occupate di discipline nazionali dei contratti di lavoro a termine (Per un *excursus* delle principali sentenze fino al 2008, vedi DI FLORIO A., *Il contratto a termine nella giurisprudenza europea*, intervento all'Università di Napoli, 11 giugno 2008, in atti del Master in Diritto europeo e comparato del lavoro [All. G8]; PICCONE V., *Contratto a termine*, relazione all'incontro di studio *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura

democratica, Roma, 16 dicembre 2010 [**All. G20**]; SPENA F., *Il contratto a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino [**All. G11**]; PERRINO A.M., *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010 [**All. G19**]).

Delle stesse si riferirà di seguito limitatamente agli aspetti sanzionatori oggetto della presente disamina, ovvero in riferimento generale ai rapporti tra legislazione nazionale e comunitaria in materia.

Già con la sentenza **Viscido e a./Poste**, 7 maggio 1998, nei procedimenti riuniti C-52/97, C-53/97 e C-54/97, la Corte ha dichiarato che una disposizione nazionale che esoneri una sola impresa dall'obbligo di osservare la normativa di applicazione generale riguardante i contratti di lavoro a tempo determinato non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato CE.

Il primo intervento successivo alla direttiva 1999/70/CE ha riguardato la legislazione tedesca (Corte di Giustizia 22 novembre 2005, c-144/04, **Mangold [All. B1]**): la Corte ha ritenuto non incompatibile con la direttiva n. 70 del 1999 ed, in particolare, con la clausola di non regresso, la normativa tedesca che “*per motivi connessi con la necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione dell'accordo quadro sul lavoro, attuato dalla medesima direttiva, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a termine*”.

Particolare attenzione all'aspetto sanzionatorio dell'illegittima reiterazione dei contratti a termine è stato riservato dalla Corte nella sentenza **Adeneler** sulla legislazione greca, c-212/4 del 4 luglio 2006 [**All. B2**], nella quale la normativa greca è stata ritenuta incompatibile con la direttiva perché non solo non prevede alcuna delle misure previste dalla clausola 5 per prevenire gli abusi derivanti da un indebita utilizzazione dei contratti a termine ma in quanto non contiene misure equivalenti che permettano, comunque, di evitare gli abusi.

Sottolineata la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, ed il principio generale in materia secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro (v. punti 73-75), la Corte afferma che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e che devono essere considerati abusivi (v. punto 105, dispositivo 3).

Il giudice è consapevole che <<91. l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo

*indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi. 92. Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. 93 Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Gallotti e a., Racc. pag. I-4345, punto 14). 94. Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche neppure nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro. 95 Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, e giurisprudenza ivi citata)..... 101 L'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma il punto 1 della sua clausola 5 impone l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure elencate in tale disposizione volte a prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, allorché il diritto nazionale non prevede già misure equivalenti. 102. Peraltro, quando una siffatta utilizzazione abusiva abbia comunque avuto luogo, deve poter essere applicata una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva». 103. La Corte non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi ricordati al punto precedente siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante. 104 Se il detto giudice dovesse riscontrare che ciò non si verifica, si dovrebbe concludere che l'accordo quadro osta all'applicazione di tale normativa nazionale»>>.*

La sentenza è assai importante anche per la precisazione degli obblighi del giudice nazionale di interpretazione conforme, aspetto che sarà trattato in apposito paragrafo *infra*.

Nella sentenza 13 settembre 2007, nel procedimento C-307/05, **Del Cerro Alonso [All. B3]**, la Corte, nel ribadire l'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, afferma che dalle disposizioni previste dalla direttiva e dall'accordo quadro tali principi sono affermati al fine di garantire ai lavoratori a

tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, e che tali principi hanno portata generale, sicché trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro (v. punti 25, 27-29).

Nella ordinanza **Vassilakis**, del 12 giugno 2008 (su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Monomeles Protodikeio Kerkyras – Grecia), in causa C-364/07) [**All. B4** ], oltre a precisare gli obblighi di interpretazione conforme del giudice nazionale, con specifico riferimento alla materia di che trattasi, la Corte afferma che *<<il principio dell'effetto utile del diritto comunitario e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non ostano, in via di principio, a una disposizione nazionale secondo la quale un'autorità amministrativa indipendente è competente ad eventualmente riqualificare contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Spetta tuttavia al giudice del rinvio vegliare a che sia garantito il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza>>*.

Le sentenze **Marrosu e Sardino** nonché **Vassallo** ribadiscono la necessità che l'ordinamento preveda sanzioni, anche alternative alla tutela conservativa, idonee a soddisfare l'effetto utile delle prescrizioni comunitarie, e tra queste viene espressamente menzionato il risarcimento del danno; si riconosce, per altro verso, la legittimità di un sistema nazionale che diversifica l'apparato sanzionatorio tra lavoro privato e lavoro pubblico. In particolare, la prima sentenza, 7 settembre 2006, nel procedimento C-53/04 [**All. B5**], afferma che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti ed i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (v. punto 57 e dispositivo).

Rileva la Corte che *<<46. Vero è che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro non riconosce esplicitamente la stessa facoltà agli Stati membri per ciò che riguarda la fissazione delle condizioni alle quali i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione debbano essere considerati come conclusi per una durata indeterminata. 47. Tuttavia, dal momento che tale disposizione non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi (sentenza Adeneler e a., cit., punto 91), essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia. 48. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di*

lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico. 49. Tuttavia, come risulta dal punto 105 della citata sentenza *Adeneler e a.*, affinché una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione. 50 Per quanto riguarda quest'ultima condizione, occorre ricordare che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione e dirette a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti. 51. Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, 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 (sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 94). 52. Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. pag. I-4599, punto 12, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 95)>>.

Di analogo tenore la sentenza **Vassallo**, 7 settembre 2006, nel procedimento C-180/04, ove si è affermato che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (v. punto 42 e dispositivo).

Nel caso **Impact**, deciso con sentenza 15 aprile 2008, nel procedimento C-268/06 [All. B7], la Corte ha rilevato che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro. Tale principio può essere applicato relativamente a disposizioni di accordi che, come l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla direttiva 1999/70 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, sono nati da un dialogo condotto, sul

fondamento dell'art. 139, n. 1, CE, tra parti sociali a livello comunitario e sono stati attuati, conformemente al n. 2 di questo stesso articolo, da una direttiva del Consiglio, di cui sono allora parte integrante.

A tal riguardo la clausola 4, punto 1, del detto accordo quadro, che vieta in generale e in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego, è incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale, mentre ciò non si verifica per la clausola 5, punto 1, di questo stesso accordo quadro, la quale assegna agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, pur lasciando ad essi la scelta dei mezzi per conseguirlo. (v. punti 57-58, 60, 68, 70, 73, 79-80, dispositivo 2).

Così la sentenza: <<69. *La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, di adottare, in assenza di norme equivalenti nel diritto nazionale, una o più tra le misure da essa elencate. Le misure così elencate, in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive per la giustificazione del rinvio di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi.* 70. *La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, imponendo agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure elencate in tale disposizione e dirette a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti (v. sentenze Adeneler e a., cit., punti 65 e 101, nonché 7 settembre 2006, causa C-53/04, Marrosu e Sardino, Racc. pag. I-7213, punto 44, nonché causa C-180/04, Vassallo, Racc. pag. I-7251, punto 35), assegna agli Stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di tali abusi, pur lasciando ad essi la scelta dei mezzi per conseguirlo.* 71. *Ai sensi di tale disposizione, rientra infatti nel potere discrezionale degli Stati membri ricorrere a tal fine ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o ancora a norme in vigore equivalenti, pur tenendo conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori.* 72. *È vero che, come ha fatto valere la Commissione basandosi sulla citata sentenza Francovich e a. (punto 17), la facoltà, per gli Stati membri, di scegliere tra una molteplicità di mezzi possibili al fine di conseguire il risultato prescritto da una direttiva non esclude che i singoli possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti il cui contenuto può essere determinato con una precisione sufficiente sulla base delle sole disposizioni della direttiva (v. anche, in tal senso, sentenze 2 agosto 1993, causa C-271/91, Marshall, Racc. pag. I-4367, punto 37, nonché causa Pfeiffer e a., cit., punto 105).* 73. *Occorre però constatare che, diversamente dalle disposizioni di cui trattasi nella causa all'origine della citata sentenza Francovich e a., la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro non comporta alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso che possa essere invocato, in assenza di misure di trasposizione adottate nei termini, da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale.* 74. *Nella citata sentenza Francovich e a., la Corte ha potuto, nonostante la libertà di scelta lasciata dalla direttiva in questione agli Stati membri per conseguire il risultato prescritto da tale direttiva, individuare in quest'ultima disposizioni che definiscono in maniera incondizionata e sufficientemente precisa un contenuto di protezione minima concernente il pagamento dei crediti salariali in caso di insolvibilità del datore di lavoro (v. anche, per altri casi di individuazione di una siffatta protezione minima, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-303/98,*

*Simap, Racc. pag. I-7963, punti 68 e 69, nonché Pfeiffer e a., cit., punto 105). 75. Orbene, nel caso di specie, non può accogliersi il suggerimento della Commissione secondo cui la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro determinerebbe anche una siffatta protezione materiale minima in quanto esigerebbe, in assenza di qualsiasi altra misura destinata a lottare contro gli abusi o, almeno, di misura sufficientemente efficace, oggettiva e trasparente a tal fine, che ragioni obiettive giustifichino il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi>>.*

Di grande importanza in materia la sentenza **Angelidaki**, 23 aprile 2009, nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07 [**All. B8**]. La decisione afferma che la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato figurante nell'allegato alla direttiva del Consiglio 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta all'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa nazionale che, al fine di trasporre la direttiva 1999/70 specificamente nel settore pubblico, prevede l'applicazione delle misure volte a prevenire l'utilizzo abusivo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi indicate al n. 1, lett. a)-c), di detta clausola, qualora nel diritto interno esista già una «norma equivalente» ai sensi della medesima clausola, circostanza che compete al giudice verificare, a condizione però che detta normativa, da un lato, non comprometta l'effettività della prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, come derivante dalla suddetta norma equivalente e, dall'altro, rispetti il diritto comunitario ed in particolare la clausola 8, n. 3, di detto accordo. (v. punto 87, dispositivo 1).

Scrivono i giudici, per quanto qui interessa, che <<78. spetta al giudice del rinvio esaminare entro quali limiti la possibilità a suo avviso prevista dall'art. 8, n. 3, della legge 2112/1920 di convertire, nel settore pubblico, un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora esso soddisfi, in realtà, esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, sia idonea a contribuire a tale effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Nell'ipotesi in cui il giudice dovesse concludere che la disposizione de qua comporti un effetto di questo tipo, essa dovrebbe essere considerata una «norma equivalente» ai sensi della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro. 79. Per quanto riguarda, poi, la questione se, in un siffatto contesto, l'esistenza di una «norma equivalente» ai sensi di detta clausola osti all'adozione da parte dello Stato membro interessato di una normativa nazionale che, come il decreto presidenziale 164/2004, preveda ai suoi artt. 5-7 e 11 talune misure specifiche per prevenire l'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, al fine di recepire la direttiva 1999/70, occorre ricordare che, allorché la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enunciate in tale disposizione e dirette a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il diritto nazionale non preveda già norme equivalenti, essa assegna agli Stati membri un obiettivo generale consistente nella prevenzione di tali abusi, pur lasciando loro la scelta dei mezzi per conseguirlo (sentenza *Impact*, cit., punto 70 e giurisprudenza ivi citata). 80. Ne consegue che, in virtù di tale disposizione, gli Stati membri beneficiano di un margine di discrezionalità nel conseguimento di tale obiettivo, a condizione tuttavia che essi garantiscano il risultato imposto dal diritto comunitario, così come risulta non solo dall'art. 249, terzo comma, CE,

*ma anche dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del diciassettesimo 'considerando' di quest'ultima (v., in tal senso, sentenza Adeneler e a., cit., punto 68, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 87). 81. Come la Corte ha già dichiarato, rientra quindi nel potere discrezionale di cui godono gli Stati membri ai sensi della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro ricorrere, al fine di garantire l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola o, ancora, a norme equivalenti in vigore, pur tenendo conto delle esigenze di settori e/o di categorie specifici di lavoratori (v. sentenza Impact, cit., punto 71). 82. Pertanto, se, in assenza di norme equivalenti nel suo diritto interno, uno Stato membro deve necessariamente adottare una o più tra le misure di prevenzione enunciate nella clausola 5, n. 1, lett. a-c, dell'accordo quadro al fine di trasporre correttamente la direttiva 1999/70 (v., in tal senso, le precitate sentenze Adeneler e a., punto 65, e Impact, punti 69 e 70, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 80), l'esistenza di una siffatta norma equivalente non può, per contro, privare tale Stato della possibilità di adottare, in aggiunta ad essa, una o più tra le misure enunciate nella suddetta clausola 5, n. 1, lett. a – c, in particolare al fine di modificare o di completare la tutela derivante da tale norma equivalente, a pena di impedire qualsiasi evoluzione della normativa nazionale esistente, come hanno sostanzialmente riconosciuto tutte le parti che hanno presentato osservazioni scritte. 83. Occorre tuttavia ricordare che il margine di discrezionalità così lasciato agli Stati membri non è illimitato e, in particolare, non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 82). 84. Così, posto che, come risulta dai punti 73-77 e 79 della presente sentenza, la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro mira ad obbligare gli Stati membri a garantire nei rispettivi diritti nazionali l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, l'adozione della relativa normativa nazionale di trasposizione non può avere per effetto di compromettere l'efficacia della suddetta prevenzione, come derivante in precedenza da una «norma equivalente» ai sensi di detta clausola 5, n. 1. A tale riguardo, occorre in particolare che la situazione giuridica derivante dalle varie misure esistenti nel diritto nazionale sia sufficientemente precisa e chiara, di modo che i beneficiari siano messi in grado di conoscere la pienezza dei loro diritti e, se del caso, di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali. 85. Inoltre, il potere discrezionale conferito agli Stati membri alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro deve essere esercitato altresì nel rispetto del diritto comunitario, e, in particolare, dei principi generali di quest'ultimo nonché delle altre disposizioni dell'accordo quadro (v., in tal senso, sentenza Mangold, cit., punti 50-54 e 63-65)>>.*

La sentenza si sofferma poi ampiamente sul divieto di *reformatio in pejus*, aspetto che sarà approfondito nel relativo paragrafo *infra*.

Con riferimento specifico alla sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, la sentenza afferma, poi, che la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, figurante nell'allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che – a differenza di una norma di diritto interno previgente – da un lato, non prevede più, per l'ipotesi di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, la conversione di questi ultimi in contratti di lavoro a tempo indeterminato oppure condiziona quest'ultima al rispetto di talune condizioni cumulative e restrittive e, dall'altro, esclude i lavoratori con un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato dal godimento delle misure di tutela previste da detto accordo, allorché

siffatte modifiche riguardano una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato oppure sono compensate dall'adozione di misure volte a prevenire l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi dell'art. 5, n. 1, del suddetto accordo quadro, cosa che spetta a tale giudice verificare. Tuttavia, l'attuazione dell'accordo quadro ad opera di una normativa nazionale non può comportare la riduzione della tutela in precedenza applicabile nell'ordinamento giuridico interno ai lavoratori a tempo determinato ad un livello inferiore rispetto a quello determinato dalle disposizioni di tutela minima previste dall'accordo quadro medesimo. In particolare, la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro impone che detta normativa preveda, per quanto riguarda l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, misure effettive e vincolanti di prevenzione di un siffatto utilizzo abusivo, nonché sanzioni aventi un carattere sufficientemente efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di tali misure preventive. Spetta quindi al giudice del rinvio verificare che i suddetti requisiti siano soddisfatti. (v. punti 177-178, dispositivo 4).

Precisa la Corte sul punto che <<162. *Nel caso di specie, le ricorrenti nel procedimento principale sostengono, in primo luogo, che le sanzioni di cui all'art. 7 del decreto presidenziale 164/2004 non possono essere considerate tali da avere un carattere efficace e dissuasivo. Infatti, da un lato, il pagamento di uno stipendio e di un'indennità di licenziamento previsto al n. 2 di tale disposizione non sarebbe affatto inteso a prevenire il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, bensì costituirebbe la sanzione prevista dal diritto comune del lavoro. Dall'altro, le sanzioni penali e disciplinari di cui al n. 3 di detto art. 7 già esistevano, e, per di più, erano risultate totalmente inefficaci in Grecia. Inoltre, nella prassi, tali sanzioni non sarebbero state applicate a numerose categorie di lavoratori impiegati a tempo determinato, come quelli vincolati da contratti d'opera o da contratti di lavoro stipulati in base alla legge 2190/1994*>>.

Secondo la sentenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, figurante nell'allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda, nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi. Spetta tuttavia al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne facciano uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

Ricca di interessanti considerazioni è, infine, la sentenza, anche con riferimento agli obblighi del giudice nazionale di verifica della presenza di sanzioni adeguate ed effettive, nonché all'obbligo di interpretazione delle norme nazionali in conformità dei principi comunitari (aspetto questo che sarà ripreso *infra*, nel relativo paragrafo).

Nella sentenza **Sorge**, 24 giugno 2010, in causa C-98/09 [All. B10], si è precisato che la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato è priva di efficacia diretta, sicché spetta al giudice del rinvio, qualora ritenesse di concludere per l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa nazionale di cui alla causa principale, non escluderne l'applicazione, bensì operarne, per quanto possibile, un'interpretazione conforme sia alla direttiva 1999/70, sia allo scopo perseguito dal citato accordo quadro.

Nella sentenza **Vitari**, 9 novembre 2010, resa nel procedimento C-126/99 [All. B12], la Corte ha affermato che l'art. 79 del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità europee deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un'istituzione comunitaria concluda un contratto di lavoro a tempo determinato con un agente locale qualora la propria regolamentazione applicabile alle condizioni di lavoro degli agenti locali, adottata sulla base della regolamentazione e degli usi dello Stato della sede di servizio, vi si opponga. Spetta pertanto al giudice di rinvio verificare se, in conformità dell'art. 3 della regolamentazione relativa alle condizioni di lavoro degli agenti locali in servizio in Italia, adottata dalla Commissione, le circostanze caratterizzanti il lavoro o la natura del medesimo esigessero che il contratto di agente locale tra le parti della causa principale fosse concluso a tempo determinato. Interessante è però il compito demandato dalla Corte al giudice nazionale, atteso che la sentenza afferma che, in caso di risposta negativa al quesito sopra detto, incombe a detto giudice convertire il detto contratto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Nella sentenza **Vino**, 11 novembre 2010, nel procedimento C-20/10 [All. B13], avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Trani con decisione 23 novembre 2009, pervenuta in cancelleria il 13 gennaio 2010, la Corte ha statuito che la clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, quale quella prevista dall'art. 2, comma 1-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, la quale, a differenza del regime giuridico applicabile prima dell'entrata in vigore di questo decreto, consente a un'impresa, quale la Poste Italiane SpA, di concludere, rispettando determinate condizioni, un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato con un lavoratore, quale il sig. Vino, senza dover indicare le ragioni obiettive che giustificano il ricorso a un contratto concluso per una siffatta durata, dal momento che questa normativa non è collegata all'attuazione di detto accordo quadro. A questo proposito è irrilevante il fatto che lo scopo perseguito da tale normativa non sia degno di una protezione almeno equivalente alla tutela dei lavoratori a tempo determinato, cui mira detto accordo quadro.

La sentenza è interessante anche per la operata demarcazione dei poteri del giudice nazionale rispetto a quelli della Corte, osservando che, dato che spetta esclusivamente ai giudici nazionali l'interpretazione dell'ordinamento nazionale, è a

questi ultimi che incombe il compito di determinare in che misura le suddette modifiche, apportate dall'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 alla disciplina giuridica nazionale preesistente, quale ricavabile dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 230/62 e dai contratti collettivi conclusi dalle parti sociali in forza dell'art. 23, primo comma, della legge n. 56/87, abbiano provocato una riduzione del livello di tutela dei lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato, ponendo a confronto, a tal fine, il grado di tutela rispettivamente concesso da ciascuna di queste disposizioni nazionali (v., per analogia, le citate sentenze Angelidaki e a., punto 129, e Sorge, punto 36, nonché l'ordinanza Koukou, cit., punto 109). Viceversa, spetta, se del caso, alla Corte in sede di decisione sul rinvio pregiudiziale fornire al giudice del rinvio indicazioni utili a guidarlo nel valutare se detta eventuale riduzione della tutela dei lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato costituisca una «*reformatio in peius*», ai sensi della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro. A tal fine, occorre esaminare in quale misura le modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 siano tali, da un lato, da essere considerate collegate con l'«applicazione» dell'accordo quadro e, dall'altro, da riguardare il «livello generale di tutela» dei lavoratori ai sensi della clausola 8, punto 3, di quest'ultimo (v. citate sentenze Angelidaki e a., punto 130, e Sorge, punti 29 e 37, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 111).

Da ultimo, va ricordata al recentissima sentenza **Gaviero Gaviero**, del 22 dicembre 2010, nei procedimenti riuniti C-444/09 e C-456/09 [**All. B14**], ove la Corte ha affermato che la mera circostanza che una disposizione nazionale quale l'art. 25, n. 2, della legge 12 aprile 2007, n. 7/2007, recante le norme di base applicabili ai dipendenti pubblici (Ley 7/2007 del Estatuto básico del empleado público), non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70 non esclude che tale disposizione possa essere considerata una misura nazionale di trasposizione di tale direttiva.

Dall'ampio **excursus** della giurisprudenza comunitaria in materia di contratti a termine illegittimi, emerge -in modo uniforme- la non necessità della previsione negli ordinamenti nazionali della sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo determinato, ma nel contempo da un lato la necessità della predisposizione di sanzioni effettive proporzionate e dissuasive degli abusi del termine, l'esigenza del rispetto del principio di parità di trattamento, e, dall'altro lato, il divieto di *reformatio in pejus* della disciplina nazionale, essendo affermato in entrambi i casi l'obbligo del giudice di interpretazione della disciplina nazionale in conformità di tali principi.

## 2.2. La giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale si è occupata in più occasioni della legislazione relativa ai contratti a termine.

Il rapporto tra la delega ed il d.lgs. 368 del 2001 è stato approfondito dalla **sentenza 44 del 2008 [All. D]**, in relazione al diritto di precedenza dei lavoratori stagionali: la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 77, primo comma, Cost., l'art. 10, commi 9 e 10, nonché l'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 368 del 2001 (Attuazione della direttiva 1999/70/Ce relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), nella parte

in cui abroga l'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56. L'abrogazione dell'art. 23, comma 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56 -che riconosce il diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica, a favore dei lavoratori che avessero prestato attività lavorativa a carattere stagionale con il contratto a tempo determinato- non rientra né nell'area di operatività della direttiva comunitaria, definita dalla Corte di giustizia con la sentenza 22 novembre 2005, nella causa C-144/04 Mangold, né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante. Con riferimento al primo ambito, detta sentenza ha sottolineato (punti da 40 a 43) che la clausola 5 della direttiva 1999/70/CE è circoscritta alla «prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato». Secondo la Corte, la disciplina dettata dalle norme censurate, concernente i lavori stagionali, si colloca al di fuori della direttiva comunitaria in quanto non mira a prevenire l'abusiva reiterazione di più contratti di lavoro a tempo determinato, per favorire la stabilizzazione del rapporto, ma è volta unicamente a tutelare i lavoratori stagionali, regolando l'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda e con la medesima qualifica. Essa resta anche al di fuori della delega conferita dalla legge 29 dicembre 2000, n. 422 (Legge comunitaria 2000), in quanto l'art. 1, comma 1, di tale legge ha delegato il Governo ad emanare "i decreti legislativi recanti norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B", non prevedendo, per quanto concerne la direttiva 1999/70/Ce, specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato.

Con riferimento al lavoro pubblico, la Corte costituzionale si è occupata della legittimità dell'art. 36 del testo unico sul pubblico impiego, ritenendo, nella **sentenza n. 89 del 2003**, che il principio dell'accesso mediante concorso - enunciato dall'art. 97 della Costituzione, a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione - rende palese la non omogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori di lavoro privati, sicché è giustificata la scelta del legislatore - cui spetta, nei limiti della ragionevolezza, individuare i casi eccezionali in cui il principio del concorso può essere derogato - di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati. Non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni.

In due occasioni, la Corte è stata chiamata a verificare la legittimità di previsioni retroattive in materia di sanzioni per illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Con la **sentenza n. 419 del 2000**, la Corte ha precisato che il divieto di

retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve, in linea di principio, attenersi - non è stato elevato a dignità costituzionale, salva la previsione dell'art. 25 Cost. relativo alla materia penale, sicché il legislatore ordinario, nel rispetto di tale limite, può emanare norme retroattive purché esse trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti così da incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti; non è ritenuta perciò fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 21, ultimo periodo, del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito in legge dall'art. 1, comma 7, della legge 28 novembre 1996, n. 608, impugnato, in riferimento agli artt. 101, 102 e 104 della Costituzione, nella parte in cui prevede che le assunzioni a tempo determinato effettuate dall'ente Poste italiane nel periodo compreso tra il 26 novembre 1994 e il 30 giugno 1997 decadano allo scadere del termine finale di ciascun contratto e non possano, quindi, dare luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato; va, infatti, osservato che l'efficacia retroattiva della norma, con la sua conseguente incidenza sui giudizi in corso, non risulta lesiva degli invocati parametri costituzionali in quanto il legislatore ha agito sul piano astratto delle fonti normative senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie "sub iudice". Con la stessa sentenza, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 21, ultimo periodo, del d.l. 1 ottobre 1996, n. 510, convertito in legge dall'art. 1, comma 7, della legge 28 novembre 1996, n. 608, impugnato, in riferimento agli artt. 4 e 35 della Costituzione, nella parte in cui prevede che le assunzioni a tempo determinato effettuate dall'ente Poste italiane nel periodo compreso tra il 26 novembre 1994 e il 30 giugno 1997 decadano allo scadere del termine finale di ciascun contratto e non possano, quindi, dare luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Va, infatti, osservato che i parametri invocati non comportano una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro, restando affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro; inoltre, l'attribuzione di efficacia retroattiva alla norma impugnata - sulla quale sono incentrate le diverse impugnative - appare giustificata dall'esigenza di porre rimedio ad una situazione del tutto eccezionale - determinata dal mancato tempestivo adeguamento degli organi dell'EPI al mutamento di disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti conseguente alla privatizzazione - che, riguardando migliaia di lavoratori, era tale da compromettere irreparabilmente l'equilibrio finanziario e lo stesso processo di privatizzazione dell'ente. Nella suddetta situazione da un lato appare del tutto ragionevole attribuire valore prioritario alla salvaguardia dell'interesse pubblico al buon esito del menzionato processo di privatizzazione, dall'altro non appaiono ipotizzabili violazioni del principio di eguaglianza incentrate sul raffronto con altre situazioni di assunzione a tempo determinato in quanto la tutela del suddetto interesse pubblico qualifica e caratterizza la situazione disciplinata dalla norma impugnata sì da renderla del tutto peculiare.

Più di recente, la **sentenza n. 214 del 2009 [All. D2]** ha ritenuto costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 4-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'art. 21, comma 1-*bis*, del decreto-legge 25

giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133: la norma, nello stabilire che, in caso di violazione delle norme in materia di apposizione e proroga del termine del contratto di lavoro, il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore un indennizzo, ma solo per i giudizi già in corso alla data della sua entrata in vigore, determina una irragionevole discriminazione fra situazioni di fatto identiche: infatti, per effetto di tale disposizione, contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata e per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi, risultano destinatari di discipline diverse per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio all'entrata in vigore della novella. Tale discriminazione non è neppure collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un regime normativo ad un altro, poiché la nuova disciplina ha solo mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria.

La stessa sentenza ha invece ritenute non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli art. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, censurati, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui consentono di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere produttivo, tecnico, organizzativo o sostitutivo e abrogano la previgente disciplina, che consentiva l'apposizione del detto termine solo per sostituire lavoratori assenti e con indicazione nel contratto del nome del lavoratore sostituito. In realtà, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 stabilisce che l'apposizione del termine è senza effetto se non risulta da atto scritto in cui si evidenzino le motivazioni: pertanto, laddove l'assunzione a tempo determinato avvenga per ragioni di carattere sostitutivo, debbono risultare per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa. Dato che le norme impugnate non hanno innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina previgente contenuta nella legge 18 aprile 1962, n. 230, non c'è violazione dell'art. 77 Cost. né dell'art. 76 Cost., perché non è stata determinata una diminuzione nella tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime, e neppure dell'art. 117, primo comma, Cost., perché non c'è contrasto con l'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire motivo per ridurre il livello di tutela già goduto dai lavoratori.

La decisione ha posto fine ad un notevole contenzioso cagionato dal richiamato art. 4-*bis* D.Lgs. n. 368/2001, norma che, come già si è visto, recava la previsione anomala di una norma processuale transitoria con efficacia solo retroattiva (<<*un esemplare che mancava al nostro "zoo giuridico"*>>, secondo la dottrina: DE MICHELE, 2009, 287 ss.), e che aveva visto sollevate in pochissimi giorni addirittura oltre cinquanta questioni di legittimità costituzionale: non si trattava, nel caso, di una norma transitoria, perché non vi era nessuna modifica della precedente disciplina, che riprendeva efficacia immediatamente sui nuovi processi del lavoro instaurati dopo il 21 agosto 2008, cioè con l'entrata in vigore della legge n. 133/2008 di conversione del D.L. n. 112/2008 (che aveva introdotto la norma retroattiva); si trattava di una specie di norma *ad personam*, finalizzata secondo la dottrina a garantire che il maggior

numero di lavoratori precari di Poste, che avevano vinto la causa per contratti stipulati ex art. 1, D.Lgs. 368/2001 e ottenuto il posto stabile, aderisse all'accordo sindacale del 10 luglio 2008 entro il 31 ottobre 2008, restituendo gli arretrati già ricevuti e cancellando la ricostruzione contributiva del rapporto fino al momento di effettivo rientro in servizio (*<<Si tratta di una norma ricatto: caro precario, o firmi l'accordo e avrai il posto stabile senza derive o rischi giudiziari o, nel giudizio ancora pendente, il massimo che potrai ricavare è un indennizzo di 3-4 mensilità di retribuzione, ma perderai il diritto al posto stabile>>*, scrive DE MICHELE, op. cit., 2009, 294 ss.). Si sottolineava, peraltro, dalla medesima dottrina che *<<l'effetto aberrante di questa norma assurda potrebbe essere di maggiore interesse scientifico e accademico in grado di appello (o in Cassazione), dove il lavoratore ricorrente, soccombente in primo grado (o in appello), potrebbe invocare l'inammissibilità sopravvenuta della domanda originaria per far riformare comunque la sentenza sfavorevole e ritentare la sorte processuale. La effettività di una regola si misura sempre con i risultati che attraverso di essa si riescono ad ottenere rispetto agli obiettivi prefissati. Se l'obiettivo era quello di azzerare il contenzioso Poste sui contratti a termine, il novello art. 4-bis D.Lgs. n. 368/2001 sortisce l'effetto opposto, di moltiplicare le controversie duplicando quelle già proposte, diventate inammissibili>>*, sicché *<<di fronte a questo quadro sconcertante, effettivamente la soluzione più semplice e lineare rimane quella del Tribunale di Trani, la non applicazione o disapplicazione della norma, oppure l'interpretazione adeguatrice e comunitaria che, sul piano letterale, salverebbe almeno la possibilità di applicare la sanzione della nullità del termine e della conversione in contratto a tempo indeterminato>>* (DE MICHELE, op. loc. cit.).

### 2.3. La Giurisprudenza di legittimità.

Il giudice di legittimità, come i giudici di merito, è da molti anni impegnato da una notevole mole di contenzioso, nei fatti spesso seriale, relativo alla materia dei contratti di lavoro con termine impugnato giudizialmente. Le sentenze pronunciate in materia dalla Sezione lavoro della Corte sono numerosissime, e si evidenziano di seguito pertanto solo quelle che più interessano ai fini della materia specifica delle sanzioni.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito la natura giuridica dell'azione volta a contestare la scadenza del rapporto di lavoro: **Cass. Sez. U, Sentenza n. 7471 del 06/07/1991 (Rv. 472972) [All. E1]** ha affermato in tema che, nel caso di scadenza di un contratto di lavoro a termine illegittimamente stipulato e di comunicazione (da parte del datore di lavoro) della conseguente disdetta, non sono applicabili -tenuto conto della specialità della disciplina della legge n. 230 del 1962 (sul contratto di lavoro a tempo determinato) rispetto a quella della legge n. 604 del 1966 (relativa all'estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e della qualificabilità dell'azione diretta all'accertamento dell'illegittimità del termine non come impugnazione del licenziamento ma come azione (imprescrittibile) di nullità parziale del contratto- né la norma dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, relativa alla decadenza del lavoratore dall'impugnazione dell'illegittimo recesso, né la norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 relativa alla reintegrazione nel posto di lavoro (ancorché la conversione del rapporto a termine nel rapporto a tempo indeterminato dia ugualmente al dipendente il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il

risarcimento del danno qualora ciò gli venga negato); è peraltro salva l'applicabilità di entrambe le norme citate qualora il datore di lavoro, anziché limitarsi a comunicare (con un atto nel quale non è assolutamente ravvisabile un licenziamento) la disdetta per scadenza del termine, abbia intimato -nel presupposto dell'intervenuta conversione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato- un vero e proprio licenziamento da quest'ultimo rapporto. Sulla scia di questa pronuncia, **Cass. Sez. L, Sentenza n. 9163 del 07/06/2003 (Rv. 564053) [All. E2]** ha ritenuto che la disdetta intimata dal datore di lavoro al lavoratore per scadenza del termine invalidamente apposto al contratto di lavoro (nella specie, in quanto al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva) non si configura come licenziamento né è soggetta alla relativa disciplina, attesa la specialità della normativa in materia di lavoro a tempo determinato, che ne determina la conversione in contratto a tempo indeterminato; ne consegue che, in tal caso, l'azione proposta dal lavoratore a propria difesa non si configura come impugnazione di licenziamento, né può invocarne le tutele (reale e obbligatoria), ma come azione di nullità parziale, fatta salva l'ipotesi in cui il datore di lavoro, sul presupposto della conversione del rapporto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non intimi un vero e proprio licenziamento del lavoratore a tempo indeterminato. Per **Cass., Sez. L, sentenza n. 17524 del 09/12/2002 (Rv. 559092) [All. E3]**, nel caso di scadenza di un contratto di lavoro a termine illegittimamente stipulato e di comunicazione (da parte del datore di lavoro) della conseguente disdetta, non sono applicabili - tenuto conto della specialità della disciplina della legge n. 230 del 1962 (sul contratto di lavoro a tempo determinato) rispetto a quella della legge n. 604 del 1966 (sull'estinzione del rapporto a tempo indeterminato) e della qualificabilità dell'azione diretta all'accertamento dell'illegittimità del termine non come impugnazione del licenziamento ma come azione (imprescrittibile) di nullità parziale del contratto - né la norma dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966, relativa alla decadenza del lavoratore dall'impugnazione dell'illegittimità del recesso, né la norma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 relativa alla reintegrazione nel posto di lavoro (ancorché la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato dia ugualmente al lavoratore il diritto di riprendere il suo posto e di ottenere il risarcimento del danno). È peraltro salva l'applicabilità di entrambe tali norme qualora il datore di lavoro, anziché limitarsi a comunicare (con un atto nel quale non è assolutamente ravvisabile un licenziamento) la disdetta per scadenza del termine, abbia intimato un vero e proprio licenziamento sul presupposto dell'illegittimità del termine e della durata indeterminata del rapporto (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso che la comunicazione con la quale l'Ente Poste si era limitato a richiamare la clausola collettiva che sanciva l'automatica cessazione del rapporto al compimento della prevista anzianità contributiva, senza manifestare in alcun modo la propria volontà di recedere dal rapporto, potesse essere qualificata come un licenziamento, costituendo essa una mera partecipazione, in funzione ricognitiva, della cessazione del rapporto determinata dalla clausola collettiva, inidonea, in quanto tale, a risolvere il rapporto).

Con specifico riferimento ai contratti a termine delle Poste, **Cass., Sez. L, Sentenza n. 14303 del 21/06/2006 (Rv. 590916) [All. E4]**, aveva affermato che l'art. 9, ventunesimo comma del d.l. n. 510 del 1996 - secondo cui "le assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato effettuate dall'ente Poste Italiane, a decorrere dalla data della sua costituzione e comunque non oltre il 30 giugno 1997, non possono dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato e decadono allo scadere del termine finale di ciascun contratto" - è norma derogatoria del regime di diritto comune, giustificata da esigenze peculiari nella fase di transizione dal regime pubblicistico a quello privatistico (come ha riconosciuto la Corte costituzionale con la sentenza n. 419 del 2000), che si applica a tutti i contratti stipulati nel periodo di riferimento (che inizia dalla data di efficacia dei decreti di nomina degli organi dell'ente, emanati con d.P.R. 23 dicembre 1993 e pubblicati nella Gazzetta Ufficiale 31 dicembre 1993), senza alcun riguardo per la data di scadenza. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito di rigetto del ricorso volto ad ottenere il riconoscimento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, proposto da un dipendente che affermava di essere stato assunto a termine dopo la trasformazione dell'amministrazione delle Poste in ente pubblico economico, per due volte, in violazione della disciplina privatistica sul contratto a termine di cui alla legge n. 230 del 1962).

Il *leading case* in materia di sanzioni per illegittima apposizione del termine è costituito dalla sentenza **Cass., Sez. L, Sentenza n. 12985 del 21/05/2008 (Rv. 603541) [All. E5-E6]**.

Il d.lgs. n. 368/2001, avendo abrogato definitivamente la l. 230 del '62 e con essa il principio generale di conversione (mantenendolo essenzialmente nel solo caso di reiterazione del contratto), aveva infatti posto dei gravi problemi di tutela effettiva del lavoratore nel caso di illegittima stipula di un solo contratto a termine: la giurisprudenza di merito era alquanto oscillante sul punto e non poche erano state le pronunce che si erano limitate alla dichiarazione di nullità del contratto senza alcuna conseguenza economica in favore del lavoratore. Con la sentenza ora richiamata la Corte di Cassazione interviene in chiave nomofilattica sulla questione e precisa che l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso

consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo ed unico contratto a termine). Pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di ragioni giustificatrici o la nullità della clausola che le individui, legittimamente e coerentemente la Corte di merito ha ricavato la sanzione dal sistema nel suo complesso e dai principi generali, in tal modo non ricorrendo ad una *analogia legis* e neppure sostituendosi al legislatore o al giudice delle leggi, bensì, semplicemente, interpretando la norma nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria (della quale è attuazione) e nel sistema generale (dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato) tracciato dalla stessa Corte Costituzionale"; e, dopo un completo *excursus* sulla giurisprudenza europea e sui principi in essa affermati, la Corte di legittimità ha aggiunto che, se la *ratio* della previsione della forma scritta *ad substantiam* per il contratto a termine è quella di garantire la certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore, e di consentire al giudice il controllo effettivo del contenuto del contratto stesso, verificando, attraverso l'applicazione della clausola generale, la conformità fra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo, ne consegue logicamente che, nella sostanza, le sanzioni non possono non essere accomunate dalla detta *ratio*, tanto nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto, quanto nel caso in cui manchi l'indicazione di una sufficiente ragione giustificativa. <<E' stato quindi superato l'argomento "ubi lex voluit dixit", ritenendo prioritario il principio generale di conservazione del rapporto contrattuale. Oltre al contenuto chiarificatore delle statuizioni in essa contenute, la sentenza appare di particolare pregio in quanto ha usato nella motivazione la tecnica del ragionamento per principi, caldeggiato dalla migliore dottrina (Rodotà) al fine di raggiungere un risultato interpretativo costituzionalmente orientato>> (così Di Florio A., *Il contratto a termine nella giurisprudenza europea*, intervento all'Università di Napoli, 11 giugno 2008, in atti del master in diritto europeo e comparato del lavoro).

Da ultimo, in materia di lavoro pubblico, va richiamata, tra le più recenti, **Cass., Sez. L, Sentenza n. 14350 del 15/06/2010 (Rv. 614088) [All. E8]**, secondo la quale, in materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

#### **2.4. La giurisprudenza di merito.**

Tra le tantissime sentenze di merito, espressione di una giurisprudenza giuslavorista assai vitale, culturalmente attrezzata a gestire un contenzioso inesauribile ed una legislazione frammentaria e mutevole (per un panorama della quale si fa rinvio

a CIRIELLO A., *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale*, in *Giur. merito* 2007, 12), è opportuno limitare in questa sede il richiamo solo ad alcune pronunce.

Con riferimento al contratto a termine nel lavoro pubblico, nella meno recente giurisprudenza amministrativa, escludono l'applicabilità della conversione del rapporto numerose decisioni del **Consiglio Stato (tra le altre, n. 2560/2004, 9154/2003, 644/2000; v. pure Tar Firenze 2354/2000)**, secondo le quali è inapplicabile al rapporto di pubblico impiego la disciplina della Legge n. 230 del 18 aprile 1962 e, in particolare, del suo art. 2, nella parte in cui prevede la trasformazione automatica a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione di disposizioni cogenti, occorrendo una apposita fonte normativa primaria che deroghi alla regola costituzionale del pubblico concorso per l'accesso ai ruoli del pubblico impiego.

Nello stesso senso, si sono pronunciati, dopo la devoluzione del contenzioso al giudice ordinario, anche numerosi tribunali ordinari in funzione di giudice del lavoro (in dottrina, sul tema sul quale si rinvia, tra i vari contributi a PRETEROTI A., *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in *Working papers* del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2010, 95 [**All. G22**], che ha evidenziato il passaggio dall'unificazione alla diversificazione dell'assetto regolativo nel lavoro pubblico e privato).

Più interessanti sono, però, alcune sentenze dei giudici del lavoro che individuano le “sanzioni risarcitorie” dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Il **Tribunale di Genova 14/5/2007**, in Guida lav. 2007, 39,37, dovendo risolvere la medesima causa che aveva dato adito al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, e che era sfociata nella sentenza del 7 settembre 2006 “Marrosu-Sardino”, ha commisurato il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità: art. 18, comma 4, Stato Lav.) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità: art. 18, comma 5 Stato Lav.). Il **Tribunale di Rossano Calabro, nella sentenza del 4 giugno 2007**, in RIDL, 2007, II, 906, ha inteso «agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio», arrivando a quantificare un risarcimento a favore del lavoratore pari 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre gli interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro. Il **Tribunale di Foggia, nella sentenza 17 ottobre 2008**, in Riv. Critica dir. Lav., 2010, 460, con nota di ROTA A., Nullità dei contratti a termine nella PA ed originalità giurisprudenziali nella gestione della tutela risarcitoria, in fattispecie di successione di contratti a termine abusivi in materia di pubblico impiego, ha ritenuto inapplicabile la nuova sanzione dell'indennizzo previsto dall'art. 4-bis D.Lgs. n. 368/2001, in presenza del regime sanzionatorio specifico disciplinato dall'art. 36 D.Lgs. n. 165/2001 del risarcimento del danno, con la condanna della Amministrazione pubblica resistente al pagamento di venti mensilità in analogica applicazione dell'art. 18 Stato Lav.134.

La **Corte d'appello di Genova, nella sentenza 9 gennaio 2009**, in RIDL, 2009, 138, con nota di GARATTONI M., *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, [All. G13] ha affermato che dall'accertata nullità del termine apposto ad un contratto stipulato con una pubblica amministrazione non può derivare la conversione un rapporto di lavoro indeterminato, ma, a norma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il lavoratore acquisisce il diritto al risarcimento del danno subito, il quale deve essere quantificato sulla base del disposto dell'art. 18, commi 4 e 5, l. n. 300/1970, in materia di licenziamento invalido, istituito attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Come acutamente rilevato in dottrina (DE MICHELE, op. cit., 2009, 286 ss. [All. G5]), la sentenza produce inconsapevolmente un effetto paradossale, rispetto anche alle decisioni della Corte di Giustizia Marrosu/Sardino e Vassallo, in quanto l'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego finisce per ricevere una sanzione economicamente più forte di quella prevista per l'impiego privato.

Infine, **Trib Trani 22 settembre 2008**, inedita, con riferimento al richiamato art. 4 bis, ritiene inapplicabile la norma se non con riferimento al risarcimento del danno, ed adopera la tecnica della non applicazione della norma in contrasto con la direttiva comunitaria e con la clausola di non regresso, sottolineando -alla luce anche della sentenza n. 44/2008 della Consulta e dalla sentenza n. 12985/2008 della Cassazione- che la norma non interviene *apertis verbis* sulla conversione del rapporto e, quindi, sull'invalidità del termine, ma soltanto sul risarcimento del danno, sull'indennizzo (e, infatti, nella rubrica dell'articolo si parla solo dell'indennizzo), limitandolo ai parametri fissati per la tutela "obbligatoria" in materia di licenziamenti illegittimi; ne deriva, secondo la pronuncia, che un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata dunque costringerebbe l'interprete a limitare l'applicazione della norma "transitoria" solo all'indennizzo, lasciando impregiudicata al giudice la possibilità ai considerare il rapporto a tempo indeterminato, per la nullità parziale del contratto a termine.

### **3. L'interpretazione dell'art. 32 comma 5 del collegato lavoro.**

#### **3.1. L'indennità come mero costo aziendale per la liberazione dal vincolo.**

La norma dell'art. 32, comma 5 può interpretarsi in tre modi differenti. In particolare, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva potrebbe considerarsi:

- sostitutiva della trasformazione del rapporto e dell'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data di riammissione in servizio;
- sostitutiva della sola eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data della riammissione in servizio, ferma restando la trasformazione del rapporto;

- aggiuntiva rispetto sia alla trasformazione del rapporto, sia all'eventuale retribuzione maturata dal lavoratore nel periodo intercorrente tra la data di cessazione del rapporto e la data di decorrenza della riammissione in servizio.

Secondo la prima soluzione, l'indennità in questione dovrebbe essere corrisposta in sostituzione della sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato. Si argomenta in tal senso anche in ragione della esigenza di contenere la tutela del lavoratore evitando di attribuirgli benefici superiori a quelli previsti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti assistiti da tutela obbligatoria; una conferma della bontà dell'interpretazione viene tratta dal comma 6 della stessa norma, che prevede la dimidiazione dell'indennità in caso di assunzione, desumendosi che l'indennità completa spetta in caso di non assunzione.

Quest'ultima osservazione è facilmente contestabile, atteso che il comma 6 non riguarda l'assunzione in casi singoli ma reca la disciplina generale contrattuale prevista da alcuni accordi sindacali, ed inoltre fa riferimento al caso in cui il lavoratore non abbia inteso valersi delle graduatorie per l'assunzione ed abbia agito in giudizio. Ma anche il precedente rilievo non è convincente, posto che nessun rapporto vi è tra disciplina dei licenziamenti e disciplina della scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto, che sono fattispecie sempre considerate diverse dalla giurisprudenza (e perciò, secondo un orientamento, non comparabili).

L'interpretazione proposta contrasta poi con la lettera della norma (che parla espressamente di “conversione”) e con i lavori preparatori di cui si è riferito nel paragrafo 1.2. Inoltre, non va trascurato che quando il legislatore ha voluto limitare la sanzione agli aspetti risarcitori lo ha fatto espressamente: si pensi così all'art. 4-*bis* introdotto dal d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008, che diceva che il datore è tenuto “unicamente” al pagamento dell'indennità; si pensi, ancora, allo stesso legislatore della legge n. 183 del 2010, che usa all'art. 50 il medesimo avverbio, con riferimento però a diversa fattispecie relativa al lavoro a progetto.

### **3.2. La conversione *ex nunc* e la corresponsione della sola indennità.**

Secondo una seconda lettura la sanzione della conversione, prevista espressamente dalla legge, sarebbe sempre applicabile, ma troverebbe un contrappeso nella limitazione della misura risarcitoria (tra il minimo ed il massimo delineato dalla legge), sicché la conversione del rapporto non opererebbe *ex tunc*, dalla data del primo contratto con termine illegittimamente apposto o al più dalla data della scadenza dello stesso, a seconda delle fattispecie, ma solo dalla data della decisione del giudice che accerta l'illegittimità del termine (e, secondo i principi processuali, dovrebbe ritenersi dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, che sarebbe di mero accertamento); in una variante, potrebbe ammettersi che la conversione operi anche *ex tunc* con riferimento a dati istituiti, ad esempio gli scatti di anzianità (che non potrebbero essere negati in ragione del divieto di discriminazione previsto dalla legislazione comunitaria e nazionale), ma non con riferimento alle retribuzioni.

In linea con tale impostazione, il sistema sarebbe mutato nei seguenti termini: se prima della norma all'accertamento della illegittimità del termine si accompagnava la conversione del rapporto a tempo indeterminato e la condanna al pagamento, a titolo risarcitorio o retributivo (a seconda delle diverse impostazioni) delle retribuzioni dalla data di messa in mora all'effettivo ripristino, detratto l'*aliunde perceptum*, secondo il meccanismo disegnato dalla nuova norma rimane l'accertamento della nullità del termine, rimane la conversione, ma il risarcimento del danno viene forfettizzato in un'indennità che va da 2,5 a 12 mensilità, restando escluso il pagamento delle retribuzioni (siano esse intese come tali, ovvero come parametro del risarcimento del danno alle stesse commisurato).

Secondo questa interpretazione, la disposizione sull'indennità risarcitoria forfettizzata si applica a tutti i casi di conversione sia disposti dal giudice che dalla legge, ed anche quindi quelli dell'art. 3 e dell'art. 5 che non sono indicati quali ipotesi nelle quali è necessaria l'impugnazione: infatti, la disposizione è generale e non distingue tra le varie fattispecie.

L'entità dell'indennità risarcitoria va determinata in rapporto ai criteri di cui all'art. 8 Legge 604/66 adattati alla fattispecie. La norma precisa che l'indennità è "*onnicomprensiva*", cioè ingloba e assorbe qualsiasi altro danno che sia scaturito dall'apposizione del termine.

Peraltro, il risarcimento, ancorché nella misura minima, è dovuto anche ove non vi sia stato alcun danno.

I sostenitori di tale interpretazione ritengono che non possa porsi questione di compatibilità costituzionale né di conformità ai principi sanciti dalla direttiva sull'entità della sanzione: infatti, da un lato si tratta della sanzione superiore a quella prevista per la stragrande maggioranza delle risoluzioni del rapporto poste in essere nel nostro paese (si pensi al confronto con il minor numero di mensilità cui fa riferimento la tutela obbligatoria avverso i licenziamenti illegittimi); la direttiva non impone quale sanzione la conversione, che qui comunque c'è, ma solo una sanzione adeguata (e tale non potrebbe non ritenersi la sanzione della conversione più l'indennità).

Dal momento della conversione, come sopra individuato, vi sarebbe poi il ripristino del rapporto e la decorrenza delle retribuzioni.

Secondo tale orientamento, il tempo che trascorra fino alla pronuncia di ripristino e quindi fino alla ripresa della funzionalità del rapporto e che siano superiori alla misura dell'indennità risarcitoria che venga liquidata è un tempo che comporta -come si ricava indirettamente- una parziale definitiva estinzione del diritto del lavoratore, ovvero, secondo altra ricostruzione, un tempo nel quale non sarebbe consentito mai, non essendovi prestazione lavorativa, retribuzione.

### **3.3. La conversione *ex tunc* e la corresponsione di retribuzioni e della penale legale risarcitoria.**

Una terza interpretazione rileva, invece, che il richiamo letterale alla conversione del rapporto non si riferisce al mero ambito applicativo della disposizione, ossia ai casi di abuso del termine in cui è disposta in astratto la conversione, ma si riferisce proprio

ai casi in cui la conversione, come tradizionalmente disciplinata e come in nulla modificata dalla nuova disposizione, trova applicazione. In tal senso, l'apposizione illegittima del termine, conformemente al sistema delineato dalla su riportata Cass. n. 12895 del 2008, comporterebbe in ogni caso secondo i principi tradizionali la conversione del rapporto, con effetto *ex tunc*, nei casi ed alle condizioni tradizionalmente previste (sulla conversione del contratto in lavoro a tempo indeterminato, tra i vari contributi, SARACENO A., CANTARELLA E., *La conversione del contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2009). La portata della norma si avrebbe, invece, sul mero fronte risarcitorio, che sarebbe ridefinito in chiave indennitaria.

Sul punto, è opportuno spendere qualche parola, richiamando quanto riferito nel par. 1.1.3 in ordine alle conseguenze della trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato con effetto *ex tunc*. Con la scadenza del termine, il datore rifiuterebbe la prestazione al lavoratore che ne facesse richiesta, proprio in ragione della cessazione del rapporto, ma la riqualificazione legale del rapporto importerebbe la valutazione del rifiuto datoriale come mora del datore; come si è visto, con riferimento alla scadenza del termine nei rapporti di lavoro a tempo determinato, mentre la disciplina dei licenziamenti non può operare, come consolidato in dottrina e giurisprudenza, essendo la fattispecie del tutto diversa, trovano invece applicazione le norme relative alla mora del datore di lavoro.

In tale ambito, fermo restando quanto detto in ordine alla necessità dell'offerta della prestazione lavorativa (rilevante quale forma d'uso di costituzione in mora) va però rilevato che si discute da tempo in dottrina e giurisprudenza circa gli effetti della *mora accipiendi* nel rapporto di lavoro, essendovi da un lato coloro che sostengono che il lavoratore abbia diritto al solo risarcimento del danno, ed in particolare al lucro cessante integrale, ed altri che ritengono che la *mora accipiendi* non sollevi il datore di lavoro dall'obbligo di pagare le retribuzioni (e dall'obbligo di risarcire gli eventuali danni subiti dal lavoratore; su queste problematiche, SPEZIALE, op. cit., 1993, 293 ss. [All. G26]).

Varie norme, peraltro, prevedono nel nostro ordinamento che, in caso di sospensione della prestazione lavorativa per fatto del datore di lavoro, il lavoratore ha diritto alla retribuzione normale: oltre alla disciplina civilistica generale in tema di mora (che prevede in modo più ampio il risarcimento del danno, art. 1207 cod. civ.), l'art. 6 ultimo comma del r.d.l. n 1825 del 1924 sull'impiego privato e, poi, gli accordi interconfederali 30.3.1946 e 23.5.1946 estesi *erga omnes* con i d.P.R. n. 1097 e 1098 del 28 luglio 1960 prevedono l'obbligo del datore di pagare la retribuzione anche nei periodi predetti.

Le diverse discipline, oltre ad avere un ambito soggettivo di applicazione diverso, sono distinte anche per quanto attiene al risarcimento del danno eccedente le retribuzioni (previsto solo dalla disciplina civilistica) ed inoltre all'esigenza di iniziativa del lavoratore (essendo necessaria la costituzione in mora secondo la disciplina civilistica, che pur con riferimento alle obbligazioni di *facere* prevede l'eseguibilità “nelle forme d'uso”, ed essendo invece automatiche le conseguenze delineate nelle altre fonti ora richiamate).

Non va del resto dimenticato che l'impugnativa della apposizione del termine è azione di accertamento della nullità parziale del contratto è anche “*azione di adempimento*”; secondo la previsione dell'art. 1453 cod.civ., spettano al lavoratore le ordinarie retribuzioni, “*salvo in ogni caso il risarcimento del danno*”: secondo le regole di diritto comune, in caso di conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore (art. 1206 e segg. cod. civ. e art. 1453 cod. civ.) ha diritto a percepire le ordinarie retribuzioni dalla offerta di prestazione lavorativa, *oltre* al risarcimento dei danni.

Se quanto fin qui detto discende dai principi generali, va rilevato che l'art. 32, co. 5, della legge 183 del 2010, non fa riferimento alle retribuzioni dovute, ma solo al risarcimento del danno, prevedendone una liquidazione legale forfettaria, sicché l'indennità verrebbe a coprire il danno, ma non anche le retribuzioni. L'adozione di tale soluzione importerebbe la rimeditazione dell'orientamento che ritiene le retribuzioni come parametro del risarcimento del danno dovuto per la mora, affermandosi invece la natura delle retribuzioni come controprestazione dovuta dal datore che rifiuta la propria prestazione.

Una conferma della bontà della interpretazione indicata in questo paragrafo deriverebbe poi dal confronto della disposizione in discorso con quella già usata dalla legge 133 del 2008, che -nella stessa materia dei contratti a tempo determinato illegittimamente apposto- prevede “*unicamente*” l'obbligo datoriale del pagamento dell'indennità, facendo pensare che la soppressione dell'inciso sia stata voluta proprio al fine di differenziare l'indennità da quella prevista dalla disposizione del 2008 (dichiarata, come noto, costituzionalmente illegittima).

Altri elementi in favore di tale interpretazione discendono poi dalla considerazione di varie norme costituzionali e soprattutto di principi comunitari, ma tali aspetti si esamineranno nei paragrafi relativi che seguono.

### **3.4. L'indennità di cui all'art. 32, comma 5 e 6.**

La disposizione del collegato lavoro 2010 non fa alcun riferimento alla *mora credendi* ai fini della liquidazione dell'indennità medesima, sicché sembra che l'indennità sia del tutto svincolata dalla messa in mora: ne deriverebbe che l'indennità spetta anche se il datore di lavoro non sia mai stato in mora e se il lavoratore non abbia subito alcun danno.

In altri termini, l'indennità in questione non avrebbe altro che funzione di penale sanzionatoria, connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine. La norma, quindi, prevederebbe una sorta di penale a carico del datore di lavoro per il fatto oggettivo considerato dalla disposizione, a prescindere dall'esistenza dell'eventuale danno effettivamente subito dal lavoratore.

Da qui il problema se siamo in presenza di una limitazione del risarcimento possibile o se si tratti solo di una liquidazione minima del danno, che non esclude, provandoli, ulteriori danni per aspetti non considerati dalla norma: sembra preferibile peraltro la prima opzione interpretativa, sulla base dei lavori preparatori e

dall'intenzione del legislatore desumibile dalla disciplina complessiva, sicché resterebbero fuori dalla liquidazione solo i danni che non riguardano solo la comunicazione della scadenza del termine ma fattispecie complesse di cui la scadenza del termine sia solo uno degli elementi costitutivi (si pensi, ad esempio, ai danni da allontanamento ingiurioso del lavoratore alla scadenza del termine).

Al pari della penale convenzionale, la penale legale liquida anticipatamente il danno e limita il danno; opera a prescindere dalla prova del danno, non consente la prova di un danno diverso, ed agisce a prescindere dalla mora.

Da quanto detto si ricaverebbe che, nei casi in cui ricorra anche una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro, il credito del lavoratore per le utilità perdute non potrà ritenersi sostituito dalla liquidazione indennitaria prevista dalla disposizione in esame, restando così confermata per altro verso l'interpretazione che riconosce al lavoratore messo in mora anche l'obbligo retributivo.

La norma prevede la liquidazione dell'indennità in correlazione con la conversione del contratto; sulla base di questo collegamento normativo, allora, sarebbe agevole la soluzione del problema del numero di indennità spettanti in caso di pluralità dei contratti a termine con clausola nulla, dovendosi ritenere che l'indennità possa competere non per ogni contratto, ma per il solo contratto cui la legge ricollega la conversione, richiamata sempre dalla norma.

Oggi, allora, con la previsione di una penale legale, il problema della deducibilità dell'*aliunde perceptum* dovrebbe trovare risposta negativa: un po' come avviene con riferimento all'indennità dovuta nell'ambito della tutela obbligatoria avverso i licenziamenti, la *compensatio lucri cum danno* non è possibile ove vi sia una liquidazione legale forfetaria del danno, essendo l'entità del pregiudizio stabilita dalla legge prescindendo dalla sua effettiva realtà quantitativa, la quale, a seconda dei casi, può essere superiore o inferiore; vi è, in altri termini, una vera e propria penale legale simile agli interessi moratori in caso di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Correlativamente, non essendovi (come invece nella disciplina dell'indennità dovuta nel caso di licenziamento illegittimo assistito da tutela reale) una "*parametrazione*" del pregiudizio subito alla retribuzione, ma la determinazione legale dell'indennità dovuta (sia pure tra un minimo ed un massimo), ciò non solo esonera il lavoratore dall'onere di fornire la prova concreta dell'avvenuta diminuzione patrimoniale, ma nel contempo esclude che il dipendente possa dimostrare l'ulteriore pregiudizio subito o che il datore di lavoro possa dedurre l'*aliunde perceptum*.

Va peraltro rilevato che il problema della deducibilità dell'*aliunde perceptum* si ricollegava soprattutto ai tempi lunghi consentiti dalla disciplina vigente prima del collegato lavoro 2010 per azionare la domanda di conversione del contratto, ed all'esigenza avvertita in giurisprudenza di limitare risarcimenti eccessivi per domande di conversione strumentali e tardive proposte da lavoratori da tempo rioccupati presso terzi, laddove l'imposizione nel nuovo sistema di incisivi termini decadenziali anche con riferimento a tale azione dovrebbe far sì che il datore, sin da momento assai prossimo alla scadenza del termine, sia posto in grado di valutare il rischio della lite

con riferimento al danno risarcibile (peraltro contenuto forfettariamente dal legislatore).

Anche aderendo alla tesi della spettanza delle retribuzioni dal giorno della mora, in aggiunta al risarcimento, dovrebbe poi ritenersi indeducibile l'*aliunde perceptum* anche da queste, proprio per loro natura di retribuzione e non di danno.

In ogni caso, poi, ove vi sia anche domanda di corresponsione delle retribuzioni - con condanna in futuro- per il periodo successivo alla decisione giudiziale, va esclusa la detraibilità dell'*aliunde perceptum* con riferimento al periodo del rapporto successivo alla pronuncia del giudice, in quanto, se fino al giorno della sentenza la condanna al pagamento dell'indennità ha la funzione di reintegrare il lavoratore dei pregiudizi subiti in conseguenza dell'illegittimità del licenziamento, per il periodo successivo la decisione giudiziale sancisce un obbligo di risarcimento che è soltanto eventuale (visto che il datore di lavoro, attesa la conversione del rapporto, potrebbe richiamare subito il lavoratore a riprendere servizio) e che in ogni caso, essendo riferito ad un evento incerto ha lo scopo di indurre il datore di lavoro ad eseguire il *dictum* della sentenza, realizzando la funzione analoga a quella dell'*astreinte*, che può essere liquidata anche in assenza di una effettiva perdita di utilità economica.

### 3.5.1. Le applicazioni nella giurisprudenza di merito dell'indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 6.

La giurisprudenza ha già fatto applicazione delle nuove norme, in alcune occasioni.

Si dirà al par. 4 dell'ordinanza del tribunale di Trani che ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5. In questa sede si ricordano le sole pronunce che hanno applicato la normativa o che l'hanno direttamente disapplicata.

In quest'ultimo senso, **Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010 [All. F2]** ha ritenuto, con motivazione stringatissima, che *<<una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario impone di interpretare la disposizione dell'art 32, co. 5, nel senso di tutela aggiuntiva e non alternativa a quella ordinaria risarcitoria. Di conseguenza, oltre alle retribuzioni spettanti al ricorrente dalla messa in mora (che coincide con il deposito introduttivo del presente giudizio... sino alla data della riammissione in servizio, spetta al ricorrente un'indennità che, considerata la durata dei contratti viene determinata in 3 mensilità>>*.

Assai più articolata ed approfondita **Trib. Roma 28 dicembre 2010 [All. F6]**, che si è posto il problema della legittimità delle norme, risolvendolo nel senso della conformità dell'art. 32 comma 5 all'ordinamento nazionale e comunitario, ed applicandole alla fattispecie.

Con riferimento al criterio di liquidazione dell'indennità, la sentenza ritiene che la previsione di una "indennità" (predeterminata) depone per l'indipendenza della commisurazione dall'effettivo danno subito ed esclude la possibilità di applicare l'*aliunde perceptum*. Quanto alla quantificazione dell'indennità, si afferma che *<<il riferimento all'anzianità di servizio va rapportato alla durata del contratto a termine che questo giudice converte a tempo indeterminato ossia il contratto stipulato il 2.4.2007 per la durata di quattro mesi; con riguardo al profilo del comportamento delle parti, va tenuto in considerazione l'eventuale messa in mora effettuata dal lavoratore e, più in generale, il tempo trascorso dalla fine dell'ultimo rapporto di lavoro a tempo determinato (considerata la successione, assai ravvicinata, della stipulazione dei contratti di lavoro a tempo determinato con lo stesso datore di lavoro) alla data del deposito del ricorso (nel caso di specie, la società convenuta è stata messa in mora con lettera ricevuta il 4.2.2009 ossia dopo circa quattro mesi dalla fine dell'ultimo rapporto di lavoro e il presente giudizio è stato promosso il 15.7.2009); va, inoltre, considerato che parte ricorrente, dopo l'ultimo contratto a tempo determinato con la società convenuta, ha svolto altra attività lavorativa remunerata per una società interinale, dapprima per un breve periodo di tempo e, dall'1.2.2010, continuativamente; infine, vanno considerate le grandi dimensioni aziendali della società convenuta (dalla stessa documentazione prodotta dalla convenuta emerge la sussistenza di oltre centomila dipendenti). Alla luce del virtuoso comportamento (sia extra che endoprocessuale) della parte ricorrente (che ha reagito in tempi ragionevoli alla paventata lesione dei propri diritti) nonché delle notevoli dimensioni dell'azienda, anche considerando lo svolgimento (durante il corso del presente giudizio) di attività lavorativa medio tempore effettuata così come accertata nel corso dell'interrogatorio libero (nonché della documentazione fiscale prodotta il 26.10.2010), l'indennità può agevolmente essere determinata nella*

*misura massima di mesi sei, misura ridotta alla metà dal sesto comma dell'art. 32.>>.*

Applica la norma anche **Trib. Roma 30 novembre 2010 [All. F3]**, senza porsi particolari problemi di compatibilità con il diritto interno ed internazionale.

Si è occupata della norma, pervenendo ad esiti del tutto opposti rispetto al tribunale romano, anche **Trib. Napoli 21 dicembre 2010 [All. F5]**, con riferimento ad una fattispecie di lavoro marittimo a termine. La sentenza, pur ritenendo che la novella riguardi il lavoro a termine di cui al solo d.lgs. 368 del 2010 e non anche il lavoro a termine disciplinato dal codice della navigazione, ha ritenuto in ogni caso di interpretare l'art. 32 nel senso che esso non preclude la tradizionale tutela inerente il pagamento delle retribuzioni maturate dall'offerta della prestazione lavorativa, essendo questa la sola interpretazione costituzionalmente e comunitariamente adeguata. Osserva incisivamente la sentenza: *<<una indennità di tale specie da un lato non ha un carattere efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di dette misure preventive (Sentenza Kiriaki Angelidaki punto 161 e v., in tal senso, sentenze Adeneler e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49, e Vassallo, punto 34, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 123) e, dall'altro, non è atta ad eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (Sentenza Kikiaki Angelidaki, punto 170). Infatti l'abuso si può eliminare solo creando una situazione del tutto analoga a quella che vi sarebbe stata ove l'abuso non fosse stato posto in essere, ovvero il contratto di lavoro fosse stato stipulato ab initio a tempo indeterminato. Il contratto a tempo indeterminato avrebbe dato luogo al pagamento delle retribuzioni per cui l'indicata disposizione, che forfettariamente il danno, in maniera del tutto avulsa dal rapporto di lavoro ed in particolare dal tempo decorso dalla messa a disposizione delle energie lavorative, appare essere in radicale contrasto con la Direttiva 1999/70/CE ed in particolare con l'obbligo di effettività ed equivalenza. Residua la possibilità di interpretare la sanzione di cui all'art. 32 come aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle retribuzioni infratemporalmente maturate. In particolare dovrebbe ritenersi che le retribuzioni infratemporalmente maturate riguardino un aspetto non risarcitorio, ma di adempimento della obbligazione retributiva, cui il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto, essendo la prestazione del lavoratore divenuta impossibile causa decorso del tempo, fatto ascrivibile alla sola responsabilità del datore di lavoro: il danno forfettizzato riguarderebbe quindi un danno ulteriore, biologico, morale, alla vira di relazione, esistenziale, alla professionalità. Detta interpretazione troverebbe conferma nell'art 50 della legge 183/10, che prevede che, ove si accerti la natura di rapporto di lavoro subordinato in relazione ad un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, il datore di lavoro è tenuto ad indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità compresa tra le 2.5 e le 6 mensilità di retribuzione avuto riguardo ai medesimi criteri di cui all'art 32. La terminologia adoperata è più ampia: l'indennizzo non è infatti limitato al risarcimento del danno (come nell'art 32), ma copre ogni situazione, per cui è lecito argomentare che residuino aspetti che, nell'ipotesi di cui all'art. 32, non cadono sotto la "mannaia" indennitaria>>.*

#### **4. Questioni di legittimità costituzionale.**

Dalla sentenza 214 del 2009 della Corte costituzionale, dichiarativa dell'illegittimità dell'art. 4-bis del d.lgs. 368 del 2001, introdotto dal d.lgs. 112 del 2008, conv. in l. 133 del 2008, non vengono spunti utili per la verifica della legittimità costituzionale delle norme -pur simili nell'impianto, anche se non identiche- introdotte dal collegato

lavoro 2010, ricollegandosi, come già visto, l'illegittimità costituzionale di quella norma al suo carattere esclusivamente retroattivo e non anche al suo carattere limitativo del risarcimento dovuto dal datore, profilo non affrontato in sentenza.

Varie sono peraltro le questioni di legittimità costituzionale che possono interessare la norma, se interpretata nel senso della introduzione di un'indennità risarcitoria (come visto, modesta) sostitutiva -salva la conversione *ex nunc*- di ogni altra tutela del lavoratore.

L'interpretazione della norma secondo cui la penale risarcitoria introdotta dalla nuova disposizione avrebbe un effetto integralmente sostitutivo e derogatorio della disciplina di diritto comune in materia di *mora credendi* potrebbe ritenersi manifestamente violativa dell'art. 36 Cost., essendo difficile ritenere conforme a tale precetto una liquidazione contenuta a poche mensilità retributive, anche se il lavoratore sia inutilmente rimasto a disposizione dell'imprenditore per un periodo di tempo di gran lunga superiore (anche per effetto della durata del processo) e la prestazione sia, *medio tempore*, divenuta impossibile solo a causa del rifiuto datoriale di riceverla.

Dal confronto tra la tutela spettante al lavoratore nel regime precedente il collegato lavoro (come interpretato dalla giurisprudenza anche di legittimità) e quello dell'art. 32, emerge la possibile violazione dell'art. 3, comma 2, Cost., essendo intervenuto il legislatore per tutelare la parte più forte del rapporto di lavoro; come ben si è osservato in dottrina (PANICI P.L. e GUGLIELMI C., *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, relazione al convegno *Il collegato lavoro*, organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010 [All. G18]) <<un'eventuale interpretazione della norma come "sostitutiva" del diritto alle retribuzioni sarebbe certamente non conforme ai precetti costituzionali. Ed infatti così opinando si dovrebbe ritenere possibile derogare il diritto civile per aggravare ancora di più lo squilibrio contrattuale premiando il contraente forte a danno del più debole dei lavoratori, quello precario. Una sorta di art. 3 Cost. rovesciato: la legge invece di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, ne crea addirittura altri artificiali accentuando le disuguaglianze, il precario non è più destinatario di una norma di favore ma è l'unico contraente che è privato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti! A ciò si aggiunge il fatto che espungendo del tutto la nuova norma la valutazione delle retribuzioni perse essa impatta anche sull'art. 36, essendo quelle retribuzioni che si vorrebbe mai più dovute nonostante l'accertata sussistenza del rapporto, indispensabili per garantire la vita libera e dignitosa del lavoratore>>.

Altro profilo attiene alla disparità di trattamento con altre situazioni (art. 3 Cost.), che assicurano una tutela maggiore al lavoratore, senza che sia comprensibile la ragione del diverso trattamento.

La limitazione della tutela del lavoratore privato all'indennità di cui all'art. 32 comma 5 (o addirittura 6) chiama in gioco l'art. 3 Cost., in relazione alla differenza di tutela del lavoratore privato rispetto al lavoratore pubblico, in caso di situazione omogenea di apposizione di termine illegittimo ai contratti di lavoro, atteso che solo al secondo competono, oltre che le retribuzioni per il periodo in cui il rapporto ha avuto svolgimento, *ex art.* 2126 Cost., anche il risarcimento integrale del danno subito.

Evidente sarebbe l'incongruenza del sistema, in quanto sarebbero previste sanzioni maggiori ove vi è nullità per violazione anche di altre di norme inderogabili (e quindi per una fattispecie più grave, che vede la lesione di interessi pubblici oltre che privati) e non si ha in nessun caso la conversione del rapporto.

Né potrebbe ritenersi che la conversione *ex nunc* nel lavoro privato possa essere una adeguata compensazione del minor danno risarcibile, perché l'esclusione della conversione nel lavoro pubblico dipende da interessi pubblicistici che non fanno capo all'amministrazione pubblica in quanto tale, bensì alla collettività, sicché dipenderebbe da ragioni estranee al rapporto di scambio.

Profili di parità di trattamento si pongono astrattamente anche in relazione al comma 6, essendo disposto in sostanza un ulteriore trattamento di favore per date aziende (la soc. Poste Italiane, ad esempio), che hanno sottoscritto accordi aventi proprio le caratteristiche indicate dalla norma: non sembra al riguardo che la scelta normativa della trasposizione del conflitto inerente l'apposizione del termine dal piano individuale al piano sindacale possa incidere sui diritti del lavoratore al rispetto di disposizioni inderogabili ed all'adempimento di diritti che hanno fondamento nel rapporto individuale di lavoro.

Altri profili di irrazionalità del sistema emergono, poi, ove si consideri la disciplina del diritto di precedenza per i lavoratori a tempo determinato per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate dallo stesso datore di lavoro (nei casi previsti dalla legge, ampliati sempre più dalle varie modifiche normative susseguitesi negli anni).

La violazione di tale diritto di precedenza, infatti, che la giurisprudenza ritiene -a torto o a ragione, qui non importa- non coercibile *ex art. 2932 cod. civ.*, comporta un risarcimento del danno, da liquidarsi equitativamente ma in relazione al valore del contratto perduto, maggiore di quello spettante al lavoratore che ha avuto la conversione del rapporto ed il cui rapporto di lavoro già è in essere), al quale compete solo una modesta indennità predeterminata *ex lege*. Anche qui, non potrebbe essere portato sul tavolo del bilanciamento delle contrapposte posizioni la conversione del contratto, quasi che fosse un beneficio aggiuntivo spettante al lavoratore e non il portato insopprimibile della nullità del termine (per violazione delle norme che regolano la sua apposizione).

Resterebbe poi da chiedersi se è qualificabile come giusto (art. 111 e 117 Cost.) un processo che, più dura, più nuoce a chi poi vedrà riconoscere le proprie ragioni: se l'interpretazione da dare alla norma fosse quella che limita per il passato la responsabilità datoriale al pagamento dell'indennità, non vi sarebbe dubbio che la precedente normativa era più equa, in quanto le retribuzioni spettavano all'avvio del contenzioso sino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro, sicché le lungaggini processuali non ricadevano sul lavoratore. Inoltre, mentre sino ad oggi una eventuale condotta processuale da parte del datore di lavoro finalizzata a ritardare il più possibile la sentenza non era conveniente, comportando, nel caso di successiva sconfitta, un aumento del debito del datore di lavoro per retribuzioni non corrisposte al lavoratore, con l'interpretazione della norma del collegato lavoro 2010 come introduttiva di una

tutela indennitaria sostitutiva, la condotta dilatoria datoriale sarà sempre premiante, anche in ragione del fatto che l'azienda non rischierà più di dodici mensilità di retribuzione (da valutarsi peraltro con riferimento ai valori di scambio propri del tempo di scadenza del contratto). Tutto ciò contrasta con il principio, tradizionale e finora indiscusso, risalente a Chiovenda, che il tempo del processo non deve andare in danno di chi ha ragione.

Si aggiunga, poi, che l'applicazione retroattiva della norma importerà poi -come si vedrà nel relativo paragrafo- l'obbligo del lavoratore di restituzione delle retribuzioni percepite sulla base della sentenza di primo grado, nella parte eccedente l'indennità liquidata dal giudice di appello.

Altri profili attengono poi alla illegittimità costituzionale delle disposizioni per contrasto con la disciplina comunitaria e CEDU, e quindi con la norma costituzionale interposta (cfr. art. 10, 11, 111 e 117 Cost.). Ma questo si vedrà *infra*, esaminate le implicazioni dell'ordinamento comunitario e CEDU ai fini della tutela del lavoratore a termine.

La giurisprudenza non ha, del resto, tardato a sollevare la questione di legittimità delle norme dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 13 del 2010.

Il **Tribunale di Trani, con ordinanza del 20 dicembre 2010 [All. F4]**, ha disposto in tal senso con attenta e ampia motivazione della quale, allegata alla presente ricerca, si segnala la lettura.

## **5. Interpretazione costituzionalmente adeguata.**

Nonostante la pendenza della questione di legittimità costituzionale delle norme in disamina, e la completezza delle argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, può risultare comunque di qualche utilità una brevissima rassegna della giurisprudenza costituzionale sul problema dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Non va dimenticato infatti che, a partire dagli anni novanta, la Corte ha spesso invitato i giudici a fare un uso dei loro poteri interpretativi nella scelta tra diverse possibili letture di una disposizione, affinché potessero optare direttamente per quella conforme ai principi costituzionali, evitando, dunque, di rimettere una questione di costituzionalità, limitando gli effetti dell'interpretazione al caso deciso.

Con pronunce cd. "di principio", la Corte si è limitata ad esprimere principi, cui il giudice doveva attenersi nella sua attività interpretativa (ciò è accaduto, ad esempio, nella **sentenza n. 303 del 1996**, relativa alla questione sulla differenza massima di età prevista dalla l. 184/1983 per l'adozione).

In altri casi la Corte ha affermato che "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali" (**sent. n. 347 del 1998**).

Non solo, ma la giurisprudenza costituzionale si spinge ad affermare che i giudici devono seguire un'interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco, avendo il giudice "solo la facoltà e non

l'obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale”(ord. n. 252 del 2005).

Va ricordato, ancora, il caso in cui (sent. n. 343 del 2006) la Corte, pur apprezzando l'attenzione del giudice “a quo” e pur essendo consapevole che il “tenore della disposizione censurata” fosse quello denunciato dal rimettente, concede, con una sentenza interpretativa di rigetto, alla disposizione contestata un'interpretazione sistematica *contra litteram*.

Tale giurisprudenza, poi, assume un significato di particolare rilievo allorché si tratti di decisioni che intervengono su questioni incidentali sollevate dalla Corte di cassazione, depositaria dell'interpretazione del diritto vivente, nel contesto della sua funzione nomofilattica; e sono numerosi i casi in cui il Giudice delle Leggi ha ritenuto non assolto, da parte della Cassazione, l'onere di previa sperimentazione di una possibile interpretazione conforme.

Emblematico appare il caso in cui nella giurisprudenza di legittimità sussisteva un contrasto, poi rimesso alle Sezioni unite, che, sollevando la questione di costituzionalità, avevano optato per l'interpretazione non costituzionalmente orientata (ord. n. 338 del 2001: *Manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 149 della legge 16 febbraio 1913, n. 89, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevede che il Consiglio notarile locale sia parte del rapporto processuale che s'instaura a seguito di “appello” promosso innanzi al Tribunale dal notaio o dal Procuratore della Repubblica, contro provvedimenti disciplinari. Infatti, la sollevata questione risulta carente per un difetto di interpretazione della norma censurata, avendo il rimettente ommesso di verificare previamente l'impossibilità di una interpretazione conforme a quelle stesse norme e principi costituzionali invocati per giustificare la proposizione della questione*).

Così come merita di essere ricordato il caso in cui il Giudice costituzionale ha imputato alla corte di legittimità il mancato uso dei propri poteri interpretativi, dando esclusivo rilievo al dato letterale della disposizione impugnata, senza procedere alla ricerca di una valutazione sistematica: “il mancato integrale esperimento del percorso interpretativo (salvo l'esito di esso, evidentemente rimesso alla decisione del giudice a quo), si risolve in un vizio di inadeguata motivazione circa l'impossibilità di dare della norma impugnata un'interpretazione conforme a Costituzione” (ord. n. 399 del 2005).

Ora, l'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 parrebbe certamente immune dalle censure di legittimità costituzionale sopra esaminate ove si acceda all'interpretazione della norma come attributiva di una indennità che si aggiunge alle retribuzioni dovute dalla data di costituzione in mora ed alla conversione del rapporto, contenendosi in tal modo la tutela del lavoratore solo sul piano del danno risarcibile (che troverebbe però una forte compensazione nel superamento della necessità della prova del danno forfettariamente attribuito), mentre tale interpretazione avvicinerrebbe il sistema a quell'equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza pluriennale in materia, nel regime precedente il collegato lavoro 2010.

## 6. Il contrasto con la disciplina comunitaria.

## 6.1. Il principio di effettività delle sanzioni.

La giurisprudenza comunitaria in materia di contratti a termine illegittimi, se ha affermato la non necessità della previsione negli ordinamenti nazionali della sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo determinato, nel contempo ha evidenziato, da un lato, la necessità della predisposizione di sanzioni effettive proporzionate e dissuasive degli abusi del termine e, dall'altro lato, il divieto di *reformatio in pejus* della disciplina nazionale, affermato in entrambi i casi l'obbligo del giudice di interpretazione della disciplina nazionale in conformità di tali principi.

Con riferimento alla necessità della predisposizione di sanzioni effettive proporzionate e dissuasive degli abusi del termine, la norma dell'art. 32, comma 5 e, ancor più, 6, appare del tutto insoddisfacente, prevedendo una sanzione che, ove interpretata come sostitutiva del diritto alle retribuzioni, è assai blanda. In senso contrario, si è peraltro rilevato che la conversione del contratto (da rapporto a termine a rapporto a tempo indeterminato), per quanto *ex nunc*, unita al pagamento di un'indennità, può ragionevolmente considerarsi una tutela sufficiente, nell'ottica di un bilanciamento di contrapposti interessi: da un lato quello del lavoratore, dall'altro quello del datore di lavoro a non vedersi esposto all'esborso di somme enormi per impugnazioni magari proposte a distanza di anni. L'obiezione, tuttavia, poteva assumere rilevanza nel regime pregresso di impugnativa del termine, soggetto solo ad un termine prescrizionale ampio, laddove oggi non appare più ragionevole operare il descritto bilanciamento dei contrapposti interessi (a fronte di un inadempimento che è e resta solo datoriale): oggi, infatti, la legge non prevede misura compensative alla riduzione di tutela ma anzi prevede ulteriori riduzioni di tutela, come l'applicazione dei nuovi termini decadenziali, inedita e piuttosto stridente con i principi generali in materia di domande di accertamento di nullità di clausole contrattuali; la nuova disciplina, infatti, prevede una sorta di <<*sanatoria della nullità del termine*>> conseguente al prodursi della decadenza dall'impugnazione (così PERRINO A.M., *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010 [All. G19]).

Il contrasto è notevole con il diritto comunitario (sul principio generale di effettività della tutela, utili considerazioni sono in GARATTONI M., *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in RIDL, 2009, 138 [All. G13]).

Sul punto, si è consapevoli che la Corte di giustizia ha ammonito che l'art. 5, punto 2 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi; ma è altresì vero che le modalità di attuazione delle norme comunitarie non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività), dovendo gli Stati

membri prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva.

In particolare, nella sentenza **Adeneler**, c-212/04 [**All. B2**], si afferma che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e che devono essere considerati abusivi (v. punto 105, dispositivo 3).

Rileva la Corte di Giustizia che <<91. *l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi.* 92. *Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, punto 1, lett. a)-c), dell'accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.* 93. *Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, terzo comma, CE, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, Racc. pag. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Gallotti e a., Racc. pag. I-4345, punto 14).* 94. *Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche neppure nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro.* 95. *Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, e giurisprudenza ivi citata).* ....101. *l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma il punto 1 della sua clausola 5 impone l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure elencate in tale disposizione volte a prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, allorché il diritto nazionale non prevede già misure equivalenti.* 102. *Peraltro, quando una siffatta utilizzazione abusiva abbia comunque avuto luogo, deve poter essere applicata una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le*

*disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva». 103. La Corte non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi ricordati al punto precedente siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante. 104. Se il detto giudice dovesse riscontrare che ciò non si verifica, si dovrebbe concludere che l'accordo quadro osta all'applicazione di tale normativa nazionale>>.*

Nella già citata sentenza **Marrosu e Sardino**, causa C-53/04 [**All. B5**], la Corte di Giustizia ha esaminato il problema dell'adeguatezza delle disposizioni italiane in tema di contratti a termine nel lavoro pubblico, ritenendo che una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra *prima facie* soddisfare i requisiti previsti dal diritto comunitario. In particolare, la sentenza ha affermato che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.

Ancor più ampie le considerazioni sul punto della sentenza **Angelidaki**, cause riunite da C-378/07 a C-380/07 [**All. B8**], secondo la quale la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro impone che detta normativa preveda, per quanto riguarda l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, misure effettive e vincolanti di prevenzione di un siffatto utilizzo abusivo, nonché sanzioni aventi un carattere sufficientemente efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di tali misure preventive. Spetta quindi al giudice del rinvio verificare che i suddetti requisiti siano soddisfatti. Rileva la Corte di Giustizia che <<158. Per quanto riguarda, poi, la repressione degli abusi, occorre ricordare che qualora, come nel caso di specie, il diritto comunitario non preveda sanzioni specifiche nelle ipotesi in cui non siano stati nemmeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche abbastanza effettivo e dissuasivo da garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (v. citate sentenze *Adeneler e a.*, punto 94; *Marrosu e Sardino*, punto 51, nonché *Vassallo*, punto 36, nonché ordinanza *Vassilakis e a.*, cit., punto 125). 159. Seppure in mancanza di una specifica disciplina comunitaria in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale

*di questi ultimi, esse non devono, però, essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, citate sentenze Adeneler e a., punto 95; Marrosu e Sardino, punto 52, e Vassallo, punto 37, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 126). 160. Ne consegue che, qualora si sia verificato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Difatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [stessa] direttiva» (citare sentenze Adeneler e a., punto 102; Marrosu e Sardino, punto 53, e Vassallo, punto 38, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 127). 161. Ne consegue che, sebbene uno Stato membro come quello di cui al procedimento principale abbia il diritto di non prevedere la conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato quale sanzione in caso di mancato rispetto delle misure preventive sancite dalla normativa nazionale di trasposizione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, come risulta dal punto 144 della presente sentenza, detto Stato deve comunque assicurarsi che le altre sanzioni adottate dalla medesima normativa abbiano un carattere sufficientemente efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di dette misure preventive (v., in tal senso, le precitate sentenze Adeneler e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49, e Vassallo, punto 34, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 123). ... 164 Spetta dunque al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione concreta delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne facciano uno strumento adeguato a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi (v., in tal senso, citate sentenze Vassallo, punto 41, e Marrosu e Sardino, punto 56, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 135)>>.*

Anche nella più recente giurisprudenza, nella sentenza **Affatato**, 1° ottobre 2010, nel procedimento C-3/10 [**All. B11**], avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Rossano con decisione 21 dicembre 2009, la Corte di Giustizia ha ribadito che la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui all'art. 36, quinto comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato prevede, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione. Spetta tuttavia al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno

strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione. Il detto accordo quadro dev'essere interpretato nel senso che le misure previste da una normativa nazionale, come quella oggetto della causa principale, al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale miranti a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione siano conformi a questi principi.

## **6.2. Il principio del non regresso.**

Ai sensi dell'art. 8, punto 1 accordo, e 137 par. 4 TEC, gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori rispetto alle prescrizioni minime contenute nell'accordo, la cui trasposizione non può tuttavia costituire valido motivo per ridurre il generale livello di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

Con riferimento alla clausola di non regresso, la dottrina (LOZITO M., *L'apposizione del termine nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in RGL, 2010, 139 [All. G15]; sul tema, altresì, COLUCCI D., *La giurisprudenza nazionale tra clausola di non regresso e flessibilità: gli orientamenti*, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffré, Milano, 2009, 63) ha evidenziato che il legislatore delegato italiano del 2001 aveva vari vincoli derivanti dal diritto comunitario e nazionale, in relazione all'oggetto della disciplina (costituito, secondo l'interpretazione fatta propria da C. Cost. 44 del 2008 e Cass. 12985/2008, dall'attuazione della direttiva comunitaria e non anche dal riordino della materia al fine di evitare disarmonie) ed alle modalità della disciplina (in relazione al principio del *favor* del lavoratore e del non regresso delle tutele).

Con riferimento a tale ultimo aspetto, va rilevato che, mentre la clausola di *favor* (cl. 8.1. accordo quadro) consente agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nell'accordo stesso, la clausola di non regresso (cl. 8.3 dell'accordo quadro) prevede che l'applicazione dell'accordo quadro non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

La principale questione della clausola di non regresso attiene alla valutazione se essa introduca un divieto di *reformatio in pejus*, tale da produrre un effetto di cristallizzazione (*stand still*) delle tutele nazionali vigenti, ovvero se abbia una diversa e più contenuta funzione, che vieta solo un arretramento della protezione nazionale privo di giustificazione diversa dal mero ingannevole pretesto di dover attuare la direttiva, sicché ogni altro obiettivo, anche se riferito ad opzioni di politica del diritto del solo legislatore nazionale, quale quella di promozione dell'occupazione,

legittimerebbe una *reformatio in pejus* sino alla soglia del livello minimo comunitario: Se fosse intesa come obbligo di *standstill*, essa costringerebbe il legislatore nazionale in uno stato innaturale di inattività, privandolo delle sue essenziali prerogative sia nell'iniziativa, sia nella scelta delle soluzioni ritenute più adatte alla promozione dell'occupazione; se fosse interpretata come clausola di trasparenza, essa funzionerebbe solo come premessa per motivare e razionalizzare le scelte storicamente succedutesi nella trasposizione delle norme comunitarie. La dottrina ha ritenuto in proposito che la clausola di non regresso pone un obbligo di trasparenza e non di *stand still*, nel senso che non preclude un divieto incondizionato al regresso, limitandosi ad obbligare il legislatore nazionale a non strumentalizzare la direttiva per abbassare le tutele nelle materia in cui la stessa si colloca, ed a motivare espressamente sulle ragioni della diversa disciplina interna, configurandosi perciò come “*clausola di non pretesto*” (LOZITO, 2010, 151; VALLEBONA A., *Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatazza*, in *Dir. Lav.* 2006, I, 78).

La Corte di Giustizia, nella già richiamata sentenza **Mangold [All. B1]**, ha ritenuto non incompatibile con la direttiva n. 70 del 1999 ed, in particolare, con la clausola di non regresso, la normativa tedesca che <<*per motivi connessi con la necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione dell'accordo quadro sul lavoro, attuato dalla medesima direttiva, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a termine*>>. Nel caso della legislazione tedesca, la riduzione del livello di tutela (la possibilità di assumere a termine, senza alcuna causale giustificatrice, i lavoratori oltre i 60 anni di età) non viola, secondo la Corte, la clausola di regresso in quanto è espressamente finalizzata ad incentivare l'occupazione: <<*La clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e attuato con la direttiva del Consiglio 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, la quale prevede che l'applicazione dell'accordo non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso, dev'essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale la quale, per motivi connessi alla necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione del detto accordo, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a tempo determinato(v. punto 54, dispositivo 1)*>>.

Secondo l'interpretazione del giudice comunitario, la clausola di non regresso avrebbe sì efficacia giuridica vincolante per gli Stati membri, ma sarebbe consentita una diminuzione della protezione offerta dalla legge nazionale, quando tale riduzione venga fatta al di fuori della trasposizione della direttiva stessa e sia giustificata da un disegno riformatore motivato da nuove e reali esigenze di interesse generale.

Anche la sentenza **Angelidaki**, cause riunite da C-378/07 a C-380/07 **[All. B8]**, della Corte di Giustizia si è occupata del problema, affermando che la verifica dell'esistenza di una *reformatio in peius* ai sensi della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, figurante nell'allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve effettuarsi in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro relative alla tutela dei lavoratori in materia di contratti di lavoro a tempo

determinato. Di conseguenza, la citata clausola deve essere interpretata nel senso che occorre valutare la *reformatio in peius* contemplata non solo in rapporto al livello di tutela applicabile ai lavoratori a tempo determinato, quale risultante da una «norma equivalente» ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, ma altresì in rapporto al livello generale di tutela che era applicabile, nello Stato membro interessato, sia ai lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, sia a quelli con un primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato. Del resto, con riguardo alla portata della citata clausola 8, n. 3, dal suo stesso disposto emerge che una *reformatio in peius* non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro, ma che, per rientrare nel divieto sancito dalla detta clausola, tale riduzione deve, da un lato, essere collegata con l'«applicazione» dell'accordo quadro e, dall'altro, avere ad oggetto il «livello generale di tutela» dei lavoratori a tempo determinato (v. punti 120-121, 123, 125-126, dispositivo 3).

Ora, applicando tali principi alla norma dell'art. 32, commi 5-6, della legge 183 del 2010, è lecito porre il dubbio che la legge non persegue un obiettivo di interesse generale né una ridisciplina complessiva ed organica della materia, intervenendo solo su singoli aspetti della regolamentazione dei contratti a termine, privilegiando sostanzialmente quasi solo gli interessi del datore di lavoro e realizzando un notevole arretramento di tutela del lavoratore; con particolare riferimento alle sanzioni, anzi, l'art. 32 modifica la materia previgente (che prevedeva un sistema sanzionatorio unitario, secondo le indicazioni giurisprudenziali), che rimane vigente per tutti gli aspetti -condizioni ed effetti, ad esempio- della conversione, del rapporto, ma non la riordina affatto, sicché la violazione della clausola di non regresso, quand'anche potesse escludersi in riferimento al d.lgs. 368 del 2001, caratterizzerebbe la disciplina dettata dall'art. 32 comma 5 ss. l. 183 del 2010.

Ciò posto, va detto che la clausola di non regresso rileva in un duplice ambito, sia a livello costituzionale, sia a livello del diritto comunitario. Sotto il primo profilo, va ricordato il rilievo -che riguarda la disciplina delegata del 2001 e non quella parlamentare del 2010 (che resta comunque sottoposta all'obbligo comunitario di rispetto della clausola di non regresso)- che la legge n. 422 del 2000, nell'individuare i limiti all'esercizio dell'attività legislativa delegata, ha rimandato ai principi e criteri contenuti nelle direttive da attuare, fra le quali vi sono le due clausole sopra indicate, sicché la violazione delle stesse implica un eccesso di delega ex art. 76 Cost., configurando l'intervento normativo che viola la clausola di non regresso automaticamente un "eccesso di delega". Un diverso profilo di rilievo costituzionale della clausola di non regresso è stato ravvisato dalla **Corte costituzionale nella sentenza n. 41/2000**, che ha dichiarato inammissibile la richiesta di 'referendum' popolare per l'abrogazione della legge 18 aprile 1962, n. 230, del decreto-legge 3 dicembre 1977, n. 876, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in vari articoli degli stessi, in quanto non può ritenersi ammissibile un 'referendum' che miri all'abrogazione di una normativa interna, avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea, ove tale abrogazione lasci quest'obbligo del tutto inadempito (Nella specie, la Corte ha ritenuto il quesito referendario si pone in contrasto con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 28 giugno 1999, che concerne specificamente il

rapporto di lavoro a tempo determinato e recepisce l'accordo-quadro stipulato al riguardo dalle parti sociali., in quanto, negli Stati in cui sia una anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, in pendenza del termine di recepimento, l'ordinamento interno può, nel rispetto delle scelte di fondo della normativa comunitaria, modificare le garanzie esistenti, ma non può rimuoverle del tutto, senza violare gli obblighi nascenti dalla direttiva).

Un riferimento alla clausola di non regresso risulta, infine, anche nelle sentenze della **Corte costituzionale n. 44 del 2008 e 214 del 2009 [All. D1-D2]**, che nello specifico escludono la violazione della clausola non essendo riscontrata un abbassamento del livello di tutela già in godimento da parte dei lavoratori.

Più interessante, ai fini che interessano questa esposizione, la rilevanza della clausola di non regresso sul piano del diritto comunitario. In alcuni casi, ad esempio con riferimento al principio di non discriminazione, si è detto altresì che la clausola di non regresso ha un'efficacia diretta non solo verticale, ma, a differenza di quanto avviene in linea generale con le direttive, anche orizzontale, con il conseguente obbligo per i giudici nazionali di disapplicare, anche nei rapporti fra privati, le norme contrastanti con il principio medesimo. Al di fuori delle discriminazioni (per i motivi tipici indicati dalla disciplina europea antidiscriminatoria, ed anche dal divieto di discriminazione stabilito con riferimento ai lavoratori a termine) la clausola incide in correlazione con l'obbligo del giudice nazionale di interpretazione conforme del diritto nazionale, obbligo attraverso il quale si riduce di fatto l'area dell'inefficacia orizzontale delle direttive (e quindi la possibilità di violazione, da parte del diritto nazionale, della clausola in discorso).

Varie sentenze della Corte di Giustizia, infatti, hanno stabilito che, nel caso di controversia fra privati, il giudice nazionale ha comunque l'obbligo di effettuare un'interpretazione conforme del diritto interno, interpretandolo alla luce della lettera e dello scopo della direttiva: (si vedano, tra le tante, le sentenze della Corte di Giustizia **von Kolson** c-14/83, e **Marleasing**, c-106/89). (in dottrina, sul tema specifico dell'interpretazione conforme, tra gli interventi più originali ed interessanti, CIRIELLO A., *Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a termine tra interpretazione letterale, interpretazione conforme e non applicazione*, intervento al convegno 5-6 febbraio 2010, *Trattato di Lisbona e lavoro flessibile*, organizzato da AGI e Centro Domenico Napoletano, in atti del convegno, Giuffrè, c.p.).

### **6.3. Il principio di non discriminazione e la parità di trattamento.**

Il problema della parità di trattamento -in relazione al principio specifico di parità espressamente previsto dall'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 99/70/Ce e dal d.lgs. 368 del 2001 di recepimento- si pone, per i lavoratori a termine, in relazione ai lavoratori a tempo indeterminato, con riferimento sia all'indennità di anzianità (spettante ai primi in caso di conversione del rapporto in tempo indeterminato), sia con riferimento alla tutela avverso la cessazione del rapporto riconducibile alla volontà datoriale.

In tema, nella sentenza 13 settembre 2007, nel procedimento C-307/05, **Del Cerro Alonso [All. B3]**, la Corte, nel ribadire l'importanza del principio della parità di

trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, afferma che dalle disposizioni previste dalla direttiva e dall'accordo quadro tali principi sono affermati al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, e che tali principi hanno portata generale, sicché trovano applicazione nei confronti di tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un rapporto di impiego a tempo determinato che li vincola al loro datore di lavoro (v. punti 25, 27-29).

Osserva la Corte in tema che, tenuto conto dell'importanza del principio della parità di trattamento e del divieto di discriminazione, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, alle disposizioni previste da tale direttiva e da tale accordo quadro al fine di garantire ai lavoratori a tempo determinato di beneficiare degli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che un trattamento differenziato non si giustifichi per ragioni oggettive, dev'essere riconosciuta una portata generale, poiché costituiscono norme di diritto sociale comunitario di particolare importanza, di cui ogni lavoratore deve usufruire in quanto prescrizioni minime di tutela. La nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato. Infatti, in primo luogo, l'accordo quadro mira a dare applicazione al divieto di discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di impiego di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato. Orbene, tale principio del diritto sociale comunitario non può essere interpretato in modo restrittivo. Ne deriva in linea generale che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato giustificata dalla mera circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale e il datore di lavoro interessato. Infatti, la nozione di «ragioni oggettive» di cui alla detta clausola richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (v. punti 58-59, dispositivo 2).

Applicati tali principi alla tutela avverso la cessazione illegittima del rapporto (che nel contratto a termine si ricollega alla comunicazione, di scadenza del termine illegittimamente apposto, e nel lavoro a tempo indeterminato al licenziamento) va

evidenziato che l'interpretazione che configura l'indennità ex art. 32, comma. 5, come sostitutiva delle retribuzioni appronta in favore del lavoratore a tempo determinato (il cui rapporto sia però convertito in lavoro a tempo indeterminato) una tutela del tutto insoddisfacente, specie se confrontata con la tutela reale spettante ai lavoratori a tempo indeterminato magari occupati nella medesima azienda (che beneficiano, oltre che della reintegrazione, anche delle retribuzioni dalla data della cessazione illegittima del rapporto), e tale trattamento fortemente diseguale non pare abbia adeguata giustificazione, posto che il rapporto di lavoro con termine illegittimamente apposto è considerato come rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Quanto alle sanzioni applicabili per la violazione del principio di parità di trattamento, con riferimento agli aspetti inerenti la cessazione illegittima del rapporto, l'ordinamento comunitario reca una serie di disposizioni antidiscriminatorie per motivi tipici, che sono direttamente applicabili -anche in modo orizzontale- all'interno degli Stati membri; ciò è stato affermato anche da numerose sentenze comunitarie (richiamate nel relativo paragrafo), che attuano il diritto antidiscriminatorio in ragione dell'età, in favore di lavoratori a tempo determinato. Al di fuori dei motivi discriminatori tipici, valgono invece le regole generali, sicché l'obbligo comunitario di parità di trattamento -che è stabilito dall'accordo quadro in relazione ai lavoratori a tempo determinato- vale solo ai fini dell'interpretazione comunitariamente conforme del giudice nazionale, ma non anche al fine di disapplicazione delle disposizioni di diritto interno incompatibili con quel principio.

#### **6.4. L'obbligo di interpretazione conforme.**

Con riferimento alla disciplina di cui all'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183 del 2010, il problema di non conformità della norma ai tre principi sopra evidenziati di effettività delle sanzioni, parità di trattamento e di non regresso della tutela non implica nello specifico l'esigenza di disapplicare una norma nazionale che si ritiene contraria al diritto comunitario, ma solo di interpretare il diritto nazionale vigente in conformità del diritto comunitario, posto che, come si è visto, la norma si presta, proprio per il richiamo letterale alla "conversione" del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, a più letture.

Nella sentenza **Kucukdeveci** 19 gennaio 2010, nel procedimento C-555/07 [**All. B9**], la Corte di Giustizia ha chiaramente affermato che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio. Infatti, il carattere facoltativo di tale rinvio è indipendente dalle modalità processuali che si impongono al giudice nazionale, nel

diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che egli ritenga contraria alla Costituzione.

Pervero non si tratta qui, come detto, di disapplicare una norma nazionale che si ritiene contraria al diritto comunitario (problema affrontato dalla Corte nei punti 52 ss. della sentenza *Kucukdeveci*), ma solo di interpretare il diritto nazionale vigente in conformità del diritto comunitario.

La Corte europea, nella precedente sentenza **Impact** del 15 aprile 2008, C-268/06 [All. B7], riassumendo un orientamento ormai costante, aveva individuato compiti, poteri e limiti del giudice nazionale che si confronta con normativa interna che disciplina materia regolata da una direttiva comunitaria: il giudice nazionale, nell'applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, deve interpretare tale diritto per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, comma 3, Trattato CE (punto 98, che richiama il precedente della sentenza "**Pfeiffer**", punto 113). L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è, infatti, inerente al sistema del Trattato CE, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (punto 99, che richiama i precedenti delle sentenze "**Pfeiffer**" al punto 114 e "**Adeneler**" al punto 109).

Nella ordinanza **Vassilakis** del 12 giugno 2008, C-364/07 [All. B4], si ribadisce che i giudici nazionali devono, nella misura del possibile, interpretare il diritto interno, a partire dalla scadenza del termine di trasposizione della direttiva, alla luce del testo e della finalità della direttiva di cui trattasi al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva: viene così precisato che *<<in circostanze come quelle di cui alla causa principale, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, nei limiti in cui l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non sembra comportare, nel settore di cui trattasi, altre misure effettive per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, esso osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, avendo avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi. Spetta tuttavia al giudice del rinvio, in base all'obbligo di interpretazione conforme ad esso incombente, verificare se il suo ordinamento giuridico interno non comporti queste altre misure effettive>>*.

Nella sentenza **Adeneler**, C-212/4 del 4.7.2006 [All. B2], la Corte di Giustizia aveva peraltro precisato (punti 110-112) che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può

servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, **Pupino**, Racc. pag. I-5285, punti 44 e 47). Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e a., cit., punti 115, 116, 118 e 119). Peraltro, prosegue la sentenza, nel caso in cui il risultato prescritto da una direttiva non possa essere conseguito mediante interpretazione, occorre ricordare che, secondo la sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, **Francovich** e a. (Racc. pag. I-5357, punto 39), il diritto comunitario impone agli Stati membri di risarcire i danni da essi causati ai singoli a causa della mancata attuazione di tale direttiva, purché siano soddisfatte tre condizioni. Anzitutto la direttiva deve avere lo scopo di attribuire diritti a favore dei singoli. Deve essere poi possibile individuare il contenuto di tali diritti sulla base delle disposizioni della detta direttiva. Infine deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato membro e il danno subito (v., in tal senso, sentenza 14 luglio 1994, causa C-91/92, **Faccini Dori**, Racc. pag. I-3325, punto 27).

Tali affermazioni hanno avuto un rinnovato avallo dalla Corte di Giustizia nelle sentenze più recenti: nella sentenza **Sorge**, 24 giugno 2010, nel procedimento C-98/09 [**All. B10**], si è affermato che spetta al giudice del rinvio, qualora ritenesse di concludere per l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della normativa nazionale di cui alla causa principale, non escluderne l'applicazione, bensì operarne, per quanto possibile, un'interpretazione conforme sia alla direttiva 1999/70, sia allo scopo perseguito dal citato accordo quadro: <<50. *la Corte ha già dichiarato che la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro non soddisfa i requisiti per essere direttamente produttiva di effetti. Da un lato, infatti, detta clausola verte sulla sola «attuazione» di tale accordo da parte degli Stati membri e/o delle parti sociali, obbligati a recepirlo nell'ordinamento giuridico interno, vietando loro di giustificare all'atto di tale recepimento una reformatio in peius del livello generale di tutela dei lavoratori con la necessità di applicare l'accordo quadro in parola. Dall'altro, poiché suddetta clausola si limita a vietare, stando alla sua formulazione stessa, di «ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo quadro», essa comporta che soltanto una reformatio in peius di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato è idonea a ricadere nel suo ambito applicativo. Orbene, i soggetti dell'ordinamento non potrebbero fondare sul descritto divieto un diritto dal contenuto sufficientemente chiaro, preciso e categorico (sentenza Angelidaki e a., cit., punti 209-211, e ordinanza Koukou, cit., punto 128). 51. Ciò nondimeno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo dell'accordo quadro in parola al fine di raggiungere il risultato perseguito da quest'ultimo e conformarsi, pertanto, all'art. 228, terzo comma, TFUE. Tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori all'accordo quadro di cui trattasi (v., per analogia, sentenze Adeneler e a., cit., punto 108, e 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Küçükdeveci, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 48). 52. Certamente, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di un accordo quadro nell'interpretazione e*

*nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza Adeneler e a., cit., punto 110). 53. Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia dell'accordo quadro di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultimo (v., per analogia, sentenza Adeneler e a., cit., punto 111)>>.*

Da ultimo, va richiamata la sentenza **Vino**, dell'11 novembre 2010 [**All. B13**], nel procedimento C-20/10, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Trani con decisione 23 novembre 2009, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che, <<34. dato che spetta esclusivamente ai giudici nazionali l'interpretazione dell'ordinamento nazionale, è a questi ultimi che incombe il compito di determinare in che misura le modifiche, apportate dall'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001 alla disciplina giuridica nazionale preesistente, quale ricavabile dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 230/62 e dai contratti collettivi conclusi dalle parti sociali in forza dell'art. 23, primo comma, della legge n. 56/87, abbiano provocato una riduzione del livello di tutela dei lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato, ponendo a confronto, a tal fine, il grado di tutela rispettivamente concesso da ciascuna di queste disposizioni nazionali (v., per analogia, citate sentenze Angelidaki e a., punto 129, e Sorge, punto 36, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 109). 35. Viceversa, spetta, se del caso, alla Corte in sede di decisione sul rinvio pregiudiziale fornire al giudice del rinvio indicazioni utili a guidarlo nel valutare se detta eventuale riduzione della tutela dei lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato costituisca una «reformatio in peius», ai sensi della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro. A tal fine, occorre esaminare in quale misura le modifiche introdotte dall'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001 siano tali, da un lato, da essere considerate collegate con l'«applicazione» dell'accordo quadro e, dall'altro, da riguardare il «livello generale di tutela» dei lavoratori ai sensi della clausola 8, punto 3, di quest'ultimo (v. citate sentenze Angelidaki e a., punto 130, e Sorge, punti 29 e 37, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 111).>>.

Da tale ampio *excursus* della giurisprudenza comunitaria (per approfondimenti della quale si rinvia a SPENA F., *Il ruolo della Corte di Giustizia, con particolare riferimento ai principi enunziati sulla questione della diretta applicabilità delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale*, in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010 [**All. G25**]; SCHIAVONE R., *Lavoro a termine e Corte di Giustizia*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, 754 [**All. G24**]), risulta confermato quanto opportunamente rilevato in dottrina, osservandosi che <<la materia dei contratti a termine ha rappresentato per la Corte uno degli strumenti principali per sollecitare l'obbligo del giudice nazionale di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione di cui all'ex art. 10 del Trattato CE oggi art. 228 III comma TFUE. ...Partendo da Mangold ed arrivando attraverso Adeneler, Marrosu e Sardino, Vassallo, Angelidaky, alle recenti Sorge e Georgiev de 18 novembre scorso, la Corte ha disegnato un ruolo centrale del giudice nazionale come giudice dell'Unione il cui obbligo di interpretazione conforme

*può spingersi sino a quello di non applicazione della normativa interna contrastante, pur in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto, qualora come dice in Mangold, sia in gioco un principio sovraordinato di non discriminazione. Il passaggio attraverso i principi fondamentali si carica poi di ulteriori e più pregnanti significati oggi che il nuovo art.6 TUE risultante da Lisbona, vede una tripla fonte dei diritti fondamentali, nella Carta, nei principi generali dell'ordinamento comunitario come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU e nella stessa CEDU (nell'ottica della prevista adesione).... Ho contato quante volte nella più recente pronunzia sui contratti a termine, la Georgiev, del 18 novembre scorso, la Corte utilizza la locuzione " spetta al giudice nazionale" e, vi assicuro, sono rimasta senza parole: la responsabilità che, a partire da Mangold, passando per Angelidaky e Sorge arriva a Georgiev è davvero enorme, gli impone di colmare lacune legislative significative e sposta significativamente l'asse dal piano delle fonti a quello dell'interpretazione.>> (PICCONE V., Contratto a termine, relazione all'incontro di studio Il collegato lavoro, organizzato da Magistratura democratica, Roma, 16 dicembre 2010 [All. G21]).*

## **7. Interpretazione comunitariamente adeguata.**

Come si è visto, il richiamo espresso del legislatore alla conversione del rapporto (e dunque al regime previgente delle sanzioni dell'illegittima apposizione del termine), la pluralità di ragioni, anche a livello costituzionale, per ritenere applicabile la tutela di diritto comune generale relativa all'adempimento delle obbligazioni ed alla costituzione in mora, sono argomenti assai rilevanti per far ritenere l'indennità di cui all'art. 32, commi 5-6, come aggiuntiva, e non sostitutiva né della conversione del rapporto, né del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto.

Va ora aggiunto che tale interpretazione, per tutto quanto detto nei precedenti paragrafi, appare la sola interpretazione comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele.

## **8. La dottrina.**

In dottrina, nei primi interventi di commento alla nuova disciplina, si registrano opinioni assai contrastanti, con una prevalenza dell'orientamento che interpreta l'indennità ex comma 5 come aggiuntiva rispetto a quanto dovuto in ragione della conversione *ex tunc* del rapporto e della mora del datore.

Se <<la sola lettura ragionevole appare quella secondo cui la sanzione economica si aggiunge a quella della conversione intervenendo la norma solo sulla determinazione della prima>> (TOSI P., *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel collegato lavoro alla legge finanziaria*, in RIDL, 2010, I, 480 [All. G29]), nel senso della spettanza della sola indennità, e della legittimità della soluzione del collegato lavoro 2010, si è detto che <<l'espressione gergale «conversione del contratto a tempo determinato» è chiara ed indica la fattispecie regolata. Pertanto la norma non esclude la «conversione», ma la disciplina in modo speciale rispetto al diritto comune. L'

«indennità» assorbe qualsiasi «risarcimento», come risulta dall'aggettivo «onnicomprensiva». Quindi anche il risarcimento da mora accipiendi per il periodo dalla fine del lavoro alla sentenza dichiarativa della nullità del termine, secondo la qualificazione del consolidato orientamento anche delle Sezioni Unite, che coerentemente ammette la detrazione dell'*aliunde perceptum* e *percipiendum*.

Pertanto non è proponibile una valutazione in termini di retribuzione con riferimento all' art. 36 Cost., anche perché qui manca la prestazione. Del resto la ragionevolezza del regime speciale, sotto tutti i punti di vista, è sicura perché sostituisce la liquidazione del risarcimento, finora effettuata caso per caso dal giudice anche mediante presunzioni semplici sull'*aliunde perceptum* e *percipiendum*. con una indennità comunque dovuta a prescindere da un danno effettivo ed i cui limiti predeterminati dal legislatore tengono conto del vantaggio per il lavoratore derivante dal mantenimento della regola di «conversione» e dell'incertezza a carico del datore di lavoro derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine.

Non sussiste, dunque, alcun problema di costituzionalità, poiché la regola di nullità parziale necessaria del termine illegittimo non è costituzionalmente obbligata e, comunque, resta salva, seppure ormai con gli effetti di diritto comune solo *ex nunc* dal momento della sentenza. secondo l'insindacabile discrezionalità del legislatore che per il periodo precedente ha stabilito opportunamente un regime speciale. Né si pongono problemi di conformità al diritto comunitario, che da un lato lascia al legislatore nazionale la scelta di prevedere «se del caso» la trasformazione in contratto a tempo indeterminato della serie illegittima di contratti a termine. come è stato riconosciuto proprio per l'esclusione di tale regola nella disciplina italiana del lavoro pubblico, e dall'altro lato consente attenuamenti anche del livello generale di tutela purché riferibili ad un «valido motivo», qui, come si è visto. addirittura macroscopico>> (VALLEBONA 2010, 213 [All. G32]; nello stesso senso, TIRABOSCHI, Il collegato lavoro, Sole 24 ore, 2010).

Lo stesso autore (VALLEBONA A., *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele ed i poteri del giudice nazionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 633 [All. G30]) esclude che la norma violi la clausola di non regresso, in quanto la Corte di Giustizia ha ribadito espressamente e più volte che il limite del non regresso <<riguardi solo le modificazioni delle disciplina nazionali “collegate con l'applicazione dell'accordo quadro recepito nella direttiva”. Sicché sono escluse in radice da tale limite le riduzioni di tutela volute dal legislatore nazionale “per una finalità chiaramente identificata e diversa”, come sarebbe, ad esempio, la “volontà del legislatore nazionale di realizzare un nuovo equilibrio nei rapporti tra i datori di lavoro ed i lavoratori” a proposito del lavoro a termine. ...Sicché le tutele nazionali possono essere liberamente ridotte fino alla soglia minima della direttiva, con il solo divieto per gli Stati membri di utilizzare l'attuazione di questa quale pretesto “politico” per tale riduzione... Quindi, è erronea la definizione “clausola di non regresso”, se non si aggiunge l'aggettivo “pretestuoso”>>.

L'autore ritiene altresì impercorribile la strada della interpretazione comunitariamente conforme della nuova disciplina, in quanto <<l'interpretazione conforme è dovuta solo “per quanto possibile”, sicché sul suo altare non possono essere sacrificati né i metodi di interpretazione, né i principi generali del diritto, in particolare quelli di certezza del diritto e di irretroattività, né il divieto di interpretazione *contra legem* del diritto nazionale. Pertanto “detto principio di interpretazione conforma non può affatto portare a rendere applicabili norme nazionali che non siano formalmente valide e pertinenti *ratione materiae* quanto *ratione temporis*”>>.

Evidenziate le differenze della disciplina transitoria rispetto a quelle del precedente del 2008 travolto dalla Corte costituzionale (come più avanti si dirà),

FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010, 300 ss., 344 [All. G12], si pone il problema del potenziale contrasto della norma del collegato lavoro 2010 con l'art. 36 Cost., <<perché la domanda giudiziale finora svolta in conseguenza della violazione dei vari limiti della disciplina, pur avendo –secondo l'orientamento ormai consolidato– natura risarcitoria, viene comunque commisurata alle retribuzioni che si assumono perdute dall'offerta delle prestazioni>>, concludendo che <<poiché il nuovo regime intende regolare esaustivamente gli effetti derivanti dalla nullità del termine e dunque esclude il cumulo con le pretese economiche, il riferito dubbio di costituzionalità –ove non risolto a monte, sull'assunto della natura risarcitoria e non retributiva delle somme ad oggi rivendicate in conseguenza della nullità del termine– potrebbe essere superato attribuendo alla previsione dell'indennità, ad opera della riforma, il significato di valutazione legale tipica di percepibilità aliunde di reddito oltre la soglia massima dei 12 mesi dalla cessazione del rapporto. Si tratterebbe, quindi, di una valutazione fondata sul –e quindi legittimata dal– dovere di solidarietà il quale, con epocale rivalutazione de disposto del secondo comma dell'art. 4 Cost., una volta tradotto nella specifica fattispecie normativa imporrebbe la necessaria attivazione di ciascuno per la ricerca di una nuova occupazione entro un tempo massima, così appunto giustificando le conseguenze economiche negative imputabili alla protratta inerzia>>.

Nell'addossare doveri di solidarietà sociale al solo lavoratore, si finisce però per dimenticare che il lavoratore fa affidamento sulla conversione del contratto, espressamente richiamata dalla disposizione, e non cerca altro lavoro.

Ancora FRANZA, cit., 346, esclude poi un contrasto con la disciplina comunitaria, in quanto la disposizione, nell'introdurre una speciale disciplina per regolamentare il rapporto pregresso, <<manterrebbe, per quanto non comunitariamente necessitata, la regola della conversione del rapporto>>, la quale dovrebbe operare <<solo ex nunc, cioè dal momento dell'accertamento giurisdizionale della nullità del termine>> (ID, 346, nota 103): si afferma infatti che <<le specifiche finalità perseguite dalla riforma escluderebbero, in questo caso con assoluta certezza, ogni dubbio di contrasto con la clausola comunitaria di non regresso, perché il nuovo regime indennitario cumulato alla regola di conversione sarebbe incentrato su una ratio completamente distinta dal proposito di attuare la direttiva; ed oltretutto neanche altererebbe il livello generale delle tutele già garantite, venendo pure compensato, sul piano delle misure di prevenzione degli abusi, dal limite di durata triennale>>.

TATARELLI M., *Entità del risarcimento fissata dal giudice*, in *Guida al diritto*, Sole 24 ore, n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. VIII [All. G28], rileva che la norma precisa che l'indennità è onnicomprensiva, cioè ingloba e assorbe qualsiasi altro danno che sia scaturito dall'apposizione del termine. Per converso, il risarcimento, ancorché nella misura minima, è dovuto anche ove non vi sia stato alcun danno. Il richiamo della “conversione”, che opera di diritto e dà luogo a una sentenza dichiarativa di un effetto già avvenuto per legge, non consente dubbi sulla persistenza del rapporto di lavoro, che deve essere ripristinato sotto il profilo della funzionalità di fatto, con obbligo di pagamento della retribuzione dalla data della decisione. Secondo tale autore, inoltre, è dovuta la regolarizzazione previdenziale, la quale deve essere rapportata al numero di mensilità di retribuzione riconosciute in concreto e non a tutto il periodo di vigenza giuridica del rapporto di lavoro: è noto, infatti, il principio secondo cui alla base del

calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e che l'espressione usata dall'articolo 12 della legge n. 153 del 1969 per indicare la retribuzione imponibile («tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...») va intesa nel senso di «tutto ciò che ha diritto di ricevere».

In questa linea sembra porsi anche CAIROLI, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale*, in RGL, 2010, 147 [All. G1], che rileva che a differenza della disciplina dell'art. 21 comma 1 bis della legge 133/2008, poi dichiarato incostituzionale da Corte cost. 214 del 2009, ove la sanzione era prevista in via alternativa alla conversione, ora, pur dubitativamente (e ritenendo l'interpretazione escludente la conversione comunque in linea con la disciplina comunitaria) <<sembra riconoscersi un doppio livello di tutela del legislatore>>, conversione e risarcimento, affermando inoltre che <<la norma potrebbe essere risolutiva rispetto al dibattito sulla natura delle retribuzioni maturate dal lavoratore, perché queste, in qualità di risarcimento od eventualmente insieme a esso, potrebbero rientrare nell'onnicomprendività dell'indennità, e dunque nella sua delimitazione legale. La lunghezza dei tempi processuali, già di per sé ridimensionata (dai termini di decadenza per l'azione, n.d.r.), cesserebbe di influire sulla determinazione del risarcimento del lavoratore, trattandosi appunto di una indennità predeterminata nel minimo e nel massimo>>.

IANNIRUBERTO G., *Le regole per le impugnazioni nel c.d. "collegato lavoro", c.p.* [All. G14], appunta le sue critiche sul termine decadenziale previsto dalla normativa, osservando in tema che <<è un dato di esperienza che a siffatto contratto -a termine, n.d.r.- si ricorre con una certa frequenza per le ragioni più diverse e che, allo scadere dello stesso, il lavoratore tante volte è fiducioso di essere nuovamente chiamato dallo stesso datore, per cui la previsione di un termine di decadenza potrebbe porgli il dilemma tra contestare la legittimità del termine od evitare iniziative nella speranza di una nuova assunzione. D'altra parte, secondo un principio consolidato, anche la presenza di trattative per ricostituire un rapporto non impedisce la maturazione della decadenza per cui c'è da chiedersi se la nuova disciplina, con l'indicazione del primo termine di 60 giorni, garantisca quell'effettività della tutela, che secondo la giurisprudenza comunitaria deve essere assicurata.

L'art. 32 comma 5 dispone, poi, che nei casi di conversione del contratto a termine, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento in favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra 2,5 e 12 mensilità. Orbene, se la finalità perseguita dalla legge è quella di evitare che, attraverso atteggiamenti dilatori del lavoratore, la domanda giudiziale venga proposta a notevole distanza dai fatti oggetto della lite, in modo che il risarcimento possa essere commisurato a tutto il tempo, in cui non si è avuta prestazione di lavoro, qualche dubbio si può sollevare sulla scelta di fissare un termine di decadenza di 60 giorni, dato che, anche in assenza di tale innovazione, il richiamato comma 5 limita la misura del danno.

E' poiché la giurisprudenza aveva già escogitato degli accorgimenti per contenere questa misura, disancorandola dal tempo intercorso dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto, la ratio di quella decadenza in qualche modo potrebbe perdere la sua validità>>

Coglie opportunamente il nesso tra la disciplina risarcitoria e la decadenza anche PERRINO A.M., *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in atti dell'incontro di studi *Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito*, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010 [All. G19], secondo la quale <<Il primo dato che balza agli occhi è l'effetto di sanatoria della "nullità del termine" conseguente al prodursi della decadenza dall'impugnazione. Sia pure in prima lettura paiono emergere alcuni profili distorsivi delle regole comunitarie. Anzitutto, la disciplina della decadenza mina in radice la forza deterrente e dissuasiva della sanzione della conversione. E' vero, al riguardo, che la Corte di giustizia ha ammonito che l'art. 5, punto 2 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 "non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi" (sentenza Marrosu e Sardino, punto 47). Ma è altresì vero che le modalità di attuazione delle norme comunitarie non devono "rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)" (sentenza Marrosu e Sardino, punto 52), dovendo gli Stati membri "prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva" (sentenza Adeneler, punto 102).

Nel nostro caso, le decadenze stabilite per l'esercizio dell'azione di nullità del termine e la previsione della misura risarcitoria nei -soli- casi di conversione del contratto (per importi, tra l'altro, che per la loro predeterminazione, sono a priori incapaci di ristorare danni protrattisi per un periodo superiore a 12 mensilità) inducono almeno qualche dubbio in ordine alla conformità della norma alla clausola 5 dell'accordo quadro.

Non a caso, con riferimento al lavoro pubblico, che non contempla la sanzione della conversione, la Corte di giustizia ha, sia pure prima facie, reputato la normativa italiana conforme all'accordo quadro puntando non tanto e non solo sull'esistenza di norme imperative relative alla durata ed al rinnovo dei contratti a tempo determinato, sibbene sulla previsione del diritto al risarcimento del danno in caso di ricorso abusivo a contratti a termine (sentenza Marrosu e Sardino, punto 57)>>, sicché, conclude l'autrice, <<Parrebbe dunque prospettarsi per il profilo in questione un arretramento di tutela>> (nei medesimi termini, PICCONE V., op. cit., relazione al convegno "Il collegato lavoro", organizzato da Magistratura democratica, in Roma, 16.12.2010 [All. G20]).

Più critica altra dottrina. Come un po' su tutto il collegato lavoro 2010, anche con riferimento all'art. 32 della riforma del lavoro non sono mancati rilievi critici, e si è addirittura parlato (ROCELLA M., *Diritto del lavoro: così si torna agli anni Settanta*, in *il FattoQuotidiano* 4 marzo 2010) della <<ennesima dimostrazione di debolezza dell'opposizione>> ed inoltre di uno <<straordinario cocktail di iniquità>> del provvedimento, posto che le regole introdotte colpiranno soprattutto i nuovi assunti e i lavoratori con contratti lavorativi atipici (quindi, in larga misura, i giovani).

Altri, constatato che in passato sono naufragati gli attacchi frontali all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, hanno rilevato (ALLEVA P., *Pronto il referendum, questa legge è incostituzionale*, in *Liberazione* 4.3.2010) che con il nuovo sistema si interviene non più sul diritto sostanziale ma sul piano processuale, per fare in modo che il lavoratore non possa più arrivare in concreto a chiedere giustizia davanti al tribunale del lavoro: così,

da un lato, si introduce uno scadenziario molto breve per le impugnazioni dei contratti a termine, a progetto, per i licenziamenti, i trasferimenti, la dissimulazione dei rapporti precari fasulli (60 giorni per la citazione con raccomandata e 180 -oggi 270- per il giudizio, laddove fino ad oggi c'erano 5 anni di tempo), con la conseguenza che <<il lavoratore viene strangolato. Molti hanno paura a fare ricorso subito perché sperano in un rinnovo contrattuale. Non solo, ma se prima venivano rimborsate tutte le mensilità intercorse nel periodo del giudizio, oggi si andrà da un minimo di 2 e mezzo e un massimo di 12>>, concludendo che <<assistiamo a una forfettizzazione al ribasso del danno>>.

PICCININI A. e PONTERIO C., *La controriforma del lavoro*, in *Questione giustizia*, 2010, evidenziano <l'assoluta iniquità della norma che riconosce al lavoratore non un integrale risarcimento ma solo un indennizzo forfettizzato, secondo criteri mutuati dal licenziamento in tutela obbligatoria, a prescindere dalle dimensioni della società datoriale, e pure partendo dal presupposto della acclarata illegittimità della condotta datoriale>.

PONTE, in FERRARI V., PONTE F.V., FERRARI M., *Il collegato lavoro*, *Experta*, 2010 [All. G21], ha osservato in tema che <<il legislatore, probabilmente condizionato dalla fretta di imporre una direzione diversa al contenzioso esistente, non ha calibrato le nuove norme, lasciando diversi spazi ad interpretazioni che vanno in direzione opposta a quella perseguita.... Ora, se l'intenzione del legislatore era quella di evitare la sostanziale reintegra, impedendo l'applicazione dei principi generali governanti la nullità (anche parziale) dei contratti, è chiaro l'insuccesso della novella, che si limita ad aggiungere un risarcimento del danno, indicando alcuni parametri utili al calcolo. Se invece l'intenzione del legislatore era quella di predeterminare il contenuto del risarcimento, fermi gli effetti della declaratoria di nullità del termine apposto al contratto, il discorso si complica ulteriormente.... In buona sostanza, bisogna sforzarsi non poco per far discendere dalla dichiarazione di nullità dell'apposizione del termine al contratto la mancata produzione naturale degli effetti conseguenti: negare la maturazione del diritto alla percezione della retribuzione, nonostante la sussistenza di un contratto di lavoro considerato a tempo indeterminato>>.

Per DI FLORIO A., Introduzione al convegno *Il collegato lavoro*, cit., Roma, 16.12.2010, la Corte di Giustizia ha rimesso la valutazione "dell'effettiva tutela" ai giudici di merito che hanno nuovamente ricevuto, con la recente sentenza sul caso italiano *Sorge contro Poste Italiane Spa* (CGUE C- 98/09 del 24.6.2010) una rafforzata legittimazione, ma è difficile ritenere che il tetto sopra indicato possa, genericamente ed in tutti i casi di nullità del contratto a termine e di conversione di esso in contratto a tempo indeterminato, essere idoneo a risarcire il danno subito e quindi tutelare effettivamente il lavoratore.

Assai interessanti ed articolate le osservazioni di PANICI P.L. e GUGLIELMI C., *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, relazione al convegno *Il collegato lavoro*, cit., Roma il 16.12.2010 [All. G18], che hanno sottolineato l'esigenza di una interpretazione della norma del collegato nel significato obiettivo delle parole del legislatore, a prescindere dall'intento dello stesso e dalle interpretazioni "giornalistiche", rilevando che va <<espunta quindi qualunque interpretazione "giornalistica" della legge (in base a dichiarazioni alla stampa, prese di posizione politiche, piattaforme di manifestazioni eccetera) ciò che resta è il tenore letterale della norma e l'ordinamento in cui si inserisce, tenendo sempre conto che il legislatore – di cui

*il Giudicante deve interpretare la volontà – nel campo dei contratti a termine è il Legislatore Comunitario, di cui quello nazionale è solo delegato attuatore>>.*

*Ciò premesso, gli autori osservano che <<L'impugnativa della apposizione del termine è azione di accertamento, della nullità parziale del contratto cui consegue – se fondata – la dichiarazione di persistenza del rapporto con gli obblighi derivanti dal sinallagma contrattuale. E' dunque "azione di adempimento" e, secondo la previsione dell'art. 1453 c.c., spettano al lavoratore le ordinarie retribuzioni, "salvo in ogni caso il risarcimento del danno"... .l'eventuale contrasto tra le clausole appositive del termine e le "ragioni" previste dalla legge speciale (368/01) conduce, secondo le regole di diritto comune, alla nullità parziale del contratto che quindi si reputa a tempo indeterminato (c.d. "conversione") ed il lavoratore (art. 1206 e segg. c.c. e art. 1453 c.c.) ha diritto a percepire le ordinarie retribuzioni dalla offerta di prestazione lavorativa, oltre al risarcimento danni.*

*...Il diverso orientamento, che qualifica come risarcitoria l'azione e ritiene che la retribuzione spetta solo a fronte dell'effettiva prestazione lavorativa, non tiene conto che la fonte della obbligazione retributiva è il contratto e non la prestazione lavorativa!*

*...Ciò è fatto evidente dall'art. 1372 c.c. (il contratto ha forza di legge tra le parti), ma ancor più dall'art. 1453 c.c., che, proprio nei contratti sinallagmatici, prevede che se una parte non adempie alle proprie obbligazioni l'altra può, in primo luogo, agire per l'adempimento, nonché – in eventuale aggiunta – per il risarcimento del danno, senza affatto richiedere che abbia effettivamente reso la sua prestazione, per il che soccorre l'art. 1460 c.c., il quale rende palese che certo non è possibile liberarsi dall'adempimento solo rifiutandosi di accettare la controprestazione ma nel solo caso che l'altra parte non l'abbia resa per colpa e fatto propri. Gli artt. 1206 e 1207 c.c., prevedendo che se una parte incorre in "mora credendi", è tenuta a risarcire i danni provocati dalla sua mora offrendo una tutela aggiuntiva alla parte non inadempiente, e non sostitutiva dell'azione di adempimento, come illustra senza possibili ambiguità la scelta del legislatore di affermare che "il creditore è pure tenuto a risarcire i danni" (art. 1207 secondo comma, sugli effetti della mora). >>*

*Si osserva quindi, in merito all'art. 32 della legge 183 del 2010, che <<il primo dato letterale in cui ci imbatte è che la norma non fa riferimento alcuno all'adempimento. ...le retribuzioni dovute (e chieste con le originarie conclusioni) hanno necessariamente natura di adempimento e spettano in applicazione della generale disciplina dei contratti e non certo in base a disposizioni speciali; l'art. 32 6° comma della L.183/2010 fa invece riferimento al "risarcimento"... Chiarito pertanto – davvero senza dubbio – come la previsione di cui all'art. 32 VI comma NULLA abbia a che vedere con il dovuto pagamento delle retribuzioni (e su tale punto si è convinti che non vi sia possibilità alcuna di dissentire), resta solo da valutare se il Legislatore abbia voluto escludere per la sola categoria dei lavoratori precari assunti a termine il diritto generale dei contratti (art. 1453) per cui "nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno", lasciando solo il diritto ad un'indennità di modesto importo che prescinde del tutto sia dal dovuto adempimento sia dall'accertamento del reale danno>>.*

*Una risposta al quesito viene poi dal confronto della disposizione in discorso con quella già usata dalla legge 133 del 2008, e con quella inserita dal medesimo legislatore della legge 183 del 2010 nell'art. 50, che precisa che per quanto attiene una particolare tipologia di "contratti a progetto" se vi sia offerta del datore "di conversione a tempo indeterminato del contratto l'offerta di assunzione, è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di*

lavoro con una indennità da 2,5 a 6 mensilità”, laddove tale avverbio manca con riferimento all’indennità ex art. 32 co. 5 della medesima legge.

<<E dunque se lo stesso il legislatore nella stessa legge utilizza due diverse formule è perché vuole prevedere due differenti effetti: nel caso di cui all’art. 50 l’indennità è quanto “unicamente” spetta al lavoratore, nel caso dell’art. 32 l’indennità si aggiunge agli ulteriori rimedi di diritto civile e cioè declaratoria di nullità parziale della clausola e diritto alla retribuzioni maturate dall’offerta di prestazioni. Il legislatore, cioè, “ubi voluit dixi”.>>

Un ulteriore elemento che sostiene l’interpretazione, secondo i detti autori, è costituita dal <<dato processualistico: se l’intenzione della legge fosse quella di ridurre il danno risarcibile, non vi sarebbe necessità di integrazione della domanda: nel più richiesto è sempre compreso il meno ottenibile>>.

Soprattutto, si rileva assai incisivamente: <<Che tale infine sia l’unica interpretazione possibile lo si ricava non solo dal tenore letterale della norma (primo canone di interpretazione della legge) e dalle sue connessioni con il codice civile (che la disciplina speciale lavoristica può derogare in melius e non certo al contrario prevedendo una tutela affievolita per il contraente debole rispetto all’ordinaria disciplina dei contratti) ma anche perché la “volontà del legislatore” a cui si deve fare primario riferimento nell’interpretazione della norma nazionale in tema di contratti a termine è quella del legislatore Comunitario>>. Ed ancora: <<La stessa Cass. 10033 dell’aprile 2010, afferma che ogni interpretazione della norma nazionale deve essere compatibile con la normativa europea e della interpretazione della Corte di Giustizia le cui pronunce assumono valore costituzionale ex art. 76 in forza della delega contenuta nella l. 422/2000 di recepimento della Direttiva UE 1990/70 CE e art. 117 Cost. Anche l’interprete è dunque vincolato dalla clausola 8 n. 3 di non regresso dell’accordo quadro comunitario. E deve quindi decidere attuando il principio ispiratore della Direttiva che è quello di contrastare l’abuso del contratto a termine (e non premiarlo). Che possa decidere il Giudice del merito è confermato dal rilievo che la Cassazione è ora il Giudice della “nomofilachia integrata” la cui funzione è quella di interpretare la legge italiana alla luce dei principi comunitari, riconoscendo alla Corte Europea il ruolo guida nella individuazione di tali principi. E’ dunque evidente che l’interpretazione dell’indennità da 2,5 a 6 mensilità, come unica spettanza del lavoratore contrasti con i principi costituzionali e comunitari oltreché con le regole di diritto comune delle obbligazioni>>.

Come sempre assai incisivi e pertinenti i rilievi e le considerazioni di COSSU B. e GIORGI F. M., *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, c.p. in *Mass. Giur. Lav.*, 2010 [All. G3], i quali - valorizzando anche il richiamo letterale operato dal legislatore alla “conversione” del rapporto - termine con il quale secondo l’interpretazione preferibile il legislatore fa riferimento a qualunque pronuncia dichiarativa di nullità parziale, ex art. 1419 cod. civ., del contratto di lavoro a tempo determinato, per effetto della quale la clausola di apposizione del termine si considera *tamquam non esset* e il rapporto è qualificato *ab origine* a tempo indeterminato- osservano che, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi prima della nuova disciplina, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, i crediti vantati dal lavoratore in dipendenza della mancata percezione della retribuzione per il periodo intercorso tra la scadenza del termine nullo e la sentenza che ne accerta l’invalidità possono essere riconosciuti in quanto il datore di lavoro versa in una situazione di *mora accipiendi*, ai sensi dell’art.

1206 cod.civ., per non aver accettato l'offerta delle prestazioni lavorative, non essendo possibile, in applicazione al contratto di lavoro della regola propria della disciplina dei contratti a prestazioni corrispettive, che il creditore della prestazione lavorativa resa impossibile dal suo rifiuto di accettarne l'offerta, possa invocare l'art. 1463 cod. civ. e considerarsi, quindi, a sua volta, liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione pecuniaria, essendo "a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore" (art. 1207, 1° comma cod. civ.).

Alla luce di tale precisazione, osservano gli autori, <<l'opinione secondo la quale la penale risarcitoria introdotta dalla nuova disposizione avrebbe un effetto integralmente sostitutivo e derogatorio della disciplina di diritto comune in materia di mora credendi appare manifestamente violativa, come detto, dell'art. 36 Cost. E', infatti, assai difficile ritenere conforme a tale precetto una disposizione che inibirebbe una liquidazione risarcitoria in misura superiore a dodici (ovvero a sei nella fattispecie di cui al sesto comma dell'art. 32) mensilità del mancato guadagno subito dal lavoratore nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui si accerti l'ininterrotta vigenza, anche se il lavoratore sia inutilmente rimasto a disposizione dell'imprenditore per un periodo di tempo di gran lunga superiore (anche per effetto della durata del processo) e la prestazione sia, medio tempore, divenuta impossibile solo a causa del rifiuto datoriale di riceverla...

Se è indubbio che rientra nella discrezionalità del legislatore introdurre, anche in materia di risarcimento del danno, discipline speciali destinate a regolamentare specifiche fattispecie, è tuttavia indiscutibile che in tanto la deroga ai principi di diritto comune potrà ritenersi validamente posta, in quanto rispetti tutti i principi di rango costituzionale che si applicano a tali fattispecie. Sotto tale profilo, a fronte della accertata esistenza della continuità di un rapporto di lavoro conseguente alla pronuncia di nullità parziale del termine, anche il diritto del dipendente al risarcimento del danno per la perdita della retribuzione che avrebbe maturato nel periodo in cui è rimasto a disposizione del datore di lavoro e non ha acquisito altre utilità derivanti da un'attività lavorativa, non sembra poter essere svincolato dai criteri di proporzionalità e sufficienza di cui al citato precetto costituzionale.

Vengono, poi, in rilievo profili di irrazionalità, in violazione sempre dell'art. 3 Cost., della disposizione, che introdurrebbe una disciplina sostanzialmente identica - seppure nell'ambito di un parametro di forfettizzazione graduabile - relativamente a situazioni ontologicamente differenti. ...Difatti, disgiungere la misura dell'indennità dalla considerazione del periodo nel quale il rapporto sia rimasto inattuato per esclusiva volontà del datore di lavoro, implicherebbe la liquidazione di uguali indennità in situazioni del tutto diverse, ad es. a fronte di periodi di mora accipiendi di durata notevolmente diversa (anche per effetto della possibile diversa articolazione dei singoli giudizi in uno o più gradi), favorendo, così, anche comportamenti processuali dilatori>>.

Gli autori propongono così una diversa interpretazione – costituzionalmente orientata – della norma, ritenendola non inibita dalle dichiarazioni di intento emergenti dai lavori parlamentari, posto che la *voluntas legis*, così come obiettivata nel testo normativo ed intesa come lo scopo che la norma può avere come parte del sistema giuridico nel quale si inserisce, deve ritenersi prevalere sulla *voluntas legislatoris* e cioè sulla volontà, in senso storico, dell'autore materiale della legge, avendo i lavori preparatori della legge valore meramente sussidiario ai fini della sua interpretazione: <<Si può, pertanto, ed è corretto valorizzare, in conformità al disposto dell'art. 12, 1° comma prel., il dato testuale della norma, dalla cui piana lettura emerge in modo incontrovertibile che la liquidazione dell'indennità risarcitoria è correlata esclusivamente al mero accertamento della nullità del termine (cioè ad una pronuncia di "conversione" del contratto a termine in contratto a tempo

*indeterminato), sicchè per il suo riconoscimento la verifica se il datore di lavoro versi o meno in una situazione di mora accipiendi è del tutto irrilevante.*

*Basti, a tal fine, considerare che, così come formulata, la norma impone al giudice di liquidare l'indennità anche nei giudizi di accertamento della nullità del termine proposti e definiti in costanza di rapporto; anche in tale ipotesi, infatti, benché il lavoratore sino all'esito del giudizio abbia continuato a percepire la normale retribuzione a lui spettante, ricorre la fattispecie normativamente prevista, costituita dalla esistenza di una pronuncia di "conversione" del contratto a termine. Analogamente, nel caso in cui il lavoratore successivamente alla scadenza del termine abbia immediatamente trovato altra occupazione senza sopportare così alcun danno.*

*Sia l'istituto della mora credendi, sia qualsivoglia ipotesi di inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, sembrano, quindi, rimanere nel "cono d'ombra" della nuova disposizione, la quale non appare tenerli in alcun conto, sì da consentire anche ai sostenitori della natura esaustiva della nuova disciplina di affermare che l'indennità spetta anche se il datore di lavoro non sia mai stato in mora e se il lavoratore non abbia subito, come già detto, alcun danno.*

*Da quanto sopra discende che all'indennità in questione non può essere attribuita altra funzione che quella di penale sanzionatoria, connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine (configurabilità alla quale non osta la natura pattizia della clausola dichiarata nulla, atteso che tutta la disciplina limitativa del potere delle parti di apporre un termine al contratto di lavoro assolve dichiaratamente a funzioni di tutela del prestatore d'opera, supponendo l'ordinamento, anche comunitario, che tale elemento accidentale sia normalmente previsto nell'interesse della parte datoriale) con l'ulteriore conseguenza che la norma non incide sulla disciplina di cui all'art. 1206 cc.*

*Pertanto, nei casi in cui ricorra anche una situazione di mora accipiendi del datore di lavoro, si deve concludere che il credito del lavoratore per le utilità perdute non potrà ritenersi sostituito dalla liquidazione indennitaria prevista dalla disposizione in esame.*

*Non sembra, invero, ricorrere alcuna delle ipotesi cui l'art. 15 prel. riconduce l'effetto abrogativo della lex posterior, e cioè, né che la nuova legge regoli l'intera materia, né che vi sia incompatibilità tra i due regimi.*

*Ovviamente, nel caso in cui si ritenga la natura risarcitoria del credito conseguente alla mora credendi del datore di lavoro, dal relativo importo – ove superiore – andrà detratta la ricordata indennità sanzionatoria (realizzandosi così una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista dall'art. 18 l. 300/1970 con riferimento alla misura minima del risarcimento del danno), in ragione del generale principio che non consente in materia di risarcimento del danno di ottenere, in qualunque forma, la duplicazione dello stesso e comunque di quello, desumibile dall'art. 1223 c.c., della compensatio lucri cum damno, che impone di detrarre dal risarcimento gli eventuali vantaggi causalmente imputabili all'illecito.*

*Nel caso, invece, in cui si ritenga che dalla mora accipiendi discenda il diritto alle retribuzioni, l'importo della penale de qua andrà detratto non già dalla stessa ma dall'eventuale danno ulteriore di cui al secondo comma dell'art. 1207 c.c.>>.*

DE MICHELE V., *La riforma "sconsacrata" del processo del lavoro nella legge postale n. 183/2010, c.p. [All. G7]*, rileva sul piano pratico la scorrettezza del "legislatore postale" che <<tenta di indurre sia le Corti di appello sia la Suprema Corte di Cassazione (che, comprensibilmente, appare piuttosto incline a cedere a questa possibilità di liberarsi di migliaia di cause di CTD Poste con la cessata materia per intervenuta conciliazione tra le parti) a cassare o riformare le sentenze di 2° grado (per la Cassazione) o di 1° grado (per le Corti di appello), rimettendo la causa al 1° giudice per adeguarsi allo ius superveniens al fine di applicare la

nuova “sanzione” con i poteri istruttori di cui all’art. 421 c.p.c. ... In buona sostanza, con questo escamotage normativo, il legislatore postale può indurre gli ultimi “recalcitranti” ex precari Ctd in servizio presso l’impresa pubblica, troppo fiduciosi nel corretto e regolare svolgimento dei processi su questioni già affrontate e risolte positivamente con indirizzo ormai consolidato dalla Giurisprudenza di legittimità (si pensi, ad esempio, ai contratti a termine Poste stipulati ai sensi dell’art. 8 C.C.N.L. “aziendale” del 1994) o apparentemente consolidato della sola Giurisprudenza di merito per i contratti a termine stipulati ai sensi dell’art.1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001 (sulla base degli accordi collettivi dal 1° gennaio 2002 al 31 dicembre 2002; per “ragioni sostitutive” dal 1° gennaio 2003 al 31 dicembre 2005; per ragioni “organizzative, tecniche o produttive” dal 1° gennaio 2008 fino all’attualità), ad accettare di aderire ad una proposta conciliativa che, in condizioni di normalità processuale e ordinamentale, non avrebbero mai perfezionato>>.

L’autore ritiene la norma del collegato in contrasto con varie disposizioni costituzionali e comunitarie: <<Violazione della parità di trattamento. ...La disparità di trattamento in danno del lavoratore precario è evidente sia con riferimento ai lavoratori a tempo indeterminato di Poste italiane s.p.a. o delle imprese a cui si applica la c.d. “tutela reale o reintegratoria” (lavoratori “comparabili”) che, ai sensi dell’art. 18 della legge n. 300/1970, si vedono riconoscere, nel caso in cui la risoluzione del rapporto di lavoro (licenziamento) sia dichiarata illegittima o invalidata dal Giudice, le integrali retribuzioni maturate nel periodo di esclusione, sia, soprattutto, rispetto alle diverse ipotesi di rapporti contrattuali di lavoro di natura temporanea, pur disciplinate dalla medesima norma in modo identico quanto alla impugnazione del recesso, che non sono soggette alla limitazione della forfeitizzazione del risarcimento: si pensi ai rapporti irregolari [art. 32, comma 3, lettera a)], a quelli di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto [art. 32, comma 3, lettera b)], ai rapporti di somministrazione di lavoro di lavoratori utilizzati da Poste italiane s.p.a. o dalle imprese a cui si applica la c.d. “tutela reale o reintegratoria” attraverso agenzie interinali [art. 32, comma 3, lettera a)], alle ipotesi di cessione di rapporto di lavoro [art. 32, comma 3, lettera c)]. In tutti questi casi non è rinvenibile alcuna limitazione al diritto ad ottenere l’integrale risarcimento del danno, secondo le regole generali. ...L’accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva Cee 1999/70, alla clausola 4, n. 1, prevede [in applicazione del principio generale di parità di trattamento di cui all’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta di Nizza), oggi norme primarie del Trattato in virtù del recepimento e del richiamo nell’art. 6, paragrafo 2, del TUE] il principio di parità tra lavoratori comparabili, stabilendo che, per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive; ragioni oggettive che, francamente, appare arduo intravedere nella specie. Tali principi sono del resto enunciati nella Carta di Nizza che, all’art. 20, ribadisce che tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge. Così non pare essere, per quanto detto, per i lavoratori con contratto a termine, che si vedono discriminati rispetto agli altri lavoratori creditori (anche con contratto di natura temporanea) in tema di risarcimento del danno....

Violazione del principio del giusto processo. L’art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge n. 183/2010 presenta anche evidenti caratteri di contrasto con il principio dell’equo e giusto processo, davanti ad un Giudice imparziale, principio che trova sostegno e tutela in più fonti normative sovranazionali e nazionali, come gli artt. 24, 101, 102, 104 e 111 Costituzione, l’art. 47 Carta fondamentale dei diritti dell’Unione europea e l’art.6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo Cedu....Da un lato, lo scopo della norma è certamente stato in primo luogo quello di “spingere” i lavoratori ad aderire all’accordo sindacale del 27 luglio 2010 (nel senso che non risultava più conveniente, a fronte del consolidamento dell’accordo, resistere al solo scopo di conservare le somme liquidate a titolo di risarcimento), così come era già avvenuto per il precedente accordo del luglio 2008

*e per la norma di “accompagnamento” dell’art. 4-bis D.Lgs. n. 368/2001. Dall’altro, la novella legislativa ha comunque quale fine quello di portare ad una riforma “forzata” delle sentenze che hanno riconosciuto ai lavoratori somme che ormai sono entrate a far parte della loro sfera giuridica, secondo i principi vigenti all’epoca delle decisioni delle loro cause e delle difese assunte dalle parti nel corso dei relativi giudizi. Ciò comporta, attraverso un distorto uso dello strumento della retroattività della legge, un’influenza indebita sui giudizi in corso tale da violare gli artt. 24 (tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti), 101, 102 e 104 (poteri della magistratura) e 111 (giusto processo) della Costituzione, l’art. 47 della Carta di Nizza e l’art. 6 della Cedu. E’ infatti noto che la retroattività, pur ammessa nell’ipotesi di leggi civili, è comunque temperata dall’esigenza di ragionevolezza della norma>>.*

Più in generale, però, l’autore evidenzia l’incompatibilità <<ontologica ed etica>> dell’art. 30, commi 2 e 4, dell’art.31, commi 5-16, e dell’art. 32, commi 1-4, con i principi comunitari e costituzionali, sottolineando da un lato l’effetto perverso del collegamento tra la norma del collegato relativa all’indennità ed il nuovo termine decadenziale dell’impugnativa del termine introdotto dalla nuova legge, dall’altro lato il paradosso della minor tutela del lavoro privato rispetto al lavoro pubblico (per come a questa riconosciuto dalla giurisprudenza soprattutto comunitaria), sia infine l’illegittimità di una previsione retroattivamente volta ad incidere sui processi in corso, concludendo che <<Per porre rimedio alla situazione normativa interna e alla volontà indefessa del legislatore nazionale di non rispettare il diritto dell’Unione europea e la tutela generale dei lavoratori, la cui effettività verrebbe comunque rallentata dai giudizi incidentali di pregiudizialità comunitaria o costituzionale provocati dall’entrata in vigore della legge n. 183/2010, potrebbe essere sufficiente, sul piano etico prima che giuridico, disapplicare o non applicare norme indecorose, soprattutto quando il datore di lavoro che invocherà le nuove disposizioni sarà lo stesso Stato che ha imposto la nuova riforma, nel tentativo di ridurre il processo del lavoro al luogo deputato alla certificazione di qualità della intangibilità degli abusi e della inapplicabilità delle tutele>>.

## **9. La disciplina transitoria.**

### **9.1. Il comma 7 dell’art. 32.**

Il comma 7 dell’ art. 32 prevede che “*le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Con riferimento a tali ultimi giudizi, ove necessario, ai soli fini della determinazione della indennità di cui ai commi 5 e 6, il giudice fissa alle parti un termine per l’eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell’articolo 421 del codice di procedura civile*”.

Dunque, le disposizioni sulla conversione e sul pagamento dell’indennità forfezzata si applicano anche ai giudizi in corso.

## 9.2. L'ambito di applicazione della norma, in particolare in appello ed in cassazione.

### 9.2.1. La giurisprudenza.

Secondo un orientamento, la disposizione si applica solo ai giudizi pendenti in primo grado: si argomenta in tal senso sulla base della seconda parte del comma 7, che prevede che il giudice fissa alle parti un termine per l'integrazione delle domande, delle eccezioni ed esercita i poteri di cui al 421 c.p.c., ai fini della determinazione dell'indennità; inducono a tale conclusione il riferimento alle domande ed eccezioni, e non ai motivi di impugnazione, nonché il riferimento alla necessità di un'attività istruttoria ai fini della determinazione dell'indennità ed il richiamo in questo senso dell'art. 421 cod. proc. civ. e non anche dell'art. 437 cod. proc. civ., unitamente alla considerazione che se vi è attività istruttoria questa deve avvenire necessariamente nell'ambito del processo di primo grado, poiché, diversamente, in ordine all'accertamento di quei fatti le parti sarebbero private di un grado di giurisdizione in modo inespresso, oltre che il rilievo secondo cui è impensabile che l'attività istruttoria avvenga nel giudizio di Cassazione.

Secondo un opposto orientamento, la disposizione ha un carattere generale (limitandosi solo nella seconda parte a disciplinare le questioni che verosimilmente si porranno nel giudizio di primo grado), non distingue i vari gradi di giudizio, né tale distinzione appare seriamente sostenibile in relazione alla esigenza che la medesima disciplina sostanziale sia applicata nei vari gradi di giudizio, non potendo discendere l'applicazione di una norma piuttosto che altra dal grado di progressione del giudizio.

Sul tema si sono registrate le prime pronunce della giurisprudenza, **Corte d'appello di Roma 24.11.2010, 30.11.2010** e **Corte d'appello di Milano 14.12.2010**, che hanno escluso l'applicazione della norma in appello.

Si riportano di seguito le motivazioni di App. Roma 24 novembre 2010 **[All. F1]**, che ha ritenuto quanto segue: *<<Si pone, dunque, il problema dell'applicabilità di tale norma anche ai giudizi pendenti in sede di appello (nonché in fase di cassazione e di rinvio), ancorché non sia richiamato l'art. 437 c.p.c. che regola il potere officioso in tale fase di giudizio; il fatto che ciò non sia avvenuto rende, appunto, dubbia l'applicabilità della disposizione in esame al grado di appello.*

*Ad avviso della Corte, stante l'obiettivo scarsa chiarezza legislativa sul punto, occorre procedere alla stregua del dettato di cui all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo il quale nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Ciò premesso, l'argomento letterale appare a questo Collegio il più convincente per le seguenti ragioni: l'ampia dizione "compresi quelli (giudizi) pendenti" contenuta nella parte iniziale del comma 7, deve essere letta ed interpretata alla luce della successiva parte dello stesso comma ove appunto viene specificato l'ambito di riferimento ai detti giudizi;*

*nella seconda parte dello stesso comma 7, il legislatore fa preciso ed inequivoco richiamo all'eventuale integrazione di "domande ed eccezioni" e non anche dei motivi di impugnazione e relative difese nei successivi gradi del giudizio;*

*nella stessa parte del comma 7 si fa, infine, riferimento, in caso di necessità di nuova attività istruttoria ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria, al solo art. 421 c.p.c. e non anche all'art. 437 s.c.;*

*ove, poi, occorra svolgere la detta istruttoria, una siffatta attività non può che avvenire nell'ambito del processo di primo grado, in quanto – diversamente opinando – in ordine all'accertamento dei tali nuovi fatti le parti verrebbero inevitabilmente private di un grado di giurisdizione, principio per derogare al quale, sebbene non costituzionalizzato, occorre una espressa previsione, non contenuta nella norma in esame;*

*L'attività istruttoria non è ammissibile nel giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, nel quale però la norma dovrebbe comunque trovare applicazione, dandosi ad essa la più estesa ed ampia interpretazione suggerita dalla difesa delle Poste Italiane s.p.a.*

*Ne consegue – a parere della Collegio – che la tesi dell'applicabilità della norma sopravvenuta ai soli giudizi pendenti in primo grado meglio si concilia con i limiti derivanti dalle regole che governano il giudizio di appello, nell'ambito del quale, all'esito del progressivo verificarsi di effetti preclusivi derivanti dal tenore dei motivi di censura e dai comportamenti processuali delle parti, la materia del contendere viene via via a ridursi, con la conseguenza che tutto quanto non risulta essere più dibattuto (o mai dibattuto), resta insensibile alla nuova disposizione legislativa, la cui applicazione presuppone specifiche deduzioni anche in punto di fatto.*

*In conclusione, opina pertanto la Corte che l'interpretazione favorevole all'applicabilità anche in appello della legge 183/10 non è condivisibile in quanto si fonda esclusivamente sulla valorizzazione del richiamo omnicomprendente a tutti i giudizi, compresi quelli pendenti (contenuto nella prima parte del comma 7 di essa), fatto sempre e comunque salvo, ovviamente, il giudicato interno, quando la questione risarcitoria non sia stata riproposta in sede di gravame; tale richiamo, però, per le ragioni già sopra evidenziate, non può che essere valutato nel quadro sistematico dell'intera disciplina transitoria e, quindi, in stretta correlazione con le previsioni successive, che regolano le modalità procedurali per la sua applicazione - eventuali integrazioni di domande ed eccezioni e poteri istruttori ufficiosi del giudice ai sensi del (solo) art. 421 c.p.c. - chiaramente indicative dell'intenzione del legislatore di limitarne l'ambito di applicazione al primo grado di giudizio>>.*

In senso opposto si è pronunciata **Trib. Roma 28 dicembre 2010 [All. F6]**, che respinge, <<secondo un orientamento costituzionalmente orientato, la ricostruzione esegetica della disposizione che ritiene circoscritta al solo primo grado l'applicazione della previsione legislativa. Invero, dal punto di vista letterale, non appare decisivo il richiamo espresso dell'art. 421 c.p.c. (da parte del comma 7 dell'art. 32), i cui principi vengono frequentemente richiamati, da dottrina e giurisprudenza, per la regolazione di tutto il processo del lavoro nei suoi vari gradi (con riguardo alla elaborazione giurisprudenziale, cfr., ad es., Cass. nn. 14197/2010, 16661/2009, 209/2007, tutte sentenze che, con riguardo sia al primo grado che al grado di appello, affrontano i profili della discrezionalità del giudice nell'acquisizione di nuovi documenti o nell'ammissione di nuove prove richiamando indistintamente gli artt. 421 e 437 c.p.c.). Inoltre, il riferimento all'integrazione della domanda e delle relative eccezioni, seppur tipicamente riferibile esclusivamente al primo grado, può adattarsi alle posizioni reciproche delle parti assunte nei gradi successivi ai primi. D'altra parte, e nel segno inverso, il legislatore appare aver manifestato l'intenzione di applicare la norma a tutti i gradi di giudizio nella misura in cui ha espressamente previsto che le disposizioni in esame "trovano applicazione per tutti i giudizi">>.

La sentenza è consapevole che l'interpretazione prospettata fa venir meno il rischio di un'irragionevole discriminazione tra parti che abbiano una controversia in diversi gradi di giudizio, e rammenta correttamente il principio, più volte applicato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui *<<le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali>>* (ex multis, i **provvedimenti Corte Cost. nn. 98/2010, 338/2009, 310/2009, 301/2003, 356/1996**).

Prosegue inoltre la sentenza: *<<Dal punto di vista sistematico, inoltre, emerge chiaramente dalla lettura complessiva della norma che il legislatore ha inteso fornire una disciplina esaustiva con riguardo alle conseguenze di una declaratoria di illegittimità dell'apposizione della clausola del termine, senza distinzioni di situazioni processuali. A fronte degli elementi equivoci di carattere letterale (ma di quelli univoci di carattere sistematico), questa interpretazione si impone altresì alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 214/2009 che ha ritenuto la illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del decreto legislativo n. 368 del 2001, n. 368 introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008: la Corte ha, infatti, ritenuto che mutare le conseguenze della violazione di regole previgenti (con riguardo alle conseguenze dell'apposizione illegittima della clausola del termine ai contratti di lavoro) limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro (alla data del 22.8.2008) contrasta con l'art. 3 Cost. e crea una irragionevole discriminazione tra soggetti che si trovano in situazioni identiche (ossia che hanno stipulato contratti a tempo determinato nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dagli stessi vizi).*

*La disamina delle argomentazioni offerte da questa recente sentenza della Corte Costituzionale conferma a questo giudice il potere-dovere di offrire una lettura dell'art. 32 in questione conforme alla Carta Costituzionale e tale, quindi, da ricomprendere tutti i gradi di giudizio. Si rileva, in particolare, che la Corte non ha ritenuto, nemmeno incidenter tantum, di effettuare una valutazione di costituzionalità sull'introduzione del regime esclusivamente risarcitorio da parte del legislatore del 2008 in caso di illegittimità della clausola del termine; la norma è stata, pertanto, censurata (dalla Corte Costituzionale) solamente con riguardo alla irragionevolezza della vigenza temporale e non per i profili di carattere sostanziale>>.*

### **9.2.2. La dottrina.**

Anche su tale aspetto si registrano interventi dottrinali specifici.

Con riferimento all'ambito di applicazione della norma, DE MICHELE V., *La riforma "sconsacrata" del processo del lavoro nella legge postale n. 183/2010*, op. cit. **[All. G7]**, rileva sul punto che, per il richiamo contenuto nella norma all'integrazione istruttoria, la norma non può trovare diretta applicazione in Cassazione, posto che l'attività istruttoria non trova spazio nel procedimento di legittimità e, comunque, i relativi accertamenti di fatto sono estranei a quella fase del giudizio, né in appello, militando in tal senso l'espresso richiamo all'art. 421 cpc (poteri ufficiosi del giudice di primo grado), senza cenno alcuno all'art. 437, comma 2, cpc che regola, invece, quelli del

giudice di appello, e non contenendo la norma accenno alcuno alla possibilità di modifica dei motivi di impugnazione.

Da ciò deriva sul piano processuale, con riferimento alle sentenze di merito già pronunciate sulla scorta della previgente disciplina, il <<*suggerimento del legislatore alla Cassazione e alle Corti di appello di rescinderle e cassarle, rimettendo la causa al 1° Giudice, l'unico che abbia avuto il riconoscimento di poteri istruttori "extra ordinem" per adeguarsi ai nuovi precetti sanzionatori*>>. Per l'inapplicabilità della norma in appello e cassazione, anche DE ANGELIS L., *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in *Working papers* del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2010, 12 [All. G4], e VALLEBONA A., *Una buona svolta del diritto del lavoro: il <collegato> 2010*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 213 [All. G32], in considerazione del riferimento della norma a poteri istruttori ed istituti tipici del solo primo grado.

In senso opposto, ed assai convincentemente, osserva TATARELLI M., *Entità del risarcimento fissata dal giudice*, in *Guida al diritto*, Sole 24 ore, n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. IX [All. G28], che <<*Si pone, allora, il problema dell'applicabilità della norma anche nei giudizi pendenti in sede di appello e in fase di rinvio, ancorché non sia richiamato l'articolo 437 del cpc, che regola il potere officioso in tale fase del giudizio. La soluzione positiva si fonda essenzialmente sulla valorizzazione del richiamo onnicomprensivo a tutti i giudizi, compresi quelli pendenti, che apre il comma, fatto salvo, ovviamente, il giudicato interno, quando la questione del risarcimento non sia stata riproposta al giudice del gravame. ... Nell'ottica onnicomprensiva non può essere enfatizzato il riferimento al solo articolo 421 del Cpc, da intendere come richiamo al principio generale sul potere officioso, esercitabile come tale sia in primo grado, che in appello. Inoltre, l'opzione evita un effetto distortivo della parità di trattamento, cioè la sottoposizione della domanda accolta in primo grado alla falcidia del risarcimento, diversamente da quella accolta in appello a seguito di impugnazione di sentenza sfavorevole o nel giudizio di rinvio*>>.

La soluzione da ultimo indicata appare meritevole della più ampia condivisione, atteso che una soluzione processuale "a colore", come incisivamente detto, non sembra ipotizzabile, e sarebbe irrazionale che una differenza concernente la sostanza dei diritti delle parti sia conseguenza del grado di pendenza della lite, che è fatto occasionale e immanente al singolo processo, laddove nel caso vi è una nuova regolamentazione di un aspetto sostanziale del rapporto contrattuale.

### 9.3. Il problema della retroattività della norma.

#### 9.3.1. Nella giurisprudenza CEDU.

Distinto problema è quello della possibilità del legislatore nazionale di intervenire retroattivamente ed in via sostanzialmente "ablativa" nella disciplina di situazioni giuridiche maturate. Il problema esorbita dai confini nazionali, atteso che nella giurisprudenza della CEDU [All. C], l'affermazione di un limite ai legislatori nazionali presente nella carta all'introduzione ingiustificata di disposizioni retroattive si è avuta in numerose sentenze relative alla materia della espropriazione, dei sussidi e dei benefici fiscali, del risarcimento del danno e della politica sociale. Sotto il primo profilo, si richiamano, tra le tante, le decisioni 19/1/2010, **Zuccalà** c. Italia, 11/1/2007, **Quattrone** c. Italia, 29/3/2006, **Scordino** c. Italia, 18/3/2008, **Velocci** c.

Italia, 25/1/2007, **Morea** c. Italia, 6/10/2009, **Perinati** c. Italia e 6/10/2009, **Ricci** c. Italia, 30/6/2009, **Mandola** c. Italia, 8/12/2009, **Vacca** c. Italia, 8/12/2009, **Gennari** c. Italia.

Nella seconda materia, si ricorda il provvedimento 18/5/2010, **Plalam** c. Italia (secondo il quale Integra la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1, CEDU l'applicazione retroattiva di una legge in materia di sussidi pubblici alle imprese recante nuovi criteri per il riconoscimento del relativo diritto, in quanto essa ha alterato il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti fondamentali della società ricorrente), il provvedimento 14/2/2006, **Lecarpentier** c. Francia (che ha affermato che nella specie l'interesse patrimoniale dei ricorrenti, la loro aspettativa legittima ad una simile restituzione costituisce un "bene" ai sensi dell'art. 1 del Prot. n.1, pertanto applicabile e violato, in considerazione del fatto che l'efficacia retroattiva della legge sopravvenuta non è giustificata da una causa di pubblica utilità tale da giustificare il carico "anormale ed esorbitante" sui ricorrenti che rompe il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia dei diritti del singolo), ed il provvedimento 23/7/2009, **Joubert** c. Francia (secondo il quale l'intervento della legge, che regolava in maniera retroattiva e definitiva la controversia tra i ricorrenti e l'amministrazione fiscale, non era giustificato dall'interesse generale. Pertanto non è certo che l'ingerenza in questione servisse una causa di pubblica utilità, laddove la legge ha fatto pesare un carico anomalo ed esorbitante sui ricorrenti, e il pregiudizio recato ai loro beni ha rivestito un carattere sproporzionato, che ha rotto il giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui).

In tema di risarcimento del danno, 6/10/2005, **Draon** c. Francia ha ritenuto la Corte europea violare l'art. 1 del Protocollo n. 1 l'applicazione retroattiva della legge che ha l'effetto di privare i soggetti titolari del diritto al risarcimento di una parte sostanziale dei crediti cui avrebbero avuto diritto sulla base della previgente disciplina.

In materia pensionistica, nel caso deciso con provvedimento 19/6/2008, **Ichtigiaroglou** c. Grecia, la Corte, pur riconoscendo che i legislatori possono disporre retroattivamente, afferma tuttavia che un siffatto intervento deve essere giustificato da imperativi motivi di interesse generale, come richiede in particolare il principio di "preminenza del diritto" (*prééminence du droit*) (Nella specie, il giudice europeo, anche se ritiene contestabile la conformità a questi principi della legge del 1994, ritiene che l'equilibrio fra le esigenze di interesse generale e la salvaguardia del diritto al rispetto dei beni della ricorrente sia stato rotto non dalla legge del 1994, che i giudici di merito non hanno ritenuto applicabile retroattivamente, ma dalla applicazione che della legge ha fatto il Consiglio di Stato oltre undici anni dopo l'inizio della controversia. Vi è stata perciò violazione del diritto di proprietà).

In sede di applicazione dell'art. 6 della CEDU, nella decisione relativa al caso **Scanner de L'Ouest Lyonnais** e altri c. Francia, del 21 giugno del 2007 la Corte europea ha ribadito che, mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore

nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale (<<*imperieux motifs d'interet general*>>). La stessa Corte europea ha ricordato, inoltre, che il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari.

Tale orientamento, che trova i suoi precedenti nei casi **Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis** c. Grecia del 9 dicembre 1994, e **Zielinski e altri** c. Francia, del 28 ottobre 1999, censura la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modificano retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica.

Questa prassi può essere suscettibile di comportare una violazione dell'art. 6 della CEDU, risolvendosi in un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia.

Nel caso **Zielinski** e altri c. Francia, in particolare (come prima nel caso **Papageorgiou** c. Grecia, sentenza del 22 ottobre 1997), si è riaffermato il principio che nega ogni indebita interferenza del legislatore, fatta salva la sussistenza di <<motivi imperativi di interesse generale>>. La Corte europea, tuttavia, ha precisato che siffatti motivi non ricorrevano nella specie, in quanto il mero rischio finanziario, denunciato dal Governo ed espressamente indicato dalla Corte costituzionale, non consentiva di per sé che il legislatore si sostituisse alle parti sociali del contratto collettivo, oggetto del contenzioso. La Corte, quindi, verificata la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali favorevoli ai ricorrenti, ha censurato la norma interpretativa che era sopravvenuta retroattivamente, nonostante gli accordi collettivi intervenuti in senso contrario.

Ciò posto, occorre rilevare che la Corte di Strasburgo non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore, dal momento che in varie occasioni ha ritenuto non contrari all'art. 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali. La legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso **Forrer-Niederthal** c. Germania, sentenza del 20 febbraio 2003).

In questo caso, la Corte europea, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà, senza indennizzo, in <<*propriété del popolo*>> della ex D.D.R., ha concluso per la compatibilità dell'intervento con la norma convenzionale; ciò non soltanto per il motivo "epocale" del nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione, ma anche in considerazione della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, l'accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito.

In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore.

Si tratta, in primo luogo, della sentenza 23 ottobre 1997, nel caso **National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society** c. Regno Unito (utilizzata *mutatis mutandis* anche nella citata pronuncia Forrer-Niederthal c. Germania), nella quale è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari. Nello stesso solco si pone la sentenza del 27 maggio 2004, **Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille** e altri c. Francia. La pronuncia ha affermato che l'intervento del legislatore non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione. Il caso viene, quindi, assimilato a quello National & Provincial Building Society del 1997, dove l'intervento del legislatore era giustificato dall'obiettivo finale di <<riaffermare l'intento originale del Parlamento>>.

### 9.3.2. Nella giurisprudenza nazionale.

Con riferimento all'art. 4 bis introdotto nel d.lgs. 368/2001 dal d.l. 112 del 2008, conv. in l. 133/2008 (su cui DE MICHELE V., *Le modifiche della disciplina del contratto a termine*, in MISCIONE M. GAROFALO D. (a cura di), *Commentario alla legge n. 133 del 2008*, IPSOA, 2009; FERRARO G., *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 112 del 2008*, in FERRARO G. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino [All. G11]; FENOGLIO A., *Il lavoro a termine di nuovo nell'occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102*, in RGL, 2010, 175 [All. G10]), la gran parte delle ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale avevano rilevato la violazione del parametro interposto dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 Cedu. La Corte, come già anticipato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, affermando, con la **sentenza 214 del 23/6/2009 [All. D2 ]**, che è costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 4-bis del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. L'art. 4-bis, nello stabilire che, in caso di violazione delle norme in materia di apposizione e proroga del termine del contratto di lavoro, il datore di lavoro deve corrispondere al lavoratore un indennizzo, ma solo per i giudizi già in corso alla data della sua entrata in vigore, determina una irragionevole discriminazione fra situazioni di fatto identiche: infatti, per effetto di tale disposizione, contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata e per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi, risultano destinatari di discipline diverse per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio all'entrata in vigore della novella. Tale discriminazione non è neppure collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un regime normativo ad un altro, poiché la nuova disciplina ha solo mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria (Per un

autorevole esame della sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009, VIDIRI G., *Contratto di lavoro a termine e continuazione di una infinita e travagliata storia: la sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, 874; VALLEBONA A., *Il lavoro a termine negli equilibri della Corte costituzionale*, *ibidem*, 2009, 658; VALLEBONA A., *Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso*, *ibidem*, 2008, 859. Sul tema, altresì VACIRCA S., *La sentenza 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione costituzionalmente necessaria di norma elastica*, in *RGL* 2009, 637).

La norma dell'art. 32, della legge 183 del 2010 è in buona parte diversa, perché non è solo retroattiva, ma incide sia sui giudizi in corso che sulle future fattispecie, regolamentando la materia in modo nuovo.

Vero è peraltro che anche per la norma del 2010 si pone il problema dell'interferenza del legislatore sui procedimenti giurisdizionali in corso, atteso che la nuova disciplina -se si accede ad alcune delle interpretazioni prospettate- incide pesantemente sugli stessi, ribaltando perfino giudizi e valutazioni operate dai giudici del merito.

Da qui la necessità della verifica della configurabilità di un eccesso di potere legislativo nella disciplina retroattiva incidente su diritti maturati dei singoli.

Nella giurisprudenza costituzionale, il vecchio orientamento della Corte espresso da **C. Cost. 419/2000** affermava che *<<secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il divieto di retroattività della legge - pur costituendo fondamentale valore di civiltà giuridica e principio generale dell'ordinamento, cui il legislatore deve in linea di principio attenersi - non è stato elevato a dignità costituzionale, salva la previsione dell'art. 25 Cost. relativo alla sola materia penale. Il legislatore ordinario, nel rispetto di tale limite, può dunque emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti (sentenze n. 229 del 1999, n. 432 del 1997, nn. 153 e 6 del 1994, n. 283 del 1993).*

*Ai fini del giudizio di legittimità costituzionale della norma denunciata, sotto il profilo considerato, deve, dunque, in primo luogo valutarsi se la sua efficacia retroattiva risponda a criteri di ragionevolezza ovvero costituisca un regolamento irragionevolmente lesivo di interessi sostanziali tutelati da norme preesistenti. ...Deve per altro verso escludersi che l'efficacia retroattiva della norma, con la sua conseguente incidenza sui giudizi in corso, comporti una lesione delle prerogative del potere giudiziario e perciò la violazione degli artt. 101, 102 e 104 Cost. Questa Corte ha da tempo chiarito, infatti, che la funzione giurisdizionale non può dirsi violata per il solo fatto di un intervento legislativo con efficacia retroattiva, quando il legislatore - come nella specie - agisca sul piano astratto delle fonti normative senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in giudizio (in tal senso, ancora, le sentenze n. 229 del 1999, n. 432 del 1997, n. 397 del 1994, n. 402 del 1993). Sicché, anche in relazione ai suddetti parametri, la questione deve essere dichiarata infondata.*

10.5. - *Sulla scorta di analoghe considerazioni deve, altresì, escludersi che la norma denunciata sia in contrasto con l'art. 24 Cost., in quanto la modifica del modello normativo, cui la decisione giudiziale deve riferirsi, operando sul piano sostanziale, evidentemente non incide sul diritto alla tutela giurisdizionale, a cui presidio è posta la norma costituzionale invocata>>.*

La successiva giurisprudenza si è espressa in senso in parte diverso, rilevando i vincoli derivanti dalla CEDU al potere del legislatore nazionale: occorre verificare se la disposizione in esame violi l'obbligo dello Stato italiano di rispettare l'art. 6, comma 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che fornisce concretezza e contenuto al parametro costituzionale invocato del rispetto degli obblighi internazionali.

La Corte di Strasburgo, infatti, avrebbe in più occasioni sottolineato come lo Stato non possa introdurre slealmente una interpretazione normativa a suo favore della norma *sub iudice*, nei giudizi iniziati ed impostati secondo diversi presupposti normativi o giurisprudenziali. L'applicazione dello *ius superveniens* potrebbe ritenersi lecita soltanto in presenza di <<*imperieux motifs d'interet general*>>.

**Cass. Sez. L, Ordinanza interlocutoria n. 22260 del 04/09/2008 (Rv. 604189)**  
[All. E7] aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune norme relative al trattamento economico del personale ATA dipendente degli enti locali e passato ai ruoli statali, evidenziando che la norma applicabile nel caso <<si pone in contrasto con il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, non essendo necessario - alla luce della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (più di recente, SCM Scanner de l'Ouest ed autres c. France, sentenza del 21 giugno 2007, ric. n. 12106/03) - che la disposizione retroattiva sia "esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso", né che tale scopo sia stato comunque enunciato, essendo, invece, sufficiente a ritenere fondato il conflitto con l'art. 6 della Convenzione europea che nel procedimento sia applicata la disposizione denunciata e lo stesso Stato sia parte nel giudizio e consegua, dall'applicazione della norma come interpretata autenticamente, la positiva definizione della controversia; né, in senso contrario, assumono rilievo la potestà del legislatore di emanare norme retroattive incidenti su diritti ovvero la natura intrinsecamente retroattiva delle norme di interpretazione autentica, esigendo detto divieto solo che siano esclusi, dall'ambito di applicazione della norma interpretativa, i processi in corso alla data di entrata in vigore della disposizione>>.

Secondo l'ordinanza, <<è ben vero che la sentenza Scordino ed i precedenti in essa richiamati (v. in particolare sentenza Anagnostopoulos c altri c. Grecia, n. 39374/98 par. 20-21) affermano che il divieto di leggi retro attive riguarda l'ingerenza, del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, finalizzata ad una determinata soluzione delle controversie in corso ( "dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige"), ma è altrettanto vero che la suindicata giurisprudenza non richiede anche che la disposizione retroattiva sia " esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso" né che tale scopo venga in qualche modo enunciato, poiché nei suddetti precedenti la conclusione che l'intervento legislativo volta a volta esaminato costituisse una non consentita ingerenza del potere legislativo sull'esercizio della giurisdizione viene raggiunta sulla scorta, da una parte, dell'esame del risultato che, nel procedimento in relazione al quale viene lamentata l'ingerenza, ha avuto l'applicazione della disposizione denunciata e, dall'altra, della considerazione che lo Stato legislatore era, al tempo stesso, parte di quel procedimento e la disposizione interpretata va assegnata alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato- parte; il che sembrerebbe costituire la ragione che induce a ritenere

*l'intervento come dettato dalla non consentita finalità. Ad analoghe conclusioni conduce anche la giurisprudenza più recente della corte europea ( v., per tutte, sentenza SCM Scanner de "Ouest et autres c. France, 21. 6. 2007, ricorso n. 12106/03)>>.*

**C. Cost. 311/2009 [All. D3]**, tuttavia, nel dichiarare infondata la questione, ha in tema affermato che *<<Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.. Il giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della CEDU, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove profili un contrasto tra la norma interna e quella della Convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda. Laddove ciò non sia possibile, egli, non potendo applicare la norma della CEDU in luogo di quella interna, ne' potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.. V., citati, i precedenti di cui alle sentenze n. 348 e 349/2007>>.*

Nella giurisprudenza di merito, si segnala la recente **Trib. Napoli 21 dicembre 2010 [All. F5]**, che ha ritenuto che il comma 7 (applicazione alle cause in corso) appare contrario al diritto della UE (artt. 47 Carta di Nizza, art II-47 Trattato di Lisbona, art 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; cfr Sentenze FuB, c-429/09, Carpenter, C-60/00, Caballero, C-442/00, Kucukdeveci, C 555/07, sulla efficacia orizzontale dei principi fondamentali dell'UE) ed all'art 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (infra CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848/55: *<<infatti, con riferimento all'art 6 CEDU, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente affermato (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quinta Sezione UNEDIC c. FRANCLIA, ricorso n. 20153/04, Sentenza 18 dicembre 2008) che se, in principio, al potere legislativo non è impedito regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni a portata retroattiva, i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della prevalenza del diritto e la nozione del processo equo sanciti dall'art. 6 vengono si oppongono, salvo che nel caso di motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione nella giustizia allo scopo di influire sulla conclusione giudiziaria della causa (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994, § 49, serie A n. 301-B, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, § 112, Raccolta delle sentenze e decisioni 1997-VII e Zielinski e Pradal e Gonzalez et al. c. Francia [GC], nn. 24846/94 e da 34165/96 a 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII). Ne deriva che, a maggior ragione, deve interpretarsi, per quanto possibile, nel senso della limitazione della operatività dell'art 32, comma 7, per cui detta interpretazione è l'unica conforme ai principi dell'Ordinamento della UE ed alla Costituzione della Repubblica (art 117)>>.*

### **9.3.3. Nella dottrina.**

Con riferimento al problema del rapporto della norma retroattiva con l'art. 6 della CEDU, e con l'art. 117 Cost., per FRANZA G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, op. cit., 343 ss. **[All. G12]**, la norma del collegato lavoro 2010 si applicherebbe a tutti i giudizi, e dunque non solo a quelli pendenti alla data di entrata

in vigore della legge, ma disponendo anche per il futuro, dovrebbe sottrarsi ai profili di incostituzionalità incentrati sulla violazione del principio di uguaglianza, che avevano segnato la sorte del suo immediato precedente.

Critico verso il modo di legiferare rivolto a “sanare situazioni insorte nell’ambito di alcune realtà aziendali amministrare in maniera discutibile, ancorché riconducibili alla grande area della finanza pubblica o di pubblica utilità”, alla soluzione di controversie pendenti e quindi al passato, FABBRIO F., *Brevi osservazioni sugli artt. Da 30 a 32 della legge 4.11.2010 n. 183*, intervento al seminario *Limiti all’esercizio dei diritti del lavoratore e nuovo regime delle impugnazioni e delle decadenze*, Roma, 18.11.2003.

PANICI P.L. e GUGLIELMI C., *Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione*, op. cit., [All. G18] rilevano in tema che la norma transitoria viola gli articoli 24, 11, 117 Cost., essendo immanente al nostro ordinamento il principio del giusto processo, che esclude che il legislatore possa intervenire nel corso del procedimento giudiziario a modificare la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato senza che siano ravvisabili ragioni oggettive e generali che sostengono tale scelta del legislatore: <<E’ quindi innegabile che l’interpretazione del VI comma dell’art. 32 L. 183/2010 come norma sostitutiva al diritto alle retribuzioni determinerebbe un’alterazione della condizione di parità nell’esercizio del diritto di difesa tra la parti in causa, condizione che, al contrario, deve essere sempre assicurata. Con ciò, e senza che per questo sia ravvisabile alcuna esigenza concreta a cui il legislatore abbia inteso sopperire, viene ribaltata la stessa ordinaria ed elementare logica del processo “equo” e improntato all’effettività della tutela giurisdizionale; giacché sarebbe logico, al contrario di quel che discende dalle previsioni del comma 1-bis dell’art. 21 della l. n. 133 del 2008, che nei “giudizi in corso” le certezze sulla difesa dei propri diritti tanto più siano acquisite, e non passibili di essere rimesse in gioco da capo, quanto più il processo sia pervenuto in una fase avanzata e sfociato in pronunciamenti esecutivi, o perfino eseguiti. ...

*Avvalorata e confermata la possibilità di utilizzare il parametro richiamato per valutare la compatibilità della norma censurata con l’art. 6 della CEDU e dunque con l’art. 117 comma 1 Cost., ancora una volta si deve rilevare che, come più volte statuito anche dalla Corte di Strasburgo (cfr. per tutte Scordino c. Italia, 29.3.2006), gli Stati aderenti alla Convenzione devono astenersi dall’esercitare ingerenze normative finalizzate ad ottenere una determinata soluzione delle controversie in corso, salvo che l’intervento retroattivo sia giustificato da “motivi di carattere imperioso e generale” (in tal senso si legga l’ordinanza della Corte Cass. n. 22260/2008 relativamente all’ art. 1 comma 218 l. 266 /2005)>>.*

Gli autori richiamano quindi la giurisprudenza europea CEDU che ribadisce come sia possibile derogare ai principi di cui all’art. 6 CEDU solo per “motivi di carattere imperioso e generale”, sicché, <<se poi passiamo all’indagine dei “motivi di carattere imperioso e generale”, davvero nessuna può esservi per una interpretazione della legge che retroattivamente impedisce ai lavoratori precari di vedersi riconosciuti i loro diritti retributivi e premiano il datore di lavoro che ha “abusato” del contratto a termine>>.

Nello stesso senso ora indicato, sembrano applicabili anche alla norma del collegato lavoro 2010 le considerazioni, svolte con riferimento al precedente del 2008, da ANDREONI A., ANGIOLINI V., *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte costituzionale*, in RGL, 1999, 562, secondo i quali, nel caso non trapela il benché minimo interesse

generale a carattere imperativo che possa giustificare l'influenza che il comma 1 bis dell'art. 21 del d.l. 112 del 2008 ha preteso di esercitare due giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore.

Quanto, poi, alla disciplina transitoria contenuta nel 7° comma dell'art. 32, COSSU B. e GIORGI F. M., *Novita' in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, op. cit. [All. G3], sottolineano che la disposizione sia gravemente violativa dell'affidamento nella certezza degli effetti della invalidità del termine: <<Si consideri, infatti, che la norma sembra doversi interpretare nel senso che - fermi ovviamente i principi in materia di giudicato interno/preclusione - la penale trovi applicazione anche nei gradi successivi al primo; ciò che potrà avvenire persino all'esito della esecuzione di una sentenza di primo grado che, accertata la mora del datore di lavoro, l'abbia condannato al pagamento delle retribuzioni maturate, ovvero dell'importo equivalente a titolo risarcitorio, così determinando effetti restitutori rispetto ad utilità acquisite dal lavoratore anche a titolo alimentare. A pretesa giustificazione di tali effetti non basta rilevare che essi costituiscono la mera conseguenza della retroattività della norma, effetto in linea di principio non vietato dall'ordinamento se non in materia penale posto che, come è noto, con riferimento alla retroattività delle norme in materia civile, la C. Cost. ha individuato "altri limiti, che attengono alla salvaguardia di norme costituzionali ... tra i quali i principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (ciò che vieta di intervenire per annullare gli effetti del giudicato o di incidere intenzionalmente su concrete fattispecie sub iudice)" (così C. cost. 22-11-2000, n. 525). Sotto tale profilo, la norma in esame sembrerebbe anche in contrasto con l'art. 117 Cost. comma 1, per violazione dell'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della CEDU, il cui art. 6, comma 1, nel prescrivere il diritto di ogni persona ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente e imparziale, impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie>>.

Da ultimo, DE MICHELE V., *La riforma "sconsacrata" del processo del lavoro nella legge postale n. 183/2010*, op. cit. [All. G7], sul piano sostanziale, afferma invece l'illegittimità costituzionale della disposizione per contrasto con l'art. 3 Cost., atteso che, <<poiché già alcune importanti Corti di appello hanno ritenuto tout court non applicabile in nuovo regime sanzionatorio e hanno deciso secondo le consuete regole processuali e sostanziali, questa situazione crea, di per sé, una evidente ingiustificata discriminazione di trattamento tra chi ha ancora in corso un giudizio di riqualficazione di contratti a termine Poste in 1° grado e chi ha già ottenuto una decisione favorevole>>.

#### 9.3.4. Considerazioni critiche.

Infine, va rammentato che l'impatto del legislatore sui diritti dei singoli operato dalla disposizione retroattiva sarebbe massimo ove l'indennità ex art. 32, comma 5, sia configurata come sostitutiva delle retribuzioni e che ove per converso la stessa indennità sia ritenuta come non esclusiva delle retribuzioni, ma sostitutiva del solo risarcimento del danno (che viene ad essere forfetizzato dal legislatore), il contrasto con l'art. 6 CEDU sarebbe limitato ai soli casi -invero piuttosto rari- in cui il

risarcimento del danno forfetariamente attribuito riguardi un danno che in concreto sia del tutto inesistente, ovvero notevolmente superiore alla misura della somma di indennità+retribuzioni, avendosi solo in tali casi una lesione di posizioni soggettive maturate (a seconda dei casi, rispettivamente, del datore o del lavoratore) determinata ingiustificatamente dalla disciplina retroattiva.

Ciò vuol dire che la questione di legittimità costituzionale della norma, per contrasto con l'art. 117 in relazione all'art. 6 CEDU, potrebbe non rilevarsi necessaria ove la norma fosse interpretata, come sopra detto, conformemente alla Costituzione ed all'ordinamento comunitario, limitandosi in tal caso il contrasto con la CEDU ad ipotesi di rara occorrenza.

## 10. Conclusioni.

Da tutto quanto ampiamente fin qui rilevato, emerge che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, l'indennità di cui all'art. 32, cmmi. 5-6, della legge n. 183 del 2010 può ritenersi essere aggiuntiva rispetto alle tradizionali tutele (incidendo solo sulla limitazione del danno risarcibile), dovendo escludersi per converso che essa possa essere sostitutiva della conversione del rapporto, o del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto.

Come riferito, è già pendente la questione di legittimità costituzionale delle nuove norme esaminate in questo scritto, nondimeno sussistendo margini per pervenire ad una interpretazione delle nuove norme in linea, oltre che con le affermazioni tradizionali della giurisprudenza di legittimità, con i principi inderogabili della Costituzione e del diritto comunitario. Peraltro, se <<la Magistratura del lavoro ha mostrato molta ritrosia ad applicare direttamente il diritto comunitario e a censurare le norme interne illegittime, preferendo cimentarsi nella più comoda scelta della pregiudiziale costituzionale>>, tuttavia (e condividendo quanto indicato da DE MICHELE, op. cit., 2009, 294 [All. G5]), <<non è più il tempo delle scelte comode, soprattutto ora che nel nostro ordinamento si pone in maniera drammatica il problema dell'equo processo, in cui l'incidente della pregiudiziale comunitaria o costituzionale allunga notevolmente i tempi di giustizia>>.

(Red. Francesco Buffa)

Il direttore  
(Mario Rosario Morelli)

### **Riferimenti normativi [All. A]**

art. 1419, cod. civ.

art. 1424 cod. civ.

art. 2097 cod. civ.

legge 8 aprile 1962, n. 230

art. 23 legge 28 febbraio 1987, n. 56

Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999 (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES))-

Direttiva 99/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999

decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368,

art. 12 legge 24 giugno 1997, n. 196

art. 1, co. 39, legge 24.12.2007, n. 247

decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, art. 21

art. 32 legge 4.11.2010 n. 183

art. 36 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29

articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 42

art. 17 d.lgs n. 546 del 1993

art. 22 d.lgs n. 80 del 1998

art. 36 testo unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165

art. 92 legge finanziaria 23 dicembre 2007, n. 244

### **Riferimenti giurisprudenziali**

#### **Giurisprudenza comunitaria [All. B]**

Corte di Giustizia, Viscido e a./Poste, 7 maggio 1998, C-52/97, C-53/97 e C-54/97

Corte di Giustizia, Mangold 22 novembre 2005, c-144/04

Corte di Giustizia, Adeneler sulla legislazione greca, c-212/4 del 4 luglio 2006

Corte di Giustizia, Del Cerro Alonso 13 settembre 2007, C-307/05

Corte di Giustizia, Vassilakis, del 12 giugno 2008 causa C-364/07

Corte di Giustizia, Marrosu e Sardino 7 settembre 2006, C-53/04

Corte di Giustizia, Vassallo, 7 settembre 2006, C-180/04

Corte di Giustizia, Impact, 15 aprile 2008, C-268/06

Corte di Giustizia, Angelidaki, 23 aprile 2009, nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07

Corte di Giustizia, Kucukdeveci 19 gennaio 2010, nel procedimento C-555/07

Corte di Giustizia, Sorge, 24 giugno 2010, in causa C-98/09

Corte di Giustizia, Affatato, 1° ottobre 2010, nel procedimento C-3/10

Corte di Giustizia, Vitari, 9 novembre 2010, resa nel procedimento C-126/99

Corte di Giustizia, Vino, 11 novembre 2010, nel procedimento C-20/10

Corte di Giustizia, Gaviero Gaviero, del 22 dicembre 2010, nei procedimenti riuniti C-444/09 e C-456/09

#### **giurisprudenza CEDU [All. C]**

9/12/1994 Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia

22/10/1997 Papageorgiou c. Grecia

23/10/1997 National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito

28/10/1999 Zielinski e altri c. Francia  
20/2/2003 Forrer-Niederthal c. Germania  
27/5/2004 Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia  
6/10/2005 Draon c. Francia  
14/2/2006 Lecarpentier c. Francia  
29/3/2006 Scordino c. Italia  
11/1/2007 Quattrone c. Italia  
25/1/2007 Morea c. Italia  
21/6/2007 Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri c. Francia,  
18/3/2008 Velocci c. Italia  
19/6/2008 Ichtigiaroglou c. Grecia  
30/6/2009 Mandola c. Italia  
23/7/2009 Joubert c. Francia  
6/10/2009 Perinati c. Italia  
6/10/2009 Ricci c. Italia  
8/12/2009 Vacca c. Italia  
8/12/2009 Gennari c. Italia  
19/1/2010 Zuccalà c. Italia  
18/5/2010 Plalam c. Italia

#### **Giurisprudenza costituzionale [All. D]**

Corte costituzionale n. 303 del 1996  
Corte costituzionale n. 347 del 1998  
Corte costituzionale n. 41 del 2000  
Corte costituzionale n. 419 del 2000  
Corte costituzionale n. 338 del 2001  
Corte costituzionale n. 89 del 2003  
Corte costituzionale n. 252 del 2005  
Corte costituzionale n. 399 del 2005  
Corte costituzionale n. 343 del 2006  
Corte costituzionale n. 44 del 2008  
Corte costituzionale n. 214 del 2009  
Corte costituzionale n. 311 del 2009

#### **Giurisprudenza di legittimità [All. E]**

Cass., Sez. U, Sentenza n. 7471 del 06/07/1991 (Rv. 472972)  
Cass., Sez. L, Sentenza n. 9163 del 07/06/2003 (Rv. 564053)  
Cass., Sez. L, sentenza n. 17524 del 09/12/2002 (Rv. 559092)  
Cass., Sez. L, Sentenza n. 14303 del 21/06/2006 (Rv. 590916)  
Cass., Sez. L, Sentenza n. 12985 del 21/05/2008 (Rv. 603541)  
Cass., Sez. L, Ordinanza interlocutoria n. 22260 del 04/09/2008 (Rv. 604189)  
Cass., Sez. L, Sentenza n. 14350 del 15/06/2010 (Rv. 614088)

#### **Giurisprudenza di merito [All. F]**

Corte d'appello di Genova 9 gennaio 2009  
Corte d'appello di Roma 24 novembre 2010  
Corte d'appello di Roma 30 novembre 2010  
Corte d'appello di Milano 14 dicembre 2010

Tribunale di Genova 14 maggio 2007  
Tribunale di Rossano Calabro 4 giugno 2007  
Trib Trani 22 settembre 2008

Tribunale di Foggia 17 ottobre 2008  
Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010  
Trib. Roma 30 novembre 2010  
Tribunale di Trani 20 dicembre 2010  
Trib. Napoli 21 dicembre 2010  
Trib. Roma 28 dicembre 2010

#### **giurisprudenza amministrativa**

Consiglio Stato n. 644/2000  
Consiglio Stato n. 9154/2003  
Consiglio Stato n. 2560/2004

Tar Firenze 2354/2000

#### **BIBLIOGRAFIA [All. G]**

ALLEVA P., Pronto il referendum, questa legge è incostituzionale, in *Liberazione* 4.3.2010  
ANDREONI A., ANGIOLINI V., Lavoro a termine, processi pendenti e Corte costituzionale, in *RGL*, 1999, 562  
BELLAVISTA A., GARILLI A., MARINELLI M., Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133  
BUONVINO L., Corte comunitaria e abuso del contratto a termine nel lavoro pubblico, in *AA.VV.*, (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, 123  
CAIROLI S., Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato, tra la sentenza Angelidaki e le interpretazioni della giurisprudenza nazionale, in *RGL*, 2010, 147  
CIRIELLO A., Gli orientamenti della giurisprudenza di merito sul lavoro a termine tra interpretazione letterale, interpretazione conforme e non applicazione, intervento al convegno 5-6 febbraio 2010, Trattato di Lisbona e lavoro flessibile, organizzato da AGI e Centro Domenico Napoletano, in atti del convegno, c.p. Giuffrè  
CIRIELLO A., L'illegittima stipula di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?, in *Giur. merito* 2009, 12, 2979  
CIRIELLO A., Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale, in *Giur. merito* 2007, 12  
CIUCCIOVINO S., Il sistema normativo del lavoro temporaneo, Torino, 2008, 373  
COLUCCI D., La giurisprudenza nazionale tra clausola di non regresso e flessibilità: gli orientamenti, in *AA.VV.*, (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009, 63  
COSIO R., LA violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 426  
COSSU B. e GIORGI F. M., Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato, c.p. in *Mass. Giur. Lav.*, 2010  
D'ONGHIA M. e RICCI M. (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009  
DE ANGELIS L., Collegato lavoro e diritto procesuale: considerazioni di primo momento, in *Working papers del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona*, 2010, 111  
DE MICHELE V., *Contratto a termine e precariato*, IPSOA, 2009  
DE MICHELE V., Lavoro a tempo determinato, in *Lav. Giur.* 2010, 370  
DE MICHELE V., La riforma "sconsacrata" del processo del lavoro nella legge postale n.183/2010, c.p  
DI FLORIO A., Il contratto a termine nella giurisprudenza europea, intervento all'Università di Napoli, 11 giugno 2008, in atti del master in diritto europeo e comparato del lavoro.

FABBRI F., Brevi osservazioni sugli artt. Da 30 a 32 della legge 4.11.2010 n 183, intervento al seminario Limiti alle'esercizio dei diritti del lavoratore e nuovo regimedelle impugnazioni e delle decadenza", Roma, 18.11.2003

FENOGLIO A., Il lavoro a termine di nuovo nell'occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102, in RGL, 2010, 175

FERRARO G., IL contratto a tempo determinato nel d.l. 112 del 2008, in FERRARO G. (a cura di), Il contratto a tempo determinato, Giappichelli, Torino

FRANZA G., Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento, Giuffr , 2010, 300 ss.

GARATTONI M., La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva, in RIDL, 2009, 138

GAROFALO D., Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico, Giuffr , Milano, 2009, 81

GENTILE G., Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste italiane, in FERRARO G. (a cura di), Il contratto a tempo determinato, Giappichelli, Torino

IANNIRUBERTO G., Le regole per le impugnazioni nel c.d. "collegato lavoro", c.p.

LOZITO M., L'apposizione del termine nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso, in RGL, 2010, 139

MARINELLI F., Le conseguenze del contratto a termine sostanzialmente privo di causale giustificativa: tra categorie civilistiche ed ambigue risposte del legislatore, in Working papers del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2009, 85

MIAN L., Le novit  in tema di contratto a termine, in AA.VV., Il collegato lavoro, Giuffr , Milano 2010

MISCIONE M. GAROFALO D. (a cura di), Commentario alla legge n. 133 del 2008, IPSOA, 2009

OLIVIERI A., Giustificazione e abuso del contratto a termine tra orientamenti comunitari e applicazione interna, in AA.VV., (a cura di D'ONGHIA M. e RICCI M.), Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico, Giuffr , Milano, 2009, 43

PANICI P.L. e GUGLIELMI C., Il collegato lavoro: primi spunti di riflessione, relazione al convegno Il collegato lavoro, organizzato da Magistratura democratica in Roma il 16.12.2010

PASCARELLA G., Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico, in FERRARO G. (a cura di), Il contratto a tempo determinato, Giappichelli, Torino

PERRINO A.M., Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione, in atti dell'incontro di studi Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010

PICCININI A. e PONTERIO C., La controriforma del lavoro, in Questione giustizia, 2010

PICCONI V., Contratto a termine, relazione all'incontro di studio Il collegato lavoro, organizzato da Magistratura democratica, Roma, 16 dicembre 2010)

PONTE F.V., in FERRARI V., PONTE F.V., FERRARI M., Il collegato lavoro, Expert, 2010

PRETEROTI A., Il contratto a termine nel settore pubblico tra novit  legislative e primi ricorsi giurisprudenziali, in Working papers del Centro studi di diritto del lavoro Massimo D'Antona, 2010, 95

ROCCELLA M., Diritto del lavoro: cos  si torna agli anni Settanta, in il FattoQuotidiano 4 marzo 2010

ROTA A., Nullit  dei contratti a termine nella PA ed originalit  giurisprudenziali nella gestione della tutela risarcitoria, in Riv. Critica dir. Lav., 2010, 460

SARACENO A., CANTARELLA E., La conversione del contratto di lavoro a tempo determinato, Giuffr , Milano, 2009

SCHIAVONE R., Lavoro a termine e Corte di Giustizia, in Dir. Prati. Lav., 2009, 754

SPENA F., Il contratto a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in FERRARO G. (a cura di), Il contratto a tempo determinato, Giappichelli, Torino

SPENA F., Il ruolo della Corte di Giustizia, con particolare riferimento ai principi enunziati sulla questione della diretta applicabilit  delle direttive comunitarie nell'ordinamento nazionale, in atti

dell'incontro di studi Il diritto del lavoro dell'Unione europea nella concreta esperienza dei giudici di merito organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, in Roma, 25-27 ottobre 2010

SPEZIALE V., Mora del creditore e contratto di lavoro, Cacucci, 1993

SPEZIALE V., La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2007, RIDL, 2008, I, 178

TATARELLI M., Entità del risarcimento fissata dal giudice, in Guida al diritto, Sol 24 ore, n. 48 del 4 dicembre 2010, pag. VIII

TIRABOSCHI (a cura di), Il collegato lavoro, Sole 24 ore, 2010

TOSI P., Il contratto di lavoro a tempo determinato nel <collegato lavoro> alla legge finanziaria, in RIDL, 2010, 473

VACIRCA S., La sentenza 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione costituzionalmente necessaria di norma elastica, in RGL 2009, 637

VALLEBONA A., Il lavoro a termine negli equilibri della Corte costituzionale, in Mass. Giur. Lav. 2009, 658

VALLEBONA A., Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in Mass. Giur. Lav., 2006, 827

VALLEBONA A., Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele ed i poteri del giudice nazionale, in Mass. Giur. Lav., 2010, 633

VALLEBONA A., Lavoro a termine: incostituzionalità della riduzione di tutela per i soli giudizi in corso, in Mass. Giur. Lav., 2008, 859

VALLEBONA A., Lavoro a termine: la giurisprudenza comunitaria è ormai consolidata, in Mass. Giur. Lav., 2009, 454

VALLEBONA A., Una buona svolta del diritto del lavoro: il <collegato> 2010, in Mass. Giur. Lav., 2010, 210

VETTOR T., Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. n. 368 del 2001 e successive modifiche, in Argomenti dir. Lav., 2008, 2, 605

VIDIRI G., Contratto di lavoro a termine e continuazione di una infinita e travagliata storia: la sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale, in Mass. Giur. Lav., 2009, 874.