

Clausola di non regresso

In attesa della Consulta, la Giurisprudenza di merito riafferma l'interpretazione comunitaria sui contratti a termine

TRIBUNALE DI FOGGIA, 10 marzo 2009, n. 6107/08 - Est. Colucci

Contratto a tempo determinato - Mancata specificazione delle ragioni obiettive nella "causale finanziaria" Poste - D.Lgs. n. 368/2001, art. 2, comma 1-bis - Applicazione clausola di non regresso anche sul primo contratto a termine - Necessità, alla luce dell'interpretazione comunitaria affermata dalla sentenza n. 12985/2008 della Cassazione - Art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001, introdotto in sede di conversione (L. n. 133/2008) dall'art. 21, comma 1-bis, D.L. n. 112/2008 - Presunta violazione dell'art. 2, D.Lgs. n. 368/2001 e "interferenza" con la nuova sanzione sui processi in corso alla data del 21 agosto 2008 - Insussistenza - Inefficacia della clausola appositiva del termine e riqualificazione in rapporto a tempo indeterminato

(D.Lgs. n. 368/2001, artt. 2, comma 1-bis e 4-bis; Direttiva 1999/70/CE, Clausole 5, n. 1, lettera a), n. 2 e 8, n. 2)

Nel caso di rapporto a tempo determinato motivato dal solo richiamo, fatto nel contratto di assunzione stipulato da Poste italiane s.p.a., all'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001, se il lavoratore a tempo determinato lamenta la inidoneità della "causale finanziaria" a rappresentare "ex se" le "ragioni obiettive" di apposizione del termine, non vi è alcuna "violazione" dell'art. 2 del decreto legislativo del 2001, come accade quando le Organizzazioni Sindacali provinciali di categoria non ricevono le richieste di assunzione da parte delle aziende, in quanto in tal caso della norma ne è stata data specifica applicazione. Non si pone, pertanto, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis del D.Lgs. n. 368/2001 e l'interpretazione comunitaria della disciplina nazionale sul termine, alla luce delle decisioni della Corte di Giustizia e della sentenza n. 12985/2008 della Cassazione, consente al Giudice interno di ritenere insussistenti e, comunque, non provate, le esigenze temporanee ed eccezionali che possono giustificare il ricorso al contratto flessibile, con conseguente riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro. La stessa interpretazione comunitaria, in ogni caso, consentirebbe un'applicazione della norma "transitoria" nel senso di limitarne l'applicazione al regime del risarcimento del danno, senza escludere il diritto alla conversione del contratto.

(Omissis) Con ricorso, depositato in questa cancelleria in data 17 ottobre 2007, C.M.R.A. esponeva: di aver lavorato, presso l'Area Sud 1 alle dipendenze della società resistente, con inquadramento nel livello "D", qualifica di impiegato addetto alla sportelleria, con due contratti a tempo parziale e determinato, il primo con orario al 50% di tipo verticale presso l'UPR di Orta Nova dall'1 luglio 2006 al 31 ottobre 2006, il secondo con orario al 75% di tipo misto presso l'UPR di Lucera Centro dal 18 luglio 2007 al 29 settembre 2007; che tali assunzioni avvenivano ai sensi dell'art. 2, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 368/01, come introdotto dalla L. n. 266/05.

Dopo ampia esposizione di diritto sull'illegittimità dell'apposizione del termine al predetto contratto, per violazione dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/01 e della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES e sull'inesistenza, nel nostro ordinamento, di imprese concessionarie di servizi nel settore postale, si rivolgeva a questo giudice, chiedendo di: dichiarare la nullità parziale dei contratti di lavoro a tempo determinato dedotti in giudizio, con conseguente inefficacia e/o nullità del termine apposto al contratto medesimo, per violazione dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/01 e della direttiva 1999/70/CEE, previa eventuale

disapplicazione o non applicazione dell'art. 2, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 368/01, aggiunto dall'art. 1, comma 558, della L. n. 266/05;

dichiarare l'intercorrenza, tra le parti, di un rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato dall'1 luglio 2006, alle medesime condizioni di inquadramento, di orario e mansioni già poste nei contratti cui illegittimamente era stato apposto il termine finale;

per l'effetto, condannare la Poste Italiane S.p.A., al ripristino dell'ultimo rapporto di lavoro illegittimamente interrotto alla data del 29 settembre 2007, con corresponsione, a titolo retributivo e/o risarcitorio, delle retribuzioni *medio tempore* maturate, oltre alla regolarizzazione contributiva e assicurativa.

Il tutto con vittoria di spese.

Si costituiva la Poste Italiane S.p.A., che resisteva, con articolate argomentazioni, alla domanda, della quale chiedeva il rigetto, con spese vinte.

All'odierna udienza la causa veniva discussa e decisa, come da dispositivo e per i motivi che seguono.

Motivi della decisione

La domanda è fondata, per le ragioni e nei limiti che si vanno ad esporre.

Va preliminarmente rilevata l'ininfluenza sul presente giudizio della norma introdotta dall'art. 21, comma 1 *bis*, del D.L. 25 giugno 2008, conv. in L. 6 agosto 2008, n. 133 che testualmente recita: (*Omissis*).

Tale norma processuale transitoria, con efficacia solo retroattiva, che mutua il meccanismo ed i criteri dell'art. 8 della L. n. 604/66, espressamente richiamato, è applicabile, ad eccezione delle sentenze passate in giudicato, soltanto ai giudizi in corso al momento della pubblicazione della legge di conversione del D.L. n. 112/08, cioè fino al 21 agosto 2008, ed è stata oggetto di numerose ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale da parte della Magistratura del lavoro per profili diversi, e tutti condivisibili, d'illegittimità costituzionale.

Tuttavia, se è vero che l'art. 4-*bis* prevede che «nei casi di violazione degli artt. 1, 2 e 4, D.Lgs. n. 368/2001» sia corrisposto un indennizzo pari ad un numero di mensilità variabile da 2,5 a 6, è pur vero che occorre soffermarsi su quali possano essere le ipotesi di violazione dell'art. 2.

La violazione dell'art. 2, comma 1-*bis*, infatti, è ravvisabile allorché le organizzazioni sindacali provinciali di categoria non ricevono le richieste di assunzione da parte delle aziende indicate nel comma, come può riscontrarsi anche nella memoria di parte resistente, nella quale si evidenzia che il contratto azionato è stato stipulato nel pieno rispetto di quanto dettato dall'art. 2, anche previa comunicazione alle organizzazioni sindacali, evidenziandone, quindi, la legittimità.

Altra ipotesi di possibile violazione dell'art. 2 può aversi nelle ipotesi, sicuramente estranea alla fattispecie dedotta in giudizio, in cui di detta speciale clausola si avvalga l'impresa che non presenta i requisiti soggettivi fissati da detta norma (aziende di trasporto aereo etc. o,

nel nostro caso, imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste).

Va anche rilevato, poi, che la circostanza che l'art. 4-*bis* riguardi solo la violazione degli articoli innanzi enunciati è confermato da una recentissima sentenza della S.C. (cfr. Cass. n. 26935/2008), nella quale è chiaramente affermato che «tale norma è espressamente riferita soltanto alle ipotesi di “violazione delle disposizioni di cui al cit. D.Lgs. artt. 1, 2 e 4”, nel quale è inserita, e, per la sua evidente natura eccezionale, non può essere interpretata estensivamente né può essere applicata al di fuori dei casi contemplati. La norma stessa non trova, pertanto applicazione, alle controversie che ...non abbiano ad oggetto il sistema sanzionatorio per la violazione delle dette disposizioni...».

Pertanto, nel caso di specie i contratti a termine intercorsi tra le parti sono stati stipulati ai sensi, e non in violazione, dell'art. 2, comma 1-*bis*, cioè in base a quanto previsto da questa norma di legge.

Ne discende che, per questo giudice, ai fini della decisione del presente giudizio, non si pone, nella fattispecie in esame, una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* del D.Lgs. n. 368/01.

In ogni caso, se anche si volesse aderire ad una diversa impostazione, alla luce delle pronunzie della Giurisprudenza della Corte di Giustizia (le sentenze “Mangold”, “Adeneler”, “Del Cerro Alonso”, “Impact”, nonché l'ordinanza “Vassilakis” del 12 giugno 2008 nella causa C-364/07, senza trascurare le importanti indicazioni che provengono dalle conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 4 dicembre 2008 alla Corte di Giustizia), della Corte Costituzionale (sentenza n. 44/2008) e della Corte di legittimità (la fondamentale sentenza n. 12985/2008), il quadro interpretativo va attentamente rivisto nel solco del rapporto tra il diritto comunitario e il diritto nazionale.

Infatti, in presenza di una normativa interna di recepimento (anche se successivamente modificata e integrata) della direttiva comunitaria, il problema interpretativo e applicativo della norma interna va risolto prioritariamente (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 284/07) alla luce del rapporto tra il diritto comunitario e il diritto nazionale.

La stessa Corte Costituzionale (v. da ultimo la sentenza n. 348/07; in precedenza v. le sentenze nn. 389/1989 e 113/1985, ma anche le ordinanze nn. 62/2003, 125/2004, 241/2005 e 252/2006) e la Cassazione (v. la recente ordinanza n. 22260/08) hanno in più occasioni e concordemente ribadito che, nel caso in cui la norma interna violi il diritto comunitario, il giudice ordinario può sollevare la questione di pregiudizialità comunitaria ai sensi dell'art. 234, comma 3, Trattato CE o confrontarsi direttamente con la norma “illegittima”, quando sulle questioni controverse siano già intervenute una o più decisioni della Corte di Giustizia (come nel caso di specie), per risolvere la questione utilizzando tutti gli strumenti interpretativi idonei a superare il contrasto

con il diritto comunitario. In particolare, secondo la ricostruzione dell'Avvocato generale Kokott al punto 122 delle conclusioni nelle cause riunite 378-379-380/07, (*Omissis*).

Questo giudice, peraltro, ha già fatto in passato applicazione dello strumento interpretativo della non applicazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario, proprio in giudizi in cui Poste aveva applicato al contratto a termine l'art. 2, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 368, disapplicandola. Sul punto della possibile non applicazione dell'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/01 vi è il precedente del Tribunale di Trani del 22 settembre 2008. Rispetto a questa posizione che, seppure minoritaria nella giurisprudenza di merito, già questo giudice ha condiviso, va fatta una ulteriore riflessione alla luce proprio delle complesse considerazioni fatte dall'Avvocato generale Kokott nelle cause nn. 378-379-380/07, che sono di particolare rilievo sia per la ricostruzione dei principi di diritto comunitario e dell'interpretazione della Corte di Giustizia in materia di contratto a tempo determinato sia per i riflessi che l'applicazione di quei principi e di quell'interpretazione hanno (o possono avere) sull'ordinamento interno italiano come *jus superveniens* (cfr. ordinanza n. 252/2006 della Corte Costituzionale), al punto da poter vanificare l'effetto delle ordinanze di rimessione alla Consulta sia in ordine alla norma transitoria sia per quanto attiene le altre pregevoli questioni di legittimità costituzionale che hanno messo in discussione la parte più importante del D.Lgs. n. 368, sull'art. 1 e sull'art. 2, comma 1-bis. Cinque le conclusioni della Kokott, utili ai fini della decisione della presente controversia:

1 - è l'intera disciplina del contratto a tempo determinato che rientra nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro e della direttiva comunitaria (superando così alcune perplessità sull'ambito della direttiva che erano emerse dopo la sentenza "Mangold" e che avevano indotto la Corte Costituzionale a restituire gli atti al Tribunale remittente con l'ordinanza n. 252/2006);

2 - ogni Stato membro è libero di adottare disposizioni in materia di lavoro a tempo determinato, anche successivamente al recepimento della direttiva, purché esse siano conformi a tutte le prescrizioni del diritto comunitario;

3 - la specificazione delle "ragioni obiettive" come misura idonea a prevenire gli abusi scelta dal legislatore nazionale tra le tre (lettera a) previste dalla clausola 5, punto 1, riguarda anche il primo e unico contratto, in quanto detta clausola «osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare al-

l'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio» (il che significa che l'art. 2, comma 1 bis, D.Lgs. n. 368 contrasta specificamente con il diritto comunitario, non consentendo di prevenire gli abusi per la natura acasale della norma);

4 - la clausola 8, n. 3, denominata di "non regresso", non ha applicazione diretta negli ordinamenti interni, ma opera sul piano della tutela generale ed è possibile «l'abrogazione o il potenziamento di una sanzione contro gli abusi derivanti dall'utilizzo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato in relazione ad una specifica categoria di lavoratori a tempo determinato, se tali misure sono compensate da un contestuale rafforzamento delle misure per la prevenzione degli abusi. Ciò nondimeno rimane l'obbligo a carico degli Stati membri di introdurre o conservare per i casi di abuso sanzioni effettive, proporzionale e dissuasive.»;

5 - «i giudici nazionali, in osservanza del loro obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità alle direttive, sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva 1999/70 e cancellare le conseguenze di un eventuali violazioni del diritto comunitario. A tal fine essi devono utilizzare fino in fondo la discrezionalità che il diritto nazionale riconosce loro».

Del resto, all'indomani della sentenza n. 44/2008 della Corte Costituzionale, l'interpretazione adeguatrice ai principi comunitari era stata fortemente ribadita dalla S.C., Sez. Lav., nella sentenza n. 12985/08, con la trascrizione integrale della clausola di non regresso e con l'affermazione degli stessi principi (anche per quanto riguarda l'ambito di applicazione della direttiva all'intera disciplina del contratto a termine, compreso il primo e unico contratto) che sono stati già affermati dalla Corte di Giustizia e così ricostruiti dall'Avvocato generale Kokott. Di recente, anche le Sezioni Unite (Cass. n. 20604/08) hanno condivisibilmente indirizzato la giurisprudenza di merito, in applicazione dell'art. 111 Cost. e del principio costituzionale dell'equo processo, verso una interpretazione adeguatrice e conformativa delle regole processuali: in questo caso (art. 4-bis D.Lgs. n. 368), trattandosi di norma processuale (perché interviene solo sui processi in corso, modificando l'apparato sanzionatorio), si tratterebbe di fornire un'interpretazione adeguatrice soprattutto conforme ai principi comunitari, nell'ambito dei poteri riconosciuti al giudice nazionale. La stessa Corte di legittimità (citata sentenza n. 12985) chiarisce quale sarebbe stata la sanzione in caso di illegittima apposizione del termine, se non fosse intervenuta la norma transitoria.

Orbene, pur nella nuova normativa introdotta dal D.Lgs. n. 368/2001 (che non contiene una previsione analoga a quella di cui al vecchio art. 3 della L. 230/62), l'onere della prova delle condizioni giustificanti l'apposizione del termine rimane a carico del datore di lavoro. È, infatti, immanente alla disciplina del contratto a termine una logica di tutela del dipendente,

del resto evidenziata nella relazione al decreto legislativo, in cui si dice, proprio con riferimento alla distribuzione del carico probatorio, di essersi voluto «assicurare al dipendente tutele non meno efficaci del regime precedente» e, d'altronde, un'interpretazione in senso diverso urterebbe contro la citata «clausola di non regresso» dell'accordo allegato alla direttiva europea, per la quale «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». Si può, infatti, leggere in maniera diversificata il riferimento al «livello generale di tutela» e, in particolare, lo si può leggere con riguardo a singoli aspetti di disciplina, o alla disciplina complessiva del contratto a termine (come proposto dall'Avvocato generale Kokott), ma non può non ravvisarsi un abbassamento netto del tasso di garanzia laddove verrebbe posto a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'inesistenza delle condizioni giustificanti il termine anziché del datore di lavoro della sussistenza delle specifiche ragioni poste a base del termine.

Nella stessa ottica non può ritenersi che la violazione della nuova normativa sul termine non porti più, in assenza di un'espressa previsione specifica, alla sanzione della conversione del contratto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato. Ricondurre il vizio al regime generale della nullità, e in particolare della nullità parziale ex art. 1419 c.c., come sostiene parte resistente, significherebbe legittimare il ricorso indiscriminato all'apposizione del termine da parte dei datori di lavoro, senza alcuna conseguenza. L'intera normativa sul termine, in altri termini, sarebbe *tamquam non esset*.

Infatti, appare dirimente osservare che nel nostro sistema (anche quello scaturente dalla disciplina del D.Lgs. n. 368) l'apposizione di un limite temporale al contratto di lavoro deve ritenersi ipotesi eccezionale, in quanto il nuovo contesto normativo da un lato supera il principio di tassatività delle ipotesi di ricorso all'apposizione del termine finale, dall'altro presuppone sempre l'imprevedibilità, l'eccezionalità e l'intrinseca temporaneità del ricorso all'istituto.

La nuova normativa, infatti, nel definire tipologie generali giustificanti l'apposizione del termine, non esclude la necessità non solo che si provi l'effettiva sussistenza in generale di una determinata situazione aziendale che esprima particolari esigenze sostitutive, tecniche, organizzative e produttive, ma anche il nesso causale tra tali esigenze e la specifica assunzione del singolo lavoratore. Eludere questo passaggio significherebbe legittimare parte datoriale ad un uso incontrollato dell'istituto, anche senza alcun aggancio con la singola assunzione.

Ciò posto, va rilevato che la situazione giuridica azionata esprime un'applicazione dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/01, aggiunto dall'art. 1, comma 558, L. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006), il quale testualmente recita: «le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effet-

tuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente comma».

Il primo comma richiamato da tale fattispecie è così impostato: «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci, per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al quindici per cento dell'organico aziendale che, al 1° gennaio dell'anno a cui le assunzioni si riferiscono, risulti complessivamente adibito ai servizi sopra indicati. Negli aeroporti minori detta percentuale può essere aumentata da parte delle aziende esercenti i servizi aeroportuali, previa autorizzazione della direzione provinciale del lavoro, su istanza documentata delle aziende stesse. In ogni caso, le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente articolo».

Ora, è incontrovertito tra le parti che il rapporto a tempo determinato sia stato motivato dal solo richiamo, fatto nei due contratti di assunzione, al sopra menzionato art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368 così come modificato dalla L. n. 266/05.

La parte ricorrente ritiene che tale giustificazione non sia idonea, perché non rientra tra le «motivazioni» del ricorso all'apposizione del termine previste dall'art. 1 dello stesso decreto legislativo e perché la tipologia di «imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste» sarebbe sostanzialmente inesistente.

Poste italiane, invece, assume di essere l'unica impresa concessionaria di servizi del settore poste e che il comma aggiunto all'art. 2 del decreto n. 368/01 dalla legge finanziaria per il 2006 configurerebbe una autonoma causale di ricorso a contratti a tempo determinato, che richiama espressamente quella già operante per le «aziende di trasporto aereo o da aziende esercenti i servizi aeroportuali ed abbia luogo per lo svolgimento dei servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo ai passeggeri e merci», nella previsione dell'originario unico comma del medesimo art. 2.

Come è noto, la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 ha dato attuazione, ai sensi dell'art. 139, n. 2, Trattato CE, all'Accordo quadro Ces, Unice e Ceep del 1 marzo 1999 sul lavoro a tempo determinato.

Prescrizioni della direttiva che meritano di essere riportate sono le seguenti:

– il 14° considerando e la successiva clausola 1, che chiariscono la ratio della direttiva con “l’intenzione di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo l’applicazione del principio di non discriminazione nonché di creare un quadro per la prevenzione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato”;
 – il preambolo dell’allegato, contenente il testo dell’Accordo quadro recepito dalla direttiva, precisa che “i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro”; d’altra parte “i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori”.

Quanto sopra viene riproposto nelle Considerazioni generali dell’Allegato laddove, al punto 6, si conferma «che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento».

Il successivo punto 7 precisa che «l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi», salvo poi aggiungere che «i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell’impiego in alcuni settori, occupazioni e attività, atta a soddisfare sia datori di lavoro sia i lavoratori».

Queste premesse consentono di concludere che nella direttiva:

- 1) tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine sussiste un rapporto tra regola ed eccezione;
- 2) l’eccezione deve essere supportata da ragioni oggettive, valevoli per “alcuni settori, occupazioni, attività”;
- 3) detta eccezione deve essere specificata e comprovata;
- 4) l’insussistenza delle ragioni che sostengono l’eccezione riporta alla regola generale.

Tra le disposizioni di attuazione dell’accordo (e, quindi, della direttiva che lo ha recepito) la clausola n. 8 al comma 3 prevede, poi, la già sopra citata clausola di non regresso, che garantisce ai lavoratori il mantenimento del livello generale di tutela già offerto dalla normativa nazionale.

Il divieto di *reformatio in peius* previsto da detta clausola può essere interpretato in modo non uniforme, ma è sicuramente finalizzato ad evitare ogni abuso sull’abbassamento del livello di protezione del lavoratore esistente nel diritto nazionale.

Con la sentenza del 22 novembre 2005 la Corte di Giustizia europea ha risolto la causa C-144/04, concernente la domanda di pronuncia pregiudiziale della direttiva 1999/70/CE, accogliendo le considerazioni e le conclusioni dell’Avvocato Generale: «50 A questo proposito, dalla formulazione stessa della clausola 8, punto 3 dell’accordo quadro risulta che l’applicazione di questo non costituisce per gli Stati membri un motivo valido per ridurre il livello generale di protezione offerta ai lavoratori nell’ordinamento giuridico nazionale nel set-

tore rientrante sotto il detto accordo. 51 L’espressione “applicazione”, utilizzata senza ulteriori precisazioni nella clausola 8, punto 3, dell’accordo quadro non riguarda la sola iniziale trasposizione della direttiva 1999/70, e, in particolare, del suo allegato contenente l’accordo quadro, ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l’obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate».

Per quanto attiene la presente controversia, l’analisi va limitata agli artt. 1 e 2 del decreto legislativo n. 368/01, di trasposizione della normativa comunitaria in materia di contratto di lavoro a termine.

L’art. 1, D.Lgs. n. 368/2001 propone una clausola generale innovativa rispetto alla corrispondente norma contenuta nella L. n. 230/62.

La Suprema Corte, nella sua massima espressione (cfr. Cass., Sez. Un., n. 4588/06), nel comporre un contrasto giurisprudenziale in merito all’interpretazione dell’art. 23, L. n. 56/1987, ha avuto modo di comparare la vecchia disciplina in materia di contratto a tempo determinato con la normativa introdotta dal D.Lgs. n. 368, con riflessioni che costituiscono una precisa chiave di lettura della nuova disciplina, nella stessa direzione già espressa dalla giurisprudenza di merito prevalente e dalla dottrina.

Secondo le Sezioni unite la precedente normativa in materia di contratto a tempo determinato, come integrata e modificata in particolare dall’art. 23, L. n. 56/1987 e dall’art. 8, L. n. 223/91 aveva «legittimato il ricorso al contratto a termine come strumento di politica dell’impiego, per ritornare poi, con la vigente generale normativa sul contratto a termine di cui al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 (attuativa della direttiva del Consiglio Cee 28 giugno 1999, n. 70) a limitare le assunzioni a termine soltanto a quelle connesse a ragioni di carattere oggettivo (“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”; cfr. art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368.)». Sempre le Sezioni Unite precisano: «ciò emerge con indiscussa evidenza dal D.Lgs. n. 368/01 che, nel momento in cui ha inteso innovare la materia con il superamento delle forme di assunzioni a termine contrattualizzate, ha ritenuto di dovere ammortizzare il ridimensionamento delle tutele con il richiedere la specificazione in forma scritta delle ragioni giustificatrici del contratto a termine (di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), al chiaro fine di agevolare il controllo giudiziario (chiamato a sostituire quello sindacale che si concretizzava nella tipizzazione delle diverse forme di assunzione al lavoro) sull’operato del datore di lavoro (cfr. al riguardo: art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 368/2001)».

Tali precise indicazioni vanno integrate con quelle che provengono dalla Corte di Giustizia europea e, in particolare, dalla sentenza della Grande Sezione del 4 luglio 2006, che ha deciso la causa C-212/04 (Adeneler), che consente di precisare che le “ragioni di carattere tecnico,

organizzativo, produttivo o sostitutivo” che giustificano il ricorso a tempo determinato nella previsione dell’art. 1, D.Lgs. n. 368/01 devono essere obiettive, precise, concrete, non determinate da una disposizione generale se non in quanto riferibili concretamente e specificamente ad un’attività che richieda l’utilizzo di un lavoratore a termine, per la quale non sarebbe possibile porre in essere un rapporto a tempo indeterminato, un’attività, cioè, che abbia carattere necessariamente temporaneo e sia dunque destinata ad esaurirsi in un tempo delimitato.

Infatti, la Corte di Giustizia, pur occupandosi dei contratti a tempo determinato successivi, interviene con i seguenti considerando anche sulla nozione di “ragioni obiettive” che giustificano l’apposizione del termine iniziale: «73 Così, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell’accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall’instabilità dell’impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro. 74 Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell’attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto. 75 Di conseguenza... si deve rispondere che la clausola 5, n. 1, lett. a), dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di “ragioni obiettive” ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall’esistenza di elementi concreti relativi in particolare all’attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio». Tale posizione della Corte è stata confermata dalla ordinanza del 12 giugno 2008 della III Sezione nella causa C-364/07 e richiamata nelle conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 4 dicembre 2008.

Ancora, se pure occupandosi di contratti a tempo determinato stipulati da pubbliche amministrazioni, la Corte di Giustizia nel considerando 99 evidenzia la necessità di una giustificazione di carattere temporaneo: «inoltre, dalla decisione di rinvio risulta che, nella prassi, l’art. 21 della legge n. 2190/94 rischia di essere distolto dalla sua finalità per il fatto che, invece di servire come base giuridica limitatamente alla stipulazione dei contratti a tempo determinato volti a far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo, sembra che esso venga utilizzato per concludere siffatti contratti allo sco-

po di soddisfare di fatto fabbisogni permanenti e durevoli. Anche il giudice del rinvio, nella motivazione della sua decisione, ha già constatato il carattere abusivo, ai sensi dell’accordo quadro, del ricorso, nella fattispecie di cui alla causa principale, al detto art. 21 per giustificare la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato volti, in realtà, a rispondere a fabbisogni permanenti e durevoli. Tale giudice si limita pertanto a chiedere se, in una tale ipotesi, il divieto generale stabilito dalla detta disposizione di trasformare in contratti a tempo indeterminato siffatti contratti a tempo determinato pregiudichi lo scopo e l’efficacia pratica dell’accordo quadro». Questa lettura interpretativa sia nella Giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite che in quella della Corte comunitaria dell’art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 368 è perfettamente compatibile e rispettosa, peraltro, del comma 3 della clausola 8 dell’Accordo quadro, garantendo il medesimo livello di tutela dei lavoratori rispetto a quanto previsto dalla normativa precedente abrogata e, in particolare, dall’art. 1, L. n. 230/62; ciò anche per i dipendenti di Poste Italiane S.p.a.

L’art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001 reca la «disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali» che, sostanzialmente, riproduce la lettera f) dell’art. 1, comma 2, della L. n. 230/62, a suo tempo introdotta dalla L. n. 84/86, con l’unica modifica che risiede nella comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende interessate alle organizzazioni sindacali provinciali di categoria.

La parte ricorrente sostiene che non si tratti di disciplina speciale, ma di ulteriori oneri per le aziende del settore aereo, di predeterminazione temporale dei periodi di utilizzazione e di comunicazione alle OO.SS., che si aggiungerebbero a quelli già previsti dalla normativa generale, contenuta nell’art. 1 del decreto (cfr. Tribunale di Milano, sentenza 29 giugno 2007). In effetti alcuni elementi deporrebbero in tal senso.

In primo luogo la stessa qualificazione di disciplina “aggiuntiva” (nella relazione governativa si parla di disciplina “particolare”).

Inoltre, il fatto che la precedente norma “speciale” fosse inserita nel testo dell’art. 1 della legge 230/62, che prevedeva anche l’obbligo della forma scritta, che ora è richiamato solo nell’art. 1 del D.Lgs. n. 368/01 e non nel successivo art. 2.

E ancora, la contraddizione dell’apposita menzione del lavoro aeroportuale, considerando la difficoltà di comprendere le ragioni “obiettive”, che possano giustificare l’inserimento di una tipologia di ricorso al contratto a termine che avrebbe potuto esaustivamente essere ricompresa nel riferimento normativo operato nell’art. 1, comma 2, del decreto (anche alla luce delle considerazioni fatte dalle Sezioni unite nella sentenza n. 4566/06, nel confronto tra vecchia e nuova disciplina).

Ebbene, a modifica, sul punto, dei propri precedenti, l’interpretazione della norma secondo i principi di diritto comunitario impone al giudice interno di aderire al-

l'orientamento secondo cui lo specifico obbligo di motivazione di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 368, con l'indicazione delle ragioni obiettive ivi enunciate, si estende anche a tutti i contratti a termine stipulati dalle aziende cui si applica "anche" la disciplina aggiuntiva dell'intero art. 2. Ne consegue che il mero richiamo all'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368 non consente di considerare soddisfatto l'obbligo motivazionale di cui all'art. 1 dello stesso decreto, con conseguente conversione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato sin dal momento della sottoscrizione.

Tale interpretazione, in realtà, potrebbe anche superare alla radice ogni problema di astratta applicabilità dell'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001 alla fattispecie processuale, poiché la violazione dell'art. 2, D.Lgs. n. 368 va rapportata pur sempre alla mancata specifica indicazione delle ragioni giustificative del termine imposta dal precedente art. 1.

Solo per completezza espositiva, infine, va aggiunto che, indipendentemente dal rispetto, nel caso di specie, dei principi di diritto comunitario, è da considerarsi assolutamente non pertinente il richiamo, nei due contratti, dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368, per essere, questa norma, esclusivamente applicabile alla sola ipotesi in cui il personale venga assunto a termine "da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste" (e cioè del recapito) e non anche a chi venga assunto per svolgere servizi di sportelleria, come invece è accaduto nel caso di specie.

Se così non fosse, e cioè se la norma fosse ritenuta estensibile alla generalità delle attività svolte dalla società resistente (che, com'è noto, non sono solo quelle tipiche delle "imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste", richiamate dal comma 1-bis in discorso, ma anche quelle ad esse non connesse (quali, per esempio, i servizi amministrativi, quelli creditizi e finanziari, quelli relativi alla commercializzazione di alcuni prodotti, ecc.), risulterebbe assolutamente ingiustificabile la disparità di trattamento che ne deriverebbe non solo tra lavoratori e lavoratori, ma anche tra aziende ed aziende, visto, per es., che la società convenuta, pur svolgendo, nel settore finanziario e creditizio, le medesime attività disimpegnate dagli istituti bancari, andrebbe a godere inammissibilmente di un trattamento di favore rispetto a quello assicurato a questi ultimi soggetti (sul punto, esattamente in termini, v. Tribunale Trani, 28 aprile 2008).

A quanto esposto consegue che i contratti di lavoro stipulati da Poste Italiane S.p.a. appaiono privi di motivazione, in violazione dell'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/01, alla luce della direttiva 70/99 (sul contratto a tempo determinato), tenendo conto della interpretazione del diritto comunitario ripetutamente fornita dalla Corte di Giustizia nelle pronunzie citate in motivazione.

Ne consegue, altresì, che il rapporto di lavoro tra le parti è tuttora sussistente e va ordinato alla società resistente

di riammettere in servizio la parte ricorrente, con le mansioni e l'inquadramento per i quali veniva assunta (e ovviamente alle medesime condizioni di *part time*, da riferirsi al secondo contratto, che presenta l'identica struttura del primo e che prevede lo svolgimento del 75% dell'orario contrattuale) con condanna della Poste Italiane al pagamento, in suo favore, di tutte le mensilità maturate, con gli accessori di legge sino al soddisfo, dal 25 giugno 2007 (detratto, naturalmente, quanto nel periodo corrisposto dalla resistente al ricorrente in virtù di altre contestuali prestazioni lavorative eventualmente rese o quanto, alla luce delle presente sentenza, risulta non ancora dovuto, come il tfr; non è emerso, invece, alcun *aliunde perceptum*, mentre sarà obbligo della parte ricorrente, ma ciò non attiene al rapporto tra le parti del presente procedimento, restituire qualsivoglia indennità eventualmente percepita da terzi in relazione all'avvenuta risoluzione del rapporto di lavoro). Da rilevare che il numero delle mensilità qui riconosciute, naturalmente rapportate alla data di deposito del ricorso, è in concreto compatibile anche con l'indennità determinata dall'art. 4 bis sopra citato, salvo quanto già esposto su detta norma in relazione alla presente fattispecie concreta.

La data di decorrenza indicata è quella della comunicazione della richiesta del tentativo obbligatorio pregiudiziale di conciliazione, che quindi può ritenersi la più risalente data certa nella quale la parte ricorrente abbia offerto le sue energie lavorative alla società datrice di lavoro.

La novità, l'evidente particolarità e la complessità interpretativa, sul piano giuridico, della vicenda dedotta in giudizio, impongono la parziale compensazione delle spese del giudizio nella misura della metà, liquidate per il resto come analiticamente indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice del lavoro, definitivamente pronunciando sul ricorso, iscritto al n. 35066/07 R.G.L., proposto da C.M.R.A. nei confronti della Poste Italiane S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., ogni contraria istanza ed eccezione disattesa, così provvede: dichiara l'illegittimità dell'apposizione del termine apposto al contratto di lavoro stipulato tra le parti, la cui esecuzione ha avuto inizio in data 1 luglio 2006; dichiara che il rapporto di lavoro tra le medesime parti è tuttora sussistente e ordina alla società resistente di riammettere in servizio la parte ricorrente, con le mansioni e alle condizioni per le quali veniva assunta o ad esse equivalenti; condanna la società resistente a corrispondere alla parte ricorrente tutte le mensilità maturate dal 25 giugno 2007, con gli accessori di legge sino al soddisfo, detratto quanto indicato in motivazione; dichiara compensate, tra le parti, nella misura della metà, le spese di lite e condanna Poste Italiane S.p.A. a corrispondere alla parte ricorrente la rimanente parte, che liquida in complessivi euro 1500,00, di cui euro 1000,00 per onorario, oltre accessori di legge.

IL COMMENTO

di Luciana Raffaele

Il Tribunale di Foggia torna ad occuparsi della violazione della normativa comunitaria in materia di contratto a termine. La sentenza n. 44/2008 della Corte Costituzionale sul diritto di precedenza dei lavoratori stagionali e la sentenza n. 12985/2008 della Cassazione hanno messo in rilievo la fragilità dell'intera riforma del contratto a tempo determinato del 2001, tanto da provocare l'intervento del legislatore interno con l'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001, inserito in sede di conversione dall'art. 21-bis, D.L. n. 112/2008, norma "transitoria" finalizzata a frenare in particolare l'enorme contenzioso dei contratti a termine stipulati dall'impresa pubblica. Alla luce e in conseguenza di questa situazione di assoluta incertezza interpretativa, al vaglio della Consulta (che deciderà il 23 giugno 2009 tutte le principali questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Giurisprudenza di merito sull'art. 1, comma 1, sull'art. 2, comma 1-bis, e sull'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001), il Tribunale pugliese fornisce una soluzione analoga rispetto al precedente approfondendo il percorso di interpretazione comunitariamente conforme della normativa interna, valorizzando le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia anche nelle decisioni più recenti tra cui la sentenza del 23 aprile "Kyriaki Angelidaki".

Premessa

Nella serie di sentenze (1) concernenti la tematica dei contratti a termine stipulati sulla base dell'art. 2, comma 1-bis, del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dalla L. 23 dicembre 2005, n. 266, con cui si è estesa alle "imprese concessionarie dei servizi nei settori delle poste" l'operatività del primo comma dell'art. 2 - il quale, per aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, ammette la stipulazione di contratti a termine per determinati periodi dell'anno, con alcuni limiti quantitativi -, il ruolo del Tribunale di Foggia non si presta di certo ad essere dimenticato, per la rilevanza delle questioni affrontate ed il carattere tutt'altro che scontato di alcune osservazioni del Giudice del lavoro.

In particolare, con la sentenza del 19 marzo-11 aprile 2007, n. 2370 (2) il Tribunale di Foggia ha rilevato l'illegittimità della norma in questione, adducendo, sostanzialmente, che la modifica apportata dalla legge finanziaria per il 2006, con l'aggiunta del comma 1 bis, è avvenuta al di fuori e contro le regole interne di attuazione degli obblighi comunitari.

Innanzitutto, il Giudice ha osservato che la posi-

zione di Poste Italiane S.p.a., quale unica impresa concessionaria di servizi postali, realizzi un abuso di sfruttamento di posizione dominante, ex art. 82 Trattato CE, in aperta violazione degli artt. 86 e 90 dello stesso Trattato. In secondo luogo, attraverso il richiamo al procedimento normativo - volto a dare attuazione alla normativa comunitaria - regolato dalla legge "La Pergola", nel quale è previsto che una legge di recepimento di direttiva comunitaria può essere modificata solo attraverso lo strumento della legge comunitaria e solo a condizione che la norma di recepimento sia in contrasto con la normativa comunitaria, il Tribunale ha sostenuto che la legge comunitaria del 2005 non contiene alcuna delega al Governo per modificare o integrare il recepimento della direttiva comunitaria avvenuto con il D.Lgs. n. 368/01, con conseguente illegittimità della "causale finanziaria". Infine, il Giudice pugliese, osservando come ben oltre la scadenza del termine per l'attuazione della citata direttiva il legislatore abbia modificato *in peius* il livello di tutela dei lavoratori di Poste Italiane - che fino al 31 dicembre 2005 godevano di un sistema di tutela costituito dall'obbligo di motivazione di cui all'art. 1, D.Lgs. n. 368/01 - in violazione della clausola di non regresso, ha affermato che il giudice nazionale è tenuto alla disapplicazione della disciplina interna incompatibile con la normativa comunitaria.

Dalla disapplicazione all'interpretazione conforme al diritto comunitario

A distanza di 2 anni il Tribunale di Foggia con la sentenza in commento ritorna sul tema dei contratti a termine stipulati da Poste Italiane sulla base della c.d. "nuova causale", consolidando la notevole (e non ancora molto diffusa tra i Giudici di merito) attenzione al principio della prevalenza del diritto comunitario sulle norme interne con esso contrastanti.

Note:

(1) V., Trib. Milano (Est. Martello), 26 giugno 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 155, con nota di M. Lozito, *La disciplina "aggiuntiva" del contratto a termine per il settore delle poste e la direttiva 1999/70/CE: violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano*; in questa *Rivista*, 2008, 812, con commento di L. Martino, *Le prime pronunce di merito sui "nuovi" contratti a termine di Poste*; Trib. Milano (Est. Frattin), 5 giugno 2007, inedita; Trib. Roma (Est. Grisanti), 21 marzo 2008 (Rodio c. Poste Italiane) e Trib. Foggia (Est. Colucci), 7 aprile 2008, sempre in questa *Rivista*, 2008, 812, cit.; Trib. Roma (Est. Mormile), 22 aprile 2008 (Colicchio c. Poste), inedita; Trib. Trani (Est. La Notte Chirone), 6 maggio 2008, in questa *Rivista*, 2008, n. 7, 705, con nota di V. De Michele, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*.

(2) V. Trib. Foggia (Est. Colucci), 11 aprile 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 3, 728, con le prime notazioni di M. Paulli, *Il nuovo contratto a termine di Poste Italiane Spa*; in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 155, con nota di M. Lozito, cit.; in questa *Rivista*, 2008, 8, 812, con commento di L. Martino, cit.; in *Arg. dir. lav.*, 2008, n. 3, con commento di A. Olivieri, *Contratto a tempo determinato e abuso di posizione dominante?*

L'interesse della pronuncia in esame risiede in larga parte nel ripetuto richiamo ai diversi principi fissati dalla Giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte di legittimità nonché della Corte Costituzionale, secondo cui il problema di interpretazione e applicazione della norma interna andrebbe risolto alla luce del rapporto tra diritto comunitario e diritto nazionale.

È senza dubbio su quest'ultimo fronte che la pronuncia del Giudice da uno fornisce le indicazioni più significative, con argomenti che valgono a chiarire alcuni principi che presidono la disciplina sul contratto a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001, emanato in attuazione della Direttiva europea 1999/70/CE.

Quest'ultima, infatti, vincola gli Stati a raggiungere i risultati in essa previsti, lasciando ad essi la scelta della forma e dei mezzi per raggiungerli, imponendo agli Stati membri di prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva medesima.

La sempre maggiore apertura dell'ordinamento nazionale a quello comunitario si evince dalla circostanza che, in materia di contratto a termine, la Corte di Giustizia, quale organo giurisdizionale cui è riservata la competenza in materia di interpretazione del diritto comunitario (3), è stata più volte investita delle questioni concernenti la compatibilità della normativa interna, sia italiana che di altri Stati membri, con il diritto comunitario.

Dopo un lungo cammino interpretativo, le interpretazioni offerte dalla Giurisprudenza di legittimità (4) in linea con l'ormai pacifico orientamento della Consulta (5), hanno visto consolidarsi in maniera assolutamente univoca l'orientamento secondo cui, il giudice nazionale ha l'obbligo di "disapplicazione" (o, più correttamente della "non applicazione") della norma interna, incompatibile con quella comunitaria, vigente anche dopo l'entrata in vigore, ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001, del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, che alla potestà legislativa esercitata dallo Stato e dalle regioni ha dettato il limite del «rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». In tale contesto, giova evidenziare che sia la Corte Costituzionale (6) sia la Cassazione (7) hanno distinto nettamente gli obblighi comunitari derivanti dalla normativa dell'Unione europea, che devono essere direttamente recepiti dai giudici nazionali senza neanche sollevare la questione di pregiudizialità comunitaria ex art. 234, comma 3, Trattato UE (8), rispetto agli obblighi internazionali, come la Convenzione europea per i diritti dell'uomo, che invece trovano ingresso e applicazione nel nostro ordinamento attraverso il parametro interposto dell'art. 117, comma 1, Cost. e il vaglio di legittimità costituzionale della norma interna contrastante.

Con la sentenza in commento il Tribunale di Foggia, che nella precedente pronuncia aveva fatto applicazione dello strumento della non applicazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario, ha abilmente spostato il problema interpretativo della in-

compatibilità dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/01 rispetto alla disciplina comunitaria, sul rapporto tra diritto comunitario (anche alla luce degli scopi perseguiti dal legislatore europeo) e diritto interno, evidenziando l'obbligo del giudice nazionale di attuare concretamente i principi sanciti dalla Giurisprudenza europea in materia di contratto a termine, al fine di pervenire ad una soluzione conforme alle finalità perseguite dalla direttiva.

L'interpretazione conforme al diritto comunitario affonda le sue radici nei rapporti tra diritto interno ed internazionale, sulla base della presunzione di conformità del primo al secondo, per effetto della quale si ritiene che, nel caso di dubbi esegetici, la legge nazionale debba essere interpretata in conformità con le esigenze poste dagli obblighi internazionali precedentemente assunti dallo Stato (9).

Per quel che riguarda i rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, lo strumento interpretativo in esame ha cominciato ad assumere connotati e peculiarità del tutto originali per effetto dei moniti provenienti dalla Corte di Lussemburgo (10).

Tale obbligo di interpretazione conforme, per come lucidamente messo in evidenza nella sentenza "Pfeiffer" (11), riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva. Nella stessa sentenza, la Corte di Giustizia afferma che deve essere l'ordinamento interno a designare i giudici competenti e stabilire modalità procedurali che non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna, né devono rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario.

Anche nella sentenza "Pupino" (12) la Corte co-

Note:

(3) Ai sensi dell'art. 220 del Trattato «La Corte di Giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente trattato».

(4) Cfr. Cassazione, Sez. trib., 10 dicembre 2002, n. 17564.

(5) Cfr., Corte Cost., 18 aprile 2001, n. 168.

(6) Corte Costituzionale, 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

(7) V. Cassazione, Sez. lav., 4 settembre 2008, n. 22260, in questa *Rivista*, 2008, 1128, con nota di V. De Michele, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*.

(8) Presupposto necessario perché possa essere sollevata la questione dinanzi alla Corte di Giustizia tramite il rinvio pregiudiziale è la rilevanza della questione ai fini della decisione del giudizio da parte del giudice nazionale. Successivamente, sulla base delle indicazioni offerte dalla Corte di Giustizia, la quale si pronuncia solo e soltanto sull'interpretazione della norma comunitaria, sarà il giudice interno a dover valutare la compatibilità della norma del proprio ordinamento e la norma comunitaria.

(9) Si veda sull'argomento, Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, 321.

(10) Si veda, tra le tante, Corte di Giustizia, 10 aprile 1984, causa 14/83, Von Colson e a., in *Racc.*, 1891.

(11) Corte di Giustizia, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, in *Foro it.*, 2005, IV, 23.

(12) Corte di Giustizia, 16 giugno 2005, nella causa C-105/03, in *Racc.*, 2005, I-5285.

munitaria ha ribadito che «il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione le norme dell'ordinamento nazionale nel loro complesso e ad interpretarle, in quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della detta decisione quadro». Analogamente, nel caso "Impact" (13) la Grande Sezione della Corte di Giustizia, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro nonché sull'estensione dell'autonomia procedurale degli stati membri e sulla portata dell'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici di questi ultimi, ha enunciato il principio in base al quale il giudice nazionale deve sentirsi un giudice europeo, che deve essere informato della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla legislazione di tutti gli stati membri al fine di attuare i principi contenuti nel Trattato CE.

Si tratta di un passaggio fondamentale nell'applicazione del diritto comunitario, che può cogliersi nel suo pieno significato solo laddove ci si accorga dell'esigenza di ampliare il potere interpretativo del giudice nazionale offrendogli, appunto, lo strumento dell'interpretazione conforme per armonizzare le tutele offerte ai cittadini all'interno dei singoli Stati. Utilizzando rigorosamente la metodologia dell'interpretazione conforme, non v'è la necessità di verificare se e in che modo una previsione conferisca diritti agli individui: ciò che conta è che il diritto europeo persegua un risultato che non può essere ostacolato da norme interne incompatibili. In altre parole, il giudice nazionale, fra più soluzioni possibili, deve ricercare l'interpretazione della disposizione interna, precedente o successiva alla normativa comunitaria, più fedele al testo e alle finalità di quest'ultima e, attraverso una rilettura complessiva delle disposizioni interne, deve ricercare nel proprio ordinamento nazionale quel significato da attribuire alla disposizione nazionale, affinché i risultati conformi alle finalità comunitarie (14).

Sul punto la pronuncia del Tribunale di Foggia riveste una peculiare importanza in quanto, in senso conforme a precedente decisione dello stesso Ufficio (15), attraverso un puntuale richiamo alle conclusioni rassegnate alla Corte di Giustizia europea dall'Avvocato Generale Juliane Kokott il 4 dicembre 2008 (16), su questione di pregiudizialità comunitaria proposta dal Monomeles Protodikeio Rethymnis in ordine all'interpretazione di normativa greca in materia di contratti a termine nel settore pubblico, alla luce della clausola 5, n. 1, lettera a) e n. 2, nonché della clausola 8, n. 3, della Direttiva 70/CE/1999, tenta di offrire una lettura sistematica della attuale disciplina nazionale in materia di contratto a termine, ricorrendo al metodo ermeneutico dell'interpretazione conforme - che consente in modo tempestivo ed efficace, di conciliare esigenze nazionali e rispetto degli obblighi comunitari -, in luogo della via alternativa e residuale (anche per la difficoltà "culturale" di applicarne la tecnica da parte dei Giudici interni che operano in regime di *civil law*) della disapplicazione del diritto interno confliggente con il diritto comunitario.

Interpretazione della Corte di Giustizia Europea in materia di contratto a termine alla luce della Direttiva 1999/70/CE

Il D.Lgs. n. 368/2001, come è noto, è frutto del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 1999/70/CE, che a sua volta ha dato attuazione all'Accordo Quadro, stipulato il 18 marzo 1999 da CES, UNICE e CEEP.

La trasposizione nell'ordinamento italiano non ha mancato di suscitare polemiche ed incertezze, in dottrina e in giurisprudenza, in merito ad una serie di disposizioni normative che non paiono, a prima vista, corrispondere in pieno allo spirito, oltre che alla lettera, della Direttiva e dell'Accordo Quadro (17).

Il contratto a termine, infatti, è assunto a momento centrale nel dialogo tra le Corti dando luogo a numerosi rinvii pregiudiziali, frutto anche di una intensa attività interpretativa di giudici italiani, che hanno stimolato il dibattito attuando l'insegnamento sulla diretta applicabilità del diritto comunitario che non solo la Corte di Giustizia, ma la stessa Corte Costituzionale (18) impartiva loro a partire dalla sentenza Granital.

Pur non potendo dare contezza dell'intero dibattito dottrinale (19) e giurisprudenziale (20) sul tema, preme

Note:

(13) Corte di Giustizia, 15 aprile 2008, causa C-268/06, in *Dir. relaz. ind.*, 2008, 3, 854, con nota di R. Cosio. Le conclusioni (integralmente accolte) sono state precisate all'udienza del 9 gennaio 2008 dall'Avvocato generale J. Kokott, la stessa della decisione precedente "Adeneler" (v. *infra*) e a cui sono state affidate quelle rese all'udienza del 4 dicembre 2008 nella causa "Kyriaki Angelidaki", decisa dalla III Sezione della Corte con sentenza del 23 aprile 2009.

(14) Così Barletta, *La questione del falso in bilancio: tra obblighi comunitari e tradizioni costituzionali comuni*, in *www.giustamm.it*.

(15) V. Trib. Foggia, 22 dicembre 2008, Est. Chiddo, commentata da C. de Martino, *La giurisprudenza sull'art. 4-bis, D.Lgs. 368/2001: motivi diversi di un'unica illegittimità*, in questa Rivista, 2009, 166 ss.

(16) Conclusioni depositate nelle cause riunite "Kyriaki Angelidaki" da C-378/07 a C-380/07, consultabile sul sito <http://curia.europa.eu/it>. Sulle prime osservazioni alla sentenza si rinvia a M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, *supra*, 437.

(17) Per un interessante quadro di queste perplessità si veda L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 3, 633 ss.

(18) Corte Costituzionale 8 giugno 1984 n. 170, in *Foro It.*, 1984, 2062, con nota di A. Tizzano. Si veda, sul ruolo dei giudici nazionali nel controverso processo di "europeizzazione" del sistema giuridico italiano, S. Sciarra, *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, *Jean Monnet Working Paper 01/08*, consultabile sul sito www.Jean-MonnetProgram.org. Sui contratti a termine nell'ordinamento italiano, L. Zappalà, *Flexibility and fixed-term contracts in Italy*, in B. Caruso e M. Fuchs (a cura di), *Flexibility in Employment and Labour Market Legislation in Europe: Comparing Italy and Germany*, Milano, 2004.

(19) M. Roccella, Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine, www.cgil.it/giuridico, 2001; Angiolini, *Sullo "schema" di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, *ivi*; L. Montuschi, *Evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità alla alternatività: un modello per il lavoro*, in *Quad. dir. lav.*, n. 23, 2000, 9; G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000, 334; R. Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva n. 99/70/CE sul lavoro a* (segue)

qui accennare alle principali questioni poste al vaglio della giurisprudenza delle Corti Europee dalle varie legislazioni che hanno recepito la direttiva 1999/70/CE.

La prima delle sentenze emesse ha riguardato la legislazione tedesca ed è intervenuta su importanti questioni interpretative relative all'attuazione della direttiva 1999/70/CE sul contratto a termine operata nella legge tedesca sul mercato del lavoro del 23 dicembre 2000. La questione pregiudiziale risolta con la sentenza Mangold (21) proveniva da una *fictio litis* tra il Signor Mangold e il suo datore di lavoro (l'avv. Helm, vero inventore della controversia). La questione riguarda la compatibilità di una normativa tedesca che autorizza indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore abbia raggiunto una certa età, con la Direttiva comunitaria 2000/78/CE, ed in particolare con il principio di non discriminazione in ragione dell'età in essa posto. Al fine di favorire la lotta alla disoccupazione, la legge tedesca consente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato (altrimenti limitati alla durata massima dei due anni) quando i lavoratori abbiano raggiunto l'età di 60 anni. Tale limite di età è stato poi successivamente e temporaneamente abbassato a 52 anni, e di tale modifica si era avvalso il datore di lavoro del Sig. Mangold assumendolo.

Dopo aver più volte ricordato come la Direttiva 2000/78/CE tuteli la parità di trattamento ed osti a discipline nazionali contrastanti con essa, i giudici del Lussemburgo, soffermandosi ai punti 51 e 52 sulla clausola 8 di non regresso contenuta nella Direttiva 1999/70/CE, hanno statuito sia che l'espressione "applicazione", utilizzata senza ulteriori precisazioni nella clausola 8, punto 3, dell'Accordo Quadro, non riguarda la sola iniziale trasposizione della direttiva (e, in particolare, dell'Accordo Quadro), ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione, completano o modificano le norme nazionali già adottate, sia che una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato, non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo Quadro, quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo.

La sentenza si conclude con la prescrizione dell'obbligo di disapplicazione della disciplina interna in capo al giudice nazionale «anche quando il termine di trasposizione della direttiva non è scaduto». Quanto sopra vincola gli stati membri all'osservanza delle clausole della direttiva non soltanto nella legge immediatamente recettiva di essa ma anche nelle leggi che dovessero essere successivamente emanate nella materia. Successivamente alla molto discussa sentenza Mangold (22), la Grande Sezione con la sentenza "Adeneler" (23) ha corretto la propria interpretazione sull'ambito di applicazione della normativa comunitaria in riferimento al primo contratto "causale", fornendo nel contempo una precisa nozione di "ragioni obiettive", che manca nella direttiva.

In particolare, nella sentenza del 4 luglio 2006, la Corte di Giustizia europea, richiamando la pronuncia Pfeiffer (24) per chiarire la portata dell'obbligo di interpretazione conforme cui sono tenuti i giudici nazionali, ha risolto importanti questioni interpretative relative all'Accordo Quadro, come quelle inerenti la nozione di "ragioni obiettive", la nozione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato "successivi", e il problema della temporaneità delle esigenze da porre a base della stipulazione di un contratto a termine.

Più precisamente, la Corte di Giustizia ha ritenuto la normativa greca - che non contiene alcuna previsione per l'illegittima reiterazione dei contratti a termine - incompatibile con la Direttiva, perché non solo non prevede alcuna delle misure prevista dalla clausola 5 per prevenire gli abusi derivanti da un indebita utilizzazione dei contratti a termine, ma non contiene nean-

Note:

(continua nota 19)

tempo determinato; profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia, in *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura di Menghini, Milano, 2002, 39; Franza, *La direttiva comunitaria n. 99/70/CE*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d. lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, a cura di Perone, Torino, 2002, 13; Arrigo, *Dir. lav. dell'Unione europea*, Milano, 2001, 288; P. Lambertucci, *L'evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 503; Ferrante, *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, in *EuDP*, 2000, 215; L. Menghini, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 575; (a cura di) A. Garilli, M. Napoli, *Il lavoro a termine in Italia ed in Europa*, Torino, 2003; Rendina, *Il principio di non discriminazione nelle direttive europee sul part-time e sul lavoro a termine*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 36; M. Biagi, *L'accordo quadro comunitario sul lavoro a termine*, in *Giur. Lav.*, 1999, n. 16, 17; Maretti, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, in questa Rivista, 1999, 1013; M. Tiraboschi, *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo indeterminato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, 461; Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dir. merc. lav.*, 2001, 3, 633.

(20) V. tra le altre, Trib. Trani, 21 aprile 2008, n. 434, Est. La Notte Chirone, in questa Rivista, 2008, 7, 705.

(21) Corte Giust. CE, 22 novembre 2005, causa C-144/04, in questa Rivista, 2006, n. 5, 459, con nota di P. Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 133 e *ibidem*, 341, con nota di V. Piccone e S. Sciarra; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 251, con nota di O. Bonardi; in *Riv. giur. lav.*, 2007, 205, con nota di L. Calafà; in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 387, con nota di Guariso; in *Dir. lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A. Vallebona.

(22) Per una compiuta ricostruzione degli errori commessi dalla Corte di Giustizia nella sentenza Mangold, si veda V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, in corso di pubblicazione.

(23) Corte Giust. CE, 4 luglio 2006, causa C-212/04, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Monomeles Protodikeio Thessalonikis (Grecia) con ordinanza dell'8 aprile 2004, pubblicata in G.U.C.E. Serie C 179 del 10 luglio 2004, 8. In dottrina, v. L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 698; P. Alleva, *Presentazione*, *ivi*, 2007, I, 4; L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2006, 610; L. Nannipieri, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5 d. lg. n. 368/2001 e 36 d. ls. n. 165/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 744; M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, 462; G. Sottile, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di Giustizia Europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 131.

(24) Corte Giust. CE, 5 ottobre 2004, cit.

che misure equivalenti che permettano, comunque, di evitare gli abusi.

La Corte, infatti, ha precisato che la clausola 5, n. 1, lettera a) dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di ragioni obiettive esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale sia giustificato dall'esistenza di altri elementi concreti relativi, in particolare, all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio.

Sulla base dei predetti principi, l'avvocato Generale Juliane Kokott, nelle citate conclusioni presentate il 4 dicembre 2008 si è occupata sia della discrezionalità che residua in capo agli Stati membri in sede di trasposizione della Direttiva in presenza di norme equivalenti dirette alla prevenzione degli abusi, sia dell'operatività dei principi sanciti nella direttiva e nell'Accordo Quadro con riferimento al primo contratto a termine, sia della portata del divieto di *reformatio in peius*, sia della nozione di ragioni obiettive, sia, infine, dei poteri del Giudice nazionale investito della questione circa la violazione della normativa comunitaria da parte del diritto interno.

Molto significativamente (e in modo esaustivo e convincente), il quadro interpretativo del diritto comunitario proposto alla Corte dalla Kokott, è il seguente:

1 - l'intera disciplina del contratto a tempo determinato rientra nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro e della direttiva comunitaria;

2 - ogni Stato membro è libero di adottare disposizioni in materia di lavoro a tempo determinato, anche successivamente al recepimento della direttiva, purché esse siano conformi a tutte le prescrizioni del diritto comunitario;

3 - la specificazione delle "ragioni obiettive" come misura idonea a prevenire gli abusi scelta dal legislatore nazionale tra le tre (lettera a) previste dalla clausola 5, punto 1, riguarda anche il primo e unico contratto (25), in quanto detta clausola «osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di "ragioni obiettive" ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio» (26) (il che significa che l'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. 368/2001 contrasta specificamente con il diritto comunitario, non consentendo di prevenire gli abusi per la natura acausale della norma);

4 - la clausola 8, n. 3, denominata di non regresso, non ha applicazione diretta negli ordinamenti interni,

ma opera sul piano della tutela generale ed è possibile «l'abrogazione o il depotenziamento di una sanzione contro gli abusi derivanti dall'utilizzo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato in relazione ad una specifica categoria di lavoratori a tempo determinato, se tali misure sono compensate da un contestuale rafforzamento delle misure per la prevenzione degli abusi. Ciò nondimeno rimane l'obbligo a carico degli Stati membri di introdurre o conservare per i casi di abuso sanzioni effettive, proporzionale e dissuasive»;

5 - infine, «i giudici nazionali, in osservanza del loro obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità alle direttive (27), sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva 1999/70 e cancellare le conseguenze di eventuali violazioni del diritto comunitario (28). A tal fine essi devono utilizzare fino in fondo la discrezionalità che il diritto nazionale riconosce loro (29)».

L'Avvocato Generale, dunque, superando le molte perplessità sull'ambito della Direttiva che erano emerse dopo la sentenza "Mangold" e che avevano indotto la Corte Costituzionale a restituire gli atti al Tribunale di Rossano con l'ordinanza n. 252/2006, mette in dubbio anche l'interpretazione della clausola di non regresso che è stata fornita dalla sentenza "Mangold", affermando, infatti, che nonostante la clausola 5, n. 1, nel combinato disposto con la clausola 1, lett. b) dell'Accordo Quadro si limiti specificamente ad obbligare gli Stati membri ad introdurre concrete misure per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, ciò non vuol dire che il divieto di *reformatio in peius* riguardi esclusivamente i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, posto che l'ambito di applicazione dell'Accordo Quadro in generale e della clausola

Note:

(25) Corte Giust. CE, Sez. III, sentenza 23 aprile 2009, causa "Kyriaki Angelidaki" non ha accolto le conclusioni della Kokott sul punto dell'applicazione della clausola 5, n. 1, lett. a) dell'accordo quadro e delle ragioni obiettive anche al primo e unico contratto. Tuttavia, si tratta di un contrasto solo formale tra l'Avvocato generale e la decisione della Corte (determinato, peraltro, dall'esigenza di non sconfessare del tutto la "Mangold" e ammettere *ex professo* gli errori commessi dalla Grande Sezione), in quanto lo stesso Collegio estende il campo di applicazione della clausola di non regresso al primo e unico contratto a prescindere dalla clausola 5 e dalle misure preventive e equivalenti, confermando integralmente sul punto l'impianto interpretativo di Cass. n. 12985/2008.

(26) Così specificamente l'ordinanza "Vassilakis", del 12 giugno 2008 nella causa C-364/07. La Corte ha utilizzato lo strumento dell'ordinanza ai sensi dell'art. 104, n. 3, primo comma del Regolamento di procedura. Ritenendo l'interpretazione della norma ormai consolidata.

(27) Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia "Pfeiffer", punti 115, 116, 118 e 119; "Adeneler" punto 111; "Impact", punto 101.

(28) Cfr. le sentenze della Corte di Giustizia "Adeneler", punto 102; "Marrosu e Sardino", punto 53; "Vassallo", punto 38.

(29) Cfr. sentenze della Corte di Giustizia "Von Colson e Kamann" del 10 aprile 1984, causa 14/83, punto 28; "Murphy e a." del 4 febbraio 1988, causa 157/86, punto 11; "ITC" dell'11 gennaio 2007, causa C-208/05, punto 68.

di non regresso in particolare non possono essere interpretati restrittivamente.

La "compatibilità" dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001 con i principi di diritto comunitario

Nel caso sottoposto alla cognizione del Tribunale di Foggia, la ricorrente chiede al giudice di dichiarare l'illegittimità dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro per violazione dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001, nonché per violazione della direttiva 1999/70/CE, sostenendo, sostanzialmente, che l'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001, peggiorando fortemente la situazione di tutela dei lavoratori rispetto alla disciplina precedente, sarebbe in contrasto diretto con la clausola di non regresso, in quanto consente a Poste Italiane S.p.a. di stipulare contratti a tempo determinato senza l'onere di indicare le ragioni di apposizione del termine.

Il Tribunale di Foggia, che nella prima pronuncia del 2007 propendeva per l'autonomia della causale, correggendo il proprio precedente, opta per la natura aggiuntiva della norma, affermando la necessità della presenza, anche per i contratti stipulati ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001, di ragioni oggettive specificamente indicate. E tale interpretazione scaturisce dalle finalità che il legislatore italiano si era prefisso di realizzare con la riforma integrale del contratto a termine, considerando che l'art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 368/2001 fa discendere dalla mancata apposizione del termine in atto scritto nel quale siano specificate le ragioni di cui al comma 1, la inefficacia del termine illegittimamente apposto. Le ragioni obiettive, da specificarsi nel contratto di assunzione, rappresentano l'unico modo per evitare qualsiasi volontà discriminatoria o fraudolenta del datore di lavoro e per impedire un uso distorto del contratto a termine. Va rilevato, inoltre, che nei considerando della Direttiva 1999/70/CE è chiaramente sottolineato che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e che l'utilizzazione di contratti a termine basata su ragioni oggettive rappresenta un modo di prevenire gli abusi.

I suesposti principi sono stati confermati dalla recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione (30) che, immediatamente dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 44/2008 (31), ha offerto una interpretazione sistematica rigorosa della riforma del 2001.

La Corte di legittimità, evidenziando la necessità di una lettura "conservativa" del D.Lgs. n. 368/2001, pone a fondamento del processo ermeneutico le sentenze "Mangold" e "Adeneler" della Corte di Giustizia (più la seconda della prima), non condividendo la tesi dottrinale della estraneità del primo contratto a termine e della sua causale dal campo di applicazione della normativa comunitaria e rivalutando la necessità di una puntuale motivazione nell'apposizione del termine anche al primo contratto (tesi, che, appunto, sarà ripre-

sa dall'Avvocato generale Kokott e nella sentenza Kyriaki Angelidaki, che corregge l'Avvocato generale sulle ragioni obiettive della clausola 5, ma estende espressamente al primo e unico contratto il campo di applicazione della direttiva comunitaria attraverso la clausola generale di non regresso).

Inoltre, la Corte ha affrontato l'aspetto sanzionatorio del D.Lgs. n. 368/01 e, quindi, gli effetti dell'abrogazione dell'art. 3, L. n. 230/1962, osservando non solo che il termine rimane elemento accidentale del contratto di lavoro, ma anche che la sanzione, in caso di invalidità del termine, è quella della conversione in rapporto a tempo indeterminato, per nullità parziale della clausola appositiva del termine.

In ogni caso, la parte principale della motivazione della Cassazione è che l'interpretazione adeguatrice o sistematica dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001 si fonda sulla c.d. "interpretazione comunitaria", che ha «valenza costituzionale ex art. 76 Cost., in quanto la delega al Governo è limitata, ex art. 1, L. n. 422/2000, alle norme occorrenti per dare attuazione alla direttiva».

Poiché l'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001 costituisce il perno intorno al quale ruota l'intera riforma della disciplina sul contratto a termine e poiché le ragioni obiettive costituiscono il modo più efficace per prevenire gli abusi nell'utilizzo dell'istituto, è evidente che dalle ragioni obiettive non possa prescindere neppure con riferimento ai contratti a termine stipulati ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/200, atteso che, diversamente opinando, sarebbe frustrato il risultato prescritto dalla direttiva.

D'altronde, anche quando lo stesso Tribunale di

Note:

(30) Pres. Mattone, Est. Nobile. La decisione è stata pubblicata in questa Rivista, 2008, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*; v. anche A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham quale strumento intervento del contratto a tempo determinato: a parità di fattori la spiegazione più semplice tende ad essere quella esatta*, in Riv. it. dir. lav., 2008, 4, 891; A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in Foro it., 2008, 12, I, 3576. Critico, naturalmente (per essere stato censurato da Cass. n. 12985/2008), A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in Mass. giur. lav., 2008, 8/9, 643.

(31) La decisione del 25 febbraio 2008, depositata in data 4 marzo 2008, è stata pubblicata in questa Rivista, 2008, n. 4, 373, con nota di V. De Michele, *Improvvisa decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*. V. anche, M. Quaranta, *La disciplina del contratto a termine sotto la «lente comunitaria» della Corte Costituzionale*, in Riv. it. dir. lav., 2008, II, 507-515; A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001, ibidem*, I, 326-328; M. Marazza, *Le assunzioni a termine «formalmente acausali», a norma dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, sono compatibili con la disciplina comunitaria, ibidem*, II, 614-619; T. Vettor, *Principi della delega e rinvio alla direttiva 1999/70/CE nella sentenza n. 44 del 2008 della Corte Costituzionale (e nella successiva giurisprudenza di merito)*, in Arg. Dir. Lav., 6, 2008, 1435 ss.; con omissioni di contributi e di decisioni importanti sull'argomento, v. infine, M. Rosano, *Effetti e «miraggi» provocati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 44/2008 sulla tenuta della legislazione italiana in tema di contratto a termine*, in Riv. it. dir. lav., 2009, II, 65 ss.

Foggia nella sentenza del 2007 aveva considerato l'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001 una autonoma fattispecie di ricorso a tempo determinato, aveva comunque ravvisato nella norma un contrasto con la Direttiva comunitaria, in quanto consente a Poste Italiane S.p.a. di stipulare contratti a termine, svincolandosi dall'obbligo di motivazione di cui all'art. 1 citato.

Alla luce di queste considerazioni, il Giudice del lavoro ritiene che la "causale finanziaria" abbia introdotto ulteriori oneri, in aggiunta a quelli di cui all'art. 1 che devono essere, comunque, rigidamente assolti, almeno per quanto riguarda l'onere di specificazione della motivazione.

Peraltro, come rilevato sia nelle citate pronunce della Corte di Giustizia Europea che dalla stessa Corte di legittimità, il campo di applicazione della Direttiva è individuato dalla clausola 2 dell'Accordo Quadro comunitario con riferimento alla generalità dei lavoratori assunti a tempo determinato e, quindi, anche di coloro che vengono assunti con un solo ed unico contratto a termine. Sulla base dei suesposti principi, è implicito che la norma della finanziaria del 2006 è finalizzata ad impedire la conversione dei contratti a tempo determinato solo ed esclusivamente per Poste Italiane s.p.a., atteso che la fattispecie disciplinata dal citato comma 1-bis del D.Lgs. n. 368/2001 non contiene alcuna tipizzazione e cristallizzazione di pretese "ragioni obiettive" che, di per sé, in relazione alle peculiarità del "settore" e attraverso il mero richiamo alla norma contenuto nel contratto individuale di lavoro, legittimerebbero l'assunzione di lavoratori con contratto a tempo determinato da parte di "imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste".

Considerare legittima (32) l'apposizione del termine sulla base del solo richiamo della "causale finanziaria" e senza ulteriore motivazione (33), costituirebbe la negazione sia degli intenti esplicitati nel 7° considerando della direttiva e recepiti nell'art. 1 D.Lgs. n. 368/2001, laddove si richiede la sussistenza di "ragioni oggettive", sia dei principi sanciti dalla Suprema Corte nella citata decisione n. 12985/2008.

Che il comma aggiunto all'art. 2, primo e originariamente unico comma, del D.Lgs. n. 368/2001 sia una norma di favore e di esclusivo favore per Poste Italiane S.p.a., che peggiora fortemente la situazione di tutela dei lavoratori a termine di Poste Italiane s.p.a. rispetto alla normativa ante 1° gennaio 2006, emerge dalla circostanza che Poste italiane s.p.a. fino a novembre 2007 ha sempre stipulato contratti a tempo determinato ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, D.Lgs. n. 368/2001, addirittura, anche per gli addetti alla sportelleria, che non potrebbero essere assunti con quella causale (34). Sul punto, il Magistrato foggiano, nel richiamare quanto affermato in precedenza molto puntualmente dal Tribunale di Trani (35), fa osservare come la norma aggiunta dalla finanziaria sia inapplicabile agli sportellisti. Estendere l'applicazione della norma "abusiva" a tutte le attività della Società resistente - precisa il Tribunale - si-

gnificherebbe creare una ingiustificabile disparità di trattamento non solo tra lavoratori e lavoratori, ma anche tra aziende ed aziende, perché Poste, operando anche nel settore finanziario e creditizio, avrebbe la possibilità di utilizzare forme di impiego "flessibile" di ingiustificato favore rispetto agli istituti bancari.

L'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001: la sanzione "transitoria" comunitariamente applicabile

Infine (ma nella sentenza in commento il punto è affrontato in via preliminare), il Tribunale di Foggia, occupandosi della questione della norma transitoria con efficacia solo retroattiva introdotta dall'art. 21, comma 1 bis, D.L. n. 112/2008 (36), ha affermato l'inapplicabilità dell'art. 4-bis alla fattispecie sottoposta al suo esame, in quanto la violazione dell'art. 2, comma 1 bis, D.Lgs. n. 368/2001 è ravvisabile solo allorché le OO.SS. non ricevono le richieste di assunzione da parte delle aziende indicate nella norma, per cui, essendo stato stipulato il contratto a termine ai sensi, e non in

Note:

(32) Trib. Milano, sentenza 30 ottobre 2007, n. 4122/07, Est. Porcelli, inedita. La decisione, occupandosi di una serie di contratti a termine di dipendenti Poste con la "causale finanziaria", da un lato ritiene legittima l'apposizione della giustificazione "acausale" del primo contratto, dall'altro, proprio alla luce della normativa comunitaria e alla clausola n. 5 dell'Accordo quadro, ritiene "abusivo" il 2° contratto a termine per mancata specificazione delle ragioni previste dall'art. 1 del Decreto, coordinando questa norma (e applicandola) con l'art. 5 e con l'art. 2, comma 1-bis, del 368.

(33) Giustifica ancora la acausalità della norma la autorevole difesa erariale di Poste, in A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d. lgs. n. 368/2001*, cit., 320; nonché M. Marazza, *Le assunzioni a termine «formalmente acausali», a norma dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, sono compatibili con la disciplina comunitaria*, cit., 616. V. anche, in senso conforme, ma con lo sguardo interpretativo ancora fermo alla sentenza "Mangold", ampiamente superata dalla stessa Corte di Giustizia sulla clausola di non regresso e sul primo contratto, G. Proia, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in ADAPT, *Working Paper*, n. 78/2009, 2 ss.

(34) L'art. 24 dell'attuale Ccnl per i dipendenti di Poste Italiane s.p.a., approvato a luglio 2007, che regola il "Rapporto di lavoro a tempo determinato", al punto 1 afferma: «L'assunzione con contratto a tempo determinato avviene ai sensi delle vigenti disposizioni di legge. Pertanto - fermo restando il disposto dell'art. 2 del D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368, come modificato ed integrato dalla Legge del 23 dicembre 2005 n. 266, che regola, in via non esclusiva, le esigenze delle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste - il ricorso all'istituto del contratto a tempo determinato è ammesso in presenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, riscontrabili alla data della stipula del contratto a termine e specificate nella lettera di assunzione».

(35) Sentenza 28 aprile 2008, cit.

(36) Su cui sono state sollevate decine di questioni di legittimità costituzionale, per violazioni di una serie numerosa di parametri costituzionali. Per un'analisi approfondita delle varie criticità rilevata dalla Giurisprudenza di merito sull'art. 4-bis, D.Lgs. n. 368/2001, v. C. de Martino, *La giurisprudenza sull'art. 4-bis d.lgs. 368/2001: motivi diversi di un'unica illegittimità*, in questa Rivista, cit. e R. Cosio, *Contratto a termine: dubbi di costituzionalità*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, 1, 13 ss. Su identica questione si veda, da ultimo, il contributo di Manzo, *Le ragioni giustificatrici del termine e le questioni di legittimità costituzionale sollevate dall'art. 4-bis del D.Lgs. n. 368/2001*, *infra*, 506.

violazione, dell'art. 2, comma 1 *bis*, non si ravvisa alcuna violazione da parte del datore di lavoro della norma in esame, ai fini dell'applicazione dell'art. 4-*bis*, non essendo la stessa suscettibile di interpretazione estensiva. Pertanto, sulla base di quanto chiarito dalla Corte di Giustizia europea ("Mangold", "Adelener", "Impact" e "Vassilakis") e dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 12985/2008), il Giudice del lavoro, disapplica l'art. 2, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001 sulla base dell'interpretazione conforme ai principi comunitari.

In termini condivisibili, il Tribunale di Foggia ha acutamente dedotto che, alla luce delle considerazioni dell'avvocato generale Kokott, il quadro interpretativo potrebbe definitivamente precludere il sindacato di costituzionalità, come è già successo con l'ordinanza n. 252/2006 della Consulta.

Se si considerano, infatti, i poteri che la Corte di Giustizia ha più volte riconosciuto in capo ai giudici nazionali nell'ipotesi in cui, nella fattispecie sottoposta al loro esame, riscontrino il contrasto della normativa interna con il diritto comunitario, si può concludere che il giudizio della Corte Costituzionale in simili fattispecie possa ritenersi, addirittura, superfluo, avendo come unico effetto quello di allungare i tempi processuali, potendo, invece, più efficacemente soccorrere l'interpretazione adeguatrice della norma alla luce dei principi di diritto comunitario da parte dei Giudici nazionali (37).

La sentenza in commento, peraltro, finisce per rappresentare una soluzione forte e significativa rispetto alla crisi della riforma del 2001, che il 23 giugno 2009 in udienza pubblica sarà oggetto di complessiva delibazione da parte della Corte Costituzionale. Saranno discusse contestualmente davanti alla Consulta:

- una questione di legittimità costituzionale della norma in favore di Poste (art. 2, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001), sollevata dal Tribunale di Roma con l'ordinanza n. 217/08 del 26 febbraio 2008, per presunta violazione degli artt. 3, 101, 102 e 104 Cost.;
- due questioni di legittimità costituzionale sull'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001, sollevate dapprima dal Tribunale di Trani con ordinanza del 21 aprile 2008, n. 434/2008 (38) e poi dal Tribunale di Roma con ordinanza del 26 settembre 2008, n. 413/2008, utilizzando come parametri costituzionali gli artt. 76, 77 e 117 Cost.;
- numerose ordinanze di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001, per violazione sostanzialmente del principio di uguaglianza, della normativa comunitaria sulla clausola di non regresso e sull'apparato sanzionatorio e della normativa costituzionale e internazionale sul giusto processo (39).

Il Giudice rimettente, in particolare, sottolinea la violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) e della normativa comunitaria sul contratto a tempo determinato.

Appare chiaro, in ogni caso, che tutte le questioni

di legittimità costituzionale sollevate in ordine all'art. 1, all'art. 2, comma 1-*bis*, e all'art. 4-*bis*, D.Lgs. n. 368/2001 rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario e della Direttiva 1999/70/CE, come interpretata dalla Corte di Giustizia nelle sentenze Mangold, Adeneler, Marrosu-Sardino e Vassallo, Del Cerro Alonso, Impact, Kyriaki Angelidaki, nonché nell'ordinanza Vassilakis.

Vedremo cosa deciderà la Consulta, se preferirà rimandare indietro tutti gli atti ai Giudici rimettenti e far risolvere ad essi le questioni interpretative, in linea con quanto avvenuto con l'ordinanza n. 252/2006 della stessa Corte Costituzionale (ribadito dalle sentenze nn. 348 e 349/2007); oppure se riterrà opportuno intervenire, come Giudice delle leggi, e, rilevato il contrasto tra la normativa comunitaria e la disciplina interna di recepimento (nel suo complesso o, comunque, nelle sue norme più importanti, l'art. 1 e l'art. 2 sulle "ragioni obiettive", di riflesso l'art. 4 sulla proroga e l'art. 5 sulla successione dei contratti a termine), dichiarare la parola "fine" alla più precaria delle riforme dell'ultimo decennio in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro. Allo stato, non si intravedono spazi per altre soluzioni.

Note:

(37) In tal senso, v. Trib. Foggia, 22 dicembre 2008, cit., nonché Trib. Firenze, 3 dicembre 2008, Est. Bazzoffi, inedita.

(38) Lo stesso Tribunale di Trani ha sollevato anche questione di pregiudizialità comunitaria con ordinanza del 9 giugno 2008 in relazione all'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001 e al contrasto con la clausola di non regresso e il diritto comunitario, in corso di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea; commentata in questa *Rivista*, n. 7, cit.

(39) App. Bari, ord. 22 settembre 2008, n. 12/2009, Pres. Est. Castellana; Trib. Roma, ord. 26 settembre 2008, n. 413/2008, Est. Conte e 8 ottobre 2008, n. 60/2009; Trib. Roma, ord. 21 novembre 2008, n. 82/2009, Est. Mormile; Trib. Viterbo, ord. 10 ottobre 2008, n. 22/2009, Pres. Pascolini, Est. Ianigro; Trib. Pistoia, ord. 6 novembre 2008, n. 83/2009, Est. De Marzo; App. Caltanissetta, ord. 12 novembre 2008, n. 43/2009, Pres. Perriera, Est. D'Amore; App. Genova, ord. 26 settembre 2008, n. 441/2008, Pres. Meloni, Est. Ravera; Trib. Ascoli Piceno, ord. 30 settembre 2008, nn. 442 e 443, Est. Boeri; App. Torino, ord. 2 ottobre 2008, n. 427, Pres. Peyron, Est. Ramella Trafighter; Trib. Trieste, ord. 15 ottobre 2008, n. 4, Est. Multari; Trib. Teramo, ord. 17 ottobre 2008, n. 70, Est. Santini; App. Roma, ord. 21 ottobre 2008, n. 102, Pres. Torrice, Est. Garri; App. Milano, ord. 28 ottobre 2008, n. 59, Pres. Salmeri, Est. Trogni, nonché ivi, 177 ss.; Trib. Rossano, ord. 17 novembre 2008, n. 76, Est. Coppola; Trib. Milano, ord. 18 novembre 2008, nn. 25-26-27-28, Est. Peragallo; Trib. Milano, ord. 23 dicembre 2008, nn. 86-87, Est. Porcelli; App. Venezia, ord. 10 dicembre 2008, n. 93, Pres. Santoro; App. L'Aquila, ord. 8 gennaio 2009, n. 95, Pres. Jaconacci; Trib. Pesaro, ord. 20 gennaio 2009, n. 99/2009, Est. Paganelli.