

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

Dottorato di ricerca in Scienza politica e Istituzioni in Europa (XXVI ciclo)

TESI DI DOTTORATO

EUROPA SOCIALE E TUTELE DEL LAVORO NEL DIALOGO TRA LE CORTI EUROPEE E NAZIONALI

Tutor

Candidata

Ch.ma Prof. ssa Lucia Venditti

Dott.ssa Allocca Valeria

Anno Accademico 2013 – 2014

Indice

EUROPA SOCIALE E TUTELE DEL LAVORO NEL DIALOGO TRA LE CORTI EUROPEE E NAZIONALI

CAPITOLO I

L'ordinamento dell'Unione e il ruolo delle politiche sociali

- 1.1 L'ordinamento comunitario e le sue fonti: l'efficacia degli atti dell'Unione
- 1.2 Le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia: il primato del diritto comunitario
- 1.3 La questione dell'efficacia delle direttive e la responsabilità extracontrattuale degli Stati
- 1.4 La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione: i principi contenuti nei Trattati di Roma
- 1.5 Gli ulteriori sviluppi della politica sociale dall'Accordo di Maastricht al Trattato di Lisbona

CAPITOLO II

L'Europa sociale e il sistema integrato di tutela delle libertà fondamentali

- 2.1 La Carta di Nizza e i diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona
- 2.2 La CEDU e la tutela delle libertà fondamentali nell'ordinamento dell'Unione
- 2.3 Principi sociali e diritti dei lavoratori nella Carta europea delle libertà fondamentali
- 2.4 Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Giustizia
- 2.5 La Carta di Nizza e la sua applicazione nell'ordinamento comunitario

CAPITOLO III

Corte di Giustizia e tutele antidiscriminatorie nel lavoro

- 3.1 Il principio della parità di trattamento nell'ordinamento comunitario: l'evoluzione normativa
- 3.2 La direttiva n. 2000/78 e l'espansione della tutela antidiscriminatoria
- 3.3 Il divieto di discriminazioni fondate sull'età nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
- 3.4 La sentenza *Kucukdeveci* e gli effetti diretti (orizzontali) delle direttive
- 3.5 Il licenziamento *ad nutum* per raggiungimento dell'età pensionabile nell'ordinamento giuridico italiano al vaglio della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia

CAPITOLO IV

Il lavoro a termine nel dialogo tra le Corti

- 4.1 La disciplina del lavoro a tempo determinato nella direttiva n. 70/1999/CE
- 4.2 La successione di contratti a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
- 4.3 Le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego tra divieto di conversione e risarcimento del danno
- 4.4 Il d.lgs. n. 368/2001 e il recepimento della direttiva comunitaria: le ragioni giustificatrici e i requisiti di ammissibilità del termine
- 4.5 Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive al vaglio delle Corti nazionali e comunitarie
- 4.6 Il contratto a termine "acausale" e le ipotesi previste dalla contrattazione collettiva
- 4.7 La proroga del termine apposto, la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza e la successione di contratti a tempo determinato
- 4.8 Il principio di non discriminazione e le tutele riconosciute al lavoratore a termine

CAPITOLO V

Le sanzioni nei contratti a tempo determinato tra ordinamento europeo e nazionale

- 5.1 Il nuovo regime di decadenza per l'impugnazione dei contratti a termine
- 5.2 Le conseguenze della violazione della normativa sul contratto a termine: la predeterminazione del risarcimento del danno e i suoi profili di illegittimità costituzionale
- 5.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 303/2011 e i rapporti con l'art. 6 CEDU
- 5.4 La compatibilità dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 con il diritto comunitario e la possibile violazione della clausola di non regresso
- 5.5 Il lavoro a tempo determinato nelle interpretazioni delle Corti nazionali dopo la l. n. 92/2012

Conclusioni

Bibliografia

Capitolo I

1. L'ordinamento dell'Unione e il ruolo delle politiche sociali

1.1 L'ordinamento comunitario e le sue fonti: l'efficacia degli atti dell'Unione

Il diritto comunitario si presenta come un sistema giuridico complesso, che comprende norme disomogenee contenute nei Trattati istitutivi delle Comunità e nelle fonti di produzione normativa prodotte dagli organi istituzionali¹.

In particolare le disposizioni contenute nei Trattati, atti costituzionali emanati dagli enti istituiti, fissano le regole fondamentali della collaborazione tra gli Stati e si pongono su di un livello gerarchico superiore rispetto alle altre fonti², creando diritti ed obblighi reciproci tra i contraenti, come tutti gli altri trattati internazionali.

Il diritto originario, infatti, è costituito dai Trattati istitutivi, CEE, CECA ed Euratom e dagli atti successivi che li hanno modificati, l'Atto Unico europeo, il Trattato di Maastricht, di Amsterdam, di Nizza e quello di Lisbona, a cui si aggiungono i principi generali del diritto che definiscono una disciplina d'insieme, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, quali il

¹ F. SANTONI, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, DLRI, 1992, 659, 660.

² A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1977, 490.

principio di uguaglianza, dell'effetto utile, della certezza del diritto, del legittimo affidamento, di proporzionalità e di leale cooperazione.

I Trattati istitutivi sono accordi internazionali che delineano il complesso istituzionale dell'Unione³ e al tempo stesso sono uno strumento di integrazione con un impatto diretto non solo nei confronti degli Stati, ma anche sulla sfera giuridica soggettiva dei singoli cittadini. In modo non dissimile dagli altri accordi internazionali, anche i Trattati istitutivi possono essere modificati, seguendo una procedura di revisione ordinaria o semplificata (art. 48 TUE), che richiede il consenso unanime di tutti i contraenti, tenuti a ratificare secondo le rispettive norme costituzionali.

Al diritto derivato⁴, invece, fa riferimento l'art. 288 TFU, che distingue tra regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Le disposizioni normative emanate dalle istituzioni comunitarie, pertanto, si distinguono in atti vincolanti, detti anche atti legislativi, poiché adottati con la procedura legislativa ordinaria introdotta dal Trattato di Lisbona – che consiste nell'adozione congiunta dell'atto da parte del Parlamento e del Consiglio come

³ G. BALLADORE –PALLIERI, *Saggi sulle organizzazioni internazionali*, Milano, 1961; R. MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, I, Torino, 1965, 213.

⁴ A. VALENTI, *Il sistema delle fonti giuridiche comunitarie. Natura, classificazioni e caratteri peculiari*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener* (a cura di Carpino), Napoli, 1989, 963; G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto*, Torino, IV, 1991, 433; A. TIZZANO, *La gerarchia delle fonti comunitarie*, *DUE*, 1996, 60 ss.; L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 923 ss.; G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, *Dir. Pubbl.*, 2002, 667; P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione*, *DUE*, 2005, 253; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, *ivi*, 2005, 651 ss.; F. DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, *DUE*, 2005, 611.

disposto dall'art. 294 TFU – che si suddividono a loro volta in regolamenti, direttive e decisioni e atti non vincolanti, nel cui ambito rientrano le raccomandazioni e i pareri.

Il regolamento è atto normativo di portata generale, vincolante non soltanto nei confronti degli Stati e delle pubbliche amministrazioni, ma anche degli enti e dei soggetti privati (cd. efficacia orizzontale), è obbligatorio in tutti i suoi elementi, è una fonte “autosufficiente ed autointegrata”, è direttamente applicabile in ciascuno Stato (cd. efficacia diretta) e può essere invocato da tutti i cittadini, essendo creativo di diritti ed obblighi per i suoi destinatari⁵.

Per tali caratteristiche e per la sua rigidità il regolamento è raramente utilizzato nel settore della politica sociale, all'interno del quale è sempre più frequente il ricorso alla direttiva, che si presenta come lo strumento prevalente per la l'armonizzazione della legislazione degli Stati che devono assolvere all' esecuzione della normativa comunitaria.

La direttiva, infatti, è fonte che vincola gli Stati solo in ordine al risultato da raggiungere, lasciando loro la discrezionalità nella scelta delle “forme e dei mezzi” di attuazione, ha efficacia mediata, richiedendo l'adozione di un atto interno di recepimento ed ha come destinatari soltanto gli Stati e non i privati (cd. efficacia indiretta

⁵ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro, 2. L'ordinamento europeo*, Bari, 2005, 47.

verticale)⁶. Le direttive, quali atti ad efficacia mediata dai provvedimenti che gli Stati intendono adottare, determinano un'attività normativa interna di attuazione, la cui mancanza costituisce l'inosservanza di un obbligo del diritto dell'Unione.

La decisione, invece, “è obbligatoria in tutti i suoi elementi”, ma “se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi”. A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, infatti, l'art. 288 TFU sottolinea che sebbene la decisione, utilizzata per lo più nel settore della concorrenza, abbia solitamente portata individuale, potrebbe però anche essere priva di specifici destinatari ed avere una portata generale, come accade per l'avvio dei negoziati relativi ad accordi internazionali o per la nomina di alcune istituzioni.

Infine, l'art. 288 TFU menziona due tipi di atti che non hanno efficacia vincolante: la raccomandazione, che ha lo scopo di sollecitare il destinatario a tenere un determinato comportamento ed il parere, che fissa il punto di vista dell'istituzione che l'ha emesso su una specifica questione.

Vi sono poi gli atti non vincolanti, che pur non essendo espressamente previsti dal Trattato, sono sempre più spesso emanati dalle istituzioni dell'Unione, si pensi ai regolamenti interni, agli accordi

⁶ Sul tema delle fonti si vedano pure R. MONACO, *Le fonti del diritto comunitario*, in E. PENNACCHINI, E. MONACO, L. FERRARI BRAVO E S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1983, 57; M. VACCA, *Atti comunitari e procedure di formazione*, RDE, 1995, 513; M. ADAM, *Le fonti comunitarie. Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, 43 ss.

interistituzionali, alle dichiarazioni comuni, alle comunicazioni, ai codici di condotta e agli orientamenti generali.

1.2 Le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia: il primato del diritto comunitario

L'Unione europea è legata agli Stati che ne prendono parte da un rapporto di integrazione, in quanto l'ordinamento comunitario tende ad integrarsi nell'ordinamento interno e gli Stati membri sono tenuti, in base al principio della leale collaborazione, ad adottare ogni misura “atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione” (art. 4 TUE).

La nostra Corte costituzionale⁷, tuttavia, non ha accolto il modello costruito dalla Corte di Giustizia che intravede nell'Unione un ente superiore le cui norme sono preminenti⁸ e inizialmente⁹ ha negato la prevalenza delle norme comunitarie, considerandole alla stregua di leggi ordinarie, soggette alla successione delle leggi nel tempo, con la conseguente possibilità di modifica o abrogazione da parte della norma successiva (*lex posterior derogat priori*)¹⁰.

⁷ A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, *GCost*, 2003, 2419 ss.; P. A. CAPOTOSTI, *Questioni interpretative della attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, *GCost*, 1987, 3810 ss.

⁸ G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2006, 126.

⁹ C. Cost. 7 marzo 1964, n. 14, *GCost*, 1964, I-129; *FI*, 1964, I, 465.

¹⁰ C. Cost. 7 marzo 1964, n. 14, *GCost*, 1964, I-129; *FI*, 1964, I, 465.

Successivamente, sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria, nelle sentenze *Frontini*¹¹ e *Soc. Industrie chimiche Italia centrale c. Ministero del commercio con l'estero*¹² ha riconosciuto il primato del diritto comunitario sul diritto interno, ma affinché la norma interna contrastante potesse essere disapplicata occorreva la dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte dell'organo competente.

Pertanto, in caso di contrasto tra un regolamento e una legge italiana successiva il giudice nazionale avrebbe dovuto sollevare la questione di legittimità per violazione dell'art. 11 Cost., non potendo autonomamente disapplicare le norme interne incompatibili.

Nella prospettiva della Corte costituzionale, infatti, tale disposizione, inserita nella carta costituzionale in vista della partecipazione all'ONU, ma riferibile anche alle Comunità europee, autorizzando un trasferimento di sovranità fa sorgere il problema della legittimità costituzionale degli atti legislativi emanati in violazione degli obblighi comunitari.

Diversamente la Corte di Giustizia sin dalle sue prime interpretazioni¹³ ha affermato che, effettuato il trasferimento di poteri sovrani alla Comunità, l'ordinamento giuridico comunitario è integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, come un ente

¹¹ C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, *GCost*, 1973, I, 2401; C. Cost. 8 giugno 1984, n. 170, *GCost*, 1984, I, 1098; C. Cost. 21 aprile 1989, n. 232, *GCost*, 1989, I, 1001.

¹² C. Cost. 30 ottobre 1975, n. 232, *FI*, 1975, 1975, I, 26; *GCost*, 1975, I, 2211.

¹³ C. Giust. 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Racc*, 1964, 1127; *GI*, 1964, I, 1.

superiore le cui norme si impongono sulle normative nazionali. Nella successiva sentenza *Simmenthal*¹⁴, la Corte ha precisato che, in forza del principio di preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e agli atti delle istituzioni direttamente applicabili hanno l'effetto di rendere inapplicabile qualsiasi disposizione nazionale contrastante e di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi.

Nelle sentenze *Fratelli Costanzo*¹⁵ e *Ciola*¹⁶ la Corte ha chiarito l'obbligo di applicare una norma comunitaria a preferenza di una norma interna contrastante anche per le autorità amministrative.

Quando la norma comunitaria, invece, non è direttamente applicabile, il contrasto può essere sanato in via interpretativa, interpretando la norma interna in modo da renderla conforme a quella comunitaria e ed in mancanza spetterà a ciascuno Stato membro il compito di predisporre una normativa conforme ai vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione¹⁷.

¹⁴ C. Giust. 9 marzo 1968, causa C- 106/77, *Racc*, 1978, 629. In senso conforme C. Giust. 19 giugno 1990, causa C- 213/89, *Factortame*, *Racc*, 1990, 2433; C. Giust. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, *Racc*, 1995, I-4615.

¹⁵ C. Giust. 22 giugno 1989, causa C- 103/88, *Racc*, 1989, 1839.

¹⁶ C. Giust. 29 aprile 1999, causa C- 224/97, *Racc*, 1999, I-2517.

¹⁷ Una normativa nazionale non conforme agli obblighi comunitari, infatti, violerebbe lo stesso art. 117, co. 1, Cost. che, a seguito della legge costituzionale n. 3/2001, di riforma del Titolo V della Costituzione, prevede espressamente che la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione. In dottrina si vedano F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, *Dir. Pubbl.*, 2002, 491; B. CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, *DLM*, 2003, 301 ss.

La fratture nella giurisprudenza delle due Corti si è ricomposta solo con sentenza *Granital*¹⁸, con cui la Corte costituzionale ha ammesso la primazia del diritto comunitario e la sua diretta applicabilità all'interno degli Stati membri, affermando che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma nazionale incompatibile, che non risulta abrogata, ma è soltanto non applicabile al caso concreto, conservando pienamente la propria efficacia al di fuori dell'ambito in cui vige il diritto dell'Unione¹⁹.

Eventuali dubbi del giudice nazionale sulla compatibilità delle norme interne devono essere risolti con lo strumento del rinvio pregiudiziale, prefigurato dall'articolo 267 TFU quale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri²⁰.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ritiene che la normativa comunitaria e quella nazionale si integrano secondo un rapporto di integrazione in un unico sistema in cui la norma comunitaria si trova gerarchicamente sovraordinata, con conseguente invalidità della legge interna posteriore (cd. teoria monista).

Al contrario, per la Corte costituzionale²¹ si tratta di due ordinamenti autonomi e distinti anche se coordinati e la prevalenza della fonte comunitaria si basa sull'art. 11 Cost., che le riconosce uno spazio

¹⁸ C. Cost. 8 giugno 1984, n. 170, *FI*, 1984, I, 2062, *GCost*, 1984, I, 1098.

¹⁹ In dottrina M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2001, 39.

²⁰ C. Cost. 13 luglio 2007, n. 284, *GC*, 2007, 2780; C. Cost. 30 marzo 2012, n. 75, *GC*, 2012, 996.

²¹ C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 41, *GCost*, 2000, I, 324.

proprio all'interno del quale il legislatore nazionale non può entrare, per il difetto di competenza in tutte le materie nelle quali l'Italia ha rinunciato alla sua sovranità (cd. teoria dualista)²².

Sul piano delle politiche sociali dopo la sentenza *Stoeckel*²³ la giurisprudenza di legittimità, già prima dell'intervento del legislatore, è giunta a disapplicare il divieto di lavoro notturno femminile per incompatibilità delle disposizioni della legge n. 903/1977 con la direttiva 9 febbraio 1976, n. 207.

La preminenza delle norme comunitarie deve però sempre garantire il rispetto dei diritti inviolabili e dei principi costituzionali fondamentali, che costituiscono un limite invalicabile al recepimento di qualsiasi atto comunitario (cd. teoria dei controlimiti²⁴).

Infatti, la Corte costituzionale²⁵ sin dalle prime interpretazioni ha precisato che in base all'art. 11 Cost. sono state consentite limitazioni di sovranità solo per il conseguimento delle finalità indicate dai Trattati e deve escludersi che siffatte limitazioni possano comportare il potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inviolabili della persona umana.

²² G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., 128; P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto*, cit., 61; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, *RTDPC*, 1997, 523 ss.

²³ C. Giust. 25 luglio 1991, causa C-345/89, *DL*, 1991, II, 348.

²⁴ A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1309.

²⁵ C. Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, cit.

In un momento successivo la Corte costituzionale ha poi preso atto della comunitarizzazione dei valori costituzionali fondamentali, che costituiscono una parte integrante dell'ordinamento comunitario. Ne consegue che le norme comunitarie direttamente applicabili, lesive dei diritti fondamentali si vedono precluso l'accesso nell'ordinamento interno, perché invalide già in relazione all'ordinamento di appartenenza²⁶.

1.3 La questione dell'efficacia delle direttive e la responsabilità extracontrattuale degli Stati

L'art. 4 TUE impone agli Stati membri l'obbligo di adottare ogni misura necessaria ad assicurare l'esecuzione degli obblighi comunitari e di astenersi da tutti i comportamenti che rischiano di comprometterne la realizzazione. Tuttavia, problematico è stato l'adattamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie, per lungo tempo recepite con legge ordinaria, con un cronico ritardo del nostro Paese nell'adozione di tali atti.

La situazione è migliorata con la legge La Pergola, 9 marzo 1989, n. 86, che ha introdotto la legge comunitaria, che prevede la possibilità di adottare le direttive comunitarie, nelle materie non coperte da riserva di legge, anche in via regolamentare. Tale strumento è stato

²⁶ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto*, cit., 63; A. PILATI, *Appunti sulle fonti comunitarie del diritto del lavoro europeo*, LD, 1993, 485.

confermato successivamente dalla legge Buttiglione, 4 febbraio 2005, n. 11 ed abrogato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234, che ne ha previsto uno sdoppiamento in legge di delegazione europea e legge europea.

In base a tale intervento legislativo, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per gli affari europei è tenuto a presentare al Parlamento entro il 28 febbraio di ogni anno la legge di delegazione europea, che riporta la delega legislativa al Governo per l'attuazione delle direttive europee e senza una scadenza temporale una legge europea, contenente le disposizioni modificative o abrogative di norme nazionali, incompatibili con gli obblighi comunitari e tutte le disposizioni necessarie ad assicurare una corretta trasposizione degli atti dell'Unione.

Controversa è poi la possibilità di una efficacia diretta di una direttiva non trasposta che, ai sensi dell'art. 288 TFU, richiede un'attività normativa interna che funge da disciplina di attuazione²⁷. La Corte di Giustizia, infatti, in numerose sentenze è giunta ad attribuire tale efficacia alle disposizioni di direttive non ancora trasposte, generando non pochi contrasti con la Corte costituzionale²⁸.

²⁷ F. SANTONI, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro*, cit., 683; A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Torino, 2003, 195 ss.

²⁸ G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., 110 ss.; B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, *RDIPP*, 1972, 225; G. F. MANCINI, *L'incorporazione del diritto comunitario nel diritto interno degli Stati membri*, *RDE*, 1988, 95.

In particolare, la giurisprudenza comunitaria ha riconosciuto effetto diretto verticale alle disposizioni contenute in alcune direttive (c.d. *self-executing*) che presentavano i caratteri dell'autosufficienza, essendo chiare, precise ed incondizionate e conferendo espressamente ai singoli un diritto nei confronti dello Stato di appartenenza, che non aveva provveduto all'attuazione, pur essendo decorsi i termini di trasposizione²⁹.

La diretta applicabilità delle norme di una direttiva è stata prevista per la prima volta nella sentenza *van Duyn*³⁰, nella quale la Corte ha attribuito effetto diretto ad una direttiva che si limitava a prevedere un obbligo di *non facere* per lo Stato, di astenersi dall'approvare determinati atti o dal compiere determinate azioni, che non richiedeva necessariamente una normativa interna di attuazione.

Nel caso *Ratti*³¹ l'efficacia diretta è stata configurata come una sanzione, più che un rimedio, all'inadempimento dello Stato membro, che non aveva adottato nei termini previsti i provvedimenti interni di attuazione.

²⁹ In dottrina si vedano B. CONFORTI, *Il problema degli "effetti diretti" delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, 363 ss.; G. BISCOTTINI, *Sull'applicabilità immediata di talune direttive comunitarie*, *RDIPP*, 1974, 230; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1980, 137 ss.; M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, *RIDPC*, 2011, 39; R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, *Riv. Dir. Int.*, 1989, 253; R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 1999, 383.

³⁰ C. Giust. 4 dicembre 1974, causa C- 41/74, *Racc.*, 1974, 1337.

³¹ C. Giust. 5 aprile 1979, causa C- 148/78, *Racc.*, 1979, 1629.

Per il settore delle politiche sociali un chiaro esempio di efficacia diretta verticale si rinviene nella sentenza *Marshall 2*³², nella quale la Corte ha concluso per la diretta applicabilità dell'art. 6 della direttiva n. 76/207 per quanto concerne la parità di trattamento tra i sessi nelle condizioni di lavoro e nella sentenza *Stoeckel*³³, in cui ha fatto discendere dall'art. 5 l'obbligo di non prevedere un divieto di lavoro notturno femminile, in mancanza di un simile divieto per gli uomini, in quanto salvo i casi di gravidanza e maternità i rischi a cui si trovano esposte le lavoratrici non sono differenti da quelli a cui sono esposti i lavoratori.

Diversamente, nella pronuncia *Habermann*³⁴ la Corte è arrivata ad estendere il divieto in esame anche alla lavoratrice gestante.

Com'è stato meglio chiarito nella sentenza *Marshall*³⁵, però, non possono mai prodursi effetti diretti orizzontali, ricavando situazioni giuridiche passive verso persone fisiche e giuridiche, nei cui confronti la direttiva non può mai essere fatta valere, non essendo le destinatarie del provvedimento.

³² C. Giust. 2 agosto 1993, causa C-271/91, *MGL*, 1994, 32.

³³ C. Giust. 25 luglio 1991, causa C-345/89, cit.

³⁴ C. Giust. 5 maggio 1994, causa C- 421/92, *NGL*, 1994, 611. La dottrina sul punto ha parlato di “effetti perversi della cd. integrazione negativa”, v. M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia ed il diritto del lavoro*, Torino, 1997.

³⁵ C. Giust. 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Racc*, 1986, 723; *DL*, 1986, II, 248 .

Allo stesso modo nella pronuncia *Faccini Dori*³⁶, la Corte ha ribadito che l'Unione ha il potere di prevedere delle disposizioni che facciano sorgere degli obblighi a carico dei singoli soltanto nelle materie in cui può adottare regolamenti.

Invece, nella sentenza *Unilever*³⁷ si rinviene una seppur limitata apertura a riconoscere la possibilità che una direttiva produca effetti diretti orizzontali, a fronte di una normativa statale emanata in violazione di un obbligo imposto agli Stati.

Tale orientamento viene ripreso nel caso *Kucukdeveci*³⁸, nella quale la Corte ha chiarito che disposizioni di una direttiva, anche se chiare, precise ed incondizionate non possono trovare applicazione nei rapporti privati, qualora il singolo pretenda di ottenerne il riconoscimento di un diritto (c.d. effetto di sostituzione), ma non può certo escludersi che le stesse possano essere invocate per disapplicare una normativa interna incompatibile (c.d. effetto di esclusione) con l'ordinamento comunitario.

La Corte di giustizia è pervenuta a questo risultato, utilizzando lo stesso percorso argomentativo seguito in *Mangold*³⁹, ossia applicando il principio di non discriminazione che, quale principio generale del diritto dell'Unione, produce effetti diretti nei rapporti orizzontali,

³⁶ C. Giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Racc.*, 1994, I-3325; *FI*, 1995, IV, 38.

³⁷ C. Giust., 26 settembre 2000, causa C-433/98, *Racc.*, 2000, I-7534.

³⁸ C. Giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *NGL*, 137.

³⁹ C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, 250.

anche se di sola “esclusione”, ma non può operare in assenza della direttiva che ne definisce la portata, rivestendo una funzione di chiarificazione dei suoi contenuti.

Infine, a partire dalla sentenza *Marleasing*⁴⁰ la Corte di Giustizia ha delineato la possibilità che le disposizioni di una direttiva, anche se inattuata, possano produrre un’efficacia indiretta orizzontale, che resta interamente affidata al giudice nazionale, tenuto ad applicare le disposizioni di diritto interno precedenti o successive alla luce della lettera e dello scopo della direttiva.

Tuttavia, per rimediare alla mancanza di effetti diretti delle direttive, in funzione compensativa la Corte di Giustizia nel caso *Francovich*⁴¹ ha configurato una responsabilità extracontrattuale⁴² dello Stato per tutti i pregiudizi arrecati ai privati per la mancata attuazione, a condizione che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l’attribuzione di diritti in favore dei singoli, che il loro contenuto possa essere individuato sulla base delle sue disposizioni e sussista un

⁴⁰ C. Giust. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Racc.*, 1990, I-4135; *FI*, 1992, IV, 173.

⁴¹ C. Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Racc.*, 1991, I-5403; *FI*, 1992, IV, 145, *MGL*, 1991, 649.

⁴² Sul punto si veda L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; E. CALZOLAIO, *L’illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2004; M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *DCSI*, 1997, 681 ss.; A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, *FI*, 1992, IV, 146, ss.; R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per la violazione del diritto comunitario*, *GI*, 1992, I, 1169 ss.; G. PONZANELLI, *L’Europa e la responsabilità civile*, *FI*, 1992, IV, 150 ss.; S. TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato per l’omessa attuazione delle direttive nell’ordinamento interno*, *RCP*, 1992, 847; E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso Francovich in Cassazione*, *FI*, 1996, I, 503; L. DANIELE, *L’attuazione in Italia della sentenza Francovich all’attenzione del giudice comunitario*, *FI*, 1994, I, 393 ss.

nesso di causalità tra la violazione di tale obbligo e i danni subiti dai soggetti lesi.

Successivamente nelle sentenze *Brasserie du Pcheur e Factortame III*⁴³ e *British Telecommunications*⁴⁴ la Corte ha puntualizzato che la responsabilità dello Stato viene collegata a qualsiasi violazione del diritto comunitario, anche quando l'inadempimento riguardi obblighi posti da disposizioni dei trattati o da direttive che producono effetti diretti.

Inoltre, nella giurisprudenza più recente nel caso *Konle*⁴⁵ è stata confermata la responsabilità dello Stato membro per le violazioni ascrivibili agli enti locali, mentre nei casi *Kobler*⁴⁶, *Commissione c. Italia*⁴⁷, *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica italiana*⁴⁸ per quelle imputabili agli organi giurisdizionali.

1.4 *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione: i principi contenuti nei Trattati di Roma*

Tra le finalità dei trattati istitutivi delle Comunità europee, firmati a Roma il 25 marzo 1957 ed entrati in vigore il 1 gennaio 1958, adottati al fine di favorire uno sviluppo armonioso delle attività economiche

⁴³ C. Giust. 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Racc*, 1996, I-1029.

⁴⁴ C. Giust. 26 marzo 1996, causa C- 392/93, *Racc*, 1996, I-1631.

⁴⁵ C. Giust. 1° giugno 1999, causa C- 302/97, *Racc*, 1999, I-3099.

⁴⁶ C. Giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *RDIPP*, 2004, 355.

⁴⁷ C. Giust. 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *D&G*, 2004, 11, 129; *FI*, 2004, V, 482.

⁴⁸ C. Giust. 13 giugno 2006, causa C-173/03, *D&G*, 2006, 29, 104, con nota di P. MORELLI, *Quarto grado di giudizio per i "diritti UE"*, *GDir*, 2012, dossier 1, 40; *RDInt*, 2006, 4, 1155.

degli Stati, non rientra l'intervento sulla disciplina giuridica del lavoro.

Tuttavia, nonostante i testi fondamentali, privilegiando la componente mercantilistica del mercato interno, non prevedono un potere di intervento della Comunità nella programmazione delle politiche sociali, l'azione comunitaria si è sviluppata dapprima attraverso l'affermazione dei principi di libera circolazione e di non discriminazione dei prestatori di lavoro e successivamente mediante la valorizzazione della direttiva, strumento normativo di *soft law* capace di definire precisi vincoli per gli Stati, pur lasciando la discrezionalità nella scelta delle forme e dei mezzi⁴⁹.

La politica sociale rimane smembrata nelle disposizioni riguardanti la libera circolazione dei lavoratori (art. 48) e la parità retributiva tra uomini e donne (117), che non richiedendo la mediazione del diritto derivato possono essere direttamente applicate dai giudici nazionali. In questa direzione si collocano pure l'art. 136 che, richiamando il rispetto dei diritti sociali fondamentali, prevede il miglioramento delle condizioni di lavoro e la promozione dell'occupazione, nonché l'art. 137 che affida alla Commissione il compito di promuovere con pareri

⁴⁹ G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, RDE, 1988, 11; F. POCAR, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 1983, 5; R. MONACO, *Commento al Preambolo del Trattato istitutivo della CEE*, in *Commentario al Trattato istitutivo della Cee*, Milano, 1965, 20; V. GUIZZI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati e politica sociale*, in AA. VV., *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1984, 33 ss.; G. GAJA, *La giurisprudenza della Corte comunitaria nella politica sociale*, PD, 1977, 553; A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, RDC, 1991, 511; B. VENEZIANI, *Un manifesto per l'Europa sociale*, LG, 1997, 533.

e raccomandazioni una stretta collaborazione tra gli Stati membri in materia di occupazione, diritto del lavoro, formazione professionale, sicurezza sociale, prevenzione degli infortuni sul lavoro e diritto sindacale.

In sede interpretativa, invece, un ruolo decisivo è stato svolto dalla Corte di Giustizia che, valorizzando gli obiettivi in materia di parità, libera circolazione e protezione delle libertà fondamentali è pervenuta ad un progressivo allargamento delle finalità originarie della Comunità.

La prima importante riforma al Trattato di Roma in senso sociale è stata però apportata soltanto con la stipula dell'Atto Unico, firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1°luglio del 1989.

Innanzitutto, l'Atto⁵⁰ contiene numerose disposizioni nelle quali si esprime la tendenza della Comunità ad una più stretta integrazione tra le legislazioni nazionali.

In particolare sul piano normativo gli artt. 8A e 8B attribuiscono alla Commissione il potere di proporre le misure necessarie a garantire la realizzazione del mercato interno, autorizzando il Consiglio a deliberare a maggioranza qualificata.

⁵⁰ G. BOSCO, *Commento all'Atto unico europeo*, in *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1987, 559 ss.; A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, FI, 1989, IV, 79; R. BLANPAIN, *Diritto del lavoro e relazioni industriali nella Comunità europea*, Roma, 1992, 170 ss.

La riforma, infatti, aumenta il novero delle ipotesi nelle quali è ammesso il voto a maggioranza qualificata, rafforza la prassi della delega da parte del Consiglio di poteri di esecuzione alla Commissione (art. 145), introduce una nuova procedura di cooperazione tra gli organi comunitari detentori della potestà legislativa, che rafforza le prerogative del Parlamento europeo, estendendola ad una serie di materie tra le quali la circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento, la prestazione di servizi e il divieto di discriminazioni legate alla nazionalità.

Per quanto concerne l'armonizzazione normativa, gli art. 100 A e 100 B per favorire il consolidamento del mercato interno stabiliscono il principio del mutuo riconoscimento legislativo e dell'equivalenza delle disposizioni normative, in base al quale la situazione giuridica di un soggetto, di un bene o di un'attività deve essere valutata allo stesso modo in ciascun Paese membro della Comunità.

Tra le disposizioni direttamente spendibili sul piano sociale l'art. 118 B attribuisce alla Commissione il compito di promuovere a livello europeo il "dialogo sociale" tra le organizzazioni sindacali, mentre cinque nuovi articoli (da 130 a 130E), allo scopo ridurre il divario tra le diverse ragioni, delineano il concetto di coesione economica e sociale.

Infine, l'art. 118 A impegna gli Stati membri a favorire il miglioramento dell'ambiente di lavoro, per assicurare la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori, autorizzando a tal fine il Consiglio a deliberare a maggioranza qualificata.

Al riguardo, l'ambiente di lavoro deve intendersi non solo in senso materiale, ma anche sociale, comprensivo dell'integrità fisica, civile e morale. Poco dopo l'approvazione dell'Atto il Consiglio su impulso della Commissione ha adottato il terzo Programma di azione in materia di sicurezza, igiene e salute nei luoghi di lavoro, a cui ha fatto seguito la direttiva n. 89/391 del 12 giugno 1989, contenente una serie di principi che costituiscono ancora oggi la base della disciplina giuridica della materia.

1.5 Gli ulteriori sviluppi della politica sociale dall'Accordo di Maastricht al Trattato di Lisbona

Sebbene l'Atto Unico ha fornito nuove basi giuridiche nella costruzione di un'Europa sociale, la Comunità continua ad essere priva di specifiche competenze in materia sociale e le modifiche apportate al Trattato risentono pur sempre l'esigenza di assicurare il mantenimento dello *status quo*.

La prima riforma con cui vengono apportate importanti modifiche in ambito sociale, invece, è quella realizzata con il Trattato di

Maastricht, stipulato il 7 febbraio 1992 e soprattutto con il Protocollo sulla politica sociale (Aps) ad esso allegato, concluso tra undici Stati membri e al quale si è sottratto il Regno Unito, che attraverso una clausola di *opting out* si è avvalso della procedura di eccezione⁵¹. A causa del veto interposto dal Regno Unito, l'accordo non è stato incorporato ma allegato al Trattato, vincolando solo gli Stati che lo hanno sottoscritto⁵².

In particolare, l'art. 2 dell'Accordo individua gli obiettivi dell'azione comunitaria nella promozione dell'occupazione, nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, nella protezione sociale, nel dialogo sociale, nello sviluppo delle risorse umane e nella lotta contro le emarginazioni, ribadendo però la natura concorrente dell'intervento comunitario, che si limita a sostenere e completare l'azione degli Stati.

Ne consegue la necessità che l'azione comunitaria si espliciti nel rispetto del principio di sussidiarietà, definito esplicitamente dal Trattato di Maastricht, in base al quale nei settori in cui vi è concorrenza tra le competenze l'Unione interviene solo se determinati obiettivi non possono essere sufficientemente realizzati dal legislatore nazionale, ma possono essere meglio perseguiti a livello comunitario. Lo strumento di intervento è quello della direttiva,

⁵¹ G. E. A. LYON-CAEN, *Droit social International et européen*, Parigi, 1993, 159.

⁵² F. SANTONI, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro*, cit., 671.

adottata previa consultazione del Comitato economico e sociale, che si limita a stabilire “prescrizioni minime, applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle tecniche normative esistenti in ciascuno Stato membro” (art.2, par. 2).

La disposizione inoltre prevede che il Consiglio può deliberare a maggioranza qualificata in materia di sicurezza, salute, condizioni di lavoro, informazione e consultazione dei lavoratori, parità di trattamento e di opportunità tra uomini e donne, integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro.

Invece, rimangono ancora sottoposte alla regola dell’unanimità la sicurezza sociale, la protezione dei lavoratori in caso di recesso dal rapporto di lavoro, le condizioni di impiego dei cittadini di Paesi terzi, i contributi finanziari per la promozione e lo sviluppo dell’impiego.

Infine, l’Accordo riconosce l’autonomia delle parti sociali, conferendo alla contrattazione collettiva il potere di intervenire sia a monte che a valle dei processi di produzione normativa, valorizzandola come fonte di regolazione sociale e allo stesso tempo di attuazione dei risultati previsti dalle direttive comunitarie.

L’art. 3 dell’Aps, infatti, prevede che la Commissione prima di prendere qualsiasi iniziativa in materia di politica sociale deve consultare le parti sociali innanzitutto sul possibile orientamento e poi

sul contenuto dell'azione comunitaria⁵³. A seguito di tale consultazione preventiva ed obbligatoria, le parti sociali possono trasmettere alla Commissione un parere, una raccomandazione o possono avviare una trattativa che può condurre alla sottoscrizione di un accordo che verrà recepito dal Consiglio tramite una direttiva.

In questo modo si è pervenuti all'adozione delle direttive 3 giugno 1996, n. 34, sui congedi parentali; 15 dicembre 1997, n. 81, sul rapporto di lavoro a tempo parziale; 28 giugno 1999, n. 70 sul lavoro a tempo determinato.

La disposizione pone però il problema della rappresentatività, sul quale si è pronunciato il Tribunale di primo grado delle Comunità europee⁵⁴, su ricorso dell'UEAPME, rappresentativa delle piccole e medie imprese che ha impugnato la direttiva sui congedi parentali e il suo accordo quadro, perché concluso senza la sua partecipazione. Al riguardo il Tribunale ha avuto modo di precisare che spetta alla Commissione ed al Consiglio il compito di verificare che le parti sociali coinvolte presentino una rappresentatività "cumulativamente sufficiente", tale da rappresentare a livello europeo tutte le categorie di imprese e di lavoratori.

⁵³ F. CARINCI, *Dal Dialogo sociale al negoziato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali*, in AA. VV., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, NGL, Suppl., 1995, 81 ss.

⁵⁴ T. delle Comunità europee 17 giugno 1998, n. 135/96, MGL, 1999, 8, con nota di A. PELAGGI; DL, 1999, II, 139.

La valorizzazione della contrattazione collettiva emerge anche attraverso il riconoscimento della possibilità di una attuazione convenzionale delle direttive adottate nel settore della politica sociale. A tal fine l'art. 2, par. 4 dell'Aps stabilisce che gli Stati membri possono affidare alle parti sociali, sulla base di una loro richiesta congiunta, l'attuazione dei risultati imposti dalle direttive, assicurandosi che entro il termine di recepimento sia stato adottato un accordo contenente tutte le disposizioni necessarie a garantirne la corretta trasposizione nell'ordinamento nazionale, rimanendo responsabili in caso di inadempimento⁵⁵.

Nel nostro Paese il principale ostacolo è costituito dalla mancanza di un contratto collettivo con efficacia *erga omnes*⁵⁶, tant'è che all'accordo stipulato il 6 dicembre 1996 di recepimento della direttiva sui Cae e all'accordo sottoscritto il 12 novembre 1997, di trasposizione della direttiva sull'orario di lavoro, ha fatto seguito l'intervento del legislatore, attraverso un'integrazione tra fonti contrattuali e legislative.

Le disposizioni dell'Aps e del Protocollo sulla politica sociale sono incorporate nel Trattato di Roma con la stipulazione del Trattato di

⁵⁵ J. APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in A. BAYLOS, GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 173 ss.

⁵⁶ L. PELAGGI, *La rappresentatività al vaglio del giudice comunitario*, MGL, 1999, 26 ss.; F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea*, DLRI, 2003, 1 ss.; M. BIAGI, *La direttiva comunitaria del 1994 sull'informazione e consultazione dei lavoratori: una prospettiva italiana*, DRI, 1995, 35 ss.; S. SCIARRA, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, DLRI, 1992, 715 ss.

Amsterdam, sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999, con il quale viene ricomposta la frattura tra i Paesi membri e viene riscritto il Titolo IX, dove sono inserite tutte le disposizioni sociali di Maastricht.

In particolare, gli art. 2 e 3 dell'As confluiscano nei nuovi artt. 137 e 138 e l'autonomia collettiva rientra definitivamente tra le fonti del diritto dell'Unione.

Il Trattato di Amsterdam si ripropone di collocare al centro dell'azione comunitaria la promozione dell'occupazione, l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione, il rafforzamento del ruolo dell'Unione nel contesto internazionale e delle sue istituzioni in vista dell'allargamento ai Paesi dell'Europa orientale.

Rilevante appare innanzitutto il richiamo ai diritti sociali fondamentali, che acquistano la valenza di linee guida, di orientamento dell'intervento comunitario⁵⁷.

Il preambolo del Trattato, infatti, conferma "l'attaccamento ai diritti sociali fondamentali definiti dalla Carta sociale europea del 1961 e dalla Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989", la

⁵⁷ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto*, cit., 25. Sul punto si vedano M. V. BALLESTRERO, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Milano, 2001, 87 ss.; F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, "Costituzione" europea e diritti sociali fondamentali, *LD*, 2000, 281 ss.; M. WEISS, *Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale*, *DRI*, 1998, 4.

cui realizzazione non è più rimessa all'iniziativa degli Stati, ma diviene uno degli obiettivi centrali del diritto dell'Unione⁵⁸.

Un altro dato di rilievo è rappresentato dall'inserimento nel Trattato del nuovo Titolo VIII, capo I, interamente dedicato alle politiche occupazionali.

Nonostante l'incremento dell'occupazione si presenti come tematica risalente, delineata già all'interno del Trattato costitutivo della Ceca, soltanto dopo i Consigli europei di Corfù del 24 giugno 1995, di Essen del 9 dicembre 1995 e infine di Amsterdam del 16 giugno 1997 gli Stati membri sono arrivati a delineare delle strategie coordinate volte a promuovere una forza lavoro in grado di rispondere alle esigenze del mercato del lavoro.

La rilevanza delle politiche occupazionali è poi emersa nuovamente in occasione del vertice di Lussemburgo nel novembre del 1997, dove sono stati individuati i quattro pilastri della prima Strategia europea dell'occupazione nella occupabilità, imprenditorialità, adattabilità e pari opportunità.

I principali riferimenti normativi al riguardo sono costituiti dagli artt. 125 e 126 del Trattato CEE (oggi artt. 145 e 146 del TFU) che attribuiscono congiuntamente all'Unione e agli Stati membri il compito di adoperarsi per “sviluppare una strategia coordinata a

⁵⁸ R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, 22.

favore dell'occupazione", mentre l'art. 128 (oggi artt. 148 del TFU) prevede che il Consiglio elabora annualmente degli orientamenti "di cui devono tenere conto gli Stati membri nelle rispettive politiche in materia di occupazione".

Questi ultimi, infatti, tenuto conto degli orientamenti suddetti, elaborano i cd. Piani nazionali per l'occupazione, trasmettendo annualmente al Consiglio e alla Commissione una relazione su tutte le misure adottate per la realizzazione delle proprie politiche occupazionali. Sulla base di tale esame degli strumenti predisposti negli ordinamenti nazionali il Consiglio, su richiesta della Commissione, può rivolgere una raccomandazione agli Stati membri interessati.

Il nuovo metodo di armonizzazione mediante il "coordinamento spontaneo per obiettivi", detto anche Mac o metodo aperto di coordinamento, che implica la definizione di *guidelines* europee, l'elaborazione di Piani nazionali e regionali e l'eventuale emanazione di raccomandazioni, è stato successivamente istituzionalizzato a seguito del Consiglio europeo di Lisbona, che lo ha esteso ai settori dell'istruzione, della ricerca e dell'integrazione sociale⁵⁹.

⁵⁹ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto*, cit., 132, 133; C. DELL'ARRINGA, *Il Metodo Aperto di Coordinamento (Mac)*, *DLM*, 2003, 623 ss.; P. OLIVELLI, *Diritti sociali e "metodo di coordinamento aperto" in Europa*, *ADL*, 2002, 313 ss.; M. DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, *DLM*, 2003, 653 ss.

Inoltre, con il Trattato di riforma, firmato a Lisbona nel 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009 si è attribuito alla Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE) e le sue disposizioni, dotate di efficacia diretta, sono divenute fonti primarie di tutela delle libertà fondamentali.

Con la riforma viene meno la distinzione tra Comunità ed Unione europea, per fare riferimento esclusivo ad un unico ente: L'Unione, che si "sostituisce e succede alla Comunità", divenendo un'unica personalità giuridica.

Il Trattato della Comunità economica europea acquista la nuova denominazione di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e si apre a nuovi obiettivi, quali la pace, la piena occupazione e uno sviluppo sostenibile (art. 3 TUE), riconoscendo esplicitamente i principi democratici (art. 9, 10, 11 TUE) e i valori fondamentali e comuni agli Stati membri (art. 2 TUE).

Capitolo II

L'Europa sociale e il sistema integrato di tutela delle libertà fondamentali

2.1 La Carta di Nizza e i diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona

L'Unione europea è una “comunità fondata sui diritti⁶⁰”, elemento di identità politica e culturale e fattore propulsivo del processo di integrazione⁶¹. In origine, la Comunità economica europea sembrava però assicurare il solo rispetto delle libertà economiche necessarie all'instaurazione del mercato comune⁶², mentre i diritti fondamentali costituivano ancora il nucleo centrale attorno al quale si snodavano le competenze dei singoli Stati⁶³. Soltanto quando prende forma il disegno politico, con l'affermazione di solide istituzioni, emergono i diritti dell'uomo e si avverte il bisogno di elaborare una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁶⁴.

⁶⁰ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 6 ss.; L. FEBVRE, *L'Europa. Storia di una civiltà* (tradotta in italiano da A. Galeotti), Roma, 1999, 67; P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (la traduzione è a cura di J. Luther), Roma, 2001.

⁶¹ Mi sia consentito il rinvio a V. ALLOCCA, *La Carta di Nizza e i diritti sociali fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, DML, 2013, 1, 153 ss.

⁶² P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “costituzione europea”*, PD, 2000, 15 ss.

⁶³ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in ID., P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 29 ss.

⁶⁴ Per un primo commento alla Carta europea dei diritti fondamentali v. A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, DUE, 2001, 241 ss.; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti*, cit.; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, DRI, 2001, 335 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001; M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002;

La redazione di un documento che raccogliesse i diritti fondamentali per renderli più visibili e giustiziabili non soltanto innanzi alle Corti europee, ma anche davanti alle giurisdizioni nazionali, è stata resa possibile dalla congiunta sollecitazione espressa dai Capi di governo e dal Parlamento europeo, in occasione del vertice di Colonia del giugno 2000.

E' stata così convenuta la nomina di un insolito organo denominato Convenzione, preposto alla elaborazione di un progetto di Carta dei diritti, che imprimesse una spinta al processo di integrazione⁶⁵, ponendo al centro della sua attenzione non tanto gli Stati e i loro interessi economici, quanto piuttosto gli individui e le loro prerogative⁶⁶.

Nel Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre del 1999 è stata definita la composizione dell'organismo, i cui lavori, confluiti nel Rapporto Simitis, si sono tenuti alternativamente negli edifici del Consiglio e del Parlamento europeo, per concludersi a Nizza il 7 e 8 dicembre del 2000.

L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002; M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, RTDPub, 2002, 1 ss.; R. COSIO, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID., R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 47 ss.

⁶⁵ A. BENAZZO, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 835; M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, PD, 2000, 367 ss.

⁶⁶ S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, ADL, 2001, 391 ss.

La Carta dei diritti fondamentali⁶⁷, nei suoi 54 articoli, contiene in unico documento, che impegna politicamente gli Stati membri, i diritti civili, politici, economici e sociali, riconosciuti da fonti nazionali, comunitarie e internazionali che derivano dai trattati, dalle Carte sociali, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri⁶⁸, dando un segnale evidente di razionalizzazione di un ordine normativo in formazione⁶⁹.

Tuttavia, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Carta costituiva una semplice dichiarazione solenne, impiegata dalla Corte di Giustizia come fonte per la rilevazione dei diritti fondamentali, che continuavano a rinvenire il fondamento della loro tutela nei principi generali dell'ordinamento comunitario⁷⁰.

Il Trattato di riforma, firmato a Lisbona nel 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, invece, ha attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE) e le sue disposizioni, dotate di efficacia diretta, sono divenute fonti primarie di tutela delle libertà

⁶⁷ E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, DUE, 1996, 163; S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2001, 187 ss.; G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo*, cit., 111 ss.

⁶⁸ L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2012, 15.

⁶⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Per un'Europa dei diritti sociali e del cittadino*, Lussemburgo, 1996; COMMISSIONE EUROPEA, *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea: è tempo di agire. Rapporto del gruppo di esperti sui diritti fondamentali*, Bruxelles, 1999.

⁷⁰ G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, DUE, 2011, 837.

fondamentali, sulle quali si è venuta ad estendere la forza del primato del diritto dell'Unione⁷¹.

Con l'acquisita obbligatorietà della Carta di Nizza e la sua incorporazione nel Trattato di Lisbona, il riconoscimento e la protezione dei diritti fondamentali⁷² diviene il presupposto di legittimità dell'azione dell'Unione⁷³ e tutte le giurisdizioni europee e nazionali sono chiamate a concorrere alla loro tutela giurisdizionale⁷⁴.

L'art. 6 TUE ha conservato però il riferimento ai principi generali dell'ordinamento comunitario, alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il riferimento ad una pluralità di fonti, nonostante le possibili incertezze e sovrapposizioni, impedisce una cristallizzazione delle libertà fondamentali attraverso il loro inserimento in un testo normativo che, per quanto completo, non potrebbe comunque esaurire tutte le esigenze di tutela dei diritti umani⁷⁵.

⁷¹ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, 230 ss.

⁷² A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, *DUE*, 1999, 149.

⁷³ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335, ritiene che la tutela dei diritti fondamentali si prefigura come principio di legittimazione dell'ordinamento comunitario e fattore di compensazione del *deficit* democratico dell'Unione. In tal senso si vedano pure S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, *RGL*, I, 2000, 765 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2005. L'A. ritiene che il riconoscimento e la protezione dei diritti dell'uomo è alla base del processo di democratizzazione del sistema internazionale, tappa cruciale per il perseguimento della pace kantiana.

⁷⁴ F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, *RDPub*, 2002, 491 ss.; P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003.

⁷⁵ G. STROZZI, *Il sistema integrato*, cit., 839.

2.2 La CEDU e la tutela delle libertà fondamentali nell'ordinamento dell'Unione

L'art. 52, par. 3, della Carta, allo scopo di evitare la creazione di due *standard* diversi di protezione delle libertà fondamentali all'interno dell'Unione, afferma che nel caso in cui venga riprodotta la stessa tutela garantita dalla CEDU, portando alla formazione di “diritti corrispondenti”, dovranno trovare applicazione le disposizioni della Convenzione⁷⁶.

A fronte di un'elencazione “secca”⁷⁷ di diritti contenuti nella Carta, la loro interpretazione e la ricostruzione della loro estensione non può prescindere dal raffronto con le disposizioni della Convenzione europea, con i suoi Protocolli e con il suo Preambolo, vero faro che illumina l'interprete, da cui traspare con chiarezza che l'obiettivo da perseguire non risiede nella salvaguardia delle identità nazionali, ma nell'armonizzazione dei livelli di tutela delle libertà fondamentali. Il rischio che il rinvio ad una fonte *extra-ordinem* possa determinare dei contrasti giurisprudenziali tra le due Corti è *in re ipsa*⁷⁸, ma può essere scongiurato attraverso il ricorso al dialogo tra le giurisdizioni, che evoca la capacità degli organi giudicanti di evitare la rigidità del

⁷⁶ R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, DUE, 2000, 881 ss.

⁷⁷ R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea, alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, CP, 2002, 1873.

⁷⁸ G. STROZZI, *Il sistema integrato*, cit., 839.

conflitto per ricercare piuttosto modalità compositive di situazioni irrisolte.

Del resto, la Corte costituzionale⁷⁹ ha evidenziato che il mantenimento di un autonomo richiamo ai diritti derivanti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri si giustifica anche alla luce della parziale accettazione della Carta da parte di alcuni Stati membri, quali la Polonia e il Regno Unito.

Inoltre, il sistema di tutela dei diritti umani è destinato ad ampliarsi e rinforzarsi a seguito delle modifiche apportate dal trattato di Lisbona, che ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (art. 6, par. 2, TUE), funzionale a garantire la coerenza tra la giurisprudenza delle rispettive Corti e a creare uno spazio comune europeo in materia di diritti dell'uomo.

Con l'adesione si verrà ad instaurare un controllo giudiziario esterno della Corte di Strasburgo⁸⁰ su tutte le istituzioni comunitarie, sulla Corte di giustizia⁸¹ e sulle giurisdizioni nazionali, per pervenire alla formazione di un sistema pluriarticolato, integrato e coerente, basato su diversi livelli di tutela, esterni e interni all'Unione, che concorrono

⁷⁹ C. cost. 11 marzo 2011, n. 80, *Riv. dir. internaz.*, 2011, 578.

⁸⁰ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte EDU sui diritti fondamentali si rinvia a N. BRUUN, K. LÖRCHER, *Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro*, *RGL*, I, 2012, 397 ss.

⁸¹ A. TIZZANO, *Alcune riflessioni sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, *DUE*, 2009, 161.

tra di loro nella tutela delle libertà fondamentali⁸². L'adesione richiede però la ratifica di un trattato, subordinata al consenso di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, che devono approvarlo all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

Pertanto, a causa delle difficoltà incontrate nelle procedure di ratifica, l'articolo 6, par. 2, TUE è rimasto ancora inattuato, con la conseguenza che, a fronte della lesione di un diritto fondamentale riconosciuto da una disposizione della Convenzione, il giudice nazionale non deve disapplicare la norma interna contrastante, ma deve tuttora investire la Corte costituzionale⁸³ delle relative questioni di legittimità.

⁸² G. STROZZI, *Il sistema integrato*, cit., 839.

⁸³ Sulla posizione assunta dalla nostra Corte costituzionale v. C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, *Riv. giur. Edilizia*, 2007, I, 1220; *ivi*, 2008, I, 184, con nota di nota di F. A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione "europea" del parametro di costituzionalità*; C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *GCost*, 2007, 3535, con note di M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost.*; V. SCARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*. Per ulteriori commenti delle sentenze v. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, *GCost*, 2007, 3518; A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, *ivi*, 2007, 3525; G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, *GC*, 2008, 53; S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, *RCP*, 2008, 65. Più di recente si veda C. cost. 24 luglio 2009, n. 239, *Riv. dir. internaz.*, 2009, 1187. L'orientamento espresso dalla Corte costituzionale ha trovato conferma anche nella giurisprudenza comunitaria v. C. Giust. 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, non ancora pubblicata in Raccolta. Per un commento della sentenza si rinvia a F. COSTAMAGNA, M. PACE, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, *Diritti umani e diritto internaz.*, 2012, 672. In questa pronuncia la Corte di Giustizia si è allineata alle soluzioni raggiunte dalla Corte costituzionale e ha chiarito che l'art. 6 TUE si limita ad affermare che i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU sono parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali, senza disciplinare il rapporto tra la Convenzione e gli ordinamenti giuridici nazionali.

2.3 *Principi sociali e diritti dei lavoratori nella Carta europea delle libertà fondamentali*

In linea di continuità con la Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e con la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989⁸⁴, anche la Carta di Nizza riconosce, nel quadro dell'Europa dei cittadini, garanzie sociali fondamentali⁸⁵ che esprimono valori comuni della società europea e riguardano diversi aspetti della vita di relazione.

L'elaborazione di un catalogo di *fundamental rights* si pone in una prospettiva di progressivo recupero della dimensione sociale, a lungo relegata ad una posizione ancillare, strumentale rispetto alle libertà economiche e in particolare alla libera concorrenza⁸⁶.

In questa prospettiva, anche la presenza all'interno del Trattato istitutivo di una disposizione sociale (art. 119 CE) sulla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile, dimostra l'intenzione della Comunità di abolire tutti gli ostacoli alla libera concorrenza, comprese le disparità retributive tra uomini e donne, che

⁸⁴ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335. L'Autore richiama l'art. 151 TFU (ex art. 117 TCE), che invita l'Unione e gli Stati che vi aderiscono a tenere presenti i diritti sociali fondamentali, definiti dalla Carta sociale europea del 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

⁸⁵ S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 16/2003, 2 ss., www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp.

⁸⁶ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro, 2. L'ordinamento europeo*, Bari, 2005, 87, ritiene che solo l'assegnazione di competenze comunitarie specifiche in materia e la valorizzazione delle fonti contrattuali collettive hanno reso possibile l'acquisizione di contenuti sociali all'interno dell'Unione.

pure avrebbero potuto compromettere la creazione e il consolidamento del mercato unico⁸⁷.

La Carta, spostando il baricentro dell'ordinamento comunitario dalle libertà economiche alla tutela delle posizioni dei singoli, capovolge la logica mercantilistica dei trattati⁸⁸, rappresentando una tappa cruciale del processo costituzionale e un'anticipazione di una Costituzione che tarda ancora a definirsi⁸⁹.

La creatività e la persuasività del documento⁹⁰ hanno indotto alcuni commentatori a parlare di un "evento simbolico"⁹¹, in considerazione della tradizionale frigidità sociale dell'ordinamento comunitario e delle teorizzazioni volte a negare la natura fondamentale delle libertà economiche e sociali⁹².

L'indivisibilità delle libertà fondamentali e l'"equiordinazione"⁹³ dei diritti civili, politici, economici e sociali attribuiscono alla Carta di Nizza il valore di un testo paracostituzionale, capace di autointegrarsi

⁸⁷ S. SIMITIS, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, DLRI, 1995, 521.

⁸⁸ M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali*, cit., 1 ss.

⁸⁹ M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335.

⁹⁰ M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali e l'unione politica*, LD, 2001, 332.

⁹¹ G. RUFFOLO, *I passi da formica della Carta dei diritti*, in *La Repubblica* del 19 ottobre 2000.

⁹² S. RODOTÀ, *La Carta europea dei diritti: una vittoria dimezzata*, in *La Repubblica* del 4 ottobre 2000.

⁹³ S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in ID., P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, A. MANZELLA (a cura di), *Riscrivere i diritti*, cit., 57 ss.; E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, ivi, 9 ss.

nei Trattati istitutivi e nelle stesse tradizioni costituzionali degli Stati membri⁹⁴.

La solidarietà viene così ad imporsi come principio fondamentale dell'ordine comunitario, all'interno del quale i diritti sociali ritrovano ampio riconoscimento, riacquistando quella centralità cancellata dal metodo funzionalista, per approdare ad un'economia di mercato "autointegrata"⁹⁵ in senso solidaristico⁹⁶.

L'ampliamento del catalogo di diritti fondamentali anche ai diritti sociali è stato reso possibile dalla rinnovata attenzione per le politiche sociali⁹⁷, determinata dalla stipula del Trattato di *Amsterdam* e dall'introduzione del Titolo VIII dedicato alle strategie occupazionali⁹⁸, che ha reso possibile l'intervento dell'Unione in territori affidati fino ad allora alla competenza esclusiva degli Stati⁹⁹.

⁹⁴ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, 137; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335 ss.

⁹⁵ A. PREDIERI, *Euro. Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, 1998, 5 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali*, cit., 138.

⁹⁶ Sul difficile bilanciamento tra i diritti sociali e le libertà economiche v. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, *DUE*, 2011, 319 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali*, cit., Bologna, 2003, 165 ss.; M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, *RIDL*, 2008, 249 ss.; R. POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, *ivi*, 2010, 1030 ss.; U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, *Studi sull'integr. eur.*, 2011, 217 ss. e in *Studi in Onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, 1411 ss.

⁹⁷ Sul ruolo della dimensione sociale nel processo di integrazione europea v. T. TREU, *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, *DRI*, 2001, 307 ss.; S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, *DUE*, 2003, 325 ss.; M. BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, *DRI*, 2000, 161 ss.; A. LO FARO, *Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, *DRI*, 1993, 125 ss.

⁹⁸ M. BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, *DRI*, 1998, 437 ss. e in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999. Di particolare rilievo è il

Le esperienze costituzionali degli Stati membri hanno rivestito un ruolo fondamentale nell'espansione dei diritti sociali¹⁰⁰, delineando un solido patrimonio di posizioni giuridiche che si integrano in un quadro unitario nell'ordinamento pre-federale europeo¹⁰¹.

Per garantire il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro di tutte le categorie della popolazione, la Carta garantisce innanzitutto il diritto di ogni individuo di lavorare e di scegliere liberamente il proprio impiego (art. 15). La norma, riprendendo il contenuto programmatico dell'art. 4 Cost., identifica il diritto al lavoro con il diritto di lavorare, inteso nell'accezione negativa del diritto-libertà, come aspirazione al lavoro e dunque non tale da tradursi in un'aspettativa di trovare occupazione¹⁰².

Il diritto al lavoro, invece, trova espressione concreta nelle disposizioni che riconoscono al lavoratore il diritto alla tutela contro i

ruolo rivestito dalle *guidelines* varate dal Consiglio europeo straordinario di Lussemburgo del 1997, che ha dato stura alla Strategia europea per l'occupazione. Le *guidelines*, infatti, pur ascrivendosi tra gli strumenti di *soft law*, orientano le politiche occupazionali nazionali verso obiettivi comuni, attraverso strumenti di pressione politica.

⁹⁹ M. COCCONI, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, 2006, 154; A. MANZELLA, *Dal mercato*, cit., 29 ss.

¹⁰⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, EGT, XI, 1989, 1 ss.; L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, GCost, 2001, 873 ss.

¹⁰¹ R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335; S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*, cit., 3 ss.; M. CORTI, A. SARTORI, *La Carta Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, RIDL, III, 2009, 155.

¹⁰² M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 55/2007, 25, www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp; A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 60/2008, 42, www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp; C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000.

licenziamenti ingiustificati (art. 30)¹⁰³, all'accesso ai servizi di collocamento gratuiti (art. 29), alla formazione professionale (art. 14), a condizioni di lavoro eque e dignitose, alla sicurezza ed assistenza sociale (art. 34), nelle norme a sostegno della genitorialità (art.33), in quelle volte a reprimere non soltanto le discriminazioni di genere in materia di occupazione, lavoro e retribuzione (art. 23), vietate dagli stessi trattati istitutivi della Comunità, ma qualunque comportamento discriminatorio (art. 21).

Il riconoscimento di una tutela contro ogni licenziamento ingiustificato ha un forte valore simbolico¹⁰⁴, non trovando riscontro in precedenti previsioni fondamentali, ma comunque non garantisce un diritto alla conservazione del posto nel senso che, fermo il rinvio alle legislazioni nazionali, il rinvio al diritto comunitario richiede di considerare tale diritto alla luce dei trattati all'interno dei quali l'occupazione cede il posto all'occupabilità¹⁰⁵.

L'implementazione dei diritti sociali potrebbe essere compromessa anche dalla presenza all'interno della Carta (art. 52, par. 2) di

¹⁰³R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, cit., 27; M. V. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione Europea*, DML, 2001, 3 ss.; R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 335.

¹⁰⁴M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., 333.

¹⁰⁵A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti*, cit., 26; L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 58/2008, 2 ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

“clausole orizzontali”, che circoscrivono l’interpretazione e l’esercizio delle libertà fondamentali entro i limiti definiti dai trattati.

Inoltre, con una disposizione di chiusura (art. 52, par. 1) dal contenuto fortemente garantistico, la Carta ammette, nel rispetto del principio di sussidiarietà, quelle limitazioni necessarie a perseguire finalità effettive di interesse generale dell’Unione e a proteggere “i diritti e le libertà altrui”.

La scelta dei negoziatori di ricorrere all’utilizzo di clausole orizzontali¹⁰⁶, determinata dalla preoccupazione di alcuni Stati membri di investire l’Unione di ulteriori competenze in materia sociale¹⁰⁷, potrebbe sortire un effetto “congelante”¹⁰⁸, consentendo un intervento di compressione di un diritto anche nel caso in cui questo non tolleri alcuna limitazione¹⁰⁹.

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha precisato che le deroghe all’esercizio dei diritti fondamentali richiedono un’espressa previsione di legge, devono rispondere a finalità di interesse generale dell’Unione e rispettare il principio di proporzionalità, che è parte integrante dei principi generali dell’ordinamento comunitario e garantisce che gli

¹⁰⁶ Sui limiti nell’applicazione del diritto comunitario si veda A. CELOTTO, T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di trattato costituzionale*, *QCost*, 2004, 863 ss.; G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell’applicazione del diritto comunitario*, *Studi sull’integr. eur.*, 2009, 23 ss.; G. GUGLIA, *Il diritto all’assistenza sociale nella prospettiva multilivell*, Padova, 2006, 14 ss.

¹⁰⁷ M. COCCONI, *Il diritto europeo dell’istruzione*, cit., 155. L’A. sottolinea come in una prospettiva speculare si ponga l’assenza all’interno della Carta di alcuni diritti sociali fondamentali.

¹⁰⁸ S. SCIARRA, *Diritti sociali*, cit., 411.

¹⁰⁹ R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea*, cit., 1873. Per una ricostruzione delle “clausole orizzontali” previste dalla carta V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 141 ss.

strumenti predisposti per la realizzazione di un obiettivo dell'Unione non vadano oltre quanto necessario per raggiungerlo¹¹⁰.

Di particolare rilievo si presentano poi le disposizioni che riconoscono i diritti collettivi, dalla libertà di riunione, di associazione e di svolgere attività sindacale (art. 12), al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito della propria impresa (art. 27), alla libertà di negoziare e concludere accordi collettivi a livelli appropriati, "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali".

Nell'ambito delle libertà sindacali degno di nota è il riconoscimento del diritto di ricorrere in caso di conflitto ad azioni collettive e in particolare all'esercizio del diritto di sciopero (art. 28)¹¹¹, elevato al rango di libertà fondamentale, pur non essendo riconosciuto come tale in alcuni Paesi membri dell'Unione¹¹².

¹¹⁰ C. Giust. 9 novembre 2010, causa C-92/09 e C-93/09, *Merkus, De Jure*. In questa sentenza la Corte ha affermato che le deroghe e le limitazioni alla protezione dei dati personali, riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta, devono operare nei limiti dello stretto necessario e, pertanto, il Consiglio e la Commissione, imponendo la pubblicazione dei nomi di tutte le persone fisiche beneficiarie di aiuti del FEAGA e del FEASR hanno superato i limiti imposti dal rispetto del principio di proporzionalità.

¹¹¹ R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, cit., 25 ss.

¹¹² Sul contrasto tra le libertà economiche e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva v. in giurisprudenza C. Giust. 21 settembre 1999, causa C- 67/96, *Albany, FI*, IV, 1999, 489; *LG*, 2000, 22; *RIDL*, II, 2000, 209 con nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*; C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking, GDir*, 2008, 99; *RIDL*, II, 2008, 244; *Riv. dir. internaz.*, 2008, 848; *GCost*, 2008, 497, con nota di L. PATRUNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*; *DRI*, 2008, 589, con nota di N. VASCCELLO, *Libertà di stabilimento e limiti all'autotutela collettiva di rango comunitario*; *DRI*, 2008, 238, con nota di M. COLUCCI, *L'Unione europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*; C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval, RGL*, II, 2008, 27; *DRI*, 2009, 821, con nota di L. VIESPOLI, *Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali*. In dottrina v. M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *LD*, 2008, 371 ss.; M PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd.*

La scarsa attenzione dedicata alla libertà di associazione e di organizzazione sindacale denota una prevalenza dell'approccio individualistico e un atteggiamento di prudenza, che traspare anche dal rinvio al diritto comunitario e alle normative nazionali per la definizione delle modalità di legittimazione del sindacato a livello europeo.

La direzione riformatrice dell'Europa sociale, avviata a Nizza, è stata ripresa dal Trattato di riforma, approvato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, a causa di alcune difficoltà incontrate nelle procedure di ratifica e nelle consultazioni referendarie degli Stati membri.

Con il Trattato di Lisbona, infatti, il titolo X del TFU viene dedicato interamente alla politica sociale, acquistando una dimensione autonoma rispetto all'istruzione, formazione professionale e gioventù, e viene introdotta una nuova disposizione (art. 152) sul dialogo sociale, che poggia sul principio di democrazia rappresentativa e di sussidiarietà orizzontale, con cui si attribuisce all'Unione il compito di promuovere il ruolo delle parti sociali e di facilitarne il dialogo nel rispetto della loro autonomia¹¹³.

autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici, DLM, 2008, 577 ss.; G. ORLANDINI, *Il diritto di sciopero nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, DLRI, 2001, 649 ss.; ID., *Il recepimento della direttiva sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, *ivi*, 2011, 405 ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 111 ss.

¹¹³ A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 82/2010, 6, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/; B. VENEZIANI, *La*

Le parti sociali già con il Trattato di Amsterdam, che ha incorporato il Protocollo sulla politica sociale elaborato a Maastricht¹¹⁴, sono divenute titolari di una competenza riservata capace di dare impulso all'azione comunitaria e di legittimarla¹¹⁵.

Il dialogo avviato dalle parti sociali¹¹⁶, ex art. 155 TFU, infatti, può condurre a relazioni o accordi collettivi, conclusi secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e dei singoli Stati membri, o nelle materie di competenza concorrente con una decisione del Consiglio, adottata però sempre previa richiesta delle parti firmatarie e su proposta della Commissione.

In tale contesto la Carta di Nizza, nonostante la timidezza di alcune disposizioni che riconoscono i diritti sociali, prevedendo che l'autonomia collettiva si svolga non solo nel rispetto delle legislazioni e prassi nazionali, ma anche in conformità alle regole proprie del diritto comunitario, viene comunque a porsi in una prospettiva di recupero di democraticità del processo decisionale comunitario.

costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà, in G. FERRARA, M. PALLINI, B. VENEZIANI (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006, 9 ss.; M. PALLINI, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, *ivi*, 117 ss.

¹¹⁴ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, *cit.*, 69 ss.

¹¹⁵ R. SALOMONE, *Multilevel governance e trasformazioni del diritto del lavoro nazionale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, 203.

¹¹⁶ Sul dialogo sociale si veda W. BROWN, *Le parti sociali a livello comunitario*, *DRI*, 2001, 363 ss.; M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI secolo*, *ivi*, 2007, 1022 ss.; A. LO FARO, A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, *DLRI*, 2005, 4, 514 ss.; M. PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea*, *cit.*, 576 ss.; D. COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 86/2010, 2 ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

2.4 *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di Giustizia*

La garanzia dei diritti fondamentali si colloca all'interno di un sistema di protezione multilivello, nell'ambito del quale una stessa situazione giuridica riceve un diverso livello di tutela nelle diverse giurisdizioni nazionali e sopranazionali, che in un continuo dialogo concorrono all'esercizio della funzione giurisdizionale nella salvaguardia delle libertà fondamentali¹¹⁷.

Nella costruzione dell'Europa sociale, la giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia¹¹⁸ ha svolto una funzione di estrema importanza, attraverso un'interazione a più livelli che vede coinvolte le Corti nazionali e comunitarie nella definizione di un sistema di tutela dei diritti fondamentali¹¹⁹.

Infatti, l'espansione della giurisprudenza comunitaria, che si è guadagnata il ruolo di artefice del processo di integrazione, grazie agli strumenti del primato e dell'effetto diretto del diritto comunitario, sottende un rapporto di collaborazione e complicità delle giurisdizioni

¹¹⁷ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2005, 79 ss.; R. COSIO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici*, RIDL, III, 2009, 147 ss.; ID., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RIDL, I, 2012, 311 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che*, LD, 1998, 485 ss.

¹¹⁸ Sul ruolo della Corte di giustizia nella definizione dei rapporti tra diritto comunitario e diritti nazionali si veda E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, 1991.

¹¹⁹ R. FOGLIA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, DLRI, 1992, 753 ss.

nazionali, in particolare delle corti inferiori¹²⁰, che ha reso possibile la realizzazione del disegno europeista¹²¹.

In particolare, la posizione di supremazia che la Corte di Giustizia è venuta a conquistarsi è espressione di una “relazione non paritaria”¹²² tra soggetti, che riserva ad uno solo di essi la facoltà di stabilire le regole del dialogo.

Il silenzio della giurisprudenza comunitaria in materia di libertà fondamentali¹²³, tuttavia, è stemperato soltanto alla fine degli anni Sessanta dalla tecnica del rinvio alla CEDU¹²⁴ e prima ancora alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹²⁵. Viene in tal modo inaugurato un nuovo indirizzo giurisprudenziale, sensibile alle tematiche riguardanti i diritti fondamentali, poi consacrato nell’art. 6

¹²⁰ A. LO FARO, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell’ordinamento giuslavoristico italiano*, LD, 1998, 625, sostiene che la cooperazione giudiziale più intensa è quella intrattenuta dalla Corte di Giustizia con le corti inferiori, all’interno delle quali siedono i giudici più giovani, particolarmente sensibili alle tematiche comunitarie.

¹²¹ R. FOGLIA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro*, cit., 753 ss.; F. SANTONI, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, cit., 659 ss.

¹²² A. LO FARO, *La Corte di giustizia*, cit., 622.

¹²³ R. COSIO, *I diritti fondamentali*, cit., 315.

¹²⁴ C. Giust. 28 ottobre, 1975, causa C- 36/75, *Rutili*, *Racc.*, 1975, 1219. Si veda in tal senso C. Giust. 11 gennaio 2000, causa C-285/1998, *Kreil*, *FI*, IV, 2000, 49; *CG*, 2000, 825; *DCSI*, 2000, 296; *MGL*, 2000, 358; *FA*, 2000, 1611, con nota di G. B. GOLETTI, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Convenzione di Strasburgo*; C. Giust. 14 ottobre 2004, causa C-36/2002, *Omega*, *GC*, I, 2005, 1435; *Europa e dir. priv.*, 2007, 181; *DCSI*, 2005, 87; *D&G*, 2005, 89; C. Giust. 12 giugno 2003, causa C- 112/2000, *Schmidberger*, *DCSI*, 2003, 558; *RGL*, II, 2004, 157; *Riv. giur. ambiente*, 2003, 793, con nota di A. GRATANI, *Tutela ambientale e diritti fondamentali della persona*. Con le sentenze in esame la Corte di Giustizia ha elaborato principi generali in materia di diritti fondamentali, arrivando ad affermarne la supremazia anche rispetto alle libertà di natura economica.

¹²⁵ C. Giust. 12 novembre 1969, causa C- 29/69, *Stauder*, *Racc.*, 1969, 419; C. Giust. 17 dicembre 1970, causa C- 11/70, *Internazionale Handelsgesellschaft*, *Racc.*, 1970, 1125; C. Giust. 14 maggio 1974, causa C- 4/73, *Nold*, *Racc.*, 1974, 491; C. Giust. 13 dicembre 1979, causa C- 44/79, *Hauer*, *Racc.*, 1979, 3727.

TUE, che ne garantisce il rispetto non solo nei riguardi delle istituzioni comunitarie, ma anche nei confronti degli Stati¹²⁶.

La Corte di Giustizia¹²⁷ è così pervenuta all'elaborazione di un catalogo di *fundamental rights*, successivamente confluito nel Trattato di Nizza, definito dalla stessa¹²⁸ come epilogo di un percorso normativo e giurisprudenziale che codifica tutti gli strumenti predisposti dalle istituzioni comunitarie¹²⁹ per assicurare l'osservanza dei diritti fondamentali.

Con la risoluzione¹³⁰ sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali anche il Parlamento europeo, precedendo le soluzioni poi raggiunte a Lisbona ed allineandosi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia¹³¹, ha evidenziato il dato della "autobbligazione" di tutte le autorità comunitarie e nazionali, tenute alla salvaguardia dei diritti riconosciuti nella Carta, richiamata espressamente nelle premesse delle direttive e nei provvedimenti interni degli organi comunitari¹³².

¹²⁶ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello*, cit., 83.

¹²⁷ C. Giust. 12 novembre 1969, causa C- 29/69, cit., 419.

¹²⁸ C. Giust. 13 marzo 2007, causa C- 432/05, *Unibet*, *GDir*, 2007, 14, 100; *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 823.

¹²⁹ G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali e il Parlamento europeo insistono per l' "efficacia anticipata" della Carta di Nizza*, *DL*, 2007, 319.

¹³⁰ Risoluzione del 15/03/2007 sul "Rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte della Commissione: metodologia per un controllo sistematico e rigoroso", pubblicata sul sito www.europeanrights.eu.

¹³¹ C. Giust. 27 giugno 2006, causa C- 540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio Ue*, *GC*, I, 2007, 529, con nota di A. PISAPIA, *Una sentenza additiva in punto di attuazione della direttiva sul ricongiungimento familiare*; *Riv. dir. internaz.*, 2006, 4, 1167; *GDir*, 2007, 113.

¹³² G. BRONZINI, V. PICCONE, *La Corte del Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali?*, *DL*, 2006, 979.

A partire dal 2002¹³³, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo rinviano alle disposizioni della Carta per giustificare interpretazioni evolutive della CEDU, per affermare che la sua incorporazione nei trattati istitutivi costituisce il presupposto per l' "equivalenza"¹³⁴ dei sistemi di tutela dei diritti umani vigenti in Europa¹³⁵ e per ribadire l'effettività della tutela giurisdizionale¹³⁶.

Infine, attraverso l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello interno, dapprima nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³⁷ e poi in quella della Corte costituzionale¹³⁸, anche il giudice nazionale, garante dell'interpretazione e dell'applicazione conforme del diritto dell'Unione, ha assunto un'indubbia centralità nel sistema di tutela multilivello dei diritti.

Con la definizione delle condizioni dell'efficacia diretta del diritto comunitario e la formulazione di specifici obblighi di adeguamento a

¹³³ C. Eur. dei diritti dell'uomo 11 luglio 2002, n. 28957/95, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, *Dir. dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, 538.

¹³⁴ G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali*, cit., 326.

¹³⁵ C. Eur. dei diritti dell'uomo 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus*, *Riv. dir. internaz.*, 2005, 778; *Dir. dell'uomo e libertà fondamentali*, 2007, 1019.

¹³⁶ C. Eur. dei diritti dell'uomo 19 aprile 2007, n. 63235/00, *Vilho Eskelinen*, *GDir*, 2007, 21, 111.

¹³⁷ C. Giust. 5 febbraio 1963, causa C- 26/62, *Van Gend en Loos*, *Racc*, 1963, 3; *GDir*, 2012, 39; C. Giust. 15 luglio 1964, causa C- 6/64, *Costa Enel*, *Racc*, 1964, 1141; *GDir*, 2012, 39; C. Giust. 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, *Racc*, 1978, 629; C. Giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, *Racc*, 1991, I, 5357. La Corte di Giustizia ritiene che l'ordinamento comunitario e quello interno costituiscono un unico sistema, all'interno del quale la norma comunitaria si trova gerarchicamente sovraordinata (c.d. teoria monista). In dottrina v. P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 61 ss.

¹³⁸ C. cost. 30 ottobre 1975, n. 232, *FI*, I, 1976, 542; *GCost*, 1975, 2211; C. cost. 8 giugno 1984, n. 170, *GCost*, I, 1984, 1098; *GC*, I, 1984, 2353; *FI*, I, 1984, 2062; *Riv. dir. internaz.*, 1984, 360; *GI*, I, 1984, 1521; C. cost. 21 aprile 1989, n. 232, *GC*, I, 1990, 315; *FI*, I, 1990, 1855; *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 138; C. cost. 18 aprile 1991, n. 168, *Riv. dir. internaz.*, 1991, 108; *GCost*, 1991, 1409; *FI*, I, 1992, 660; *FA*, 1992, 1837. La Corte costituzionale sostiene l'autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto a quello interno, da cui deriva la disapplicazione della norma interna per difetto di competenza in ordine a quelle materie nelle quali l'Italia ha rinunciato alla propria sovranità, ex art. 11 Cost. (c.d. teoria monista).

carico dei singoli Stati¹³⁹, le normative nazionali in materia di diritto del lavoro si arricchiscono per integrarsi in un quadro unitario all'interno dell'ordinamento federale europeo.

Si è giunti in questo modo alla creazione di un nuovo modello di integrazione che si è imposto alle autorità statali, grazie anche alle potenzialità del rinvio pregiudiziale, che consente al giudice comunitario di elaborare principi generali e di sottoporli all'attuazione del giudice nazionale¹⁴⁰.

In questo contesto si inserisce la nota pronuncia della Corte d'Appello di Firenze, con la quale il giudice del rinvio, dopo aver richiamato l'art. 31, comma 2, della Carta di Nizza, il quale riconosce al riposo annuale la natura di diritto fondamentale dei lavoratori, ha ribadito il valore non soltanto politico del documento, assimilabile ad una "fonte sovraordinata omologa ad un testo costituzionale"¹⁴¹.

Dall'applicabilità della Carta si dipana un ventaglio di poteri non solo per la Corte di Giustizia, ma anche per i giudici nazionali: dall'interpretazione conforme al rinvio pregiudiziale, fino alla possibilità di disapplicare le norme interne contrastanti¹⁴².

¹³⁹ S. SIMITIS, *Fine o rinascita del diritto del lavoro*, cit., 521.

¹⁴⁰ F. SORRENTINO, *La tutela multilivello*, cit., 85.

¹⁴¹ A. Firenze 3 aprile 2007, *RIDL*, II, 2008, 106 con nota di P. ALBI, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*.

¹⁴² G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, *RGL*, I, 2012, 64.

Il grado di penetrazione raggiunto, mediante la continua dialettica tra Corti europee e giudici nazionali, già prima che il Trattato di Lisbona riconoscesse alla Carta valore giuridico vincolante, ne dimostra la forza espansiva anche in un settore, come quello sociale, all'interno del quale è particolarmente avvertita l'esigenza di livelli di integrazione più profondi¹⁴³.

Nei sei titoli che la compongono, la Carta racchiude in un unico testo una serie di diritti già presenti nei trattati comunitari e nei testi convenzionali ed estende il suo sguardo anche alle nuove generazioni di diritti, senza limitarsi ad un'opera di risistemazione di fonti preesistenti, bensì consentendo il superamento della storica contrapposizione tra libertà civili e politiche da un lato e quelle economiche e sociali dall'altro¹⁴⁴.

La loro valorizzazione, però, non può esaurirsi nella menzione all'interno di dichiarazioni solenni, richiedendo l'impegno di istituzioni comunitarie legittimate su base democratica e titolari di competenze adeguate, a cui spetta il compito di elaborare strumenti di regolamentazione normativa e di definire politiche sociali capaci di realizzare gli obiettivi costituzionali¹⁴⁵. L'implementazione dei diritti

¹⁴³ G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali*, cit., 330; G. BRONZINI, V. PICCONE, *La Corte del Lussemburgo*, cit., 985.

¹⁴⁴ R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea*, cit. 1873.

¹⁴⁵ T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, LD, 2000, 429 ss.

sociali, inoltre, presuppone la partecipazione delle parti sociali¹⁴⁶, tenute a contemperare i diversi interessi presenti negli ordinamenti nazionali, introducendo le diversificazioni e gli adattamenti necessari ad assicurare la convergenza delle politiche del lavoro verso obiettivi comuni.

2.5 La Carta di Nizza e la sua applicazione nell'ordinamento comunitario

L'art. 6 TUE, dopo aver precisato che l'Unione riconosce e garantisce i diritti fondamentali sanciti nella Carta di Nizza, specifica che le sue disposizioni non modificano il riparto delle competenze previste nei trattati. A sua volta l'art. 51, par. 2, della Carta chiarisce che le sue disposizioni non estendono le competenze dell'Unione, mentre l'art. 52, par. 2, circoscrive l'interpretazione e l'esercizio delle libertà fondamentali entro i limiti definiti dai trattati.

Tuttavia, i limiti all'applicazione della Carta sono destinati ad affievolirsi alla luce delle interpretazioni della Corte di Giustizia, che hanno evidenziato come anche nelle materie estranee alla competenza dell'Unione, sempre che sussista un collegamento con il diritto

¹⁴⁶ T. TREU, *Diritti sociali europei*, cit., 451. In senso contrario si veda S. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro*, *DLRI*, 1994, 653. L'Autore critica l'intervento degli attori collettivi nazionali nella definizione delle politiche sociali comunitarie.

comunitario, deve essere sempre assicurato il rispetto dei principi generali, compresi i diritti fondamentali¹⁴⁷.

L'art. 6, par. 3, TUE, infatti, a seguito delle modifiche apportate a Lisbona, prevede espressamente che i diritti fondamentali risultanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri sono parte integrante dell'ordinamento comunitario, quali principi generali del diritto dell'Unione.

Così nel caso *Mangold* la Corte di Giustizia ha affermato che il diritto alla parità di trattamento (art. 21 della Carta) trova fondamento nelle convenzioni internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e pertanto rappresenta un principio generale del diritto comunitario, del quale deve essere assicurata la corretta applicazione all'interno degli Stati¹⁴⁸.

Dalla ricostruzione della parità di trattamento in termini di principio generale discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme interne difformi a prescindere dal fatto che sia scaduto il termine di trasposizione della direttiva n. 2000/78/CE la quale, dando attuazione all'art. 21 della Carta, ha affrancato la parità di trattamento

¹⁴⁷ G. STROZZI, *Il sistema integrato*, cit., 837 ss.

¹⁴⁸ C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *NGL*, 2005, 823; *RIDL*, II, 2006, 250, con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*; *OGI*, II, 2005, 98; *D&L*, 2006, 387; *RGL*, 2006, 205; *LG*, 2006, 459; *DL*, II, 2006, 3, con note di A. VALLEBONA e A. RICCOBONO.

dalla sua matrice di genere¹⁴⁹ per vietare qualsiasi forma di discriminazione.

L'indirizzo giurisprudenziale in esame è stato poi ripreso nella sentenza *Kucukdeveci* nella quale la Corte di Giustizia, ponendosi in contrasto con alcuni suoi precedenti¹⁵⁰, è arrivata a sostenere che il diritto alla parità di trattamento, integrando un principio generale del diritto dell'Unione, produce effetti anche nei rapporti privati¹⁵¹. La Corte ha però negato che l'efficacia diretta verticale ed orizzontale discenda dalla direttiva n. 2000/78/CE, la quale si limiterebbe a dare a quel principio "espressione concreta" in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e si qualificherebbe piuttosto come "parametro di conformità" per la legislazione nazionale¹⁵².

¹⁴⁹ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 178.

¹⁵⁰ C. Giust. 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Portsch*, OGL, 2008, III, 123. In tale pronuncia la Corte di Giustizia ha affermato che, affinché possa invocarsi il principio di non discriminazione, è necessario che scada il termine di trasposizione della direttiva n. 2000/78/CE, in quanto tale scadenza produce l'effetto di far rientrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale controversa.

¹⁵¹ C. Giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kucukdeveci*, D&L, 2009, 932; *Riv. dir. internaz.*, 2010, 547; *FI*, IV, 2011, 150. Per un primo commento della sentenza v. L. CALAFA', *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, RIDL, II, 2010, 993; G. DI FEDERICO, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, *ivi*, 2010, 1002; V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 85/2001, 2 e ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp; M. P. MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, DRI, 2010, 876; L. RONCHETTI, *Del caso Kükükdeveci ovvero dell'efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?*, *GCost*, 2010, 2737.

¹⁵² V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione*, cit., 2 e ss. L'Autore, al contrario, ritiene che non possa attribuirsi alla direttiva una mera funzione confermativa, di precisazione dei contenuti del principio di non discriminazione per motivi di età, perché la direttiva si inserisce nel percorso motivazionale seguito dalla Corte di giustizia sotto diversi profili. Nello stesso senso si veda G. DI FEDERICO, *La sentenza Kucukdeveci*, cit., 1005, che contesta l'*iter* logico seguito dalla Corte, perché in questo modo si verrebbe a riconoscere l'esistenza di un principio generale del diritto comunitario a fronte di tutti i divieti di discriminazione, previsti dall'art. 1 della direttiva.

Ugualmente la Corte di Giustizia ha fatto appello ai principi generali del diritto comunitario nel caso *Kreil*, ma ha preferito richiamare il principio di proporzionalità, che deve guidare la definizione di qualsiasi deroga alla parità di trattamento¹⁵³.

La Corte di Giustizia, in questo modo, è giunta ad estendere l'ambito di applicazione del diritto comunitario, e segnatamente della Carta di Nizza, anche in materie di per sé estranee al diritto dell'Unione, individuando un collegamento con il diritto comunitario nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario.

Tuttavia, quando la Corte è investita da un rinvio pregiudiziale la presunzione di pertinenza delle questioni sollevate è ritenuta sufficiente a radicare la competenza dell'Unione, spettando esclusivamente al giudice nazionale, investito della controversia principale, di valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sia la rilevanza delle questioni da sottoporre al giudice comunitario¹⁵⁴.

In altri casi, invece, la Corte di Giustizia si è avvalsa del concetto di cittadinanza europea per attrarre una fattispecie interna nell'ambito di

¹⁵³ C. Giust. 11 gennaio 2000, causa C- 285/98, *Kreil*, cit., 1611. In questa sentenza la Corte di giustizia, dopo aver affermato che le decisioni riguardanti l'organizzazione e la capacità bellica delle Forze armate non rientrano nell'ambito di applicazione del Trattato, ha precisato che qualsiasi deroga ad un diritto fondamentale, come quello alla parità di trattamento fra uomini e donne, deve rispettare il principio di proporzionalità, il quale fa parte dei principi giuridici generali sui quali è basato l'ordinamento giuridico comunitario.

¹⁵⁴ C. Giust. 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *J. McB.*, *Riv. dir. internaz.*, 2011, 237; C. Giust. 30 novembre 2006, cause riunite C-376/05 e C-377/05, *Brünsteiner e Autohaus Hilgert*, *Racc*, I, 11383; C. Giust. 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, *Racc*, I, 2099; C. Giust. 1° ottobre 2009, causa C-103/08, *Gottwald*, *Racc*, I, 9117.

applicazione del diritto dell'Unione, identificando un collegamento con l'ordinamento comunitario nell'esercizio di un diritto riconosciuto dai trattati¹⁵⁵.

Nella sentenza *Tas-Hagen*, infatti, la Corte di Giustizia ha giustificato il proprio intervento in materie non rientranti nella competenza dell'Unione richiamando le disposizioni del Trattato che riconoscono ai cittadini comunitari il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri¹⁵⁶.

L'orientamento in esame ha trovato un successivo sviluppo in più recenti pronunce che hanno attratto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la fattispecie di rilevanza interna in ragione della sola violazione di un diritto fondamentale, individuando nella cittadinanza europea lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati

¹⁵⁵ G. STROZZI, *Il sistema integrato*, cit., 837 ss.

¹⁵⁶ C. Giust. 26 ottobre 2006, causa C- 192/05, *Tas-Hagen*, *FA*, 2006, 10, 2707. La Corte chiamata a pronunciarsi su una questione relativa al risarcimento del danno fisico e psichico subito dalle vittime di guerre civili, ha affermato che la controversia, pur non essendo ricompresa tra le materie di competenza dell'Unione, non possa considerarsi puramente interna, rientrando nell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato che riconoscono ai cittadini comunitari il diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri. Si vedano in tal senso C. Giust. 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter*, *Riv. dir. internaz.*, 2002, 772; *FD*, 2002, 573, con nota di R. NUNIN; C. Giust. 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*, *GI*, 2003, 861, con nota di S. MARZUCCHI; C. Giust. 19 ottobre 2004, causa C-200/04, *Zhu e Chen*, *D&G*, 2004, 43, 100, con nota di M. DE GIORGI; C. Giust. 15 marzo 2005, causa C-209/05, *Bidar*, *D&G*, 2005, 22, 115; C. Giust. 30 marzo 2006, causa C-451/2003, *Servizi ausiliari dottori commercialisti*, *OGI*, III, 2006, 44; *GDir*, 2006, 109; *FI*, IV, 2007, 550; C. Giust. 23 ottobre 2007, causa C- 11/06 e C- 12/06, *Morgan e Bucher*, *De Jure*; C. Giust. 14 ottobre 2008, causa C- 353/06, *Grunkin e Paul*, *Riv. dir. internaz.*, 2009, 233; C. Giust. 22 maggio 2008, causa C- 499/06, *Nerkowska*, *GDir*, 2008, 116; C. Giust. 20 gennaio 2011, causa C- 155/09, *Comm. Ce c. Rep. Ellenica*, *FACdS*, 2011, 15; C. Giust. 5 maggio 2011, causa C- 434/09, *McCarthy*, *GDir*, 2011, 72; *GC*, 2011, 2529; *DCSI*, 2011, 301.

membri, a prescindere dall'esercizio delle libertà riconosciute nei trattati¹⁵⁷.

In particolare, nel caso *Zambrano* la Corte di Giustizia ha affermato che la cittadinanza europea implica il diritto di soggiorno degli ascendenti nello Stato membro in cui risiedono figli in tenera età a carico giacché costoro, in caso di diniego del permesso di soggiorno dei genitori, si troverebbero costretti a lasciare lo Stato membro di residenza e sarebbero così privati del godimento reale ed effettivo dei diritti loro attribuiti dallo *status* di cittadini dell'Unione¹⁵⁸.

Nella sentenza *Dereci*, invece, la Corte di Giustizia ha stabilito che nel caso in cui i cittadini comunitari non rischiano di dover abbandonare il territorio dell'Unione, in quanto non privi di mezzi di sussistenza, non potrebbero ravvisarsi ostacoli all'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri¹⁵⁹. Pertanto la Corte ha negato il diritto di soggiorno del familiare del cittadino comunitario che non abbia mai fatto uso del suo diritto alla libera

¹⁵⁷ C. Giust. 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottman*, GC, I, 2010, 1279; *GDir*, 2010, 97; C. Giust. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 188. In senso contrario si veda C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C- 291/05, *Eind*, *RIDL*, II, 2008, 727, con nota di M. GARATTONI, nella quale la Corte ha affermato che in caso di ritorno di un lavoratore comunitario nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, il diritto comunitario non impone alle autorità statali di riconoscere al cittadino di uno Stato terzo, familiare di detto lavoratore, un diritto di ingresso e di soggiorno per il solo fatto che, nello Stato membro ospitante in cui ha esercitato un'attività subordinata possedeva un permesso di soggiorno in corso di validità.

¹⁵⁸ C. Giust. 8 marzo 2011, causa C- 34/09, *Zambrano*, GC, 2011, 2527; *Riv. dir. internaz.*, 2011, 560. Per un commento della sentenza si veda S. SPINACI, *Le sentenze Zambrano e McCarthy i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, GC, 2011, 2542.

¹⁵⁹ C. Giust. 15 novembre 2011, causa C- 256/11, *Dereci*, *DCSI*, 2012, 460.

circolazione, ritenendo che tale diniego non comporti la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti a lui attribuiti.

La Corte ha poi escluso che al conferimento del diritto di soggiorno si possa pervenire attraverso il riconoscimento del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 della Carta), sottolineando l'estraneità della controversia alle competenze dell'Unione.

La soluzione accolta viene però a porsi in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁶⁰ che individua nello *status* di cittadino europeo un criterio di collegamento diretto con il diritto dell'Unione.

Diversamente, i diritti fondamentali di quanti non sono cittadini europei risultano garantiti solo nelle materie che non sono estranee all'ordinamento comunitario¹⁶¹ mentre, in mancanza di qualsiasi collegamento con il diritto dell'Unione, la loro tutela resta rimessa all'applicazione delle norme della CEDU.

¹⁶⁰ *Ex multis* C. Giust. 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottman*, cit., 1279; C. Giust. 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, cit., 188; C. Giust. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, cit., 2527.

¹⁶¹ In senso contrario si veda C. Giust. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, RCP, 2011, 1485, con nota di M. WINKLER; *Riv. dir. internaz.*, 2011, 3, 946; *FI*, IV, 2011, 287; *RIDL*, II, 2011, 938, con nota di U. GUERINI, *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del "socialismo giuridico penale"?*; *GCost*, 2012, 1485, con nota di A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*; *CP*, 2011, 2786, con nota di C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*. In questa pronuncia la Corte di Giustizia ha affermato che il rimpatrio dei cittadini dei Paesi terzi, il cui soggiorno è irregolare, deve svolgersi attraverso l'adozione delle misure meno coercitive possibili ed ha richiamato il rispetto dei diritti fondamentali, riferendosi implicitamente alla Carta di Nizza, per giustificare il suo intervento in una materia, come quella penale, estranea alle competenze dell'Unione.

Capitolo III

Corte di Giustizia e tutele antidiscriminatorie nel lavoro

3.1 Il principio della parità di trattamento nell'ordinamento comunitario: l'evoluzione normativa

Il principio della parità di trattamento costituisce una delle principali estrinsecazioni del principio di uguaglianza, che ha avuto un'importanza fondamentale nella costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario, in particolare nell'evoluzione del diritto sociale europeo. Il divieto di discriminazione si ricollega alla tutela dei valori fondamentali della persona¹⁶², rinvenendo un'applicazione peculiare nel rapporto di lavoro, all'interno del quale si configura quale vero e proprio limite ai poteri del datore di lavoro. In questo settore si rende necessario garantire che la tutela del lavoratore non sia condizionata dal possesso di “elementi distintivi della sua identità¹⁶³”, quali il genere, la razza, la lingua, la religione, le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e le tendenze sessuali¹⁶⁴.

¹⁶² F. SANTONI, *Tutele antidiscriminatorie e rapporti di lavoro: le discriminazioni razziali*, DML, 2006, 12; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, DUE, 1999, 1; O. BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, RGL, 2008, I, 565. Mi sia consentito il rinvio a V. ALLOCCA, *Il rapporto di lavoro nell'UE: le tutele contro le discriminazioni*, in R. FEOLA (a cura di), *Unione e regole nazionali problemi e prospettive*, Napoli, 2011, 7.

¹⁶³ L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 200, sostiene che il diritto del lavoro europeo si fonda sui concetti di dignità umana, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia, che operano unitariamente al fine di tutelare la persona umana nel suo complesso e nei confronti di tutti i fattori di esclusione sociale.

¹⁶⁴ M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, LD, 2004, 515.

Non stupisce, pertanto, che la parità di trattamento tra uomo e donna in materia di lavoro rappresenti l'unico principio sociale¹⁶⁵ contenuto nel Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea, delineato dall'art. 119 TCE, oggi art. 157 TFU, di cui è stata fin dall'inizio riconosciuta l'efficacia diretta non solo nei confronti degli Stati, ma anche dei datori di lavoro pubblici e privati, grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia¹⁶⁶, che ha saputo sfruttarne la sua trasversalità, consentendo il passaggio da una prospettiva di parità formale ad una sostanziale.

La disposizione, ispirata alla Convenzione Oil n. 100 del 1951, nella sua versione originaria si limitava a disporre la parità retributiva¹⁶⁷ tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, ma è stata proprio la sua elaborazione giurisprudenziale ad attribuirgli un significato più ampio, spostando l'attenzione sulle sue implicazioni di politica sociale e ravvisandone l'espressione di un diritto fondamentale della persona. Sicuramente l'inserimento di tale disposizione nel testo del Trattato costituisce un'evoluzione rispetto

¹⁶⁵ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 106, gli autori osservano che se il principio di libera circolazione dei lavoratori nasce "funzionalizzato alle esigenze del mercato unico", quello di parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici è l'unico principio sociale contenuto in una disposizione del Trattato.

¹⁶⁶ C. Giust. 8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne*, *Racc.*, 1976, 445.

¹⁶⁷ Sul principio di parità retributiva si veda E. ELLIS, *The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality*, *CMLR*, 2000, 1403 ss.

alla sua impostazione originaria, che affronta le questioni sociali in funzione di quelle economiche¹⁶⁸.

Non si può peraltro sottovalutare che anche la parità di trattamento risulta economicamente finalizzata, perché la costruzione di un mercato unico sarebbe stata compromessa da forme di sottoretribuzione del lavoro femminile¹⁶⁹.

In quest'ottica, il divieto di discriminazione si presenta come un principio funzionale alla realizzazione di un mercato comune, che però si trasforma grazie all'attività interpretativa della Corte di giustizia, che se ne avvale per la costruzione di diritti sociali fondamentali¹⁷⁰.

Con il Trattato di Amsterdam l'art. 119 TCE confluisce nell'art. 141 TCE che, recependo le soluzioni a cui era pervenuta in sede interpretativa la Corte di giustizia, delinea un più generale principio di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego, di cui la parità retributiva rappresenta una semplice specificazione.

Per la prima volta viene delineato a livello normativo il concetto di azioni positive, definite successivamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza nel 2000, quali

¹⁶⁸ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2012, 272.

¹⁶⁹ G. F. MANCINI, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, DLRI, 1985, 477.

¹⁷⁰ E. GHERA, *Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti*, I, DL 1998, 121 ss.

strumenti di realizzazione della parità di trattamento. Il novellato art. 119 TCE, infatti, autorizza il Consiglio ad adottare tutti i provvedimenti che si rendono necessari e consente agli Stati membri il mantenimento di misure che prevedono vantaggi specifici, capaci di facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato.

Proprio l'assenza all'interno del Trattato di Roma di una valida base giuridica di legittimazione e le resistenze incontrate nella giurisprudenza degli Stati membri hanno avuto come inevitabile conseguenza che le autorità comunitarie, per molto tempo, si limitassero a concentrare la loro attenzione sulla sola attuazione della parità retributiva.

Soltanto negli anni '70 è stata adottata la direttiva del 10 febbraio 1975, n. 75/117, attinente alla parità retributiva; la direttiva del 9 febbraio 1976, n. 76/207, relativa alla parità nell'accesso all'impiego, alla formazione professionale e nelle condizioni di lavoro; la direttiva del 19 dicembre 1978, n. 79/7, afferente alla parità di trattamento nei regimi di previdenza ed assistenza sociale.

Negli anni successivi, invece, viene adottata soltanto la direttiva del 24 luglio 1986, n. 86/378, sulla parità di trattamento nei regimi professionali di sicurezza sociale e la direttiva dell'11 dicembre 1986, n. 86/613, sulla parità di trattamento dei lavoratori autonomi. Durante

questa fase è stata la Corte di giustizia ad aver svolto la sua attività di “pioniera”¹⁷¹ della parità, con una elaborazione che può ritenersi tra le più rilevanti in ambito lavoristico.

L’impegno profuso dalla giurisprudenza comunitaria e le direttive del ’70 si sono rilevate ben presto incapaci di esplicitare un’efficacia correttiva dei fattori di discriminazione esistenti nei diversi contesti normativi ed istituzionali degli Stati membri. Nel tentativo di estrapolare dalla parità dei sessi un più generale principio di uguaglianza dalla valenza precettiva generale, recuperando al tempo stesso la prospettiva della parità sostanziale, il legislatore comunitario si riattiva alla fine del millennio con una serie di direttive: la direttiva del 3 giugno 1996, n. 96/34, sui congedi parentali¹⁷²; la direttiva del 15 dicembre 1997, n. 97/80, sull’onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso.

Infine, con la direttiva del 29 giugno 2000, n. 2000/43, sulle discriminazioni per motivi di razza ed origine etnica e con la direttiva del 27 novembre 2000, n. 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la lotta alle discriminazioni basate sulla religione, le convinzioni personali, gli *handicap*, l’età e le tendenze sessuali, il principio di

¹⁷¹ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 110.

¹⁷² La direttiva n. 96/34, del 3 giugno 1996, recepisce l’accordo quadro stipulato il 14 dicembre 1995 da UNICE, CEEP, e CES, relativo ai congedi parentali ed alle assenze dal lavoro per cause di forza maggiore, rappresentando il primo esempio di contratto collettivo recepito in direttiva, ai sensi dell’art. 138 TCE, oggi 154 TFU, in attuazione del Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht, che valorizza la contrattazione collettiva come fonte in grado di concorrere con le altre già previste dal Trattato originario.

parità riesce finalmente ad affrancarsi dalla sua matrice di genere, ampliando il suo raggio d'azione sotto il profilo soggettivo.

La finalità che il legislatore comunitario intende perseguire è quella di creare un *corpus* normativo, capace di contrastare le discriminazioni e di assicurare la parità di trattamento. Le due direttive del 2000¹⁷³, conseguenti alle elaborazioni della giurisprudenza comunitaria, rappresentano un momento di svolta, che inaugura un più avanzato equilibrio sociale, destinato ad influenzare la successiva evoluzione della disciplina sulla parità, che conduce sotto il profilo delle discriminazioni di genere all'adozione della direttiva n. 2002/73, che modifica la direttiva n. 76/207, successivamente abrogata dalla direttiva n. 2006/54, che le accorpa in un unico testo allo scopo di codificare l'intera disciplina sulla parità tra uomini e donne nel rapporto di lavoro.

L'espansione dell'area della tutela antidiscriminatoria a nuovi fattori di rischio, invece, viene resa possibile solo con le direttive n. 2000/43 e 2000/78, che trovano il loro fondamento nella disposizione programmatica dell'art. 13 TCE, inserito dal Trattato di Amsterdam, che per la prima volta attribuisce espressamente al Consiglio il potere di adottare tutti i provvedimenti necessari per combattere le discriminazioni basate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la

¹⁷³ F. AMATO, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, RIDL, I, 2005, 271.

religione, le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e le tendenze sessuali.

La rapida attuazione di tale disposizione, attraverso l'adozione delle due direttive del 2000, si deve alla congiunta sollecitazione in tal senso espressa dai Capi di governo e dal Parlamento europeo in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999. In questa sede, è stata convenuta la nomina di un organo preposto all'elaborazione di un progetto di Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui lavori tenutisi alternativamente negli edifici del Consiglio e del Parlamento europeo, si sono conclusi nel 2000 a Nizza.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁷⁴, che a seguito della stipula del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, acquista anche formalmente valore giuridico vincolante, pari a quello dei Trattati, all'art. 21 vieta “qualsiasi forma di discriminazione che sia fondata sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”.

¹⁷⁴ M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali*, cit., 332.

Queste iniziative, pur dovendosi considerare tra gli interventi comunitari più pregnanti in materia di politica sociale, sono in realtà rese necessarie dagli stessi mutamenti sociali ed economici, indotti dal processo di globalizzazione, si pensi ai forti flussi migratori, alla presenza di gruppi multiculturali¹⁷⁵ e all'ampliamento dell'Unione europea¹⁷⁶.

Si giunge così alla consapevolezza che vi sono dei diritti fondamentali della persona, che operano in una dimensione sociale unitaria e che occorre tutelare nei confronti di tutti i fattori di rischio. In questo contesto, la direttiva n. 2000/43 contrasta le discriminazioni legate alla razza o all'origine etnica, mentre la direttiva n. 2000/78 quelle connesse alla religione, alle convinzioni personali, agli *handicap*, all'età e alle tendenze sessuali.

Si tratta di un'elencazione che include ampi caratteri dell'identità personale che possono giustificare trattamenti differenziati, da cui deriva una mancanza di confini netti dei motivi di giustificazione delle discriminazioni vietate, ma che in compenso ha carattere tassativo¹⁷⁷, non consentendo alcuna estensione analogica.

¹⁷⁵ L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 207, sottolinea che in tale contesto, le disparità di trattamento assumono coloriture diverse, in modo da dar luogo a discriminazioni "multiple" o "incrociate".

¹⁷⁶ A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale*, MGL, 2004, 39, ritiene che le direttive n. 2000/43 e 2000/78 vanno ricollegate con i progressi compiuti dalla legislazione comunitaria per lo sviluppo di competenze comuni in tema di immigrazione extracomunitaria e di armonizzazione delle differenze.

¹⁷⁷ C. Giust. 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Racc.*, 2006, 6467.

Dall'esame di queste direttive si percepisce il carattere parziale della parità, che opera al negativo, come fattore eliminatore di un motivo di discriminazione, a differenza del principio di uguaglianza che opera in senso diffusivo, richiedendo azioni positive, capaci di trasformare le condizioni esterne generatrici di disuguaglianze, al di là di qualsiasi parametro di raffronto¹⁷⁸.

Le direttive sono state recepite nel nostro ordinamento con i decreti legislativi del 9 luglio 2003, n. 215 e 216, che hanno recepito le disposizioni comunitarie, ma non hanno provveduto al coordinamento con la legislazione nazionale, pertanto, a seguito della procedura d'infrazione aperta dalla Commissione nei confronti dell'Italia, sono stati emendati dalla legge del 6 giugno 2008, n. 101.

3.2 La direttiva n. 2000/78 e l'espansione della tutela antidiscriminatoria

La direttiva n. 2000/78, del 27 novembre 2000, ha stabilito un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, vietando tutte le discriminazioni basate sulla religione, le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età e le tendenze sessuali.

¹⁷⁸ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 112; P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, RIDL, I, 2002, 75, evidenzia la parzialità della regola paritaria, che opera solo in presenza del motivo di discriminazione di volta in volta preso in considerazione.

Il divieto, riprendendo uno schema ormai ben consolidato nella normativa antidiscriminatoria, opera sia con riferimento alle discriminazioni dirette che a quelle indirette. Le prime ricorrono quando per uno dei motivi tipizzati una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe stata trattata un'altra persona in una situazione pressoché analoga.

La verifica della sussistenza di una discriminazione diretta richiede un giudizio comparativo tra situazioni attuali, passate o ipotetiche, che sanzioni sia l'autore di una discriminazione vietata che il suo mandante¹⁷⁹.

L'art. 4, par. 1, prevede che gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento, basata su una caratteristica connessa ad uno di tali motivi, non costituisca discriminazione laddove, “per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante” per il suo svolgimento, sempre che la finalità sia legittima e il requisito sia proporzionato.

Non si tratterebbe di un'eccezione all'operatività di un divieto, quanto piuttosto di una fattispecie esterna alla discriminazione, perché la valutazione di una caratteristica personale viene in tal caso ad incidere

¹⁷⁹ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie*, cit., 80, evidenzia che l'assimilazione tra discriminazione ed ordine di eseguirla comporta non solo la responsabilità concorrente tra il datore di lavoro ed il dipendente che esegua l'ordine volto a discriminare, ma anche il meccanismo di inversione dell'onere della prova previsto dalla direttiva n. 2000/78.

sulla stessa possibilità di svolgere la prestazione lavorativa dedotta in contratto. La disposizione è indirizzata a quei datori di lavoro, tra cui rientrano certamente le imprese e le organizzazioni di tendenza, in relazione ai quali si è posta la necessità di limitare l'ambito di applicazione del divieto, stante l'esigenza di avvalersi di personale selezionato in base a caratteristiche personali, che consentano il concreto svolgimento della prestazione lavorativa.

Nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private, la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, il par. 2, dell'art. 4, acconsente ad una differenza di trattamento che sia strettamente legata a tali motivi di discriminazione, purché “per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione”. Il par. 3, dell'art. 4, inoltre, precisa il diritto di tali organismi, che operano in conformità alle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dai propri dipendenti un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione.

Per quanto concerne le discriminazioni indirette, il divieto opera in presenza di una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente

“neutri”, ma che possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione, portatrici di handicap, di una determinata età o tendenza sessuale¹⁸⁰. Tale disposizione, criterio o prassi sono però eccezionalmente ammessi dall’ art. 2, par. 1, qualora “siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari”.

La definizione di discriminazione indiretta si suddivide così in due parti: nella prima si individuano i referenti positivi del trattamento discriminatorio, nella seconda quelli negativi, che lo escludono, essendo in via di eccezione ammessa la produttività di effetti svantaggiosi¹⁸¹. Sotto questo profilo, la legittimità dell’obiettivo perseguito andrà valutata attraverso una comparazione, da cui emerga la prevalenza della finalità¹⁸² produttiva di una disparità rispetto alla tutela antidiscriminatoria¹⁸³. La causa idonea a giustificare un

¹⁸⁰ R. BLANPAIN, M. COLUCCI, *Il diritto del lavoro comunitario ed il suo impatto sull’ordinamento giuridico italiano*, Padova, 2000, 179 ss.; M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 103 ss.; D. IZZI, *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith, LD*, 2000, 305 ss.; G. LUDOVICO, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all’esame della Corte di giustizia*, RIDL, II, 2000, 16 ss.

¹⁸¹ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 170, gli autori osservano che i referenti positivi consistono nell’esistenza di una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri, che possono mettere in una posizione di particolare svantaggio una persona per uno dei motivi tipizzati. Invece, i referenti negativi ricorrono quando tale disposizione, criterio o prassi siano giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.

¹⁸² M. V. BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di giustizia*, RIDL, II, 1990, 786.

¹⁸³ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie*, cit., 90, esclude che il richiamo alla legittimità della finalità perseguita vada riferito alla stretta legalità, stante l’inutilità di un tale criterio di salvaguardia. In tal senso, si veda pure G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell’Unione europea*, Milano, 2001, 15.

trattamento differenziato dovrà poi presentarsi oggettiva, così come proporzionato e necessario deve essere il mezzo utilizzato.

La direttiva n. 2000/78 prevede delle cause di esclusione delle discriminazioni indirette, di cui una nei confronti delle persone portatrici di un particolare handicap (art. 2, par. 2), sempre che il datore di lavoro sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, che compensino gli effetti svantaggiosi delle differenziazioni. Con una clausola di salvaguardia, a tal punto ampia da presentarsi come una sorta di licenza a discriminare¹⁸⁴, sono fatte salve tutte le misure legali necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati, alla tutela della salute, dei diritti e delle libertà altrui (art. 2, par. 5).

La direttiva non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali di sicurezza e di protezione sociale, al fine di assicurare il mantenimento delle condizioni nazionali, previste per l'accesso ai trattamenti previdenziali ed assistenziali obbligatori (art. 3.par. 3).

A ciò aggiungasi la possibilità dei regimi professionali di sicurezza sociale di fissare limiti anagrafici per poter accedere alle prestazioni pensionistiche o di invalidità, compresa la fissazione di età diversificate per “lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori”, purché

¹⁸⁴P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie*, cit., 95.

ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso, onde evitare che possano innescarsi effetti discriminatori a discapito delle donne.

3.3 Il divieto di discriminazioni fondate sull'età nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La direttiva n. 2000/78 disciplina una causa specifica di esclusione delle discriminazioni legate al fattore dell'età, a cui viene dedicata un'apposita trattazione. L'art. 6, par. 1, infatti, dispone che gli ordinamenti nazionali "possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari"¹⁸⁵. A titolo esemplificativo, la seconda parte della disposizione tipizza alcune finalità che possono giustificare trattamenti differenziati connessi all'età, rispondenti ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità. Tra le disparità di trattamento ammesse, sono ricomprese quelle riguardanti:

¹⁸⁵ M. MILITELLO, *Le nuove discriminazioni*, in *Manuale di diritto sociale europeo*, a cura di S. SCIARRA, Torino, 2010, 129; P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, *RGL*, 2008, I, 502.

- a) “la definizione di condizioni speciali di accesso all’occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l’inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l’accesso all’occupazione o a taluni vantaggi connessi all’occupazione;
- c) la fissazione di un’età massima per l’assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento”.

L’ampiezza della formulazione lascia al legislatore nazionale ampi margini di discrezionalità nell’introdurre differenziazioni basate sull’età, in effetti, i citati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale sembrano essere a tal punto ampi da ricomprendere tutte le ipotesi di trattamenti differenziati¹⁸⁶. La facoltà di intervento degli Stati membri, tuttavia, è in parte compensata dal potere di valutazione della Corte di giustizia, che

¹⁸⁶ L.GALANTINO, *Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all’età*, DRI, 2005, 954.

rende le normative nazionali continuamente esposte agli interventi del giudice comunitario¹⁸⁷.

In particolare, una delle prime pronunce in tema di discriminazioni legate all'età¹⁸⁸ riguarda il Regno Unito, che ha trasposto la direttiva n. 2000/78 mediante l'adozione di un regolamento relativo all'uguaglianza nel settore del lavoro che, sebbene ribadisce il principio generale della parità di trattamento dei lavoratori, fa salve quelle discriminazioni oggettivamente giustificate da una finalità legittima, sempre che i mezzi impiegati siano appropriati e necessari. A titolo di deroga il regolamento dispone che il licenziamento di una persona che ha raggiunto i 65 anni di età, qualora la causa dello stesso sia il pensionamento, non possa essere dichiarato illegittimo.

Un ente assistenziale per la promozione del benessere degli anziani (*Age Concern England*) ha contestato la legittimità di tale legge, in quanto il licenziamento di un lavoratore che ha raggiunto o superato i 65 anni di età, a causa di collocamento a riposo, violerebbe non solo la normativa comunitaria, ma lo stesso principio di proporzionalità.

¹⁸⁷ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie*, cit., 104.

¹⁸⁸ L. CALAFA', *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, RIDL, II, 2010, 993; G. DI FEDERICO, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, cit., 1002 ss.; V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo temperamento con le politiche sociali nazionali*, cit., 2 ss.

In tale contesto, la Corte di giustizia¹⁸⁹, intervenuta sulla base di un rinvio pregiudiziale, sollevato dalla High Court of Justice, ha affermato che, l'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78 deve essere interpretato nel senso che non osta ad un provvedimento nazionale, come quello inglese, che non contiene un elenco puntuale delle finalità che giustificano un'eventuale deroga al divieto delle discriminazioni fondate sull'età. Ai sensi dell'art. 249 CE (oggi art. 288 TFU), una direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, ferma restando la discrezionalità di cui dispongono gli organi nazionali in merito alla scelta di forma e mezzi per il suo conseguimento¹⁹⁰.

L'art. 6, n. 1, della direttiva, tuttavia, ammette delle deroghe solo in relazione a provvedimenti nazionali giustificati da finalità legittime di politica sociale, come quelle connesse alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale. Spetta al giudice nazionale verificare se tale normativa risponda ad una simile finalità e se i mezzi, prescelti dall'autorità legislativa o regolamentare, siano appropriati e necessari alla sua realizzazione¹⁹¹.

¹⁸⁹ C. Giust. 5 marzo 2009, causa C-388/07, *DML*, 2009, 665, con nota di V. ALLOCCA, *Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*.

¹⁹⁰ C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, cit., 823. Si veda il commento di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, cit., 250 ss.

¹⁹¹ C. Giust. 23 novembre 2006, C-238/05, *FA*, 2006, 2933.

Risulta così avvalorata l'impostazione giurisprudenziale, inaugurata dalla Corte di Giustizia nel caso *Mangold*¹⁹², riguardante la compatibilità con il diritto comunitario di una normativa tedesca, che autorizzava indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore avesse raggiunto una certa età. La pronuncia si chiude con un' importante affermazione con cui il giudice comunitario, dopo aver ricordato come la direttiva tuteli la parità di trattamento ed osti a discipline nazionali contrastanti, osserva che tale principio trovi in realtà la sua fonte nelle stesse tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, pertanto, debba essere considerato un principio generale del diritto comunitario¹⁹³.

Nel caso *Petersen*¹⁹⁴, la Corte di giustizia è stata chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario di una norma tedesca, l'art. 95, n. 7, terza frase, del libro V del SGB (codice della previdenza sociale), che stabilisce che l'abilitazione all'esercizio dell'attività di dentista convenzionato venga meno con il compimento dei 68 anni di età.

Una disposizione siffatta introduce un'indubbia disparità di trattamento basata sull'età, poiché determina la conseguenza che i dentisti convenzionati siano trattati meno favorevolmente rispetto ad

¹⁹²C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, cit., 250.

¹⁹³C. Giust. 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *RIDL*, II, 2008, 286, con nota di L. IMBERTI, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*.

¹⁹⁴ C. Giust. 12 gennaio 2010, causa C-341/08, *DML*, 2010, 199, con nota di V. ALLOCCA, *Le discriminazioni fondate sull'età del lavoratore secondo la Corte di Giustizia*.

altre persone, esercenti la stessa professione, soltanto per il fatto di aver compiuto i 68 anni. La Corte di giustizia ha dovuto dunque verificare la possibilità di giustificare una simile disparità di trattamento alla luce delle finalità legittime di politica sociale, previste dall'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78¹⁹⁵.

Il giudice del rinvio ha individuato diversi obiettivi: la tutela della salute dei pazienti affiliati al regime pubblico obbligatorio di assicurazione in caso di malattia, la ripartizione delle possibilità di impiego tra le generazioni e l'equilibrio finanziario del sistema sanitario tedesco.

Rispetto al primo obiettivo, la Corte di Giustizia ha rilevato che una misura nazionale, come quella prevista dalla normativa tedesca, che fissa un limite di età per l'esercizio della professione di dentista convenzionato, debba ritenersi non compatibile con il dettato normativo comunitario, qualora abbia come unico obiettivo la tutela della salute dei pazienti a fronte del rischio di un minor rendimento delle prestazioni svolte dal professionista dopo il compimento dei 68 anni, visto che una limitazione analoga non opera nei confronti di coloro che svolgono la loro attività professionale al di fuori del regime di convenzione.

¹⁹⁵ C. Giust. 18 gennaio 2007, causa C-385/05, *RIDL*, II, 2007, 737, con nota di A. BELLAVISTA, *Il diritto comunitario vieta di escludere i giovani dal computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione delle norme in materia di informazione dei lavoratori*.

La coerenza della normativa interessata, invece, non può dirsi compromessa qualora intenda preservare l'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale, che rientra pur sempre nella sfera della sanità pubblica, in quanto contribuisce alla realizzazione di un elevato livello di tutela della salute.

La Corte di Giustizia, infine, ha rilevato che l'introduzione di un limite di età ben può essere giustificato dall'esigenza di ripartire le possibilità di impiego tra le generazioni nell'ambito della professione di dentista convenzionato, tuttavia, affinché si configuri come un mezzo necessario ed appropriato deve riscontrarsi una situazione in cui i dentisti convenzionati siano in numero eccessivo o che vi sia un rischio latente di sopravvivenza di tale situazione¹⁹⁶.

Anche nel caso *Rosenblatt*¹⁹⁷, la Corte ha ritenuto compatibile con l'ordinamento dell'Unione una clausola di cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei prestatori subordinati che hanno raggiunto l'età pensionabile di 65 anni prevista da un contratto collettivo tedesco applicabile *erga omnes* per il settore delle pulizie industriali, ai quali pure si estende il suo controllo giurisdizionale sulla base dei parametri forniti dall'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78.

¹⁹⁶ Quanto al giudizio di ragionevolezza e proporzionalità per valutare la legittimità di una misura di differenziazione del trattamento si veda C. Suprema di Spagna, 14 marzo 2006, causa n. 181/2004, *RIDL*, 2006, II, 781, con nota di M. A. FALGUERA BARÒ, *Il caso Nissan e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento spagnolo*.

¹⁹⁷ C. Giust. 12 ottobre 2010, causa C- 45/10, *Rosenblatt*, *RIDL*, 2011, 515, con nota di M. MOCELLA, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*. In dottrina O. BONARDI, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, *CSDLE.INT*, 83/2010, 37 ss.

Nello stesso giorno la Corte di Giustizia¹⁹⁸ si è pronunciata poi su una normativa danese, art. 2° della legge relativa agli impiegati civili, che riconosce un'indennità speciale di licenziamento ai lavoratori che abbiano prestato servizio presso la stessa impresa per almeno dodici anni.

Sono esclusi dal beneficio coloro che al momento della cessazione del rapporto di lavoro possono usufruire di una pensione di vecchiaia in forza di un regime pensionistico professionale, anche se la persona interessata ha intenzione di continuare a lavorare.

La norma in esame costituisce senza dubbio una disparità di trattamento direttamente basata sul criterio dell'età, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. A), della direttiva n. 2000/78, perché priverebbe del diritto all'indennità speciale di licenziamento taluni lavoratori per il solo fatto che essi possono beneficiare di una pensione di vecchiaia.

L'indennità in questione ha però l'obiettivo di agevolare il passaggio ad un nuovo impiego per i lavoratori in età avanzata, che dispongono di una rilevante anzianità di servizio presso il medesimo datore di lavoro, con l'unica esclusione di coloro che sono ammessi al beneficio di una pensione, che decidono generalmente di ritirarsi dal mercato del lavoro. Come è stato sottolineato dal governo danese, il limite posto

¹⁹⁸ C. Giust. 12 ottobre 2010, causa C-499/08, eur-lex.europa.eu.

dall'art. 2°, n. 3, della legge relativa agli impiegati garantisce che i datori di lavoro non versino a coloro che sono in possesso di una maggiore anzianità di servizio una duplice compensazione.

Tale disposizione deve dunque considerarsi adeguata alla realizzazione del legittimo obiettivo di politica sociale perseguito dal legislatore nazionale, che consiste nel garantire una maggiore protezione ai lavoratori il cui passaggio verso un nuovo impiego risulti problematico a causa della loro anzianità di servizio nell'impresa.

La Corte di giustizia, tuttavia, ritiene che una simile misura, nel punto in cui priva di tale indennità i lavoratori licenziati che intendono restare sul mercato del lavoro, per il solo fatto che essi potrebbero, in ragione della loro età, usufruire di una pensione di vecchiaia, eccede quanto sia necessario per la realizzazione degli obiettivi di politica sociale.

Negli ordinamenti giuridici contemporanei, in realtà¹⁹⁹, si verifica una violazione grave e sistematica della parità di trattamento dei lavoratori, che colpisce soprattutto i meno giovani, di cui è ben consapevole il legislatore comunitario²⁰⁰.

¹⁹⁹ R.BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, *DRI*, 2005, 942; L.GALANTINO, *Lo svolgimento del rapporto di lavoro*, cit., 955.

²⁰⁰ M.BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, *DLRI*, 2003, 399; S. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie*, cit., 49; R. NUNIN, *Recepiti le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, *LG*, 2003, 905; D. GOTTARDI, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, *GLav*, 2003, 39; F.AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, *LD*, 2003, 127.

La direttiva n. 2000/78/CE, infatti, sottolinea la necessità di *“aiutare in particolar modo i lavoratori anziani, onde accrescere la loro partecipazione nella vita professionale”* (punto 8 del preambolo).

Anche la decisione del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa agli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione (n. 2003/578/CE), prevede che: *“Gli Stati membri mireranno ad ottenere la piena occupazione realizzando un approccio politico esaustivo comprendente misure relative sia alla domanda sia all'offerta, così da aumentare i tassi di occupazione nella direzione degli obiettivi fissati a Lisbona e a Stoccolma. Le politiche contribuiranno a raggiungere, per la media dell'Unione Europea:un tasso d'occupazione per i lavoratori anziani tra i 55 e i 64 anni del 50% nel 2010”*.

Quando vengono stabilite le politiche sulla parità di opportunità nell'impiego, ciononostante, molti Paesi tendono a lasciare gli ultracinquantacinquenni fuori dal mercato del lavoro. È evidente che un approccio puramente giuridico, limitato alla proibizione della discriminazione in base all'età, non è sufficiente.

Occorrerebbe un'azione positiva, una riforma radicale dei provvedimenti legali sulla remunerazione, l'anzianità e i sistemi pensionistici, esigenza particolarmente avvertita nel nostro Paese, nel quale le istanze di riforma provengono ormai da più parti.

Ne consegue che, nonostante la parità di trattamento rappresenti uno dei principi fondamentali del diritto sociale europeo, nelle discriminazioni connesse all'età la Corte di giustizia sembra perseguire un approccio piuttosto minimalista, volto a sanzionare solo i casi più gravi²⁰¹, lasciando spesso inalterate le politiche sociali degli Stati membri, anche quando considerano le discriminazioni come una questione di mercato del lavoro, più che una violazione dei diritti fondamentali dell'individuo²⁰².

3.4 La sentenza Kucukdeveci e gli effetti diretti (orizzontali) delle direttive

La tematica dell'età del lavoratore è stata affrontata dalla giurisprudenza comunitaria sotto diversi profili, perché in alcuni casi le normative nazionali, prevedendo la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione sono giunte a discriminare proprio i più giovani. Per tali ragioni, la Corte di Giustizia²⁰³ ha dichiarato l'incompatibilità con il diritto comunitario di una normativa francese

²⁰¹ In dottrina, v. D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 62; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 74; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., 103; L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in F. CARINCI, A. PIZZO FERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, 401 ss.; C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, 2006, 383

ss.

²⁰² V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione*, cit., 22.

²⁰³ C. Giust. 18 gennaio 2007, causa C-385/05, cit., 737.

che, escludendo dal calcolo dell'organico aziendale una determinata categoria di lavoratori, quelli con età inferiore ai 26 anni, ostacolava la tutela garantita ai lavoratori dall'ordinamento comunitario, in particolare dalle direttive 98/59/CE e 2002/14/CE.

Nel caso *Kucukdeveci*²⁰⁴, invece, la Corte è stata chiamata a verificare nuovamente la compatibilità col diritto comunitario di una disposizione tedesca, l'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB, che prevedeva l'incomputabilità, ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, dei periodi di lavoro svolti dal lavoratore prima del venticinquesimo anni di età²⁰⁵. La normativa nazionale determinava una discriminazione diretta, in quanto introduceva una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità a seconda dell'età in cui sono state assunte.

Secondo la difesa del Governo tedesco però la disposizione rispecchiava la valutazione del legislatore secondo cui i giovani lavoratori reagiscono più rapidamente alla perdita del loro impiego e la determinazione di un termine di preavviso più breve ne avrebbe favorito l'assunzione. L'obiettivo di offrire al datore di lavoro una maggiore flessibilità nella gestione del personale, alleviando l'onere

²⁰⁴ C. Giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *NGL*, 137.

²⁰⁵ In senso sostanzialmente conforme v. C. Giust. 18 giugno 2009, C-88/08, *Hutter*, *Racc*, 2008, I-5325. In tale pronuncia la Corte ha giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che, al fine di promuovere l'inserimento dei giovani apprendisti sul mercato del lavoro, prevedeva la non computabilità dei periodi di lavoro svolti precedentemente al compimento del diciottesimo anno di età per la determinazione dello scatto nel quale vengono collocati i dipendenti a contratto del pubblico impiego di uno Stato membro.

economico legato al licenziamento di giovani lavoratori, dai quali si ci attenderebbe una maggiore mobilità, sarebbe di per sé idoneo a giustificare, ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva n. 2000/78/CE, una disparità di trattamento, perché persegue una finalità di politica del lavoro.

E' lo strumento prescelto dal legislatore nazionale che è apparso alla Corte non appropriato per il suo conseguimento, poiché si applicava a tutti i dipendenti assunti dall'impresa prima del venticinquesimo anno di età, indipendentemente dalla loro età al momento del licenziamento.

Ne consegue che l'allungamento del termine di preavviso del licenziamento è ritardato per qualsiasi lavoratore assunto dall'impresa prima dei venticinque anni, anche se al momento del licenziamento vanta una lunga anzianità di servizio in tale impresa.

Nella pronuncia in esame, la Corte ha chiarito che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare una norma interna contrastante con il principio di non discriminazione in base all'età e rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, senza sollevare preventivamente una domanda di pronuncia pregiudiziale.

Una delle questioni rimesse alla Corte di giustizia riguardava proprio l'individuazione del ruolo del giudice nazionale nei confronti di una norma interna, che conteneva una discriminazione legata all'età, all'interno di controversie intercorse tra privati in ordine alle quali una

direttiva non attuata o non trasposta in modo corretto non può dispiegare i suoi effetti, stante l'impossibilità di produrre efficacia diretta orizzontale.

Il giudice comunitario ha rilevato che l'obbligo per gli Stati membri di raggiungere il risultato imposto da una direttiva e di adottare tutti i provvedimenti atti a garantirne il corretto adempimento valgono per tutti gli organi statali, ivi compresi quelli giurisdizionali²⁰⁶. E' grazie all'interpretazione conforme del diritto interno che il giudice nazionale garantisce la piena efficacia del diritto dell'Unione, che nel caso in esame risulta compromessa da una disposizione dal contenuto inequivocabile.

L'art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB, per la sua chiarezza e precisione, non si prestava ad un'interpretazione conforme, lasciando al giudice nazionale, tenuto a ripristinare l'efficacia del principio di non discriminazione in base all'età, la sola possibilità di pervenire alla sua disapplicazione.

Le disposizioni di una direttiva, anche se chiare, precise ed incondizionate non possono trovare applicazione nei rapporti privati, qualora il singolo pretenda di ottenerne il riconoscimento di un diritto (c.d. effetto di sostituzione), ma non può certo escludersi che le stesse

²⁰⁶ C. Giust. 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson*, *Racc.*, 1984, 1891; C. Giust. 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Racc.*, 1994, 3325; C. Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, *Racc.*, 2004, 8835.

possano essere invocate per disapplicare una normativa interna incompatibile (c.d. effetto di esclusione).

Pertanto, è compito del giudice nazionale assicurare la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni disposizione nazionale contrastante, senza che gli sia imposto di sollevare una domanda di pronuncia pregiudiziale.

La Corte di giustizia è pervenuta a questo risultato, utilizzando lo stesso percorso argomentativo seguito in *Mangold*²⁰⁷, ossia applicando il principio di non discriminazione in base all'età, quale principio generale del diritto dell'Unione, che rappresenta una specificazione del principio di parità di trattamento, di cui la direttiva 2000/78 si limita a dare "espressione concreta" in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

E' tale principio che produce effetti diretti, anche se di sola "esclusione", nei rapporti orizzontali ma non può operare in assenza della direttiva che, definendone la portata, riveste una funzione di semplice chiarificazione dei suoi contenuti costituendo un "parametro di conformità" per la legislazione nazionale²⁰⁸.

²⁰⁷ C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit., 250.

²⁰⁸ V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione*, cit., 20, ritiene che non può attribuirsi alla direttiva una mera funzione confermativa-retorica, di precisazione dei contenuti del principio di non discriminazione per motivi di età, perché la direttiva si inserisce nel percorso motivazionale seguito dalla Corte di giustizia sotto diversi profili. Nello stesso senso si veda G. DI FEDERICO, *La sentenza Kucukdeveci*, cit., 1005, che contesta l'*iter* logico seguito dalla Corte, perché in questo modo si verrebbe a riconoscere l'esistenza di un

Soltanto all'esito di un esame basato sui criteri indicati dall'art. 6 della direttiva n. 2000/78, infatti, è stato possibile affermare l'incompatibilità della normativa tedesca con il diritto comunitario, per contrasto con il principio generale di non discriminazione per motivi di età²⁰⁹.

Tale orientamento ha trovato recentemente conferma nella sentenza *Romer*²¹⁰, nella quale è stato affrontato il diverso problema delle discriminazioni dirette fondate sull'orientamento sessuale, venendo in rilievo la compatibilità con l'ordinamento comunitario del regime pensionistico complementare di vecchiaia relativo agli ex dipendenti della città-Stato di Amburgo, che prevedeva un trattamento tributario più favorevole per coloro che sono uniti in matrimonio rispetto ai *partner* legati da un'unione civile riservata a persone dello stesso sesso.

Anche in questo caso la Corte di Giustizia ha ribadito che qualora uno Stato membro non provveda al puntuale recepimento della direttiva

principio generale del diritto comunitario a fronte di tutti i divieti di discriminazione, previsti dall'art. 1 della direttiva .

²⁰⁹ C. FAVILLI - S. GIUBBONI, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, MGL, 2010, 446; M.V. BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, LD, 1, 2011, 145; F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento Ue dopo «Küçükdeveci». Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, RDPC, 2010, 1145; M. FALSONE, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?*, RIDL, 2011, II, 928.

²¹⁰ C. Giust. 10 maggio 2011, causa C-147/11, RIDL, 2012, 215, con nota di M. BORZAGA, *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Fin dove può spingersi il diritto comunitario?*. In dottrina si veda pure G. PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: dal caso P. alla sentenza Romer*, RIDL, 2011, 4, 1325.

2000/78/Ce, il diritto alla parità di trattamento può essere fatto valere dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, purché sia decorso il termine di trasposizione della direttiva, che consente di far rientrare la normativa in questione nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione²¹¹.

Facendo applicazione dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, il Tribunale di Genova²¹² è giunto a dichiarare la nullità del licenziamento irrogato nei confronti di lavoratori ultrasessantenni, che non avevano optato per la prosecuzione del rapporto ed erano in possesso dei requisiti per il pensionamento, poiché il recesso si fondava su di una disposizione di legge nazionale che derogava al divieto di discriminazione per età in modo non rispondente alle finalità legittime previste dalla normativa comunitaria.

In questo modo il giudice di merito è pervenuto alla disapplicazione di una disposizione nazionale senza nemmeno invocare la forza espansiva del principio generale di non discriminazione, ma limitandosi a richiamare l' art. 6 della direttiva n. 2000/78 e l'art. 30 della Carta di Nizza, che sancisce il divieto di licenziamento ingiustificato, a cui pure deve riconoscersi effetto diretto anche orizzontale.

²¹¹ In senso conforme C. Giust. 23 settembre 2008, C-427/06, *Bartsch*, *Racc.*, 2008, I, 7245 ss.

²¹² T. Genova, 3 dicembre 2012, *RIDL*, 2013, 360, con nota di M. FALSONE, *Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le problematiche conseguenze sull'affidamento del privato e sulla certezza del diritto.*

3.5 Il licenziamento ad nutum per raggiungimento dell'età pensionabile nell'ordinamento giuridico italiano al vaglio della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia

Il 13 novembre 2008, la Corte di giustizia²¹³ si è pronunciata sul diverso profilo della parità uomo-donna e con una pronuncia destinata ad avere notevoli ripercussioni sull'ordinamento giuridico italiano ha affermato che la Repubblica italiana, mantenendo in vigore una norma in forza della quale i dipendenti pubblici hanno il diritto di percepire la pensione di vecchiaia ad età diverse, a seconda che siano uomini o donne, abbia violato il principio della parità retributiva, sancito dall'art. 141 TCE, oggi art 157 TFU. L'art. 5, comma 1, D.lgs. n. 503/1982, che si conforma al sistema pensionistico gestito dall'Inps per le categorie generali di lavoratori, fissava l'età pensionabile in 65 anni per i lavoratori e 60 per le lavoratrici.

Dopo soli nove mesi dalla pronuncia in commento, il legislatore nazionale, al fine di ripristinare la conformità all'ordinamento giuridico comunitario, ha introdotto l'art. 22-ter, l. n. 102/2009, di conversione del DL n. 78/2009, che al comma 1, prevede a partire dal

²¹³ C. Giust. 13 novembre 2008, causa C- 46/07, *RIDL*, II, 2009, 452, con nota di L. TERMINIELLO, *La previsione di un diverso requisito anagrafico per uomini e donne ai fini della percezione della pensione Inpdap viola l'art. 141 TCE*; *FI*, 2009, IV, 10. In senso conforme v. C. Giust. 18 novembre 2010, C-356/09, *Kleist*, *DRI*, 2011, 235; *NGL*, 2011, 274; con cui la Corte di Giustizia ha giudicato incompatibile con il diritto dell'Unione una norma austriaca che, al fine di promuovere l'inserimento professionale di persone più giovani, agevolava il licenziamento dei lavoratori che avessero maturato il diritto alla pensione di vecchiaia, fissando l'età pensionabile in 60 anni per le donne e in 65 anni per gli uomini.

2010 un graduale innalzamento per le lavoratrici pubbliche dell'età pensionabile.

È venuta così a crearsi una divaricazione tra lavoro pubblico e privato nella determinazione delle condizioni di accesso al trattamento previdenziale, che si presenta in aperto contrasto con il principio di uguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., soprattutto in un contesto in cui la disciplina della pensione di vecchiaia, erogata rispettivamente dall'Inpdap e dall'Inps, è il risultato di un processo di armonizzazione normativa.

Volendo ripercorrere sinteticamente quelli che sono i principali interventi legislativi in materia, allo scopo di comprendere le ragioni che hanno determinato la formazione di un sistema disarmonico, più volte esposto alla censure di illegittimità della Corte costituzionale, risulta doveroso partire dalla disciplina dei licenziamenti individuali²¹⁴.

L'art. 11, l. n. 604/1966, statui che la disciplina sui licenziamenti individuali non trovasse applicazione nei riguardi dei lavoratori che fossero in possesso dei requisiti di legge per poter beneficiare del diritto alla pensione, tuttora sottoposti alla disciplina sul recesso *ad*

²¹⁴ G. CIOCCA, *La Corte di Giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, RDSS, 2009, 124; I. CORTI, *La Corte di giustizia e l'età pensionabile delle donne: alcune osservazioni sull'uguaglianza di genere*, RDSS, 2009, 133; A. MAZZIOTTI, *La problematica della diversa età pensionabile per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di giustizia*, RGL, 2009, II, 227; B. DE MOZZI, *Età lavorativa, età pensionabile ed «essenziale funzione familiare» della donna italiana*, ADL, 2010, 472.

nutum con preavviso. La differente età per il pensionamento di vecchiaia tra lavoratori e lavoratrici, all'epoca 60 anni per gli uomini e 55 per le donne, ebbe come inevitabile conseguenza quella di lasciare queste ultime prive della tutela contro il recesso datoriale discrezionale per 5 anni in più rispetto ai prestatori di lavoro dell'altro sesso.

Il 18 giugno 1986, la Corte costituzionale²¹⁵ dichiarò la disposizione costituzionalmente illegittima, in riferimento agli articoli 3, 4, 35 e 37 Cost., nella parte in cui prevedeva il conseguimento della pensione di vecchiaia, quindi il licenziamento della donna lavoratrice per detto motivo, al compimento del cinquantesimo anno d'età, anziché al sessantesimo anno come per l'uomo.

La Consulta affermò che, con l'avvento di nuove tecnologie e metodi di produzione, con le profonde riforme dei trattamenti previdenziali, pensionistici ed infortunistici, si era venuto a determinare un profondo mutamento delle condizioni di lavoro, tale da rendere ingiustificata una differenza di trattamento della donna rispetto all'uomo per quanto concerne l'età del conseguimento della pensione di vecchiaia.

La legge n. 903/77, di parità uomo-donna in materia di lavoro, intanto, all'art. 4 aveva previsto la possibilità delle lavoratrici, in possesso dei requisiti per il pensionamento, di continuare a prestare la propria

²¹⁵ C. Cost. 18 giugno 1986, n. 137, *MGL*, 1986, 302.

attività fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini, previo esercizio del diritto di opzione, mediante una comunicazione al datore di lavoro da effettuarsi, sotto pena di decadenza, almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia.

Questa volta l'intervento della Corte costituzionale²¹⁶ non si fece affatto attendere e dopo soli due anni la norma venne dichiarata incostituzionale, perché l'opzione discriminava la donna rispetto all'uomo nella determinazione dell'età massima di durata del rapporto di lavoro, senza alcuna ragionevole giustificazione.

Con tale pronuncia, la Consulta colse l'occasione per chiarire che l'età lavorativa dovesse essere uguale per l'uomo e la donna, in questo modo la lavoratrice veniva a fruire della stabilità del rapporto di lavoro fino al sessantesimo anno di età, invece, rimaneva fermo il suo diritto a conseguire la pensione di vecchiaia al compimento del cinquantacinquesimo anno.

Proprio quando le due sentenze della Corte costituzionale avevano ristabilito il principio di parità dei sessi in ordine all'età lavorativa, il legislatore, con l'art. 4, comma 2, l. n. 108/1990²¹⁷, nel riformare la disciplina sui licenziamenti individuali, avvertì l'esigenza di ribadire nuovamente che la tutela contro il licenziamento ingiustificato, in

²¹⁶ C. Cost. 27 aprile 1988, n. 498, *MGL*, 229.

²¹⁷ A. VALLEBONA, *Il licenziamento del lavoratore pensionabile*, *DL*, 1991, I, 240.

particolare l'art. 18, l. n. 300/1970, non trovasse applicazione nei “confronti dei prestatori di lavoro ultrasessantenni, in possesso dei requisiti pensionistici”, sempre che non avessero optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro.

L'intervento legislativo, oltre che superfluo, si presentava anche *maldestro*²¹⁸, perché si basava sul presupposto che l'età per il conseguimento della pensione di vecchiaia dei lavoratori rimanesse fissata ai 60 anni, mentre già da diverso tempo si ventilava l'opportunità di un suo innalzamento.

Di lì a poco, sul versante della legislazione previdenziale²¹⁹, il D.lgs. n. 503/1992²²⁰ introduceva la possibilità dei lavoratori che avessero raggiunto la massima anzianità contributiva, al fine di incrementare la stessa, di optare²²¹ per la continuazione dell'attività lavorativa, precisando che la cessazione del rapporto per gli optanti sarebbe avvenuta automaticamente, senza alcun preavviso, al compimento dell'età pensionabile, gradualmente crescente di un anno ogni 18

²¹⁸ A. PILEGGI, *Riforma pensionistica, licenziamento del lavoratore pensionabile, decorrenza del termine per l'esercizio dell'opzione da parte della lavoratrice*, GLL, 1995, 568.

²¹⁹ V. TREVISI, *L'età per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, in *Commentario della riforma previdenziale*, a cura di M. CINELLI e M. PERSIANI, Milano, 1995, 95 e ss.; R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo*, GLL, 1996, 489.

²²⁰ In effetti, il legislatore aveva già previsto la possibilità di optare per la prosecuzione del rapporto oltre l'età pensionabile per i lavoratori che non avessero raggiunto la massima anzianità contributiva (art. 6, l. n. 54/1982), ma non oltre il 65° anno di età, nonché per coloro che l'avessero raggiunta (art. 6, l. n. 407/1990), però non oltre il 62° anno di età.

²²¹ In tale contesto l'opzione veniva a svolgere la stessa funzione di quella introdotta dall'art. 4, l. n. 903/1977, dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

mesi, per collocarsi entro il 2000 a 65 anni per l'uomo e a 60 per la donna.

L'elevazione dell'età pensionabile maschile, oltre il limite previsto per la stabilità del rapporto di lavoro, introdotto dal citato art. 4, comma 2, l. n. 108/1990, che fa riferimento ad "ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici", sembrava aver riprodotto quella disparità di trattamento tra i due sessi che le sentenze della Corte costituzionale avevano cercato di eliminare.

Dal 1° gennaio del 2000 la donna, laddove non avesse avanzato richiesta di opzione²²², veniva a trovarsi in possesso del requisito anagrafico per l'accesso alla pensione e quindi esposta al rischio di un licenziamento datoriale discrezionale con il compimento del sessantesimo anno, viceversa l'uomo solo dopo il sessantacinquesimo anno di età²²³.

La Corte costituzionale²²⁴ spazzò via tali dubbi di legittimità, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto, con cui è stata fornita una lettura correttiva del dato testuale. La Consulta, ponendosi in aperta linea con le pronunce precedenti, affermò che le disposizioni in

²²²A. PILEGGI, *Prosecuzione opzionale del rapporto oltre l'età pensionabile e richiesta di revoca della pensione*, MGL, 1997, 889.

²²³ Del resto, mentre al lavoratore che avesse raggiunto l'età pensionabile veniva ad applicarsi la disciplina sul licenziamento *ad nutum* con diritto al preavviso o all'indennità sostitutiva dello stesso, per la lavoratrice, che avesse optato per la prosecuzione dell'attività lavorativa, almeno 6 mesi prima, la cessazione del rapporto sarebbe avvenuta automaticamente al conseguimento dei requisiti per l'accesso alla pensione, senza alcun obbligo per il datore di lavoro.

²²⁴ C. Cost. 20 giugno 2002, n. 256, MGL, 2003, 42, con nota di A. PILEGGI, *Licenziamento della lavoratrice "ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici" e parità tra i sessi*.

esame avevano soltanto innalzato i limiti dell'età pensionabile, ma non avevano intaccato la differenza già esistente tra uomini e donne.

Quest'ultima, infatti, continuava a costituire un giustificato beneficio per le lavoratrici, che non urtava contro alcun principio costituzionale, ma implicava semplicemente il venir meno per le donne di qualsiasi correlazione tra l'età lavorativa e quella per poter beneficiare della pensione di vecchiaia.

La lavoratrice conseguiva i requisiti anagrafici per il pensionamento al compimento dei sessanta anni, ma poteva essere licenziata *ad nutum* solo se ultrasessantacinquenne.

Con il D.lgs. n. 198/2006, c.d. Codice delle pari opportunità uomo-donna, nel codificare il corpo delle disposizioni vigenti in materia, il legislatore si mostrò del tutto indifferente alle prescrizioni fornite dal giudice delle leggi, reintroducendo l'onere di opzione, ossia l'obbligo della lavoratrice che avesse voluto continuare a lavorare fino al limite di età previsto per gli uomini, di optare almeno tre mesi prima per la continuazione del rapporto²²⁵.

Veniva inserita, in un contesto normativo non alterato, una norma dal medesimo contenuto precettivo dell'art. 4, l. n. 903/1977, la cui illegittimità costituzionale era già stata dichiarata con la citata

²²⁵ L'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 198/2006, prevede che "le lavoratrici, anche se in possesso dei requisiti per aver diritto alla pensione di vecchiaia, possono optare di continuare a prestare la loro opera fino agli stessi limiti di età previsti per gli uomini da disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, previa comunicazione al datore di lavoro da effettuarsi almeno tre mesi prima della data di perfezionamento del diritto alla pensione di vecchiaia".

sentenza n. 498 del 1998, perché subordinando il riconoscimento della tutela contro il licenziamento ingiustificato al rispetto di un onere di comunicazione perfettamente coincidente con quello giudicato incostituzionale, realizzava la stessa discriminazione tra lavoro maschile e femminile.

L'art. 30, D.lgs. n. 198/2006, condizionando il diritto della lavoratrice di lavorare fino al compimento dei sessantacinque anni ad un adempimento, di conseguenza ad un rischio non previsto per il lavoratore, comprometteva la piena ed effettiva realizzazione del principio di parità tra l'uomo e la donna, in violazione degli artt. 3 e 37 Cost.

L'opzione non poteva giustificarsi nemmeno in considerazione delle esigenze della parte datoriale, tenuta a considerare come normale la permanenza in servizio della donna oltre l'età pensionabile e come meramente eventuale la scelta del pensionamento anticipato, nella prospettiva della tendenziale uniformazione del lavoro femminile a quello maschile.

La Corte costituzionale²²⁶, chiamata a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione alla Costituzione, non ebbe remore nel dichiararla manifestamente illegittima, nella parte in cui prevedeva, a carico della

²²⁶ C. Cost. 29 ottobre 2009, n. 275, *GDir*, 2009, 32, con nota di M. TATARELLI, *Un adempimento senza ragionevole giustificazione che comprometteva il principio di parità tra i sessi*; *RIDL*, 2010, 381 ss., con nota di E. VILLA, *La Consulta torna a dichiarare l'illegittimità del diritto d'opzione richiesto alla lavoratrice per proseguire il rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile*.

lavoratrice che intendesse proseguire nel rapporto di lavoro oltre il sessantesimo anno di età, l'onere di darne tempestiva comunicazione al datore di lavoro e nella parte in cui faceva dipendere da tale adempimento l'applicazione al rapporto di lavoro della tutela accordata dalla legge sui licenziamenti individuali.

In questo contesto normativo e giurisprudenziale si inserisce la citata sentenza della Corte di Giustizia²²⁷ del 13 Novembre 2008, che nell'ambito di un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione ai sensi della'art. 226 TCE (oggi art. 258 TFU), ha affermato che l'Italia, mantenendo una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a ricevere la pensione di vecchiaia ad età diverse a seconda che siano uomini o donne, si pone in contrasto con gli obblighi di cui all'art. 141 TCE (oggi art. 157 TFU), che garantisce l'applicazione del principio della parità di retribuzione²²⁸ tra lavoratori e lavoratrici²²⁹.

A tal fine, la Corte di giustizia ha fatto applicazione del c.d. criterio dell'impiego che, partendo dalla constatazione che la pensione sia corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo unisce al suo ex datore di lavoro, giunge ad attribuire carattere retributivo a

²²⁷ C. Giust. 13 novembre 2008, causa C- 46/07, cit., 452.

²²⁸ Per una più ampia trattazione dell'argomento si veda L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, cit., 210; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., 284.

²²⁹ F. PAMMOLLI - N.C. SALERNO, *Corte di giustizia, età di pensionamento di vecchiaia per le donne e riforma delle pensioni e del welfare in Italia*, RDSS, 2009, 143; P. SANDULLI, *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia tra omissioni e ridenomiazioni*, RDSS, 2009, 97; A. VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, MGL, 2009, 76.

qualsiasi emolumento versato dal datore di lavoro in ragione dell'impiego²³⁰. Tanto si desumerebbe dall'art. 141, par. 2, TCE, nel punto in cui definisce retribuzione il salario o il trattamento normale di base, compresi tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente dal datore di lavoro al lavoratore in ragione del suo impiego.

Il criterio delineato incontra delle eccezioni, in particolare, la stessa Corte di giustizia nel caso *Defrenne I*²³¹ ha escluso dalla nozione di retribuzione, ex art. 141 TCE, i regimi o le prestazioni previdenziali, in particolar modo le pensioni di vecchiaia, disciplinate direttamente dalla legge, al di fuori di qualsiasi concertazione ed obbligatorie per le categorie generali di lavoratori.

Il regime pensionistico gestito dall'Inpdap, regolato direttamente dalla legge, costituendo un sistema di sicurezza sociale legale, integra perfettamente gli estremi di una causa di esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 141 TCE.

Le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica o anche le preoccupazioni di bilancio, che hanno avuto un ruolo fondamentale nella determinazione di un regime pensionistico da parte di un legislatore nazionale, non possono comunque considerarsi

²³⁰ F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 83/2009, 2 e ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

²³¹ C. Giust. 25 maggio 1971, causa C- 80/70, *Defrenne I*, *Racc*, 1971, 445.

prevalenti qualora la pensione interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, sia direttamente funzione degli anni di servizio prestati e il suo importo sia calcolato in base all'ultimo stipendio del dipendente pubblico²³².

Per quanto concerne il primo dei tre criteri delineati, i pubblici dipendenti ben possono qualificarsi come una categoria particolare di lavoratori, stante le caratteristiche peculiari che disciplinano il rapporto di lavoro con una parte datoriale pubblica. Allo stesso modo non vi sono dubbi sul fatto che la pensione di vecchiaia debba essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati, tenendo conto dell'anzianità contributiva.

Qualche dubbio sorge relativamente al terzo criterio, perché il sistema di calcolo italiano non tiene conto dell'ultima retribuzione, ma di quella percepita negli ultimi dieci anni.

La Corte di giustizia, ciononostante, piegando alcuni parametri del giudizio²³³, ha affermato che la pensione versata in forza del regime pensionistico gestito dall'Inpadap debba qualificarsi come retribuzione, con la conseguente applicazione del principio di parità di trattamento tra uomo e donna, fatta salva la possibilità prevista

²³² C. Giust. 28 settembre 1994, causa C- 7/93, *Beune, Racc*, 1994, 4471; C. Giust., 29 novembre 2001, causa C- 366/99, *Griesmar, Racc*, 2001, 9383; C. Giust., 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Niemi, Racc.*, 2002, 7007.

²³³ F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego*, cit., 6, ritiene che la Corte di giustizia, piegando alcuni parametri del giudizio pur di garantire l'applicazione del principio di parità retributiva, dimostra nuovamente il potente "campo magnetico" esercitato dall' art. 141 TCE.

dall'art. 141, par. 4, di mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti ad evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

A riguardo, la Corte ha scardinato l'argomento centrale su cui il Governo italiano ha costruito la sua difesa, consistente proprio nella constatazione che la differenziazione dell'età pensionabile sarebbe giustificata dall'esigenza di assicurare l'effettiva parità tra uomini e donne, compensando gli svantaggi che le lavoratrici patiscono nel corso della loro vita professionale²³⁴, invocando l'applicazione dell'art. 141.4 CE.

Il giudice comunitario si è posto decisamente in contrasto con tale ricostruzione, sottolineando che la fissazione di un'età pensionabile diversa in base al sesso non compensa i pregiudizi ai quali sono esposte le dipendenti pubbliche durante la propria carriera, ma realizzerebbe semplicemente una forma di compensazione *ex post*.

Al fine di ripristinare la conformità al Trattato dell'ordinamento giuridico nazionale, l'art. 22-ter, della legge 3 agosto 2009, n. 102, ha previsto, a partire dal 2010, un graduale innalzamento dell'età pensionabile per le lavoratrici pubbliche, che aumenterà di un anno ogni biennio, per arrivare a quota 65 anni nel 2018. L'adeguamento

²³⁴ F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego*, cit., 8, osserva che anche la Corte costituzionale, in base al combinato disposto degli artt. 3 e 37 Cost., ha sempre ammesso la legittimità della previsione di un'età pensionabile inferiore per la donna, vista come privilegio giustificato dall'esigenza di tutelare la loro funzione all'interno della famiglia. In dottrina si veda M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 473.

delle pensioni di vecchiaia delle donne nel settore privato non è imposto dall'Unione europea, ma il decreto legge n. 98 del 6 luglio 2011, c.d. manovra correttiva²³⁵, recante disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria, è intervenuto anche in questo settore.

Il percorso di crescita del requisito anagrafico delle lavoratrici sarebbe dovuto iniziare nel 2020 per completarsi nel 2032, ma è stato anticipato al 2014 dapprima dal d.l. n. 138 del 13 agosto 2011²³⁶, c.d. manovra di Ferragosto, convertito dalla l. n. 148 del 14 settembre 2011²³⁷, che ne aveva confermato la durata in 12 anni e poi dalla Riforma Fornero, approvata con l' art. 24 del d.l. n. 201/2011 (con cui si è altresì stabilito un innalzamento generale dell'età pensionabile), che invece ha previsto il suo completamento entro il 2018.

Le finalità che animano il legislatore, tuttavia, sono ben lontane dalla logica delle pari opportunità e pertanto, all'innalzamento dell'età

²³⁵ L'art. 18, comma 1°, del D.l. n. 98 del 6 luglio 2011, con le modifiche apportate dalla legge di conversione n. 111 del 15 luglio 2011, prevede che a partire dal 1° gennaio 2020, “per le lavoratrici dipendenti e per le lavoratrici autonome la cui pensione è liquidata a carico dell'assicurazione generale obbligatoria e delle forme sostitutive della medesima, nonché della gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, il requisito anagrafico di sessanta anni per l'accesso alla pensione di vecchiaia nel sistema retributivo e misto e il requisito anagrafico di sessanta anni di cui all'articolo 1, comma 6, lettera b), della legge 23 agosto 2004, n. 243, e successive modificazioni, sono incrementati di un mese. Tali requisiti anagrafici sono incrementati di ulteriori due mesi a decorrere dal 1° gennaio 2021, di ulteriori tre mesi a decorrere dal 1° gennaio 2022, di ulteriori quattro mesi a decorrere dal 1° gennaio 2023, di ulteriori cinque mesi a decorrere dal 1° gennaio 2024, di ulteriori sei mesi a decorrere dal 1° gennaio 2025 e per ogni anno successivo fino al 2031 e di ulteriori tre mesi a decorrere dal 1° gennaio 2032”.

²³⁶ L'art. 1, comma 20, del D.l. n. 138 del 13 agosto 2011, c.d. manovra di Ferragosto, così come modificato dalla legge di conversione n. 148 del 14 settembre 2011, stabilisce che all'art. 18, comma 1°, del D.l. n. 98 del 6 luglio 2011, “le parole 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2031 e 2032 sono sostituite rispettivamente dalle seguenti: 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2025 e 2026”.

²³⁷ Il D.l. n. 138 del 13 agosto 2011, in realtà, nella sua formulazione originaria, prevedeva che il meccanismo di crescita del requisito anagrafico sarebbe dovuto iniziare nel 2016, ma in sede di conversione si è stabilita un' ulteriore anticipazione al 2014.

pensionabile non sembra accompagnarsi la previsione di misure che compensino adeguatamente gli svantaggi cui sono esposte le donne durante la loro vita professionale.

Capitolo IV

Il lavoro a termine nel dialogo tra le Corti

4.1 La disciplina del lavoro a tempo determinato nella direttiva n. 70/1999/CE

Le organizzazioni intercategoriale a carattere generale CES (Confederazione europea dei sindacati), CEEP (Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica), UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea) il 18 marzo 1999 hanno sottoscritto un accordo quadro²³⁸ sul lavoro a tempo determinato, successivamente recepito nella direttiva n. 99/70, del 28 giugno 1999, che si limita a darvi attuazione.

La direttiva in esame, infatti, accanto alla direttiva 3 giugno 1996, n. 34, sui congedi parentali e alla direttiva 15 dicembre 1997, n. 81, sul lavoro a tempo parziale dà applicazione al Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht, valorizzando la contrattazione collettiva come fonte in grado di concorrere al procedimento di produzione normativa²³⁹.

Il contratto collettivo emerge così nell'emanazione dei provvedimenti legislativi dell'Unione attraverso un accordo che all'esito della

²³⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Attuazione della direttiva n. 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal CEEP e dal Ces*, NLCC, 2002, 25, ss.; M. BIAGI, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, GL, 1999, 17 ss.; S. MARETTI, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, LG, 1999, 1015 ss.; M. TIRABOSCHI, *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo determinato*, DRI, 1999, 461.

²³⁹ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 69.

procedura di consultazione sindacale viene poi recepito in una direttiva²⁴⁰.

In particolare, la clausola 1, dell'accordo quadro²⁴¹ allegato alla direttiva n. 99/70, del 28 giugno 1999, prevede che la normativa comunitaria persegue l'obiettivo di migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione e al contempo di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

La normativa comunitaria si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi, lasciando agli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, la possibilità di escludere dal suo ambito di applicazione i rapporti di formazione professionale e di apprendistato, di inserimento e riqualificazione professionale (clausola 2).

²⁴⁰ L'art. 154 TFU, dispone che "la Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti. A tal fine la Commissione, prima di presentare proposte nel settore della politica sociale, consulta le parti sociali sul possibile orientamento di un'azione dell'Unione. Se, dopo tale consultazione, ritiene opportuna un'azione dell'Unione, la Commissione consulta le parti sociali sul contenuto della proposta prevista. Le parti sociali trasmettono alla Commissione un parere o, se opportuno, una raccomandazione. In occasione delle consultazioni di cui ai paragrafi 2 e 3 le parti sociali possono informare la Commissione della loro volontà di avviare il processo previsto dall' articolo 155. La durata di tale processo non supera nove mesi, salvo proroga decisa in comune dalle parti sociali interessate e dalla Commissione".

²⁴¹ L. MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, RGL, 2000, I, 575; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008; M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato; attuazione nei Paesi dell'Unione Europea*, FI, 2002, II, 94.

Per lavoratore a tempo determinato si intende una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da “condizioni oggettive”, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico (clausola 3).

Tanto premesso, sul piano della tutela²⁴² il primo obiettivo che la normativa comunitaria si prefigge consiste nell’affermazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di impiego, affermando che i lavoratori a tempo determinato non possono in alcun modo essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto a tempo determinato, salvo il caso in cui sussistano delle “ragioni oggettive” (clausola 4).

Inoltre, per prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, la clausola 5 dell’accordo quadro prevede che gli Stati membri dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti, “una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti

²⁴² M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro*, cit., 243.

di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti”.

Sotto il profilo sanzionatorio l'accordo quadro²⁴³ rimette però agli Stati membri il compito di stabilire “a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati successivi” e diversamente quando opera la sanzione della conversione in rapporti a tempo indeterminato, dovendo ritenersi illegittima la successione di contratti a termine.

Infine, la direttiva comunitaria prevede che i datori di lavoro debbano informare i lavoratori a termine dei posti vacanti che si rendano disponibili ed agevolare il loro accesso ad opportunità di formazione adeguate, per aumentarne le qualifiche e promuoverne la carriera (clausola 6). I lavoratori a tempo determinato devono comunque essere computati nel calcolo del numero dei lavoratori necessario per la costituzione degli organi di rappresentanza, ai quali i datori di lavoro devono fornire adeguate informazioni in merito al trattamento dei lavoratori a tempo determinato occupati in azienda (clausola 7).

Resta ferma la possibilità per gli Stati membri di prevedere disposizioni più favorevoli di quelle stabilite a livello comunitario, in

²⁴³ A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in AA. VV., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 28; L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, *DLRI*, 2001, 3, 361; L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, *DML*, 2001, 3, 633.

particolare per quanto riguarda la parità di trattamento e di opportunità uomo-donna.

Al contrario il principio del non regresso vieta che l'applicazione dell' accordo quadro sul lavoro a termine possa costituire “un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso” (clausola 8.3)²⁴⁴.

4.2 La successione di contratti a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva n. 99/70 del 28 giugno 1999, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, dispone che gli Stati membri dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

²⁴⁴ L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età*, RGL, 2006, II, 205; P. NODARI, *Corte di Giustizia europea, clausole di non regresso e normativa italiana sul termine*, LG, 2006, 459; M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, DLRI, 2002, 487; L. GAROFALO, *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, RGL, 2004, I, 39 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” - 35/2005, 2 www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp; E. ALES, “Non regresso” senza dumping sociale ovvero del “progresso” nella modernizzazione (del modello sociale europeo), DLM, 2007, 5 ss.

La disposizione invita poi gli Stati membri a stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati “successivi” e quando devono invece essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.

Al riguardo la giurisprudenza comunitaria ha precisato che le misure di prevenzione degli abusi predette non sono legate da un rapporto gerarchico, ma devono essere considerate equivalenti. Inoltre, in base al principio dell’effetto utile, gli Stati membri sono vincolati ad adottare soltanto una di tali misure, restando affidata alla loro discrezionalità la scelta dei mezzi più adeguati ad assicurare il risultato imposto dal diritto comunitario²⁴⁵.

Per quanto concerne l’ambito di applicazione della norma, la Corte di giustizia nel caso *Mangold*²⁴⁶ ha precisato che la clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro mira a «prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo

²⁴⁵ C. Giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, FI, 2007, IV, 72; LNG, 2006, 10, 971; RIDL, 2006, II, 4, 714. Più di recente si veda C. Giust. 10 marzo 2011, C-109/09, *Kumpan*, FI, 2011IV, 250; RIDL, 2012, 540, con nota di R. DIAMANTI, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell’età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*. In questa pronuncia la Corte si è pronunciata su una norma tedesca (art. 14, n. 3, del TzBfG) che giustificava l’apposizione di un termine al rapporto di lavoro per il superamento del cinquantottesimo anno d’età ed ha affermato produce l’effetto di ridurre il livello di tutela sociale di tutti i lavoratori di età più avanzata, privandoli di tutte le misure di tutela indicate nella clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro e destinate a prevenire il ricorso abusivo a ripetuti contratti a tempo determinato. In tal senso si veda pure C. Giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, RIDL, 2012, 758, con nota di A. RICCOBONO, *La successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e “discrezionalità vincolata” degli Stati membri dopo la sentenza Küçük*; DRI, 2012, 2, 585; D&L, 2012, 1, 63.

²⁴⁶ C. Giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit., 823. In questa sentenza la Corte si era già pronunciata sulla compatibilità con il diritto comunitario della normativa tedesca, che autorizzava indiscriminatamente la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato quando il lavoratore avesse raggiunto una certa età.

determinato», ma non trova applicazione nel caso di primo e unico contratto di lavoro.

Tale principio ha trovato una successiva conferma nella sentenza *Angelidaki*²⁴⁷, nella quale è stata ribadita la non applicabilità della clausola in esame al caso di prima apposizione di un termine al rapporto di lavoro, nonostante l'obiettivo perseguito dalla direttiva 1999/70 e dall'accordo quadro non si limiti ai soli lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, ma al contrario si estenda a tutti coloro che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un determinato rapporto di lavoro che li vincola ai rispettivi datori di lavoro, indipendentemente dal numero di contratti a tempo determinato stipulati.

Per quanto concerne, invece, la nozione di “ragioni obiettive”, secondo l'orientamento dominante nella giurisprudenza comunitaria la reiterazione non può ritenersi giustificata soltanto dalla circostanza di essere prevista dalle disposizioni legislative nazionali di uno Stato membro²⁴⁸.

La clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, infatti, osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che trovi giustificazione nella sola

²⁴⁷ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, RGL, 2009, II, 505.

²⁴⁸ C. Giust. 23 aprile 2009, cit.

considerazione di essere giustificata da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro.

Al contrario, l'interpretazione della nozione di «ragioni obiettive» postula necessariamente che il ricorso a tale tipologia contrattuale sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi all'attività espletata e alle condizioni del suo esercizio.

In particolare, nel caso *Adeneler*²⁴⁹ la Corte ha escluso la compatibilità con il diritto comunitario di una disposizione greca (art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003) che considerava successivi i contratti di lavoro a tempo tra i quali intercorresse un lasso temporale non superiore a 20 giorni lavorativi, facendo dipendere da tale circostanza la sanzione della trasformazione dei rapporti a tempo determinato che superassero complessivamente i due anni, nel corso dei quali fossero stati rinnovati più di tre volte.

In effetti al datore di lavoro basterebbe, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego sia dalla circostanza che i detti contratti

²⁴⁹ C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, cit.

soddisfanno fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario «permanenti e durevoli».

La giurisprudenza comunitaria ha più volte affermato che la nozione di «ragioni obiettive» deve essere riferita a circostanze precise e concrete che riguardano una determinata attività o determinate funzioni che necessitano di compiti di particolare natura, giustificando il ricorso reiterato al lavoro a tempo determinato in ragione del particolare contesto organizzativo o del perseguimento di una legittima finalità di politica sociale, la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri, che non può comunque arrivare ad autorizzare in modo generale e astratto il ricorso a contratti a termine successivi²⁵⁰.

Nella sentenza *Küçük*²⁵¹ la Corte di Giustizia mostra un atteggiamento di chiara apertura, precisando che anche un'esigenza di personale sostitutivo ricorrente e prevedibile può costituire una ragione obiettiva, perché essendo legata all'assenza di dipendenti con diritto alla conservazione del posto, ha pur sempre carattere temporaneo.

La sentenza offre importanti spunti di riflessione per il nostro ordinamento giuridico riguardo al settore scolastico a cui non si applica l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che per il pubblico impiego prevede una disciplina restrittiva che richiede che le ragioni che giustificano

²⁵⁰ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, cit.; C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, cit.; C. Giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, *Racc.* I-7109.

²⁵¹ C. Giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, *Küçük*.

l'apposizione del termine oltre che temporanee devono essere straordinarie.

Invece, la l. n. 297/994, come modificata dalla l. n. 124/1999, non prevede limiti temporali o numerici alla successione dei rapporti a tempo determinato stipulati per fronteggiare le esigenze di organico del comparto scuola, determinando un vasto precariato che ha alimentato un ampio contenzioso in materia²⁵².

Il sistema delle graduatorie, infatti, garantisce l'oggettività nella scelta del supplente, una migliore formazione scolastica e finisce per assicurare la stessa immissione nei ruoli, ma comporta inevitabilmente la reiterazione degli incarichi che rimangono però temporanei e legati ad una specifica esigenza dell' istituto scolastico.

Ne consegue che può configurarsi un' abusiva reiterazione di rapporti a termine solo nel caso di supplenze disposte in violazione della disciplina legislativa o senza il rispetto delle graduatorie che presiedono alla corretta assegnazione degli incarichi.

Nella giurisprudenza di merito molto spesso poi accade che riscontrata la regolarità formale dei contratti a termini stipulati in successione per il rispetto di tutti i requisiti causali e temporali previsti dalla normativa

²⁵² Sul sistema di reclutamento del personale scolastico, in giurisprudenza v. App. Perugia 8 marzo 2011, *GC*, 2011, I, 1869; T. Trento, ord. 27 settembre 2011, *MGL*, 2012, 249; T. Larino 20 luglio 2011, *ivi*, 250. In dottrina A. VALLEBONA, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, *ivi*, 305.

nazionale di attuazione si accerti comunque un abuso nell'utilizzazione complessiva di tale tipologia contrattuale²⁵³.

Un limite invalicabile alla disapplicazione della normativa interna incompatibile deriva tuttavia dalla constatazione che la clausola 5 della direttiva non può essere direttamente applicata dal giudice nazionale, essendo sprovvista di un contenuto sufficientemente dettagliato ed incondizionato²⁵⁴.

4.3 Le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego tra divieto di conversione e risarcimento del danno

La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, dopo aver individuato le misure necessarie a prevenire gli abusi, invita gli Stati membri a stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati "successivi" e quando devono invece essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato²⁵⁵.

Nella sentenza *Huet*²⁵⁶ la Corte ha chiarito la portata della sanzione della conversione del rapporto, stabilendo che la sanzione della

²⁵³ M. CASOLA, *Com'è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, RIDL, 2013, 547.

²⁵⁴ C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, cit.; C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, cit.; C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, *Racc*, I-2483; *RGL*, 2009, II, 53.

²⁵⁵ A. DE SALVIA, *La giurisprudenza sul regime sanzionatorio del contratto a termine nel lavoro pubblico tra divieto di conversione e risarcimento del danno*, ADL, 2011, 4-5, 1117 ss.

²⁵⁶ C. Giust. 8 marzo 2012, causa C-251/11, *Huet*, *FI*, 2012, IV, 239; *RIDL*, 2012, II, 942, con nota di G. BELTRAME, *Contratto a termine: trasformazione a clausole (in)variate*.

trasformazione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato non implica che vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente, tuttavia, quando restano invariati l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni non deve verificarsi una modifica peggiorativa sostanziale per il lavoratore.

La trasformazione del contratto, infatti, non comporta l'obbligo di mantenere immutate le clausole del contratto, ma la necessità di salvaguardare l'effetto utile della direttiva richiede necessariamente che non si verifichi un mutamento essenziale del rapporto.

La giurisprudenza comunitaria sin dalle sue prime interpretazioni ha però precisato che la normativa comunitaria non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come esso nemmeno stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi.

Pertanto, nel caso *Adeneler*²⁵⁷ la Corte di Giustizia ha disposto che quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche spetta alle autorità nazionali adottare misure che rivestano un carattere non soltanto proporzionato, ma anche effettivo e dissuasivo per garantire

²⁵⁷ C. Giust. 4 luglio 2000, causa C-212/04, *Adeneler*, cit. In senso conforme C. Giust. 12 giugno 2008, causa C-364/07, *Vassilakis*, *Racc.*, 2008, 90.

la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro.

La questione si è più volte riproposta nel nostro ordinamento giuridico, posto che l' art. 36 d.lg. n. 165 del 2001 esclude per i lavoratori del settore pubblico la sanzione della conversione nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato, limitandosi a prevedere una sanzione di tipo risarcitorio²⁵⁸.

Inoltre, l'art. 97, comma 3, Cost., sancendo la regola del concorso pubblico come forma di reclutamento, preclude al dipendente pubblico le tutele previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001²⁵⁹.

La Corte di Giustizia già nelle sentenze *Vassallo*²⁶⁰ e *Marrosu e Sardino*²⁶¹ ha stabilito la compatibilità con l'accordo quadro dell' art. 36 d.lgs. n. 165/2001, perché pur escludendo in caso di abuso nell'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo

²⁵⁸ Si veda l'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia del Tribunale di Genova 21 gennaio 2004, *FI*, 2004, 1393; *LPA*, 2004, II, 693, con nota di L. ZAPPALÀ, *Specialità dei rapporti di lavoro a termine nelle P.A. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia*. In dottrina V. DE MICHELE, *Pubblica amministrazione e rapporti di lavoro di fatto: riflessioni su art. 2126 c.c. e effettività delle tutele*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Il contratto a termine privato e pubblico*, Milano, 2009, 135; G. SOTTILE, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di Giustizia europea*, *DLM*, 2007, 139; D. MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, *LPA*, 2003, I, 516; L. DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, *D&L*, 2002, I, 45; M. G. MILITELLO, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*, *LPA*, 2007, II, 1163.

²⁵⁹ In senso contrario si veda A. MARESCA, *Art. 1*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Commentario al d.lgs. n. 368 del 2001*, in *NLCC*, 2002, I, 117.

²⁶⁰ C. Giust. 7 settembre 2006 causa C-180/04, *Vassallo*, *LNG*, 2006, 10, 968; *RGL*, 2006, II, 602, con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*; *OGI*, 2006, 4, 59; *FI*, 2007, IV, 343, con nota di L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*.

²⁶¹ C. Giust. 7 settembre 2006, causa C- 53/04, *Marrosu e Sardino*, *LNG*, 2006, 10, 968; *RIDL*, 2006, II, 714; *FI*, 2007, IV, 72, con nota di A. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; *D&L*, 2006, 4, 1031; *GDir*, 2006, 98.

determinato da parte di un datore di lavoro pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti a tempo indeterminato, comunque contiene un'altra misura effettiva e destinata a evitare e sanzionare il ricorso abusivo a tale tipologia contrattuale.

Questo orientamento ha trovato successivamente seguito nel caso *Affatato*²⁶², che ha confermato la legittimità della legislazione italiana che non prevede la misura della conversione, potendosi ammettere anche una sanzione diversa purché efficace e dissuasiva.

Dopo l'intervento della giurisprudenza comunitaria e del giudice delle leggi²⁶³, che ha affermato la costituzionalità della norma laddove non prevede la possibilità della conversione del rapporto, anche la giurisprudenza di legittimità²⁶⁴ ha evidenziato che nell'ambito del

²⁶² C. Giust. 1 ottobre 2010, causa C- 3/10, *Affatato*, *FI*, 2011, IV, 69; *RIDL*, 2011, II, 859, con nota di M. BORZAGA, *L'intervento legislativo sul caso Poste italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*; *GC*, 2011, 7-8, 1867; *D&L*, 2010, 4, 956.

²⁶³ C. cost. 27 marzo 2003, n. 89, *GI*, 2004, 19; *FI*, 2003, I, 2258; *GC*, 2004, I, 2901, con nota di E. MENEGATTI, *La persistente «specialità» del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*. La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata da T. Pisa 7 agosto 2002, *DLM*, 2003, 213, con nota di R. SANTUCCI, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine*. Parte della dottrina ha criticato la sentenza della Consulta, perché ha escluso la sanzione della conversione, invocando soltanto la regola dell'accesso tramite concorso senza richiamare le esigenze di imparzialità, buon andamento e di tutela della programmazione finanziaria. Sul punto si veda P. CHIECO, *I contratti "flessibili" della PA e l'inapplicabilità della sanzione ordinaria della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale*, *LPA*, 2003, I, 494.

²⁶⁴ Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, *GDir*, 2012, 6, 64; *GC*, 2012, 7-8, I, 1878; *FI*, 2012, I, 412; *DRI*, 2012, 2, 505, con nota di M. CERASI, *Divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine e onere della prova del danno risarcibile ex articolo 36, decreto legislativo n. 165/2001*; *RIDL*, 2012, II, 138, con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*. In tal senso si vedano pure Cass. 24 maggio 2005, n. 10904, *FA*, 2005, 1678; Cass. 15 giugno 2010, n. 14350, *LPA*, 2010, II, 708. In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza di merito, in particolare si vedano le considerazioni della Corte di Appello di Genova 9 gennaio 2009, *RIDL*, 2010, 138, con nota di M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*. Tuttavia, una parte minoritaria della giurisprudenza di merito ha disatteso tale orientamento, pervenendo alla disapplicazione della disposizione

pubblico impiego, seppur privatizzato, l'art. 36 d.lg. n. 165 del 2001 introduce un regime sanzionatorio specifico che, riconoscendo il risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore, si dimostra comunque capace di prevenire ed eventualmente sanzionare in forma adeguata l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato.

Per quanto concerne invece le conseguenze della reiterazione dei contratti a termine nel settore scolastico alcune decisioni di merito hanno escluso che per il personale della scuola possa configurarsi un abuso del diritto, richiamando la disciplina legale speciale che consente la successione di rapporti a tempo determinato²⁶⁵.

Del tutto isolato è rimasto l'indirizzo giurisprudenziale che, giudicando inadeguata la tutela risarcitoria, ritiene che la reiterazione abusiva di contratti a termine determini anche per il personale della scuola la trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato²⁶⁶.

Al contrario, secondo l'orientamento ormai dominante la normativa legale speciale non si sostituisce alla disciplina generale, in particolare per quanto riguarda la durata massima complessiva di trentasei mesi o

per applicare la tutela della conversione, v. T. Siena 27 settembre 2010, *LPA*, 2010, II, 869, con nota di A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile disapplicazione del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*; T. Livorno 25 gennaio 2011, *GLav*, 2011, 10, con nota di F. M. PUTATURO DONATI, *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale*.

²⁶⁵ A. Perugia 8 marzo 2011, *MGL*, 2012, 4, 249; T. Trento 27 settembre 2011, *ivi*, 255; T. Trieste 31 maggio 2011, *GC*, 2011, I, 1869; T. Vicenza 13 settembre 2010, *ivi*, 1871; T. Napoli 8 marzo 2010, *D&L*, 2010, 510.

²⁶⁶ T. Siena 13 dicembre 2010, *MGL*, 2012, 4, 250; T. Siena 27 settembre 2010, *GC*, 2011, I, 1871; *D&L*, 2010, 1104; T. Livorno 25 gennaio 2011, *GLav*, 2011, 10, 17.

la giustificazione necessaria, ma la sua violazione determina la sola tutela risarcitoria²⁶⁷.

Tuttavia, non vi è un'univocità nell'applicazione dei meccanismi sanzionatori, essendo la giurisprudenza divisa tra chi ritiene che al personale della scuola spetti il risarcimento del danno pari al valore minimo (cinque mensilità), oltre alla misura sostitutiva della reintegrazione²⁶⁸ e chi sostiene che il diritto al risarcimento del danno sia quantificabile in quindici mensilità di retribuzione²⁶⁹ o ad un importo compreso tra le 2,5 e le 6 mensilità²⁷⁰.

Infine, in alcune sentenze di merito il diritto del lavoratore è stato commisurato all'indennità per il termine illegittimo²⁷¹, mentre in altre pronunce alla retribuzione globale di fatto spettante per il periodo compreso tra la messa in mora dell'amministrazione e la sentenza giudiziale²⁷².

²⁶⁷ Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, *MGL*, 2012, 8-9, 645; A. Roma 26 marzo 2012, *ivi*, 648, con note di A. VALLEBONA, *Precari della scuola e risarcimento del danno da termine illegittimo* e M. BONI, *Abuso del contratto a termine nel settore pubblico e risarcimento del danno*; T. Genova 25 marzo 2011, *MGL*, 2012, 4, 268; T. Treviso 28 gennaio 2011, *ivi*, 264; T. Roma 19 maggio 2011, *ivi*, 250; T. Roma 17 maggio 2011, *ivi*, 249; A. Napoli 24 febbraio 2010, *FI*, 2010, I, 1591.

²⁶⁸ A. Genova 9 gennaio 2009, *RIDL*, 2010, II, 133; T. Foggia 5 novembre 2009, *D&L*, 2010, 453; T. Genova 5 aprile 2007, *RIDL*, 2007, 906, con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*.

²⁶⁹ Trib. Roma 19 maggio 2011, *cit.*; Trib. Roma 17 maggio 2011, *cit.*; Trib. Genova 25 marzo 2011, *cit.*

²⁷⁰ A. Catanzaro 12 aprile 2010, *FI*, 2010, I, 1931.

²⁷¹ T. Treviso 28 gennaio 2011, *cit.*

²⁷² T. Trapani 30 gennaio 2007, *LPA*, 2007, 1154; T. Siena 27 settembre 2010, *cit.*

*4.4 Il d.lgs. n. 368/2001 e il recepimento della direttiva comunitaria:
le ragioni giustificatrici e i requisiti di ammissibilità del termine*

All'interno del codice civile, che costituisce il primo riferimento normativo alla tipologia contrattuale in esame, l'art. 2097 ammetteva l'apposizione di un termine al contratto di lavoro in presenza di un requisito di specialità del rapporto o a seguito di una previsione in forma scritta in tal senso, precisando che l'apposizione del termine risultava comunque priva di effetto nel caso in cui fosse stata fatta al solo scopo di eludere le disposizioni che disciplinano il contratto a tempo indeterminato.

La norma proseguiva precisando che laddove la prestazione fosse continuata dopo la scadenza del termine, in assenza di una contraria volontà delle parti, il contratto si sarebbe dovuto considerare a tempo indeterminato.

Inoltre, la disposizione, facendo salva una diversa previsione delle norme corporative, abrogate dal r.d.l. n. 721/1943, chiariva che se il contratto di lavoro fosse stato stipulato per una durata superiore a cinque anni, o a dieci se si trattasse di dirigenti, il contratto si sarebbe dovuto considerare a tempo indeterminato.

Al fine di scongiurare il rischio di un uso fraudolento del ricorso al lavoro a termine, a cui la disposizione codicistica era esposta, la norma fu abrogata dalla legge 28 aprile 1962 n. 230, con la quale fu

introdotta una disciplina più articolata del rapporto, ispirata al principio di eccezionalità di tale tipologia contrattuale, attraverso l'individuazione di particolari ipotesi espressamente previste dalla legge.

Poco dopo l'intervento legislativo, era sorta l'esigenza di un ampliamento del *numerus clausus* delle ipotesi espressamente previste di apposizione del termine, che aveva determinato l'emanazione dell'art. 8 bis, l. n. 79/1983, per le punte stagionali²⁷³; dell'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, per i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità; dell'art. 3 l. n. 196/1997, per i lavoratori interinali; dell'art. 23 l. n. 56/1987, che delegava la contrattazione collettiva ad introdurre delle ipotesi supplementari cd. contratti collettivi autorizzati²⁷⁴.

La rigorosa impostazione vincolistica, introdotta dalla legge 230/62, con le sue successive modificazioni ed integrazioni, fondata sul principio di tassatività, è stata abrogata dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, con il quale si è data attuazione alla direttiva n. 1999/70/CE²⁷⁵.

La disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato è contenuta nel d.lgs. n. 368/2001²⁷⁶, con il quale è stata recepita nel nostro

²⁷³ E. GHERA, *Le punte stagionali di attività*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità nell'organizzazione aziendale*, Milano, 1986, 129; O. MAZZOTTA, *Il lavoro a termine per le punte di attività aziendale*, NGCC, II, 1985, 78; M. ROCCELLA, *Assunzioni a termine per punte stagionali*, DPL, 1987, 2792.

²⁷⁴ C. FILADORO, *I contratti a termine della nuova legge 28 febbraio 1987*, n. 56, LPA, 1987, 1186.

²⁷⁵ G. SANTORO PASSARELLI, *Attuazione della direttiva n. 70/99/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato*, cit., 25 ss.; M. BIAGI, *L'accordo quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, cit., 17;

²⁷⁶ V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 361; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, ADL, 2002, 41 ss.; ID., *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, DRI, 2006, 109

ordinamento la direttiva comunitaria n. 1999/70/CE, che al fine di una valida apposizione del termine al contratto di lavoro richiede il necessario rispetto di requisiti sia di ordine formale che sostanziale.

In particolare, l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, con una clausola generale, consente l'apposizione di un termine ai contratti di lavoro "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", anche se riferite all'ordinaria attività del datore di lavoro, risultanti da un atto scritto e sottoscritto da entrambe le parti, anteriore o contestuale all'inizio del rapporto²⁷⁷.

Possono definirsi ragioni produttive quelle legate all'andamento e agli incrementi della produzione, mentre sono ragioni organizzative quelle connesse alla distribuzione del personale e, più in generale, alle esigenze di funzionalità e di efficienza dell'impresa, infine, costituiscono ragioni sostitutive tutte le esigenze dalle quali derivi una necessità di sostituzione dei lavoratori, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un diritto alla conservazione del posto di lavoro da parte dei lavoratori sostituiti.

L'ampiezza dell'ambito delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro ex art. 1 d.lgs. n. 368/2001 è

ss.; L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, *FI*, 2002, V, 36; M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002; G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. PERSIANI e G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Padova, 2008; G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, *MGL*, 2008, 210; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice annotato con la giurisprudenza e la dottrina*, Napoli, 2010, 149 ss.; F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, vol. II, Napoli, 2012, 44 ss.

²⁷⁷ Cass. 11 dicembre 2012, n. 17674; Cass. 14 dicembre 2001, n. 15801, inedite per quanto consta.

ridimensionata dalla previsione contenuta nel 2° comma, che prevede un onere di specificazione, per cui “il datore di lavoro, sin nella lettera di assunzione, deve enunciare in maniera specifica la ragione giustificatrice del termine e, a tal fine, non sarebbe sufficiente ripetere la generica formulazione normativa”²⁷⁸.

Anche nel contesto normativo delineato dal d.lgs. n. 368/2001, la legittima apposizione del termine ad un rapporto di lavoro presuppone che il datore di lavoro indichi specificatamente le ragioni che la giustificano e, in sede giudiziaria, provi l’effettiva ricorrenza in fatto delle esigenze che legittimano la deroga al principio generale per cui l’ordinario rapporto di lavoro è a tempo indeterminato, nonché il nesso eziologico tra tali esigenze e la stipulazione del singolo contratto a termine²⁷⁹.

Infatti, l’art. 1, comma 39, legge n. 247/2007, modificando il d.lgs. n. 368/2001 ha precisato che il contratto di lavoro subordinato è di regola stipulato a tempo indeterminato, riaffermando in tal modo che il contratto a termine si pone come eccezione a tale regola.

Il principio è stato ribadito dall’ art. 1, comma 9, legge n. 92/2012, secondo cui “il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”. Il vincolo formale prescritto dall’art.1, d.lgs. n. 368/01, viene rispettato solo quando è

²⁷⁸ T. Milano 15 ottobre 2003 e 31 ottobre 2003, *DRI*, 2006, 1, 147; *D&L*, 2003, 937.

²⁷⁹ T. Milano 15 ottobre 2003 e 31 ottobre 2003, cit.

possibile individuare, tanto al lavoratore, quanto al giudice, sia lo specifico settore aziendale interessato e le effettive mansioni assegnate, sia il nesso che unisce la ragione oggettiva all'assunzione a termine, perché la suddetta disposizione dispone un onere di motivazione, che postula necessariamente il riferimento alla situazione concreta integrante la temporaneità dell'occasione lavorativa.

Inoltre, perché sia congrua rispetto al ruolo normativo, la motivazione non può essere generica e astratta, ma deve essere dettagliata, in modo da permettere di appurare se in concreto, ossia in relazione alle singole assunzioni, la ragione sussista effettivamente²⁸⁰.

Per la legittima apposizione di un termine le circostanze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo devono risultare in modo circostanziato e scevro da dubbi nei contratti individuali, poiché in mancanza il termine si intende come non apposto e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato²⁸¹.

L'art. 1 d.lgs. n. 368/2001, dunque, deve essere interpretato, anche alla luce della normativa comunitaria di cui la norma italiana è attuazione, nel senso che il datore di lavoro ha l'onere a monte di

²⁸⁰ T. Milano 11 maggio 2006, *D&L*, 2006, 3, 787; A. Firenze 20 maggio 2005, inedita per quanto consta.

²⁸¹ T. Milano 14 ottobre 2004, *D&L*, 2004, 904; 21 giugno 2002, *ivi*, 2002, 891; T. Roma 2 aprile 2007, n. 6445, *DJ*. In senso conforme T. Bologna 2 dicembre 2004; T. Milano 13 ottobre 2003; 8 agosto 2003; A. Roma 6 giugno 2008; T. Roma 1° febbraio 2008; 25 gennaio 2008; 10 gennaio 2008; 3 febbraio 2005; 12 febbraio 2005, inedite per quanto consta.

specificare e a valle di dimostrare le ragioni a fronte delle quali è consentita la stipulazione di contratti a termine²⁸².

Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, “il d.lgs. n. 368/2001 persegue lo scopo di riposizionare l’equilibrio del sistema, nel contemperamento degli interessi economici e sociali in possibile contrasto nella materia del contratto a tempo determinato, tenendo peraltro fermo il principio, relativo alla centralità del contratto di lavoro a tempo indeterminato, ribadendo che nella tipologia di contratto a termine, le ragioni giustificatrici dell’apposizione di un termine allo stesso, devono essere sufficientemente particolareggiate, in modo da rendere possibile l’effettiva conoscenza della portata delle stesse e il relativo controllo di effettività”²⁸³.

Per cui, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, nel quadro delineato dalla direttiva 1999/70/CE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁸⁴, all’ illegittimità del termine – per mancata indicazione specifica di una sufficiente motivazione – e alla nullità della clausola di apposizione dello stesso, consegue l’invalidità parziale della stessa e l’instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Alla declaratoria di nullità dell’apposizione

²⁸² T. Milano 13 novembre 2003, *DRI*, 2006, 1, 146.

²⁸³ Cass. 16 marzo 2010, n.6328, *GDir*, 2010, 19, 41; *FI*, 2010, I, 6, 1755.

²⁸⁴ C. Giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit., 823.; C. Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, cit.

del termine, il contratto di lavoro resta valido e lo stesso si considera come a tempo indeterminato²⁸⁵.

A tale proposito, la Cassazione ha più volte ribadito che in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale e comunitaria, l'illegittimità del termine e la nullità della clausola di apposizione dello stesso, determina l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato²⁸⁶.

Infatti, l'art. 1, d. lgs. n. 368/2001, che consente l'apposizione del termine "a fronte di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo" rappresenta una norma inderogabile posta a tutela del lavoratore e l'art. 1419, comma 1, c.c., che riconosce rilievo alla volontà delle parti contraenti, non può trovare applicazione "allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore"²⁸⁷.

In applicazione dell'art. 2697 c.c., si può ritenere che la giustificazione in tema di onere probatorio ricada sul datore di lavoro, che in qualità di parte interessata a far valere la validità del termine apposto, dovrà dimostrare la sussistenza delle ragioni giustificatrici,

²⁸⁵ Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, *FI*, 2008, I, 12, 3569, con nota di A. PERRINO; *RIDL*, 2008, II, 4, 891, con nota di A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*; *D&L*, 2008, 3, 889.

²⁸⁶ Cass. 17 ottobre 2001, n. 12697, *FI*, 2001, I, 3515, con nota di A. PERRINO; Cass. 21 novembre 2011, n. 2447, inedita per quanto consta.

²⁸⁷ C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, *GI*, 1993, I, 1, 277. Per il part-time v. C. cost. 15 luglio 2005, n. 283, *GC*, 2006, I, 9, 1695.

che devono avere carattere necessariamente temporaneo e non arbitrario, in modo da rendere chiaro il motivo specifico che ha determinato la stipulazione di un contratto di lavoro a tempo determinato.

Ne consegue che in caso di contestazione il datore di lavoro non potrà limitarsi al generico riferimento alle motivazioni indicate nella norma di legge, ma è tenuto a dimostrare la loro sussistenza in concreto²⁸⁸.

In questa chiave di lettura antifraudolenta può comprendersi anche la prescrizione legale del successivo comma 2, dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, che prevede che le causali giustificatrici devono essere dettagliatamente specificate direttamente o indirettamente in un atto scritto dal quale risulti l'apposizione del termine, altrimenti priva di ogni effetto.

La forma scritta, richiesta dalla legge *ad substantiam*²⁸⁹, svolge un'ineliminabile funzione protettiva degli interessi del lavoratore contraente debole. Infatti, la norma precisando che il termine è privo di effetto qualora non risulti da atto scritto e sottoscritto da entrambe le parti, anteriore o contestuale all'inizio del rapporto²⁹⁰, comporta la

²⁸⁸ T. Milano, 25 novembre 2004, *D&L*, 2005, 152.

²⁸⁹ Cass. 1 marzo 1986, n. 1317, *DPL*, 1986, 1526. In dottrina si veda A. DE LUNA, *La forma del contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, Torino, 2002, 53 ss.; M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 79 ss.

²⁹⁰ Cass. 11 dicembre 2002 n. 17674, *MGL*, 2003, 145 ss., con nota di C. TIMELLINI, *Alcuni spunti critici sui requisiti formali del nuovo contratto a termine*; Cass. 14 dicembre 2001, n. 15801, www.dplmodena.it.

conversione del contratto che ne sia privo, in un rapporto a tempo indeterminato dalla sua stipulazione²⁹¹.

La scrittura, tuttavia, non è ritenuta necessaria qualora si tratti di lavoro puramente occasionale che non superi i dodici giorni²⁹², nonché nei settori del turismo e dei pubblici esercizi, per l'esecuzione di particolari servizi di durata non superiore a tre giorni.

Infine, entro cinque giorni lavorativi, dall'inizio del rapporto, il datore di lavoro è tenuto a consegnare al lavoratore una copia dell'atto scritto²⁹³, anche se la mancata o intempestiva consegna dell'atto non determina l'invalidità o l'inefficacia del termine apposto²⁹⁴.

Trattasi comunque di un requisito formale che va tenuto distinto rispetto all'obbligo di informativa delle condizioni essenziali del rapporto di lavoro, contemplato dalla direttiva 91/533/CE, a cui il datore di lavoro deve ottemperare entro il termine di trenta giorni.

4.5 Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive al vaglio delle Corti nazionali e comunitarie

Il legislatore italiano ha perseguito l'obiettivo previsto dalla direttiva comunitaria con l'introduzione di limiti causali per i rinnovi o le proroghe, con la previsione di un tetto massimo di durata dei rapporti

²⁹¹ Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, *RIDL*, 2002, 762; Cass. 28 gennaio 1987, n. 832, *FI*, 1988, 3051; Cass. 12 novembre 1993, n. 11173, *DPL*, 1994, 304; Cass. 13 febbraio 1988, n. 1571, *GCM*, 1988.

²⁹² Cass., 21 maggio 2002, n. 7468, *FI*, 2002, 1.

²⁹³ Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, *GLav*, 2003, 7, 12 ss.

²⁹⁴ Cass. 2 marzo 1994, n. 2047, *MGL*, 1994, 155.

a tempo determinato tra due stessi soggetti contrattuali²⁹⁵ ed infine estendendo la regola generale di causalità del lavoro a tempo determinato anche al caso di prima apposizione di un termine al rapporto di lavoro.

Al riguardo la giurisprudenza comunitaria a partire dalla sentenza *Mangold*²⁹⁶ ha precisato che la clausola 5 dell'accordo quadro mira a «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», ma non trova applicazione nel caso di primo e unico contratto di lavoro.

La normativa italiana, invece, sembra recepire le preoccupazioni espresse da chi ritiene che la disposizione assume rilievo ai fini dell'interpretazione sistematica dell'intero accordo quadro e che la stessa preferenza espressa nel suo preambolo per il rapporto a tempo indeterminato lascerebbe propendere per l'applicazione del vincolo delle ragioni oggettive anche per il primo contratto a termine²⁹⁷.

In particolare il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, adottato in attuazione della direttiva n. 99/70 del 28 giugno 1999, ha abrogato la precedente disciplina vincolistica, fondata sul principio di tassatività, che

²⁹⁵ M. CASOLA, *Com'è possibile abusare*, cit., 547.

²⁹⁶ C. Giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit., 823.

²⁹⁷ O. BONARDI, *Le clausole di non regresso*, cit., 250; G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'unione europea*, vol. II, Milano, 2001, 295; M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, 41 ss.; A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, 68; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, *DRI*, 2003, 225; A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, cit., 15.

individuava e tipizzava le ipotesi nelle quali era lecita l'apposizione del termine, come lavori stagionali, sostituzione dei lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, esecuzione di opere straordinarie ed occasionali non rientranti nella normale attività dell'impresa, specifici spettacoli radiofonici o televisivi, lavori nei settori del commercio e del turismo.

Il d.lgs. 368/01 consente, invece, all'art. 1, *«l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»*, pur ribadendo che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.

Per quanto concerne le ragioni sostitutive, il d.lgs. n. 368 del 2001 ha abrogato l'art. 1, comma 2, lett. b), della legge n. 230 del 1962, che tra le ipotesi espressamente contemplate prevedeva l'assunzione per sostituzione di lavoratori assenti per i quali sussistesse il diritto alla conservazione del posto, sempre che nel contratto di lavoro a termine fosse indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.

Al contrario, l'art. 1 del d.lgs. n. 368 subordina la possibilità di ricorrere al lavoro a termine per ragioni sostitutive al solo obbligo di indicare per iscritto tali ragioni.

In tale contesto il Tribunale di Trani ha rimesso la questione di legittimità alla Corte costituzionale²⁹⁸ per eccesso di delega, ex artt. 76 e 77 Cost, ritenendo che il legislatore delegato nel dettare le ipotesi di accesso al contratto a termine per ragioni sostitutive ha eliminato la condizione della specificazione del nome del soggetto sostituito senza esservi delegato.

La Corte costituzionale²⁹⁹, tuttavia, ha ritenuto infondata la questione di legittimità ed ha negato i profili di innovatività della nuova normativa, affermando che quando l'assunzione a tempo determinato avvenga per ragioni di carattere sostitutivo, devono comunque risultare per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e le ragioni della sostituzione, sicché non sussiste la denunciata violazione dell'art. 77 cost. né quella dell'art. 76 Cost., perché non è stata determinata una diminuzione nella tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime.

Così interpretata la disposizione verrebbe meno anche il rischio prospettato dal Tribunale di Trani, con una separata ordinanza di pregiudizialità rivolta alla Corte di Giustizia, di contrasto con l'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la

²⁹⁸ T. Trani 21 aprile 2008, n. 434, *RIDL*, 2008, II, 55. Sul punto si veda V. DE MICHELE, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, *LG*, 2008, 705 ss.

²⁹⁹ C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, *DRI*, 2009, 3, 736 con nota di A. BOLLANI, *La disciplina del lavoro a termine di fronte alla Corte Costituzionale*; *RIDL*, 2009, II, 870. Per un commento della sentenza v. G. FERRARO, *A proposito della sentenza n. 214/2009 sul lavoro a termine*, *DLM*, 2009, 433 ss.; T. VETTOR, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 214 del 2009*, *ADL*, 2009, 1049 ss.

quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire un motivo valido per ridurre il livello di tutela già goduto dai lavoratori.

Sul punto la Corte di Giustizia³⁰⁰ ha precisato che le modifiche di una normativa nazionale non costituiscono una «riforma *in peius*» del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato ai sensi della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro, qualora esse riguardino una categoria circoscritta di lavoratori, costituita da coloro che sono stati assunti per ragioni sostitutive, oppure siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela, come quelle preventive contro l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi e quelle volte a vietare le discriminazioni esercitate contro lavoratori che abbiano concluso tale tipo di contratto.

L'orientamento dominante poi nella giurisprudenza di merito, manifesta la tendenza ad accogliere gli elementi della disciplina normativa previgente, ritenendo necessaria l'indicazione all'interno del contratto del lavoratore sostituito e delle ragioni della sua assenza³⁰¹.

³⁰⁰ C. Giust., 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, *RIDL*, 2010, II, 1042, con nota di L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*; *D&L*, 2010, 3, 729; *FI*, 2010, IV, 541, con nota di A. PERRINO; *DRI*, 2010, 4, 1224, con nota di L. CORAZZA, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*.

³⁰¹ A. Bari 9 ottobre 2007, *RGL*, 2008, II, 393; T. Milano 4 maggio 2004, inedita per quanto costa; contra, T. Firenze 23 aprile 2004, *RIDL*, 2005, II, 194 ss.; T. Roma 13 luglio 2005, *RGLnews*, 2006, 17. In dottrina L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, *RIDL*, 2006, II, 327, ss.; M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 45 ss. Con particolare riferimento alla sostituzione di personale in ferie si vedano le tre sentenze gemelle A. Milano 29 giugno 2007, inedite per quanto consta,

La giurisprudenza di legittimità, invece, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di assunzioni a termine da parte di Poste Italiane S.p.A., nelle quali mancava l'indicazione del nome dei lavoratori sostituiti, ha introdotto un'innovativa distinzione tra realtà aziendali elementari e complesse.

Infatti, dopo aver ribadito l'insufficienza della sola indicazione delle ragioni sostitutive, la Cassazione³⁰² nelle note sentenze “gemelle” afferma che nelle situazioni aziendali complesse, in cui la sostituzione non è riferita ad una singola persona, ma ad una funzione produttiva specifica, occasionalmente scoperta, l'apposizione del termine deve considerarsi legittima se risulti integrata dall'indicazione di elementi ulteriori, come l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro, che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire anche se non identificati nominativamente.

In questo modo anche la giurisprudenza di legittimità³⁰³, pur abbandonando un criterio di tipo formalistico conferma l'obbligo del

secondo cui il datore di lavoro è tenuto a provare la correlazione tra l'assenza per ferie e l'assunzione a termine, rendendo esplicitamente nota nel contratto la ragione della sostituzione.

³⁰²Cass. 26 gennaio 2010, n. 156 e 157; *GC*, 2010, 553; *DRI*, 2010, 2, 460, con nota di S. CIUCCIOVINO, *La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro*; *RIDL*, 2010, II, 742, con nota di V. DURAZZO, *L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive nel contratto a termine al vaglio della Corte di Cassazione*.

³⁰³ In senso conforme v. Cass. 7 luglio 2011, n. 14990, *DG* online 2011; 25 gennaio 2011, n. 1724, *GDir*, 2011, 14, 59; 15 dicembre 2011, n. 27058, *DJ*. Nella giurisprudenza di merito v. T. Bari 3 aprile 2007, n. 107, inedita per quanto consta.

datore di lavoro di dimostrare l'effettività delle esigenze aziendali mediante la corrispondenza quantitativa tra le assunzioni a termine e le scoperture di organico.

Tale orientamento ha trovato successivamente accoglimento in una recente sentenza della Corte costituzionale³⁰⁴ che, dopo aver ribadito l'infondatezza della questione di legittimità, ha precisato che non sussiste lesione dell'art. 3 Cost., non potendosi ravvisare alcuna discriminazione dei lavoratori subordinati assunti a termine per esigenze sostitutive da imprese di grandi dimensioni rispetto a quelli assunti alle dipendenze di piccole imprese, poiché in entrambi i casi il datore di lavoro deve formalizzare rigorosamente per iscritto le ragioni sostitutive nella lettera di assunzione a tempo determinato.

Tutte le sentenze esaminate dimostrano, pertanto, che il dialogo delle Corti nazionali e comunitarie converge verso un medesimo obiettivo, che consiste nell'assegnare all'onere di specificazione delle ragioni sostitutive una funzione di contenimento dell'uso arbitrario ed indiscriminato di tale tipologia contrattuale³⁰⁵.

4.6 Il contratto a termine "acausale" e le ipotesi previste dalla contrattazione collettiva

³⁰⁴ C. cost. 29 maggio 2013, n. 107, *FI*, 2013, I, 237; *RIDL*, 2013, II, 790.

³⁰⁵ V. DURAZZO, *L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive*, cit., 752.

Con l'intento di agevolare le esigenze di flessibilità dei datori di lavoro, la c.d. Riforma Fornero, l. n. 92/2012³⁰⁶, ha introdotto per le ipotesi di prima apposizione del termine ad un rapporto di lavoro, di durata non superiore a dodici mesi, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato, l'esenzione dall'obbligo di indicare le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro.

Al riguardo, il Ministero del lavoro ha precisato che il contratto "acausale" non può avere luogo laddove tra le stesse parti sia già intercorso un rapporto di lavoro subordinato, mentre invece la stipulazione non incontra limitazioni qualora siano intercorsi pregressi rapporti di natura autonoma³⁰⁷.

La l. n. 92/2012, aveva inoltre disposto che il contratto a termine in esame non potesse essere prorogato, introducendo un comma 2-bis

³⁰⁶ V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 28 ss.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, *RIDL*, 2012, I, 580; L. MENGhini, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della Riforma Fornero*, *LPA*, 2012, 965; G. FALASCA, *Guida pratica riforma del lavoro*, *Il sole24Ore*, 2012, 13; P. TULLINI, *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2010, 3, 481 – 498; L. MENGhini, *Contratto a termine: nuove regole*, in F. CARINCI E M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, *D&L*, suppl., 2012, 93 ss.; G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Riforma del lavoro*, *GLav*, suppl., 2012, 2012, 27 ss.; G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. PELLACANI (a cura di), *La Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 49 ss.; V. SPEZIALE, *La Riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 153/2012, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp., 1 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 13

ss.

³⁰⁷ Ministero del lavoro, circolare del 22 aprile 2013, n. 37.

all'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, successivamente soppresso dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76³⁰⁸, venendo così meno il divieto di proroga nel limite complessivo dei dodici mesi di durata.

Il legislatore con la l. n. 92/2012 aveva altresì demandato alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere la possibilità di omettere le ragioni giustificatrici nel caso in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenisse nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente.

Con una formulazione più ampia, il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, ha precisato che l'indicazione delle ragioni non è necessaria in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale³⁰⁹.

³⁰⁸ A. BOSCO, A. POMPEI, *Contratto a tempo determinato*, in *La nuova riforma del lavoro*, *Il Sole 24 ore*, 2013, 11 ss.; M. GIARDETTI e G. AUSILI, *Legge Giovannini: le ultime novità in materia lavoro*, Milano, 2013, 10 ss.

³⁰⁹ La bozza del decreto legge predisposto dal Governo Renzi prevede che il datore di lavoro potrà sempre instaurare rapporti a termine senza causale, nel limite di durata massima di trentasei mesi, prorogando il contratto a termine in corso di svolgimento fino ad un massimo di otto volte. V. D. COLOMBO, C. TUCCI, M.C. DE CESARI, *Contratti, fino a otto rinnovi senza causale*, *Il Sole 24 Ore*, 2014, 73, 3.

Sul punto il Ministero del lavoro³¹⁰ ha puntualizzato che la disciplina così introdotta dalla contrattazione collettiva va ad integrare la disciplina legislativa, con la conseguenza che i contratti collettivi potranno anche derogare al divieto di apposizione nel caso di rapporti pregressi, prevedendo altresì una durata massima superiore a dodici mesi.

4.7 La proroga del termine apposto, la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza e la successione di contratti a tempo determinato

A norma dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 il contratto a termine può essere prorogato rispetto alla scadenza inizialmente pattuita, purché vi sia il consenso del lavoratore, la proroga avvenga una sola volta, a condizione che sia richiesta da ragioni obiettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

Ne consegue il carattere di eccezionalità di tale istituto, rilevabile *ictu oculi*, in applicazione dei principi sanciti dalla clausola n. 5, comma 1, dell'accordo quadro recepito dalla direttiva n. 1999/70/CE che, per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, impone agli Stati membri, che non dispongono di misure equivalenti, di stabilire: a) ragioni obiettive

³¹⁰ Ministero del lavoro, circolare del 29 agosto 2013, n. 35.

per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti; b) una durata massima totale degli stessi; c) un numero complessivo di rinnovi.

In tale contesto, l'art. 4, d.lgs. n. 368/2001, prevede che, affinché la proroga³¹¹ sia legittima, vi sia il consenso del lavoratore e che essa riguardi lo svolgimento della stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

Inoltre, la durata complessiva del rapporto di lavoro, ossia del contratto iniziale sommata alla durata della proroga non potrà essere superiore a tre anni.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato che “il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, eccezionalmente prorogato, non più di una volta e per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale, quando la proroga sia richiesta da esigenze contingenti e imprevedibili e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato”³¹².

Ai sensi poi del successivo comma 2, dell'art. 4, d.lgs. n. 368/2001, l'onere della prova relativa alla obiettiva esistenza delle ragioni che

³¹¹ M. G. MATTAROLO, *Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine. D.lgs. n. 368/2001*, Milano, 2002, 108 ss.; P. BOZZAO, *L'estensione del lavoro a termine oltre il primo contratto: la nuova disciplina*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 110 ss.; G. CIAMPOLINI, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, *MGL*, 2001, 1084; L. CACCIAPAGLIA, E. DE FUSCO, *Requisiti, forma e sanzioni per la proroga*, *GLav*, 2001, 41, 31 ss.; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice annotato con la giurisprudenza e la dottrina*, cit., 164; F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 44 ss.

³¹² Cass. 16 aprile 2008, n. 9993, *MGC*, 2008, 4, 589; Cass. 23 novembre 2006, *ivi*, 2006, 11; Cass. 21 novembre 2006, *ivi*, 2006, 11; Cass. 10 settembre 2010, n. 19365, *ivi*, 2010, 10, 1284.

giustificano l'eventuale proroga del termine è a carico del datore di lavoro, il quale resterà assoggettato al principio secondo cui "*actore non probante, reus absolvitur*".

Pertanto, la prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza in assenza di una valida proroga comporta la trasformazione del contratto in un rapporto di lavoro *sine die*.

In particolare, com'è stato precisato nella circolare n. 42/2002 del Ministero del Lavoro per aversi "ragioni oggettive" deve trattarsi di ragioni economiche ed organizzative che, per eventi sopravvenuti indipendenti dalla volontà dell'imprenditore, richiedono la proroga del termine.

La necessità che si tratti della stessa attività lavorativa implica che la proroga è condizionata al verificarsi di un'occasione di lavoro identica a quella iniziale, ovvero provocata dalle stesse esigenze dell'impresa che hanno determinato l'assunzione iniziale.

L'illegittimità della proroga e quindi la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine è regolata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 368/2001³¹³ - che peraltro per espressa previsione legislativa non è soggetto ai nuovi termini di impugnazione, introdotti dall'art. 32, l. n. 183/2010, così come modificata dalla l. n. 92/2012 - che prevede il

³¹³ Sulle differenze con la disciplina prevista previgente M. ROCCELLA, *Contratto a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, DPL, 1997, 2353; L. DE ANGELIS, *Contratto a termine e sanzioni tra diritti speciali e diritto comune*, QL, 2000, 23, 41; L. MONTUSCHI, *La riforma del contratto a termine. Un caso di bricolage normativo*, ADL, 1997, 1 ss.

diritto del lavoratore ad una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno lavorativo eccedente il termine originario od eventualmente prorogato del contratto, fissando l'importo di tale emolumento aggiuntivo nel 20% della retribuzione per i primi dieci giorni, e nel 40% per i giorni ulteriori.

Alla sanzione economica si accompagna quella giuridica prevista dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art.1, l. n. 92/2012³¹⁴, che stabilisce che se il rapporto di lavoro prosegue oltre il trentesimo giorno dalla scadenza, per contratti di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il cinquantesimo giorno, per i contratti ultrasemestrali, il rapporto di lavoro deve intendersi a tempo indeterminato a partire dalla scadenza del termine medesimo.

In caso di prosecuzione del rapporto a termine, il d.l. n. 76/2013³¹⁵, a decorrere dal 28 giugno 2013, data della sua entrata in vigore, ha abolito l'obbligo per il datore di lavoro di darne comunicazione al Centro per l'impiego territorialmente competente.

³¹⁴ V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012*, cit., 28 ss.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata*, cit., 588 ss.; G. FALASCA, *Guida pratica riforma del lavoro*, cit., 13; P. TULLINI, *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, cit., 481 ss.; L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, cit., 93 ss.; G. FALASCA, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., 27 ss.; G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 49 ss.; V. SPEZIALE, *La Riforma del contratto a termine*, cit., 1 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 13 ss.

³¹⁵ A. BOSCO, A. POMPEI, *Contratto a tempo determinato*, cit., 11 ss.; M. GIARDETTI e G. AUSILI, *Legge Giovannini: le ultime novità in materia lavoro*, cit., 10 ss.

Il Ministero del lavoro ha però precisato che la prosecuzione oltre il termine di franchigia viene considerata come prestazione “in nero”, con applicazione della maxi sanzione³¹⁶.

Per quanto concerne invece la successione di contratti a termine, l’art. 5, comma 3, d.lgs. n. 368/2001, riconosce la possibilità che un lavoratore venga riassunto dal medesimo datore di lavoro a tempo determinato, a condizione che tra la scadenza del primo contratto e la stipulazione di quello successivo intercorra un arco temporale pari a dieci o venti giorni a seconda della durata iniziale fino a sei mesi o superiore a sei mesi.

Al riguardo la l. n. 92/2012, al fine di scongiurare un utilizzo di tale tipologia contrattuale in *fraudem legis*, aveva stabilito che le cd. “pause intermedie” dovessero essere rispettivamente di sessanta e novanta giorni, ma il d.l. 28 giugno 2013 n. 76, convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 99, ha modificato nuovamente la disposizione in esame, reintroducendo un intervallo temporale pari a dieci e venti giorni a seconda della durata *infra* o *ultra* semestrale del contratto a termine scaduto.

Il Ministero del lavoro³¹⁷ ha puntualizzato che l’obbligo di rispettare la “pause intermedie” trova applicazione a prescindere dalla causale,

³¹⁶ Ministero del lavoro, circolare del 22 aprile 2013, n. 37.

³¹⁷ Ministero del lavoro, circolare del 22 aprile 2013, cit.

anche in caso di maternità, con la sola eccezione dei lavoratori in mobilità.

Tuttavia, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 99/2013, che ha convertito il d.l. n. 76/2013, l'immediata riassunzione a termine è consentita nel caso delle attività stagionali, di cui al D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 e in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ai quali è demandata la facoltà di abbreviare e finanche azzerare gli intervalli temporali.

L'art. 5, comma 4, infine, disciplina la successione di contratti a termine tra i medesimi soggetti senza soluzione di continuità, che ricorre quando il datore di lavoro riassume lo stesso lavoratore a tempo determinato senza rispettare alcun intervallo temporale tra le due assunzioni, prevedendo la sanzione della conversione retroattiva del secondo contratto in un rapporto in lavoro subordinato a tempo indeterminato a partire dalla stipulazione del primo contratto.

In tutte le ipotesi di trasformazione del contratto a termine in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, alla conversione si accompagna, in ogni caso, il risarcimento del danno secondo i parametri di cui all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010,

attraverso il pagamento di un'indennità economica omnicomprensiva nella misura massima consentita dalla legge.

La legge n. 247/07³¹⁸, parzialmente modificata dall'art. 21, l. n. 133/2008, ha poi previsto la sanzione della trasformazione in un contratto a tempo indeterminato qualora, in caso di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, venga superato il limite di trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, lasciando però salva una possibilità di deroga in presenza «diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Il divieto pertanto non trova applicazione in caso di successiva adibizione a mansioni superiori, inferiori o comunque non equivalenti rispetto a quelle oggetto del precedente contratto³¹⁹.

Nel computo dei trentasei mesi vengono conteggiati anche gli eventuali periodi di interruzione e a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012, devono essere considerati anche i periodi di somministrazione a tempo determinato e il primo contratto a termine “acausale” di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra il

³¹⁸ L. MENGHINI, *Il contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato 2008*, Milano, 2008, 249; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la l. n. 247/2007*, *RIDL*, 2008, I, 181-225; G. FERRARO, *Il contratto a termine rivisitato*, *ADL*, 2008, 89.

³¹⁹ Sulla nozione di equivalenza di mansioni Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, *RIDL*, 2006, 381, con nota di M. CATTANI, *Puntualizzazioni sullo ius variandi del datore di lavoro e sulla limitazione desumibile dalle declaratorie contrattuali*; *GCM*, 2006, 1; Cass. 12 aprile 2005, n. 7453, *GCM*, 2005, 4; *D&G*, 2005, 25, 44; Cass. 11 aprile 2005, n. 7351, *GCM*, 2005, 4; *D&G*, 2005, 30, 47.

medesimo datore di lavoro e lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti.

Una procedura derogatoria al limite massimo dei trentasei mesi è stata introdotta con la legge 247/2008³²⁰, con cui il legislatore ha previsto la possibilità di stipulare, fra le stesse parti, un successivo contratto a termine per una sola volta e per una durata da definirsi con avvisi comuni delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, purché la stipula avvenga innanzi alla direzione provinciale del lavoro competente, con l'assistenza di un rappresentante di una delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato.

4.8 Il principio di non discriminazione e le tutele riconosciute al lavoratore a termine

Nello svolgimento del rapporto di lavoro assume un rilievo centrale l'art. 6, d.lgs. 368 che, dando attuazione alla clausola 4, dell'accordo quadro concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva n. 99/70, che sancisce un principio generale di non discriminazione, prevede a carico del datore di lavoro un obbligo di pari trattamento economico e

³²⁰ L. MENGHINI, *Il contratto a tempo determinato*, cit., 249 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la l. n. 247/2007*, cit., 181 ss.; G. FERRARO, *Il contratto a termine rivisitato*, cit., 89 ss.

normativo tra i lavoratori assunti a termine e quelli assunti a tempo indeterminato³²¹.

Il legislatore comunitario assume come termine di paragone i lavoratori comparabili, intendendosi tali quei lavoratori che appartengono allo stesso stabilimento del datore di lavoro, inquadrati nel medesimo livello ed addetti ad attività similari. In mancanza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto viene effettuato con riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali.

La disciplina nazionale, in realtà, si riferisce alle ferie, alla gratifica natalizia, al trattamento di fine rapporto e ad ogni altro trattamento in atto nell'impresa, rinviando, a tal fine alle disposizioni contenute nella contrattazione collettiva, che può altresì introdurre delle disparità di trattamento in ragione del carattere eccezionale e transitorio dell'attività lavorativa espletata³²².

In ogni caso, sono esclusi quei trattamenti incompatibili con la natura del contratto a termine, essendo legati ad una determinata durata del rapporto e comunque anche i trattamenti indicati sono pur sempre

³²¹ M. RENDINA, *Il principio di non discriminazione nelle direttive europee sul part-time e sul contratto a termine*, MGL, 2000, 39; M. MOBIGLIA, *Principio di non discriminazione*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, 171; M. MARINELLI, *Il principio di parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 93; G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice annotato con la giurisprudenza e la dottrina*, cit., 172; F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 44 ss.

³²² Cass. 27 aprile 1983, n. 2891, *GI*, 1984, I, 310.

dovuti in proporzione al periodo lavorativo prestato, in ossequio al principio del *pro rata temporis*.

All'inosservanza dei suddetti obblighi consegue la responsabilità contrattuale del datore di lavoro per inadempimento delle relative obbligazioni e l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 12, d.lgs. 368/01.

L'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, disciplina la formazione antinfortunistica, prevedendo che il lavoratore assunto a termine debba ricevere una formazione sufficiente ed adeguata per prevenire i rischi per la sicurezza e la salute, legati all'esecuzione della prestazione e alle caratteristiche delle mansioni svolte, demandando ai contratti collettivi la possibilità di stabilire modalità volte ad agevolare l'accesso dei lavoratori a termine verso nuove opportunità, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale³²³.

L'art. 9, d.lgs. n. 368/2001, disciplina il cd. obbligo di informazione a favore dei lavoratori e delle rappresentanze sindacali assicurando la partecipazione dei lavoratori alla gestione aziendale e la democratizzazione dei processi produttivi.³²⁴

Trattasi di un obbligo riconducibile ai principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, di cui agli art.1175 e1375

³²³ La disposizione in esame, tuttavia, riprende quanto già previsto dalla disciplina previgente, di cui all'art. 22, d. lgs. n. 626/1994. Sul punto si veda R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 158; M. BIAGI, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, DRI, 1996, 75.

³²⁴S. GRASELLI, *la partecipazione dei lavoratori alla gestione aziendale*, DPL, 1994, 1047.

c.c., a cui corrisponde un diritto soggettivo dei lavoratori di ricevere adeguate informazioni³²⁵, oggetto del quale sono innanzitutto i posti vacanti disponibili in azienda e tutte le informazioni che possano consentire ai sindacati l' utilizzo della tipologia contrattuale in esame. La disposizione demanda ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi il compito di stabilire le modalità con le quali devono essere rese tali informazioni.

L'art. 8, d.lgs. n. 368/2001, invece, stabilisce la computabilità dei lavoratori assunti a tempo determinato ai fini della determinazione dell'organico aziendale per lo svolgimento dell'attività sindacale sui luoghi di lavoro, di cui all'art. 35, l. 300/70 (v. art. 8, d.lgs. 368/01), soltanto se il termine apposto al contratto abbia una durata superiore a nove mesi.

Quanto poi alla disciplina dei licenziamenti individuali trovano applicazione le disposizioni previste dalla legge 108/90, in base alle quali rientrano nel computo tutti i lavoratori a termine necessari al regolare svolgimento del ciclo produttivo, che fanno parte della normale occupazione dell'impresa³²⁶.

³²⁵V. FILÌ, *Gli obblighi di informazione ai lavoratori e alle rappresentanze*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, Milano, 2002, 160.

³²⁶Cass. , 20 gennaio 2000, n. 609, *NGL*, 2000, 356; Cass. 29 luglio 1998, n. 7448, *GC.*, 1999, I, 341. In dottrina si veda C. CESTER, *Criteri di computo dei lavoratori*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del rapporto*, cit., 154.

Per quanto riguarda invece il computo di questi lavoratori ai fini dell'applicabilità della disciplina dei licenziamenti individuali, valgono invece le disposizioni previste dalla legge 108/90, che vengono interpretate nel senso di valutare i lavoratori a tempo determinato secondo il criterio della normale occupazione dell'impresa, con conseguente inclusione nel computo di quelli necessari al regolare svolgimento del ciclo produttivo.

Comunque ai lavoratori a tempo determinato è assicurata la stabilità del posto di lavoro, non potendo il datore di lavoro recedere *ante tempus* per giustificato motivo, riferendosi l'art. 1, l. n. 604/1966, espressamente ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, salva la possibilità di recesso prima della scadenza del rapporto, qualora si verifichi una giusta causa di licenziamento, ex art. 2119 c.c., tale da non consentire una prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto.

L'art. 10 d.lgs. n. 368/2001, consente la possibilità di ricorrere a tale tipologia contrattuale anche nei confronti dei dirigenti, fissando in cinque anni il limite massimo di durata del contratto³²⁷.

Al fine di contemperare tra le istanze di flessibilità delle imprese e quelle di contenimento del ricorso a tale tipologia contrattuale, la disposizione introduce poi le cd. clausole di contingentamento³²⁸, con

³²⁷ F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, MGL, 2001, 1089; Cass. 12 settembre 2002, 13326, DG, 2002, 64.

³²⁸ In dottrina si veda P. SARACINI, *Il contratto di lavoro a termine: dalla legge alla contrattazione collettiva*, LD, 1997, 112 ss.; M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro* 150

cui domanda alla contrattazione collettiva la previsione di precisi limiti percentuali nelle assunzioni a termine, prevedendo però alcune ipotesi di rapporti esenti³²⁹.

Infine, l'art. 1, commi 40 e 41, l. n. 247/2007, ha inserito nell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, il comma 4 *quater*, che riconosce una sorta di prelazione legale nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro nei successivi dodici mesi al lavoratore che abbia prestato quelle stesse mansioni per un periodo superiore a sei mesi.

La disposizione richiede però che le mansioni in questione siano identiche ed il lavoratore eserciti il diritto di precedenza nel termine di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto.

La disciplina legislativa previgente, invece, si riferiva ai soli lavoratori occupati in attività stagionali, alle quali è ora dedicato il successivo comma 4 *quinquies*, purché le nuove assunzioni riguardino lo svolgimento delle medesime attività, a prescindere dalla natura equivalente delle mansioni espletate e sempre che il lavoratore manifesti la volontà di avvalersene entro il termine di tre mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

atipici, GDLRI, 1990, 545; R. COSIO, *Contratto a termine: flessibilità amministrative e flessibilità contrattate*, DPL, 1987, 2037; P. POZZAGLIA, *Esclusioni, discipline specifiche ed esenzioni nella nuova disciplina del contratto di lavoro a termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 216 ss.; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P. A.VARESI, M.ROCCELLA, *Le assunzioni - Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, 150.

³²⁹ Sul punto è intervenuto il legislatore con l'art. 1, comma 41, l. n. 247/2007, restringendo le ipotesi di rapporti esenti dalle limitazioni quantitative fissate dai contratti collettivi.

Il diritto di precedenza³³⁰, inoltre, si prescrive entro il termine di prescrizione breve di un anno, salva la facoltà espressamente riconosciuta alla contrattazione collettiva di derogare alle disposizioni in materia.

Per ciò che attiene alle conseguenze derivanti dalla violazione della disposizione in esame, secondo l'orientamento dominante³³¹, consolidatosi sotto il vigore della normativa previgente, il lavoratore pretermesso ha diritto al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale, ex art. 1223 c.c., con esclusione della sanzione conservativa della costituzione coattiva del rapporto.

³³⁰ V. FILÌ, *Il diritto di precedenza*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del rapporto*, cit., 205; L. MENGHINI, *La precedenza nelle riassunzioni*, *DLRI*, 2000, 167; M. FRANCO, *Contratto a termine e diritto di precedenza nell'assunzione*, *RIDL*, 1994, II, 106.

³³¹ P. Frosinone 27 aprile 1993, *RGL*, 1994, II, 439; P. Siracusa, 5 dicembre 1994; P. Milano, 20 febbraio 1998; A. Roma, 23 agosto 2005, inedite per quanto consta.

Capitolo V

Le sanzioni nei contratti a tempo determinato tra ordinamento europeo e nazionale

5.1 Il nuovo regime di decadenza per l'impugnazione dei contratti a termine

Il disegno di legge n. 1441-*quater*, noto come “Collegato lavoro”³³², alla legge di bilancio, dopo due anni di svariati passaggi alla Camera ed al Senato, il 4 novembre 2010 è giunto finalmente alla sua approvazione definitiva.

La legge n. 183 del 2010 è stata anche definita come provvedimento *omnibus*³³³, perché nella sua spola parlamentare è stata arricchita da numerose tematiche, tra le quali una delle più significative è senz'altro rappresentata dall'introduzione di una nuova disciplina per il lavoro a tempo determinato, in particolare per ciò che concerne il regime delle impugnazioni e delle conseguenze dell'illegittimità del termine apposto al contratto.

L'attenzione dedicata alla materia manifesta la volontà del legislatore di intervenire su un contenzioso rilevante, prevedendo una tempistica precisa, in grado di neutralizzare l'inerzia spesso “astuta” del lavoratore, tesa a differire l'introduzione del giudizio, tipica delle

³³² V. ALLOCCA, *Le novità del Collegato lavoro e la normativa sul contratto a termine: il nuovo regime delle impugnazioni e il sistema sanzionatorio*, DML, 1-2, 2011, 229.

³³³ A. ZAMBELLI, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, GLav, 2010, 39; C. A. NICOLINI, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, RIDL, 2013, 609.

controversie nelle quali il danno risarcibile aumenta con il decorso del tempo.

Al fine di arrestare tale *speculazione*³³⁴, il Collegato lavoro ha esteso il nuovo regime di impugnazione dei licenziamenti, introdotto dall'art. 32, comma 1 e successivamente modificato dalla l. n. 92/2012 ai “licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto”³³⁵.

La disposizione, come ormai è ben noto, riscrive il primo ed il secondo comma dell'art. 6 delle l. n. 604/1966, introducendo un onere di impugnativa del recesso datoriale che si articola in due fasi distinte: impugnato il licenziamento a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione con qualsiasi atto scritto, l'impugnazione diviene inefficace qualora non sia seguita entro il successivo termine di centottanta giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

³³⁴ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, MGL, 2010, 210, sostiene che le disposizioni del Collegato lavoro hanno finalmente arrestato questa speculazione, prevedendo che il giudizio venga introdotto entro un termine ragionevole. Nello stesso senso si veda E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, MGL, 2010, 872, secondo i quali non si può certo negare che attraverso una riduzione dei tempi della lite, il legislatore ha inteso operare una sorta di riequilibrio di taluni aspetti del sistema, giudicati troppo sbilanciati in favore della c.d. parte debole.

³³⁵ E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento*, op. cit., 871, evidenziano che la disposizione, equiparando al licenziamento la scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro, interviene su un indirizzo consolidato in giurisprudenza, che ha qualificato l'azione per la dichiarazione di invalidità del termine, quale azione di nullità, ex art. 1422 c.c., come tale imprescrittibile.

Relativamente al *primo termine di decadenza*, la norma si limita a confermare la disciplina previgente³³⁶, ribadendo che l'impugnazione deve avvenire con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, purché sia idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, con l'unica precisazione che ora tale onere si estende a “tutti i casi di invalidità del licenziamento”³³⁷.

Nel testo approvato dal Senato, l'art. 32, comma 2, in realtà, prevedeva l'applicazione anche ai “casi di inefficacia” del licenziamento, il cui riferimento è stato soppresso nel testo definitivo, emendato dalla Camera.

L'espressione adoperata dal legislatore deve ritenersi a tal punto ampia da poter ricomprendere sicuramente le ipotesi di nullità, che rappresenta la più grave forma di invalidità che può assumere il negozio giuridico, che va invece tenuta ben distinta dall'inefficacia³³⁸,

³³⁶ G. PELLACANI, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti*, RIDL, 2010, I, 215, osserva come nulla cambi quanto alle modalità di impugnazione, dovendosi in proposito solo sottolineare che il legislatore del Collegato ha perso l'occasione per risolvere un annoso contrasto giurisprudenziale tra un orientamento a lungo prevalente, secondo il quale al fine di impedire la decadenza occorre che entro il termine previsto dalla legge la comunicazione giunga al destinatario ed una recente giurisprudenza più creativa, che ritiene sufficiente il tempestivo invio di una raccomandata a mezzo del servizio postale.

³³⁷ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 115/2010, 10, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

³³⁸ M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, MGL, 2010, 881. In senso contrario si veda G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 221. L’A. ritiene che i licenziamenti inefficaci, come quelli nulli, ricadano nell'ambito di applicazione del nuovo testo dell'art. 6, l. n. 604/1966, perché diversamente argomentando un vizio meramente formale beneficerebbe di una disciplina meno rigorosa quanto ai tempi di impugnazione.

perché il negozio inefficace è pur sempre valido e dotato di una propria rilevanza di fronte al diritto³³⁹.

Del resto, una diversa lettura si troverebbe in aperta collisione con il dato testuale, che testimonia inequivocabilmente la volontà del legislatore di eliminare ogni riferimento all'inefficacia.

Allo stesso modo, va negata la possibilità di estendere l'ambito di applicazione della disposizione in esame al licenziamento del dirigente, ipotesi non contemplata dal legislatore del Collegato e già sottratta dall'applicazione dell'art. 6, l. n. 604/1966³⁴⁰.

L'introduzione di un *secondo termine di decadenza*, che si sostituisce a quello di prescrizione, invece, costituisce la vera novità del nuovo testo dell'art. 6, l. n. 604/1966.

Impugnato il licenziamento, infatti, il lavoratore deve attivarsi entro un termine che nella formulazione originaria era di 270 giorni, ma che a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma, 38, l. n.

³³⁹ M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, 610, riprendendo l'opinione di una dottrina consolidata, precisa che l'invalidità è una "qualifica di irregolarità" del contratto, che va tenuta ben distinta dall'inefficacia, che riguarda il momento effettuale, indicando in generale la "non produttività di effetti giuridici". Tra i contributi più recenti si veda R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia*, *EGT*, XVI, 3, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 349; V. SCALISI, voce *Inefficacia*, *Enc. dir.*, XXI, 332, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *RDC*, 2003, I, 201; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 987. L'A. distingue tra inefficacia in senso lato, che costituisce un semplice modo di essere del negozio, che accomuna in via descrittiva fattispecie disparate, ogniqualvolta gli effetti negoziali non si producono ed inefficacia in senso stretto, che rappresenta una categoria autonoma, che va tenuta distinta dall'invalidità.

³⁴⁰ G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, cit., 260, sostiene che il licenziamento del dirigente, sfuggito dall'attenzione del legislatore, rimane sottratto all'applicazione dell'art. 6, l. n. 604/1966, in forza dell'esclusione operata dall'art. 10 della medesima legge e della non estensibilità in via analogica di una norma che dispone un termine decadenziale. *Contra* G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze*, cit., 228, ritiene che il nuovo articolo 6, l. n. 604/1966, riguardando tutti i casi di invalidità del licenziamento, indipendentemente dai soggetti interessati, si applica anche al recesso del dirigente.

92/2010 nel più ridotto termine di 180 giorni, pena l'inefficacia dell'impugnazione stessa, depositando il ricorso presso la cancelleria del giudice del lavoro o promuovendo un tentativo di conciliazione o di arbitrato.

Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore di ricondurre a buona fede il comportamento del prestatore di lavoro, ponendo fine ad un meccanismo perverso, tale da indurlo a "lucrare il più possibile senza lavorare", la poca chiarezza del dato legislativo lascia aperti una serie di dubbi interpretativi.

Innanzitutto, incerta appare la stessa individuazione del *dies a quo* da cui inizia a decorrere la nuova decadenza, perché il comma secondo dell'art. 6, l. n. 604/1966, dispone che l'impugnazione diviene inefficace se non è seguita da uno degli atti su indicati entro il "successivo" termine di 180 giorni, ma non è chiaro se l'aggettivo adoperato dal legislatore si colleghi alla scadenza di quello precedente o all'impugnazione.

Sebbene la prima soluzione sia più conforme alla *ratio legis*, giacché garantisce che non venga penalizzato il lavoratore che impugni tempestivamente il licenziamento³⁴¹, alla luce del dato letterale appare preferibile la seconda, se si considera che è l'impugnazione che

³⁴¹ G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro"*, op. cit., 252.

diviene inefficace se non è seguita nei successivi 180 giorni dal deposito del ricorso, dal tentativo di conciliazione o di arbitrato.

Del resto, come è stato osservato in dottrina³⁴², se una delle finalità che animano il legislatore del Collegato è proprio quella di assicurare la tempestiva definizione delle controversie, valutata entro i 60 giorni l'opportunità di impugnare il licenziamento, non avrebbe senso prolungare oltremodo i tempi per l'introduzione del giudizio.

Non meno problematica si presenta poi l'individuazione del *dies a quo* nel caso in cui il lavoratore decida di attivare un metodo alternativo di risoluzione delle controversie, infatti, l'ultimo capoverso del nuovo art. 6, comma 1, l. n. 604/1966, si limita ad affermare che se la conciliazione o l'arbitrato richiesti vengano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Nonostante l'ambiguità della formulazione, dall'art. 31 del Collegato lavoro si desume che il rifiuto rispetto al tentativo di conciliazione si configura ogniqualvolta il datore di lavoro non depositi, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le proprie difese. Viceversa, in caso di mancato accordo la

³⁴² G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze*, cit., 224, sottolinea che il termine di 60 giorni ha lo scopo di consentire al lavoratore di valutare l'opportunità di impugnare, per cui "sciolta la riserva" non avrebbe senso prolungare il termine successivo per adire l'autorità giudiziaria.

commissione di conciliazione formula una proposta per la bonaria definizione della controversia, qualora non venga accettata viene redatto apposito verbale, che accerta l'esito negativo della procedura conciliativa, dal quale iniziano a decorrere i 60 giorni per la proposizione dell'azione in giudizio.

Se viene attivata la procedura arbitrale, invece, il *dies a quo* inizia a decorrere dal momento in cui il lavoratore abbia ricevuto un rifiuto espresso da parte del datore di lavoro, dal mancato accordo o dalla scadenza del termine entro cui il convenuto avrebbe dovuto designare l'arbitro.

La disposizione lascia all'interprete un quadro di profonda incertezza, che alimenta la diffidenza nei confronti delle procedure stragiudiziali di risoluzione delle liti, che va ad aggiungersi all'abolizione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione che, con la sola eccezione dei rapporti di lavoro certificati, non costituisce più condizione di procedibilità della domanda³⁴³.

La norma va comunque salutata con favore, perché la sostituzione dell'ordinario termine di prescrizione con uno decadenziale molto più breve pone fine a quella situazione di incertezza, tipica non solo del

³⁴³ L'art. 31, comma 1, del Collegato lavoro nel riscrivere l'articolo 410 c.p.c. ha stabilito che il tentativo di conciliazione presso le Direzioni provinciali del lavoro, che precedentemente doveva essere esperito obbligatoriamente in caso di controversie individuali di lavoro, diventa facoltativo sia nel settore privato che in quello pubblico. Con una Circolare del 25 novembre 2010 il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ha fornito le prime istruzioni operative riguardo alla nuova procedura.

licenziamento, ma di tutte quelle controversie dalla cui definizione possa derivare il ripristino di un rapporto di lavoro già cessato³⁴⁴.

A tale scopo, il legislatore del Collegato ha esteso l'onere di impugnare il provvedimento datoriale entro 60 giorni, nonché di proporre l'azione giudiziaria nei successivi 180 giorni ad una serie di situazioni nelle quali un eventuale differimento potrebbe essere fonte di "ingiusto lucro"³⁴⁵ per il lavoratore, determinando, invece, un *vulnus* per il datore di lavoro e per la certezza stessa dei rapporti giuridici.

Più precisamente, l'art. 32, comma 3, l. n. 183/2010, prevede che il nuovo articolo 6, l. n. 604/1966, si applichi alle seguenti fattispecie:

- ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, mentre a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 è scomparso il riferimento alla legittimità del termine apposto al contratto;
- al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto;
- al trasferimento del lavoratore ex art. 2103 c.c., con termine decorrente dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento;

³⁴⁴ G. MIMMO, *Per i ricorsi contro i contratti a termine la scadenza viaggia su "doppio binario"*, *GDir*, 2010, 32.

³⁴⁵ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 212.

- alla cessione del contratto di lavoro, *ex art.* 2112 c.c., con termine decorrente dalla data dell'avvenuto trasferimento (comma 4, lett. C);
- in ogni caso in cui si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27, d.lgs. n. 276/2003³⁴⁶;
- all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, con decorrenza dalla sua scadenza.

La norma dell'art. 32, comma 3, è stata poi a sua volta modificata dall'art. 1, comma 11, l. n. 92/2012, per cui, a decorrere dal 1° gennaio 2013, il regime delle impugnazioni continua ad applicarsi alle ipotesi di nullità del termine apposto al contratto di lavoro previste dagli artt. 1, 2 e 4, nelle quali il contratto deve essere impugnato con qualsiasi atto scritto a pena di decadenza non più entro sessanta giorni, ma entro centoventi giorni dalla sua scadenza e l'impugnazione diviene inefficace qualora non sia seguita entro il successivo termine di centottanta giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del

³⁴⁶ G. MIMMO, *Per i ricorsi contro i contratti a termine*, cit., 35, ritiene che occorre distinguere tra le diverse situazioni in astratto riconducibili alla fattispecie in esame. In particolare, nel caso di somministrazione irregolare o di appalto non genuino l'atto da impugnare è la cessazione del rapporto di lavoro nei confronti dell'utilizzatore, per cui da tale data inizia a decorrere il termine per impugnare. Viceversa, laddove venga contestato il mancato passaggio da un'azienda ad un'altra nell'ipotesi di mutamento di un appalto di servizi, l'atto da impugnare è l'omessa assunzione presso l'impresa subentrante e il *dies a quo* coincide con il "momento in cui tale passaggio sarebbe dovuto diventare operativo".

giudice del lavoro ovvero dalla comunicazione alla controparte della richiesta di un tentativo di conciliazione o arbitrato.

La disposizione, pertanto, non menziona i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi degli artt. 3 (che elenca una serie di divieti tassativi, a fronte dei quali non è ammessa la clausola di apposizione del termine) e 5 (che sanziona la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza e la successione di più contratti) del d.lgs. n. 368/2001.

Ne consegue che la nuova disciplina sulla decadenza si applica alle sole ipotesi espressamente previste, ossia alle azioni volte ad accertare la mancanza della forma e delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che consentono l'apposizione del termine; l'inosservanza della disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali; la violazione dei requisiti della proroga.

Una simile ricostruzione secondo una parte della dottrina³⁴⁷ solleva dei dubbi di compatibilità con il principio di ragionevolezza, perché verrebbe a ledere la *ratio* ispiratrice della riforma, tesa a garantire una tempestiva definizione delle controversie riguardanti il rapporto di lavoro, con specifico riguardo ai contratti a termine, nei quali è

³⁴⁷ P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, RIDL, I, 2010, 473, reputa che l'interpretazione restrittiva avrebbe senso solo se venisse accolto l'orientamento dottrinario minoritario, secondo il quale al di fuori dei casi espressamente previsti la nullità del termine non comporta la conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato.

particolarmente avvertita l'esigenza di evitare che una situazione di incertezza per l'impresa obbligata possa tradursi in un irreparabile pregiudizio patrimoniale.

Nessuna di queste argomentazioni, tuttavia, riesce a superare il dato testuale, che fa espressamente riferimento alla violazione degli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001.

Tenuto conto delle rigidità del termine decadenziale³⁴⁸ e dell'impossibilità di una interpretazione analogica o estensiva di una norma a carattere eccezionale, deve concludersi che l'interpretazione letterale costituisca l'unica lettura plausibile della disposizione in commento.

Del resto, la diversità di trattamento trova una ragionevole giustificazione proprio nella specificità che caratterizza le ipotesi non contemplate dalla nuova normativa, stante da un lato il particolare disvalore che connota l'apposizione del termine in violazione dei divieti legislativamente previsti (art. 3) e dall'altro l'esigenza di assicurare la prevenzione degli abusi derivanti dalla reiterazione di assunzioni con contratti a tempo determinato (art. 5)³⁴⁹.

³⁴⁸ M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 258.

³⁴⁹ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 14, segnala che l'esenzione dall'onere di impugnazione delle azioni di nullità fondate sulla violazione dei limiti alla successione dei contratti a termine, "vero strumento di ingiusta precarizzazione", serve ad impedire le forme più gravi di ricorso abusivo al rapporto a tempo determinato.

Si può dunque concludere rilevando come, nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore, l'intervento riformatore presenta una serie di imprecisioni che rendono altamente incerta la sua interpretazione ed alimentano le censure di illegittimità costituzionale, fondate sul timore che l'introduzione di uno stringente termine di impugnazione possa spogliare il lavoratore a termine, fiducioso di essere riassunto³⁵⁰, di quella effettività della tutela giurisdizionale, riconosciutagli dall'art. 24 Cost.

5.2 Le conseguenze della violazione della normativa sul contratto a termine: la predeterminazione del risarcimento del danno e i suoi profili di illegittimità costituzionale

Il successivo comma 5 dell'art. 32, l. 4 novembre 2010, n. 183, interviene a regolare le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine, introducendo un regime speciale secondo cui “nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di

³⁵⁰ M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze*, op. cit., 260, sostiene che i lavoratori a termine si trovano ad agire in un clima di profonda “incertezza ed instabilità”, determinato dalla speranza di un rinnovo contrattuale, che potrebbe spingerli ad attendere, fino a pagare con la decadenza le conseguenze della loro attesa. In tal senso si veda pure G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze*, cit., 233; S. CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, LG, 2010, 341; D. BORGHESI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, LD, 2009, 17; S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 15. In senso contrario si veda A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 213, il quale afferma che 60 giorni sono più che sufficienti per valutare l'opportunità di impugnare il contratto a termine, anche rispetto all'eventualità di nuove assunzioni.

lavoro al risarcimento del lavoratore, stabilendo un'indennità economica omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, della legge 15 luglio 1966, n. 604". La disposizione presenta una formulazione piuttosto ambigua già con riguardo al suo ambito di applicazione, perché l'espressione "nei casi di conversione" si presta a diverse interpretazioni.

Secondo una prima lettura, patrocinata dall'ufficio studi della Camera³⁵¹, il legislatore ha inteso sostituire la sanzione conservativa della trasformazione del contratto a termine in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con una economica, recuperando, seppure emendandola dai vizi di costituzionalità³⁵², la scelta dell'art. 4 bis, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21, co. 1 bis, d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008.

Trattasi di una ricostruzione che non trova alcun riscontro nell'esegesi della norma e destinata a cedere a fronte di un dato letterale che pone

³⁵¹ R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, MGL, 2010, 426.

³⁵² C.cost. 14 luglio 2009, n. 214, RGL, II, 2008, 551, ha ritenuto fondate le censure di legittimità sollevate sull'art. 4 bis, d.lgs. n. 368/2001, in relazione all'art. 3 Cost., perché "situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi) risultano destinatarie di discipline sostanziali diverse (da un lato, secondo il diritto vivente, conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e risarcimento del danno; dall'altro, erogazione di una modesta indennità economica), per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112)".

la conversione quale presupposto imprescindibile della sanzione, che non viene esclusa, ma piuttosto disciplinata “in modo speciale rispetto al diritto comune”³⁵³.

Considerando poi la *ratio* della disposizione, volta ad introdurre una disciplina di carattere generale, sembra arduo immaginare che il legislatore con la dizione “nei casi di conversione” abbia inteso riprendere l’orientamento dottrinario minoritario, secondo il quale al di fuori delle ipotesi testualmente previste dall’art. 5, d.lgs. n. 368/2001, la conversione non troverebbe applicazione.

Se si accogliesse una simile interpretazione, infatti, alla dichiarazione di nullità non si accompagnerebbe nessuna sanzione e verrebbe introdotto un trattamento differenziato per i lavoratori che abbiano continuato a lavorare oltre la scadenza del termine³⁵⁴.

Come più volte ribadito dall’orientamento maggioritario in dottrina³⁵⁵ e giurisprudenza³⁵⁶, del resto, l’art. 1, d.lgs. n. 368/2001, ha senz’altro confermato il principio secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l’apposizione del

³⁵³ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 213.

³⁵⁴ P. TOSI, *Il contratto di lavoro*, cit., 473.

³⁵⁵ F. LUNARDON, *L’eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla “specificazione” delle ragioni giustificatrici*, *ADL*, 2007, 41.

³⁵⁶ Si veda fra tutte Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, *MGL*, 2008, 638, con nota di A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato e conservazione del contratto a tempo indeterminato*, ribadisce il principio di diritto in base al quale la mancanza di una valida giustificazione, alla base del termine apposto al primo isolato contratto di lavoro tra le parti, determina la nullità della clausola e l’effetto legale di conservazione rapporto a tempo indeterminato, pur nel silenzio della legge in proposito. Più di recente Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577, *RIDL*, II, 2010, 741, con nota di V. DURAZZO.

termine un'ipotesi derogatoria, che troverebbe applicazione solo in presenza di determinate ragioni giustificatrici, che devono risultare espressamente da un atto scritto.

Il legislatore ha dunque inteso codificare, cristallizzandola in legge³⁵⁷, la tesi prevalente secondo cui la conversione, ex art. 1419, comma 2, c.c., opererebbe ogniqualvolta venga violata la disciplina sul contratto a termine, sia essa disposta espressamente dalla legge o stabilita giudizialmente, anche in presenza di un primo ed unico contratto a termine, intervenendo a stabilire la sola sanzione economica da comminarsi in aggiunta alla trasformazione del rapporto.

Secondo poi una lettura accolta da una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza di merito³⁵⁸, l'indennità compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto costituirebbe una forma di tutela integrativa e non già sostitutiva di quella ordinaria risarcitoria, in virtù della quale il datore di lavoro sarebbe condannato al risarcimento del danno, corrispondente alle retribuzioni non corrisposte dalla data in cui il lavoratore gli abbia offerto formalmente

³⁵⁷ R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine*, cit., 427.

³⁵⁸ T. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, *GLav*, 2010, 18, con nota di F. M. PUTATURO DONATI, *Sulla natura della nuova sanzione per conversione del contratto a termine*, secondo cui la violazione della normativa sul contratto a termine (nel caso in esame la mancata indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, che giustificano il ricorso alla fattispecie del lavoro a tempo determinato) comporta oltre alla conversione del rapporto il pagamento a titolo di risarcimento del danno, delle retribuzioni non percepite dalla messa in mora sino alla riammissione in servizio, nonché alla luce della legge n. 183/2010, l'obbligo di corrispondere al prestatore una sanzione economica compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

la propria prestazione, mettendo a disposizione le proprie energie lavorative, sino a quella della sua riammissione in servizio.

L'indennità in questione verrebbe così a rappresentare una penale sanzionatoria³⁵⁹, subordinata al semplice accertamento dell'illegittimità del termine, che si aggiunge sia alla conversione ex art. 1419, comma 2, c.c., che alle conseguenze risarcitorie della *mora accipiendi* del datore di lavoro ex art. 1206, c.c.

Tale ricostruzione, tuttavia, appare in contrasto con la *voluntas legis*, volta ad arginare l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese, dovuto proprio alla conversione di numerosi contratti a termine, che può dar luogo "ad esborsi di misura non prevedibile e perciò ad incertezza sui bilanci preventivi, che si traduce in un grave pregiudizio patrimoniale"³⁶⁰.

Risulta evidente l'intenzione del legislatore di sostituire la disciplina di diritto comune con una speciale, basata sulla forfezzazione del

³⁵⁹ E. BARRACO, *Il Collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, LG, 2010, 349, sostiene che l'indennità è omnicomprensiva, ma non sostitutiva del diritto del lavoratore alla riammissione in servizio. Ne consegue che la norma apre le porte ad un pericoloso effetto *boomerang*, se si considera che il lavoratore potrebbe pretendere la ricostituzione del rapporto, le retribuzioni perdute e la nuova indennità. B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, MGL, 2010, 899, attribuendo all'indennità in questione la funzione di penale sanzionatoria, ritengono che, nei casi in cui ricorra una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro, il credito del lavoratore per le utilità perdute non possa ritenersi sostituito dalla liquidazione indennitaria, prevista dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010.

³⁶⁰ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, *GDir*, 2011, 60, con nota di M. TATARELLI, *L'abusiva reiterazione di contratti a termine non deve finire per penalizzare il dipendente*; *FI*, 2011, 1742; *RIDL*, 2012, 400, con nota di M. L. VALLAURI, *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo: la quantificazione dell'indennità e le condizioni di applicabilità delle nuove regole alle cause pendenti nel giudizio di legittimità*. Con questa sentenza il Collegio dichiara non manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, l. 4 novembre 2010 n. 183, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost e dispone la rimessione della questione alla Corte costituzionale.

risarcimento, finalizzata a contemperare l'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro ed a un equo indennizzo, con quello del datore di lavoro di non subire un pregiudizio eccessivo dovuto all'incertezza derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine, ai comportamenti dilatori del lavoratore, o alle lungaggini del processo³⁶¹.

Depone in tal senso lo stesso dato letterale, in particolare l'utilizzazione di una formula analoga a quella prevista dall'art. 18 St lav. e il richiamo ai criteri di quantificazione previsti dall'art. 8, l. n. 604/1966³⁶², nonché lo stesso aggettivo "omnicomprensiva", che assume significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio.

Il comma 5 dell'art. 32, infatti, stabilisce "nelle ipotesi di conversione del contratto, una disciplina che predetermina l'ammontare del risarcimento, sganciandolo dall'iniziativa del lavoratore e prevedendo che esso sia compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"³⁶³.

In ogni caso di dichiarazione giudiziale di nullità del termine, pertanto, il lavoratore si vede riconosciuta un'indennità, nella misura standardizzata tra il predetto minimo e massimo, non soggetta ad oneri

³⁶¹ F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 291.

³⁶² P. TOSI, *Il contratto di lavoro*, cit., 480.

³⁶³ G. MIMMO, *Illegittima apposizione del termine: risarcimento da 2,5 a 12 mensilità*, *GDir*, 2010, 36.

contributivi, ma al solo prelievo fiscale³⁶⁴, che assorbe qualsiasi risarcimento³⁶⁵, ma che viene corrisposta anche a prescindere dalla messa in mora del datore di lavoro e dalla prova dell'*aliunde perceptum e percipiendum*, quindi anche nell'ipotesi in cui si sia immediatamente rioccupato, senza subire un effettivo pregiudizio patrimoniale³⁶⁶.

In questo modo, si spiega anche il motivo per cui il legislatore non faccia espressamente riferimento al risarcimento del danno, che postula l'esistenza di un illecito in senso stretto, extracontrattuale ex art. 2043 c.c. o contrattuale ex art. 2118 c.c., laddove l'indennità presuppone un pregiudizio, derivante da un fatto di per sé lecito³⁶⁷.

Nello stabilire il preciso ammontare della nuova sanzione il giudice deve applicare i criteri indicati nell'art. 8, l. n. 604/1966, che a sua volta rinvia "all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti, al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa"³⁶⁸, ovviamente con i dovuti

³⁶⁴ A. MARESCA, *Le novità introdotte dal collegato lavoro*, in atti del convegno di Treviso, 22 ottobre 2010, *Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*, 3; F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 293. In senso contrario M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., 885, ritiene che sia dovuta anche la regolarizzazione previdenziale, che deve essere rapportata al numero di mensilità di retribuzione riconosciute in concreto e non a tutto il periodo di vigenza giuridica del rapporto di lavoro.

³⁶⁵ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 213.

³⁶⁶ M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., 885, precisa che il risarcimento debba essere corrisposto, sebbene nella misura minima, anche nel caso in cui non vi sia alcun danno da ristorare.

³⁶⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 646.

³⁶⁸ L'art. 8 della legge 604/1966 dispone che "Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di

adattamenti, legati alla diversità delle fattispecie regolate. Così l'anzianità di servizio può essere riferita alla durata del contratto a termine, il comportamento delle parti va collegato alla gravità dei profili di illegittimità della clausola di apposizione del termine e non del licenziamento, in modo tale che violazioni formali, come l'assenza della forma scritta, siano ritenute meno gravi di quelle sostanziali, legate alla mancanza delle ragioni che giustificano il ricorso a tale fattispecie contrattuale³⁶⁹.

Per il periodo successivo all'accertamento giudiziale dell'illegittimità del termine la conversione torna invece a produrre gli effetti di diritto comune, seppure “solo *ex nunc*”³⁷⁰, con la conseguenza che il lavoratore ha diritto alla riammissione in servizio e in mancanza alle retribuzioni maturande, anche a prescindere da un atto di messa in mora³⁷¹.

Il comma 6 dell'art. 32 aggiunge che “in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul

lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 per il prestatore di lavoro con anzianità superiore a venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro”.

³⁶⁹ G. MIMMO, *Illegittima apposizione del termine*, cit., 40.

³⁷⁰ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 213.

³⁷¹ *Contra*, F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 293, reputa che dovrebbero rimanere fermi gli effetti retroattivi della dichiarazione giudiziale di conversione, riconducibili al ripristino del rapporto di lavoro e al riconoscimento dell'anzianità di servizio a far data dalla sottoscrizione del contratto a termine.

piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie" l'indennità risarcitoria, fissata dal comma 5 sia ridotta alla metà.

La disposizione fa riferimento a quelle aziende che, per espressa previsione del contratto collettivo, devono inserire coloro che sono già stati occupati a tempo determinato in apposite graduatorie, alle quali attingere per le successive assunzioni.

Pertanto, qualora il lavoratore preferisca non avvalersi della facoltà riconosciutagli dalla contrattazione collettiva per far valere la nullità del termine³⁷², si vedrà automaticamente dimezzata la sua indennità risarcitoria.

Il differente trattamento sanzionatorio, introdotto dalla disposizione in commento, trova fondamento nella ragionevolezza dell'obiettivo perseguito³⁷³, essendo finalizzata a garantire una gestione consensuale³⁷⁴ dell'enorme contenzioso formatosi in alcuni settori produttivi³⁷⁵, favorendo l'adesione dei prestatori di lavoro a termine a

³⁷² G. MIMMO, *Illegittima apposizione del termine*, cit., 40.

³⁷³ P. TOSI, *Il contratto di lavoro*, cit., 482.

³⁷⁴ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 17.

³⁷⁵ È chiaro il riferimento al caso Poste Italiane Spa, sul punto si veda V. DE MICHELE, *Le nuove sanzioni in materia di contratto a tempo determinato*, in atti del convegno di Napoli, 26 novembre 2010, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali e certificazione, decadenze e disposizioni in materia di contratto a termine*, 10; S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 16; F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 300. Secondo l' A. è chiaro l'intento del legislatore di alleggerire tendenzialmente la posizione di Poste italiane Spa, società di proprietà integrale dello Stato che, in forza dei continui abusi, effettuati in violazione della normativa sul contratto a termine, ha dato luogo ad un contenzioso seriale che ha dissipato ingenti risorse.

programmi di stabilizzazione del personale, a fronte della rinuncia del datore di lavoro alla sua discrezionalità nella scelta dei lavoratori da assumere. La disciplina sulla tipizzazione del risarcimento trova applicazione, per espressa previsione del comma 7 dell'art. 32, per tutti i giudizi "ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge", il 24 novembre 2010.

Al fine di evitare una disparità di trattamento tra situazioni analoghe "per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio"³⁷⁶, memore della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 4 bis, d.lgs. n. 368/2001, il legislatore ha così stabilito che la nuova normativa si applichi retroattivamente non solo ai contratti a termine già stipulati e non ancora impugnati, ma anche a quelli in relazione ai quali un giudizio già penda, purché non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva³⁷⁷.

In relazione a questi ultimi la disposizione prevede che, al solo scopo di determinare l'indennità risarcitoria, il giudice fissi alle parti un termine per l'integrazione della domanda e delle relative eccezioni, esercitando i poteri istruttori previsti dall'articolo 421 c.p.c.

Sebbene la norma si riferisca al processo di primo grado, come risulta dall'espressa previsione di integrabilità di domande ed eccezioni, ma

³⁷⁶ C.cost. 14 luglio 2009, n. 214, cit., 551.

³⁷⁷ B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione"*, cit. 898, secondo i quali la norma sembra doversi interpretare nel senso che trova applicazione anche nei gradi di giudizio successivi al primo.

non dei motivi di impugnazione³⁷⁸, dal richiamo al solo art. 421 c.p.c.³⁷⁹, che disciplina i poteri istruttori del giudice di prime curie, deve comunque ritenersi che l'espressione "tutti i giudizi" sia a tal punto ampia da poter comprendere anche quelli pendenti in appello, inclusi quelli di legittimità³⁸⁰, per i quali si renderà necessario cassare, rinviando al giudice di merito, affinché determini l'ammontare dell'indennità risarcitoria, di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 32. La soluzione negativa, come ha avuto modo di precisare la Corte suprema del 28 gennaio scorso³⁸¹, produrrebbe un effetto discriminatorio per la semplice pendenza di una lite giudiziaria, perché verrebbe ad applicarsi "un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in Cassazione".

Costituisce però condizione imprescindibile dell'applicabilità dello *ius superveniens* nel giudizio di legittimità la pertinenza della nuova

³⁷⁸ A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 214; DE MICHELE, *Le nuove sanzioni*, cit., 9.

³⁷⁹ T. Trani 20 dicembre 2010, *GLav*, 2011, 16, con nota di G. FALASCA, *Contratto a termine: le norme al vaglio della Corte UE e della Consulta*, *FI*, 2011, 1744; ha preceduto l'iniziativa della Cassazione, sollevando una questione di legittimità costituzionale, avente ad oggetto le norme del Collegato (art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183/2010) che limitano il risarcimento dei danni, che spetta al lavoratore in caso di conversione del contratto a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale di Trani sostiene che le disposizioni censurate si applichino solo ai giudizi pendenti in primo grado, innanzitutto perché viene richiamato espressamente solo l'art. 421 c.p.c. e non anche l'art. 437 c.p.c., ma anche in ossequio al principio devolutivo, che impone al giudice di decidere sulla base dei motivi di gravame, per il modo in cui è strutturato il processo in Cassazione, infine per la stessa formulazione adoperata dal legislatore, che rende possibile solo l'integrabilità di domande ed eccezioni.

³⁸⁰ G. MIMMO, *Illegittima apposizione del termine*, cit., 40. In senso contrario M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., 886, esclude l'applicabilità della disposizione ai giudizi pendenti in Cassazione, perché in tale sede non sono possibili né modifiche di domande ed eccezioni, né l'esercizio dei poteri istruttori.

³⁸¹ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., 60, ha precisato che l'esclusione della fase di Cassazione dall'ambito di previsione della norma, equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria (in una od altra fase) tra le parti del rapporto di lavoro. In tal senso si veda pure C.cost. 14 luglio 2009, n. 214, cit., 551.

disciplina del rapporto controverso rispetto alle questioni oggetto di censura³⁸².

Si rende altresì necessario che il motivo di ricorso, che investe il tema coinvolto dalla regolamentazione sopravvenuta, sia sussistente, ammissibile e riguardi specificamente le conseguenze patrimoniali dell'accertata nullità del termine.

Più precisamente³⁸³, le previsioni dell'art. 32, commi 5, 6 e 7 non si applicano nel caso in cui la statuizione relativa alla condanna risarcitoria, conseguente alla declaratoria di illegittimità, non sia stata oggetto di specifica impugnazione da parte del datore di lavoro, essendosi formato sulla stessa il giudicato, ai sensi dell'art. 324 c.p.c.

Va da ultimo rilevato che l'applicazione retroattiva dell'art. 32, commi 5 e 6, l. n. 183/2010, nella parte in cui viene ad intaccare diritti assicurati da una precedente normativa, ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale³⁸⁴ con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'obbligo internazionale contratto dall'Italia, con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Nel sancire il diritto di ogni cittadino ad un giusto processo, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, infatti, l'art. 6 della CEDU

³⁸² Cass. 3 gennaio 2011, n. 65, *GLav*, 2011, 12; Cass. 2 maggio 2011, n. 9603, *De Jure*.

³⁸³ Cass. 4 gennaio 2011, n. 80, *GLav*, 2011, 12.

³⁸⁴ M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., 886; B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione"*, cit., 898.

vieta al potere legislativo di intromettersi sull'amministrazione delle giustizia, allo scopo di influire sulla singola causa o su determinate controversie.

Infine, la tipizzazione dell'ammontare del risarcimento del danno nei ristretti limiti dell' indennità omnicomprensiva, prevista dall'art. 32 commi 5 e 6, che si sostituisce alle retribuzioni non percepite dal momento in cui il lavoratore abbia posto a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative, offrendogli la sua prestazione, ha sollevato diversi dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

La lesione delle parità di trattamento sarebbe ravvisabile, innanzitutto, con riferimento alle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro subordinato o alle altre fattispecie di lavoro atipico, rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, di somministrazione di mano d'opera, di lavoro a progetto, sottoposte al doppio termine di decadenza, di cui all'art. 32 commi 3 e 4, di 60 giorni per impugnare il provvedimento del datore di lavoro e di 180 per la proposizione dell'azione giudiziaria, ma sottratte alla predeterminazione legislativa del risarcimento, di cui ai commi 5 e 6³⁸⁵. Tale disparità sarebbe poi ancora più chiara rispetto a tutti gli altri creditori, diversi dal creditore-

³⁸⁵ F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 298.

lavoratore a termine, per i quali continua ad applicarsi la disciplina di diritto comune³⁸⁶, di cui agli art. 1218 e ss. C.c.

In proposito, il Tribunale di Trani³⁸⁷, che il 20 dicembre del 2010, dopo poco più di un mese dall'entrata in vigore del Collegato lavoro, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dei commi 5, 6 e 7, l. n. 183/2010, ha rilevato che la nuova normativa compromette la coerenza del sistema, “*imbarbarendolo*” e provocando inaccettabili discriminazioni tra lavoratori, in presenza di situazioni tra loro comparabili.

La Corte di Cassazione, invece, nella già citata ordinanza di rimessione della questione di legittimità alla Corte costituzionale³⁸⁸, ha escluso che la nuova disciplina sulla forfetizzazione del risarcimento contrasti con l'art. 3, comma primo, Cost., posto che la diversità di trattamento rinviene il suo fondamento nella ragionevolezza dell'obiettivo perseguito.

Il sacrificio imposto al lavoratore precario, spogliato dei rimedi previsti dal diritto contrattuale, trova una valida giustificazione nell'esigenza di evitare l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese e l'incertezza sui loro bilanci preventivi, dovuta proprio alla conversione di numerosi contratti a termine. La Suprema corte

³⁸⁶ V. DE MICHELE, *Le nuove sanzioni*, cit., 11.

³⁸⁷ T. Trani 20 dicembre 2010, cit., 16.

³⁸⁸ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., 61.

chiarisce che l'indennità in questione non va confusa con quella disciplinata dall'art. 8, l. n. 604/1966, che essendo alternativa rispetto all'obbligo di riassunzione non riguarda un danno derivante dalla mancata attuazione di un rapporto e che quindi aumenta con il trascorrere del tempo.

Riprendendo però le obiezioni che erano già state formulate dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trani³⁸⁹, la Cassazione ritiene che l'indennità risarcitoria debba essere almeno pari alle retribuzioni perdute dal lavoratore dal momento in cui abbia offerto la propria prestazione fino a quello della sua riammissione in servizio.

In questa ottica, appare non infondato il dubbio di legittimità costituzionale dei commi 5 e 6 dell'art. 32, l. n. 183/2010, per contrasto con il principio di ragionevolezza, di effettività della tutela giurisdizionale, di cui agli artt. 3, comma 2, 24 e 111 Cost., nonché per lesione del diritto al lavoro, garantito dall'art. 4 Cost.³⁹⁰. In particolare, la Corte di cassazione esprime il suo timore che “la liquidazione di un'indennità sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno” possa indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo

³⁸⁹ In tal senso si veda T. Trani 20 dicembre 2010, cit., 16, che sottolinea come il contratto a termine e il licenziamento in un'impresa fino a 15 dipendenti costituiscono due fattispecie che non possono essere tra loro equiparate, perché mentre nel primo caso il danno patito dal lavoratore cresce con il decorso del termine, dal momento che egli aspira alla ricostituzione del rapporto di lavoro, invece, nel secondo caso manca una tale aspettativa, con la conseguenza che la durata del processo perde importanza.

³⁹⁰ G. FALASCA, *Contratto a termine: il Collegato lavoro finisce in Corte Costituzionale*, *GLav*, 2011, 10.

oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica³⁹¹.

Considerando che il comportamento datoriale costituisce uno dei criteri previsti dall'art. 8, l. n. 604/1966, di cui il giudice deve tenere conto nel determinare l'ammontare dell'indennità e che accertata l'illegittimità del termine il lavoratore ha diritto alla conversione del rapporto e alle retribuzioni maturande³⁹², anche a prescindere da un atto di messa in mora con l'offerta delle proprie energie lavorative, appare arduo immaginare che il datore di lavoro abbia un interesse all'inadempimento³⁹³.

L'art. 96 c.p.c, oltretutto, contempla una forma di responsabilità aggravata, che consente al giudice di condannare al risarcimento dei danni la parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

La stessa Corte sembra del resto contraddire se stessa nel punto in cui sostiene che un'indennità compresa in poche mensilità retributive non sembra contrastare con l'art. 3, primo comma, Cost. a causa del trattamento sfavorevole riservato al lavoratore precario, dal momento che le ragioni dell'intervento legislativo in questione bastano a giustificare la diversità di trattamento, per poi affermare di lì a poco

³⁹¹ T. Trani 20 dicembre 2010, op. cit., sul punto afferma che il comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010, incentiva il datore di lavoro ad avere un comportamento dilatorio ed ostruzionistico, ritardando con ogni mezzo il momento della pronuncia definitiva.

³⁹² S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 17.

³⁹³ M. TATARELLI, *L'abusiva reiterazione di contratti a termine*, cit. 67.

che non è infondato il dubbio di legittimità costituzionale per violazione dei principi di ragionevolezza, nonché di effettività del rimedio giurisdizionale, espressi negli artt. 3, secondo comma, 24 e 111 Cost..

Infine, la Suprema Corte, allineandosi alla posizione assunta dal Tribunale di Trani³⁹⁴, ritiene che sussista anche un contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, per violazione dell'art. 6 della CEDU, Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848.

L'ordinanza di rimessione in esame si chiude prospettando l'incompatibilità della nuova normativa sulla forfetizzazione del risarcimento anche con l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70 CE, nel punto in cui impone agli Stati membri la predisposizione di un sistema di rimedi effettivi e dissuasivi, tali da prevenire e allo stesso tempo sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti a termine successivi.

³⁹⁴ T. Trani, 20 dicembre 2010, cit., 16, ritiene che il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo, sancito dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona costituiscono parte integrante del diritto dell'Unione europea, vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia al fine di interferire sull'esito di una controversia, salvo che vi siano motivi imperativi di interesse generale, ritenuti nel caso di specie insussistenti.

La Suprema corte si riferisce implicitamente alla clausola 5 dell'accordo quadro, che prevede l'adozione di una o più delle misure in essa elencate, qualora nel diritto nazionale manchino "norme equivalenti", ossia disposizioni volte a prevenire allo stesso modo il ricorso abusivo a rapporti a tempo determinato successivi.

5.3 La sentenza della Corte costituzionale n. 303/2011 e i rapporti con l'art. 6 CEDU

Con la sentenza 11 novembre 2011, n. 303, la Corte costituzionale³⁹⁵ ha respinto le questioni di legittimità, sollevate dalla Corte di Cassazione³⁹⁶ e dal Tribunale di Trani³⁹⁷, rilevando che l'indennità prevista dalla legge integra la sanzione della conversione del rapporto, che rimane la tutela più intensa che il lavoratore può ricevere, a cui si aggiunge il rimedio indennitario, corrisposto anche a prescindere dall'*aliunde perceptum* e già dichiarato legittimo dal giudice delle leggi³⁹⁸, in relazione al regime di tutela obbligatoria dei licenziamenti ingiustificati.

³⁹⁵ C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, con nota di A. VALLEBONA, *La certezza finalmente alla ribalta: legittimità costituzionale dell'indennità per il termine illegittimo*, MGL, 2011, 939; GDir, 2012, 39, con nota di M. TATARELLI, *Legittimi i criteri per indennizzare il lavoratore in caso di conversione del contratto a termine*; RIDL, 2012, II, 265, con nota di L. DI PAOLA, *La Corte costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*.

³⁹⁶ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit.

³⁹⁷ T. Trani 20 dicembre 2010, cit.

³⁹⁸ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, GI, 2000, 8-9, 1548, con nota di C. DE FIORES, *L'incoerente decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*.

Ne deriva che il danno forfetizzato copre soltanto il periodo definito “intermedio”, che intercorre tra l’interruzione del rapporto e la sentenza che, accertando l’illegittimità del termine, ne dichiara la conversione, in seguito alla quale il datore di lavoro è tenuto a riammettere in servizio il lavoratore e, in mancanza, a corrispondergli le retribuzioni perdute.

In questo modo, secondo la Corte costituzionale viene meno il paventato dubbio di irragionevolezza del trattamento indennitario, considerando che l’azione di accertamento della nullità deve essere esercitata entro il termine di decadenza complessivo di 330 giorni, che allinea l’indennità in questione al danno subito dal lavoratore, di cui il giudice deve tenere conto nel determinarne l’ammontare, facendo venir meno qualsiasi interesse all’inadempimento³⁹⁹.

La forfetizzazione del risarcimento si presenta, infatti, finalizzata a contemperare l’interesse del dipendente alla conservazione del posto e ad un equo indennizzo, con quello del datore di lavoro a non subire un pregiudizio eccessivo dovuto all’incertezza di un precetto troppo generico sulla giustificazione del termine, ai comportamenti dilatori del lavoratore, o alle lungaggini del processo⁴⁰⁰.

Anche la riduzione alla metà del trattamento indennitario, prevista dall’art. 32, comma 6, trova fondamento nella ragionevolezza

³⁹⁹ M. TATARELLI, *L’abusiva reiterazione di contratti a termine*, cit. 67.

⁴⁰⁰ F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno*, cit., 291.

dell'obiettivo perseguito⁴⁰¹, finalizzato a garantire una gestione consensuale⁴⁰² dell'enorme contenzioso formatosi in alcuni settori produttivi, favorendo in tal modo l'adesione dei prestatori a programmi di stabilizzazione del personale da assumere.

Con riferimento al rischio prospettato dal Tribunale di Trani⁴⁰³ che la nuova normativa possa compromettere la coerenza del sistema, con inaccettabili discriminazioni tra lavoratori in presenza di situazioni tra loro comparabili, già la Corte di Cassazione nella sua ordinanza di rimessione, ne ha escluso il contrasto con l'art. 3, comma primo, Cost⁴⁰⁴.

Infatti, il sacrificio imposto al lavoratore precario, spogliato dei rimedi previsti dal diritto contrattuale, trova giustificazione nell'esigenza di evitare l'eccessivo ampliamento dell'organico delle imprese e l'incertezza sui loro bilanci preventivi dovuta alla conversione di numerosi contratti a termine.

L'indennità forfetizzata dal legislatore non va confusa con quella disciplinata dall'art. 8, l. n. 604/1966, che essendo alternativa rispetto all'obbligo di riassunzione non riguarda il danno derivante dalla mancata attuazione di un rapporto e che quindi aumenta con il trascorrere del tempo.

⁴⁰¹ P. TOSI, *Il contratto di lavoro*, cit., 482.

⁴⁰² S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro*, cit., 17.

⁴⁰³ T. Trani 20 dicembre 2010, cit., 16.

⁴⁰⁴ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., 61.

L'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro non può essere assimilata nemmeno ad altre fattispecie di illecito connotate da una maggiore gravità, quali l'utilizzazione fraudolenta della collaborazione coordinata e continuativa o la somministrazione irregolare di manodopera.

Deve altresì escludersi una discriminazione tra i lavoratori con cause pendenti in primo grado, in appello o in cassazione, dal momento che la nuova normativa trova applicazione per tutti i giudizi in corso sia in sede di merito che di legittimità⁴⁰⁵.

Le previsioni⁴⁰⁶ dell'art. 32, commi 5, 6 e 7 invece non si applicano nel caso in cui la statuizione relativa alla condanna risarcitoria, conseguente alla declaratoria di illegittimità, non sia stata oggetto di specifica impugnazione da parte del datore di lavoro, essendosi formato sulla stessa il giudicato, ai sensi dell'art. 324 c.p.c.

La Corte costituzionale, infine, ha escluso che l'applicazione retroattiva della normativa a tutti i giudizi pendenti (art. 32, comma 7, l. n. 183/2010), nella parte in cui viene ad incidere su diritti assicurati da una precedente normativa, prospetti dubbi di legittimità con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'obbligo internazionale contratto dall'Italia, con la sottoscrizione e

⁴⁰⁵ Cass. 3 gennaio 2011, n. 65, *RIDL*, 2011, II, 769, con nota di L. ZAPPALÀ, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*.

⁴⁰⁶ Cass. 4 gennaio 2011, n. 80, *GLav*, 2011, 12.

ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

L'art. 6 della CEDU⁴⁰⁷, nel sancire il diritto di ogni cittadino ad un giusto processo, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, vieta al potere legislativo di intromettersi nell'amministrazione della giustizia, attraverso norme interpretative tali da assegnare alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo che ricorrano ragioni di utilità generale. La normativa introdotta dalla legge 183/2010 invece non ha carattere selettivo, perché ha ad oggetto tutti i rapporti di lavoro precari non soltanto quelli alle dipendenze di enti pubblici.

La salvezza dei “motivi di interesse generale”, nella specie riconducibili al bisogno di certezza dei rapporti giuridici, lascia agli Stati contraenti l'obbligo di individuarli, trattandosi degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo, che implicano una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali⁴⁰⁸.

L'applicabilità dell'art. 32, commi 5 e 6, non solo ai contratti a termine già stipulati e non ancora impugnati, ma anche a quelli già

⁴⁰⁷ C.cost. 16 novembre 2009, n. 311, *FI*, I, 2010, 1073.

⁴⁰⁸ C.cost. 5 gennaio 2011, n. 1, *De Jure*, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 6 della CEDU, in relazione a norme nazionali interpretative concernenti disposizioni oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato, riprende il predetto orientamento della giurisprudenza costituzionale, evidenziando che la dichiarazione di illegittimità costituzionale presuppone un contrasto effettivamente insanabile attraverso un'interpretazione plausibile della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura data dalla Corte di Strasburgo.

pendenti, purché non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva, evita così un' irragionevole disparità di trattamento tra situazioni analoghe per la semplice circostanza della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto⁴⁰⁹.

Infine, la Cassazione nella sua ordinanza di rimessione richiama la più recente giurisprudenza costituzionale⁴¹⁰, secondo cui l'art. 6 della CEDU nel sancire il diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, imporrebbe al legislatore di uno Stato contraente, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, di non interferire nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie, attraverso norme interpretative che assegnino alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo il caso di "ragioni imperative d'interesse generale".

Quello che il giudice rimettente omette di considerare però è che i commi 5 e 6 dell'art. 32, l. n. 183/2010, si applicano in ambito civilistico, disciplinando il risarcimento del danno derivante dall'illegittima apposizione del termine in un rapporto di lavoro dalla natura privata, laddove la giurisprudenza costituzionale richiamata si

⁴⁰⁹ C.cost. 14 luglio 2009, n. 214, cit., 551.

⁴¹⁰ C.cost. 16 novembre 2009, n. 311, cit.

riferisce a norme nazionali interpretative di disposizioni oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato.

Per la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., inoltre, è necessario che la Corte costituzionale verifichi che il contrasto sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo⁴¹¹.

Allo stesso modo nella vicenda relativa al personale ATA la Corte costituzionale⁴¹² ha escluso l'incompatibilità tra la legge nazionale di interpretazione autentica e l'art. 6 CEDU, evocando i "motivi imperativi di interesse generale", che suggeriscono al legislatore interventi interpretativi con effetti retroattivi, ponendosi in contrasto con l'orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

⁴¹¹ C.cost. 5 gennaio 2011, n. 1, cit.

⁴¹² C. cost. 26 novembre 2009, n. 311, *Riv. Dir. Int.*, 2010, 1, 163, *RIDL*, 2010, II, 389 con nota di F. AVALLONE, *Personale ATA trasferito dagli enti locali allo Stato: la storia infinita*; *FI*, 2010, I, 1073; *GCost*, 2009, 6, 4657. In tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, censurato, in riferimento all'art. 117, primo comma, cost. ed all'art. 6 della Cedu, nella parte in cui, interpretando l'art. 8, comma 2, della legge 3 maggio 1999 n. 124, stabilisce che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario statale (ATA) venga inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, stabilendo un sistema retributivo di tutti i dipendenti del ruolo statale del comparto scuola, qualunque ne sia la rispettiva provenienza. Le questioni di legittimità costituzionale decise dalla pronuncia in esame sono state sollevate da Cass., ord. 4 settembre 2008, n. 22260, *Lav. p.a.*, 2008, 632, *D&L*, 2008, 3, 1069 e App. Ancona, ord. 26 settembre 2008, *G.U.*, 1^a sr. Speciale n. 52 del 2008 e 5 del 2009.

che nel caso *Agrati*⁴¹³ ha negato l'esistenza delle esigenze imperative richiamate dal giudice costituzionale⁴¹⁴.

Diverse invece sono le argomentazioni espresse nelle sentenze *Maggio*⁴¹⁵ e *Arras*⁴¹⁶ nelle quali la Corte EDU pur ritenendo che la disposizione retroattiva violi l'art. 6 CEDU, non ha comunque disconosciuto il potere dello Stato italiano di introdurre una nuova regolamentazione, qualora la stessa non determini un *vulnus* al principio di non discriminazione.

5.4 La compatibilità dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 con il diritto comunitario e la possibile violazione della clausola di non regresso

⁴¹³ C. Eur. dei diritti dell'uomo 7 giugno 2011, n. 43549, *FI*, 2013, IV, 1; *D&L*, 2012, 3, 781. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in questa pronuncia ha affermato che lo Stato Italiano, con il comma 218 dell'art. 1, l. 23 dicembre 2005 n. 266 ha violato il principio dell'equo processo di cui all'art. 6 Cedu, ponendo in essere un'indebita ingerenza nell'amministrazione della giustizia e l'art. 1 del Protocollo n. 1, poiché i ricorrenti, prima dell'intervento di detta legge, potevano vantare, in forza della giurisprudenza unanime della S.C. di cassazione, un' "aspettativa legittima" di ottenere il pagamento del trattamento economico connesso all'anzianità maturata nel comparto enti locali.

⁴¹⁴ Sulla vicenda del personale ATA si veda pure l'orientamento espresso da C. Giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon, D & G*, 2011; *FI*, 2011, 11, IV, 489; *RIDPC*, 2011, 6, 1568; *RIDL*, 2012, II, 104, con nota di C. CESTER, *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, nella quale la Corte ha affermato che è compito del giudice del rinvio esaminare se all'atto del trasferimento del personale Ata dagli enti locali ai ruoli dello Stato si sia verificato un peggioramento retributivo sostanziale.

⁴¹⁵ C. Eur. dei diritti dell'uomo 31 maggio 2011, n. 46286, *D&L*, 2011, 2, 274, nella quale la Corte EDU ha disposto che lo Stato italiano, emanando l'art. 1, comma 777, l. 27 dicembre 2006, n. 296, volto ad interpretare la normativa previdenziale nel senso che i contributi versati da cittadini italiani nei periodi di lavoro in Svizzera devono essere computati secondo il metodo contributivo e non retributivo, ha violato l'art. 6 Cedu, posto che i principi della preminenza del diritto e dell'equo processo vietano di adottare leggi volte ad interferire sull'esito delle cause azionate nei confronti dello Stato che non possono consistere in mere esigenze finanziarie.

⁴¹⁶ C. Eur. dei diritti dell'uomo 14 febbraio 2012, n. 17972, *Giornale dir. amm.*, 2012, 646, con cui la Corte ha condannato l'Italia per aver emanato, senza un valido motivo interesse generale, una disposizione (l'art. 1, comma 55, della l. 243/04) con cui ha modificato il computo del trattamento pensionistico dei pensionati dell'ex Banco di Napoli, alterando l'andamento delle controversie pendenti in materia.

Dopo aver esaminato i profili di illegittimità della nuova indennità risarcitoria, introdotta dal comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010, con il diritto interno occorre verificare la sua compatibilità con l'ordinamento comunitario, in particolare con la clausola 8.3 dell'accordo quadro sul lavoro a termine, laddove precisa che la sua applicazione non possa costituire un valido motivo per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito da essa disciplinato.

La direttiva 1999/70/CE⁴¹⁷, infatti, si inserisce in una fase del diritto del lavoro europeo caratterizzata da interventi normativi di *soft law*⁴¹⁸ più vicini alle politiche del lavoro⁴¹⁹ che, pur lasciando agli Stati membri ampi margini di discrezionalità nella realizzazione degli obiettivi⁴²⁰ dell'azione comunitaria, impongono alle normative

⁴¹⁷ La direttiva 1999/70/CE è stata emanata in attuazione dell'art 155. 2 TFU (vecchio art. 139.2 TCE), il quale dispone che “gli accordi conclusi a livello dell'Unione sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri o, nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 153, e a richiesta congiunta delle parti firmatarie, in base ad una decisione del Consiglio su proposta della Commissione”, di cui “il Parlamento europeo è informato”. La disposizione ripropone la formula della collaborazione tra parti sociali e Stato, che ora va inteso come Unione europea, che sembrerebbe una trasposizione a livello europeo dello schema italiano della legge contrattata, da cui scaturisce la questione relativa all'esistenza di una dimensione concertativa europea.

⁴¹⁸ P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 126, secondo cui è possibile individuare una cesura tra discipline del diritto del lavoro europeo dei primi decenni (fino al 1990) e discipline che potrebbero definirsi di seconda generazione. Le prime si porrebbero come interventi pesanti, avendo come contenuto vere e proprie regole (ad esempio le direttive sui licenziamenti collettivi, sul trasferimento d'azienda, i regolamenti in materia di libera circolazione, di costituzione del Fondo sociale europeo); le seconde hanno come contenuto principi prima che regole e come *ratio* obiettivi dalla portata più ampia. In questa prospettiva, si spiega perché tali direttive, definite anche di seconda generazione, possono classificarsi in due grandi aree tematiche: da un lato la parità di trattamento, dall'altro la tutela dei lavori flessibili o atipici, quali il telelavoro, il part-time e il lavoro a termine.

⁴¹⁹ L. ZAPPALÀ, *La “flessibilità nella sicurezza” alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra “soft law” e “hard law”*, *DLRI*, 2003, 72.

⁴²⁰ La normativa comunitaria si propone essenzialmente due obiettivi: il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato, mediante il rispetto del principio di non discriminazione fra lavoratori stabili e

nazionali di trasposizione di tener conto delle implicazioni della clausola di non regresso.

I vincoli che il diritto comunitario pone a quello nazionale in materia di contratti a tempo determinato, pertanto, si presentano in tutta la loro evidenza proprio con riferimento a tale clausola, inserita in quasi tutte le direttive di politica sociale⁴²¹, che può considerarsi come una particolare rifrazione che sul versante europeo presenta il *favor praestatoris*⁴²², la cui precipua funzione è quella di evitare che in sede di recezione dei provvedimenti comunitari si verifichi un arretramento dell'apparato di tutela.

La stessa giurisprudenza di legittimità⁴²³ è di recente pervenuta alla conclusione secondo cui, proprio attraverso la clausola di non regresso, il diritto comunitario garantisce la realizzazione di quel difficile equilibrio tra esigenze di modernizzazione dei sistemi sociali nazionali, flessibilità del rapporto per i datori di lavoro e sicurezza per i lavoratori.

Per rientrare nel divieto di *reformatio in peius* la normativa nazionale deve, innanzitutto, presentare il collegamento con l'attuazione

quelli a termine, nonché la prevenzione degli abusi derivanti dalla reiterazione di assunzioni a tempo determinato.

⁴²¹ Tra le tante clausole di non regresso si vedano: l'art. 1.3 della direttiva 92/85/CE, sulla tutela delle lavoratrici madri; l'art. 8.2 della direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la clausola 4.2 dell'accordo quadro sul congedo parentale, recepito con direttiva 96/34/CE; la clausola 6.2 dell'accordo quadro sul part-time, recepito con direttiva 97/81/CE.

⁴²² M.ROCCELLA, T.TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., 69.

⁴²³ Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279, *RIDL*, 2010, II, 754, con nota di F.MARINELLI, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*.

dell'accordo quadro che, come è stato precisato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Mangold*⁴²⁴ e *Angelidaki*⁴²⁵, non riguarda la sola iniziale trasposizione della direttiva 1999/70/CE e del suo allegato contenente l'accordo quadro, ma copre ogni misura, compresa quella successiva alla stessa, che completi o modifichi le norme nazionali già adottate, purché sia volta a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto.

Una siffatta normativa non potrebbe essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui il trattamento più sfavorevole sia giustificato non già dalla necessità di applicare l'accordo quadro, bensì da quella di promuovere un altro fine, distinto rispetto ad essa⁴²⁶.

L'ordinamento comunitario ammette delle deroghe al principio di non regresso, qualora siano giustificate dall'esigenza di perseguire altre finalità di politica sociale⁴²⁷, al fine di evitare che un'interpretazione troppo rigida possa sortire un effetto di cristallizzazione degli ordinamenti (c.d. *stand still*), potenzialmente negativo⁴²⁸.

⁴²⁴ C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, cit., con nota di O.BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età*, cit., 250.

⁴²⁵ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a C-380/07, cit., 505. Più di recente si veda C. Giust. 8 marzo 2012, causa C-251/11, cit., con nota di G. BELTRAME, *Contratto a termine: trasformazione a clausole (in)variate?*, cit., 950.

⁴²⁶ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a C-380/07, op. cit., 520.

⁴²⁷ Il riferimento è in *primis* agli altri obiettivi di politica sociale indicati dall'art. 151 TFU, quali sono: la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un elevato livello occupazionale, la lotta contro l'emarginazione.

⁴²⁸ P.TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, cit., 124.

Ne consegue che una normativa nazionale, quale l'art. 32, l. n. 183/2010, che modifica la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 368/2001, che ha ad oggetto proprio la trasposizione della direttiva comunitaria sul lavoro a termine⁴²⁹, può rientrare nella clausola 8.3 dell'accordo quadro, in quanto la riduzione di tutela da essa introdotta non può dirsi rivolta ad attuare un diverso obiettivo di politica sociale⁴³⁰.

La finalità perseguita dal legislatore del Collegato lavoro è semplicemente quella di provvedere ad una riduzione generalizzata delle tutele già riconosciute ai lavoratori al solo scopo di ridurre, in un periodo di forte congiuntura economica, il pregiudizio patrimoniale che la violazione della normativa sul rapporto a termine determina per le imprese.

Al fine di verificare poi l'effettivo abbassamento del livello di tutela, il giudice comunitario, da ultimo con la sentenza *Sorge*⁴³¹, invita a sottoporre la normativa nazionale ad un duplice *test*: innanzitutto, occorre accertare, sulla base di un criterio meramente quantitativo, se la riduzione di tutela riguardi una porzione significativa dei lavoratori

⁴²⁹ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, cit., con nota di L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive*, cit., 1042. Nella sentenza *Sorge*, la Corte di giustizia puntualizza come non si possa escludere che le modifiche apportate dal d.lgs. n. 368/2001 al diritto interno precedente siano collegate all'attuazione dell'accordo quadro, considerato che i lavoratori a tempo determinato, al momento dell'adozione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro, godevano di misure di tutela previste dalla legge n. 230/1962.

⁴³⁰ In senso contrario si veda A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., 213. L' A. nega che la soluzione adottata dal legislatore del Collegato lavoro contrasti con il diritto comunitario, che consente arretramenti del livello generale di tutela, purché siano riferibili ad un valido motivo "qui addirittura macroscopico".

⁴³¹ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, cit. 1055.

impiegati a tempo determinato, soltanto dopo bisognerà chiedersi, adottando un criterio qualitativo, se essa sia compensata dall'adozione di altre misure di tutela.

Per quanto concerne la condizione secondo cui la *reformatio in peius* deve riguardare il “livello generale di tutela” dei lavoratori a tempo determinato è innegabile che la riforma, applicandosi a tutti i lavoratori che abbiano stipulato un contratto a tempo determinato nel settore privato, compresi coloro che siano stati parti contraenti di rapporti a termine successivi⁴³², costituisca una modifica di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia⁴³³.

Il Collegato lavoro, inoltre, non prevede misure compensative, ma al contrario introduce ulteriori riduzioni di tutela, quali il termine di impugnazione decadenziale previsto dal comma 3, dell'art. 32 e l'ulteriore diminuzione del risarcimento contemplata dal comma 6 dello stesso articolo⁴³⁴.

L'abbassamento del livello di tutela, infine, non è compensato dal mantenimento della sanzione della conversione del rapporto, già

⁴³² R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine*, cit. 428.

⁴³³ Sul punto si veda C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a C-380/07, cit., 522, che nel caso *Angelidaki*, partendo da queste premesse, è giunta ad escludere che la normativa greca, oggetto del procedimento, costituisca una *reformatio in peius* del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato, ai sensi della clausola 8.3 dell'accordo quadro, dal momento che si applica solo a coloro che operano nel settore pubblico e che non siano parti contraenti di contratti di lavoro a termine successivi.

⁴³⁴ R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine*, cit., 428.

“operante alla stregua di un diritto vivente consolidatosi sotto il vigore della l. n. 230/1962”⁴³⁵.

La possibilità di provvedere ad una compensazione delle tutele è stata prospettata dalla sentenza *Angelidaki*⁴³⁶ con specifico riferimento alla stipulazione di contratti a termine successivi, ambito direttamente regolato dall'accordo quadro (clausola 5), per essere poi estesa dalla sentenza *Sorge*⁴³⁷ anche all'ipotesi di stipula di un primo ed unico contratto a termine.

In questo modo, la tecnica compensativa troverebbe applicazione in una materia sulla quale non vi era bisogno di intervenire in sede di attuazione della direttiva comunitaria e del suo allegato contenente l'accordo quadro, ma sulla quale lo “Stato membro ha deciso di intervenire autonomamente e discrezionalmente, in occasione e *con la*

⁴³⁵ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., 25, il quale sostiene che l'eventuale eliminazione del meccanismo compensativo avrebbe reso ancora più manifesta la riduzione del livello generale di tutela, già assicurato dall'ordinamento ai lavoratori a tempo determinato.

⁴³⁶ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a C-380/07, cit., 520, nella quale il giudice comunitario chiarisce che le modifiche introdotte da una normativa nazionale, tesa a recepire la direttiva n. 1999/70/CE e l'accordo quadro, non sembrano costituire una *reformatio in peius* del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato, ai sensi della clausola 8.3 dell'accordo quadro, nei limiti in cui siano idonee a essere compensate dall'adozione di misure preventive dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato successivi. Ne deriva che con specifico riferimento ai lavoratori con contratti a tempo determinato successivi, l'attuazione dell'accordo quadro deve quindi essere conforme alle prescrizioni di cui alla clausola 5, volte a prevenire gli abusi nell'utilizzo di tali contratti.

⁴³⁷ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, cit., 1048, nel punto in cui dispone che “la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che ha eliminato l'obbligo, per il datore di lavoro, di indicare nei contratti a tempo determinato conclusi per sostituire lavoratori assenti il nome di tali lavoratori e i motivi della loro sostituzione, e che si limita a prevedere che siffatti contratti a tempo determinato debbano risultare da atto scritto e debbono specificare le ragioni del ricorso a tali contratti, purché dette nuove condizioni siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela oppure riguardino unicamente una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato”.

scusa di dover implementare la direttiva, introducendo una modifica peggiorativa”⁴³⁸.

Ne consegue il dubbio che la sanzione prevista dal comma 5 dell’art. 32, l. n. 183/2010, si presenti incompatibile con il divieto di *reformatio in peius*, perché limitando il risarcimento del danno da illegittima apposizione del termine, introduce una riduzione del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato senza prevedere adeguate misure compensative.

Pur ritenendo sussistente tale violazione, le conseguenze sul piano del diritto interno si presentano piuttosto modeste⁴³⁹, considerando che la Corte di giustizia⁴⁴⁰ ha escluso la possibilità che la clausola di non regresso sia immediatamente produttiva di effetti, perché da un lato verte sulla sola attuazione dell’accordo quadro, dall’altro si limita a vietare soltanto le riduzioni di tutela che presentino un’ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia⁴⁴¹. Infatti, la direttiva è caratterizzata da un’efficacia indiretta verticale, risultando necessaria l’emanazione di un atto interno di recepimento ed avendo come suoi destinatari gli Stati, anziché i privati.

La Corte di giustizia, ciononostante, è giunta talora ad attribuire efficacia diretta verticale alle direttive (c.d. *self-executing*), purché la

⁴³⁸ L.ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive*, cit., 1057.

⁴³⁹ R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine*, cit., 428.

⁴⁴⁰ C. Giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a C-380/07, cit., 538.

⁴⁴¹ C. Giust. 24 giugno 2010, causa C-98/09, cit. 1049.

norma direttamente applicabile sia autosufficiente, ossia chiara, precisa ed incondizionata, tale da conferire espressamente ai singoli un diritto nei confronti dello Stato di appartenenza, che non vi ha dato attuazione, pur essendo decorsi i termini per la sua trasposizione. Secondo la Corte di giustizia però il divieto sancito dalla clausola 8.3 dell'accordo quadro si presenta troppo "articolato e ricco di condizioni"⁴⁴² per dar vita ad un diritto dei singoli sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato.

Parte della dottrina ha criticato questa ricostruzione, sottolineando che a fronte di una norma interna che introduce una modifica illegittima di una normativa precedente, che garantiva la corretta attuazione del divieto di *reformatio in peius*, l'applicazione della disposizione previgente si verificherebbe automaticamente⁴⁴³.

La violazione della normativa comunitaria non determinerebbe l'efficacia diretta delle norme della direttiva violate, ma farebbe "semplicemente rivivere la precedente disciplina interna della materia"⁴⁴⁴.

⁴⁴² L.MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, RGL, II, 502.

⁴⁴³ U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favore di non regresso nelle direttive sociali*, CI, 2005, 606; L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, DLRI, 2008, 499.

⁴⁴⁴ L.MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso*, cit., 501, commentando la sentenza *Angelidaki* ha sostenuto la possibilità di disapplicare l'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001, in virtù della violazione della clausola di non regresso.

Tuttavia, il principio della successione delle leggi nel tempo, nonostante gli interessanti spunti forniti da questa ricostruzione dottrinale, costituisce un limite invalicabile alla possibilità che il giudice nazionale, tenuto ad interpretare il diritto interno alla luce del testo e dello scopo dell'accordo quadro, possa giungere a disapplicare l'art. 32, comma 5, del Collegato lavoro, a causa del suo contrasto con la clausola di non regresso.

5.5 Il lavoro a tempo determinato nelle interpretazioni delle Corti nazionali dopo la l. n. 92/2012

La presa di posizione assunta dalla Corte costituzionale non ha impedito la persistenza di contrasti interpretativi all'interno della giurisprudenza di merito. Infatti, con la sentenza 16 novembre 2011, n. 29910⁴⁴⁵, emanata a distanza di pochi giorni dalla decisione della Consulta, il Tribunale di Napoli ha disatteso l'interpretazione dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, fornita dalla Corte costituzionale, rilevando la non vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto, a differenza di quelle di accoglimento.

Così il Tribunale di Napoli, tenuto conto dell'inapplicabilità al caso di specie dell'art. 10 d.lgs. n. 368/2001, che esclude dal suo campo di applicazione i soli imprenditori agricoli che esercitano, ai sensi

⁴⁴⁵ T. Napoli 16 novembre 2011, n. 29910, *DML*, 3, 2011, 646.

dell'art. 2135 c.c., attività di coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali, nonché quelle dirette alla manipolazione, conservazione, commercializzazione e valorizzazione di prodotti ottenuti dallo svolgimento di tali attività, ha accertato la nullità della clausola appositiva del termine, soffermandosi pure sulle conseguenze della illegittimità.

Il Tribunale, pertanto, ha concluso che al lavoratore spettino tutte le retribuzioni *medio tempore* perdute dalla data di notifica del ricorso all'effettiva riammissione in servizio. Il legislatore, al fine di garantire un'efficacia dissuasiva e sanzionatoria, avrebbe infatti introdotto la possibilità di liquidare voci di danno ulteriori, esistenziale, morale, alla professionalità, in precedenza non risarcite, attraverso una presunzione *iuris et de iure* di un danno minimo, pari a 2,5 mensilità, che deve essere sempre corrisposto anche in assenza di un pregiudizio effettivo, in relazione al quale il lavoratore avrebbe un onere di allegazione e di prova, il cui limite temporale è rappresentato dal deposito del ricorso, quale limite finale del periodo coperto dall'indennità.

L'accoglimento di questa ricostruzione conduce inevitabilmente al riconoscimento della categoria dei *punitive damages* propri del diritto nordamericano, legati alla condotta dell'autore dell'illecito a prescindere dal tipo di lesione, sempre negata nel nostro ordinamento

giuridico, che assegna alla responsabilità civile una funzione risarcitoria e non sanzionatoria⁴⁴⁶, volta a ripristinare la sfera patrimoniale del danneggiato attraverso il pagamento di una somma che elimini le conseguenze del pregiudizio arrecato⁴⁴⁷.

Con riferimento alla risarcibilità del danno non patrimoniale, le Sezioni Unite⁴⁴⁸, nel tentativo di preservare la tipicità delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale, hanno negato l'autonoma configurabilità del danno morale e di quello esistenziale, attribuendogli una valenza meramente descrittiva, trattandosi di semplici conseguenze della lesione all'integrità psicofisica della persona, che integrano una voce del danno biologico, considerato nel suo aspetto dinamico, cui va riconosciuto carattere omnicomprensivo. In un sistema che ammette un determinato grado di tolleranza, la gravità della lesione e la serietà del danno costituiscono ulteriori requisiti per la risarcibilità del danno non patrimoniale, che richiede il superamento di una certa soglia di offensività⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Cass. S.U. 24 marzo 2006 n. 6572, *GC*, 2007, 11, 2543, con nota di N. SAPONE, *Il danno esistenziale da demansionamento dopo l'intervento delle sezioni unite*.

⁴⁴⁷ Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, *Dir. famiglia*, 2010, 2, 547; *RCP*, 2008, 1, 188 B, con nota di G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*.

⁴⁴⁸ Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, *Juris Data*; Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, *RIDL*, 2009, II, 465, con note di R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite* e R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*; *FI*, 2009, I, 120, con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. PARDOLESI- R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*; G. PONZANELLI, *Sezioni Unite: il nuovo statuto del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

⁴⁴⁹ T. Vicenza 10 febbraio 2009, *RIDL*, 2009, II, 895, con nota di L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: personalizzare si può*.

Questo orientamento è stato tuttavia disatteso dalla giurisprudenza più recente, a cui la pronuncia in commento sembra conformarsi, che se da un lato ha riaffermato l'autonomia ontologica del danno morale rispetto a quello biologico⁴⁵⁰, dall'altro ha evidenziato che il principio di integralità del ristoro subito dal danneggiato comporti la riparazione di ogni aspetto negativo del danno, compreso quello esistenziale⁴⁵¹, a prescindere dalla sua liquidazione come voce autonoma o quale componente del danno biologico.

Il Tribunale di Napoli pertanto non accoglie l'interpretazione dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 fornita dalla Corte costituzionale, affermando che la stessa determinerebbe una discriminazione tra lavoratori che versano in una situazione comparabile, non potendosi invocare l'asserita eterogeneità delle situazioni, considerando che la somministrazione irregolare di manodopera ricade pur sempre nell'ambito di applicazione della direttiva comunitaria n. 1999/70/CE.

⁴⁵⁰ Cass. 12 settembre 2011, n. 18641, *De Jure*, chiarisce l'autonomia del danno morale rispetto al danno biologico, richiamando a tal fine il d.P.R. n. 37/2009 e il d.P.R. n. 181/2009. Nello stesso senso si vedano pure Cass. 12 dicembre 2008, n. 29191, *RCP*, 2009, 811, con nota di D. CHINDEMI, *Danno morale: alla morte segue la risurrezione*, afferma l'autonomia del danno morale che non può essere considerato come una *quota minore* del danno alla salute; Cass. 19 gennaio 2010, n. 702, *De Jure*, sottolinea che per la liquidazione del danno morale si deve tenere conto delle condizioni soggettive della persona umana e della gravità del fatto, non potendosi escludere l'ammissibilità della sua quantificazione in proporzione al danno biologico riconosciuto.

⁴⁵¹ Cass. 30 giugno 2011, n. 14402, *De Jure*, sostiene che allorché i c.d. aspetti relazionali non siano presi in considerazione nella liquidazione del danno biologico, gli stessi andranno risarciti come autonoma voce di danno esistenziale. Per una trattazione più ampia dell'argomento si veda R. RIVERSO, *L'atteso ritorno del danno morale ed esistenziale*, *LG*, 2011, 1077; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*, *RCP*, 2011, 2025, in nota a Cass. 7 giugno 2011, n. 12408 e Cass. 30 giugno 2011, n. 14402 cit.

Con riferimento ai rapporti tra l'art. 117, comma 1, Cost. e le norme della CEDU, la Corte costituzionale ritiene che la normativa in esame presenti tutti i presupposti a fronte dei quali la giurisprudenza della Corte di Strasburgo giudica compatibili con l'art. 6 CEDU nuove disposizioni dalla portata retroattiva, tali da regolamentare in materia civile diritti riconosciuti da leggi in vigore.

Il legislatore, forfetizzando il risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ha adempiuto al bisogno di certezza dei rapporti giuridici, avvertito in tutti i rapporti di lavoro precario, non soltanto quelli alle dipendenze degli enti pubblici. Il Tribunale di Napoli, invece, allineandosi alla posizione assunta nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione⁴⁵², dubita che la legge n. 183/2010 non sia volta ad influenzare la risoluzione dei giudizi in corso, considerando che la fattispecie rimessa al suo esame riguardava l'Ente Poste Italiane, sottoposto al controllo dello Stato, sicuramente privilegiato nella soluzione di tale categoria di controversie.

La sentenza in esame, infine, evidenzia il rischio che l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale possa porre il lavoratore in una condizione sfavorevole, perché ogni richiesta avanzata rimarrebbe a suo carico, compromettendo il principio del giusto equilibrio, che

⁴⁵² Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., 61.

implica il riconoscimento a ciascuna parte della possibilità di esporre il proprio caso ed articolare le sue difese in condizione di parità con il suo avversario.

Tale orientamento è stato accolto anche dalla Corte di Appello di Roma⁴⁵³ che, riprendendo le argomentazioni del Tribunale di Napoli, ha affermato che l'indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, sostituisce il regime risarcitorio soltanto per il periodo compreso tra la scadenza del termine ed il deposito del ricorso di primo grado.

Tuttavia, l'argomento centrale delle due sentenze di merito, basato sulla non vincolatività delle interpretazioni oggetto del giudizio di costituzionalità, è stato smentito dalla stessa Corte di Cassazione⁴⁵⁴ che, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, ha più volte ribadito che l'indennità in questione, che copre tutto il periodo dalla scadenza del termine fino alla sentenza che ne accerta la nullità, risulta adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi, anche attraverso il ricorso ai criteri indicati dall'art. 8 della l.

⁴⁵³ A. Roma 2 febbraio 2012, n. 267, *MGL*, 2012, 5, 351, con nota di A. VALLEBONA, *Indennità fantasma per il termine nullo: riappare il decrepito fantasma dell'uso alternativo del diritto*.

⁴⁵⁴ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, *MGL*, 2012, 350; *RIDL*, 2012, II, 400, con nota di M. L. VALLAURI, *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo*, cit.; *FI*, 2012, 730; *GDir*, 2012, 12, 70; Cass. 2 aprile 2012 n. 5241, *MGL*, 2012, 348; *RIDL*, 2013, II, 11, con nota di N. DE ANGELIS, *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*; *D&G*, 2012, 338, con nota di R. DULIO, *Nulla l'apposizione del termine senza la valutazione dei rischi*; Cass. 31 gennaio 2012, 1409, *De Jure*.

n. 604/1966, che consentono di calibrare l'importo del risarcimento alle peculiarità delle singole vicende⁴⁵⁵.

L'interpretazione accolta dalla sentenza⁴⁵⁶ della Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 32, comma 5, l. n.183/2010, confermata più di recente con una ordinanza di manifesta inammissibilità della questione di legittimità⁴⁵⁷, è stata recepita anche dal legislatore che, all'art.1, comma 13, della legge 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero), con una disposizione di interpretazione autentica ha disposto che la norma vada interpretata nel senso che l'indennità risarcitoria ristora per intero il pregiudizio retributivo e contributivo relativo al periodo compreso tra la scadenza del termine e la sentenza con la quale il giudice ordina la "ricostituzione" del rapporto⁴⁵⁸.

La natura dichiarativa di tale pronuncia ha indotto però parte della dottrina a dubitare della legittimità della norma, in quanto il giudice non potrebbe esimersi dal dichiarare sussistente il rapporto, riconoscendo al lavoratore il suo diritto alla contribuzione⁴⁵⁹.

Secondo un altro orientamento⁴⁶⁰, invece, l'esclusione dell'obbligo contributivo comporterebbe che durante il periodo predetto il rapporto

⁴⁵⁵ A. VALLEBONA, *Indennità fantasma*, cit.

⁴⁵⁶ C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, cit.

⁴⁵⁷ C. cost. 3 maggio 2012, n. 112, *D&L*, 2012, 1, 73; *FI*, 2012, 1633; *GCost*, 2012, 3, 1638.

⁴⁵⁸ F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, www.csdle.lex.unict.it, 12.

⁴⁵⁹ V. F. PONTE, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, in *Quaderni de "Il diritto del mercato del lavoro"*, Napoli, 2013, 122.

⁴⁶⁰ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 22.

non sussiste e la clausola appositiva del termine non sarebbe affetta da nullità, bensì da un'invalidità speciale con effetti *ex nunc*.

Tuttavia, la Corte di Cassazione⁴⁶¹ venuta a pronunciarsi sul risarcimento del danno contributivo ha eliminato ogni dubbio interpretativo, precisando che l'indennità forfetizzata ed omnicomprensiva, comprendendo tutti i pregiudizi causati dalla nullità nel periodo che va dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione, ristora tutte le conseguenze patrimoniali anche quelle contributive.

⁴⁶¹ Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, *DRI*, 2013, 3, 761; *D&L*, 2012, 3, 689.

Conclusioni

Il ruolo della Corte di Giustizia è particolarmente importante nell'elaborazione delle politiche sociali comunitarie, per l'opera di interpretazione di norme sempre più incisive e che esigono il costante raccordo con le disposizioni a tutela della concorrenza, che presiedono le libertà economiche nell'ambito dell'Unione Europea.

La prima parte della ricerca, pertanto, si sofferma sulla ricognizione dei diritti sociali nelle fonti primarie dell'Unione Europea, con particolare riferimento ai Trattati e alla Carta dei diritti fondamentali proclamata dal Consiglio europeo di Nizza del 7 e 8 dicembre del 2000, ai diritti sociali ad esercizio individuale e collettivo dalla stessa garantiti, al suo valore giuridico prima e dopo il Trattato di Lisbona, senza tralasciare il ruolo svolto dalle Corti nazionali e comunitarie, che concorrono alla formazione del sistema di tutela multilivello, all'interno del quale uno stesso "diritto" riceve un diverso livello di tutela nelle diverse giurisdizioni nazionali e sopranazionali che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, nella salvaguardia delle libertà fondamentali.

Il lavoro analizza poi il tema dei rapporti fra ordinamento nazionale e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, alla luce dei principali arresti della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU, senza tralasciare il ruolo svolto

dalla dottrina italiana che ha cercato di stemperare il dogma del primato della Carta costituzionale al fine di valorizzare i diritti fondamentali, riconosciuti dalla CEDU.

Il sistema di tutela dei diritti umani, dunque, è destinato ad ampliarsi e rinforzarsi a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, che ha previsto l'adesione dell'Unione europea alla CEDU (art. 6, par. 2, TUE), funzionale a garantire la coerenza tra la giurisprudenza delle rispettive Corti e a creare uno spazio comune europeo in materia di diritti dell'uomo.

Con l'adesione si verrà ad instaurare un controllo giudiziario esterno della Corte di Strasburgo su tutte le istituzioni comunitarie, sulla Corte di giustizia e sulle giurisdizioni nazionali, per pervenire alla formazione di un sistema pluriarticolato, integrato e coerente, basato su diversi livelli di tutela, esterni e interni all'Unione, che concorrono tra di loro nella tutela delle libertà fondamentali.

L'adesione richiede però la ratifica di un trattato, subordinata al consenso di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, che devono approvarlo all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo.

Per cui, a causa delle difficoltà incontrate nelle procedure di ratifica, l'articolo 6, par. 2, TUE è rimasto ancora inattuato, con la conseguenza che, a fronte della lesione di un diritto fondamentale

riconosciuto da una disposizione della Convenzione, il giudice nazionale non deve disapplicare la norma interna contrastante, ma deve tuttora investire la Corte costituzionale delle relative questioni di legittimità.

Nella seconda parte la ricerca si concentra nella disamina della giurisprudenza comunitaria in materia di parità di trattamento, unico principio di natura sociale riconosciuto dal trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957, per mezzo del quale la Corte di Giustizia è pervenuta all'elaborazione di importanti tutele per i lavoratori, successivamente recepite dallo stesso legislatore comunitario.

In linea con l'impostazione "mercantilistica" della Comunità europea, il testo originario del Trattato CE conteneva due sole disposizioni di natura sociale: l'art. 39 TCE, che assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione e l'art. 141 TCE, che garantisce la parità retributiva tra lavoratori di sesso maschile e femminile, entrambe le disposizioni però possono confluire in un unico principio di non discriminazione per motivi di nazionalità o di appartenenza ad un genere, maschile o femminile.

L'esame del principio di non discriminazione all'interno dell'Unione Europea, dunque, è trattato nella prospettiva allargata ai più recenti

fattori di discriminazione, che ha la sua espressione nelle direttive n. 2000/43/CE e n. 2000/78/CE.

In particolare quest'ultima disciplina una causa specifica di esclusione delle discriminazioni legate al fattore dell'età, a cui viene dedicata un'apposita trattazione.

L'art. 6, par. 1, infatti, dispone che gli ordinamenti nazionali “possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari”.

L'ampiezza della formulazione lascia al legislatore nazionale ampi margini di discrezionalità nell'introdurre differenziazioni basate sull'età, posto che i citati obiettivi sembrano essere a tal punto ampi da ricomprendere tutte le ipotesi di trattamenti differenziati.

La facoltà di intervento degli Stati membri, tuttavia, è in parte compensata dal potere di valutazione della Corte di giustizia, che rende le normative nazionali continuamente esposte agli interventi del giudice comunitario. La tematica dell'età del lavoratore è stata affrontata dalla giurisprudenza comunitaria sotto diversi profili, perché in alcuni casi le normative nazionali tendono a lasciare gli

ultracinquantacinquenni fuori dal mercato del lavoro, in altri casi invece prevedendo la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione sono giunte a discriminare proprio i più giovani.

Infine, nell'ultima parte un *focus* specifico è riservato alla trattazione delle tutele nei confronti dei lavoratori precari, specialmente quelli a tempo determinato *tout court*.

E' di particolare rilievo, difatti, per l'opera di interpretazione delle norme previste dalla direttiva n. 1999/70, il dialogo tra Corti in materia di limiti alle clausole appositive del termine, di reiterazione e successione di contratti a tempo determinato, di sanzioni previste a tutela dei lavoratori temporanei, con particolare riferimento alla violazione della clausola di non regresso.

Il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, adottato in attuazione della direttiva n. 99/70 del 28 giugno 1999 ha abrogato la precedente disciplina vincolistica, fondata sul principio di tassatività, consentendo, invece, *«l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»*.

Con riferimento alle ragioni sostitutive la disposizione suddetta subordina la possibilità di ricorrere al lavoro a termine per ragioni sostitutive al solo obbligo di indicare per iscritto tali ragioni.

In tale contesto il Tribunale di Trani ha rimesso la questione di legittimità alla Corte costituzionale per eccesso di delega, ex artt. 76 e 77 Cost, ritenendo che il legislatore delegato nel dettare le ipotesi di accesso al contratto a termine per ragioni sostitutive ha eliminato la condizione della specificazione del nome del soggetto sostituito senza esservi delegato.

La Corte costituzionale, tuttavia, ha ritenuto infondata la questione di legittimità ed ha negato i profili di innovatività della nuova normativa, affermando che quando l'assunzione a tempo determinato avvenga per ragioni di carattere sostitutivo, devono comunque risultare per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e le ragioni della sostituzione.

Sul punto la Corte di Giustizia ha precisato che le modifiche di una normativa nazionale non costituiscono una «riforma *in peius*» del livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato vietata dalla clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70, qualora esse riguardino una categoria circoscritta di lavoratori, costituita da coloro che sono stati assunti per ragioni sostitutive, oppure siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela, come quelle preventive contro l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi e quelle volte a vietare le

discriminazioni esercitate contro lavoratori che abbiano concluso tale tipo di contratto.

La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, invece, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, dispone che gli Stati membri dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

La disposizione, dopo aver individuato le misure necessarie a prevenire gli abusi, invita gli Stati membri a stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere considerati "successivi" e quando devono invece essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.

La giurisprudenza comunitaria sin dalle sue prime interpretazioni ha però precisato che la normativa comunitaria non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come esso nemmeno stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi.

Pertanto, la Corte di Giustizia ha affermato che quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche spetta alle autorità nazionali adottare misure che rivestano un carattere non soltanto proporzionato, ma anche effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro.

La questione si è più volte riproposta nel nostro ordinamento giuridico, posto che l'art. 36 d.lg. n. 165 del 2001 esclude per i lavoratori del settore pubblico la sanzione della conversione nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato, limitandosi a prevedere una sanzione di tipo risarcitorio.

Inoltre, l'art. 97, comma 3, Cost., sancendo la regola del concorso pubblico come forma di reclutamento, preclude al dipendente pubblico le tutele previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001.

La Corte di Giustizia però ha più volte confermato la compatibilità con l'accordo quadro dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, perché pur escludendo in caso di abuso nell'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti a tempo indeterminato, comunque contiene un'altra misura effettiva e destinata a evitare e sanzionare il ricorso abusivo a tale tipologia contrattuale.

Nell'ultimo capitolo l'indagine si concentra sull'indennità risarcitoria prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, per la violazione delle disposizioni del Dlgs n. 368/2001, dichiarata legittima dalla Corte costituzionale che ha rilevato che la forfetizzazione del risarcimento si presenta finalizzata a contemperare l'interesse del dipendente alla conservazione del posto e ad un equo indennizzo, con quello del datore di lavoro a non subire un pregiudizio eccessivo dovuto all'incertezza di un precetto troppo generico sulla giustificazione del termine, ai comportamenti dilatori del lavoratore, o alle lungaggini del processo.

La Corte costituzionale ha poi escluso che l'applicazione retroattiva della normativa a tutti i giudizi pendenti (art. 32, comma 7, l. n. 183/2010), nella parte in cui viene ad incidere su diritti assicurati da una precedente normativa, prospetti dubbi di legittimità con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'art. 6 della CEDU che, nel sancire il diritto di ogni cittadino ad un giusto processo, davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, vieta al potere legislativo di intromettersi nell'amministrazione della giustizia, attraverso norme interpretative tali da assegnare alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento.

L'interpretazione accolta dalla sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità dell'art. 32, comma 5, l. n.183/2010 è stata recepita anche dal legislatore che, all'art.1, comma 13, della legge 28 giugno 2012 n. 92 (cd. riforma Fornero), con una disposizione di interpretazione autentica ha disposto che la norma vada interpretata nel senso che l'indennità risarcitoria ristora per intero il pregiudizio retributivo e contributivo relativo al periodo compreso tra la scadenza del termine e la sentenza con la quale il giudice ordina la "ricostituzione" del rapporto.

Bibliografia

P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione*, *DUE*, 2005, 253.

M. ADAM, *Le fonti comunitarie. Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2000, 43 ss.

R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, *DUE*, 2000, 881 ss.

A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 60/2008, 42, www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp.

A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 82/2010, 6, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

P. ALBI, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*, in nota a A. Firenze 3 aprile 2007, *RIDL*, II, 2008, 106.

L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2001, 923 ss.

E. ALES, *“Non regresso” senza dumping sociale ovvero del “progresso” nella modernizzazione (del modello sociale europeo)*, *DLM*, 2007, 5 ss.

V. ALLOCCA, *Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*, in nota a C. Giust. 5 marzo 2009, causa C-388/07, *DML*, 2009, 665.

V. ALLOCCA, *Le discriminazioni fondate sull’età del lavoratore secondo la Corte di Giustizia*, in nota a C. Giust. 12 gennaio 2010, causa C-341/08, *DML*, 2010, 199.

V. ALLOCCA, *Il rapporto di lavoro nell’UE: le tutele contro le discriminazioni*, in R. FEOLA (a cura di), *Unione e regole nazionali problemi e prospettive*, Napoli, 2011, 7.

V. ALLOCCA, *Le novità del Collegato lavoro e la normativa sul contratto a termine: il nuovo regime delle impugnazioni e il sistema sanzionatorio*, *DML*, 1-2, 2011, 229.

V. ALLOCCA, *La Carta di Nizza e i diritti sociali fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *DML*, 2013, 1, 153 ss.

C. AMALFITANO, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell’ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in nota a C. Giust. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, *CP*, 2011, 2786.

F.AMATO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multi-etnica*, LD, 2003, 127.

F. AMATO, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, RIDL, I, 2005, 271.

J. APARICIO TOVAR, *Contrattazione collettiva e fonti comunitarie*, in A. BAYLOS, GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 173 ss.

G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Milano, 2001, 15.

G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'unione europea*, vol. II, Milano, 2001, 295.

F. AVALLONE, *Personale ATA trasferito dagli enti locali allo Stato: la storia infinita*, in nota a C. cost. 26 novembre 2009, n. 311, *Riv. Dir. Int.*, 2010, 1, 163.

A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, EGT, XI, 1989, 1 ss.

G. BALLADORE –PALLIERI, *Saggi sulle organizzazioni internazionali*, Milano, 1961.

M. V. BALLESTRERO, *La prova della discriminazione indiretta: ancora un passo avanti della Corte di giustizia*, RIDL, II, 1990, 786.

M.V. BALLESTRERO, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia. Supponiamo che*, LD, 1998, 485 ss.

- M. V. BALLESTRERO, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Milano, 2001, 87 ss.
- M. V. BALLESTRERO, *Dalla politica ai diritti. I diritti sociali nella Carta dell'Unione Europea*, DML, 2001, 3 ss.
- M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro*, LD, 2004, 515.
- M. V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - 55/2007, 25, www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp.
- M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, LD, 2008, 371 ss.
- M.V. BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, LD, 1, 2011, 145.
- R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuata e loro opponibilità ai singoli*, Riv. Dir. Int, 1989, 253.
- A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, DUE, 2001, 241 ss.
- M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 103 ss.
- M. BARBERA, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.

- M. BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, *DRI*, 2000, 161 ss.
- M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, *DLRI*, 2003, 399.
- C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, 2006, 383 ss.
- A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, *FI*, 1992, IV, 146, ss.
- E. BARRACO, *Il Collegato lavoro: un nuovo modus operandi per i pratici e, forse, un nuovo diritto del lavoro*, *LG*, 2010, 349.
- F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, *MGL*, 2001, 1089.
- A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in AA. VV., *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 28.
- A. BELLAVISTA, *Il diritto comunitario vieta di escludere i giovani dal computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione delle norme in materia di informazione dei lavoratori*, in nota a C. Giust. 18 gennaio 2007, causa C-385/05, *RIDL*, II, 2007, 737.
- G. BELTRAME, *Contratto a termine: trasformazione a clausole (in)variate*, in nota a C. Giust. 8 marzo 2012, causa C-251/11, *Huet*, *RIDL*, 2012, II, 942.
- A. BENAZZO, *Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 835.

- M. BIAGI, *La direttiva comunitaria del 1994 sull'informazione e consultazione dei lavoratori: una prospettiva italiana*, DRI, 1995, 35 ss.
- M. BIAGI, *Formazione e qualità: note per una strategia comunitaria dell'occupazione*, DRI, 1996, 75.
- M. BIAGI, *L'applicazione del Trattato di Amsterdam in materia di occupazione: coordinamento o convergenza?*, DRI, 1998, 437 ss. e in *Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999.
- M. BIAGI, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, GL, 1999, 17 ss.
- M. BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2001, 39.
- M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002.
- M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2000, 610.
- R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001.
- G. BISCOTTINI, *Sull'applicabilità immediata di talune direttive comunitarie*, RDIPP, 1974, 230.
- R. BLANPAIN, *Diritto del lavoro e relazioni industriali nella Comunità europea*, Roma, 1992, 170 ss.

- R. BLANPAIN, M. COLUCCI, *Il diritto del lavoro comunitario ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 2000, 179 ss.
- R. BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*, *DRI*, 2005, 942.
- N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2005.
- A. BOLLANI, *La disciplina del lavoro a termine di fronte alla Corte Costituzionale*, in nota a C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, *DRI*, 2009, 3, 736.
- O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in nota a C. Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *RIDL*, II, 2006, 250.
- O. BONARDI, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, *RGL*, 2008, I, 565.
- O. BONARDI, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, *CSDLE.INT*, 83/2010, 37 ss.
- M. BONI, *Abuso del contratto a termine nel settore pubblico e risarcimento del danno*, A. Roma 26 marzo 2012, *MGL*, 2012, 8-9, 648.
- D. BORGHESI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n. 1441 quater*, *LD*, 2009, 17.

M. BORZAGA , *L'intervento legislativo sul caso Poste italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di Giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*, in nota a C. Giust.1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato, RIDL*, 2011, II, 859.

M. BORZAGA, *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. Fin dove può spingersi il diritto comunitario?*, in nota a C. Giust. 10 maggio 2011, causa C-147/11, *RIDL*, 2012, 215.

G. BOSCO, *Commento all'Atto unico europeo*, in *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1987, 559 ss.

A. BOSCO, A. POMPEI, *Contratto a tempo determinato*, in *La nuova riforma del lavoro*, *Il Sole 24 ore*, 2013, 11 ss.

P. BOZZAO, *L'estensione del lavoro a termine oltre il primo contratto: la nuova disciplina*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 110 ss.

G. BRONZINI, V. PICCONE, *La Corte del Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali?*, *DL*, 2006, 979.

G. BRONZINI, V. PICCONE, *Le Corti sovranazionali e il Parlamento europeo insistono per l' "efficacia anticipata" della Carta di Nizza*, *DL*, 2007, 319.

G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, *RGL*, I, 2012, 64.

G. BRONZINI, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013, 111 ss.

W. BROWN, *Le parti sociali a livello comunitario*, *DRI*, 2001, 363 ss.

N. BRUUN, K. LÖRCHER, *Innovazione sociale: la nuova giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui diritti fondamentali del lavoro*, *RGL*, I, 2012, 397 ss.

L. CACCIAPAGLIA, E. DE FUSCO, *Requisiti, forma e sanzioni per la proroga*, *GLav*, 2001, 41, 31 ss.

R. CAFARI PANICO, *Per un'interpretazione conforme*, *Dir. Pubbl. Com. Eur.*, 1999, 383.

L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età*, *RGL*, 2006, II, 205.

L. CALAFÀ, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, *RIDL*, II, 2010, 993.

L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 58/2008, 2 ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2004.

F. A. CANCELLA, *Espropriazione per pubblica utilità e tutela dei diritti fondamentali: l'integrazione "europea" del parametro di costituzionalità*, in nota a C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348, *Riv. giur. Edilizia*, 2008, I, 184.

E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, *ivi*, 2005, 651 ss.

F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1980, 137 ss.

P. A. CAPOTOSTI, *Questioni interpretative della attuale giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, *GCost*, 1987, 3810 ss.

U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 35/2005, 2 www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp.

U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 111 ss.

U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, *Studi sull'integr. eur.*, 2011, 217 ss. e in *Studi in Onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, 1411 ss.

R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per la violazione del diritto comunitario*, *GI*, 1992, I, 1169 ss.

F. CARINCI, *Dal Dialogo sociale al negoziato europeo: gli interventi degli Stati e delle Parti sociali*, in AA. VV., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, *NGL*, Suppl., 1995, 81 ss.

F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *“Costituzione” europea e diritti sociali fondamentali*, *LD*, 2000, 281 ss.

M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in nota a C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *GCost*, 2007, 3535.

B. CARUSO, *Riforma del part-time e diritto sociale europeo: verso una teoria dei limiti ordinamentali*, *DLM*, 2003, 301 ss.

M. CASOLA, *Com'è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, *RIDL*, 2013, 547.

M. CATTANI, *Puntualizzazioni sullo ius variandi del datore di lavoro e sulla limitazione desumibile dalle declaratorie contrattuali*, in nota a Cass. 12 gennaio 2006, n. 425, *RIDL*, 2006, 381.

- A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano*, Torino, 2003, 195 ss.
- A. CELOTTO, T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1309.
- A. CELOTTO, T. GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di trattato costituzionale*, *QCost*, 2004, 863 ss.
- S. CENTOFANTI, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, *LG*, 2010, 341.
- M. CERASI, *Divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine e onere della prova del danno risarcibile ex articolo 36, decreto legislativo n. 165/2001*, in nota a Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, *DRI*, 2012, 2, 505.
- C. CESTER, *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in nota a C. Giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*, *RIDL*, 2012, II, 104.
- D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, 230 ss.
- P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, *RIDL*, I, 2002, 75.
- P. CHIECO, *I contratti "flessibili" della PA e l'inapplicabilità della sanzione ordinaria della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale*, *LPA*, 2003, I, 494.

- D. CHINDEMI, *Danno morale: alla morte segue la risurrezione*, in nota a Cass. 12 dicembre 2008, n. 29191, *RCP*, 2009, 811.
- M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, *RTDPub*, 2002, 1 ss.
- G. CIAMPOLINI, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, *MGL*, 2001, 1084.
- M. CINELLI, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2007, 473.
- G. CIOCCA, *La Corte di Giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, *RDSS*, 2009, 124.
- S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008.
- S. CIUCCIOVINO, *La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 156 e 157, *DRI*, 2010, 2, 460.
- S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in nota a Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, *RIDL*, 2012, II, 138.
- M. COCCONI, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, 2006, 154.
- V. D. COLOMBO, C. TUCCI, M.C. DE CESARI, *Contratti, fino a otto rinnovi senza causale*, *Il Sole 24 Ore*, 2014, 73, 3.

M. COLUCCI, *L'Unione europea in un delicato equilibrio fra libertà economiche e diritti sindacali nei casi Laval e Viking: quando il fine non giustifica i mezzi*, in nota a C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *DRI*, 2008, 238.

D. COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 86/2010, 2 ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

B. CONFORTI, *Il problema degli "effetti diretti" delle decisioni e delle direttive comunitarie e il terzo colloquio della federazione internazionale per il diritto europeo*, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965, 363 ss.

B. CONFORTI, *Sulle direttive della Comunità economica europea*, *RDIPP*, 1972, 225.

L. CORAZZA, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*, in nota a C. Giust., 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, *DRI*, 2010, 4, 1224.

M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, *RIDL*, 2008, 249 ss.

M. CORTI, A. SARTORI, *La Carta Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, *RIDL*, III, 2009, 155.

- I. CORTI, *La Corte di giustizia e l'età pensionabile delle donne: alcune osservazioni sull'uguaglianza di genere*, RDSS, 2009, 133.
- R. COSIO, *Contratto a termine: flessibilità amministrative e flessibilità contrattate*, DPL, 1987, 2037.
- R. COSIO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici*, RIDL, III, 2009, 147 ss.
- R. COSIO, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, MGL, 2010, 426.
- R. COSIO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, RIDL, I, 2012, 311 ss.
- R. COSIO, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID., R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, 2013, Milano, 47 ss.
- B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, MGL, 2010, 899.
- F. COSTAMAGNA, M. PACE, *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, *Diritti umani e diritto internaz.*, 2012, 672.
- M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, GDLRI, 1990, 545.
- L. DANIELE, *L'attuazione in Italia della sentenza Francovich all'attenzione del giudice comunitario*, FI, 1994, I, 393 ss.

L. DE ANGELIS, *Contratto a termine e sanzioni tra diritti speciali e diritto comune*, *QL*, 2000, 23, 41.

L. DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, *D&L*, 2002, I, 45.

L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, *FI*, 2002, V, 36.

L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in nota a C. Giust. 7 settembre 2006 causa C-180/04, *Vassallo*, *FI*, 2007, IV, 343.

N. DE ANGELIS, *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in nota a Cass. 2 aprile 2012 n. 5241, *RIDL*, 2013, II, 11.

C. DE FIORES, *L'incoerente decisione della Corte costituzionale sulla libertà di licenziare. Osservazioni sulla sent. cost. n. 46/2000*, in nota a C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, *GI*, 2000, 8-9, 1548.

M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato; attuazione nei Paesi dell'Unione Europea*, *FI*, 2002, II, 94.

A. DE LUNA, *La forma del contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, Torino, 2002, 53 ss.

V. DE MICHELE, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, LG, 2008, 705 ss.

V. DE MICHELE, *Pubblica amministrazione e rapporti di lavoro di fatto: riflessioni su art. 2126 c.c. e effettività delle tutele*, in M. D'ONGHIA, M. RICCI (a cura di), *Il contratto a termine privato e pubblico*, Milano, 2009, 135.

V. DE MICHELE, *Le nuove sanzioni in materia di contratto a tempo determinato*, in atti del convegno di Napoli, 26 novembre 2010, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali e certificazione, decadenze e disposizioni in materia di contratto a termine*, 10.

B. DE MOZZI, *Età lavorativa, età pensionabile ed «essenziale funzione familiare» della donna italiana*, ADL, 2010, 472.

A. DE SALVIA, *La giurisprudenza sul regime sanzionatorio del contratto a termine nel lavoro pubblico tra divieto di conversione e risarcimento del danno*, ADL, 2011, 4-5, 1117 ss.

G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, 74.

R. DEL PUNTA, *Diritti e obblighi del lavoratore: informazione e formazione*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza*, Torino, 1997, 158.

- R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, *DRI*, 2001, 335 ss.
- R. DEL PUNTA, *Il nuovo regime del danno non patrimoniale: indicazioni di sistema e riflessi lavoristici*, in nota a Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, *RIDL*, 2009, II, 465.
- M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, *DLRI*, 2002, 487.
- M. DELFINO, *Il diritto del lavoro comunitario e italiano fra inderogabilità e soft law*, *DLM*, 2003, 653 ss.
- C. DELL'ARRINGA, *Il Metodo Aperto di Coordinamento (Mac)*, *DLM*, 2003, 623 ss.
- R. DIAMANTI, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell'età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*, in nota a C. Giust. 10 marzo 2011, C-109/09, *Kumpan*, *RIDL*, 2012, 540.
- G. DI FEDERICO, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, *RIDL*, II, 2010, 1002.
- L. DI PAOLA, *La Corte costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*, in nota a C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, *RIDL*, 2012, II, 265.
- F. DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, *DUE*, 2005, 611.
- R. DULIO, *Nulla l'apposizione del termine senza la valutazione dei rischi*, in nota a Cass. 2 aprile 2012 n. 5241, *D&G*, 2012, 338.

- G. DUNI, *Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospeso*, GC, 2008, 53.
- V. DURAZZO, *L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive nel contratto a termine al vaglio della Corte di Cassazione*, in nota a Cass. 26 gennaio 2010, n. 156 e 157, RIDL, 2010, II, 742.
- E. ELLIS, *The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of sex equality*, CMLR, 2000, 1403 ss.
- G. FALASCA, *Contratto a termine: le norme al vaglio della Corte UE e della Consulta*, in nota a T. Trani 20 dicembre 2010, GLav, 2011, 16.
- G. FALASCA, *Contratto a termine: il Collegato lavoro finisce in Corte Costituzionale*, GLav, 2011, 10.
- G. FALASCA, *Guida pratica riforma del lavoro*, Il sole24Ore, 2012, 13.
- M. A. FALGUERA BARÒ, *Il caso Nissan e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento spagnolo*, in nota a C. Suprema di Spagna, 14 marzo 2006, causa n. 181/2004, RIDL, 2006, II, 781.
- M. FALSONE, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericoloso passe-partout?*, RIDL, 2011, II, 928.
- M. FALSONE, *Un caso di disapplicazione della disciplina nazionale e le problematiche conseguenze sull'affidamento del privato e sulla certezza del diritto*, in nota a T. Genova, 3 dicembre 2012, RIDL, 2013, 360.

- P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, Torino, 2003.
- C. FAVILLI - S. GIUBBONI, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, *MGL*, 2010, 446.
- L. FEBVRE, *L'Europa. Storia di una civiltà* (tradotta in italiano da A. Galeotti), Roma, 1999, 67.
- G. FERRARO, *Il contratto a termine rivisitato*, *ADL*, 2008, 89.
- G. FERRARO, *A proposito della sentenza n. 214/2009 sul lavoro a termine*, *DLM*, 2009, 433 ss.
- G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, *RIDL*, 2012, I, 580.
- C. FILADORO, *I contratti a termine della nuova legge 28 febbraio 1987, n. 56*, *LPA*, 1987, 1186.
- V. FILÌ, *Gli obblighi di informazione ai lavoratori e alle rappresentanze*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, Milano, 2002, 160.
- R. FOGLIA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, *DLRI*, 1992, 753 ss.
- R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, 2011, 22-27.

- F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento Ue dopo «Kücükdeveci»*. *Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, *RDPC*, 2010, 1145.
- M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *DCSI*, 1997, 681 ss.
- M. FRANCO, *Contratto a termine e diritto di precedenza nell'assunzione*, *RIDL*, 1994, II, 106.
- G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. PELLACANI (a cura di), *La Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 49 ss.
- L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000.
- A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*, *RGL*, 2006, II, 602.
- G. GAJA, *La giurisprudenza della Corte comunitaria nella politica sociale*, *PD*, 1977, 553.
- G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Digesto*, Torino, IV, 1991, 433.
- G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2006, 126.
- L. GALANTINO, *Lo svolgimento del rapporto di lavoro e le discriminazioni relative all'età*, *DRI*, 2005, 954.
- L. GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2012, 15.

- M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in nota a A. Genova 9 gennaio 2009, *RIDL*, 2010, 138.
- L. GAROFALO, *Le clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, *RGL*, 2004, I, 39 ss.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 987.
- E. GHERA, *Le punte stagionali di attività*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità nell'organizzazione aziendale*, Milano, 1986, 129.
- E. GHERA, *Sicurezza sociale e libera circolazione dei lavoratori: principi fondamentali e soggetti*, I, *DL* 1998, 121 ss.
- E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, *MGL*, 2010, 87.
- M. GIARDETTI e G. AUSILI, *Legge Giovannini: le ultime novità in materia lavoro*, Milano, 2013, 10 ss.
- S. GIUBBONI, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, *DUE*, 2003, 325 ss.
- S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 115/2010, 10, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

G. B. GOLETTI, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Convenzione di Strasburgo*, in nota a C. Giust. 11 gennaio 2000, causa C-285/1998, *Kreil, FA*, 2000, 1611.

D. GOTTARDI, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, *GLav*, 2003, 39.

M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI secolo*, *ivi*, 2007, 1022 ss.

S. GRASSELLI, *la partecipazione dei lavoratori alla gestione aziendale*, *DPL*, 1994, 1047.

A. GRATANI, *Tutela ambientale e diritti fondamentali della persona*, in nota a C. Giust. 12 giugno 2003, causa C- 112/2000, *Schmidberger*, *Riv. giur. ambiente*, 2003, 793.

S. GRECO, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 187 ss.

F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella Società Europea*, *DLRI*, 2003, 1 ss.

A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost*, in nota a C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *GCost*, 2007, 3535.

U. GUERINI, *Lo straniero e le cause sociali che rendono inesigibile l'osservanza del precetto penale. Antiche radici o nuovi orizzonti del*

“*socialismo giuridico penale*”?, in nota a C. Giust. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi, RIDL*, II, 2011, 938.

G. GUGLIA, *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivell*, Padova, 2006, 14 ss.

V. GUIZZI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati e politica sociale*, in AA. VV., *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1984, 33 ss.

P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (la traduzione è a cura di J. Luther), Roma, 2001.

M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, *RIDPC*, 2011, 39.

G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 221.

L. IMBERTI, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, in nota a C. Giust. 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *RIDL*, II, 2008, 286.

D. IZZI, *Discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith*, *LD*, 2000, 305 ss.

D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, 62.

M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 258.

C. LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000.

A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, *GCost*, 2003, 2419 ss.

A. LO FARO, *Maastricht ed oltre. Le prospettive sociali dell'Europa comunitaria tra resistenze politiche limiti giuridici ed incertezze istituzionali*, *DRI*, 1993, 125 ss.

A. LO FARO, *La Corte di giustizia e i suoi interlocutori giudiziari nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, *LD*, 1998, 625.

A. LO FARO, A. ANDRONICO, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, *DLRI*, 2005, 4, 514 ss.

P. LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, *RGL*, 2008, I, 502.

M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, *PD*, 2000, 367 ss.

- G. LUDOVICO, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di giustizia*, RIDL, II, 2000, 16 ss.
- G. E A. LYON-CAEN, *Droit social International et européen*, Parigi, 1993, 159.
- F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, ADL, 2007, 41.
- G. F. MANCINI, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, DLRI, 1985, 477.
- G. F. MANCINI, *L'incorporazione del diritto comunitario nel diritto interno degli Stati membri*, RDE, 1988, 95.
- G.F. MANCINI, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, RDE, 1988, 11.
- A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in ID., P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 29 ss.
- A. MARESCA, *Art. 1*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Commentario al d.lgs. n. 368 del 2001*, in NLCC, 2002, I, 117.
- A. MARESCA, *Le novità introdotte dal collegato lavoro*, in atti del convegno di Treviso, 22 ottobre 2010, *Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*, 3.

S. MARETTI, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, LG, 1999, 1015 ss.

M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. GARILLI, M. MARINELLI, *Il principio di parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 93.

M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 45 ss.

F. MARINELLI, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*, in nota a Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279, RIDL, 2010, II, 754.

R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea, alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, CP, 2002, 1873.

R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, DUE, 2011, 319 ss.

M. G. MATTAROLO, *Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine. D.lgs. n. 368/2001*, Milano, 2002, 108 ss.

- A. MAZZIOTTI, *La problematica della diversa età pensionabile per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di giustizia*, RGL, 2009, II, 227.
- O. MAZZOTTA, *Il lavoro a termine per le punte di attività aziendale*, NGCC, II, 1985, 78.
- E. MENEGATTI, *La persistente «specialità» del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, in nota a C. cost. 27 marzo 2003, n. 89, GC, 2004, I, 2901.
- L. MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, RGL, 2000, I, 575.
- L. MENGHINI, *La precedenza nelle riassunzioni*, DLRI, 2000, 167.
- L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, 2002.
- L. MENGHINI, *Il contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI e M. MISCIONE (a cura di), *Il Collegato 2008*, Milano, 2008, 249.
- L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della Riforma Fornero*, LPA, 2012, 965.
- L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, RTDPC, 1997, 523 ss.
- D. MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, LPA, 2003, I, 516.

- M. G. MILITELLO, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*, *LPA*, 2007, II, 1163.
- M. MILITELLO, *Le nuove discriminazioni*, in *Manuale di diritto sociale europeo*, a cura di S. SCIARRA, Torino, 2010, 129.
- G. MIMMO, *Per i ricorsi contro i contratti a termine la scadenza viaggia su "doppio binario"*, *GDir*, 2010, 32.
- G. MIMMO, *Illegittima apposizione del termine: risarcimento da 2,5 a 12 mensilità*, *GDir*, 2010, 36.
- G. MIOTTO, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema della responsabilità civile*, in nota a Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, *RCP*, 2008, 1, 188.
- S. MIRATE, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, *RCP*, 2008, 65.
- M. MOBIGLIA, *Principio di non discriminazione*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, 171.
- M. MOCELLA, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*, in nota a C. Giust. 12 ottobre 2010, causa C- 45/10, *Rosenbladt*, *RIDL*, 2011, 515.
- M. P. MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, *DRI*, 2010, 876.

- R. MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, I, Torino, 1965, 213.
- R. MONACO, *Commento al Preambolo del Trattato istitutivo della CEE*, in *Commentario al Trattati istitutivo della Cee*, Milano, 1965, 20.
- R. MONACO, *Le fonti del diritto comunitario*, in E. PENNACCHINI, E. MONACO, L. FERRARI BRAVO E S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1983, 57.
- L. MONTUSCHI, *La riforma del contratto a termine. Un caso di bricolage normativo*, *ADL*, 1997, 1 ss.
- L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, *ADL*, 2002, 41 ss.
- L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, *DRI*, 2006, 109 ss.
- L. MONTUSCHI, *Il risarcimento dei danni non patrimoniali: personalizzare si può*, in nota a T. Vicenza 10 febbraio 2009, *RIDL*, 2009, II, 895.
- P. MORELLI, *Quarto grado di giudizio per i "diritti UE"*, *GDir*, 2012, dossier 1, 40.
- A. MOSCARINI, *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti (ed uno indietro) della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, *GCost*, 2007, 3525.

- L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, RIDL, 2006, II, 327, ss.
- M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 79 ss.
- E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in nota a Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, FI, 2009, I, 120.
- C. A. NICOLINI, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, RIDL, 2013, 609.
- P. NODARI, *Corte di Giustizia europea, clausole di non regresso e normativa italiana sul termine*, LG, 2006, 459.
- R. NUNIN, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, LG, 2003, 905.
- P. OLIVELLI, *Diritti sociali e "metodo di coordinamento aperto" in Europa*, ADL, 2002, 313 ss.
- A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in nota a Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, RIDL, 2008, II, 4, 891.
- G. ORLANDINI, *Il diritto di sciopero nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, DLRI, 2001, 649 ss.
- G. ORLANDINI, *Il recepimento della direttiva sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, DLRI, 2011, 405 ss.

E. PACIOTTI, *La Carta: i contenuti e gli autori*, in S. RODOTÀ, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, A. MANZELLA (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 9 ss.

E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, *DUE*, 1996, 163.

A. PALLADINI, *L'attuazione delle direttive comunitarie contro le discriminazioni di razza, etnia, religione o convinzione personale, handicap, età e orientamento sessuale*, *MGL*, 2004, 39.

M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in nota a C. Giust. 21 settembre 1999, causa C- 67/96, *Albany*, *RIDL*, II, 2000, 209.

M. PALLINI, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, in G. FERRARA, M. PALLINI, B. VENEZIANI (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006, 117 ss.

A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*, in nota a Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, *FI*, 2009, I, 120.

F. PAMMOLLI - N.C. SALERNO, *Corte di giustizia, età di pensionamento di vecchiaia per le donne e riforma delle pensioni e del welfare in Italia*, *RDSS*, 2009, 143.

M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001.

S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 6 ss.

V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di Giustizia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 85/2001, 2 e ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): "die hard"*, in nota a Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, *FI*, 2009, I, 120;

L. PATRUNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in nota a C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, *GCost*, 2008, 497.

L. PELAGGI, *La rappresentatività al vaglio del giudice comunitario*, *MGL*, 1999, 26 ss.

G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti*, *RIDL*, 2010, I, 215.

G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice annotato con la giurisprudenza e la dottrina*, Napoli, 2010, 149 ss.

A. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in nota a C. Giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino, FI*, 2007, IV, 72.

M. PERUZZI, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, *DLM*, 2008, 577 ss.

R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo*, *GLL*, 1996, 489.

G. PICARELLA, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: dal caso P. alla sentenza Romer*, in nota a C. Giust. 10 maggio 2011, causa C-147/11, *RIDL*, 2011, 4, 1325.

L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, 401 ss.

A. PILATI, *Appunti sulle fonti comunitarie del diritto del lavoro europeo*, *LD*, 1993, 485.

A. PILEGGI, *Riforma pensionistica, licenziamento del lavoratore pensionabile, decorrenza del termine per l'esercizio dell'opzione da parte della lavoratrice*, *GLL*, 1995, 568.

- A. PILEGGI, *Prosecuzione opzionale del rapporto oltre l'età pensionabile e richiesta di revoca della pensione*, MGL, 1997, 889.
- A. PILEGGI, *Licenziamento della lavoratrice "ultrasessantenne in possesso dei requisiti pensionistici" e parità tra i sessi*, in nota a C. Cost. 20 giugno 2002, n. 256, MGL, 2003, 42.
- C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, GCost, 2007, 3518.
- A. PISAPIA, *Una sentenza additiva in punto di attuazione della direttiva sul ricongiungimento familiare*, in nota a C. Giust. 27 giugno 2006, causa C- 540/03, Parlamento europeo c. Consiglio Ue, GC, I, 2007, 529.
- F. POCAR, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 1983, 5.
- R. POGGIO, *Il rapporto tra difesa dei diritti sociali e tutela della libertà di iniziativa economica alla luce di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, RIDL, 2010, 1030 ss.
- G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, FI, 1992, IV, 150 ss.
- P. POZZAGLIA, *Esclusioni, discipline specifiche ed esenzioni nella nuova disciplina del contratto di lavoro a termine*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 2002, 216 ss.

A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile disapplicazione del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*, in nota a T. Siena 27 settembre 2010, *LPA*, 2010, II, 869.

L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, *GCost*, 2001, 873 ss.

G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. PERSIANI e G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, Padova, 2008.

F. M. PUTATURO DONATI, *Sulla natura della nuova sanzione per conversione del contratto a termine*, in nota a T. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, *GLav*, 2010, 18.

F. M. PUTATURO DONATI, *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale*, in nota a T. Livorno 25 gennaio 2011, *GLav*, 2011, 10.

F. M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, 291.

F. RAVELLI, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 83/2009, 2 e ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

M. RENDINA, *Il principio di non discriminazione nelle direttive europee sul part-time e sul contratto a termine*, *MGL*, 2000, 39.

G. U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, *Dir. Pubbl.*, 2002, 667.

A. RICCOBONO, *La successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e “discrezionalità vincolata” degli Stati membri dopo la sentenza Küçük*, in nota a C. Giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, *RIDL*, 2012, 758.

P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella “costituzione europea”*, *PD*, 2000, 15 ss.

R. RIVERSO, *L’atteso ritorno del danno morale ed esistenziale*, *LG*, 2011, 1077.

M. ROCCELLA, *Assunzioni a termine per punte stagionali*, *DPL*, 1987, 2792.

M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P. A.VARESI, M.ROCCELLA, *Le assunzioni - Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in Commentario diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, 150.

M. ROCCELLA, *La Corte di Giustizia ed il diritto del lavoro*, Torino, 1997.

M. ROCCELLA, *Contratto a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, *DPL*, 1997, 2353.

M. ROCCELLA, *La Carta dei diritti fondamentali e l’unione politica*, *LD*, 2001, 332.

- M. ROCCELLA , T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2012, 272.
- S. RODOTÀ, *Diritto, diritti, globalizzazione*, RGL, I, 2000, 765 ss.
- S. RODOTÀ, *La Carta europea dei diritti: una vittoria dimezzata*, in *La Repubblica* del 4 ottobre 2000.
- S. RODOTÀ, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in ID., P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, A. MANZELLA (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 57 ss.
- A. ROMANO, *Rimpatrio e libertà personale dei migranti tra normativa italiana e direttiva 2008/115/CE: note al caso El Dridi*, in nota a C. Giust. 28 aprile 2011, causa C-61/11, *El Dridi*, *GCost*, 2012, 1485.
- L. RONCHETTI, *Del caso Kükükdeveci ovvero dell'efficacia travolgente del diritto comunitario. Solo di quello antidiscriminatorio?*, *GCost*, 2010, 2737.
- L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione Europea*, Milano, 2002.
- G. RUFFOLO, *I passi da formica della Carta dei diritti*, in *La Repubblica* del 19 ottobre 2000.
- F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, *Dir. Pubbl.*, 2002, 491 ss.

- R. SALOMONE, *Multilevel governance e trasformazioni del diritto del lavoro nazionale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, 2010, 203.
- P. SANDULLI, *Età pensionabile e parità donna uomo per i pubblici dipendenti: la Corte di giustizia tra omissioni e ridenomiazioni*, *RDSS*, 2009, 97.
- F. SANTONI, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la legislazione*, *DLRI*, 1992, 659 ss.
- F. SANTONI, *Tutele antidiscriminatorie e rapporti di lavoro: le discriminazioni razziali*, *DML*, 2006, 12.
- F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, vol. II, Napoli, 2012, 44 ss.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Attuazione della direttiva n. 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, *NLCC*, 2002, 25, ss.
- R. SANTUCCI, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in nota a T. Pisa 7 agosto 2002, *DLM*, 2003, 213.
- N. SAPONE, *Il danno esistenziale da demansionamento dopo l'intervento delle sezioni unite*, in nota a Cass. S.U. 24 marzo 2006 n. 6572, *GC*, 2007, 11, 2543.
- P. SARACINI, *Il contratto di lavoro a termine: dalla legge alla contrattazione collettiva*, *LD*, 1997, 112 ss.

- V. SCALISI, voce *Inefficacia*, *Enc. dir.*, XXI, 332, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *RDC*, 2003, I, 201.
- V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in nota a C. cost. 24 ottobre 2007, n. 349, *GCost*, 2007, 3535.
- V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 141 ss.
- S. SCIARRA, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, *DLRI*, 1992, 715 ss.
- S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, *ADL*, 2001, 391 ss.
- S. SCIARRA, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 16/2003, 2 ss., www.lex.unicit.it/eurolabor/ricerca/wp.
- E. SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso Francovich in Cassazione*, *FI*, 1996, I, 503.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce *Inefficacia*, *EGT*, XVI, 3, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008, 349.

- R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale innanzi alle Sezioni Unite*, in nota a Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26973, *RIDL*, 2009, II, 465.
- M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002.
- S. SIMITIS, *Europeizzazione o rinazionalizzazione del diritto del lavoro*, *DLRI*, 1994, 653.
- S. SIMITIS, *Fine o rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, *DLRI*, 1995, 521.
- F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 79 ss.
- G. SOTTILE, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di Giustizia europea*, *DLM*, 2007, 139.
- V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, *DLRI*, 2001, 3, 361.
- V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a tempo determinato*, *DRI*, 2003, 225.
- V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la l. n. 247/2007*, *RIDL*, 2008, I, 181-225.
- V. SPEZIALE, *La Riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* - 153/2012, 1 ss., www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp.

S. SPINACI, *Le sentenze Zambrano e McCarthy i nodi irrisolti della cittadinanza europea*, in nota a C. Giust. 8 marzo 2011, causa C- 34/09, *Zambrano, GC*, 2011, 2542.

E. STEIN, *Un nuovo diritto per l'Europa*, Milano, 1991.

G.STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, *Studi sull'integr. eur.*, 2009, 23 ss.

G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, *DUE*, 2011, 837.

V. TAMPIERI, *La legge n. 92 del 2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 28 ss.

S. TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato per l'omessa attuazione delle direttive nell'ordinamento interno*, *RCP*, 1992, 847.

M. TATARELLI, *Un adempimento senza ragionevole giustificazione che comprometteva il principio di parità tra i sessi*, in nota a C. Cost. 29 ottobre 2009, n. 275, *GDir*, 2009, 32.

M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, *MGL*, 2010, 881.

M. TATARELLI, *L'abusiva reiterazione di contratti a termine non deve finire per penalizzare il dipendente*, in nota a Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, *GDir*, 2011, 60.

M. TATARELLI, *Legittimi i criteri per indennizzare il lavoratore in caso di conversione del contratto a termine*, in nota a C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, *GDir*, 2012, 39.

L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*, in nota a T. Genova 5 aprile 2007, *RIDL*, 2007, 906.

L. TERMINIELLO, *La previsione di un diverso requisito anagrafico per uomini e donne ai fini della percezione della pensione Inpdap viola l'art. 141 TCE*, in nota a C. Giust. 13 novembre 2008, causa C- 46/07, *RIDL*, II, 2009, 452.

G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, *DUE*, 1999, 1.

C. TIMELLINI, *Alcuni spunti critici sui requisiti formali del nuovo contratto a termine*, in nota a Cass. 11 dicembre 2002 n. 17674, *MGL*, 2003, 145 ss.

M. TIRABOSCHI, *Alcune note critiche sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo determinato*, *DRI*, 1999, 461.

M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, 2002, 41 ss.

- A. TIZZANO, *L'Atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, *FI*, 1989, IV, 79.
- A. TIZZANO, *La gerarchia delle fonti comunitarie*, *DUE*, 1996, 60 ss.
- A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, *DUE*, 1999, 149.
- A. TIZZANO, *Alcune riflessioni sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, *DUE*, 2009, 161.
- P. TOSI, F. LUNARDON, *Introduzione al diritto del lavoro*, 2. *L'ordinamento europeo*, Bari, 2005, 47-87.
- P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, *RIDL*, I, 2010, 473.
- A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, *RDC*, 1991, 511.
- T. TREU, *Diritti sociali europei: dove siamo*, *LD*, 2000, 429 ss.
- T. TREU, *L'Europa sociale: problemi e prospettive*, *DRI*, 2001, 307 ss.
- V. TREVISI, *L'età per il pensionamento di vecchiaia nel regime generale*, in *Commentario della riforma previdenziale*, a cura di M. CINELLI e M. PERSIANI, Milano, 1995, 95 e ss.
- P. TULLINI, *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2010, 3, 481 – 498.
- M. VACCA, *Atti comunitari e procedure di formazione*, *RDE*, 1995, 513.

A. VALENTI, *Il sistema delle fonti giuridiche comunitarie. Natura, classificazioni e caratteri peculiari*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener* (a cura di Carpino), Napoli, 1989, 963.

M. L. VALLAURI, *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo: la quantificazione dell'indennità e le condizioni di applicabilità delle nuove regole alle cause pendenti nel giudizio di legittimità*, in nota a Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, *RIDL*, 2012, 400.

A. VALLEBONA, *Il licenziamento del lavoratore pensionabile*, *DL*, 1991, I, 240.

A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, 68.

A. VALLEBONA, *Termine ingiustificato e conservazione del contratto a tempo indeterminato*, in nota a Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, *MGL*, 2008, 638.

A. VALLEBONA, *Età pensionabile e differenze*, *MGL*, 2009, 76.

A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, *MGL*, 2010, 210.

A. VALLEBONA, *La certezza finalmente alla ribalta: legittimità costituzionale dell'indennità per il termine illegittimo*, in nota a C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, *MGL*, 2011, 939.

A. VALLEBONA, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, *MGL*, 2012, 305.

A. VALLEBONA, *Precari della scuola e risarcimento del danno da termine illegittimo*, in nota a A. Roma 26 marzo 2012, *MGL*, 2012, 8-9, 648.

A. VALLEBONA, *Indennità fantasma per il termine nullo: riappare il decrepito fantasma dell'uso alternativo del diritto*, in nota a A. Roma 2 febbraio 2012, n. 267, *MGL*, 2012, 5, 351.

A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 13 ss.

N. VASCCELLO, *Libertà di stabilimento e limiti all'autotutela collettiva di rango comunitario*, in nota a C. Giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, *DRI*, 2008, 589.

B. VENEZIANI, *Un manifesto per l'Europa sociale*, *LG*, 1997, 533.

B. VENEZIANI, *La costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. FERRARA, M. PALLINI, B. VENEZIANI (a cura di), *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006, 9 ss.

T. VETTOR, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 214 del 2009*, *ADL*, 2009, 1049 ss.

G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, *MGL*, 2008, 210.

L. VIESPOLI, *Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali*, in nota a C. Giust. 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, *DRI*, 2009, 821.

E. VILLA, *La Consulta torna a dichiarare l'illegittimità del diritto d'opzione richiesto alla lavoratrice per proseguire il rapporto di*

lavoro oltre l'età pensionabile, in nota a C. Cost. 29 ottobre 2009, n. 275, *RIDL*, 2010, 381 ss.

M. WEISS, *Il Trattato di Amsterdam e la politica sociale*, *DRI*, 1998, 4.

A. ZAMBELLI, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, *GLav*, 2010, 39.

L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, *DML*, 2001, 3, 633.

L. ZAPPALÀ, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra "soft law" e "hard law"*, *DLRI*, 2003, 72.

L. ZAPPALÀ, *Specialità dei rapporti di lavoro a termine nelle P.A. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia*, in nota a T. Genova 21 gennaio 2004, *LPA*, 2004, II, 693.

L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in nota a C. Giust., 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, *RIDL*, 2010, II, 1042.

P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale da lesione alla salute: la Cassazione impone una valutazione (in duplice senso) unitaria*, *RCP*, 2011, 2025.

