

**DIRITTI AL LAVORO A CONFRONTO: UN DELICATO BILANCIAMENTO AFFIDATO AI GIUDICI NAZIONALI
NOTA ALLA SENTENZA KÜCÜK DEL 26 GENNAIO 2012 (C-586/10)^F**

di Irene Abignente **
(19 novembre 2012)

1. LA TUTELA DEL LAVORATORE CONTRO L'ABUSO DEI CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO.

La Corte di Giustizia, con la sentenza del 26 gennaio 2012 (C-586/10), si pronuncia ancora una volta sul delicato tema della tutela del lavoro e della non discriminazione tra i lavoratori. La decisione in commento si inserisce, in particolare, nel panorama delle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo relative all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato inglobato nella direttiva 1999/70/CE.

La direttiva europea del 1999 risponde all'esigenza di un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nella realizzazione del mercato unico in linea con i principi contenuti nella Carta Comunitaria dei Diritti Sociali Fondamentali dei Lavoratori, oggi assorbita dal Titolo X del TFUE ("Politica Sociale"), e dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Oggetto di approfonditi dibattiti in dottrina, gli artt. 151 ss. del TFUE (ex artt. 136 ss. del TCE) indicano tra gli obiettivi dell'Unione e degli Stati membri la promozione dell'occupazione ed il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che portino a "la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo" e pongono come strumento per la realizzazione di tali obiettivi il dialogo tra le parti sociali, anche nella forma della conclusione di accordi da poter attuare, poi, con decisioni del Consiglio¹. È in questa prospettiva che va colta la portata della direttiva 1999/70/CE che ha attuato, includendolo, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Obiettivo esplicito dell'accordo è prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato (clausola 1) lasciando agli Stati membri la scelta degli strumenti per contrastare tale pratica con la sola indicazione di misure minime di tutela da introdurre anche alternativamente, quali: ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; numero massimo dei rinnovi (clausola 5).

La questione pregiudiziale oggetto della decisione in commento veniva sollevata dal Tribunale federale tedesco del lavoro (il *Bundesarbeitsgericht*) per la valutazione della compatibilità della normativa nazionale sul contratto di lavoro a tempo determinato con le previsioni comunitarie. Da una lettura sistematica della normativa tedesca in materia, in particolare della legge del 21 dicembre 2000 (sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato, attuativa della direttiva 1999/70/CE) e della legge del 5 dicembre 2006 (sull'indennità e il congedo parentali), si può rilevare che costituisce "ragione obiettiva", per l'apposizione di un termine al contratto, l'assunzione del lavoratore a tempo determinato in sostituzione di altro lavoratore temporaneamente assente; in particolar modo se l'assenza sia dovuta a maternità, congedo parentale o congedo speciale di assistenza ai figli.

^F Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Mi limito a richiamare sul punto B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1 del 2010; 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" INT – 82/2010.

La vicenda sulla quale i giudici tedeschi erano chiamati a pronunciarsi riguardava il caso della signora Küçük assunta dal Land Nordrhein - Westfalen con tredici successivi contratti a tempo determinato in forza dei quali aveva lavorato per undici anni, senza soluzione di continuità, come assistente di cancelleria presso il Tribunale distrettuale di Colonia, in sostituzione del personale di volta in volta assente. Nel gennaio 2008 la signora si rivolgeva al Tribunale del lavoro per far valere l'illegittimità dell'ultimo contratto a tempo determinato ed ottenere il riconoscimento del carattere indeterminato del suo rapporto di lavoro con il Land. Costitutosi in giudizio, il Land si opponeva sostenendo la liceità dell'apposizione del termine ai singoli contratti di lavoro a fronte dell'esigenza di sostituzione di dipendenti assenti, in quanto esplicitamente prevista tra le "ragioni obiettive" dalla normativa tedesca in materia e, di conseguenza, l'irrelevanza della successione di tali contratti nel tempo.

La domanda della ricorrente, dopo essere stata respinta dai Tribunali del lavoro di primo e secondo grado, veniva sottoposta al Tribunale federale. Questi sollevava questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia circa la compatibilità, con la clausola 5 dell'accordo quadro sul contratto a tempo determinato, della normativa nazionale che prevedeva tra le ipotesi di ricorso alla fattispecie del contratto di lavoro a termine quella della sostituzione di dipendenti assenti, anche nel caso in cui il susseguirsi di assenze del personale dipendente rivelasse un'esigenza "frequente" o addirittura "permanente" di personale in sostituzione.

Le perplessità del giudice tedesco muovevano dalla considerazione che la sostituzione, contemplata come "ragione obiettiva" per l'apposizione di un termine dalla normativa tedesca, è, per sua natura, necessariamente temporanea avendo ad oggetto "l'esecuzione delle mansioni da parte del sostituto, al fine di soddisfare un'esigenza limitata nel tempo", poiché si fonda sul vincolo che unisce, a monte, il datore di lavoro con il dipendente assunto a tempo indeterminato che ha diritto di tornare a ricoprire il proprio posto di lavoro al termine del periodo di assenza.

La frequenza di occasioni nelle quali si era resa necessaria una sostituzione di personale assente nella vicenda in esame rivelava, invece, secondo la ricostruzione del giudice del rinvio, un'esigenza di personale "permanente". Poiché così configurata l'esigenza di sostituzione avrebbe certamente giustificato, a suo parere, la conclusione di un contratto a tempo indeterminato, si chiedeva se potesse ugualmente costituire, al contrario, una "ragione obiettiva" per la conclusione di successivi contratti a termine².

Emergevano, così, due profili distinti seppur collegati che si traducevano, nel rinvio alla Corte di Giustizia, in due questioni pregiudiziali: in primo luogo la valutazione dell'esistenza o meno di un contrasto tra la scelta datoriale di concludere contratti a termine a fini di sostituzione di personale assente (ipotesi esplicitamente ammessa dalla normativa nazionale tedesca) e la direttiva europea quando l'esigenza di personale sostitutivo risulti essere non temporanea ma permanente, considerando che, in tal caso, il datore di lavoro potrebbe optare anche per la conclusione di un contratto a tempo indeterminato; in secondo luogo, in via subordinata alla risposta affermativa alla prima questione, se tale contrasto sussista anche lì dove il datore di lavoro abbia scelto di concludere contratti a tempo determinato per sostituire dipendenti assenti per maternità o congedi parentali nell'ottica di una politica sociale che miri alla tutela della maternità e dell'educazione³.

² Vedi p.ti 18 e 19 della sentenza in commento;

³ "1) Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro [CTD], recepito dalla direttiva 1999/70 (...), osti a che una disposizione nazionale la quale, come l'articolo 14, paragrafo 1, punto 3, [del TzBfG], prevede che il rin-

Con questa seconda questione pregiudiziale il Tribunale federale chiede, quindi, alla Corte di Giustizia una ponderazione tra diritti che individua come configgenti. Da un lato vi è il diritto del lavoratore assunto con reiterati contratti a tempo determinato, dovuti ad una permanente necessità di sostituzione di personale assente, di vedersi riconosciute le stesse tutele garantite ad un lavoratore assunto a tempo indeterminato. Dall'altro il diritto del lavoratore temporaneamente assente di ritornare nel proprio posto di lavoro al termine del periodo di indisponibilità; in particolare nelle ipotesi in cui l'assenza del personale dipendente a tempo indeterminato sia dovuta a maternità o congedo parentale, vista l'esplicita previsione da parte della disciplina comunitaria del diritto, per tali lavoratori, "di ritornare allo stesso posto di lavoro o, qualora ciò non sia possibile, ad un lavoro equivalente o analogo che corrisponde al suo contratto o al suo rapporto di lavoro" (clausola 2 dell'accordo quadro sul congedo parentale del 14 dicembre 1995). Una ponderazione tra diritti entrambi tutelati fortemente dal sistema europeo, come risulta evidente anche dalla Carta dei Diritti Fondamentali che, tra gli articoli posti a tutela delle condizioni di lavoro e del principio di non discriminazione tra i lavoratori, dedica un'attenzione particolare alla necessaria coesistenza tra vita familiare e vita professionale, prevedendo, all'art. 33 comma 2, che "ogni persona ha il diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto a un congedo di maternità retribuito e a un congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio". Non è chiaro come mai il giudice tedesco abbia individuato come configgenti la posizione del lavoratore sostituito temporaneamente e quella del lavoratore che, assunto con reiterati contratti a tempo determinato, richieda il riconoscimento della natura indeterminata del proprio rapporto di lavoro. Ciò che, però, in ogni caso sembra interessante notare è che, formulando in questo modo la questione pregiudiziale, il giudice del rinvio affida alla Corte di Giustizia un'operazione di bilanciamento tra diritti sociali entrambi specificazione del generale diritto al lavoro. Quella che viene affidata alla Corte di Giustizia nel caso in esame, non è, quindi, la risoluzione del più frequente contrasto tra diritti di libertà economica e diritti sociali⁴, quell'"inequale bilanciamento fra le ragio-

novo di un contratto di lavoro a tempo determinato è giustificato da una ragione obiettiva se il lavoratore viene assunto per sostituire un altro lavoratore, venga interpretata ed applicata nel senso che siffatta ragione obiettiva sussiste anche nel caso di un'esigenza permanente [di personale] di sostituzione, sebbene l'esigenza [di personale] di sostituzione possa essere soddisfatta anche assumendo a tempo indeterminato il lavoratore di cui trattasi per assicurare le sostituzioni rese necessarie da una ricorrente indisponibilità di personale, ma il datore di lavoro si riserva la facoltà di decidere volta per volta ex novo come far fronte all'assenza concreta di lavoratori.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro [CTD], recepito dalla direttiva 1999/70 (...), osti all'interpretazione e l'applicazione, descritte nella prima questione, di una disposizione nazionale come l'articolo 14, paragrafo 1, punto 3, [del TzBfG], in condizioni quali quelle descritte nella prima questione, qualora il legislatore nazionale preveda in una disposizione nazionale quale l'articolo 21, paragrafo 1, della legge tedesca sull'indennità e sul congedo parentali [come modificata], che un rapporto di lavoro a tempo determinato è giustificato da un'esigenza di sostituzione dal momento che si persegue l'obiettivo di politica sociale consistente nell'agevolare i datori di lavoro nella concessione di congedi speciali e i lavoratori nella loro fruizione, in particolare per motivi legati alla tutela della maternità o all'educazione" (p.20 della sentenza).

⁴Celebri ed oggetto di un ampio dibattito nella dottrina europea sono le sentenze *Viking* e *Laval* del 2007 e *Rüffert* del 2008 con le quali la Corte di Giustizia ha affermato la necessità di un bilanciamento tra esigenze economiche e diritti sociali lì dove appaia predominante il bisogno di un progresso materiale. Al punto 79 della sent. *Viking*, ed in modo analogo al punto 105 della sentenza *Laval*, può leggersi: "Poiché dunque la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale".

Vedi in proposito i contributi raccolti nei nn. 2/2008 ed 1/2010 della *Rassegna di diritto pubblico europeo* su "I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione Italiana" di R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*; B. CARUSO, *I diritti sociali nello*

ni del calcolo economico e quelle (connesse ma come detto talora confliggenti) dello sviluppo sociale”⁵, quanto, piuttosto, un’operazione di *uguale* bilanciamento tra i diritti sociali omogenei individuati come concorrenti. contrapposti.

2. LA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SUI RAPPORTI DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO.

La decisione del caso in esame si inserisce nel contesto della giurisprudenza comunitaria tenendo conto di alcuni precedenti nei quali, pur nella diversità delle fattispecie, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla portata dell’accordo quadro recepito dalla direttiva del 1999 e sul principio di non discriminazione tra i lavoratori.

Sull’interpretazione dell’accordo quadro è significativa, ad esempio, la nozione fornita dalla Corte con la sentenza *Adeneler* (C-212/04 del 4.7.2006) dell’espressione “ragioni obiettive”, contenuta in modo generico nella clausola 5, punto 1, lett. a). Nella decisione *Kücük*, infatti, la Corte inizia la sua ricostruzione proprio da questa nozione, ripresa già in numerose sentenze precedenti, secondo la quale costituiscono “ragioni obiettive” quelle “circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in questo particolare contesto l’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi”; tali circostanze possono risultare, quindi, “dalla particolare natura delle mansioni per l’espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro”⁶. A proposito del principio di non discriminazione viene in rilievo, invece, la necessità di una parità di trattamento tra i lavoratori a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato. Tale principio è enunciato con fermezza, ad esempio, nella sentenza *Del Cerro Alonso* (C-307/05 del 13.9.2007) con la quale la Corte di Giustizia, chiamata a stabilire se la parità tra queste due categorie di lavoratori si riferisce anche alle condizioni economiche oltre che a quelle giuridiche, dichiara esplicitamente che lo scopo dell’accordo quadro non è solo quello di stabilire un contesto normativo che prevenga l’abuso della reiterazione di successivi contratti a tempo determinato, ma anche quello di attuare il principio di non discriminazione garantendo ai lavoratori assunti a tempo determinato gli stessi vantaggi riservati ai lavoratori a tempo indeterminato in quanto costituiscono “prescrizioni minime di tutela” di cui ogni lavoratore deve usufruire (p.ti 26, 27 e 28).

spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking); ID., *I diritti sociali fondamentali* cit.; G. BRONZINI, *Diritto dei lavoratori all’informazione ed alla consultazione nell’ambito dell’impresa (tra Costituzione italiana e Carta di Nizza)*; A. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*; presentati nella giornata di studio tenutasi alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Napoli il 3.12.2010 dal titolo “Diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello”.

Segnalo anche, tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti* in WP CSDLE « Massimo D’Antona », INT-55/2007; ID., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n.1, 2008; A. ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l’autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 1, 2008.

⁵ M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche* vol.V, 1990, p. 378.

⁶ Vedi in particolare i p.ti 69 e 70 della sent. *Adeneler* e, nello stesso senso, il p. 53 della sent. *Del Cerro Alonso* (C-307/05 del 13.9.2007), il p. 96 della sent. *Angelidaki* (C-378/07 del 23.4.2009) ed il p. 27 della sentenza in commento.

Nell'ordinanza *Affatato* (C-3/10 dell'1.10.2010), si può ritrovare anche un'altra prospettiva dell'applicazione di questo stesso principio di non discriminazione tra le due categorie di lavoratori. Oggetto del rinvio pregiudiziale nel caso *Affatato* era la valutazione della conformità alla normativa comunitaria della disciplina italiana dettata dal d.lgs. 368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE⁷. Nel caso di specie il ricorrente richiedeva un'automatica conversione dei sei contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con l'Azienda Sanitaria locale in un rapporto a tempo indeterminato giustificata dalla natura permanente e non temporanea dell'esigenza dell'attività di ausiliario specializzato socio-sanitario a lui affidata; ma la difficoltà del giudice del rinvio nasceva dalla previsione da parte della legge italiana (d.lgs.165/2001) dell'esplicito divieto di conversione di contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato nel settore pubblico. La Corte di Giustizia, dovendosi esprimere sulla conformità di una tale previsione normativa con la portata dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, si è pronunciata per la compatibilità di un tale divieto con la disciplina comunitaria se compensato dalla previsione di altre misure che possano evitare e sanzionare il ricorso abusivo a tale tipo di contratti nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁸.

3. LA DECISIONE DELLA CORTE.

Alla luce dei precedenti in materia, la Corte di Giustizia analizza le due questioni pregiudiziali portate alla sua attenzione nel caso *Kücük*. Iniziando dalla prima, ribadisce la nozione di "ragioni obiettive" - definita già nei precedenti qui riferiti - e riconosce la conformità dell'art. 14 della legge di attuazione della direttiva 1999/70/CE con la clausola 5 dell'accordo, valutando positivamente la scelta della normativa tedesca di individuare come "ragione obiettiva" dell'apposizione di un termine ad un rapporto di lavoro la conclusione del contratto al fine di sostituire dipendenti temporaneamente assenti; ancor di più in caso di assenza per congedi parentali, vista l'attenzione del diritto comunitario alla tutela della gravidanza e della maternità ed all'esigenza delle donne e degli uomini di conciliare obblighi professionali e familiari⁹. Passando, poi, alla valutazione della correttezza dell'applicazione di una tale previsione normativa anche lì dove si traduca in una reiterazione, di fatto, di contratti a termine successivi tutti con la stessa causale, la Corte, però, ribadisce con fermezza che obiettivo dell'accordo quadro è ostacolare l'abuso del ricorso a contratti a

⁷Sulla disciplina dettata dal d.lgs. 368/2001 (così come modificata dalla l. 247/2007) si rimanda, senza alcuna pretesa di esclusività, a M. AIMO, *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008; S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2001; CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2011*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 115, 2007; G. DONDI, *Appunti sulla nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 1, 2002; G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo Welfare e nella legge 24 dicembre 2007, n. 247*, in *Il contratto a tempo determinato* (a cura di G. Ferraro), Giappichelli, Torino, 2008; Id., *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008; I. PICCININI, *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008; A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: il d.lg. n. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi da successione*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2008. Per un approfondimento sulle novità introdotte con la l. 183/2010 vedi, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, W.P. C.S.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 115/2011; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 91, 2011.

⁸In senso analogo anche i p.ti 96 ss. della sent. *Angelidaki*.

⁹Vedi punti 32 e 33 della sentenza in commento.

termine successivi ed insiste sulla doverosa eccezionalità della conclusione di tale tipo di contratti rispetto alla “regola”, costituita dai contratti a tempo indeterminato¹⁰.

Constatando che l'accordo quadro non disciplina esplicitamente l'ipotesi della successione di “ragioni obiettive” che giustificano il ricorso reiterato a contratti a tempo determinato, la Corte di Giustizia sembra riconoscere in qualche modo che già all'interno della norma comunitaria potrebbe individuarsi un contrasto tra l'obiettivo che si intende perseguire (prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato) e la mancata richiesta agli Stati membri, in sede attuativa, di prevedere necessariamente un limite alla successione di tale tipo di contratti anche lì dove risultino sempre giustificati da “ragioni obiettive”. E, sotto altro punto di vista, dalla pronuncia sembra emergere che già nella normativa comunitaria, ancor prima che in quella attuativa nazionale, risulta irrisolta quell'esigenza di bilanciamento tra gli interessi sociali a confronto (quello del lavoratore assunto a tempo determinato con contratti reiterati a vedersi riconosciuti i diritti tipici del rapporto a tempo indeterminato e quello del dipendente assente a ritornare ad occupare il suo posto di lavoro) lì dove siano posti come confliggenti. La Corte, però, non interviene a colmare con una tecnica interpretativa le lacune normative emerse ma affida l'operazione di bilanciamento al giudice nazionale¹¹. Partendo, infatti, dalla considerazione che la clausola 5 dell'accordo quadro lascia agli Stati membri un margine di discrezionalità nel conseguimento degli obiettivi previsti, la Corte affida al giudice tedesco la valutazione della natura temporanea o permanente dell'esigenza di personale in sostituzione e, di conseguenza, la valutazione della legittimità del ricorso allo strumento del contratto a tempo determinato, piuttosto che a quello più garantista del contratto a tempo indeterminato, lì dove l'esigenza risulti permanente, tenuto conto di quanto illustrato dalla giurisprudenza europea sulla portata dell'accordo quadro. La seconda questione pregiudiziale, in quanto subordinata alla dichiarazione di violazione da parte della disciplina nazionale dell'accordo quadro comunitario, non viene trattata. La decisione della Corte appare coerente con la ripartizione canonica delle competenze tra giudice comunitario e giudice nazionale in sede di rinvio pregiudiziale che affida, in una logica sussidiaria, alla Corte di Lussemburgo la mera interpretazione della disciplina comunitaria ed al giudice del rinvio l'applicazione al caso concreto della norma comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia. Dichiarando, infatti, nella pronuncia in esame, che la questione sollevata non deve essere risolta in sede interpretativa quanto, piuttosto, in quella applicativa, la Corte rinvia di nuovo al giudice nazionale. Nella prospettiva di una tutela multilivello dei diritti sociali, cerca di assumere un ruolo solo sussidiario e non sostitutivo del giudice del rinvio¹².

¹⁰ Interessante la ricostruzione presentata da D. Gottardi in occasione della giornata di studio tenutasi presso la Corte di Cassazione il 14.6.2012 dal titolo “Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche: profili discriminatori” secondo la quale, nella decisione della Corte di Giustizia sul caso *Kücük in commento*, la questione del numero e/o della durata dei contratti (lett. b e c della clausola 5, n.1) “retroagisce” su quella dell'esistenza di ragioni obiettive (lett. a della stessa clausola).

¹¹ Si assiste ad un fenomeno definito dalla dottrina come di espansione “dei poteri di controllo del giudice (nazionale ndr.) sull'esercizio dei poteri privati a garanzia di un solido nucleo di diritti fondamentali del lavoratore e del cittadino europeo” (S. GIUBBONI e F. AMATO, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di Giustizia di Lussemburgo*, in *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona* - a cura di E. FALLETTI e V. PICCONE, Aracne, Roma, 2010, p. 332);

¹² Segnalo al riguardo, tra gli altri, M.G. BERNARDINI, *L'Unione Europea ed il trattato di Lisbona: nuove frontiere per la tutela multilivello dei diritti*, in *Diritto e Società*, fasc.3/4, 2010; P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti: punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Giuffrè, Milano, 2004; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee* (a cura di M. CARTABIA), il Mulino, Bologna, 2007; P. GARGIULO, *Il modello sociale europeo tra politica e diritti sociali dopo la riforma di Lisbona*, in *Politica e diritti sociali nell'Unione Europea* (a cura di P. GARGIULO), Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; S. GIUBBONI e F. AMATO, op.cit.; A. RUGGERI, *La tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teo-*

Se si considerano, quindi, il ruolo tipico affidato alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale e l'ampiezza del potere discrezionale lasciato dall'accordo quadro agli Stati membri nella scelta degli strumenti necessari per la realizzazione degli obiettivi indicati, la decisione della Corte di Giustizia appare forse l'unica possibile¹³. Eppure la prudenza adottata nella sentenza in commento lascia sorpresi se si considera il panorama di interventi sempre più incisivi della Corte europea. Sono ormai molti anni, infatti, che la Corte di Lussemburgo supera la sua funzione tipica di mero interprete e finisce per fornire ai giudici nazionali la regola da seguire nella decisione del caso concreto, affermando esplicitamente che la disciplina comunitaria va interpretata nel senso che "osta" o "non osta" all'applicazione di una specifica normativa nazionale all'interno dello Stato membro. La priorità seguita dalla Corte di Giustizia nelle decisioni sui rinvii pregiudiziali appare essere, da molto tempo, non tanto l'adesione ad una logica sussidiaria quanto, piuttosto, la garanzia dell'omogeneità dell'interpretazione su tutto il territorio dell'Unione nel rispetto di quei principi di prevalenza e diretta applicabilità che caratterizzano i rapporti tra l'Unione europea ed i suoi Stati membri¹⁴.

Rimanendo nell'ambito delle decisioni della Corte su rinvii pregiudiziali riguardanti l'accordo quadro sui rapporti di lavoro a tempo determinato è possibile individuare vari esempi di questa tendenza. Con le note sentenze *Mangold*, *Adeneler*, *Del Cerro Alonso*, *Angelidaki* e *Kücükdeveci*, la Corte, infatti, si esprime con puntualità sull'interpretazione delle clausole dell'accordo quadro e chiede al giudice di disapplicare la normativa interna in quanto incompatibile con la direttiva comunitaria (*Mangold*, *Adeneler*, *Del Cerro Alonso* e *Kücükdeveci*) o di applicarla in quanto compatibile (*Angelidaki*)¹⁵. Con la stessa formula la Corte si è pronunciata anche nella più recente sentenza *Sibilio* (C-157/11 del 15.3.2012) con la quale ha interpretato la clausola 2 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nel senso che "non osta" ad una specifica normativa nazionale che disciplina il rapporto di lavoro costituitosi tra i lavoratori socialmente utili e le pubbliche amministrazioni.

La peculiarità della decisione nel caso *Kücük* emerge proprio dal confronto con tali precedenti ed è particolarmente evidente nel raffronto con la sentenza *Angelidaki*.

rie costituzionali, in *Politica del diritto*, n. 3, settembre 2007; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 1, 2005; A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 4, 2005.

¹³ In questo senso il contributo di L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, presentato alla giornata di studio tenutasi presso la Corte di Cassazione il 14.6.2012 dal titolo "Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche: profili discriminatori".

¹⁴ Sui principi di prevalenza e diretta applicabilità vedi i p.ti dal 13 al 24 della parte in diritto della sentenza *Simmenthal* (C-106/77 del 9.3.1978).

¹⁵ Per un commento a tali pronunce cfr, in particolare, M. V. BALLESTRERO, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2011; M. FUCHS, *La lunga storia del caso Mangold*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 129, 2011; M. PERUZZI, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2011; S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT-52/2007; A. VALENTINI, *La sentenza della Corte di Giustizia nel caso Yolanda Del Cerro Alonso: sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2008; S. CAIROLI, *Problematiche sanzionatorie nel contratto a tempo determinato tra la sentenza Angelidaki e la giurisprudenza nazionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2011; F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Kucukdeveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 5, 2010; M. MARCHEGIANI, *Sul principio generale di non discriminazione in base all'età nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 3, 2010.

La Corte di Giustizia nel caso *Angelidaki* si è pronunciata su tre controversie “sostanzialmente identiche”¹⁶ proposte separatamente e successivamente riunite: le ricorrenti, assunte con uno o più contratti a termine da enti pubblici territoriali greci, si erano rivolte al Tribunale monocratico di Rethymnon (*Monomeles Protodikeio Rethymnis*) per ottenere la conversione di tali contratti in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ritenendo che “l’attività esercitata nell’ambito dei suddetti contratti fosse destinata a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del loro datore di lavoro”¹⁷. Tra le molteplici questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Lussemburgo il giudice del rinvio greco si interrogava anche sulla compatibilità con la clausola 5, n.1, lett a) di una normativa nazionale che giustifichi la conclusione o il rinnovo di contratti a termine per soddisfare esigenze provvisorie, anche lì dove tali esigenze siano “permanentemente e durevoli”¹⁸.

Tale questione pregiudiziale è evidentemente analoga a quella sollevata qualche anno dopo dal giudice tedesco nel caso *Kücük*, eppure le rispettive decisioni della Corte di Giustizia non sono assimilabili. Nella sentenza *Angelidaki* la Corte, dopo aver escluso l’ipotesi di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato dall’ambito di applicazione della clausola 5 dell’accordo che “verte unicamente sulla prevenzione dell’utilizzo abusivo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi”¹⁹, si è pronunciata con puntualità stabilendo che “la clausola 5, n.1, lett. a), dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa si oppone a che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale venga applicata dalle autorità dello Stato membro interessato in un modo tale che il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi nel settore pubblico sia considerato giustificato da ‘ragioni obiettive’ ai sensi di tale clausola per la sola ragione che detti contratti sono fondati su disposizioni di legge che ne consentono il rinnovo per soddisfare talune esigenze provvisorie, mentre, in realtà, tali esigenze sono permanenti e durevoli”²⁰. La Corte non oltrepassa il proprio ruolo tipico di interprete e lascia al giudice del rinvio il compito di stabilire se l’esigenza posta alla base della conclusione dei contratti a termine sia effettivamente “permanente e durevole” piuttosto che “provvisoria”, ma risalendo alla *ratio* della disciplina comunitaria fornisce al giudice del rinvio un’interpretazione precisa della clausola 5 dell’accordo quadro in base alla quale poter decidere la controversia a lui sottoposta.

Nella sentenza *Kücük*, al contrario, la Corte pur trovandosi ad affrontare una questione pregiudiziale analoga al caso *Angelidaki* non dà indicazioni puntuali al giudice tedesco; si limita a confermare la compatibilità con l’accordo quadro dell’individuazione, da parte della normativa nazionale, dell’esigenza temporanea di personale sostitutivo tra le “ragioni obiettive” richieste dalla clausola 5 e non si pronuncia sulla compatibilità o incompatibilità nell’ipotesi di esigenze non temporanee ma “ricorrenti o permanenti”; con una delega generica affida alle “autorità degli Stati membri, nell’ambito delle loro rispettive competenze”, “la valutazione della questione se il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato sia giustificato da una ragione obiettiva siffatta”²¹.

¹⁶ Vedi p. 44 della sentenza *Angelidaki*.

¹⁷ Vedi *ivi* p.ti 33 e 39.

¹⁸ Vedi *ivi* p.ti 37.2; 42.5 e 88.

¹⁹ Vedi *ivi* p. 90.

²⁰ Vedi *ivi* p. 107.

²¹ Vedi dispositivo della sentenza in commento.

Una tale decisione appare sicuramente più rispettosa del margine di discrezionalità lasciato agli Stati membri nella ripartizione dei ruoli tra gli organi dell'Unione Europea in confronto alle molteplici occasioni, sempre più frequenti, nelle quali la Corte di Giustizia è andata oltre l'interpretazione della disposizione comunitaria dubbia finendo per porre in essere quasi un vero e proprio sindacato di legittimità della norma interna da applicare, sovrapponendosi ai giudici interni ²²(cd. *(auto)ampliamento dell'oggetto del rinvio interpretativo*²³). Ma raffrontando le questioni pregiudiziali sottoposte dal giudice tedesco e la decisione adottata dalla Corte, nel caso *Kücük*, non è evidente quale contributo sia stato apportato dalla Corte di Lussemburgo nella valutazione della compatibilità della normativa nazionale con la disciplina comunitaria di riferimento. Forse un'operazione interpretativa più incisiva da parte della Corte di Giustizia avrebbe potuto colmare le lacune e risolvere i dubbi che, come si è visto, possono emergere nell'attuazione dell'accordo quadro ed orientare il giudice del rinvio nella decisione del caso concreto.

** Dottoranda in Diritto costituzionale, Università Federico II di Napoli

²² Interessante la ricostruzione di P. MARIANI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia: interesse generale e tutela dei singoli*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2007.

²³ E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2007, p. 1437.