

Vincenzo Ferrante

# Tutela multilivello, norme ambigue, definizione dei ruoli del legislatore e del giudice. Il caso del contratto a termine

(doi: 10.1441/77295)

Lavoro e diritto (ISSN 1120-947X)

Fascicolo 2-3, primavera-estate 2014

**Ente di afferenza:**

*Università Cattolica (unicatt)*

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

**Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

# Tutela multilivello, norme ambigue, definizione dei ruoli del legislatore e del giudice. Il caso del contratto a termine

di Vincenzo Ferrante

*Sommario:* 1. “Giurisprudenza” e legislazione del lavoro. - 2. Costituzionalismo, tutela multilivello ed ampliamento degli spazi di discrezionalità dell’interpretazione giudiziaria. - 3. Il caso del contratto a termine. L’applicazione della dir. n. 70 al settore pubblico tra fughe in avanti e omissioni del legislatore. - 3.1. *Segue:* Concertazione, sistema maggioritario e norme sibilline. - 3.2. Evidente ambiguità delle previsioni di legge in ordine ai presupposti e agli effetti conseguenti alla mancanza di “causale”. - 3.3. Norme dirette al controllo della funzione giurisdizionale e ineffettività delle stesse. - 4. Qualche suggerimento per il di di festa.

## 1. “Giurisprudenza” e legislazione del lavoro

L’ordinamento universitario contiene (o forse meglio sarebbe dire: conteneva) un elemento di impareggiabile saggezza là dove attribuiva al titolo rilasciato al termine del corso accademico la denominazione di laurea in “giurisprudenza”, a voler sottolineare come l’operatore del diritto, quale che sia la sua concreta attività professionale, non è un esperto (un dotto e quindi un “dottore”) di “diritto” o di “legislazione”, e neanche un tecnico della giustizia (a differenza invece di chi consegue una laurea in “filosofia”), ma è un conoscitore della applicazione che le leggi ricevono nella concretezza di ogni giorno. E tanto dovrebbe bastare a renderci avvertiti circa il ruolo che, a completamento e non di rado in antitesi alla funzione legislativa, la magistratura occupa nella elaborazione del diritto, nonché circa l’importanza dell’esame dei procedimenti logici che portano alla motivazione degli atti decisori, che essa è chiamata ad adottare.

Come insegnano le vicende recenti della storia italiana dell’ultimo ventennio, tuttavia, il rapporto tra potere legislativo e giudiziario non riesce a trovare una appagante sistemazione, non solo quando si tratti di determinare la soluzione a vicende che vedono contrapposto capitale e

lavoro, ma anche quando vengano in rilievo numerose altre questioni (come quelle della bioetica, delle “unioni civili”, della *privacy* etc.).

Fondamentale rimane a riguardo la disposizione di cui all’art. 12 delle preleggi (sostanzialmente riproduttiva dell’art. 3 prel. del codice del 1865, che tuttavia rinviava ai “principi generali di diritto”), che avrebbe dovuto determinare una evidente chiusura dell’ordinamento, imponendo al giudice di ricostruire la legge nel senso «fatto palese dal significato proprio delle parole [...] e dalla intenzione del legislatore», restringendo così il ricorso all’analogia ad ipotesi del tutto secondarie e in certo modo conseguenti all’evoluzione dei tempi (e, dunque, alla assenza di previsione legislativa espressa).

Una siffatta sistemazione era del tutto congruente allo spirito rivoluzionario, cui si deve la codificazione, poiché il giudice (tendenzialmente raffigurato come un esponente di interessi conservatori) deve rimanere vincolato alla semplice attività di applicazione del diritto, nella verifica della correttezza del procedimento sussuntivo, che riconduce alle fattispecie generali descritte dal legislatore, la minuta casistica quotidiana, secondo i criteri logici del sillogismo aristotelico. Solo la legge, del resto, appare nella prospettiva positivista come comando investito di imperatività, sia che questa provenga dall’investitura elettorale democratica, sia che viceversa sia espressione di un ordine che si regge sui valori della tradizione o sull’investitura dinastica. Da questo punto di vista, il metodo della codificazione, frutto genuino della fine dell’*ancien régime*, si presta facilmente ad essere adottato dagli stati nazionali, quale momento di manifestazione dell’autorità civile, anche quando l’impronta di quest’ultima resti comunque autoritaria, perché diretto alla parificazione dei singoli avanti l’autorità dello Stato nazionale.

Il diritto del lavoro, viceversa, accetta sin dal suo sorgere l’idea di una imperfetta disciplina, innanzi tutto a ragione del fatto che il semplice dogma della volontà non appare idoneo a presentare il contratto come fatto costitutivo della disciplina del rapporto, a fronte della incontrovertibile debolezza socio/economica del lavoratore. In secondo luogo, la dogmatica civilistica appare inadatta a misurarsi con le questioni che derivavano dalla caratteristica del contratto di essere rapporto di durata e non ad esecuzione istantanea (si pensi solo per fare un esempio alla difficoltà che si incontrano nel giustificare il recesso attraverso la figura della fiducia: Napoli, 1980; Mengoni 2001). In questo senso non deve stupire che l’atto fondativo del diritto del lavoro sia la creazione di una giurisdizione speciale, in Italia: i probiviri, chiamati a integrare le regole generali del diritto dei contratti con la prassi e l’equità, così da dar vita ad un diritto nuovo, che adotta altri materiali rispetto al ragionamento sillogistico

per riempire le lacune, in una sorta di *bricolage* metodologico (secondo la ben nota e colorita espressione di U. Romagnoli).

Una evoluzione siffatta non è affatto isolata, ché anche nell'ordinamento francese si deve ai collegi dei *prud'hommes* lo sviluppo della disciplina positiva, nella difficoltà di dettare un diritto capace di confrontarsi con il nuovo fenomeno dell'organizzazione industriale. Anche nell'ordinamento inglese il magistrato, che pure attraverso il sistema dello *stare decisis* avrebbe potuto giocare un ruolo di rilievo nell'adattamento di regole antiche, viene di fatto messo da parte, per la sua evidente carica di conservatorismo, mentre prevale l'idea di lasciare alle forze collettive il compito di regolare la materia. Ciò non di meno il giudice gioca un ruolo soprattutto per quel che riguarda lo sciopero, poiché, chiamato ad applicare la legislazione penale, si trova a dover valutare il fenomeno dell'astensione collettiva quale "elemento" di fattispecie di un reato, giunto a formulazione legislativa in un contesto politico del tutto differente (l'insurrezione o la sedizione, repressa a mente dell'indimenticato esempio della rivoluzione del 1789). La giurisprudenza finisce, quindi, per occupare anche in quel contesto un ruolo non indifferente nell'evoluzione della disciplina del lavoro, individuando la scriminante del "fine contrattuale" (c.d. *golden formula*), che vale quale riconoscimento implicito della libertà sindacale (e oscillazioni non di poco conto in ordine alla rilevanza delle rivendicazioni collettive, quale causa di giustificazione dei reati associativi, si registrano nella giurisprudenza delle corti penali italiane, come è ben descritto dalla dottrina, qualche decennio fa: Gallo 1981).

La consapevolezza dell'insopprimibile ruolo della giurisprudenza nell'applicazione e nell'adattamento del diritto positivo, del resto, è ben presente anche negli studi di carattere generale, attraverso la teoria c.d. dei "formanti", ad indicare come il fenomeno giuridico sia frutto di una serie di elementi, che si sovrappongono, interagendo fra di essi, senza che a nessuno di questi possa essere attribuito un monopolio nella formazione del diritto.

Nello stesso senso, su un piano più attento alla tecnica giuridica, si esalta, sulla scorta dell'esempio storico (le *legis actiones*) o comparato (i sistemi di *common law*), lo studio dei sistemi remediali, come momento nel quale le pure logiche deduttive cedono il passo ad un'analisi, che ordina le situazioni individuali sulla base di una metodologia che si apre all'empirismo e che mira a rappresentare i risultati cui è possibile attingere in concreto, sulla base della posizione soggettiva di volta in volta suscettibile di essere fatta valere. Massima è qui la capacità del diritto del lavoro di dialogare con altri sistemi, in una prospettiva aperta a ricono-

scere al giudice un ruolo più rilevante di quello che, viceversa, le preleggi avrebbero voluto attribuirgli nelle intenzioni del legislatore del codice (esemplari, a riguardo, restano gli studi sul ricorso *ex art. 28 st. lav.*, fondato sulla nozione “aperta” di “attività antisindacale” e modellato sul sistema americano della *injunction*: v. Treu 1974).

## 2. *Costituzionalismo, tutela multilivello ed ampliamento degli spazi di discrezionalità dell'interpretazione giudiziaria*

Il modello della tradizione, ancora fondato sulla contrapposizione fra le varie tipologie di interpretazione degli atti normativi, viene ad essere messo in crisi però soprattutto a ragione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, che indirizza sempre di più i giudici ordinari verso l'interpretazione adeguatrice o “costituzionalmente orientata” (sul punto *infra*, Albi). Si tratta di un orientamento che discende, innanzi tutto, dal diradarsi delle sentenze di mero accoglimento e dal sempre più moderato ricorso alle sentenze “manipolative”, frutto di un artificio logico ritenuto alla fine non compatibile con il ruolo di garanzia proprio dell'organo. In questo modo, le sentenze della Corte, prevalentemente redatte secondo la tecnica della pronunzia interpretativa di rigetto, non possiedono più un valore vincolante e finiscono per rinviare alla capacità interpretatrice del singolo giudice la soluzione del conflitto (che pure viene ritenuto comunque sussistente, seppur solo in via eventuale, dalla Corte costituzionale, che omette di conseguenza una pronunzia di mero rigetto). Si afferma quindi una sorta di controllo “diffuso” di costituzionalità, nel quale la valutazione di conformità della norma al precetto costituzionale viene direttamente ad essere effettuata dal giudice ordinario, che non ritiene di dover coinvolgere la Corte, sfuggendo quindi al controllo “accentrato” e unitario di questa.

Un siffatto orientamento finisce per ampliare lo spettro delle tecniche di motivazione delle decisioni, venendosi così ad abbandonare il più rigoroso criterio della interpretazione teleologica o sistematica (che richiede comunque una ricostruzione in termini di coerenza dell'intero assetto normativo, e che consente, quindi, anche un controllo in sede di gravame o in caso di richiamo del precedente), a vantaggio di affermazioni spesso tanto apodittiche quanto generiche (si pensi per es. al richiamo al prevalente interesse alla tutela del lavoratore), che contengono giudizi di valore in ordine alle scelte del legislatore, per i quali la magistratura ordinaria, chiamata ad esprimersi prevalentemente in composizione monocratica, non sempre appare sufficientemente attrezzata.

E pur tuttavia deve apparire evidente come l'enorme numero di controversie promosse annualmente avanti le corti italiane impone al Giudice delle leggi di frenare il numero delle ordinanze di remissione, di modo che anche quando un certo indirizzo giurisprudenziale imponga una spesa pubblica rilevante, non è infrequente l'intervento del singolo giudice del merito, che lascia semmai, in una prospettiva di eterno *work in progress*, al Giudice costituzionale l'onere di un successivo intervento armonizzatore (e salva, beninteso, la possibilità di un intervento del legislatore, nei ristretti limiti in cui l'interpretazione "autentica" viene oramai ammessa dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e dalla stessa Corte costituzionale italiana: Massa 2009; Valentino 2012, nonché Calafà in questo fascicolo della rivista).

Di modo che, grazie a quest'ultimo accenno, si può introdurre il tema della c.d. "tutela multilivello", come elemento che ha determinato un considerevole ampliamento dei poteri decisorii della magistratura. La vicenda è ben nota perché si spendano qui troppe parole per descriverla: il definitivo riconoscimento di una assenza di effetto orizzontale delle direttive incondizionate e non trasposte<sup>1</sup>, lascia comunque al Giudice nazionale un obbligo di verificare la possibilità di una interpretazione adeguatrice del diritto nazionale<sup>2</sup> e la prassi di procedere alla trasposizione delle direttive in ambito nazionale mediante la semplice riproposizione delle formule europee finisce per favorire enormemente una tale direttrice, riconducendo ogni questione interpretativa ad un conflitto fra disposizioni diverse, regolato tuttavia non già da principi di posteriorità nel tempo o di specialità, ma dal prevalere della norma gerarchicamente più elevata.

Da qui, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale<sup>3</sup>, l'affermarsi delle fonti internazionali (in particolare, le direttive dell'Unione europea e la Convenzione dei diritti dell'uomo) sulle norme del diritto interno, senza la necessità della mediazione del Giudice delle leggi, il cui intervento resta necessario solo quando non sussistano spazi per l'opera di interpretazione, in forza dei richiami all'ordinamento internazionale di cui agli artt. 10 e 11 Cost. e dell'obbligo al rispetto dei "vincoli deri-

<sup>1</sup> Sulla assenza di efficacia diretta v. C. cost. (ord. 18.7.2013 n. 207) e la stessa Corte di Giustizia (Cgce, sent. 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact*, punti 71, 78 e 79; sent. 23 aprile 2009, in causa C-378/380/07, *Angelidaki*, punto 196), dalla prima richiamata.

<sup>2</sup> Da ultimo Cgce, sent. *Pfeiffer*; 5 ottobre 2004, C-397/01 a C-403/01, sent. *Maribel Dominguez*, 24 gennaio 2012 C-282/10.

<sup>3</sup> Si rinvia alle note sentenze n. 347 e 348 del 24 ottobre 2007, in *Cass. Pen.*, f. 6, 2008, 2296 con nota di V. Petri e in numerose altre riviste.

vanti dall'ordinamento comunitario" ora contenuto nel novellato art. 117 Cost.<sup>4</sup>.

Siffatta supremazia, di per sé naturale in quanto necessaria a garantire l'uniformità del diritto dei trattati (tanto da aver indotto la Corte costituzionale tedesca a riconoscere almeno in via generale la prevalenza del diritto dell'Unione), viene però talora sospinta dalla interpretazione delle corti di merito sino a determinare, in forza delle semplici disposizioni di una direttiva, l'abrogazione tacita non solo di norme di legge ordinaria, ma altresì delle stesse disposizioni costituzionali, secondo schemi logici nei quali l'esigenza di pronunziarsi in ordine alle domande di parte attrice finisce per fare velo alla valutazione complessiva della questione. E invero si deve rilevare a riguardo come la magistratura, malgrado qualche luminosa eccezione, non sempre appare a suo agio nel fronteggiare le categorie del diritto comunitario (e ora dell'Unione), dimenticando talora il fatto che le nozioni di tutti gli atti internazionali multilaterali non possono essere lette in stretta correlazione col diritto interno, atteso che, a così ragionare, sarebbe impossibile il dialogo fra sistemi giuridici diversi.

Si tratta invero di sentenze che finiscono spesso con il presentare ampi margini di discrezionalità, posto che l'applicazione delle direttive impone (a differenza che per i regolamenti) un completamento del principio generalmente enunziato dalla fonte europea, che, in assenza di un corretto intervento di trasposizione normativa, non può che essere svolto al giudice: così quando il Tribunale di Verona è stato chiamato a decidere dell'età di pensionamento del personale di scena di sesso femminile (ballerine e tersicoree) ha dovuto per forza di cose correggere il disposto della norma positiva, integrandolo, secondo una tecnica non differente da quella utilizzata dalla Corte costituzionale, nel caso di sentenza di accoglimento manipolativa<sup>5</sup>.

Resta peraltro qui da aggiungere che, come è ben noto al giuslavorista, il rinvio alle fonti internazionali non è affatto dirimente, sia perché è frequente il caso di conflitto fra discipline di diversa provenienza (esemplare è il caso della disciplina del lavoro notturno femminile, che vedeva contrapposte le norme Oil alla direttiva europea), sia perché viene talora

<sup>4</sup> L'art. 10 Cost. viene richiamato quale norma interposta C. Cost. 15 novembre 2012, n. 254, in *GCost*, 2012, 6, 4086.

<sup>5</sup> Trib. Verona, 2 dicembre 2011 (o 2012?), in *RGL*, 2012, II, p. 566, con nota di G. Destro; si deve tuttavia notare che il Tribunale ha potuto poi condensare la sua decisione in un ordine di reintegra, lasciando così alla convenuta il compito di individuare la norma concretamente applicabile. Più complesso, invece, appare il caso, ancora *sub judice*, della legittimità di assunzioni ripetute nell'ambito del settore pubblico, di cui si tratta nel paragrafo che segue e in relazione al quale v. il saggio di L. Calafà in questo numero.

a delinarsi un nuovo conflitto fra i giudici del merito, chiamati a dare applicazione diretta alle fonti internazionali, e il Giudice delle leggi che viceversa è, per naturale tendenza, indotto a privilegiare soluzioni che tengano conto di tutti i principi costituzionali coinvolti<sup>6</sup>.

### 3. *Il caso del contratto a termine. L'applicazione della dir. n. 70 al settore pubblico tra fughe in avanti e omissioni del legislatore*

Non è difficile trascorrere dalle considerazioni di ordine generale, che si sono sino a qui formulate, alla analisi di un caso specifico, non appena si richiami il vasto settore della disciplina del lavoro a termine che, anche a ragione della sua origine di norma negoziata (in ambito prima europeo, con la direttiva 1999/70/CE e poi italiano, con il corrispondente d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368), ha conosciuto una vastissima gamma di interventi normativi e giurisprudenziali, susseguitisi con ritmi quasi frenetici nell'arco di poco più di un decennio, alla continua ricerca di un equilibrio fra i vari interessi coinvolti nella regolamentazione della materia.

In particolare è stata l'applicazione al settore pubblico del principio del contrasto alla precarietà dell'impiego, chiaramente enunziato dalla direttiva, che ha fatto registrare divergenze ancora non definitivamente composte dall'affermarsi di una soluzione consolidata.

In un remoto passato, a situazioni di plurimi rinnovi di contratti a tempo determinato, era stato ritenuto possibile applicare la legge n. 230 del 1962, in tema di lavoro a termine, consentendosi così la costituzione

<sup>6</sup> In tema di irretroattività delle norme, i conflitti fra Cedu e Corte cost. sono oramai numerosi, tanto che alcuni casi hanno registrato una duplice pronunzia: v. Cedu 31 maggio 2011 *Maggio e aa.*, relativa alla particolare disciplina applicabile a chi ha lavorato in Svizzera (sul punto si è poi pronunziata la C. cost. con la sent. 15/2012 che ha però negato il beneficio apparentemente riconosciuto dalla Cedu a ragione del fatto che l'applicazione del sistema eliminato per disposizione di legge configurava un beneficio evidente rispetto ai lavoratori rimasti in Italia); ed ancora: Cedu 7 giugno 2011 *Agrati*, relativa al personale Ata della scuola che non si era visto riconoscere l'anzianità di servizio al momento del trasferimento presso diverso ente pubblico (per i precedenti italiani v. Massa 2009); qui il conflitto ha coinvolto anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si è espressa con la sentenza 6 settembre 2011, *Scattolon*, che fa una applicazione invero inedita della direttiva in tema di trasferimento d'azienda (v. Cester 2012); altro (apparente) conflitto è raccolto in Cedu 14 febbraio 2012, *Arras*, che riconosce un indennizzo ai pensionati del Banco di Napoli, a fronte dell'intervento legislativo di interpretazione autentica, che li privava dell'agguancio perequativo ai parigrado in servizio (c.d. clausola "oro"): la Corte europea ammette tuttavia solo la violazione dell'art. 6, per violazione del giusto processo e non del primo protocollo (diritto di proprietà, a sottolineare come non sussistesse divieto all'applicazione di una disciplina più rigorosa).

di rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, pur in assenza di un legittimo concorso e, dunque, anche al di fuori dei limiti di bilancio. Ne era derivato, come lo stesso Consiglio di Stato in passato aveva solennemente riconosciuto, un uso quanto mai disinvolto da parte di alcuni enti, che avevano fatto ricorso a tali assunzioni a termine a fini clientelari, confidando poi in una successiva stabilizzazione dei rapporti ad iniziativa dei lavoratori stessi e *ope judicis*. Da qui, una serie di pronunzie del Consiglio di Stato (cui spettava al tempo la cognizione) che, in adunanza plenaria<sup>7</sup>, avevano negato l'applicazione della legge n. 230/1962 o di ogni altra, al fine di ottenere il riconoscimento del rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze della pubblica amministrazione, richiamando a tal fine il disposto dell'art. 97, comma 3, Cost., in forza del quale: «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso»<sup>8</sup>. Una siffatta giurisprudenza era stata confermata dalla Corte costituzionale già con la sentenza n. 40 del 1986 (ed ancora di recente la sentenza 27 marzo 2003, n. 89) nella prospettiva di tenere conto delle esigenze di quanti legittimamente confidavano in pubblici concorsi per l'assunzione e si vedevano sbarrato il passo da una moltitudine di precari, assunti con chiamata diretta (e quindi senza le garanzie di imparzialità tipiche del concorso, pubblico perché aperto a tutti) e poi «stabilizzati» per lo più attraverso provvedimenti normativi, ovvero mediante una pluralità di pronunzie giudiziali<sup>9</sup>.

Il legislatore aveva, quindi, immediatamente ripreso l'insegnamento del supremo consesso amministrativo, introducendo nell'ordinamento l'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993, che, sin dal primo momento della «privatizzazione» stabiliva la nullità di pieno diritto delle «assunzioni anche in forma di contratti d'opera, effettuate in violazione del divieto» di costituzione di rapporti a termine. La norma è stata poi trasfusa nell'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001, che solennemente prevede ora che «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni».

<sup>7</sup> V. C. St. 10 dicembre 1991, n. 10, in *GI*, 1992, III, 1, 249; C. St. 29 febbraio 1992, n. 2.

<sup>8</sup> Si deve peraltro ribadire come la disposizione ora richiamata sia stata resa ancora più stringente dal recente intervento del legislatore costituzionale che alla legge cost. n. 1 del 20.4.2012 che ha premesso all'art. 97 il seguente comma: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

<sup>9</sup> Per una analisi della giurisprudenza mi permetto di rinviare a Ferrante 2007.

La giurisprudenza era stata assolutamente pacifica nel leggere nel divieto ora richiamato un ostacolo assoluto alla costituzione di un rapporto di lavoro “di ruolo”, affermando che «nel pubblico impiego, in caso di stipulazione di contratti di lavoro a termine successivi senza soluzione di continuità, non si applica la sanzione della conversione a tempo indeterminato sancita dall’art. 5, comma 4, d.lgs. n. 368 del 2001, per il divieto posto dall’art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001»<sup>10</sup>. Tuttavia è apparso fin da subito evidente come lo Stato e gli enti pubblici giocassero un ruolo fondamentale nella diffusione della precarietà, sia in forza delle norme che limitavano le spese del personale, sia facendosi schermo dietro il divieto del d.lgs. n. 165/2001, che pure espressamente prevedeva che si procedesse in tempi brevi a bandire il concorso per l’assunzione, quando l’esigenza di servizio fosse stabile (v. art. 52, commi 2, 59 e 60; nonché da ultimo art. 36, comma 3).

Una nota e assai discussa sentenza, tuttavia, si è spinta assai più avanti sino al punto di disapplicare la norma costituzionale invocando a riguardo la norma europea della direttiva 70 del 1999<sup>11</sup>. Invero, basta un’analisi serena della giurisprudenza europea per rendersi conto che, come ha più volte chiarito la Corte di Giustizia<sup>12</sup>, «la clausola 5 dell’accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in un contratto a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia», restando tuttavia necessario, ai fini della corretta trasposizione della direttiva, che la legislazione interna dello Stato preveda «misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione»<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Così Trib. Roma, 2 marzo 2004, in *Riv. Amm. Rep. It.*, 2004, 1283; analog. App. Bologna, 10 febbraio 2005, in *Corriere del merito*, 2005, 631; Trib. Cosenza, 16 dicembre 2005, in *FI*, 2006, 7-8, 2238; Trib. Caltanissetta, sez. lav., 19 marzo 2005, in *Juris data*, *Redazione Giuffrè* 2008; Trib. Firenze, 14 settembre 2001, in *Foro toscano* 2002, 66; Trib. Cassino, 16 luglio 2002, in *LPA*, 2004, 1194; Trib. Bolzano, 18 dicembre 2003, in *Juris data*, *Redazione Giuffrè* 2010 analog. Cass., sez. lav., 24 maggio 2005, n. 10904, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1678; in senso conforme v.: Cass. 24 febbraio 2005 n. 3833; Cass. 29 maggio 2004 n. 10453; Cass. 13 marzo 2004, n. 5199; Cass., sez. lav., 22 agosto 2006, n. 18276.

<sup>11</sup> V. infra nota 18.

<sup>12</sup> V. punto 38 ord. *Affatato*, che richiama altresì sentt. *Adeneler e a.*, punto 91; *Marrosu e Sardino*, punto 47; *Angelidaki e a.*, punti 145 e 183, nonché citate ordinanze *Vassilakis e a.*, punto 121, e *Koukou*, punto 85.

<sup>13</sup> Così Cgce 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*.

Con la conclusione, però, di riconoscere al giudice del merito italiano un ruolo ben più rilevante di quello di mero esecutore delle sentenze rese a Lussemburgo, tanto che la stessa ordinanza ora richiamata non manca di precisare che compete «al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione»<sup>14</sup>.

Ed invero, tutta la giurisprudenza nazionale, successiva alla ordinanza della Corte di Giustizia ora in esame, ha fatto applicazione di siffatto rinvio, o per ritenere che «una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore» valga a contestare l'utilizzo abusivo da parte della p.a. dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato»<sup>15</sup>, ovvero di limitare tale effetto al solo riconoscimento ai lavoratori precari della scuola degli «scatti di anzianità maturati nel corso di svolgimento delle supplenze» precedenti<sup>16</sup>, mentre da ultimo la stessa Corte costituzionale ha sollevato questione pregiudiziale di interpretazione<sup>17</sup>. E certo ci si deve interrogare circa le possibili conseguenze che potrebbero derivare da una decisione della Corte di Giustizia che ritenga insufficienti i mezzi di dissuasione individuati dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, anche se resta difficile ipotizzare che una siffatta pronuncia possa travolgere il disposto dell'art. 97 Cost., come invece il Tribunale di Siena ha ritenuto<sup>18</sup>, essendo evidente come la sanzione risarcitoria (da perdita di *chance* o, più semplicemente, da “disorganizzazione” della vita personale, sul modello dei danni riconoscibili in forza dell'art. 8, comma 2, d.lgs. 61/2000, in caso di mancata indicazione nel *part time* della collocazione della prestazione lavorativa) possa individuare una corretta risposta, idonea a garantire ad un tempo il rispetto della norma europea e il vincolo costituzionale.

E tuttavia la vicenda vale bene a chiarire quali possano essere le conseguenze che discendono dalla necessità di conformare l'ordinamento interno

<sup>14</sup> Ancora Cgce 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*, nelle sue conclusioni.

<sup>15</sup> Così Cass. sez. lav. 13 gennaio 2012, n. 392, *A.G. c/ Asl n. 9 Trapani*, in *RIDL*, 2012, II, 138; nonché in *FI*, 2012, 2, I, 412, in *LPA*, 2012, 1, 204.

<sup>16</sup> C. App. Genova 22 maggio 2012, in *FI*, 2012, 7-8, I, 2004, facendo invero applicazione della cl. 4, comma 4 che riferisce il principio di non discriminazione alla anzianità di servizio (ma v. già Cgce, 15 gennaio 1998, C-15/96, *Schoening Kougebetopoulou*).

<sup>17</sup> C. cost. ord. 3 luglio 2013 ord. n. 207.

<sup>18</sup> Trib. Siena 13 dicembre 2010, in *RIDL*, 2011, II, 374 con nota di F. Siotto.

alle direttive comunitarie, soprattutto quando il legislatore abbia ad omettere ogni seria attività di trasposizione, come meglio si dirà nel paragrafo che segue, affidando interamente alla giurisprudenza la soluzione di questioni che, invece, imporrebbero un preciso esercizio del potere legislativo.

### 3.1. Segue: *Concertazione, sistema maggioritario e norme sibilline*

A proposito del potere legislativo, del preciso esercizio delle sue funzioni, nonché delle sue omissioni, non appaia balzano ricordare qui come il sistema elettorale inglese, in disparte dalle elezioni europee, abbia per un ventennio rifiutato (e ancora rifiuti) di attribuire al partito liberale<sup>19</sup> un ruolo stabile nella guida del paese, per non abbandonare il principio maggioritario (e il sistema bipolare) nell'ambito di un sistema elettorale fondato sul collegio unico: il rischio, vissuto come l'anticamera della instabilità politica (e, forse non senza ragione, della disgregazione stessa del paese), è quello di un governo di coalizione (*hanging Parliament*), nel quale le scelte del Gabinetto sono costrette a misurarsi con l'esigenza di ottenere per ogni provvedimento di legge la maggioranza politica necessaria alla sua approvazione, dando luogo a decisioni compromissorie o incoerenti<sup>20</sup>.

La Repubblica italiana, abituata (quanto ai sistemi elettorali) alla rappresentanza proporzionale, conosce, in assenza di una gestione più trasparente delle dinamiche legislative, in misura sempre crescente la prassi di norme che contengono comandi intimamente contraddittori. E invero a un siffatto risultato si giunge a ragione sia di una elaborazione extraparlamentare delle norme (in conseguenza di deleghe all'Esecutivo quanto mai ampie e spesso carenti di vere e proprie indicazioni di in-

<sup>19</sup> Già alle elezioni del 2005 i liberal-democratici avevano raccolto il 23% dei voti espressi e, sebbene non fossero troppo lontani dalle posizioni dei laburisti, mai si è seriamente pensato a coalizioni di "desistenza", sul modello italiano. Solo alle ultime elezioni, l'assenza di una maggioranza alla Camera bassa ha consentito al partito di andare al Governo, ma in coalizione con i *tories*.

<sup>20</sup> E invero non si deve dimenticare come il progetto di Costituzione europea, poi abortito a ragione della mancata ratifica olandese e francese, recasse in esergo un passo di quel celebre passo di Tucidide, là dove Pericle, rispondendo implicitamente a chi lo derideva per il costume ateniese di discutere sempre ogni cosa, ribadiva come tali decisioni fossero poi le più corrette ed efficaci («senza pensare che il fatto di discutere sia un danno per l'agire, ma che lo sia piuttosto il non essere informati dalle discussioni prima di mettersi in azione. E di certo noi possediamo anche questa qualità in modo differente dagli altri, cioè noi siamo gli stessi sia nell'osare che nel valutare al massimo quello che ci apprestiamo a fare, mentre negli altri l'ignoranza produce audacia e il calcolo incertezza»: Tucidide, *La guerra del Peloponneso*, II, 37-41).

dirizzo), sia dell'assenza di un vero e proprio dibattito pubblico (parlamentare o anche solo partitico) che preceda l'emanazione dei provvedimenti governativi di attuazione delle deleghe ricevute (forse a ragione del timore dell'insorgere di "veti incrociati" di natura squisitamente politica), sia di una prassi concertativa diretta, più che alla corretta individuazione di una soluzione di mediazione, ad accontentare le istanze di ognuna delle parti presenti al tavolo, anche perdendo di mira il significato complessivo dell'intervento legislativo.

La necessità di coagulare un consenso (fra i partiti della maggioranza, o fra le parti sociali o anche solo fra i diversi ministri) finisce quindi per premiare testi incompleti, o ambigui o intimamente contraddittori, proprio a ragione del fatto che essi possono essere presentati, da ognuna delle parti coinvolte nel processo legislativo, come il riconoscimento delle proprie istanze o richieste. Da qui anche la avversione crescente, anche in ambienti storicamente vicini al sindacato, per una legislazione concertata, che appare come il frutto dell'incapacità di affermare un indirizzo unitario di governo.

### 3.2. *Evidente ambiguità delle previsioni di legge in ordine ai presupposti e agli effetti conseguenti alla mancanza di "causale"*

Gli esempi di tecnica compromissoria che si rintracciano nel testo del d.lgs. 368 del 2001 sono numerosissimi e si devono, in parte, anche alla sua sfortunata elaborazione, quale ipotesi inizialmente destinata a raccogliere un ulteriore confronto (e poi presentata come testo finale a ragione della sopravvenuta rottura dell'unità sindacale, conseguente alle elezioni politiche della primavera 2001), ma anche alla incapacità dei governi successivi di dare ordinata soluzione al contenzioso che nel frattempo era cresciuto a dismisura, a ragione di prassi applicative lontane dallo spirito del testo e della direttiva.

E invero appare evidente come i due punti che costituivano il perno della disciplina previgente venivano a essere abrogati senza che sussistesse una chiara indicazione in ordine alla disciplina applicabile. Si pensi, innanzi tutto, al venir meno della norma che autorizzava le parti sociali a individuare le ragioni che legittimavano l'apposizione del termine<sup>21</sup> nonché all'ipotesi della causale individuata attraverso il ri-

<sup>21</sup> V. già art. 23, comma 1, l. n. 56 del 1987, *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*, ed ora i commi 1 *bis* dell'art. 1 e 4 *bis* dell'art. 5, come introdotti dalla l. n. 92 del 2012, c.d. "Fornero".

ferimento alla incerta clausola delle ragioni organizzative, tecniche o produttive.

A riguardo bisogna riconoscere che l'intervento correttivo della giurisprudenza è stato reso indispensabile da un legislatore che, seppur condotto dall'idea di rispettare il testo concordato al tavolo negoziale, ha prodotto disposizioni palesemente prive di univocità normativa.

La tecnica della clausola generale (su cui cfr., *retro*, Ballestrero) invero, si attaglia alle ipotesi nelle quali il legislatore viene a trovarsi di fronte a una casistica individuale quanto mai varia (il licenziamento per colpa disciplinare o il trasferimento), e dunque tendenzialmente insuscettabile di una classificazione secondo ipotesi tipiche. Viceversa, le assunzioni a termine rispondono a ragioni standardizzate sia quanto alle esigenze produttive, sia quanto al numero di soggetti cui esse si riferiscono. Un accordo collettivo ben redatto avrebbe potuto, in questo senso, ampliare il novero delle ipotesi espressamente autorizzate e non ridurlo (ovvero, avrebbe potuto rinviare ai contratti di categoria).

E non è per caso che nella prassi il "causalone" (termine addirittura presente nella terminologia ministeriale) abbia finito per suonare come una ammissione della legittimità di qualsiasi esigenza aziendale, anche la più soggettiva (a fronte peraltro di una propaganda ministeriale che rappresentava il principio di parità di trattamento, non già – come correttamente nella prospettiva della clausola 4 della direttiva – quale misura di promozione dei lavoratori assunti a termine, ma al contrario come strumento di promozione del contratto a termine, in palese contrasto con le dichiarate intenzioni del legislatore europeo di cui ai "considerando" nn. 6 e 7 e alla clausola 5).

Di qui una reazione giurisprudenziale, avverso il ricorso a formulazioni dei contratti individuali che si limitavano semplicemente a riprodurre la formula di legge (quasi fosse... una formula magica) o a indicazioni del tutto generiche, che solo chi è sprovvisto di un minimo di pratica del foro può interpretare come una reazione della magistratura diretta a sovvertire il comando legislativo. Qui, semmai, era la pretesa di scardinare impunemente le logiche giurisprudenziali che lasciava allibito l'interprete, quasi che il legislatore non sia comunque tenuto al rispetto delle regole della dogmatica, così come al rispetto delle leggi delle altre scienze.

E tuttavia la tecnica normativa conduceva a conclusioni meno certe, là dove si è richiesto che il contratto individuale contenesse in sé chiara indicazione non solo delle esigenze che legittimano le parti alla apposizione del termine, ma anche della temporaneità di queste, poiché, se l'esigenza di esplicitare ogni aspetto della decisione datoriale può ben

comprendersi nell'ambito del licenziamento disciplinare, a garanzia del diritto di difesa del lavoratore (che è chiamato a replicare, solo in relazione ai quei soli fatti che gli vengono analiticamente contestati), una più attenta considerazione delle esigenze di libertà dei commerci (almeno quanto alla forma) consiglia di ammettere l'integrazione *per relationem* del disposto negoziale individuale<sup>22</sup>, giacché il fine della norma è quello di tutelare il prestatore contro gli abusi, ed appare evidente (v. la premessa n. 5) che una tale funzione può validamente essere svolta dal Giudice anche senza che il contratto individuale debba incorporare in sé, più che se fosse una cambiale, le ragioni della temporaneità della "causale".

Con riguardo a questi ultimi aspetti, assai maggiore era l'intervento correttivo della giurisprudenza, tanto che la Corte costituzionale era chiamata a intervenire, rigettando con sentenza n. 107 del 29 maggio 2013 la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Trani in relazione alla mancata indicazione nel contratto individuale dei lavoratori che «sarebbero stati specificamente sostituiti», nonché della ragione per la quale «questi ultimi sarebbero rimasti assenti dal lavoro». Pur tuttavia, la clausola (che rinviava semmai alla genericità dei presupposti in essa affermati) è stata considerata legittima attraverso il rinvio alla facoltà di deroga alla legge n. 230 del 1962 prevista dalla legge n. 56 del 1987, che già riconosceva la possibilità di assunzioni per sostituzione senza indicazione dei lavoratori assenti. Si tratta, invero, di un argomento del tutto incoerente rispetto alle stesse premesse dell'ordinanza di rinvio, ma anche del rilievo che di per sé una siffatta circostanza potrebbe assumere. E si nota, semmai, la tendenza a una sorta di risorgente tendenza al controllo accentrato, sia per mettere ordine a una situazione altrimenti caotica, sia per aggirare l'effetto di una efficacia solo verticale delle direttive, che in taluni casi appare insormontabile<sup>23</sup>.

Nello stesso senso c'è solo da compiacersi che la giurisprudenza di merito e costituzionale abbia saputo reagire all'introduzione dell'art. 4 *bis* del d.lgs. n. 368, nella versione originaria di cui al d.l. n. 112 del 2008, come

<sup>22</sup> C. App. Genova 9 novembre 2011, in *RCDL*, 2012, 1, 136, secondo cui: «le ragioni giustificatrici della assunzione a tempo determinato possono essere specificate dal datore di lavoro anche "per relationem", a condizione che nella lettera di assunzione risulti un riferimento ad altri testi scritti conosciuti delle parti e che rechino la predetta ragione in modo circostanziato e puntuale».

<sup>23</sup> È il caso delle pronunzie di costituzionalità più risalenti, che rinviano ad ipotesi nelle quali manca anche un rapporto contrattuale: per il lavoro a termine, la clausola di non regresso viene utilizzata come parametro *ex art.* 76 Cost. per verificare la legittimità costituzionale della corretta trasposizione (C. cost. 4 dicembre 2009, n. 325; C. cost. 14 luglio 2009, n. 214; C. cost. 24 febbraio 2010 n. 65).

convertito nella l. n. 133 del 2008<sup>24</sup>. E invero la pluralità delle ordinanze di rinvio alla Corte<sup>25</sup> lasciano intendere, anche a non voler fare il confronto fra le opinioni di diversi *auctores*, come l'intervento del legislatore si presentasse come palesemente esorbitante rispetto al potere di specificare le sanzioni in caso di riconosciuta violazione della norma primaria.

Né meno generiche erano le previsioni del legislatore che è intervenuto a correggere la disposizione caducata, posto che nulla questi diceva in ordine al danno risarcibile, restando incerto se l'indennità ripresa dalla legislazione in tema di licenziamento nelle piccole imprese esaurisse ogni pretesa del lavoratore o meno. Anche qui la Corte costituzionale è stata chiamata a dire una parola di chiarezza, supplendo alle evidenti mancanze di un legislatore che pure poteva vantare una maggioranza quanto mai ampia nelle aule parlamentari<sup>26</sup>.

E invero sarebbe contraddittorio lamentarsi dell'interventismo giudiziario quando questo è conseguente a norme formulate in dispregio di qualunque elementare principio di logica, prima ancora che in palese violazione del principio di eguaglianza. Nulla, invero, avrebbe impedito al legislatore di fissare in via generale un rimborso forfettario in conseguenza del mancato rispetto delle norme in tema di presupposto legittimante, se non la necessità che un siffatto risarcimento fosse con-

<sup>24</sup> Ecco il testo della norma: «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2, 5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15.7.1966, n. 604, e successive modificazioni».

<sup>25</sup> La sentenza n. 214 del 2009 è stata pronunciata in risposta alle ordinanze di rimessione delle Corti di appello di Torino, Genova, Bari, Caltanissetta, Venezia, L'Aquila e Roma ed i Tribunali di Roma, Trani, Ascoli Piceno, Trieste, Viterbo, Milano e Teramo; la questione era stata sollevata altresì dalla Corte d'appello di Milano con ordinanza del 28 ottobre 2008, dal Tribunale di Roma con ordinanza del 10 ottobre 2008, dal Tribunale di Rossano con ordinanza del 17 novembre 2008, dal Tribunale di Roma con ordinanza del 21 novembre 2008, dal Tribunale di Pistoia con ordinanza del 6 novembre 2008, dal Tribunale di Pesaro con ordinanza del 20 gennaio 2009, dal Tribunale di Tivoli con ordinanza del 4 dicembre 2008 e dalla Corte d'appello di Milano con ordinanza del 31 ottobre 2008 (e decisa con ordinanza n. 325 del 30 novembre 2009, che richiamava l'intervenuta caducazione della norma).

<sup>26</sup> In relazione all'art. 32, commi 5, 6 e 7, l. n. 183 del 2010 (c.d. "Collegato lavoro") v. C. cost. 11/11/2011, n. 303, in *FI*, 2012, I, c. 717, secondo la cui massima, la questione non è fondata «in quanto, per un verso, la norma non si limita a forfettizzare il danno, ma assicura al lavoratore illegittimamente assunto a termine l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, e, dall'altro, la determinazione dell'ammontare del risarcimento, che copre soltanto il periodo che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che ne accerta la nullità, essendo dovuto anche in mancanza di danno, realizza un equilibrato componimento degli interessi, in riferimento agli artt. 3, 4 e 24 Cost.».

gruo rispetto all'esigenza di assicurare effettiva attuazione delle direttive comunitarie.

In poche parole, almeno nei casi ora richiamati (che pure sono quelli senz'altro più numerosi) si è costretti a discutere della latitudine dei poteri di intervento dei giudici solo a motivo della incapacità del legislatore di esercitare il potere che lo stato di diritto gli riconosce. Ed evidente appare come qui l'analisi richiederebbe l'intervento di altre scienze umane a giustificare l'*impasse* apparentemente insormontabile in cui il legislatore sembra essere caduto.

### 3.3. *Norme dirette al controllo della funzione giurisdizionale e ineffettività delle stesse*

E invero il legislatore italiano, invece di ridurre gli spazi alla giurisprudenza attraverso una redazione più sorvegliata delle norme e un più scrupolosa osservanza della tecnica del "drafting" normativo, sembra lasciarsi andare a norme dettate, come si è detto (Del Punta 2012a), da puro rancore, che pretenderebbero di limitare l'autonomia della magistratura (come, innanzi tutto, l'art. 30 della l. n. 183/2010, c.d. "Collegato lavoro"), con risultati però quasi unanimemente ritenuti del tutto irrilevanti (a riguardo rinvio al saggio di M.V. Ballestrero, *retro*, che tuttavia invita a non sottovalutare possibili futuri effetti; a riguardo v. anche, se vuoi, Ferrante 2012, p. 48 ss.).

In questo senso, forse, non sbaglia chi suggerisce (ancora Del Punta 2012a) al legislatore di tradurre la norma in una di più chiara formulazione, che però imponga chiaramente al giudice di dare rilievo agli interessi imprenditoriali nel giudizio di interpretazione delle clausole generali, almeno nei limiti (invero ampi) in cui siffatta opzione può essere ammessa, senza che sia violato il disposto costituzionale di cui all'art. 41 Cost.<sup>27</sup>.

Lo stesso legislatore finisce poi, non senza una qualche contraddizione, per tentare di semplificare i contrasti giurisprudenziali, cosicché la magistratura possa offrire agli operatori del diritto un volto unitario,

<sup>27</sup> Si noti peraltro come una norma siffatta non potrebbe, a mio avviso, condurre ad una revisione dell'indirizzo sul *repêchage*, atteso che l'obbligazione di lavorare è più ampia di quella che discende dall'atto specifico di attribuzione di determinate mansioni e deve temere conto della storia professionale del singolo prestatore. A riguardo v. Nogler 2014 e rinvio alle considerazioni da me svolte in Ferrante 2004. Non si dimentichi, peraltro, che la recente modifica dell'art. 97 Cost. (v. *supra* nota n. 8) rischia di sbilanciare a favore dello Stato la tradizionale disciplina del rapporto di lavoro pubblico, ove davvero si dia rilievo preminente all'esigenza di contenimento dei costi.

quasi che sopra ogni cosa il legislatore (o l'uomo di impresa) sembri temere non già la funzione di applicazione della norma, ma la possibilità di oscillazioni, irrispettose di un principio di coerenza (e quindi di parità di trattamento). Da qui un proliferare di norme apparentemente dirette a garantire una più rigorosa funzione di nomofilachia, attraverso la previsione di interpretazioni uniche di contratti collettivi (artt. 420 *bis* c.p.c., di cui al d.lgs. 40 del 2006 e v. già l'ancor vigente art. 64 d.lgs. n. 165/2001), di filtri all'appello (attuale art. 342, artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c.) e al ricorso per cassazione (art. 360 *bis*, introdotto dalla l. n. 69 del 2009), di motivazioni redatte solo *per relationem* (art. 118 disp. att. c.p.c., come modificato dall'art. 79, comma 1, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, con modifica però caduta in sede di conversione).

Si tratta, se ben inteso e governato, di un fenomeno non negativo, che mira a una semplificazione dei conflitti giurisprudenziali e che impone alla magistratura e agli avvocati un'esigenza di concentrazione e di analisi che i moderni metodi di redazione di testi scritti rischiano di far perdere. È infatti evidente che i tempi della giustizia sono stati dilatati fortemente, anche in conseguenza del fatto che i testi degli atti di causa non vengono più composti manualmente o attraverso la macchina da scrivere: di modo che risulta quanto mai opportuno l'invito alla sintesi e alla chiarezza di esposizione, che da più parti si leva, oramai anche in forma pubblica (v. a riguardo le considerazioni del Presidente del Consiglio di Stato in occasione dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo).

#### 4. *Qualche suggerimento per il dì di festa*

La questione del ruolo della giurisprudenza occupa una parte importante del dibattito scientifico attuale, nella diffusa consapevolezza che l'architettura disegnata oramai più di duecento anni fa in seguito al diffondersi del metodo della codificazione appare oramai prossima al definitivo tramonto. La ricostruzione delle tecniche decisorie utilizzate dal giudice costituisce una ottima chiave di lettura per analizzare l'evoluzione del sistema giuridico e dei rapporti fra gli ordinamenti. Una tale ricerca, tuttavia, mostra come la pluralità di fenomeni che si viene a sommare tende a relegare in secondo piano le tecniche di interpretazione tradizionali, aprendo il procedimento ermeneutico, per un verso, allo sviluppo della tecnica di tutela multilivello e, per un altro, alla necessità di porre rimedio alle inefficienze del processo legislativo, così da evitare l'alluvione di pronunzie che, a ben vedere, ha quasi finito per celare le questioni veramente aperte.

L'analisi della disciplina del lavoro a termine si è dimostrata, come sembra risultare dai pochi accenni che in questa scritto le si sono dedicati, una sorta di palestra, nel cui ambito si è potuto toccare con mano la pluralità di questioni che si pongono al giurista del nostro tempo.

E così, volendo provare, in conclusione, ad indicare dei possibili ambiti di intervento normativo, diretti a mantenere il rapporto fra giudici e legislatore in una sfera di maggiore chiarezza e trasparenza, si deve segnalare come ogni attuazione “dinamica” (così Cavallaro 2014) dei precetti costituzionali e dei diritti previsti dalle carte e dalle fonti internazionali si deve misurare, innanzi tutto, con il rispetto dei ruoli reciproci, di modo che, mentre una palese violazione delle disposizioni comunitarie (o europee) giustifica una interpretazione evolutiva, diretta all'ampliamento dei margini di intervento del giudice, l'interpretazione orientata alla attuazione di norme costituzionali o dei trattati europei o delle carte è costretta a confrontarsi con la necessità di rispettare la legittimazione democratica delle istanze rappresentative, evidente essendo come il bilanciamento fra i diversi interessi sia affidato, in primo luogo, alla azione politica del legislatore ordinario (ma in senso contrario v. Romagnoli 2013).

In secondo luogo, si deve riconoscere rilievo agli aspetti procedurali, sia che questi attengano alla formazione della legislazione, sia che si tratti di modificare le disposizioni del processo.

In questo senso, per quanto l'osservazione possa apparire ovvia, si dovrebbe stimolare la formazione “dialogica” delle norme, al fine di verificarne *ex ante* la coerenza e la capacità di fronteggiare le possibili situazioni regolate. Il metodo parlamentare di formazione delle leggi viene attualmente considerato uno sterile esercizio da parte delle forze politiche, forse perché si è persa la capacità di affinare le norme attraverso il dibattito. Al contrario appare evidente come un decreto formato nel chiuso delle aule ministeriali e portato in Consiglio dei ministri per l'approvazione (dopo, semmai, una rapida lettura collegiale) non potrà mai presentarsi come un testo dotato di chiarezza e di univocità, quale che sia in concreto l'esperienza, l'abilità o il valore scientifico del suo redattore.

Non ci si deve dimenticare, in questo senso, che la concertazione nacque nella prospettiva di trovare soluzioni costituzionalmente compatibili, mettendo attorno ad un tavolo non già esponenti di vertice dei sindacati ma studiosi di diversa estrazione, capaci, anche all'esito di lavori non brevi, di individuare soluzioni che hanno sopportato senza seri cedimenti il vaglio di costituzionalità (l'esempio in particolare va alla elaborazione della l. n. 146 del 1990 di disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali).

Infine ci si deve interrogare sulla necessità che le forme di concentrazione processuale, che prima si sono richiamate, non finiscano per ridurre il diritto di difesa individuale. Esempio in questo senso è il precoce abbandono del meccanismo di interpretazione delle norme dei contratti collettivi *ex art. 420 bis c.p.c.*, dove il rischio a tutti evidente è quello di una pronuncia del giudice di legittimità che giunga senza la necessaria ponderazione dei termini del problema, quale risulta in genere dall'esame, anche dottrinario, dei singoli precedenti. Qui ragioni di speditezza hanno consigliato un procedimento accentrato; logica vorrebbe che si precisasse meglio l'effetto conseguente alle pronunzie dei giudici di legittimità (soprattutto in ordine alla possibilità che la questione già decisa sia sottoposta a un nuovo vaglio e alla individuazione delle condizioni che possano legittimare in via eventuale il riesame). In secondo luogo viene in rilievo la possibilità di ammettere interventi adesivi o *ad adiuvandum*, in forza di una opportuna pubblicità delle questioni rinviate alla Corte di cassazione. A riguardo si deve ricordare come le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale vengono rese note mediante pubblicazione sulla "Gazzetta ufficiale" e che, nei comparti pubblici, l'Aran e le sigle sindacali sono informate preventivamente della questione e hanno la possibilità di evitare una decisione vincolante attraverso una interpretazione congiunta della clausola, mentre il procedimento *ex art. 420 bis c.p.c.* rischia di rimanere ignoto sino alla sua conclusione.

In questo senso non pare difficile estendere l'esperimento, prevedendo altresì espressamente la possibilità di intervento dei singoli, al pari, del resto, di quanto sta oramai avvenendo avanti la Corte costituzionale (e non da ora) che, seppure non sia giunta in via di fatto ad ammettere l'intervento adesivo, finisce comunque per esaminare gli scritti difensivi di quanti pretendono di intervenire nel processo (come ci ricorda la recente sentenza sul "caso Fiat").

Su un altro piano, ci si deve interrogare sulle norme processuali, individuando a quale giudice spetti la risoluzione del conflitto fra le fonti, così da evitare il rischio di un *bellum omnium contra omnes*: si richiami ancora l'ipotesi di un conflitto fra la norma costituzionale che impone l'assunzione per il tramite di concorso pubblico e le previsioni della direttiva n. 70 del 1999. A riguardo, ma il profilo ovviamente interessa anche altri ordinamenti, si dovrà individuare, anche a mente della recente questione di pregiudizialità di cui sopra si diceva, quale sia il giudice legittimato, in ultima istanza, a dichiarare la conformità dell'ordinamento interno a quello dell'Unione, individuando la norma eventualmente da disapplicare.

*Riferimenti bibliografici*

- Aimo M. (2008), *Il contratto a tempo determinato riformato: le scelte compiute e le implicazioni possibili*, in LD, p. 459.
- Aimo M. (2013), *La Corte di Giustizia e il lavoro non-standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in RGL, I, p. 147.
- Caruso B. (2013), *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in RIDL, I, p. 245.
- Caruso B., Militello M. (a cura di) (2011), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP “Massimo D’Antona”, n. 1.
- Cavallaro L. (2014), *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, in RIDL, I, p. 136.
- Cester C. (2012), *Il trasferimento del personale “Ata” dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in RIDL, II, p. 124.
- Del Punta R. (2012a), *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, I, p. 461.
- Del Punta R. (2012b), *Il giudice e la Costituzione. Una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica*, in RIDL, I, p. 723.
- Del Punta R., Romei R. (a cura di) (2013), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano: Giuffrè.
- Ferrante V. (2004), *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino: Giappichelli.
- Ferrante V. (2007), *Il riparto di giurisdizione in tema di concorso e progressione di carriera nei più recenti orientamenti della giurisprudenza*, in QDLRI, n. 30, *L’impiego pubblico negli enti locali*, p. 233.
- Ferrante V. (2012), *Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, Milano: Giuffrè.
- Gallo E. (1981), *Sciopero e repressione penale*, Bologna: Il Mulino.
- Massa M. (2009), *Contro la norma “antiprecari”. Limiti costituzionali ed internazionali alla legislazione retroattiva in materia lavoristica*, in RGL, II, p. 101.
- Mazzotta O. (2013), *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico*, in RIDL, I, p. 235.
- Meliadò G. (2013), *Il giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociali*, in RIDL, I, p. 489.
- Menghini L. (2009), *Il lavoro a termine*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, Torino: Utet, vol. I, p. 1146.
- Mengoni L. (2001), *L’evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del “Contratto di lavoro”*, in RIDL, I, p. 209 (ora anche in Mengoni L., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano: Vita e Pensiero, 2008).
- Napoli M. (1980), *La tutela reale del rapporto di lavoro*, Milano: Franco Angeli.
- Nogler L. (2014), *L’interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in RIDL, I, p. 114.
- Riverso R. e Ponterio C. (2012), *Quale giudice del lavoro?*, in RIDL, I, p. 720.
- Romagnoli U. (2013), *Le parole sono pietre*, in RIDL, I, p. 233.
- Sacco R. (1991), voce *Formante*, in *DI IV Priv.*, vol. II, p. 438.
- Santoro-Passarelli G. (2013), *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in RIDL, I, p. 513.

- Treu T. (1974), *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano: Franco Angeli.
- Valentino A. (2012), *Il principio di irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte Edu*, in *AIC*, rivista online dell'associazione italiana dei costituzionalisti, n. 3/2012.
- Vallauri M.L. (2013), *Rapporti di lavoro a termine e strumenti remediali*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano: Giuffrè, p. 323.
- Veneziani B. (2013), *Il giudice del lavoro ed i valori del sistema giuridico*, in *RIDL*, I, p. 505.

