

Introduzione

SOMMARIO: 1. La “precarietà stabile”. – 2. Il lavoro a termine al centro di un laboratorio multilivello.

1. La “precarietà stabile”

La “precarietà stabile”: si può azzardare a utilizzare questo ossimoro, affiancando nella medesima locuzione parole che esprimono concetti contrari, per qualificare buona parte del lavoro precario dei nostri giorni e più in particolare per descrivere il noto fenomeno della “trappola della precarietà” (opposto all’ipotesi virtuosa della flessibilità come “trampolino”) in cui rischiano di cadere i lavoratori assunti con contratto non *standard*, senza prospettive di vera stabilità e a prezzo di una crescente vulnerabilità.

La coppia stabilità/precarietà del lavoro racchiude tuttavia concetti che, oggi più di ieri (in tempi di legami deboli¹, per usare un altro ossimoro), si presentano mutevoli e con confini ben meno netti di prima, necessitando dunque di essere riletti alla luce dei cambiamenti intervenuti.

La parola “precarietà” può infatti intendersi in vari modi: anzitutto si collega – nella sua accezione più stretta, comune soprattutto agli ordinamenti dei paesi europei – al lavoro diverso da quello *standard*, a seconda dei casi in ragione della durata predeterminata nel tempo, del carattere stagionale, della riduzione involontaria dell’orario di lavoro, della natura del rapporto “ai confini della subordinazione”, ecc.². Già sotto questo primo, più tradizionale, profilo la categoria del lavoro precario risulta ampia, eterogenea e in divenire, poiché comprende al suo interno tanto il “tipico” lavoratore atipico (ad

¹ Prendendo in prestito l’espressione utilizzata, con un diverso significato, da M. GRANO-VETTER nel suo libro *La forza dei legami deboli e altri saggi*, Liguori, Napoli, 1998.

² V. la classificazione del “non-standard employment” fatta da INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Non-standard employment around the world: Understanding challenges, shaping prospects*, ILO, Geneva, 2016, 7 ss.

es. il lavoratore stagionale o il lavoratore in somministrazione), quanto il lavoratore “molto atipico” (ad es., pensando alle tipologie di lavoro non *standard* presenti nel nostro paese, assunto con contratto a termine di breve o brevissima durata, oppure con contratto a chiamata, o remunerato tramite *voucher*, finché sarà possibile, o collaboratore coordinato e continuativo, di nuova o nuovissima generazione, o ancora lavoratore non meglio qualificato della cd. *gig-economy*)³. Si tratta in ogni caso, seppur in misura più o meno significativa a seconda dell’ipotesi considerata, di lavori che, per il basso reddito che spesso li contraddistingue e soprattutto per la precarietà che producono nelle esistenze di chi lavora⁴, finiscono per costituire un serio ostacolo al pieno sviluppo della persona umana e alla partecipazione collettiva all’organizzazione politica, economica e sociale del paese, che la nostra Repubblica è costituzionalmente tenuta a rimuovere.

Sulla considerevole entità del fenomeno dei lavori precari i dati parlano chiaro: focalizzando l’attenzione su quelli relativi all’impiego dei contratti a tempo determinato, significativamente diffusi in molti Stati europei⁵, gli occupati a termine nel 2016 in Italia costituiscono il 14% di tutti i lavoratori dipendenti, secondo un andamento altalenante, sebbene tendenzialmente ascendente e che negli ultimi dodici anni non ha mai visto calare la percentuale al di sotto del 12%⁶. Secondo le rilevazioni più recenti messe a disposizione dal Sistema informativo statistico delle comunicazioni obbligatorie, nel quarto trimestre del 2016 il 68% delle attivazioni di nuovi rapporti di lavoro ha dato luogo a contratti a tempo determinato, mentre solo il 17% ha riguardato contratti a tempo indeterminato⁷: ciò a conferma di un *trend* già emerso da tempo, pur con qualche piccolo scostamento registrato nel 2015⁸.

³ Cfr. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Very atypical work*, 2010, <http://www.eurofound.europa.eu/publications>.

⁴ V. M.G. GAROFALO, *Come cambiano le regole del lavoro? Le risposte alla nuova questione sociale*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, 156, ove si sottolinea che «il lavoro non produce necessariamente inclusione sociale, lo fa solo il lavoro decente».

⁵ V. i dati, relativi agli anni 2006-2016, raccolti nelle schede *Employees with a contract of limited duration (annual average)*, in <http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu>.

⁶ Cfr. le rilevazioni Istat “Dipendenti a tempo determinato”, in <http://noi-italia.istat.it> (va segnalato che nella percentuale indicata non sono compresi i lavoratori stagionali).

⁷ Cfr. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, IV nota trimestrale 2016 sulle Comunicazioni Obbligatorie, 16 marzo 2017, in <http://www.lavoro.gov.it>.

⁸ Cfr. i dati già contenuti nel *Rapporto sulla coesione sociale* redatto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel dicembre 2013 (testo disponibile al sito: <http://www.istat.it>, 22 ss.); v. però il *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2016*, in <http://www.lavoro.gov.it>, 7 giugno 2016, che ha messo in evidenza una variazione della composizione percentuale dei rap-

I rapporti di lavoro a termine si presentano dunque sempre più “normalizzati” nei fatti e nella maggioranza dei casi risultano “stabilmente precari”: come si è già accennato e come dimostrano i dati, solo poco più di un quinto dei lavoratori precari riesce a spostarsi verso occupazioni stabili⁹, assumendo pertanto la caratteristica di “cercatore di lavoro sul posto di lavoro” (*on-the-job searcher*), e rimane soggetto all’inaffidabile meccanismo-trappola secondo cui la situazione di precarietà genera una predisposizione a ulteriore precarietà.

Dati e ricerche, nazionali e internazionali, evidenziano inoltre che gli impieghi precari, e per quanto qui interessa il lavoro a termine, non sono distribuiti in maniera uniforme tra lavoratori e ambiti professionali, ma risultano strettamente legati a specifici profili lavorativi e a caratteristiche personali¹⁰. Si può in particolare tracciare un tendenziale “profilo demografico” del lavoratore a tempo determinato, in quanto in tale tipologia contrattuale

porti di lavoro attivati per tipologia di contratto, segnalando la diminuzione della quota del lavoro a termine, passato dal 68,6% del 2014 al 65,5% nel 2015, e il corrispondente aumento della quota del tempo indeterminato, salito dal 16,7% al 22,6% del totale (più della metà di queste ultime attivazioni di contratti stabili ha goduto, com’era prevedibile, del forte esonero contributivo previsto dalla legge per l’anno 2015; v. sul punto FONDAZIONE GIUSEPPE DI VITTORIO, *Una lettura ragionata dei dati INPS sulle assunzioni: aggiornamento ai primi 9 mesi del 2016* (a cura di L. BIRINDELLI), novembre 2016, in <http://www.fondazionedivittorio.it>). Nel 2016, però, le attivazioni di contratti a tempo indeterminato hanno subito un forte calo rispetto all’anno 2015 (e sono comunque in debole calo anche rispetto al 2014), a cui si è associata, negli ultimi tre trimestri del 2016, una ripresa del lavoro a tempo determinato, che ha nuovamente registrato un incremento maggiore del tempo indeterminato.

⁹ V. Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Nota flash 1/2017*, 11 aprile 2017, in <http://www.lavoro.gov.it>, da cui risulta che la quota di passaggi da contratti di lavoro a tempo determinato a contratti a tempo indeterminato avvenuti tra il quarto trimestre del 2015 e lo stesso trimestre del 2016 è calata rispetto alla dinamica osservata tra il quarto trimestre del 2014 e lo stesso trimestre del 2015, passando dal 21,6% al 21,0%, come è diminuita la quota di soggetti che passano verso il lavoro autonomo (da 2,7% a 1,4%), mentre sono cresciuti gli individui che diventano disoccupati (da 6,9% a 9,3%) e quelli che permangono nella stessa condizione di lavoro precario (da 57,8% a 58,2%). La precarietà che diventa *status* esigerebbe misure specifiche di intervento, «ad esempio inventivi fiscali e contributivi mirati alla condizione *soggettiva*, attraverso l’introduzione di una sorta di *bonus* collegato all’esperienza lavorativa del *singolo*»: così L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, 613.

¹⁰ Si v. la ricerca *Precarious Work and Social Rights* (commissionata dalla Commissione Europea al Working Lives Research Institute e pubblicata nel 2012), in <http://www.ec.europa.eu/social>; EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Young people and temporary employment in Europe*, 2013, in <http://www.eurofound.europa.eu>; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Non-standard employment around the world*, cit.; ISTITUTO PER LA RICERCA SOCIALE, *In trappola o flessibili? Transizioni a rischio ed assenza di politiche a favore dei giovani altamente qualificati in Europa*, 2012, in web.unitn.it/files/download/17828/executivereportit.pdf.

risultano sovrarappresentati alcuni “gruppi” di lavoratori: gli stranieri extraeuropei, le donne giovani, gli uomini giovani e le donne adulte¹¹, tutte categorie a rischio di discriminazione e dunque tutelate dal diritto antidiscriminatorio, unieuropeo¹² e nazionale, che potrebbe in futuro essere chiamato a svolgere un ruolo in funzione correttiva degli equilibri di mercato, attraverso nuove «aperture alla dimensione sostanziale dell’uguaglianza»¹³.

Questo peculiare *identikit* è rispecchiato dai recenti dati sull’occupazione, con particolare riferimento a quelli relativi ai lavoratori giovani, che più di altre categorie rischiano di entrare nel vicolo cieco del lavoro precario: la quota di lavoratori con contratti a termine diminuisce infatti all’aumentare dell’età, attestandosi nel 2016 a quasi il 50% per i giovani tra i 15 e i 24 anni, per scendere a poco più del 10% nel caso dei lavoratori tra i 25 e i 54 anni¹⁴. In un’ottica di genere, d’altra parte, la lettura delle rilevazioni fa emergere uno svantaggio femminile in termini di stabilità dei percorsi lavorativi: le quote di lavoratori con contratti a tempo indeterminato risultano maggiori per gli uomini che per le donne, tranne che nella classe di età 55-64 anni¹⁵, e

¹¹ Come confermano i rapporti appena citati. Sul punto si v. le considerazioni di M. BELL, *Between flexicurity and fundamental social rights: The EU directives on atypical work*, in *ELR*, vol. 37, 2012, 47; S. MCKAY *Disturbing equilibrium and transferring risk: confronting precarious work*, in N. CONTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocializing europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, 205; D. ANXO, *Entry and exit patterns from the labour force: A european and life-course perspective*, in A. NUMHAUSER-HENNING, M. RÖNNMAR (eds.), *Age discrimination and labour law*, Wolters Kluwer International, Alphen aan den Rijn, 2015, 18 ss.

¹² L’aggettivo “unieuropeo” e l’espressione “dell’Unione” (oltre che, talvolta, il semplice aggettivo “europeo”, qui da intendersi nella predetta accezione) saranno utilizzati in queste pagine per indicare ciò che – prima del Trattato di Lisbona – veniva designato con l’aggettivo “comunitario”: questi vocaboli sono stati preferiti (dovendo giocoforza operare una scelta di lessico) rispetto ad altri in voga, quali gli aggettivi “unionale” e “eurounitario”.

¹³ M. ROCCELLA, *L’evoluzione dei diritti sociali dai Trattati alla Carta di Nizza*, in G. GHEZZI, G. NACCARI, A. TORRICE (a cura di), *Il Libro bianco e la Carta di Nizza*, Ediesse, Roma, 2002, 26.

¹⁴ V. i dati relativi all’Italia *Employees with a contract of limited duration (annual average)*, cit.; cfr. anche *il Rapporto sulla coesione sociale* redatto dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel dicembre 2013 (in <http://www.istat.it>), ove si segnala che, se l’incidenza percentuale di tutti lavoratori a termine sul totale degli occupati è pari, nel 2012, al 13,8%, quella dei dipendenti a termine della fascia d’età 15-34 era pari al 27,6%, mentre quella degli ultratrentacinquenni calava al 8,6%). Dal *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2016*, cit., emerge inoltre un analogo divario in relazione alle attivazioni a tempo determinato con durata prevista fino a un mese, circa il 43% delle quali nel 2015 ha riguardato lavoratori con età inferiore ai trentacinque anni.

¹⁵ V. i dati contenuti nel *Rapporto annuale sulle comunicazioni obbligatorie 2016*, cit., che segnala altresì che le donne, più degli uomini, hanno percorsi lavorativi frammentati: nel 2015, se per un solo lavoratore si contavano in media 1,69 rapporti di lavoro, una lavoratrice ne

corrispondentemente l'universo femminile risulta sovrarappresentato, sebbene in misura più contenuta rispetto alla categoria dei "giovani", nella titolarità di lavori a termine¹⁶.

Tornando ora al discorso iniziale sulla mutevolezza del concetto di precarietà, va osservato che la stessa si presenta come fenomeno poliforme e in progressiva espansione: sebbene "naturalmente" inerente alle suddette variegate forme di lavoro non *standard*, in aumento a livello mondiale¹⁷, nonché a particolari settori del mercato del lavoro, essa si è andata via via allargando, giungendo a toccare quelle che per lungo tempo sono state considerate relazioni di lavoro stabili e sicure¹⁸. Anche il lavoro subordinato a tempo indeterminato può infatti essere caratterizzato da elementi di precarietà, e dunque perdere uno o più elementi tipici della stabilità¹⁹: ad esempio, alternativamente o spesso congiuntamente, in considerazione di un basso livello salariale, delle modalità o del contesto di svolgimento del rapporto, delle sue condizioni di recedibilità, dell'inadeguatezza di protezione contro malattie e incidenti sul lavoro, nonché ancora sul fronte previdenziale²⁰. La condizione di precarietà (qui evidentemente in un'accezione più lata della precedente) può quindi di-

possedeva 1,83. Dal medesimo rapporto emerge un divario in relazione alle attivazioni a tempo determinato di breve e brevissima durata anche sulla base del genere: il 65% dei lavoratori coinvolti da almeno un'attivazione fino a un mese è donna e la percentuale sale al 68% per i rapporti con durata da uno a tre mesi.

¹⁶ Cfr. le rilevazioni Istat "Dipendenti a tempo determinato", cit., ove si segnala il dato (costante e consolidato nel tempo) in base al quale le lavoratrici a termine costituiscono nel 2016 il 14,5% del totale delle lavoratrici, contro il 13,5% degli uomini. V. anche *Osservatorio sul Precariato. Dati sui nuovi rapporti di lavoro – Report mensile gennaio-dicembre 2016*, in <http://www.inps.it>; e, per un'aggiornata panoramica internazionale, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Non-standard employment around the world*, cit.

¹⁷ Si v. INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *Non-standard employment around the world*, cit.

¹⁸ Cfr. N. COUNTOURIS, *The legal determinants of precariousness in personal work relations: a european perspective*, in *CLLPJ*, vol. 34, 2012, 21. V. anche S. LAULOM, C. TEISSIER, *Which securities for workers in times of crisis? An introduction*, in *ELLJ*, vol. 5, 2014, 206; M. AIMO, D. IZZI, *Labour law beyond national borders: the current debate*, in *RDCTSS*, n. 3, English electronic edition, 2013, 185.

¹⁹ Da intendersi come «complesso di beni – professionalità, continuità, adeguatezza del reddito, prospettive di carriera – indissolubilmente legati all'occupazione a tempo pieno e indeterminato»: così M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, 75.

²⁰ In termini molto ampi è inteso il concetto di lavoro precario nei saggi raccolti nel fascicolo monografico, dal titolo *Precarious work and human rights*, del *Comp. Lab. Law Policy Journal*, vol. 34, 2012, 1: ivi v. in particolare i contributi di E. ALBIN, *Introduction*, 1 ss. e J. FUDGE, *Precarious migrant status and precarious employment: The paradox of international rights for migrant workers*, 95 ss. Cfr. anche F. BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, il Mulino, Bologna, 2009, spec. 268 ss.

pendere non soltanto dalla forma contrattuale d'impiego, ma anche da altri fattori che vanno oggi assumendo un peso crescente, quali, oltre a quelli menzionati sopra, la «condizione professionale, la mancanza o scarsità d'investimento sulla formazione e la professionalità, l'esclusione dai processi di conoscenza, l'aumento delle condizioni di asimmetria informativa sulle condizioni di lavoro e dell'impresa»²¹.

Le espressioni che formano l'ossimoro di partenza – “stabilità” e “precarietà” – presentano dunque un significato in via di mutamento, non essendo evidentemente rimaste estranee al processo di «complessiva revisione semantica di tanti termini del lessico lavoristico»²² che è in corso nel nostro paese, e non solo.

Benché da rimodulare in termini meno oppositivi di un tempo, alla luce del mutato scenario normativo, «la prima e fondamentale contrapposizione nella quale si rispecchia, sul piano giuridico, il binomio stabilità/precarietà resta comunque quella tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato»²³: una contrapposizione che, sulla carta, l'ordinamento ha risolto a favore del primo, in virtù dell'affermazione secondo cui il contratto a tempo indeterminato «costituisce la forma contrattuale comune di rapporto di lavoro». Tale formula campeggia in apertura del testo normativo di riordino dei tipi contrattuali, il d.lgs. n. 81/2015, il quale, come si dirà, ha però anche ribadito la scelta, compiuta l'anno prima dal cd. decreto Poletti, di abrogare il previgente obbligo di giustificazione per l'apposizione di un termine di durata al contratto, sostituendolo con un sistema di soli limiti (elastici) di durata e di quantità.

Efficace è senz'altro l'immagine di una «duplice, ma convergente azione a tenaglia del legislatore» che affligge la suddetta regola della “forma comune” dopo le riforme realizzate dal cd. *Jobs Act*, che hanno cambiato in profondità i precedenti assetti ed equilibri: «da un lato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato viene destrutturato dall'interno, grazie a una disciplina del licenziamento illegittimo che ne consente la rottura efficiente nell'interesse esclusivo dell'impresa; dall'altro viene destrutturato dall'esterno, grazie all'azione concorrenziale dei contratti flessibili ormai ampiamente liberalizzati»²⁴.

²¹ F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – n. 252/2015.

²² L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in L. CORAZZA, R. ROMEI (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, il Mulino, Bologna, 2014, 156.

²³ C. CESTER, *Il neotipo e il prototipo, precarietà e stabilità*, in *Labor*, n. 5-6, 2016, 329.

²⁴ A. PERULLI, *Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappi-

L'espressione "forma comune" è com'è noto, e non a caso, mutuata dal lessico utilizzato dall'accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70 sui contratti a tempo determinato, ove si afferma che i «contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento»²⁵, attribuendo così esplicito rilievo al valore della stabilità dell'occupazione, che, come si vedrà, costituisce per il diritto dell'Unione «un elemento portante della tutela dei lavoratori»²⁶. Obiettivo dell'accordo, oltre al miglioramento della qualità del lavoro a termine, principalmente attraverso la fondamentale garanzia del principio di non discriminazione, è quello della creazione di un quadro normativo destinato alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine: il che significa che tali contratti, «pur svolgendo una positiva funzione di flessibilizzazione organizzativa e presentandosi come utile strumento di inserimento lavorativo, anche in ragione della garanzia di parità di trattamento con i lavoratori *standard*», si trasformano «in altro da sé»²⁷ nel caso in cui vengano utilizzati abusivamente.

2. Il lavoro a termine al centro di un laboratorio multilivello

Come verrà in evidenza nei capitoli che seguono, la tipologia contrattuale del lavoro a termine si presenta come un interessante "laboratorio" per la ricerca: le vicende della sua regolazione, in Italia e nell'Unione europea, costituiscono uno degli esempi più paradigmatici della «peculiare ibridazione regolativa europea (tra "stili nazionali" e infiltrazioni propriamente europee)», in un processo di «continua osmosi e reciproca infiltrazione»²⁸ tra diritto sociale dell'Unione e diritti nazionali.

chelli, Torino, 2015, 38. Viene qui alla luce il noto parallelismo funzionale tra licenziamento e apposizione del termine, vale a dire tra due strumenti negoziali attraverso i quali si persegue il medesimo risultato di estinguere il contratto di lavoro (su cui v. P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, Napoli, 2013, 15).

²⁵ Così il 6° considerando delle Considerazioni generali dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70.

²⁶ Cfr., per tutte, Corte giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-161/13, *Mascolo e a.*, punto 73.

²⁷ B. CARUSO, M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto: il contributo del metodo comparato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – n. 94/2012, 48.

²⁸ Per entrambe le citazioni v. ancora B. CARUSO, M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto*, cit., 23.

In quest'articolato processo sono le Corti a giocare un ruolo da protagonista: i giudici domestici – quali giudici europei in prima linea – hanno significativamente intensificato il ricorso «alle fonti sovraordinate alla legge (diritto dell'Ue e Costituzione), sia mediante interpretazioni adeguatrici o conformi, sia mediante la chiamata in causa delle Corti che sovrintendono alla corretta interpretazione e applicazione di tali fonti»²⁹. Anzitutto rispetto ai meccanismi di quel dialogo – divenuto costante e proficuo, pur presentando limiti, come si vedrà, intrinseci ed estrinseci – l'istituto del contratto a tempo determinato può dirsi quindi laboratorio, soprattutto nel nostro paese. Le vicissitudini che hanno riguardato tale disciplina, inoltre, mostrano «sia il modo in cui gli ordinamenti nazionali sono presi a modello per l'individuazione del contenuto della “normazione” comunitaria sia, di contro, il modo in cui l'ordinamento comunitario condiziona [...] gli ordinamenti nazionali»³⁰: in una sorta di cooperazione circolare che contrassegna il sistema giudiziario multilivello in funzione, più in generale, dell'obiettivo della tutela dei singoli, oltre che della garanzia della coerenza e dell'effettività del sistema giuridico dell'Unione nel suo insieme³¹.

Se gli attori protagonisti della cooperazione circolare sono appunto i giudici (in dialogo tra loro e con le istituzioni, nazionali ed europee), il principale oggetto di quel processo è ancora costituito, nell'ambito che qui interessa, dalle direttive, storicamente strumento principe della politica di armonizzazione dei diritti sociali nazionali. Le direttive sul “tipico” lavoro *non standard* (nella triplice variante del lavoro a tempo parziale, a termine e interinale) – sebbene con contenuti più o meno *soft*, ma in ogni caso vincolanti – hanno in sostanza permesso di garantire un nucleo, seppur minimo, di tutele a favore di tali lavoratori per evitarne la precarizzazione³². Con le direttive, per bocca dei giudici, il linguaggio che l'Unione europea ha parlato e tuttora parla – certo con cautela, ma forse al di là delle aspettative

²⁹ M. V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 2016, 783.

³⁰ B. CARUSO, M. MILITELLO, *L'Europa sociale e il diritto*, cit., 35.

³¹ M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The principle of effectiveness: Rethinking its role in Community law*, in *EPL*, 2005, 376.

³² Un timido tentativo di rilanciare un (improbabile) ritorno all'impiego degli strumenti di armonizzazione coesiva – le direttive – è contenuto nella proposta di Risoluzione del Parlamento Europeo su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI)), 20 dicembre 2016, laddove si invitano «le parti sociali e la Commissione a collaborare al fine di presentare una proposta di direttiva quadro sulle condizioni di lavoro dignitose in tutte le forme di occupazione, estendendo le attuali norme minime alle nuove tipologie di rapporto di lavoro» (così punto 4; v. anche punto 5).

iniziali – è quello dei diritti, ma non si può negare che il tema dei lavori non *standard*, e in particolare del lavoro a termine, sia «un argomento ambivalente nel quadro delle politiche europee per l'occupazione», e dunque nel linguaggio della politica, tanto che la linea di politica del diritto perseguita dalle istituzioni dell'Unione sul punto è «difficile da ricondurre a un orientamento univoco»³³.

Da tempo si assiste a una commistione di linguaggi e finalità nell'area del lavoro non *standard* (anche in questo caso laboratorio e «punto di osservazione privilegiato»³⁴), in ragione della sovrapposizione di competenze e interessi degli organi europei. Poiché la stessa materia è oggetto, al contempo, di interventi di armonizzazione legislativa *hard* (di cui al Titolo X del TFUE sulla politica sociale) e di interventi regolativi di *soft law*, nell'ambito delle procedure di coordinamento (di cui al Titolo IX del TFUE sulle politiche a favore dell'occupazione)³⁵, la disciplina europea risulta imbevuta di finalità di politica sociale e di finalità occupazionali, spesso non coincidenti, soprattutto sul valore da assegnare alla stabilità dell'impiego. Un recente esempio di strumento *soft* di regolazione della materia (e delle sue contraddizioni) è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione per l'«avvio di una consultazione su un pilastro europeo dei diritti sociali» dell'8 marzo 2016, il cui capitolo I, sezione 2 (intitolato «*Contratti di lavoro flessibili e sicuri*»), afferma che la flessibilità nelle condizioni di impiego «può agevolare l'ingresso nel mercato del lavoro e salvaguardare la capacità dei datori di lavoro di reagire rapidamente alle variazioni della domanda»³⁶, ma al tempo stesso – separato da un «però» – contiene «un auspicio (diritto? aspettativa?) a che sia comun-

³³ Per entrambe le citazioni v. L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2014, 2: v. anche M. BELL, *Between flexicurity and fundamental social rights*, cit., 31.

³⁴ L. ZAPPALÀ, *Flexicurity e valorizzazione delle capability*, WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT – n. 97/2012, 4.

³⁵ L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (diretto da G. AJANI, G.A. BENACCHIO), Giappichelli, Torino, 2009, 311. Si v. anche M. RUSCIANO, *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, WP CSDLE «Massimo D'Antona».IT – n. 216/2014, 14, che sottolinea che, sebbene le politiche occupazionali europee rappresentino «il terreno privilegiato per gli strumenti di *soft law*, si tratta comunque di un settore indirettamente disciplinato dall'Unione pure da norme vincolanti», come è il caso delle direttive sui lavori flessibili.

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2016) 127 final, ove si rileva anche che «l'occupazione non permanente può aumentare i rischi di precarietà mediante livelli inferiori di tutela dal licenziamento, retribuzioni inferiori, accesso ristretto alla protezione sociale e alla formazione».

que assicurata una transizione dai rapporti flessibili a contratti di lavoro a tempo indeterminato»³⁷.

Tornando alla cd. integrazione europea *through law* che “per fortuna” caratterizza la materia del lavoro a tempo determinato, il dato da cui si può e si deve partire è che «sulla disciplina del contratto a termine pesa la necessaria conformità al diritto dell’Unione»³⁸: come si addice a un laboratorio-officina, il tentativo che qui si intende compiere è quello di individuare – grazie all’ormai copiosa giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, in continuo dialogo coi giudici domestici – le principali componenti di un proto-modello uni-europeo di tutela del lavoro a termine, *ad usum* di legislatori e giudici nazionali. La configurazione di un “primo” modello – un *mix* (potenzialmente virtuoso) di elementi derivanti da regole specifiche, *in primis* dalla clausola paritaria e da quella antiabusiva, e dai principi generali dell’ordinamento dell’Unione – potrà infatti risultare utile all’interprete per valutare la compatibilità e l’adattabilità rispetto a esso dei sistemi normativi nazionali in materia, nel loro continuo cambiamento “al ribasso”.

³⁷ L. RATTI, *Il Pilastro Europeo dei diritti sociali: quali basi per un rilancio del progetto di integrazione?*, in www.rivistalabor.it, 12 ottobre 2016.

³⁸ M.V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, cit., 783 s.

Capitolo Primo

I principi unieuropei di effettività, non regresso e uguaglianza: correlazioni ed effetti rispetto agli obiettivi dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 99/70

SOMMARIO: 1. Il principio generale di effettività come *fil rouge* della giurisprudenza della Corte di giustizia: potenzialità e limiti. – 1.1. Una riflessione su obiettivi perseguiti e interessi tutelati dalla direttiva n. 99/70. – 2. La clausola di non regresso come strumento di interpretazione e limite alla discrezionalità legislativa nazionale: quale funzione oggi? – 2.1. Un doppio test di accesso al divieto di regresso: il collegamento teleologico e la riduzione del «livello generale di tutela». – 2.2. Divieto di *reformatio in pejus*, giudici nazionali e sindacato di costituzionalità. – 3. Un ruolo per il principio di uguaglianza. – 3.1. Il divieto di discriminazioni fondate sul genere e/o sull'età a soccorso dei lavoratori a termine?

1. *Il principio generale di effettività come fil rouge della giurisprudenza della Corte di giustizia: potenzialità e limiti*

La ricca giurisprudenza che negli anni si è andata formando man mano che alla Corte di giustizia è stato chiesto di interpretare le clausole contenute nell'accordo quadro sui contratti a tempo determinato allegato alla direttiva n. 99/70 costituisce un esempio interessante della crescente tendenza della Corte a usare, come criterio guida nella sua attività esegetica, il cosiddetto principio di effettività, che richiede essenzialmente di definire e interpretare le norme dell'Unione, primarie o derivate che siano, al fine di realizzare l'effettività dei diritti ivi contenuti, compiendo cioè «una valutazione dei testi meno legata alla formulazione letterale e più aderente agli scopi che gli atti europei si propongono»¹. Nell'ordinamento giuridico unieuropeo la tecnica

¹ C. PESCE, *Il principio dell'effetto utile e la tutela dei diritti nella giurisprudenza dell'Unione*, in *SIE*, 2014, 359 ss. V. anche G. DE SIMONE, *L'effettività del diritto come obiettivo e come*

interpretativa guidata dal principio di effettività (detta anche “argomentazione dell’effetto utile”) risulta quella più comunemente e trasversalmente utilizzata dai giudici in relazione ai vari settori in cui rileva l’azione dell’Unione² ed esige senz’altro che, di volta in volta, venga svolta un’adeguata riflessione sugli obiettivi che le disposizioni oggetto di interpretazione si prefiggono.

Peraltro, prima di riflettere sugli obiettivi perseguiti dal legislatore unieuropeo nella regolazione dei lavori atipici, sia in generale sia più in particolare con riferimento al lavoro a termine, va osservato come l’argomento interpretativo dell’effetto utile sia in realtà collegato solo a una faccia del principio di effettività, il quale, grazie a una «consistenza “multistrato” e a una vocazione multifunzionale»³, si caratterizza per il fatto di assolvere a diverse ma correlate funzioni, *in primis* quella di valore “fondante”, di vero e proprio «parametro identificativo del sistema normativo comunitario»⁴, necessario per legittimarne la stessa giuridicità e marcarne l’autonomia rispetto al diritto internazionale e statale.

Il principio di effettività è infatti, e a ragione, considerato come fattore chiave dell’evoluzione costituzionale dell’ordinamento giuridico unieuropeo⁵: essendo anzitutto alla base della costruzione giurisprudenziale della teoria del primato del diritto dell’Unione⁶ e avendo col tempo allargato il suo raggio

argomento. La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea tra interventismo e self restraint, in *LD*, 2014, 489 ss.

² Cfr. S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, ES, Napoli, 2009, 90 ss.; v. anche G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publ., Oxford, 2013; G. ITZCOVICH, *Constitutional Reasoning in the European Court of Justice* (15 febbraio 2013), in <http://ssrn.com/abstract=2228979>, 17 ss.; C. PESCE, *Il principio dell’effetto utile*, cit.; V. CAPUANO, *Il principio d’effettività nelle conclusioni dell’avvocato generale Tesouro*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, vol. II, ES, Napoli, 2014, 857 ss.; come già ricordato dalla Corte di giustizia nel noto e risalente caso *Van Gend en Loos* (Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62) «si deve aver riguardo allo spirito, alla struttura ed al tenore» delle disposizioni del trattato.

³ O. PORCHIA, *L’effettività del diritto dell’Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell’ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesouro*, vol. III, cit., 2311 ss. V. già M. ROSS, *Effectiveness in the European legal order(s): beyond supremacy to constitutional proportionality*, in *ELR*, vol. 31, 2006, 477 ss., che lo definisce un «camaleonte», vale a dire dotato di caratteristiche di flessibilità, tanto nel significato quanto nelle circostanze del suo impiego.

⁴ S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, cit., 10, che riporta l’insegnamento di Kelsen, secondo cui «l’ordinamento giuridico internazionale, mediante il principio di effettività, determina non solo la sfera di validità degli ordinamenti giuridici statali, ma anche il fondamento della loro validità» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etaslibri, Milano, 1994, 373).

⁵ M. ROSS, *Effectiveness in the European legal order(s)*, cit., 477, lo definisce «driver of constitutional evolution».

⁶ V. O. PORCHIA, *L’effettività del diritto dell’Unione*, cit., 2313, che sottolinea come tale teoria possa essere vista come «una specificazione del principio di effettività, assunto in un’acce-

d'azione, esso governa – insieme ai principi di leale cooperazione, sussidiarietà e proporzionalità (su cui v. *infra*) – il funzionamento del sistema giuridico comunitario al fine di assicurarne la coerenza⁷. Tale principio funge in sostanza da strumento che contribuisce a coordinare la delicata interazione tra livelli ordinamentali diversi, sovranazionale e nazionale, mediandone gli inevitabili conflitti al fine di salvaguardare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti interni: com'è noto, la garanzia del pieno rispetto degli obblighi, e dei corrispondenti diritti, derivanti dal diritto dell'Unione dipende in gran parte dall'applicazione e amministrazione indiretta e decentrata del diritto sostanziale sovranazionale da parte degli Stati membri⁸.

Mancando nei Trattati un espresso riconoscimento normativo del principio di effettività⁹, la sua principale fonte viene rinvenuta dalla Corte di giustizia nell'obbligo di leale cooperazione, sancito dall'art. 4.3 TUE (*ex art.* 10 TCE)¹⁰, che impone agli Stati membri di adottare tutte le misure idonee ad assicurare che al diritto comunitario venga data piena applicazione ed esecuzione e che ne sia realizzato l'effetto utile: più in particolare, incaricandoli di garantire «la realizzazione di un'opportuna struttura normativa per l'applicazione e l'esecuzione delle misure comunitarie, la nomina di autorità competenti, la messa a disposizione di risorse sufficienti e l'adozione di misure adeguate contro i trasgressori»¹¹. Non vanno peraltro sottovalutate le (invero

zione ampia». V. già F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and techniques*, in *MLR*, vol. 56, 1993, 40 ss. e F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' public authorities: between autonomy and effectiveness*, in *CMLR*, 2007, 1043 ss.

⁷ M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The principle of effectiveness: rethinking its role in Community law*, in *EPL*, 2005, 375.

⁸ Si v. F. SNYDER, *The effectiveness of European Community Law*, cit., 22 e 40 ss. Interessante è la prospettiva adottata dallo studio di diritto comparato (i cui risultati si trovano in J. MALMBERG (ed.), *Effective enforcement of EC Labour Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2003) che analizza il significato del principio di *effective enforcement* nel campo del diritto del lavoro (con particolare riferimento alle direttive antidiscriminatorie, sulle ristrutturazioni e crisi d'impresa e sull'orario di lavoro) utilizzando un'accezione ampia di "attuazione effettiva" del diritto dell'Ue, che ricomprende in particolare tre processi, tra loro complementari, di attuazione negli Stati membri: attraverso la negoziazione collettiva, attraverso l'azione amministrativa e attraverso l'azione giudiziale (J. MALMBERG, *Introduction*, in J. MALMBERG (ed.), *Effective enforcement of EC Labour Law*, cit., 63 ss.).

⁹ V. O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione*, cit., 2312.

¹⁰ V. A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci, Bari, 2015, 27. Sugli effetti negli ordinamenti interni del principio di leale cooperazione v. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, Zanichelli, Bologna, 2008.

¹¹ Conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed presentate il 29 aprile 2004, causa C-304/02, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica francese*, punto 29.

poche) disposizioni dei Trattati in cui compare espressamente l'espressione «effettivo/a»: vale a dire l'art. 197 TFUE, dedicato alla cooperazione amministrativa, secondo cui «l'attuazione *effettiva* del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di diritto comune», e soprattutto, per quanto qui interessa, l'art. 19.1 TUE, ai sensi del quale «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale *effettiva* nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», e infine l'art. 47.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo cui «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso *effettivo* dinanzi a un giudice»¹².

Proprio quest'ultima declinazione del principio di effettività, ben più ristretta rispetto alle accezioni sopra ricordate, da intendersi qui come principio-diritto a una protezione giurisdizionale effettiva¹³, è stata progressivamente sviluppata e valorizzata dalla Corte di giustizia, dando corpo a un «autentico *standard* europeo di tutela giudiziaria»¹⁴ e producendo incisivi effetti sui sistemi giudiziari interni (su cui v. *infra*, cap. secondo, par. 7).

Com'è noto, infatti, il cd. principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri – riconosciuto in via pretoria alla fine degli anni '60 e secondo il quale, usando le parole del noto caso *Rewe* del 1976, «è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta»¹⁵ – non può comunque essere esercitato in modo da mettere a rischio l'effettiva e piena tutela dei singoli. La «non così autonoma»¹⁶ autonomia procedurale nazionale è infatti sottoposta a un controllo di adeguatezza rispetto al sistema europeo, da effettuarsi ad opera dei giudici nazionali sulla base delle ormai consolidate – e via via più intrusive¹⁷ – indica-

¹² Su cui v. M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection, Addressing a Multi-level Challenge through the lens of Article 47 CFREU*, in YEL, vol. 33, 2014, 3 ss.

¹³ Sul rapporto che intercorre tra principio di effettività *tout court* e principio della tutela giurisdizionale effettiva, v. A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea*, cit., 32 ss.

¹⁴ A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea*, cit., 76 ss.; cfr. anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 373.

¹⁵ Corte giust., 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, punto 13; 16 dicembre 1976, causa 45/76, *Comet*, punto 13; v. già 19 dicembre 1968, causa 13/68, *Salgoil*. Sul punto v. T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, OUP, Oxford, 2006, 420 ss.

¹⁶ C. BARNARD, S. PEERS, *European Union Law*, OUP, Oxford, 2014, 165.

¹⁷ Sul percorso compiuto dalla Corte in materia v. J. MALMBERG, *Introduction*, cit., 43 ss. e ancora T. TRIDIMAS, *The general principles of EU Law*, cit., 420 ss.

zioni provenienti dalla Corte, secondo cui le norme procedurali domestiche devono anzitutto rispettare un duplice, cumulativo, requisito di equivalenza (secondo cui non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna) e di effettività (secondo cui non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario)¹⁸. Quest'ultima condizione, a ben vedere, richiede agli Stati membri l'osservanza del principio di effettività in senso ancor più stretto, o strettissimo, se paragonato alle sue altre accezioni-funzioni sin qui evidenziate.

Come si avrà modo di vedere meglio più avanti con riferimento allo specifico contesto della disciplina del lavoro a termine, il principio di effettività, così come congegnato e specificato dalla Corte nel corso degli anni, assume dunque «un ruolo centrale nella ricostruzione della portata degli obblighi di esecuzione da parte degli Stati»¹⁹: come criterio che deve guidare, come si è visto a diversi livelli, gli ordinamenti interni nella scelta delle misure che sono obbligatoriamente chiamati a prevedere per recepire, appunto in modo effettivo, le norme di origine europea, anche sotto il profilo sanzionatorio.

Ciò che preme ribadire ancora una volta – tornando a quanto affermato in apertura di questo paragrafo – è il costante impiego da parte della Corte di giustizia del principio di effettività a guisa di filo rosso nell'interpretazione del diritto comunitario. Si tratta, come si dirà, di un criterio guida dinamico, divenuto ormai vero e proprio *leitmotif* e in taluni casi argomento “forte” e decisivo nel ragionamento giudiziario relativo ai più disparati temi, poiché assunto a fondamentale chiave interpretativa di sempre più numerose disposizioni dell'Unione²⁰. Il principio di effettività, operando insieme ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, ha in sostanza il compito, per bocca dei giudici di Lussemburgo, di riempire di significato il dovere di leale collaborazione, fungendo così da guardiano della costante interazione tra i vari attori degli ordinamenti coinvolti nella realizzazione di un sistema giuridico incompleto qual è quello dell'Unione²¹: un compito il cui esercizio, mirando a

¹⁸ Corte giust., 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12 e 4 dicembre 2003, causa C-63/01, *Evans*, punto 45. V. K. LENAERTS, *The decentralised enforcement of EU law: The principles of equivalence and effectiveness*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, vol. III, cit.

¹⁹ O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione*, cit., 2315.

²⁰ M. ROSS, *Effectiveness in the European legal order(s)*, cit., 486, che lo definisce un'arma esegetica resa progressivamente affilata dall'azione della Corte di giustizia.

²¹ M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The principle of effectiveness*, cit., 382.