CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. POIARES MADURO
presentate il 20 settembre 2005 [1]

1. Con due distinte ordinanze di rinvio, il Tribunale di Genova ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43).

2. Le domande sono state proposte nell'ambito di alcune controversie tra i sigg. Marrosu, Sardino e Vassallo, da un lato, e il loro datore di lavoro, l'Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate (in prosieguo: l'«istituto convenuto»), dall'altro lato, a proposito dell'applicazione, alle pubbliche amministrazioni, della normativa italiana in tema di lavoro a tempo determinato.

1 — Lingua originale: il portoghese.

I — Contesto di diritto e di fatto

3. I fatti nelle due cause in oggetto sono semplici. L'eventuale difficoltà consiste nell'individuazione del diritto applicabile.

A — *La causa Marrosu e Sardino*

4. I sigg. Marrosu e Sardino hanno lavorato con la qualifica di operatore tecnico cuoco presso l'istituto convenuto dal 1999 al 2002, in forza di una serie di contratti a tempo determinato. L'ultimo contratto di entrambi i dipendenti è stato stipulato otto giorni dopo la scadenza del loro contratto precedente. Poco prima dello scadere di tale contratto, di durata semestrale, il direttore generale dell'istituto comunicava la sua decisione in forza della quale il provvedimento su cui era basato il loro nuovo ingaggio «doveva essere inteso a tutti i fini utili come una decisione di proroga dei contratti a tempo determinato, in ragione del persistere dei motivi che avevano portato alla loro stipulazione». È questa la decisione che i due dipendenti hanno deciso di

impugnare dinanzi al Tribunale di Genova, sostenendo che essa sarebbe in contrasto con il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70 nell'ordinamento giuridico italiano (GURI n. 235 del 9 ottobre 2001, pag. 4; in prosieguo: il «decreto n. 368»).

5. Difatti, mentre ai sensi dell'art. 1, n. 1, di tale decreto, «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», l'art. 5, n. 3, dello stesso dispone che «[q]ualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'art. l, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi (...), il secondo contratto si considera a tempo indeterminato».

6. Su tale base, i sigg. Marrosu e Sardino chiedono che il giudice del rinvio voglia dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a partire dall'inizio del primo rapporto di lavoro in corso al momento dell'entrata in vigore del suddetto decreto e che, ai sensi della legge 20 maggio 1970, n. 300, relativa allo statuto dei lavoratori (GURI n. 131 del 27 maggio 1970), voglia condannare il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dovute e al risarcimento del danno subito.

7. Contro tali domande l'istituto convenuto fa valere un altro decreto legislativo, ossia il decreto 30 marzo 2001, n. 165, recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» (supplemento ordinario alla GURI n. 106 del 9 maggio 2001; in prosieguo: il «decreto n. 165»). Esso si basa in particolare sull'art. 36 di detto decreto, ai sensi del quale:

«1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e d'impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e di lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (...).

2. 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, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recupe-

rare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave».

8. Sembra pertanto che il punto focale delle controversie consista in un contrasto sulla normativa nazionale applicabile. Secondo il giudice del rinvio, occorre però tener conto anche di un conflitto di tipo costituzionale. Da un lato, egli rileva che la Corte Costituzionale, con sentenza 13 marzo 2003, ha ribadito la conformità dell'art. 36, n. 2, del decreto n. 165 agli artt. 3 e 97 della Costituzione italiana i quali tutelano l'uguaglianza di fronte alla legge e l'imparzialità dell'amministrazione. Egli osserva peraltro che tale sentenza è stata pronunciata senza riferimento alle disposizioni costituzionali che garantiscono il rispetto, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, degli impegni derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario. A suo avviso, ammettere l'applicazione del decreto n. 165 ai fatti del caso di specie solleva il problema del rispetto della direttiva 1999/70.

9. Ricordo che scopo di tale direttiva, basata sull'art. 139, n. 2, CE, è quello di «attuare l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato (...), concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriali a carattere generale (CES, CEEP e UNICE)». Considerando che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», l'obiettivo del suddetto accordo-quadro è di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato». A tal fine, esso contiene una clausola 5, relativa alle «misure di prevenzione degli abusi», la quale dispone quanto segue:

«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati "successivi";

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

10. Di conseguenza, il Tribunale di Genova si pone dei dubbi e sottopone alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la direttiva 1999/70/CE (art. 1 nonché clausole 1, lett. b, e clausola 5 dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

B — *La causa Vassallo*

11. Il sig. Vassallo lavorava in qualità di cuoco presso il medesimo istituto ospedaliero. Il suo rapporto di lavoro si basava su due contratti a tempo determinato successivi, il primo con validità dal 5 luglio 2001 al 4 gennaio 2002 e il secondo, stipulato a partire dal 1° gennaio 2002, che prorogava il suddetto periodo fino all'11 luglio 2002. Allo scadere di tale contratto, il sig. Vassallo ha proposto dinanzi al Tribunale di Genova un ricorso diretto a contestare la risoluzione del suo contratto, chiedendo che si consideri che egli ha beneficiato, al termine del suo contratto iniziale, di un contratto a tempo indeterminato. I motivi di tale ricorso sono del tutto simili a quelli presentati nell'ambito della causa Marrosu e Sardino.

12. Tuttavia, dalle ordinanze di rinvio emerge un dissenso tra i giudici del Tribunale di Genova riguardo allo stato del diritto applicabile. Il giudice incaricato della causa Marrosu e Sardino sembra ritenere che il decreto n. 368 recante attuazione della direttiva 1999/70 prevalga in ogni caso sulle disposizioni previgenti del decreto n. 165. Il giudice della causa Vassallo sembra invece escludere che, allo stato del diritto italiano in vigore al momento della causa principale, la direttiva sia stata applicata ai rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione. A sostegno delle rispettive posizioni, essi invocano motivi diversi: mentre il primo fa riferimento al principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva

1999/70, il secondo si basa sulla giurisprudenza costituzionale la quale sancisce la validità di una regola speciale che deroga alla normativa generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato. Tuttavia, consapevole che tale regola dev'essere giustificata alla luce del diritto comunitario, il secondo giudice ritiene utile sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se — tenuto conto dei principi di non discriminazione e di effettività avuto riguardo, per quanto riguarda la Repubblica italiana, alle misure da essa prese con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro non pubblici — la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 [articolo 1 nonché clausole 1, lett. b), e clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla direttiva] debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna quale quella di cui all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che non stabilisce "a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato", addirittura escludendo in radice e in modo assoluto che l'abuso del ricorso a tale forma di contrattazione e di rapporti possa dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato;

2) in caso di risposta affermativa al primo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa), e i principi di diritto comunitario applicabili debbano ritenersi — anche alla luce del decreto legislativo n. 368/2001 e, segnatamente, del suo articolo 5 che considera conseguenza normale dell'abuso del contratto o del rapporto a termine la conversione in rapporto a tempo indeterminato — attribuire al singolo un diritto, attuale e immediatamente esigibile secondo le norme interne più prossime alla fattispecie (e quindi secondo le norme di cui al decreto legislativo n. 368/2001), al riconoscimento della titolarità, in proprio capo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato;

3) in caso di risposta affermativa al primo quesito e negativa al secondo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa) e i principi di diritto comunitario applicabili, debbano ritenersi attribuire al singolo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno eventualmente sofferto dalla mancata adozione, da parte della Repubblica Italiana, delle misure idonee a prevenire gli abusi del ricorso al contratto e/o al rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro pubblici».

II — Le questioni pregiudiziali

13. Anche se non sono formulate in termini identici, le questioni sollevate nelle cause in oggetto vertono su un medesimo problema di interpretazione del diritto comunitario. Di conseguenza, le due cause possono essere riunite ai fini dell'analisi.

A — *Sulla ricevibilità*

14. In ciascuna delle due cause sono state sollevate eccezioni di irricevibilità.

15. In primo luogo, l'istituto convenuto invoca, in entrambe le cause, la giurisprudenza della Corte secondo cui una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti. Non essendo dipendente dallo Stato italiano né da alcun ministero, l'istituto convenuto conclude che la direttiva 1999/70 non sarebbe applicabile nelle controversie di cui alle cause principali.

16. Questo argomento non può essere accolto. Occorre infatti ricordare che una direttiva non esaurisce tutti i suoi effetti nella produzione di diritti che i singoli possono invocare direttamente. Anche volendo ritenere che le cause in oggetto consistano in conflitti tra individui, come sostiene l'istituto convenuto, da ciò non consegue che la direttiva sia stata privata di ogni portata. Vero è che è assodato che i singoli non possono far valere contro altri individui le disposizioni di una direttiva che soddisfi i requisiti dell'efficacia diretta: tuttavia, secondo una giurisprudenza costante, in simili circostanze il giudice nazionale deve, in linea di principio, interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima [2]. In ogni caso, pertanto, in circostanze come quelle del caso di specie, domande di interpretazione vertenti sulle disposizioni della direttiva 1999/70 non possono essere prive di fondamento.

17. Appare comunque difficile che le domande vengano dichiarate irricevibili a

2 — V., da ultimo, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a. (Racc. pag. I-8835, punto 113).

causa del fatto che le controversie di cui alle cause principali sono sorte tra soggetti privati, e che sia negata l'applicazione della direttiva nel merito perché l'istituto convenuto è una pubblica amministrazione. Secondo la giurisprudenza della Corte queste due posizioni, sostenute entrambe da tale istituto, sono manifestamente contraddittorie. Ricordo infatti che una direttiva può essere invocata non solo contro le autorità dello Stato, ma altresì «nei confronti di organismi o enti soggetti all'autorità o al controllo dello Stato o che dispongano di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli, come enti territoriali od organismi che, indipendentemente dalla loro forma giuridica, siano stati incaricati, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico» [3]. Nelle circostanze del caso di specie, è assodato che l'istituto in questione abbia natura di organismo collegato all'amministrazione pubblica. Di conseguenza, nulla osta a che dei privati facciano valere la direttiva 1999/70 nei suoi confronti.

18. In secondo luogo, il governo italiano sostiene, nelle osservazioni scritte presentate nella causa Vassallo, che la prima questione sollevata dal giudice del rinvio è priva di pertinenza, in quanto relativa a due contratti successivi, il primo dei quali stipulato anteriormente allo scadere del termine di trasposizione della direttiva 1999/70. In udienza, il governo italiano ha esteso tale motivo di irricevibilità alla domanda presentata dal giudice investito della causa Marrosu e Sardino.

19. Al riguardo, basta ricordare che l'interpretazione richiesta riguarda le disposizioni di una direttiva vertente sul rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato [4]. Il rinnovo di cui alla causa Vassallo reca data 1° gennaio 2002. Nella causa Marrosu e Sardino, i rinnovi degli ultimi contratti a tempo determinato stipulati con i due interessati sono avvenuti rispettivamente il 10 e l'11 gennaio 2002. A queste date, il termine per la trasposizione della direttiva 1999/70, fissato al 10 luglio 2001, era scaduto. La direttiva poteva pertanto produrre pienamente i suoi effetti.

20. Un'ultima eccezione è stata presentata nell'ambito della causa Marrosu e Sardino. In essa il governo italiano sostiene che la questione sollevata è priva di oggetto, in quanto riguarda unicamente il diritto italiano e non esiste, in proposito, alcun dubbio su quale sia il diritto applicabile. Esso ne deduce che la domanda di decisione pregiudiziale sarebbe puramente ipotetica.

3 — V., in particolare, sentenza 4 dicembre 1997, cause riunite da C-253/96 a C-258/96, Kampelmann e.a (Racc. pag. I-6907, punto 46).

4 — V., in tal senso, parr. 38-40 delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano relative alla causa Mangold (sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Racc. pag. I-9981).

21. Non si può negare che, nell'ambito di un procedimento ex art. 234 CE, la Corte non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale o sulla validità delle tecniche interne di risoluzione dei conflitti tra norme contraddittorie [5]. Tuttavia, dal momento che spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia principale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte [6], è sufficiente che le domande formulate dal giudice del rinvio vertano su una questione di interpretazione del diritto comunitario che non appaia manifestamente priva di rapporto con la realtà o con l'oggetto della controversia perché la Corte, in linea di principio, sia tenuta a statuire [7].

22. Da ciò deriva che non spetta alla Corte risolvere, alla luce del diritto comunitario, il conflitto normativo che oppone i decreti legislativi invocati nelle cause principali. Essa è peraltro tenuta a fornire al giudice nazionale qualsiasi interpretazione del diritto comunitario che possa essergli utile al fine di individuare la disposizione applicabile alla controversia di cui è investito.

23. Nel caso di specie, il giudice del rinvio è stato adito in una situazione in cui si discute dell'applicazione di due normative, apparentemente rilevanti, delle quali una ha specificamente per oggetto la trasposizione di un atto comunitario. È evidente che una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione di detto atto non può essere considerata ipotetica.

24. Ritengo pertanto che le questioni sollevate nelle due cause in oggetto dal Tribunale di Genova vadano dichiarate ricevibili.

B — *Nel merito*

1) Considerazione preliminare

25. Per prima cosa, respingo l'argomento, dedotto nella causa Vassallo dal governo italiano, secondo il quale la direttiva 1999/70 si applica unicamente ai rapporti tra i lavoratori e i datori di lavoro privati. A sostegno di questo argomento, tale governo fa valere le origini della direttiva, che vanno rinvenute in un accordo stipulato da orga-

5 — Riguardo all'incompetenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione delle norme di diritto nazionale, v. sentenza 19 marzo 1964, causa 75/63, Unger (Racc. pag. 347). Per contro, la Corte ha pieno diritto di ricordare ai giudici nazionali l'obbligo su di essi incombente di utilizzare i metodi interpretativi ammessi dal diritto interno che permettano di raggiungere nel modo più efficace possibile il risultato perseguito dalla direttiva 1999/70 (v., in tal senso, sentenza Pfeiffer e a., già citata, punto 116).

6 — V., da ultimo, sentenza 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller (Racc. pag. I-2529, punto 33).

7 — V. sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921, punto 59).

nizzazioni rappresentative dei lavoratori delle imprese private.

26. Quest'ultimo punto è oggetto di contestazione tra le parti. Senza bisogno di interrogarsi sull'identità delle organizzazioni che hanno stipulato l'accordo, va precisato che il testo da interpretare possiede il carattere normativo di una direttiva adottata dal Consiglio [8]. L'ambito di applicazione di tale direttiva è chiaramente definito dalla clausola 2 dell'accordo-quadro cui essa dà attuazione. Ai sensi di tale disposizione, «[i]l presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Tali lavoratori vengono definiti dalla clausola seguente come persone con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata rispondenti alle condizioni ivi menzionate. Ai sensi della clausola 2, la direttiva di cui trattasi offre agli Stati membri la facoltà di sottrarsi alle disposizioni dell'accordo soltanto per quel che riguarda i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato» e i «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici». Non sembra pertanto che essa abbia inteso escludere dal suo campo di applicazione i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni.

8 — V., per analogia, sentenza del Tribunale 17 giugno 1998, causa T-135/96, UEAPME/Consiglio (Racc. pag. II-2335, punti 66 e 67).

2) La prima questione

27. Con la prima questione, che in sostanza è comune alle due cause, i giudici del rinvio chiedono se le clausole 1 e 5 dell'accordo-quadro , come attuato dalla direttiva 1999/70, ostino a una disciplina interna la quale escluda che l'abuso del ricorso, da parte di pubbliche amministrazioni, ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato possa dar luogo all'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre una misura di questo tipo è prevista nell'ambito dei rapporti di lavoro a tempo determinato abusivi ricollegabili a datori di lavoro privati.

28. Al fine di circoscrivere l'oggetto e la portata della questione sollevata, appare utile ricordare il contesto nel cui ambito essa si inserisce.

29. La clausola 5 dell'accordo-quadro verte sulle «misure di prevenzione degli abusi» di contratti di lavoro a tempo determinato. Essa va interpretata alla luce dell'oggetto di detto accordo, che, come precisato dalla clausola 1, è quello di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato». Detto quadro consta di due tipi di misure: misure di prevenzione degli abusi, previste dalla clausola 5, n. 1, e misure di sanzione degli abusi, previste in particolare dal n. 2, lett. b) della stessa clausola.

30. Dalla lettera di tale disposizione emerge che questi due tipi di misure sono soggetti a regimi diversi: mentre la clausola 5, n. 1, comporta l'*obbligo* per gli Stati membri di adottare una o più delle misure indicate alle lettere a)-c), qualora già non esistano nello Stato membro interessato misure giuridiche equivalenti, la clausola 5, n. 2 lascia agli Stati membri la *facoltà* di prevedere che gli abusi comportino la riqualificazione del contratto di lavoro in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Difatti, solo «se del caso», gli Stati membri e/o le parti sociali agiscono in conformità della clausola 5, n. 2, lett. b). Si deve pertanto riconoscere che gli Stati membri e le parti sociali, congiuntamente o separatamente, godono di un ampio margine di discrezionalità al fine di stabilire, in funzione del contesto sociale e giuridico sussistente, l'opportunità di adottare misure di riqualificazione.

31. Nel caso di specie, sappiamo che, con il decreto n. 368, la Repubblica italiana ha adottato misure di conversione dei contratti a tempo determinato abusivi in contratti a tempo indeterminato. Pertanto, la sola questione che si pone è quella di sapere se gli Stati membri che abbiano adottato misure di questo tipo abbiano diritto di differenziare i rapporti di lavoro a tempo determinato abusivi in modo che alcuni di quelli che riguardano le pubbliche amministrazioni non possano essere riqualificati in rapporti di lavoro a tempo determinato.

a) Uno Stato membro può escludere la riqualificazione di taluni rapporti di lavoro a tempo determinato abusivi?

32. Al fine di rispondere a tale questione, ritengo che debbano essere presi in considerazione gli elementi qui di seguito indicati.

33. Ai sensi della clausola 5, n. 2, lett. b), dell'accordo-quadro attuato dalla direttiva 1999/70, gli Stati membri debbono «stabilire *a quali condizioni* i contratti (...) di lavoro a tempo determinato (...) devono essere ritenuti (...) a tempo indeterminato» [9]. Dal modo in cui tale clausola è stata redatta emerge chiaramente che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità non soltanto per decidere se sia opportuno adottare misure di riqualificazione, ma altresì, qualora tali misure siano state adottate, per stabilire la portata e i modi di applicazione della riqualificazione.

34. Questa interpretazione è confermata dal contesto nel cui ambito si situa la suddetta disposizione. In base alle considerazioni generali, l'accordo-quadro prevede che le modalità nazionali di applicazione delle clausole dell'accordo stesso possano tener conto «*della situazione di ciascuno Stato membro e delle circostanze relative a parti-*

9 — Il corsivo è mio.

colari settori e occupazioni». Nello stesso senso, il preambolo dell'accordo precisa che esso «*stabilisce i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato, riconoscendo che la loro applicazione dettagliata deve tener conto delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, settoriali e stagionali*». Inoltre, ricordo che tale accordo si basa esplicitamente sull'accordo sulla politica sociale annesso al protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea, il quale dispone che «*la Comunità e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali*» [10]. Una considerazione analoga compare all'interno della stessa clausola oggetto di interpretazione. La clausola 5, n. 1, riconosce che gli Stati membri e/o le parti sociali introducono misure di prevenzione degli abusi «*in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*». Ciò avverrà a maggior ragione nell'ambito del n. 2 della medesima clausola, che attribuisce agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità in vista dell'adozione delle misure indicate.

35. In tali condizioni, mi sembra evidente che uno Stato membro ha diritto di tener conto delle peculiarità proprie di certi settori allo scopo di fissare delle condizioni che portino ad escludere la possibilità di ottenere una riqualificazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. È sufficiente che i settori interessati, per quel che riguarda i rapporti di lavoro, siano disciplinati in base alle proprie necessità o da regole specifiche. Non viene contestato che questo sia il caso della pubblica amministrazione in Italia.

36. Tuttavia, resta il fatto che la libertà in tal modo riconosciuta agli Stati membri non si può considerare assoluta. Essa va esercitata entro i limiti che il diritto comunitario assegna loro allorché applicano le disposizioni di una direttiva. Nel caso di specie, questi limiti sono di due tipi. In primo luogo, lo Stato membro interessato è soggetto all'obbligo di rispettare i principi generali del diritto comunitario. In secondo luogo, esso è tenuto ad applicare le disposizioni della direttiva senza pregiudicarne l'integrità.

b) Il rispetto dei principi generali di diritto comunitario

37. La Corte ha sempre dichiarato che le esigenze derivanti dai principi generali di diritto comunitario vincolano gli Stati mem-

10 — Come ricordato dal primo 'considerando' della direttiva 1999/70, l'accordo sulla politica sociale è stato incorporato negli artt. da 136 CE a 139 CE, come modificati dal Trattato di Amsterdam. La disposizione citata viene espressamente ripresa all'art. 136, secondo comma, CE.

bri quando danno esecuzione a discipline comunitarie [11]. Tale esigenza deriva in particolare dal rispetto del principio fondamentale della parità di trattamento, il quale richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo obiettiva necessità [12]. Da ciò deriva che lo Stato membro coinvolto nelle cause in oggetto è tenuto in ogni modo possibile ad applicare la direttiva di cui si tratta in condizioni tali da non contrastare con tale principio.

38. Si deve riconoscere che i lavoratori legati ad una pubblica amministrazione da un contratto a tempo determinato si trovano, a prima vista, in una situazione analoga, con riguardo allo scopo della direttiva 1999/70, a quella dei lavoratori legati nelle medesime condizioni ad un datore di lavoro privato. Infatti, il criterio di applicazione di tale direttiva non è dato dal tipo di datore di lavoro, bensì dal riferimento alla natura del rapporto di lavoro che lega il lavoratore al suo datore di lavoro. Poiché, ai sensi delle clausole 2 e 3 dell'accordo-quadro, detto rapporto si basa su un contratto o su un rapporto di lavoro «il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico», la tutela conferita dalla normativa nazionale adottata in conformità con la direttiva deve essere in linea di principio applicata. Una differenziazione di trattamento basata unicamente su tipo di datore di lavoro non può quindi essere ammessa in assenza di altre giustificazioni. Questo è il motivo per cui è necessario verificare se nel caso di specie la differenza constatata si basi su una giustificazione oggettiva.

39. Il governo italiano e il giudice del rinvio nella causa Vassallo giustificano tale differenza di trattamento in base alla necessità di rispettare talune esigenze costituzionali, vale a dire le condizioni che garantiscono l'imparzialità e l'efficacia dell'amministrazione. Essi traggono argomento da una pronuncia con cui la Corte Costituzionale in data 27 marzo 2003 ha statuito in tal senso.

40. Quale sorte va riservata a tale giustificazione? Indubbiamente, alle autorità nazionali, e in particolare ai giudici costituzionali, deve riconoscersi la responsabilità di definire la natura delle caratteristiche nazionali particolari che possono giustificare tale differenza di trattamento. Esse si trovano difatti nella posizione migliore per definire l'identità costituzionale degli Stati membri che l'Unione europea si è imposto di rispettare [13]. Resta peraltro il fatto che la Corte ha il dovere di verificare che tale valutazione sia conforme ai diritti e agli

11 — Sentenza 13 luglio 1989, causa 5/88, Wachauf (Racc. pag. 2609, punto 19).

12 — In tal senso, v. da ultimo sentenza 14 dicembre 2004, causa C-434/02, Arnold André (Racc. pag. I-11825, punto 68).

13 — Ai sensi dell'art. 6, n. 3, UE, «l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri».

obiettivi fondamentali di cui essa assicura il rispetto nell'ambito comunitario.

41. Con sentenza 27 marzo 2003, n. 89, la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla conformità dell'art. 36, n. 2, del decreto n. 165 con la Costituzione italiana e, in particolare, con i suoi artt. 3 e 97 [14]. La sentenza è stata pronunciata nell'ambito di una controversia analoga alle dispute che sono all'origine delle due cause principali [15]. In tale occasione, il giudice costituzionale ha ricordato che «il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione». Infatti, la Costituzione italiana individua nel concorso «lo strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione». Pertanto, «[l]'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sé rende palese la non omogeneità — sotto l'aspetto considerato — delle situazioni [dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e quelle dei dipendenti del settore privato] e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato».

14 — Articolo 3: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Articolo 97: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

15 — Si trattava di una controversia che opponeva la pubblica amministrazione a taluni lavoratori i quali chiedevano che il loro rapporto di lavoro venisse equiparato a quello dei lavoratori del settore privato al fine di ottenere, ai sensi della legge 18 aprile 1962, n. 230, relativa alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, una conversione dei loro contratti in contratti a tempo indeterminato. Anche se pronunciata sotto l'imperio di una legge abrogata con il decreto n. 368, tale sentenza si può considerare come un punto di riferimento sempre valido. Infatti, riguardo alla questione che qui rileva, la legge abrogata non era diversa dal citato decreto attualmente in vigore. Essa affermava, in termini sostanzialmente identici a quest'ultimo, il principio del contratto di lavoro a tempo indeterminato e prevedeva la riqualificazione dei contratti a tempo determinato abusivamente prolungati. La compatibilità delle disposizioni di detta legge con gli obblighi derivanti dalla direttiva 1999/70 è stata del resto riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 7 febbraio 2000, n. 40, con la quale essa ha respinto, per tale ragione, l'ammissibilità di un referendum popolare che proponeva l'abrogazione della legge n. 230/1962.

42. È evidente che detta decisione intende tutelare il regime dell'accesso all'impiego tipico delle pubbliche amministrazioni italiane. Vi sarebbe infatti motivo di temere che la trasformazione sistematica di alcuni contratti a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione in contratti a tempo indeterminato abbia per effetto la riduzione della portata della regola costituzionale secondo la quale l'accesso al pubblico impiego avviene, in linea di principio, tramite concorso.

43. A mio avviso, il diritto comunitario non osta a che venga tenuto in considerazione un

sistema di questo tipo. Da un lato, mi pare che esso non intenda interferire con la scelta, da parte degli Stati membri, delle procedure di selezione e di reclutamento dei dipendenti della pubblica amministrazione [16]. Dall'altro lato, non si può escludere che una generalizzazione del processo di riqualificazione metta in discussione il principio dell'occupazione dei posti permanenti nella pubblica amministrazione da parte di funzionari reclutati in base a concorso. Pertanto, la necessità di preservare il sistema dei concorsi come specifica via d'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni può essere considerato come un obiettivo legittimo che giustifica, in tale settore, l'esclusione della trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato.

44. Tuttavia, non basta riconoscere che la differenza tra i regimi di assunzione persegue un obiettivo legittimo, ma occorre ancora verificare se l'attuazione del regime applicabile alle pubbliche amministrazioni rispetti il principio di proporzionalità. Difatti, una misura che determina una distinzione giustificata è conforme al principio comunitario della parità di trattamento soltanto se utilizza strumenti necessari e adeguati per raggiungere lo scopo legittimo perseguito [17].

16 — A mio avviso, tale riserva deriva in modo implicito ma chiaro dalla sentenza 9 settembre 2003, causa C-285/01, Burbaud (Racc. pag. I-8219), con cui la Corte ricorda che, in forza delle disposizioni di diritto comunitario non le compete di controllare la scelta e la natura delle procedure di reclutamento, ma solo di verificare che le modalità della loro attuazione non compromettano le libertà fondamentali tutelate dal Trattato CE (punti 91-101).

17 — V., in tal senso, sentenza 19 marzo 2002, causa C-476/99, Lommers (Racc. pag. I-2891, punto 39).

45. In linea di principio, spetta ai giudici del rinvio verificare che ciò avvenga nelle cause sottoposte al loro esame. Tuttavia la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari affinché il giudice nazionale possa valutare la conformità della legislazione interna con il diritto comunitario. L'analisi dei dati delle cause in oggetto, come emergono dalle ordinanze di rinvio, rende necessaria la precisazione seguente. La differenza rilevata può essere ammessa solo entro i limiti della giustificazione dedotta, ossia nel caso in cui prevalga il principio del concorso. Dal momento che la legge, conformemente all'art. 97, terzo comma, della Costituzione, ammette eccezioni a tale principio, è chiaro che nell'ambito di tali eccezioni, la differenza tra i regimi perde qualunque ragion d'essere.

c) Il rispetto della direttiva 1999/70

46. Assodato ciò, occorre ancora verificare se, al momento di attuare la disposizione relativa alla possibilità di prevedere una riqualificazione dei contratti a tempo determinato considerati abusivi, lo Stato membro interessato non rimetta in discussione il disegno e gli obiettivi fissati dalla direttiva 1999/70. La clausola 5, n. 2, lett. b), dell'accordo-quadro è difatti concepita come clausola suppletiva cui può farsi ricorso per completare il quadro delle misure destinate a prevenire l'uso abusivo di successioni di contratti o di rapporti a tempo determinato.

Pertanto, non si può accettare che l'adozione di misure prese in forza di detta clausola possa influire sul quadro fissato da tale accordo.

47. Di conseguenza, se l'esclusione della riqualificazione di tali contratti può essere giustificata nel settore delle pubbliche amministrazioni, occorre per lo meno assicurarsi che siano previste espressamente delle misure di prevenzione, come quelle prescritte dalle clausole 1 e 5 dell'accordo, e che siano seguite da sanzioni efficaci. Privare i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni di qualsiasi tutela dall'uso abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato andrebbe manifestamente oltre quanto consentito dal testo della clausola 5, n. 2, dell'accordo e sarebbe in contrasto con il disegno generale fissato da tale normativa.

48. Riconoscere esigenze proprie dell'ambito nazionale non esclude il rispetto dei vincoli minimi derivanti dal quadro comunitario. Tale, a mio avviso, è il senso che occorre attribuire al rinvio operato dalla direttiva 1999/70 alla realtà delle situazioni specifiche nazionali e di settore.

49. A tal proposito, il giudice del rinvio fa riferimento ad una legge nazionale la quale prevede la responsabilità e la punizione delle pubbliche amministrazioni in caso di violazione delle norme imperative in materia di reclutamento o di assunzione. Egli dovrà inoltre assicurarsi che tali regole riguardino effettivamente l'uso abusivo di contratti a tempo determinato e che le sanzioni applicate siano effettive.

50. Dall'analisi che precede emerge che la direttiva 1999/70 non osta ad una normativa la quale escluda che l'abuso, da parte delle pubbliche amministrazioni, del ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato possa dar luogo all'istituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale misura è prevista nel caso di contratti stipulati con datori di lavoro privati, poiché tale esclusione è giustificata dalla sussistenza di un'esigenza specifica di tale settore, ossia la garanzia del principio costituzionale dell'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni tramite concorso, e a condizione che siano previste, in detto settore, misure effettive volte a prevenire e a punire eventuali usi abusivi dei contratti a tempo determinato.

3) Sulla seconda e sulla terza questione della causa Vassallo

51. La seconda e la terza questione sollevate nella causa Vassallo venivano sottoposte all'esame della Corte in caso di soluzione affermativa della prima questione. Di conseguenza, ritengo che non occorra risolverle.

III — Conclusione

52. Alla luce delle considerazioni che precedono, suggerisco che la Corte voglia dare la medesima risposta ai quesiti posti nelle due cause in oggetto dal Tribunale di Genova:

«La direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, non osta ad una normativa nazionale la quale escluda che l'abuso, da parte delle pubbliche amministrazioni, del ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato possa dar luogo all'istituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale misura è prevista nel caso di contratti stipulati con datori di lavoro privati, poiché tale esclusione è giustificata dalla sussistenza di un'esigenza specifica di tale settore, ossia la garanzia del principio costituzionale dell'accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni tramite concorso, e a condizione che siano previste, in detto settore, misure effettive volte a prevenire e a punire eventuali usi abusivi dei contratti a tempo determinato».