

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Cristina Alessi

A Massimo, con grande rimpianto

1. Premessa.	2
2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso.	4
3. L'obbligo di prevedere misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.	6
4. Il principio di parità di trattamento.	8
4.1. Un fattore di discriminazione atipico.	8
4.2 Lavoro atipico e indisponibilità del tipo.	10
4.3 La portata del principio di parità di trattamento.	12
4.4 La nozione di condizioni di impiego.	14

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 93/2012

1. Premessa.

Quando Gianni mi ha invitato alla *Lectio Magistralis* in ricordo di Massimo, chiedendomi di individuare un argomento per il mio intervento, ho immediatamente pensato al lavoro a termine e al diritto del lavoro europeo. Si tratta di due temi sui quali Massimo ha scritto due belle monografie¹ (che ho ricevuto in regalo dalle sue mani e che mi sono oggi ancora più care proprio per questo), che sono anche indicative di come il loro Autore avesse la capacità di sentire “la pioggia prima che cada”², per citare uno dei miei scrittori favoriti. Lo sviluppo del diritto del lavoro europeo e l’importanza della giurisprudenza della Corte di giustizia ne sono la prova, così come il ruolo centrale che la disciplina del contratto a termine, e in particolare il principio di parità di trattamento, ha nel quadro della regolazione dei lavori atipici. Si tratta di un’intuizione che Massimo aveva sviluppato anni fa, in uno dei suoi primi saggi in materia, a partire dalle proposte di direttiva sui lavori atipici che erano state da poco presentate e che avrebbero in seguito avuto un percorso piuttosto complesso³, per essere finalmente approvate secondo la procedura prevista dall’Accordo sulla Politica Sociale, poi incorporato nel Trattato⁴.

Proprio in ragione di questa genesi, l’adozione delle prime direttive in materia di lavoro atipico⁵ è stata accompagnata dalle critiche della dottrina sulla scarsa vincolatività del loro contenuto: l’osservazione più diffusa è stata quella per cui dette direttive avevano un contenuto precettivo limitato, erano formulate cioè in termini generici invece che specifici, e contenevano clausole generali di difficile traduzione in vincoli concreti per gli Stati membri rispetto alla regolazione di detti rapporti⁶. Le proposte di direttive degli anni ’80 e del 1990, in effetti, erano formulate in modo più ambizioso⁷, giungendo a toccare perfino i profili legati alla tutela previdenziale, profili, cioè, suscettibili di incidere profondamente sui delicati equilibri finanziari dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri⁸. Non è un caso, pertanto, che questi aspetti non siano stati affrontati dalle direttive successivamente approvate; ciò non ha impedito alla Corte di giustizia di colmare almeno parzialmente la lacuna regolativa, attraverso l’applicazione del principio di parità di trattamento anche alla materia previdenziale⁹.

La debolezza delle previsioni delle direttive in materia di lavori atipici risiede anche nel fatto che due di esse (quelle sul lavoro a termine e quella sul *part-time*) sono state adottate secondo la

¹ M. Roccella, *I rapporti di lavoro a termine*, in M. Roccella, P.A. Varesi, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1990; M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997.

² È il titolo del libro di Jonathan Coe edito da Feltrinelli nel 2007.

³ M. Roccella, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *QDLRI*, 1991, n. 10, p. 27 ss.

⁴ Per un maggiore approfondimento sull’evoluzione della regolazione comunitaria in materia di lavoro atipico e sulle ragioni dei fallimenti delle prime proposte di direttiva si rinvia a L. Zappalà, *I lavori flessibili*, in S. Sciarra, B. Caruso, a cura di, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 309 ss.

⁵ Il riferimento è alle direttive 97/81/CE sul *part-time* e 99/70/CE sul lavoro a termine. In precedenza è stata approvata anche la direttiva 91/383/CEE, che si occupa però dei soli profili relativi alla salute e sicurezza dei lavoratori temporanei.

⁶ Ne danno conto M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, V ed., 2009, p. 260 ss.

⁷ Su questi aspetti si v. M. Roccella, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, cit.

⁸ Le questioni legate alla tutela previdenziale dei lavoratori *non standard* sono ancor oggi oggetto di dibattito, non solo a livello europeo. Su questi profili, in generale, si v. P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo: problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, Giappichelli, 2006; F. Ravelli, *Lavoro discontinuo e tutela previdenziale*, Brescia, Promodis, 2007.

⁹ CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, in *RCDL*, 2010, p. 974 (s.m.), con nota di C. Alessi.

procedura prevista dall'art. 139 TCE (ora art. 155 TFUE); pertanto, da un lato, il loro contenuto rispecchia la natura compromissoria tipica degli accordi collettivi e, dall'altro, la competenza delle parti sociali in materia resta sempre subordinata a limiti preventivi e successivi¹⁰. Neppure la direttiva più recente, la dir. 104/2008/CE in materia di lavoro interinale, adottata attraverso il metodo classico¹¹ e apparentemente formulata in termini più stringenti, è sfuggita ad una critica analoga, dato che consente agli Stati membri di introdurre deroghe a molte delle sue previsioni, tra cui quella in materia di parità di trattamento¹². Insomma, sui lavori atipici l'accordo, sia in sede di Consiglio che tra le parti sociali, sembra potersi raggiungere solo a patto di lasciare fuori dalle previsioni alcuni degli aspetti più controversi della regolazione (come le questioni legati alla previdenza dei lavoratori flessibili, ad esempio) e di utilizzare previsioni *soft*. È per questa ragione che il recupero da parte della Corte di giustizia del principio di parità di trattamento di funzione di estensione delle tutele riconosciute ai lavoratori atipici è da guardare con attenzione; se si pensa all'evoluzione della giurisprudenza sul principio di parità tra uomini e donne è facile prevedere che anche in questo caso la Corte non si arresterà di fronte ai limiti segnati dalle materie di competenza dell'Unione.

Per tornare alle previsioni delle direttive in esame, le formule più discusse sono state certamente il principio di volontarietà e l'invito a non ostacolare la diffusione del *part-time*, per quanto riguarda la direttiva 97/81/CE, il principio di prevenzione degli abusi o l'affermazione della centralità del contratto a tempo indeterminato, per quanto riguarda la direttiva 99/70/CE e la direttiva 2008/104/CE, e per tutte le direttive richiamate la clausola di non regresso¹³. Nel dibattito dottrinale, mentre a quest'ultima clausola si è riconosciuto una portata precettiva considerevole¹⁴, anche grazie all'iniziale apertura della Corte di giustizia¹⁵, le altre previsioni venivano ritenute, prevalentemente, di difficile utilizzazione davanti alla Corte di Giustizia, proprio in ragione del loro

¹⁰ Utilizzo qui la classificazione proposta da A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 188 ss., secondo il quale i limiti preventivi attengono ai contenuti dell'iniziativa delle parti sociali, quelli successivi alle forme di controllo poste in essere dalla Commissione. Sul ruolo delle parti sociali nell'assetto attuale dell'UE si v. B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in *RGL*, 2006, p. 471 ss., che pure segnala i limiti procedurali e sostanziali all'azione delle parti sociali (spec. p. 486 ss.).

¹¹ Com'è noto, la direttiva 2008/104/CE sul lavoro temporaneo è stata adottata a seguito di una lunghissima fase di gestazione, segnata anche dalla rinuncia delle parti sociali ad utilizzare la procedura di cui all'art. 139 TCE. Su questi aspetti si v. F. Pantano, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE e al suo impatto sull'ordinamento interno*, *WP CSDLE*, n. 72/2009.Int, p. 3 ss. M. Mutarelli, *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, in *DLM*, 2007, p. 567 ss.

¹² Parla di "uguaglianza attenuata" proprio in riferimento alle possibili deroghe al principio di parità L. Zappalà, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova: il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DLRI*, 2003, p. 97 ss. (in relazione al progetto di direttiva); si v. anche V. De Stefano, *La nuova direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *ADL*, 2010, p. 893 ss.

¹³ Sulla portata della clausola di non regresso si è immediatamente aperto un dibattito tra i giuslavoristi. Si v., tra i molti, M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, p. 487 ss.; U. Carabelli, V. Leccese, G. Dondi, L. Garofalo, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2004, p. 537 ss.

¹⁴ In quest'ottica si pongono, ad es., le osservazioni di M. Delfino, *Il principio...*, cit., spec. p. 492 ss.

¹⁵ A partire dall'ormai celeberrima sentenza *Mangold*: CGE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *RGL*, 2006, II, p. 205 ss., con nota di L. Calafà, e in *RIDL*, 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. Bonardi. Le posizioni espresse in *Mangold* sono state riprese da sentenze più recenti, con alcune precisazioni che, secondo la dottrina, hanno rappresentato un passo indietro rispetto all'interpretazione della clausola di non regresso. Si v., ad es., L. Corazza, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*, in *DRI*, 2010, p. 1224 ss. Sul punto si tornerà tra breve.

ridotto contenuto precettivo e per l'ampiezza dei termini in cui risultano formulate. In realtà, la Corte ha in parte smentito queste fosche previsioni, attribuendo alle norme in oggetto una valenza ben più ampia di quella immaginata dai primi commentatori (e forse anche dagli stessi estensori).

Nell'ambito di questo intervento, si intende analizzare la posizione della Corte di giustizia principalmente in relazione al contratto di lavoro a termine, sul quale si è formato, anche grazie all'attivismo dei giudici italiani, un nutrito contenzioso.

2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso.

Con riguardo alla direttiva 99/70/CE, finora l'attività interpretativa della Corte si è svolta soprattutto, com'era logico attendersi, sulla clausola di non regresso e sulle disposizioni volte e reprimere gli abusi nella successione di contratti a tempo determinato. In relazione alla prima, come si è accennato, gli auspici della dottrina sulla sua possibile utilizzazione "forte" da parte della Corte di giustizia¹⁶ si sono ben presto dovuti confrontare con uno scenario molto diverso.

A partire dalla sentenza Mangold, infatti, la Corte di giustizia ha via via precisato la portata della clausola di non regresso, riconducendola ad una sorta di regola di "trasparenza"¹⁷, in base alla quale gli Stati membri devono astenersi dall'introdurre disposizioni peggiorative rispetto al livello di tutela esistente nel proprio ordinamento in occasione dell'adozione della direttiva comunitaria, ma non sono affatto obbligati a mantenere immutato detto livello *in aeternum*. Anche la lettura più benevola della pronuncia della Corte, non a caso propugnata dalla dottrina maggiormente sensibile all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria¹⁸, dovrà ben presto scontrarsi con le precisazioni che si ritrovano nelle sentenze più recenti.

Quanto alla portata del principio di non regresso, certo non vi è alcun dubbio sulla sua vincolatività¹⁹; ma le speranze riposte in esso da chi, soprattutto in Italia, intendeva utilizzarlo come scudo rispetto alle modifiche via via introdotte alla legislazione interna in materia di contratto a termine negli ultimi anni sono state presto deluse. Secondo le Corte, infatti, la clausola di non regresso non solo non vieta di introdurre modifiche alla legislazione interna, anche in senso peggiorativo, purché giustificate da una motivazione diversa da quella incentrata sulla necessità di adottare la

¹⁶ Si v., ad es. M. Delfino, *Il principio...*, cit., spec. p. 492 ss., che sottolinea il carattere «forte» della clausola *de qua*, pur ammettendo la possibilità di modifiche, anche *in pejus*, del livello di protezione della legislazione interna; U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle politiche sociali*, WP «CSDLE», n. 35-2005.int, p. 63, ritengono che le modifiche peggiorative della legislazione interna costituiscano eccezioni che devono essere giustificate dagli Stati membri.

¹⁷ La definiscono così U. Carabelli, V. Leccese, op. cit., p. 63 ss.; L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *RGL*, 2006, p. 225

¹⁸ M. Roccella, *"Vorrei ma non posso": storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2008, p. 419, testo e nota 17.

¹⁹ Sul punto si v. M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, 2006, P. 114 ss. Di "un vero e proprio obbligo comunitario" parla M. Delfino, *Il principio...*, cit., p. 492; nello stesso senso U. Carabelli, V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. "M. D'Antona".INT (reperibile all'indirizzo: <http://csdle.lex.unict.it>), n. 35/2005, p. 50 ss.; L. Garofalo, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2004, p. 570 ss.; contra G. Dondi, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2004, p. 559 ss.

direttiva, ma può consentire modifiche *in pejus* qualunque sia la motivazione utilizzata dal legislatore. Quest'ultima precisazione, formulata in occasione di un ricorso avente ad oggetto la disciplina italiana del contratto a tempo determinato del settore postale (art. 2-*bis* D. Lgs. 368/2001)²⁰, sembra smentire anche le opinioni di chi ritiene che la clausola di non regresso obblighi gli Stati membri a motivare l'abbassamento del livello di tutela con una ragione riconducibile alle finalità sociali dell'UE consacrate nell'art 136 TCE (ora art. 151 TFUE)²¹. In quel caso, peraltro, l'obiettivo della normativa "regressiva" è stato individuato nella salvaguardia dell'equilibrio economico e della gestione di Poste Italiane²².

Un altro punto che merita di essere segnalato attiene al significato dell'espressione "livello generale di tutela", che la Corte utilizza per accertare la violazione o meno, da parte dello Stato membro, della clausola di non regresso. Anche in questo caso, le risposte fornite dalla Corte alle questioni sottoposte finora alla sua attenzione depotenziano molto la portata della clausola. Pur ricordando che la clausola di non regresso non può essere interpretata in senso restrittivo²³, la Corte sottolinea che la riduzione del livello di tutela deve essere tale da "influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato", sicché non possono considerarsi tali modifiche "che riguardino una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato oppure siano idonee ad essere compensate dall'adozione di misure" equivalenti²⁴. Ora, una simile posizione da un lato esclude modificazioni della legislazione che non abbiano grande rilievo²⁵, almeno nell'ottica adottata dalla Corte, dall'altro ha permesso di considerare come "categoria circoscritta" i lavoratori assunti in sostituzione di assenti²⁶ e i dipendenti pubblici²⁷. Del resto, la Corte ha considerato i dipendenti del settore pubblico o privato come una categoria ristretta anche in altre occasioni, con risultati a dir poco

²⁰ CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), *Vino I*, in *MGL*, 2011, p. 227 ss., con commento di G. Franza.

²¹ In questo senso M. Delfino, *Il principio...*, cit., p. 502 ss.; E. Ales, *Non regresso senza dumping sociale ovvero del "progresso" nella modernizzazione (del diritto sociale europeo)*, in *DLM*, p. 13 ss.; *contra* U. Carabelli, V. Leccese, op. cit., p. 64. In quest'ultimo senso, come accennato, è la posizione più recente della CGE. La Corte afferma a chiare lettere, infatti, nell'ordinanza *Vino I* citata alla nota precedente, che "affinchè una normativa nazionale possa non essere considerata collegata all'attuazione dell'accordo-quadro ai sensi della clausola 8, punto 3, di quest'ultimo, basta che persegua uno scopo distinto da quello consistente nel garantire la tutela dei lavoratori a tempo determinato, cui è diretto detto accordo, senza che sia necessario valutare o comparare il primo obiettivo con il secondo" (corsivo di chi scrive).

²² CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), *Vino*, cit., punto 42. Nello stesso senso, del resto, si è pronunciata la Corte costituzionale in relazione alla medesima norma. Si v. Corte cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *FI*, 2010, I, c. 46 ss., con nota di A.M. Perrino.

²³ Da ultimo si v. CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1042 ss., con nota di L. Zappalà; in *DRI*, 2010, p. 1224 ss., con nota di L. Corazza. Questa affermazione della Corte di Giustizia, fra l'altro, ha riguardato la ricomprensione nell'ambito di applicazione dell'accordo anche del primo (e unico) contratto di lavoro a tempo determinato, punto sul quale si era aperto, almeno in Italia, un acceso dibattito, destinato a rivitalizzarsi a seguito dell'approvazione della L. n. 92/2012 che consente, com'è noto, la stipulazione del primo contratto a tempo determinato senza necessità di giustificazione obiettiva. Per un esempio delle diverse posizioni che si sono confrontate sul tema si v. V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, qui p. 385 ss. e A. Vallebona, *Lavoro a termine. Vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza*, in *DL*, 2006, p. 77 ss.

²⁴ CGE 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki*, in *RCDL*, 2009, p. 385 ss., con nota di M. Peruzzi.

²⁵ Ad esempio, non è stata ritenuta di rilievo la modifica della legislazione italiana circa l'obbligo di indicare, nel contratto a tempo determinato stipulato per sostituire un lavoratore assente, il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione. Si v. CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit.

²⁶ CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit.

²⁷ Si v., ad esempio, CGE 24 aprile 2009, C-519/08 (ord.), *Koukou*, reperibile sul sito internet <http://curia.europa.eu/>; CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit.

sorprendenti. Si pensi, ad esempio, alla pronuncia sull'età pensionabile delle donne²⁸ o alla decisione sul computo dei periodi non lavorati nel *part time* verticale ai fini della determinazione dell'anzianità contributiva utile per la pensione di vecchiaia, in cui ha ritenuto una "categoria particolare di lavoratori" tutti i dipendenti del settore privato"²⁹.

Una posizione di questo tipo sembra, come si è detto, depotenziare molto la portata della clausola di non regresso, tanto è vero che la dottrina non ha esitato a definire questa giurisprudenza come una sorta di neutralizzazione della clausola in parola³⁰.

3. L'obbligo di prevedere misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a tempo determinato.

Anche con riguardo a questo profilo della disciplina del contratto a termine, le risposte finora pervenute dalla Corte di giustizia non possono considerarsi sempre soddisfacenti. All'affermazione generale secondo cui le misure previste dall'art. 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 99/70/CE devono prevenire effettivamente l'utilizzo abusivo del contratto a termine sono seguite, specie negli ultimi tempi, alcune precisazioni che sembrano ridurre la portata.

La prima questione su cui la Corte si è pronunciata nettamente l'applicabilità della clausola 5 al primo (ed in ipotesi unico) contratto di lavoro a tempo determinato. Nelle pronunce in cui la questione è stata espressamente posta, la Corte ha affermato a chiare lettere che le misure di prevenzione degli abusi indicate dalla direttiva riguardano esclusivamente l'ipotesi di *successione* di contratti a termine, non obbligando dunque gli Stati a prevedere alcunché in relazione alla stipulazione del primo contratto³¹. Occorre dire, però, che da una simile posizione (che ben si comprende alla luce della formulazione letterale della clausola 5) non può farsi discendere, come sostenuto da una parte della dottrina³², l'assoluta libertà nel disciplinare il primo contratto a termine. Da un lato, infatti, la Corte ha affermato in molte sentenze che l'accordo-quadro si applica anche al primo contratto a termine³³, che dunque è sottratto solo all'applicazione della clausola 5, dall'altro la definizione di "lavoratore a tempo determinato" di cui all'art 3 dell'accordo fa riferimento a criteri oggettivi di determinazione della scadenza del contratto. Da questo punto di

²⁸ CGE 13 novembre 2008, C-46/07, in *Foro It.*, 2009, IV, c. 10 ss. Sulla decisione della Corte si v. le osservazioni critiche di F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*, in *RCDL*, 2008, p. 1145 ss.

²⁹ CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *INPS c. Bruno, Pettini*, in *RCDL*, 2010, p. 974. Sul punto mi permetto di rinviare al mio commento *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *RCDL*, 2010, p. 975 ss.; si v. altresì M. Altamari, *Part-time verticale e disciplina previdenziale INPS: La Corte di Giustizia UE amplia la nozione di retribuzione*, in *RGL*, 2011, II, p. 263 ss.; G. Quadri, *Il calcolo dell'anzianità contributiva nel lavoro part-time, tra divieto di discriminazione e principio di proporzionalità*, in *DML*, 2010, p. 535 ss.; R. Santucci, "Blow up" del divieto di discriminazione nella disciplina del part-time, in *DLM*, 2010, p. 486 ss.

³⁰ Così S. Laulom, *La neutralisation des clauses de non régression*, in *Sem. Soc. Lamy*, Suppl., 3.05.2010, p. 24 ss.; in senso analogo si v. M. Aimò, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, 2012, I, p. 147 ss., qui p. 160 ss.

³¹ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 90 della motivazione.

³² Si v. ad esempio, A. Vallebona, op. cit., p. 77 ss.; M. Tiraboschi, *Apposizione del termine*, in M. Biagi, a cura di, *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 41 ss.; S. Ciucciovino, *Sub art. 1. Apposizione del termine*, in G. Santoro Passarelli, a cura di, *Commentario al D. Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, in *NLCC*, 2002, p. 37ss.

³³ A partire dalla sentenza *Mangold*, cit., punti 40 ss. della motivazione. Si v. anche CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 116 della motivazione; CGE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit., punto 33 della motivazione; CGE 13 settembre 2007, C-373/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, IV, 617, spec. punti 26 ss. della motivazione.

vista, la recente ordinanza Vino I potrebbe sembrare un deciso arretramento, là dove la Corte afferma che l'accordo quadro "non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato"³⁴ (punti 41 e 58 della motivazione). Tuttavia, una più attenta lettura della pronuncia e il confronto con i precedenti richiamati dalla stessa Corte devono far ritenere che anche in questo caso il riferimento sia alla clausola 5, e non all'accordo quadro nel suo complesso³⁵.

Proprio le indicazioni ricavabili dall'accordo, a partire dall'affermazione della centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, consentono di ritenere che gli Stati membri siano tenuti a disciplinare il lavoro a termine in modo che possa essere utilizzato non in alternativa "secca" al lavoro a tempo indeterminato, bensì in ipotesi in qualche modo eccezionali rispetto al contratto a tempo indeterminato. Da questo punto di vista, la previsione contenuta nella L. 92/2012 circa la possibilità di stipulare il primo contratto a termine senza necessità di indicazione della ragione giustificativa non può considerarsi in linea né con le previsioni della direttiva, né con la giurisprudenza della Corte di giustizia ora citata. Come si è visto, da un lato una lettura della direttiva non limitata all'art. 5 può far ritenere che il contratto a termine (anche il primo) debba essere ricondotto a un'esigenza non ordinaria di incremento dell'attività di impresa³⁶, dall'altro una disposizione come quella della L. n. 92/2012 può condurre al verificarsi di abusi, perché consente al datore di lavoro, in ipotesi, di ricoprire un posto di lavoro stabile esclusivamente con lavoratori assunti a termine³⁷. Non è un caso, infatti, che lo stesso accordo-quadro, nel 7° considerando, precisi che "l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basati su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi"³⁸. Del resto, la Corte di giustizia ha di recente precisato che nel verificare l'esistenza di un abuso nel ricorso al contratto a tempo determinato occorre tener conto di tutte le circostanze del caso concreto e che una fattispecie abusiva non può dirsi di per sé esclusa dalla sola circostanza che i singoli contratti a termine siano di per sé perfettamente legittimi³⁹, essendo la loro stipulazione prevista dalla legge.

La giurisprudenza della Corte si è esercitata, infine, sulle misure introdotte dagli Stati per rispettare le previsioni dell'art. 5, anche in relazione alla clausola di non regresso, qualora vi fossero, nell'ordinamento interno, misure precedenti all'entrata in vigore della direttiva, e sul concetto di misure equivalenti di cui alla stessa clausola 5. Nelle controversie aventi ad oggetto la disciplina

³⁴ CGE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), in *RIDL*, 2011, 3, II, p. 860 ss., con nota di M. Borzaga.

³⁵ Alle medesime conclusioni si deve giungere considerando che la decisione ha assunto la forma dell'ordinanza, che è tipicamente utilizzabile quando la questione sia identica o simile ad altra già decisa oppure non sollevi ragionevoli dubbi. Sul punto si v. M. Aimò, *La Corte di giustizia...*, cit., p. 149 ss., testo e nota 5.

³⁶ In tal senso L. Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si recepisce una direttiva trvisandola*, in *DML*, 2001, spec. p. 644 ss.; G. Leone, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo indeterminato*, in M.G. Garofalo, G. Leone, a cura di, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Bari, Cacucci, 2009, spec. p. 46 ss.

³⁷ Un simile risultato è considerato un abuso, ad esempio, dalla sentenza Adeneler. Si v. CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *RGL*, 2006, II, p. 601, con nota di A. Gabriele, spec. punto 99 della motivazione.

³⁸ Valorizza la previsione L. Zappalà, op. loc. ult.cit.; nello stesso senso anche A. Bellavista, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in M. Napoli, a cura di, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 14 ss.

³⁹ CGE 26 gennaio 2012, *Kucuk*, C-586/10, in <http://csdle.lex.unict.it/>

greca dei contratti a termine del settore pubblico, ad esempio, la previsione, successiva all'entrata in vigore della direttiva, di un regime sanzionatorio di natura pecuniaria che ha sostituito il precedente diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, è stata considerata pienamente legittimo, anche alla luce della clausola di non regresso⁴⁰. Con l'occasione, fra l'altro, la Corte ha precisato che ben possono essere previste misure sanzionatorie diverse dalla conversione, purché non venga pregiudicato lo scopo e l'effettività dell'accordo-quadro⁴¹; una simile posizione, del resto, si pone in linea di continuità rispetto alle affermazioni che si ritrovano nella sentenza *Adeneler*⁴², nella quale peraltro si è censurata anche la previsione della legislazione greca circa la definizione di contratti "successivi".

Com'è noto, la Corte aveva ritenuto contrastante con il diritto comunitario una previsione che considerava successivi "i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi"⁴³, previsione identica a quella di cui all'art. 5, comma 3, del D. Lgs. n. 368/2001. Sotto quest'ultimo profilo, la recentissima modifica introdotta dalla L. 92/2012 sembra andare nella direzione indicata dalla Corte di giustizia, là dove estende a 60 e a 90 giorni, a seconda che il primo contratto sia di durata fino a 6 mesi oppure oltre 6 mesi, il periodo entro il quale il secondo contratto a termine si considera successivo ai fini della conversione in contratto a tempo indeterminato.

4. Il principio di parità di trattamento.

4.1. Un fattore di discriminazione atipico.

Come si è visto, sia per la clausola di non regresso, sia per le norme in materia di abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato, la Corte di giustizia sembra aver lasciato un ampio margine di manovra agli Stati membri nell'adeguamento della legislazione interna. Da questo punto di vista, si può ritenere che la previsione ritenuta più impegnativa sia la regola di parità di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*, regola che costituisce espressione del principio di non discriminazione. Una prima formulazione della regola di parità si poteva ricavare dalla giurisprudenza della Corte in materia di discriminazioni di sesso; come si vedrà, la Corte aveva avuto modo di esprimersi specialmente con riguardo al contratto di lavoro *part-time*. L'espressa previsione nell'ambito delle direttive in materia di lavoro atipico rende il principio di parità di trattamento un divieto di discriminazione diverso dai precedenti, proprio perché fa riferimento alle differenziazioni fondate non tanto su una caratteristica soggettiva (come il sesso, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, l'età, l'*handicap* etc. etc.), quanto sulla titolarità di un rapporto di lavoro *non standard*. Le direttive in parola rappresentano la conferma (se ce ne fosse stato bisogno) che

⁴⁰ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., spec. punti 146 ss. della motivazione.

⁴¹ CGE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., spec. punti 82 e ss. della motivazione. Sulla posizione della Corte di giustizia in materia di sanzioni per la violazione del diritto comunitario si v. M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in *RIDL*, 1994, I, p. 69 ss.

⁴² CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, cit., punto 105. In particolare, la Corte ritiene contraria al diritto comunitario una norma che vieta la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nel solo settore pubblico "qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi".

⁴³ CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, cit., punto 84.

lavorare con un contratto di lavoro atipico, oltre ad esporre a maggiori rischi di incidenti sul lavoro⁴⁴, non garantisce la medesima tutela dei lavoratori *standard* per quanto riguarda i trattamenti, retributivi e normativi, collegati allo svolgimento del rapporto di lavoro stesso, anche al di fuori di un'ipotesi di discriminazione per una delle ragioni soggettive prima ricordate.

L'inclusione della tipologia contrattuale con la quale si è assunti tra i fattori di discriminazione induce a riflettere sulla rilevanza sociale del fenomeno ricollegabile alla diffusione dei lavori precari (o atipici che dir si voglia); oggi la titolarità di un rapporto di lavoro ascrivibile alla suddetta categoria è indicativa dell'appartenenza ad un gruppo sociale sottoprotetto, esposto a rischi di esclusione, come segnalato dalla dottrina più attenta⁴⁵.

Tra l'altro, il fatto che, in questo caso, l'elemento su cui si basa il trattamento differenziato non sia una caratteristica soggettiva, un tratto cioè costitutivo della personalità, bensì un dato oggettivo, la titolarità di un rapporto di lavoro atipico, rende l'inclusione nel gruppo sociale di riferimento reversibile⁴⁶. Lo stesso gruppo ha contorni non definibili a priori, non solo perché la platea dei rapporti di lavoro *non standard* può comprendere anche tipologie ricadenti nella sfera dell'autonomia⁴⁷, ma anche perché nuove tipologie possono essere introdotte dalla legge in relazione ad esigenze peculiari⁴⁸. Ciò è tanto più grave se si pensa che le conseguenze in termini di riduzione delle tutele vanno ben oltre il rapporto di lavoro, riflettendosi su tutti gli aspetti della vita delle persone⁴⁹. Una simile considerazione, che in questa sede può essere solo abbozzata, dovrebbe portare, da un lato, ad ampliare i divieti di discriminazione anche oltre l'ambito del rapporto di lavoro, così come è avvenuto per le donne, ad esempio⁵⁰; dall'altro, ad estendere la protezione

⁴⁴ La maggiore esposizione dei lavoratori *non standard* a incidenti sul lavoro e malattie professionali è stata all'origine della prima direttiva in materia di lavoro atipico, la dir. 91/383/CE. Sulla questione si v. L. Zappalà, *I lavori flessibili*, cit., p. 320 ss.; M. Lai, *Flessibilità e sicurezza sul lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁴⁵ S. Giubboni, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'unione europea*, in *RGL*, 2011, p. 270 ss., rileva come "l'estensione dei divieti di discriminazione al vasto campo della protezione dei lavoratori *non-standard* sembra effettivamente in grado di reindirizzare la funzione del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea verso obiettivi (sostanziali) di inclusione sociale"; si v. anche H. Collins, *Discrimination, equality and social inclusion*, in *MLR*, 2003, p. 16 ss., che evidenzia le connessioni (ma anche le tensioni) esistenti tra il principio di parità di trattamento e la normativa antidiscriminatoria.

⁴⁶ Questo può avvenire anche in altri casi, ad esempio quando l'appartenenza ad un gruppo dipenda da scelte personali: si pensi alle discriminazioni fondate sulle opinioni personali o sulla religione. Sul punto si v. M. Aimò, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 43 ss.

⁴⁷ Il riferimento è in particolare al lavoro a progetto e alle collaborazioni coordinate e continuative, nonché al lavoro occasionale e alle altre tipologie (come l'associazione in partecipazione) nelle quali può essere dedotta una prestazione lavorativa. Sull'inclusione del lavoro c.d. parasubordinato nel novero dei lavori atipici si v. A. Perulli, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AIDLASS, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di Pesaro-Urbino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 40.

⁴⁸ Fra l'altro, una delle funzioni assegnate al principio di parità di trattamento in questo contesto è quella di "governare la frammentazione delle tipologie contrattuali", come segnala M. Barbera, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione*, in *RGL*, 2008, I, p. 476. Sul punto si v. anche L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in *RGL*, 2008, I, p. 537 ss.

⁴⁹ M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1057 ss., ricorda come "l'assenza o la presenza di un elemento accidentale del contratto come il termine sia idoneo ad incidere sulle aspettative di vita della gente".

⁵⁰ Il riferimento è alle discriminazioni nell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, di cui direttiva 2004/113/CE, sulla quale si v. D. La Rocca, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera, a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 289 ss. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori atipici, infatti, si realizzano spesso attraverso la fissazione di requisiti di accesso a determinati servizi o prestazioni che possono essere integrati solo da lavoratori assunti a tempo pieno ed indeterminato. Si pensi

offerta dal principio paritario ai rapporti di lavoro atipici in generale, anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato. Qualche segnale (parziale) in una direzione simile a quella indicata provengono dalla Corte di giustizia che, come rilevato in dottrina, nella sentenza *Michaeler*⁵¹ ha mostrato di ritenere operante la tutela antidiscriminatoria anche nel mercato del lavoro⁵². Si tratta, certamente, di un'apertura ancora limitata, anche in ragione delle ridotte competenze in materia dell'Unione, ma che può leggersi come l'intenzione di utilizzare il principio paritario come strumento di tutela forte dei lavoratori atipici.

4.2 Lavoro atipico e indisponibilità del tipo.

Per il momento, tuttavia, la tutela offerta dal principio di parità di trattamento riguarda le principali tipologie di lavoro atipico, cioè quelle caratterizzate dalla riduzione dell'orario di lavoro (dir. 97/81/CE), dalla fissazione di un termine finale (dir. 99/70/CE) e dalla dissociazione della figura del datore di lavoro (dir. 2008/104/CE). Si tratta delle tipologie che rappresentano in qualche modo la matrice delle articolazioni che può assumere il rapporto di lavoro. In effetti, le variegate figure contrattuali presenti (non solo) nel nostro ordinamento possono essere tutte ricondotte alle tre ipotesi suindicate o alle loro possibili combinazioni.

La considerazione ora svolta porta a concludere che l'applicazione del principio in esame prescinde dalla formale qualificazione di un dato contratto come *part-time*, contratto a termine o lavoro interinale, dovendosi guardare alla sua struttura ai fini dell'applicabilità della direttiva comunitaria, un po' come accade, nel nostro ordinamento, quando occorre accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro⁵³. In altre parole, non è possibile per il legislatore nazionale sottrarre all'applicazione della disciplina comunitaria un dato rapporto di lavoro semplicemente escludendone la riconducibilità al *part-time* o al lavoro a termine, in presenza dei connotati strutturali di quelle tipologie; si tratta insomma, se è permesso un paragone, di una sorta di indisponibilità comunitaria del tipo contrattuale⁵⁴. Un'indicazione in tal senso si può ricavare dalla direttiva 99/70/CE, là dove consente agli Stati membri e/o alle parti sociali di stabilire che l'accordo quadro non si applichi a taluni rapporti di lavoro, come l'apprendistato e i rapporti di formazione professionale iniziale (clausola 2, par. 2); similmente, la direttiva 97/81/CE consente di escludere dal suo ambito di applicazione i *part-timers* che lavorano su base occasionale, ma solo in presenza

all'accesso al credito, per fare l'esempio più diffuso, ma anche ai requisiti pensionistici o a quelli per l'accesso a prestazioni di sostegno al reddito.

⁵¹ CGE 24 aprile 2008, C-55/08, *Michaeler*, in *RIDL*, 2008, II, p. 738, con nota di C. Faleri.

⁵² L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in *RGL*, 2008, I, spec. p. 560 ss.

⁵³ Com'è noto, infatti, la giurisprudenza prevalente, nell'accertamento della natura subordinata o meno del rapporto di lavoro, prescinde sia dal *nomen iuris* attribuito dalle parti (si v., per tutte, Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002, in *FI*, 2005, I, c. 2429 ss.), sia dall'eventuale qualificazione operata a monte dal legislatore (Cass. 22 novembre 2010, n. 23638, in *MassGC*, 2010, 11, 1494).

⁵⁴ Di indisponibilità del tipo si parla nel nostro ordinamento in riferimento all'impossibilità per il legislatore di "negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato", dichiarata dalla Corte costituzionale nelle celeberrime sentenze 29 marzo 1993, n. 121 e 23 marzo 1994, n. 115. Sul punto si v. M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 1995, p. 63 ss.

di ragioni oggettive e con l'obbligo per gli Stati membri di rivedere periodicamente detta esclusione (clausola 2, par. 2). In mancanza di dette deroghe, dunque, non vi è dubbio che quelle tipologie contrattuali sono soggette alle previsioni delle direttive in parola *in quanto riconducibili ad un contratto a tempo determinato o al part-time*, secondo le definizioni ivi contenute. In questo senso, del resto, si sta orientando nelle sentenze più recenti la stessa Corte di giustizia là dove, pur ricordando che le nozioni di lavoratori a tempo parziale o a tempo determinato devono essere interpretate ai sensi del diritto nazionale, afferma che la discrezionalità del legislatore non è illimitata, dovendosi pur sempre garantire l'effetto utile alle direttive in materia di lavoro atipico⁵⁵.

La conclusione in parola non è contraddetta, risultandone al contrario confermata, dalla posizione assunta dalla Corte nella sentenza *Wippel*, in tema di applicazione della direttiva 97/81/CE al *job on call*. In quell'occasione la Corte ha ritenuto inapplicabile non tanto la direttiva sul *part-time*, quanto il principio di parità di trattamento di cui all'art. 4 della direttiva medesima per l'inesistenza di un lavoratore a tempo pieno comparabile all'interno dello stabilimento⁵⁶. La conclusione cui perviene la Corte è certo discutibile, ma non c'è dubbio che sia fondata sul presupposto dell'applicabilità al caso di specie della direttiva 97/81/CE e, quindi, sulla riconducibilità del *job on call* al lavoro a tempo parziale⁵⁷. A ragionare diversamente si finisce per attribuire alla Corte di giustizia un dogmatismo che non le è proprio, come insegna la giurisprudenza relativa alla nozione comunitaria di subordinazione⁵⁸. Proprio questa giurisprudenza, tra l'altro, dimostra come la Corte abbia come obiettivo più la ricomprensione nell'orbita del diritto comunitario di una variegata tipologia di attività lavorative, anche ridotte e intermittenti, che non la ricostruzione in chiave concettuale della nozione di lavoro subordinato⁵⁹.

Si può allora ritenere che esista anche una nozione comunitaria di lavoro atipico (*part-time*, a termine, ecc.) rilevante ai fini dell'applicabilità del diritto comunitario, che impedisce ai legislatori nazionali di sottrarre alcune tipologie contrattuali semplicemente agendo sulla loro definizione o su alcuni elementi della loro disciplina⁶⁰.

⁵⁵ Si v., in riferimento al lavoro a tempo parziale, CGE 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, spec. punti 34-35 della motivazione; in relazione alla disciplina italiana dei lavori socialmente utili e alla loro riconducibilità al contratto a termine si v. CGE 15 marzo 2012, *Sibilio*, C-157/11, in *GD*, 2012, 16, 56, con nota di I. Ingravallo.

⁵⁶ CGE 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, in *RGL*, 2005, II, p. 319 ss., con nota di S. Borelli.

⁵⁷ In senso contrario V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia. A proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL*, 2005, II, p. 777 ss., che mi pare confondere i due profili. La comparazione non viene svolta dalla Corte tra il contratto di lavoro intermittente e il contratto di lavoro a tempo parziale, bensì tra il primo e il contratto di lavoro "ordinario" a tempo pieno. In più punti della sentenza, in effetti, la Corte parla di contratto di lavoro "a tempo parziale secondo il fabbisogno".

⁵⁸ In tema si v. S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in in S. Sciarra, B. Caruso, a cura di, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 35 ss.; L. Nogler, *The concept of subordination in european and comparative law*, Università di Trento, 2009, p. 1 ss.

⁵⁹ Ciò ha consentito alla Corte, come rileva S. Giubboni, *La nozione...*, cit., p. 42, di estendere l'influenza della suddetta nozione "anche su campi diversi da quello d'origine, ed in particolare sulle due sfere elettive della armonizzazione che Massimo D'Antona ha definito "coesiva", quali quelle costituite dalla normativa in materia di parità di trattamento e pari opportunità tra uomini e donne e dalla ancor più ampia disciplina europea di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro".

⁶⁰ È quanto è accaduto in Italia, per fare un esempio, proprio con l'introduzione del lavoro intermittente, fattispecie espressamente distinta dal *part-time* anche per evitare l'applicazione della disciplina legislativa (e dei principi elaborati dalla giurisprudenza, specie costituzionale) in materia. Sul punto, che non può essere approfondito in questa sede, rinvio a C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, in *WP CSDLE*, n. 121/2011, spec. p. 17 ss.

4.3 La portata del principio di parità di trattamento.

Le direttive sui lavori atipici fanno del principio di parità di trattamento il perno della disciplina in materia, la previsione cioè di gran lunga più efficace rispetto alle altre. Ciò, come si è detto, nel quadro di una regolazione ritenuta concordemente di basso profilo, per usare un gioco di parole “a vincolatività limitata”.

Il principio di parità di trattamento, come vedremo subito, non ha tardato a trasformarsi, come già è avvenuto in passato con l'art. 119 TCE, in un formidabile strumento nelle mani della CGCE, utile ad estendere, o quanto meno a dilatare al massimo, le competenze comunitarie⁶¹. A ben vedere, detto principio si avvia ad avere una portata tale da trascendere le stesse ipotesi specifiche per le quali è espressamente previsto, fino a diventare un principio generale del diritto comunitario, come la Corte ha già cominciato a dire in alcune sentenze. Da questo punto di vista, il principio paritario ha senza dubbio, nell'ottica della Corte, la funzione di governo della frammentazione dei tipi contrattuali che, insieme alla giurisprudenza analizzata nel paragrafo precedente, dovrebbe impedire derive di regolative spinte.

La Corte di giustizia comunitaria, come del resto aveva fatto per il divieto di discriminazioni sulla base del sesso, nella sua giurisprudenza più recente dimostra di voler dare al principio di parità di trattamento la più ampia portata possibile, anzitutto dal punto di vista del suo ambito di applicazione. Com'è noto, la direttiva 99/70/CE prevede che i lavoratori titolari di un contratto di lavoro a termine non possano essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori *standard* comparabili per quanto attiene alle condizioni di impiego, a meno che non sussistano ragioni oggettive⁶². Alla regola di parità così declinata si aggiunge quella c.d. *pro rata temporis*, che impone di riproporzionare il trattamento dei lavoratori a tempo determinato ogni volta che ciò sia opportuno, cioè giustificato dalla durata limitata del rapporto di lavoro.

Con riguardo al principio di parità di trattamento, dalla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia si possono ricavare alcune indicazioni interpretative rilevanti. In primo luogo, la Corte ha cominciato a utilizzare la regola di parità come strumento di equiparazione del trattamento dei lavoratori atipici rispetto ai lavoratori *standard* a prescindere dall'accertamento di un'ipotesi di discriminazione indiretta sulla base del sesso (che pure, come si è detto, molto spesso avrebbe potuto portare al medesimo risultato, almeno con riguardo al lavoro *part-time*). La Corte di giustizia, prima dell'approvazione della direttiva 97/81/CE, per esempio, aveva sostanzialmente riconosciuto l'esistenza di un simile principio sulla base del generale divieto di discriminazione indiretta, che le forniva un sicuro fondamento per le sue decisioni in materia di parificazione tra *part-timers* e *full timers*. Anche dopo l'entrata in vigore della direttiva sul *part-time*, peraltro, in qualche caso la Corte ha fatto ricorso al divieto di discriminazione pur potendo tranquillamente

⁶¹ M. Barbera, *Introduzione*, in Ead., a cura di, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. XL ss.

⁶² Così le dirr. 99/70/CE in materia di lavoro a tempo determinato e 97/81/CE in materia di lavoro a tempo parziale. La direttiva 08/104/CE in materia di lavoro interinale, adotta una formulazione parzialmente diversa, prevedendo che “le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgerli il medesimo lavoro”.

fondare la propria sentenza sul principio di parità di trattamento, come in *Steinicke*⁶³. Per il lavoro a termine, poi, l'affermazione del principio di parità di trattamento ha un rilievo ben più ampio che in materia di *part-time*, proprio perché in questo caso è più difficile poter applicare il divieto di discriminazioni indirette, dato che lo squilibrio tra uomini e donne è meno evidente, in qualche caso pressoché inesistente⁶⁴. È opportuno segnalare, tuttavia, che le due tecniche di tutela non possono considerarsi equivalenti: il principio di parità di trattamento, da un lato, prescinde dall'accertamento dell'esistenza di una discriminazione sulla base di uno dei criteri vietati⁶⁵ ma, dall'altro lato, ammette che un diverso trattamento possa essere giustificato da "ragioni obiettive"⁶⁶.

La questione meriterebbe un approfondimento maggiore, che non è possibile svolgere in questa sede; si può osservare, tuttavia, che la Corte di giustizia sembra intenzionata a censurare severamente le ragioni utilizzate dagli Stati membri per giustificare le disparità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato. Nelle sentenze finora pronunciate sul punto, la Corte ha sottolineato come che la nozione di ragioni oggettive "richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria"⁶⁷. Alla stregua di siffatta formula, che richiama quella da tempo utilizzata dalla stessa Corte in materia di discriminazioni indirette, è stato considerato insufficiente ad escludere l'applicazione del principio di parità, ad esempio, il fatto che la disparità di trattamento fosse prevista "da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo"⁶⁸.

Resta invece, almeno finora, inascoltato dalla Corte il suggerimento, proveniente talvolta dalle conclusioni presentate dall'avvocato generale, di ampliare la portata del principio di parità, estendendolo alle differenze di trattamento tra lavoratori atipici. In alcune pronunce, infatti, la Corte

⁶³ CGE 11/9/2003, C-77/02, *Steinicke*, in Mass. Giur. Lav., 2004, p. 55 ss., con nota di A. Baglioni. Sull'atteggiamento della Corte si v. le osservazioni di M. Militello, *Lavoro e/o tutele secondo il fabbisogno? Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, WP del Centro Studi "M. D'Antona", n. 42-2005int., reperibile all'indirizzo www.lex.unict.it/eurolabor.

⁶⁴ Dai dati disponibili emerge che in Italia vi è una distribuzione pressoché paritaria tra uomini e donne nell'occupazione a tempo determinato (dati ISTAT 2010). Ciò rende ancora più importante l'applicazione del principio di parità di cui alla direttiva, a prescindere dall'accertamento di una discriminazione per sesso.

⁶⁵ Sul punto si v. le osservazioni di M. Centini, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazioni soggettive*, in GC, 2007, spec. p. 2415 ss., che ricorda come il principio di parità di trattamento è "diverso e più ampio di quello recante il divieto di discriminazioni soggettive", sicché "la parità di trattamento esclude la configurabilità di discriminazioni soggettive, mentre la censura di condotte discriminatorie non deve obbligatoriamente passare per l'imposizione della parità di trattamento". Da un diverso angolo visuale si v. anche G. De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. Barbera, a cura di, *Commentario al D. Lgs. n. 196/2000*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2003, p. 711 ss., secondo la quale tra parità di trattamento e divieti di discriminazione vi è un "rapporto di mezzo a fine", dato che "nessuna parità di trattamento (comunque intesa) tra portatori di fattori di diversità (tra "diversi", potremmo dire) può essere infatti garantita se non si vieta di discriminare in relazione al fattore di volta in volta considerato".

⁶⁶ Per questi rilievi in relazione al lavoro a tempo parziale si v. S. Scarponi, *Luci ed ombre dell'accordo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, II, p. 399 ss.

⁶⁷ Si v. ad es., CGE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, in CG, 2012, 2, p. 257 ss., punto 73 della motivazione.

⁶⁸ CGE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, cit., punto 72 della motivazione; CGE 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 e C-456/09, in RIDL, 2011, II, p. 1294 ss., con nota di F. Siotto.

ha puntualizzato, richiamando anche la Carta dei diritti fondamentali e le clausole orizzontali della stessa, che le disparità di trattamento tra categorie di lavoratori atipici (a tempo determinato o *part-time*) non sono soggette al principio di non discriminazione stabilito dall'accordo-quadro⁶⁹.

4.4 La nozione di condizioni di impiego.

La portata del principio di parità di trattamento e la sua idoneità a fungere da strumento forte di tutela dei lavoratori a tempo determinato si ricava, infine, dall'interpretazione data dalla Corte dalla nozione di "condizioni di impiego" e all'individuazione dei profili di disciplina del rapporto di lavoro ai quali si applica la regola di parità tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*.

La Corte di giustizia, come avviene per il divieto di discriminazione sulla base del sesso, ha ritenuto applicabile il principio di parità anche al trattamento retributivo dei lavoratori atipici, nonostante l'esclusione della retribuzione dalle competenze comunitarie sancita dall'art. 137 TCE⁷⁰. Il ragionamento della Corte è, tutto sommato, abbastanza semplice: il punto di partenza è l'affermazione della natura di "principio di diritto sociale comunitario" della regola di parità di trattamento che, come tale, non può essere interpretata in modo restrittivo⁷¹, al contrario di come invece occorre interpretare le previsioni dell'art. 137, par. 5, TCE, che introducono deroghe alle norme di cui ai paragrafi precedenti del medesimo articolo. In particolare, la previsione relativa alla retribuzione deve essere intesa, secondo la Corte, come volta a salvaguardare l'autonomia degli Stati membri e della contrattazione collettiva nella fissazione del livello delle retribuzioni. Tutto ciò non implica, però, che tutta la materia retributiva debba ritenersi sottratta alla competenza comunitaria. Con riguardo alla regola di parità, dunque, la retribuzione si deve ritenere rientrante nelle "condizioni di impiego"; ciò significa che la discrezionalità degli Stati membri nella fissazione dei livelli retributivi non può esercitarsi in spregio del principio di parità.

In una delle più note sentenze in materia di contratto a termine⁷², fra l'altro, la Corte si è sbarazzata rapidamente dell'obiezione, sollevata dalla difesa del Regno Unito, secondo cui la regola di parità per i lavoratori atipici non può essere estesa alle retribuzioni proprio perché, secondo la giurisprudenza in materia di discriminazioni di sesso, le "condizioni di lavoro" di cui alla direttiva 76/207 non comprenderebbero anche le retribuzioni. La Corte ricorda che per le discriminazioni di sesso, in realtà, quella giurisprudenza si giustificava per via dell'esistenza dell'art. 119 TCE (*ex art.* 141 TCE, ora 157 TFUE) e della direttiva 75/117/CE; il fatto che previsioni analoghe manchino nel caso dei lavoratori atipici non può ritenersi indice della volontà del legislatore comunitario di escludere la retribuzione dall'applicazione del principio di parità, né è possibile ricavare dalla citata giurisprudenza spunti per interpretare la nozione di condizioni di impiego in senso restrittivo.

⁶⁹ Per il lavoro a termine si v. CGE 11 novembre 2010, *Vino I*, C-20/10 (ord.), cit., punti 55 ss. della motivazione; per il lavoro a tempo parziale CGE 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, in *RCDL*, 2011, p. 975 ss., con nota di C. Alessi.

⁷⁰ Com'è noto, l'art. 137 TCE (ora art. 153 TFUE) enuncia le competenze comunitarie in materia di lavoro, stabilendo, al comma 5, che le previsioni in esso contenute non si applichino "alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata".

⁷¹ L'affermazione è molto ricorrente nella giurisprudenza della Corte. Si v., per esempio, CGE 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, 4, c. 617ss.

⁷² CGE 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, punti 117-119, in *RGL*, 2009, II, p. 53 ss. con nota di E. Raimondi.

Detto questo, la Corte utilizza poi la nozione di retribuzione, in numerose sentenze, per ampliare al massimo grado possibile la portata del principio di parità. Quasi scontata è l'inclusione nel concetto di retribuzione di tutti gli emolumenti corrisposti dal datore di lavoro in ragione del rapporto di impiego, compresi gli scatti di anzianità. Sul punto sono state pronunciate diverse sentenze, anche con riguardo ai lavoratori pubblici.

Nella sentenza *Gavieiro Gavieiro*⁷³, per esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto contrario al principio di parità di trattamento la mancata considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, del periodo di lavoro svolto a tempo determinato dai dipendenti pubblici (in questo caso si trattava di insegnanti) della Comunità autonoma della Galizia, come già aveva fatto nella sentenza *Del Cerro Alonso*⁷⁴ di qualche anno precedente. In questo caso, a differenza di quanto la Corte ha affermato in relazione al contratto di lavoro a tempo parziale, non vi è spazio per alcune differenziazione: i periodi svolti a tempo determinato rilevano ai fini sia della determinazione dell'anzianità di servizio che della corresponsione delle differenze retributive ad esse correlate.

La stessa posizione viene adottata dalla Corte nella più recente sentenza *Rosado Santana*⁷⁵, con alcune precisazioni interessanti: anzitutto la Corte sottolinea che la giurisdizione di uno Stato membro, compresa la Corte costituzionale, non può interpretare il principio di parità di trattamento previsto dalla direttiva in modo tale da escluderne l'applicazione ai dipendenti pubblici, se non sussistono ragioni obiettive (del resto, quelle invocate dalla Spagna, in questo caso, sono state puntualmente respinte). In secondo luogo, il principio di parità di trattamento può essere invocato da un lavoratore a tempo indeterminato, se la ragione della disparità di trattamento si riferisce al periodo in cui lo stesso ha lavorato con un contratto a termine.

L'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di parità, tuttavia, non si ferma qui: con alcune pronunce, molto discusse, la Corte di giustizia ha ritenuto rientrante nel concetto di "condizioni di impiego", equiparandole alla retribuzione, anche le prestazioni pensionistiche erogate dai sistemi previdenziali pubblici sulla scorta di quanto essa afferma da tempo in materia di discriminazioni di sesso⁷⁶. Per il momento, le controversie sottoposte alla Corte di giustizia nella materia *de qua* hanno riguardato i lavoratori a tempo parziale, ma i medesimi principi possono tranquillamente applicarsi anche al principio di parità di trattamento previsto dalla direttiva 99/70/CE. Secondo la Corte, per determinare se un regime pensionistico rientri in quelli "legali di previdenza sociale", perciò esclusi dall'applicazione del principio di parità di trattamento, occorre verificare la ricorrenza di alcuni requisiti: in particolare, la pensione deve riguardare una categoria particolare di lavoratori, deve essere proporzionale agli anni di servizio prestati e il suo importo deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione⁷⁷. L'impostazione suddetta ha consentito alla Corte di attrarre nell'orbita dell'art. 119 TCE diverse prestazioni previdenziali che, altrimenti,

⁷³ CGE 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro – Iglesias Torres*, cit.

⁷⁴ CGE 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, cit.

⁷⁵ CGE 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, cit.

⁷⁶ A questo proposito si può ricordare la sentenza con la quale è stata dichiarata contraria al diritto comunitario la normativa italiana che consentiva alle donne di anticipare il pensionamento a 60 anni, con un'interpretazione molto ampia del concetto di retribuzione. CGE 13 novembre 2008, C-46/07, in *FI*, 2009, IV, c. 10 ss.

⁷⁷ Il *leading case* è CGE 28/09/1994, C-7/93, *Beune*, in *RIDPCom*, 1995, p. 538 ss.; si v. anche CGE 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02, *Schonheit e Becker*, in *Racc.*, 2003, p. I-12575.

avrebbero potuto avvalersi delle più “morbide” previsioni della direttiva n.79/7/CEE⁷⁸. Alla stregua dei criteri indicati, com'è noto, sono state ricondotte alla nozione di retribuzione le prestazioni pensionistiche erogate dall'INPDAP ai dipendenti pubblici, con la celeberrima decisione che ha censurato la differente età pensionabile prevista per uomini e donne nel nostro ordinamento⁷⁹. Sulla scia di questa giurisprudenza, la Corte ha qualificato come retribuzione ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 4, Dir. 97/81/CE anche le prestazioni erogate dall'INPS ai lavoratori del settore privato. Si tratta, certamente, di sentenze discutibili, anche perché risulta davvero difficile, alla luce delle affermazioni della Corte, comprendere quali siano i “sistemi legali di previdenza” che, per la loro natura, non rientrano nella nozione di retribuzione e, perciò, risultano sottratti all'applicazione della regola paritaria. Ma sono proprio questi esempi a dimostrare come la Corte utilizzi davvero detto principio come “leva di Archimede” per forzare le competenze comunitarie, arrivando ad intaccare finanche le competenze statali più gelosamente custodite, quelle in materia previdenziale.

⁷⁸ Per alcuni riferimenti sul punto si v. M.L. Vallauri, *La discriminazione di genere e i congedi parentali*, in S. Sciarra, a cura di, *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 99 ss.

⁷⁹ CGE 13 novembre 2008, cit. Sulla decisione della Corte si v. le osservazioni critiche di F. Ravelli, *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*, in *RCDL*, 2008, p. 1145 ss.; G. Ciocca, *La Corte di giustizia, la parità retributiva e l'età pensionabile*, in *RDSS*, 2009, p. 125 ss.; P. Schlesinger, F. Bonetti, *Pensione di vecchiaia dei dipendenti pubblici e parità di trattamento tra uomini e donne*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 589 ss.