



Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 364/2018

© Vincenzo De Michele 2018
studiodemichele@gmail.com

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Subordinazione, autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo^{1α}

Vincenzo De Michele

1. Premessa: esiste il diritto del lavoro europeo?.....	3
2. Il ruolo del Parlamento Ue e della Commissione nella (ri)costruzione del diritto del lavoro europeo: il pilastro europeo dei diritti sociali.....	7
3. Dalla flessibilità dei rapporti di lavoro atipici del Libro Bianco italiano e dei minijobs delle leggi Hartz tedesche all'inderogabilità del contratto di lavoro subordinato nella giurisprudenza della Corte Ue.....	15
3.1. La sentenza Wippel della Corte Ue sul lavoro intermittente: il primo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.....	20
3.2. La sentenza Mangold della Corte Ue sul lavoro a tempo determinato: il secondo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.....	24
4. Il limite alla flessibilità autoregolativa degli Stati membri nei rapporti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione.....	31
5. La Corte di giustizia sull'ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE: la nozione comunitaria di ragioni oggettive nella sentenza Adeneler.....	33
5.1 Il revirement della Commissione Ue sull'immanenza delle ragioni oggettive temporanee nella causa Sciotto sul Jobs act.	37

^{α 1} Il saggio sarà pubblicato in un volume dal titolo provvisorio "Lavoro agile, autonomo, accessorio", AA.VV., a cura di D.Garofalo, di prossima pubblicazione sulla Collana di Adapt.

6. La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nella direttiva 91/533/CEE: la sentenza Andersen.....	40
6.1 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: la sentenza Land Tirol.....	42
6.2 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: le sentenze O' Brien e Sibilio.	43
6.3 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nella direttiva 2008/104/CE: la sentenza Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH.....	46
7. La sentenza Abercrombie della Corte di giustizia sul lavoro intermittente e l'epilogo della flessibilità autoregolata dagli Stati. Il problema dell'applicazione delle decisioni della Corte Ue nelle controversie tra privati.....	48
8. Le distinte nozioni di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo nella giurisprudenza Ue alla luce della direttiva 2003/88/CE e dell'art.45 TFUE.	53
9. La compatibilità/incompatibilità comunitaria delle nuove discipline del lavoro autonomo "protetto", del lavoro occasionale e del lavoro agile.	60

1. Premessa: esiste il diritto del lavoro europeo?

La legge n.81/2017, che ha introdotto misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e la disciplina del lavoro "agile", e l'art. 54 bis della legge n.96/2017 (di conversione del d.l. n. 50/2017), che ha introdotto la nuova disciplina del lavoro occasionale, rappresentano iniziative del legislatore interno apparentemente meno problematiche, nel rapporto con il diritto dell'Unione europea, rispetto al d.lgs. n.81/2015 di riordino delle tipologie contrattuali.

La tecnica di produzione normativa utilizzata nell'uno (legge ordinaria) e nell'altro (articolo aggiunto in sede di conversione di decreto legge) non scontano, infatti, le criticità del Jobs act sulla flessibilità dei rapporti di lavoro, che aveva abrogato con la formula del decreto legislativo ben due discipline di recepimento delle direttive 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato e 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale, sostituendole con norme che, in parte diverse dai testi originali del d.lgs. n.368/2001 e d.lgs. n.61/2000, non presentano, neanche nel preambolo del d.lgs. n.81/2015, alcun link di collegamento con il diritto dell'Unione europea, che però, come l'araba fenice, a volte riappare per ricordare al legislatore nazionale il (mancato) rispetto degli obblighi derivanti dall'attuazione dei Trattati, ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost..

Si era segnalata ⁽²⁾ la presenza di evidenti profili di incompatibilità con il diritto Ue delle nuove discipline del contratto a tempo determinato e del lavoro somministrato a termine, del part time, del lavoro occasionale, delle collaborazioni etero-organizzate, introdotte dal d.lgs. n.81/2015 e in parte anticipate dal d.l. n.34/2014.

Tuttavia, nell'enfasi della riforma del Jobs act ⁽³⁾ che sarebbe stata richiesta dall'Europa come panacea dei mali che affliggevano e rendevano asfittico il mercato del lavoro in Italia, se ne è ignorata l'esistenza, sul presupposto, in parte fondato, che fossero proprio le Istituzioni comunitarie a pretendere l'ennesimo intervento legislativo di revisione della normativa in materia di flessibilità.

Se, dunque, è possibile sostenere, con opposte e coerenti argomentazioni, che il Jobs act sui contratti di lavoro flessibili e sulla flessibilità all'interno del rapporto possa essere incompatibile con il diritto dell'Unione europea o, invece, coerente con il quadro comunitario,

⁽²⁾ V. DE MICHELE, *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, AA.VV., di E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), Bari, 2015, 25 ss.

³ Cfr. G. FONTANA, "Contratto di lavoro" e "giustizia" nella crisi economica, in *DLM*, 2017, 2, 321, che ricorda che il disegno riformatore del *Jobs act* è incentrato sul duplice obiettivo di spostare le tutele del rapporto lavorativo al mercato e di rafforzare i poteri imprenditoriali.

dovremmo preliminarmente chiederci se esiste un diritto del lavoro europeo, fondato sulle direttive sociali e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che possa rappresentare quantomeno il quadro interpretativo "generale" di principi e diritti, all'interno del quale collocare la disciplina dei rapporti di lavoro dei singoli Stati membri, con effetti cogenti ed effettivi dei principi e diritti europei negli ordinamenti nazionali.

In dottrina ⁽⁴⁾ ci si è interrogati sull'attuale congiuntura di presunta crisi e «caduta del diritto del lavoro dell'Unione europea» e sull'esistenza ed effettività di nozioni comunitarie di subordinazione ed autonomia nei rapporti di lavoro, concludendo nel senso di individuare differenti "sfumature" nella nozione di lavoratore subordinato nel mercato comune del lavoro europeo, con prevalente riconoscimento dell'autonomia regolativa interna degli Stati, temperato però dal rilancio della funzione protettiva del diritto del lavoro da parte dell'ordinamento comunitario, agendo, in particolare, sulla tutela antidiscriminatoria e della salute e della sicurezza, varcando, altresì, «i confini del lavoro subordinato per estendere talune fondamentali garanzie al lavoro autonomo o quantomeno a segmenti significativi di esso» ⁽⁵⁾.

L'approfondita analisi, che si lega perfettamente con la crisi del dogma dell'inderogabilità nel circuito *multilevel* della giurisprudenza europea ⁽⁶⁾, del tutto corretta, va però filtrata con le più recenti indicazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, che sembrano indirizzarsi verso uno sforzo più identitario, autonomo e cogente del diritto dell'Unione, sottraendo molti spazi importanti sul piano interpretativo alle discipline regolative degli ordinamenti nazionali.

Nelle conclusioni depositate il 25 gennaio 2018 nella causa C-96/17 *Vernaza Ayovi* (EU:C:2018:43) l'Avvocato generale Kokott si spinge a proporre alla Corte di giustizia, come soluzione di una controversia principale di illegittima risoluzione di un contratto a tempo determinato *ante tempus* e senza ragioni oggettive, che la sanzione da applicare sia quella prevista per il licenziamento illegittimo di un lavoratore a tempo indeterminato "comparabile" nel pubblico impiego, con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, precisando che «la coerenza del diritto del lavoro europeo richiede inoltre che la nozione di condizioni di lavoro o di impiego sia interpretata senza prescindere dal suo significato nelle disposizioni di diritto dell'Unione collegate.» (punto 56 delle conclusioni).

⁽⁴⁾ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2017, 33 ss.

⁽⁵⁾ S. GIUBBONI, op. cit., 169.

⁽⁶⁾ Cfr. sul punto le fondamentali riflessioni di G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, 2010, Torino, 161-207.

È la prima volta, per quanto consta, che nella riflessione della giurisprudenza comunitaria viene utilizzata l'espressione (che presuppone la nozione) di «diritto del lavoro europeo».

Effettivamente il *corpus* normativo delle direttive sociali in materia di lavoro, in combinato disposto con la nozione di lavoratore ricavabile dall'art.45 TFUE (già art.39 TCE) sulla libertà di circolazione, possiede ormai una sua identità e una sua autonoma effettività negli ordinamenti interni, sia attraverso il meccanismo di recepimento degli Stati membri sia nell'interpretazione che ne ha fornito la Corte di giustizia nelle moltissime decisioni, in particolare con la direttiva 91/533/CEE ⁽⁷⁾ relativa all'informazione al lavoratore delle condizioni di lavoro, con la direttiva 2003/88/CE ⁽⁸⁾ sull'orario di lavoro, con le direttive antidiscriminatorie 2000/78/CE ⁽⁹⁾ e 2006/54/CE ⁽¹⁰⁾, con la direttiva 1999/70/CE ⁽¹¹⁾ sul lavoro a tempo determinato, con la direttiva 97/81/CE ⁽¹²⁾ sul lavoro a tempo parziale, con la direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro presso agenzia interinale ⁽¹³⁾, con la direttiva 2010/18/UE sul congedo parentale ⁽¹⁴⁾.

Né la penetrazione del diritto del lavoro "europeo" (più restrittivamente, in questo caso, "dell'Unione europea") nella disciplina nazionale può essere limitata alla verifica, da parte dell'interprete, della compatibilità o meno delle regole interne con un sistema giuridico normativo-ermeneutico sovranazionale e del tutto distinto da quello nazionale.

⁽⁷⁾ Direttiva 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (GU L 288 del 18.10.1991, pag. 32).

⁽⁸⁾ Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (GU L 299 del 18.11.2003, pag. 9).

⁽⁹⁾ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303 del 2.12.2000, pag. 16).

⁽¹⁰⁾ Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204 del 26.7.2006, pag. 23).

⁽¹¹⁾ Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175 del 10.7.1999, pag. 43).

⁽¹²⁾ Direttiva 97/81/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES – Allegato: accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (GU L 14 del 20.1.1998, pag. 9).

⁽¹³⁾ Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa al lavoro tramite agenzia interinale (GU L 327 del 5.12.2008, pag. 9).

⁽¹⁴⁾ Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (GU L 68 del 18.3.2010, pag. 13).

Infatti, l'Avvocato generale Sharpston ricorda nelle sue conclusioni nella causa Farrell C-413/15 (EU:C:2017:492, punti 28-29) che è *ius receptum*, a partire dalla sentenza *van Gend & Loos* ⁽¹⁵⁾, il principio secondo cui il diritto dell'Unione non riguarda soltanto le relazioni tra Stati, ma conferisce diritti ai singoli, e che l'efficacia diretta verticale delle direttive consente che una disposizione chiara, precisa e incondizionata, contenuta in una direttiva, racchiude un diritto che gli Stati membri, nel promulgare tale direttiva, hanno concordato di conferire ai singoli.

Partendo da questo fondamento giuridico del rapporto tra le fonti di diritto sovranazionale e nazionale, l'Avvocato generale britannico individua gli spazi per una tutela effettiva dei diritti fondamentali nel realizzarsi della fase del recepimento delle direttive. Infatti, se è lasciata allo Stato membro, in base all'art.288 par.3 TFUE, la competenza in merito alla forma e ai mezzi per la trasposizione di una direttiva nel diritto nazionale, essendo vincolato lo Stato sul risultato da raggiungere, purtuttavia, quando il diritto derivato dell'Unione è stato integralmente e correttamente trasposto entro la data di recepimento, «la direttiva diviene...., in un certo senso, invisibile, in quanto i diritti che essa conferisce risultano ormai pienamente espressi nel diritto nazionale.».

Nell'ordinamento giuridico italiano, dopo i clamorosi ritardi iniziali nella trasposizione delle direttive comunitarie, sono stati predisposti ben tre percorsi normativi di rapido e tempestivo recepimento delle disposizioni dell'Unione europea, prima con il sistema della legge annuale comunitaria introdotto dalla legge "La Pergola" n.86/1989 e modificato dalla legge "Buttiglione" n.11/2005, poi con la legge "Monti" n.234/2012, attualmente in vigore, che ha previsto lo sdoppiamento della legge comunitaria in due distinti provvedimenti (legge di delegazione europea e legge europea).

Pare difficile, allora, sostenere la tesi che una normativa interna che traspone, più o meno correttamente, una direttiva europea costituisca una mera legge ordinaria e non sia, piuttosto, una legislazione speciale costituzionalmente rafforzata, sul piano interpretativo ai sensi dell'art.117 comma 1 Cost., dalla necessaria integrazione con i principi e le regole della direttiva da cui promana, alla luce della pertinente giurisprudenza comunitaria.

⁽¹⁵⁾ C. giust. 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, «(...) la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie».

Quindi, un diritto del lavoro europeo non può esistere come sistema autonomo di norme di promanazione dalle Istituzioni dell'Unione, se non si incarna nella legislazione interna attraverso il meccanismo di recepimento della direttiva o della legislazione europea, rendendo così limitata la possibilità dello Stato nazionale di modificare, integrare, correggere le regole di derivazione comunitaria.

Un esempio delle difficoltà "visive" in cui potrebbe incorrere il giurista senza indossare lenti interattive adeguate a valutare un sistema di norme più complesso e articolato di quello nazionale, quando la legislazione dello Stato sia influenzata e condizionata dal moto ondoso dell'*acquis communautaire*, può essere rappresentato dalla recente (nuova) posizione della Commissione europea sulle modifiche alla disciplina dei contratti flessibili all'originaria disciplina di recepimento della direttiva 1999/70/CE, introdotte dapprima dal d.l. n.34/2014 e poi "stabilizzate" dal d.lgs. n.81/2015 (su cui v. *infra*).

2. Il ruolo del Parlamento Ue e della Commissione nella (ri)costruzione del diritto del lavoro europeo: il pilastro europeo dei diritti sociali.

Con l'avvio del processo di separazione del Regno Unito dal sistema dei Trattati dell'Unione (denominato "Brexit") dopo l'esito referendario nel UK, il Parlamento europeo con la risoluzione del 19 gennaio 2017 ⁽¹⁶⁾, richiamando le citate direttive sociali, la Carta dei diritti fondamentali Ue ⁽¹⁷⁾, la Carta sociale europea ⁽¹⁸⁾, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ⁽¹⁹⁾, la Convenzione europea dei diritti

⁽¹⁶⁾ Risoluzione del Parlamento europeo del 19 gennaio 2017 su un pilastro europeo dei diritti sociali (2016/2095(INI)), su <http://www.bin-italia.org/europa-sociale-nuova-risoluzione-reddito-garantito/>.

⁽¹⁷⁾ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e fa parte, ai sensi dell'art.4 TUE, del diritto primario dell'Unione, avendo lo stesso valore dei Trattati. Sulla Carta Ue cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, in *GC*, 2001, 1, 193 ss.; S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 168 ss.; A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015, Bari, 195-203.

⁽¹⁸⁾ La Carta sociale europea è un Trattato del Consiglio d'Europa, adottato a Torino il 18 ottobre 1961 e rivisto a Strasburgo nel 1996. La sua versione riveduta è entrata in vigore il 1° luglio 1999.

⁽¹⁹⁾ La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata adottata in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989 e il relativo testo è riportato nel documento della Commissione COM (89) 471 del 2 ottobre 1989. Sulla Carta comunitaria cfr. M. DE LUCA, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, in *Dimensione sociale del mercato unico europeo*, AA.VV., Milano, 1990, 61 ss.; C. LA MACCHIA, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *DLRI*, 1990, 790 ss.; C. PETTITI, *La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs: un progrès?*, in *DS*, 1990, 387 ss.

dell'uomo ⁽²⁰⁾, ha proposto alla Commissione e agli Stati membri, in particolare, le seguenti linee guida per avviare e implementare il "pilastro europeo dei diritti sociali" e rilanciare la strategia Europa 2020:

- ha invitato la Commissione alla revisione dell'acquis sociale e delle politiche occupazionali e sociali dell'UE per presentare proposte su un pilastro europeo dei diritti sociali (EPSR) che rafforzi i diritti sociali mediante strumenti legislativi e finanziari concreti e specifici, da applicare a tutti i paesi che partecipano al mercato unico allo scopo di mantenere condizioni di parità e il rispetto dei principi della parità di trattamento, della non discriminazione e delle pari opportunità mediante le politiche occupazionali e sociali (punti 1 e 2);
- ha invitato le parti sociali e la Commissione a collaborare al fine di presentare una proposta di direttiva quadro sulle condizioni di lavoro dignitose in tutte le forme di occupazione, estendendo le attuali norme minime alle nuove tipologie di rapporto di lavoro, da applicarsi ai lavoratori dipendenti e a tutti i lavoratori in forme di occupazione atipiche, senza modificare le direttive esistenti (punto 4);
- ha ricordato il rischio di una dicotomia nel mercato del lavoro, perché «i mercati del lavoro europei si stanno evolvendo sempre più spesso verso forme di occupazione "atipiche" o "non standard", come il lavoro interinale, il lavoro a tempo parziale non volontario, il lavoro occasionale, il lavoro stagionale, il lavoro su richiesta, il lavoro autonomo dipendente o il lavoro mediante piattaforme digitali», ma che «i posti di lavoro permanenti sono quelli che contribuiscono di più all'espansione dell'occupazione, registrando nel corso degli ultimi due anni e mezzo una crescita più veloce rispetto al lavoro temporaneo», invitando la Commissione a estendere la direttiva sulle dichiarazioni scritte ai lavoratori (91/533/CEE) in modo da coprire tutte le forme di occupazione e i rapporti di lavoro (considerando K e punto 5);
- ha invitato la Commissione a sostenere attivamente una copertura più ampia della contrattazione collettiva, raccomandando l'istituzione di soglie retributive sotto forma di salari minimi nazionali (punto 6) e sottolineando l'importanza del diritto alla contrattazione collettiva e alle azioni collettive in quanto diritto fondamentale sancito nel diritto primario dell'UE (punto 8);

⁽²⁰⁾ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 dai Governi membri del Consiglio d'Europa. Sul significativo impatto che ha avuto, nell'ordinamento interno anche per quanto riguarda i diritti fondamentali del lavoro, la Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, cfr. P. GIANNITI (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Bologna, 2015; A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Vicenza, 2016; A.M. ROMITO, *op.cit.*, 203-228.

- ha esortato tutti gli Stati membri a dare piena attuazione alla legislazione in materia di protezione dai rischi sul luogo di lavoro e di limitazioni relative all'orario di lavoro e disposizioni sui periodi minimi di riposo e le ferie annuali (punto 7);
- ha raccomandato che tutti i lavoratori siano coperti da un'assicurazione contro la disoccupazione o il lavoro a tempo parziale involontario, che sia abbinata all'assistenza nella ricerca di un lavoro e a investimenti nel perfezionamento e nell'aggiornamento professionale in base alle condizioni definite da ciascuno Stato membro di concerto con le parti sociali (punto 14), mettendo in evidenza l'importanza di regimi adeguati di reddito minimo per preservare la dignità umana e lottare contro la povertà e l'esclusione sociale (punto 15);
- ha ricordato che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE vieta qualsiasi forma di discriminazione, sottolineando la necessità di (far) applicare correttamente la direttiva 2000/78/CE sulla parità in materia di occupazione (punto 26);
- ha invitato gli Stati membri a siglare e ratificare la Carta sociale europea riveduta e ha addirittura incoraggiato la Commissione a esaminare le azioni necessarie per l'adesione dell'Unione europea alla Carta riveduta (punto 32);
- ha ritenuto opportuna l'adozione del pilastro europeo dei diritti sociali nel 2017, sotto forma di accordo tra il Parlamento, la Commissione e il Consiglio europeo.

Per rafforzare la serietà delle indicazioni e dei suggerimenti proposti nella risoluzione del 19 gennaio 2017, il Parlamento europeo ha fatto esplicito richiamo a due importanti decisioni della Corte di giustizia, la sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* ⁽²¹⁾ sulla direttiva 2003/88/CE e la sentenza *Ledra Advertising* ⁽²²⁾

⁽²¹⁾ C. Giust. 10 settembre 2015, C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras v. Tyco Integrated Security SL e Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, EU:C:2015:208; su cui cfr. S. ROBIN-OLIVIER, *Cour de justice, 4e ch., 10 septembre 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (Tyco)*, aff. C-366/14, ECLI:EU:C:2015:578, in *Jurisprudence de la CJUE 2015* (Ed. Bruylant - Bruxelles), 2015, 328-333; F. TRILLO PÁRRAGA, *Cómputo de la jornada de trabajo de los trabajadores que no cuentan con un centro de trabajo fijo o habitual. Sentencia del Tribunal de Justicia sala 3a, de 10 de septiembre de 2015*, in *Revista de derecho social*, 2015, 72, 121-131; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia chiarisce la nozione di orario di lavoro nell'ambito degli spostamenti effettuati dai lavoratori senza un posto fisso*, in *DCSI*, 2016, 107-108.

⁽²²⁾ C. Giust. 20 settembre 2016, causa riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, *Ledra Advertising ed altri v. Commissione e Banca centrale europea*, EU:C:2016:701; su cui cfr. S. VEZZANI, *Sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea per violazione della Carta dei diritti fondamentali: riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ledra Advertising*, in *RDI*, 2017, 154-161.

sulla responsabilità extracontrattuale dell'Unione Europea (Commissione e BCE) per violazione della Carta dei diritti fondamentali.

In particolare, nella sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* la Corte di giustizia - in fattispecie in cui nel giudizio principale si controverteva sulla nozione di orario di lavoro del tempo di spostamento tra il domicilio di lavoratori, che non hanno un luogo di lavoro fisso o abituale, ed i luoghi in cui si trovano il primo e l'ultimo cliente - ha ribadito che le varie prescrizioni, enunciate dalla direttiva 2003/88/CE, in materia di durata massima dell'orario di lavoro e di periodi minimi di riposo costituiscono disposizioni della normativa sociale dell'Unione che rivestono importanza particolare e di cui ogni lavoratore deve poter beneficiare quale prescrizione minima necessaria per garantire la tutela della sua sicurezza e della sua salute (punto 24).

Secondo la Corte Ue, per quanto attiene alla nozione di «orario di lavoro», la direttiva 2003/88/Ce definisce detta nozione includendovi qualsiasi periodo in cui il dipendente sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della propria attività o delle proprie funzioni, conformemente alle legislazioni e/o prassi nazionali, e che tale nozione va intesa in opposizione al periodo di riposo, in quanto ciascuna delle due nozioni esclude l'altra (punto 25), né la direttiva prevede categorie intermedie tra i periodi di lavoro e quelli di riposo (punto 26).

Pertanto, secondo la sentenza *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras*, le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo», ai sensi della direttiva 2003/88, costituiscono nozioni di diritto dell'Unione che occorre definire secondo criteri oggettivi, facendo riferimento al sistema e alla finalità di tale direttiva, intesa a stabilire prescrizioni minime destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei dipendenti. Infatti, soltanto una siffatta interpretazione autonoma può assicurare la piena efficacia di detta direttiva, nonché l'applicazione uniforme delle dette nozioni in tutti gli Stati membri (punto 27).

Nella sentenza *Ledra Advertising* la Corte di giustizia, in un giudizio di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione europea promosso da risparmiatori ciprioti che lamentavano l'illegittimo comportamento della Commissione (e della BCE), ha avuto modo di sottolineare che la Commissione, ai sensi dell'art.17, par. 1, TUE, «promuove l'interesse generale dell'Unione» e «vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione» e che il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione nei confronti dei singoli cittadini, ai sensi dell'art. 340, secondo comma, TFUE, presuppone che ricorrano congiuntamente varie condizioni per una violazione «qualificata», ossia l'illiceità del comportamento contestato all'Istituzione dell'Unione, come ad esempio l'omessa vigilanza sull'effettivo recepimento da parte dello Stato membro delle direttive,

l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità fra il comportamento dell'istituzione e il danno lamentato (punti 64-65).

Sostanzialmente, nella risoluzione del 19 gennaio 2017 il Parlamento Ue ha sollecitato la Commissione a vigilare sulla corretta applicazione delle direttive sociali in ogni Stato membro, alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, mettendo in rilievo il rischio di azioni di risarcimento danni nei confronti dell'Unione per responsabilità extracontrattuale dell'Istituzione europea custode dei Trattati e della corretta osservanza delle norme comunitarie.

Nel contempo, con comunicazione del gennaio 2017 la Commissione ha notiziato il Mediatore europeo, che ne ha preso atto nella decisione del 14 settembre 2017 chiudendo l'indagine OI/5/2016/AB sulla corretta gestione e utilità delle procedure EU-Pilot, di aver abbandonato i reclami secondo la procedura di pre-infrazione, rilevatesi inefficaci nel risolvere rapidamente eventuali violazioni del diritto comunitario in una fase precoce nei casi appropriati, ripristinando così la tradizionale procedura di infrazione, che comunque costituisce uno strumento per entrare in un dialogo immediato di *problem-solving* con uno Stato membro, soprattutto quando l'accertamento riguarda violazioni sistemiche e gravi del diritto dell'UE.

In questo contesto di ripresa più attiva del ruolo di garante dei Trattati dopo la crisi, dando seguito alla risoluzione del 19 gennaio 2017 del Parlamento Ue, con la successiva comunicazione interpretativa sulla direttiva 2003/88/CE la Commissione europea ⁽²³⁾ si è preoccupata di fornire agli interpreti una *summa* coordinata, con vocazione quasi codificatoria, delle informazioni provenienti dal legislatore e dalla giurisprudenza dell'Unione sulla regolamentazione della direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro, preoccupandosi di sottolineare le nozioni comunitarie di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo enucleate dalla Corte di giustizia in oltre 50 decisioni.

La Commissione ha evidenziato che, al di là dello *status* della persona secondo la normativa nazionale, alcuni lavoratori qualificati «autonomi» nell'ordinamento interno possono essere qualificati dalla Corte di giustizia come «lavoratori» ai fini dell'applicazione della direttiva sull'orario di lavoro (v. *infra*).

Contestualmente, il 27 aprile 2017 la Commissione ha adottato una Dichiarazione sull'*european social pillar* ⁽²⁴⁾ (con valore anche di

⁽²³⁾ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulla direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'orario di lavoro, in GUUE C 165 del 24 maggio 2017, pag.1.

⁽²⁴⁾ Su https://ec.europa.eu/commission/publications/reflection-paper-social-dimension-europe_en; sulla Dichiarazione della Commissione cfr., S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul*

Raccomandazione) nella quale sono stati indicati i 20 principi su cui indirizzare le politiche del lavoro e della sicurezza sociale nell'Unione, già elaborati nella Risoluzione del Parlamento Ue, integrata dal Documento *Reflection paper on the future of social europe* e dallo schema della *Joint Declaration* sul pilastro sociale europeo, poi sottoscritta il 27 novembre al Vertice sociale tenutosi a Göteborg dai tre Presidenti del Consiglio, del Parlamento e della stessa Commissione.

Poco dopo, il Parlamento europeo ha approvato la risoluzione del 4 luglio 2017 sulle condizioni di lavoro e l'occupazione precaria (2016/2221(INI)), chiedendo una revisione della direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro, per tenere conto delle nuove forme di lavoro atipiche e dell'aumento del lavoro precario.

Nella risoluzione del 4 luglio 2017 l'Istituzione Ue ha preso atto della definizione, da parte di Eurofound ⁽²⁵⁾, di occupazione atipica, riferita ai rapporti di lavoro non conformi al modello di lavoro standard o tipico, a tempo pieno, regolare, a tempo indeterminato e con un unico datore di lavoro per un lungo arco di tempo, e ha evidenziato che i termini "atipico" e "precario" non possono essere utilizzati come sinonimi.

In particolare, il Parlamento europeo ha proposto come definizione di lavoro precario un'occupazione nella quale non vengono rispettate le norme e le disposizioni dell'Unione, internazionali e nazionali e/o che non offra mezzi sufficienti per una vita dignitosa o una protezione sociale adeguata e ha constatato che alcune forme atipiche di occupazione possono comportare maggiori rischi di precarietà e insicurezza, ad esempio nel caso del lavoro a tempo parziale involontario, del lavoro a tempo determinato, dei contratti a zero ore nonché di tirocini e apprendistati non retribuiti.

Chiaro l'obiettivo delle Istituzioni europee di rilanciare il welfare comunitario utilizzando come modello non più, e non solo, le buone prassi sociali rilevate negli Stati membri, ma anche la naturale (seppure esplicitamente sempre negata) tendenza all'armonizzazione delle discipline interne del lavoro, che è l'effetto del recepimento delle direttive sociali nelle sue correzioni e integrazioni attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, grazie anche, da un lato, al rilancio dell'azione collettiva

pilastro europeo dei diritti sociali, in QC, 4, 2017, 953 ss.; F. DURANTE, *Lavoro e Welfare: il sindacato e il Pilastro europeo dei diritti sociali*, in RPS, 3, 2017; A. CRESPI, *European pillar of social rights mirror EU good intentions and contradictions*, in [www. Socialeurope.com](http://www.Socialeurope.com); G. BRONZINI, *Le tutele sociali nel vecchio continente nel 2016: il terzo rapporto sui diritti fondamentali in Europa*, in RIDL, 2017, III, 69 ss.; *id.*, *Il reddito minimo garantito alla luce del "pilastro sociale europeo"*, su www.bin-italia.org, 16 febbraio 2018.

⁽²⁵⁾ Su <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/atypical-work>.

sindacale, di natura paragiurisdizionale, sulla tutela dei diritti dei lavoratori garantiti dalla Carta sociale europea (richiamata dall'art.151 TFUE) nei reclami collettivi davanti al Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d'Europa, dall'altro ad una significativa attività di ascolto e di mediazione sulle istanze dei cittadini-lavoratori europei promossa dalla Commissione per le petizioni del Parlamento Ue, ai sensi dell'art.20, par.2, lett.d), del TFUE.

A tal proposito, giova sottolineare che il 22 novembre 2017 in Parlamento europeo presso la Commissione per le petizioni si è tenuta una seduta pubblica per discutere sul tema "*Protection of the rights of workers in temporary or precarious employment, based on petitions received*"⁽²⁶⁾, cioè su come gli Stati membri e le Istituzioni Ue hanno dato applicazione alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, con la presentazione di n.48 petizioni, tra cui emergeva, oltre al preponderante numero di petizioni in materia di precariato pubblico provenienti dall'Italia, la petizione n.178/2017 di n.108 lavoratori precari dello staff personale non permanente della Commissione Ue, sull'attuazione di condizioni di lavoro non discriminatorie e di prospettive di carriera per gli agenti contrattuali dell'Istituzione dell'Unione, evidenziando così precise responsabilità della Commissione europea, come garante dei Trattati, nell'esercizio (omesso o grandemente carente) dell'attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa dell'Unione in materia di flessibilità.

All'esito della *public hearing* del 22 novembre 2017, la Commissione PETI ha approvato, all'unanimità di tutti i gruppi parlamentari, una proposta di risoluzione, da presentare per l'approvazione alla plenaria del Parlamento europeo nel mese di maggio c.a., sullo stato della precarizzazione dei rapporti del lavoro nell'Unione europea in conseguenza della non corretta applicazione della direttiva sul lavoro a tempo determinato che, evidentemente, se si tradurrà in una risoluzione parlamentare, potrebbe provocare una comunicazione interpretativa della Commissione per sistematizzare e codificare la ormai alluvionale giurisprudenza della Corte di giustizia sulla direttiva 1999/70/CE.

Non è un caso, allora, che la Commissione Ue, nell'ambito delle iniziative che danno seguito al pilastro europeo dei diritti sociali, abbia adottato il 21 dicembre 2017 una proposta di direttiva per condizioni di lavoro più trasparenti e prevedibili in tutta l'Unione.

⁽²⁶⁾ Cfr. V. DE MICHELE, *The principle of non-discrimination and measures to prevent and sanction the misuse or the abuse of fixed-term contracts in light of the EU Court of Justice case laws*, pubblicato su <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/La-tutela-del-precariato-pubblico-in-Europa-e-in-Italia-aspettan-do-Godot/5705.aspx>.

La proposta della Commissione integra e aggiorna gli esistenti obblighi di informare tutti i lavoratori riguardo alle loro condizioni di lavoro e stabilisce nuove norme minime per garantire che tutti i lavoratori, inclusi quelli che hanno contratti atipici, beneficino di maggiore prevedibilità e chiarezza in materia di condizioni di lavoro, aggiornando e sostituendo così la direttiva 91/533/CEE.

In particolare, la Commissione con la proposta di direttiva relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili intende ridurre il rischio che i lavoratori non godano di sufficiente tutela, procedendo con le seguenti misure:

- allineando la nozione di lavoratore a quella della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione e garantendo la copertura delle stesse categorie generali di lavoratori;
- integrando nell'ambito di applicazione della direttiva forme di lavoro subordinato che, attualmente, sono spesso escluse, come i lavoratori domestici, i lavoratori a tempo parziale marginale o quelli con contratti di brevissima durata, ed estendendola a nuove forme di lavoro subordinato come i lavoratori a chiamata, i lavoratori pagati a voucher e i lavoratori tramite piattaforma digitale;
- garantendo che i lavoratori ricevano un fascicolo informativo aggiornato e ampliato sin dal primo giorno del rapporto di lavoro, e non due mesi dopo come accade attualmente;
- stabilendo nuovi diritti minimi, quali il diritto a una maggiore prevedibilità del lavoro per coloro che lavorano per lo più con un orario variabile, la possibilità di chiedere la transizione a una forma di occupazione più stabile e di ricevere una risposta scritta o il diritto alla formazione obbligatoria senza deduzione dello stipendio;
- rafforzando gli strumenti di esecuzione e i mezzi di ricorso come ultima risorsa per risolvere eventuali controversie.

Peraltro, il Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2017 aveva invitato il legislatore dell'Unione ad avanzare rapidamente sulle questioni sociali in sospeso a livello dell'UE, facendo anche riferimento alle iniziative annunciate dalla Commissione nel suo programma di lavoro, tra cui questa proposta di direttiva.

Come si può notare, dunque, non solo il diritto del lavoro europeo comincia ad assumere forme identitarie con l'interazione delle istituzioni Ue che esercitano le funzioni legislative, amministrative e giurisdizionali, ma esso si delinea come non riducibile alla normativa e alla prassi dell'Unione, aprendosi al contributo, non privo di una sua originalità e di forte autonomia rispetto agli ordinamenti nazionali, delle grandi Carte europee sulla tutela dei diritti fondamentali e degli organi di controllo sulla loro applicazione che operano nel sistema del Consiglio d'Europa, come la

Carta sociale europea con il CEDS per i diritti collettivi sindacali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la Corte di Strasburgo per i diritti individuali dei lavoratori.

Un diritto del lavoro europeo, appunto, non limitato al contesto dell'Unione europea, come evocato nelle citate conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella causa C-96/17 *Vernaza Ayo*.

3. Dalla flessibilità dei rapporti di lavoro atipici del Libro Bianco italiano e dei minijobs delle leggi Hartz tedesche all'inderogabilità del contratto di lavoro subordinato nella giurisprudenza della Corte Ue.

In questa prospettiva, nella recente riscoperta dell'autonomia delle fonti legislative e giurisprudenziali di formazione del diritto del lavoro europeo sembrerebbe delinearsi un ritorno al passato, da un lato, alle coordinate culturali tracciate dal "Manifesto per l'Europa sociale" ⁽²⁷⁾ che, sulla flessibilità del lavoro indipendente e dell'autoimprenditorialità, ha proposto l'assimilazione di queste nuove figure lavorative al complesso sistema di protezione sociale del lavoro subordinato; dall'altro, al "Rapporto Supiot" ⁽²⁸⁾, in cui si sottolinea che «la tecnica di tutela comune ai paesi europei, irrinunciabile per non rendere di fatto facoltativa la stessa applicazione del diritto del lavoro», è rappresentata dalla «eteronomia del modello di disciplina del lavoro subordinato e l'insuscettibilità della difforme qualificazione del rapporto di lavoro a produrre effetti validi per l'ordinamento giuridico ⁽²⁹⁾.

La spinta alla deregolazione, sul piano dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, dei contratti di lavoro per lasciare spazio alla legislazione nazionale trovava il suo fondamento, come è noto, nel Libro bianco della Commissione europea di Delors del 1993 ⁽³⁰⁾ con l'introduzione dei *vouchers*, forma di lavoro occasionale per fini sociali, che avevano trovato una qualche legittimazione anche nella normativa europea nel 1997, nel momento in cui la clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale aveva previsto espressamente che «gli Stati

⁽²⁷⁾ Cfr. B. BURCUSSON, S. DEAKIN, P. KOISTINEN, Y. KRAVARITOU, U. MUCKEMBERGER, A. SUPLOT, B. VENEZIANI, *A Manifesto for Social Europe*, pubblicato da European Trade Union Institute of ETUC e, parzialmente, su *RIDL*, 1997, 1; sul Manifesto cfr. B. BURCUSSON, B. VENEZIANI, D. Hoffman, P. KOISTINEN, U. MUCKEMBERGER, *Interview: "Social Europe" Manifesto*, in *Transfer*, 1996, 2, 341; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op.cit., 126-134.

⁽²⁸⁾ Il "Rapporto Supiot", dal titolo *Au-delà de emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, in Flammarion, Park, 1999, con traduzione in Italia nel volume A. SUPLOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, Bari, 2003, 21 ss..

⁽²⁹⁾ Cfr. G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op.cit., 128.

⁽³⁰⁾ Comunicazione della Commissione CEE del 5 dicembre 1993, COM893) 700, p.21.

membri... possono, per ragioni obiettive, escludere totalmente o parzialmente dalle disposizioni del presente accordo i lavoratori a tempo parziale che lavorano su base occasionale».

Il modello dei *vouchers* proposto dalla Commissione europea nel 1993 trovava, a sua volta, le sue origini nella prassi contrattuale dei contratti a zero ore o a chiamata in Gran Bretagna e nella regolamentazione legislativa tedesca dei *minijobs*, disciplinati dall'art.8 della legge tedesca (SGB IV) del 23 dicembre 1976 come lavoro autonomo "minore", che prevedevano (e prevedono) un impiego formalmente non superiore al limite reddito di € 450 al mese e di € 5.400 all'anno (da compurarsi facendo riferimento all'anno solare), salvo che si trattasse di minijobs di breve durata, in relazione ai quali l'occupazione sin dall'inizio aveva una durata non superiore a due mesi, per un totale di 50 giorni lavorativi per anno civile.

Il superamento dei limiti innanzi descritti portava a considerare, sin dall'inizio, il minijobber come un lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato. Il costo per il datore di lavoro (o utilizzatore) dei minijobs nel settore commerciale e per il lavoro nelle case di cura private era (ed è) del 2% per il fisco e del 28% per i contributi previdenziali (il 15% al fondo pensioni e il 13% per la malattia), oltre ad altri contributi di minore importo e ai premi per l'assicurazione contro gli infortuni, da determinarsi caso per caso; il costo per l'utilizzatore dei minijobs di breve durata era invece soltanto legato alla tassazione del 25% da versare all'ufficio imposte, senza alcun sostanziale carico previdenziale.

Il d.lgs. n.368/2001, il Libro Bianco dell'ottobre 2001 e il d.lgs. n.276/2003 hanno rappresentato, nel loro combinato disposto, la scelta italiana di rottura del descritto modello sociale europeo di regolamentazione dei rapporti di lavoro flessibili e del lavoro autonomo, con l'introduzione di una rilevante flessibilità nel mercato del lavoro attraverso nuove tipologie contrattuali (come il lavoro intermittente o il lavoro accessorio) e la liberalizzazione del contratto a tempo determinato "standard", con il sostegno della Commissione europea, fino a indurre la Corte di giustizia con le sentenze *Wippel* ⁽³¹⁾ sul lavoro intermittente in Austria e *Mangold* ⁽³²⁾ sull'unico contratto a tempo determinato acasuale

⁽³¹⁾ C. giust., gr. sez., 12 ottobre 2004, C-312/02 *Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG.*, EU:C:2004. Su cui cfr. A. NICOLAI, *Rechtssicherheit für die Arbeit auf Abruf?*, in *Der Betrieb*, 2004, 2812-2814; E. BAGIANTI, *Il lavoro intermittente e l'ordinamento comunitario*, in *GI*, 2005, 1382-1389; V. BAVARO, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia a proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *RIDL*, 2005, II, 777-786; L. CORAZZA, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *MGL.*, 2005, p.185-189; G. RICCI, in *Foro it.*, 2006, IV, Col. 267-277.

⁽³²⁾ C. giust., gr. sez., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709, in *LG*, 2006, 5, 459, con nota di P.NODARI; in *FI*, 2006, IV, 341, con nota di V. PICCONE e S.

in Germania a forzature e/o omissioni interpretative rispetto al complessivo quadro legislativo comunitario e alla stessa normativa interna scrutinata (v. *infra*).

Le soluzioni di politica del diritto della Corte europea nelle sentenze *Wippel* e *Mangold* sono state chiaramente orientate a proporre una retrocessione, una *abdication potestatis* della nomofilachia comunitaria, per concedere agli Stati membri e, in particolare, all'Italia e alla Germania, il massimo livello di flessibilità autoregolativa dei rapporti di lavoro atipici.

Sono stati, così, legittimati anche i nuovi *minijobs* ⁽³³⁾ tedeschi, reintrodotti nell'ordinamento teutonico con la legge Hartz II, nel quadro di riforma di Agenda 2010 proposto dal Governo Schröder, con decorrenza dal 1° aprile 2003, subito dopo l'entrata in vigore della legge (italiana) n.30/2003, contenente le deleghe sul riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio (art. 2), in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3) e in materia di di tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale e a prestazioni ripartite (art. 4), deleghe che saranno recepite con il d.lgs. n.276/2003.

La politica di "non intervento" della Corte di giustizia sulle scelte normative italiane in materia di liberalizzazione dei rapporti "temporanei", dopo le sentenze *Wippel* e *Mangold*, si è poi limitata ad interventi di "salvaguardia" della tenuta dei conti pubblici interni su situazioni ad altissimo tasso di contenzioso interno delle imprese statali pubbliche, in un primo tempo con le due ordinanze *Vino* ⁽³⁴⁾ sui contratti acausali trimestrali

SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *RIDL*, 2006, 251, con nota di O.BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *RGL*, 2007, 205, con nota di L.CALAFÀ; in *RCDL*, 2006, 387, con nota di A. GUARISO; in *DL*, 2006, (1-2), 3, con nota di A.VALLEBONA. Sulla sentenza *Mangold* cfr. anche G.FRANZA, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *MGL*, 2006, 230-234; L.CIARONI, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *GI*, 2006, 1816-1822; L. IMBERTI, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *RIDL*, 2008, 2, 301-317; L. CAPPUCCIO, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, AA.VV., *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 111-124; A. D'ALOIA, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, *ivi*, 125-139; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. COSIO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 2012, I, 311 ss.

⁽³³⁾ Sui *minijob* tedeschi cfr. G. Gioli, *Minijobs: una forma di precariato in Germania*, su Bollettino ADAPT, 10 marzo 2014; M. Mazzon, *Minijob alla tedesca: facciamo un pò di chiarezza*, *ibidem*, 6 febbraio 2013.

⁽³⁴⁾ C. giust. ordinanza 11 novembre 2010, C-20/10, EU:C:2010:677, e ordinanza 22 giugno 2011, C-161/11, EU:C:2011:420, *Vino v. Poste italiane*. Sulle critiche alla 1ª ordinanza *Vino* si rimanda a V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e*

di Poste italiane stipulati ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001.

Successivamente, con la sentenza *Fiamingo* ⁽³⁵⁾ sui contratti acausali trimestrali dei lavoratori marittimi di Rete Ferroviaria italiana la Corte europea si è espressa nel senso della legittimazione temporanea dei (o della non ingerenza interpretativa sui) contratti acausali del decreto "Poletti" d.l. n.34/2014, convertito in legge in Parlamento il 7 maggio 2014 (legge n.78/2014), proprio in concomitanza con la discussione orale in Corte di giustizia della causa *Fiamingo*.

Le ordinanze *Vino* e la sentenza *Fiamingo* sono state superate dalla stessa Corte di giustizia, prima con l'ordinanza presidenziale del 17 settembre 2014 ⁽³⁶⁾ di rettifica e correzione dell'errore in fatto del punto 20 della sentenza *Fiamingo*, e poi con la sentenza *Commissione contro Lussemburgo* ⁽³⁷⁾, la prima e unica formale sentenza della Corte europea

l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), 2011, Milano, 605-752.

⁽³⁵⁾ C. giust. 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2238 *Fiamingo ed altri v. Rete ferroviaria italiana*, su *RIDL*, 2015, II, 291 ss., con nota di E.Ales, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*. In dottrina, v. L. Menghini, *Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto eurounitario: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu, 2015; A.Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *GD*, 1° settembre 2014; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in www.europeanrights.eu, 2015; A. Charbonneau, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Application de la directive CDD aux marins*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2014, 555-556; A. Von Medem, *Sozialpolitik: Befristete Arbeitsverträge*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2015, 243-247.

⁽³⁶⁾ Con ordinanza del presidente della III sezione della Corte di giustizia del 17 settembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2238) è stato corretto, senza ricorrere al procedimento di revocazione della sentenza per errore in fatto determinante, ai sensi dell'art.159 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il punto 20 della sentenza *Fiamingo* nella parte in cui riteneva che i contratti a termine della fattispecie di causa prevedessero un intervallo non lavorato l'uno dall'altro inferiore a 60 giorni, determinando così l'errore in diritto nella decisione della Corte europea per l'indicazione al giudice del rinvio (la Cassazione) di applicare una norma interna - l'art. 326 del codice della navigazione - palesemente inapplicabile al caso, trattandosi invece di una pluralità di contratti a tempo determinato per il tramite del collocamento pubblico della gente di mare con cadenza annuale e della durata di 78 giorni, con un intervallo l'uno dall'altro ben superiore a 60 giorni.

⁽³⁷⁾ C. giust. 26 febbraio 2015, C-238/14, EU:C:2015:128, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza "Mascolo": il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, di D. GAROFALO (a cura di), in *Quaderni Dipartimento jonico Università di Bari*, 2015, 3, 39. Il ricorso per inadempimento che ha portato alla sentenza *Commissione contro Lussemburgo* fu addirittura sollecitato alla Commissione Ue dal Collegio della III Sezione della Corte europea

di condanna di uno Stato membro per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE.

Anche le sentenze *Wippel* e *Mangold* sono state, con molte difficoltà ma irreversibilmente, superate dalla successiva giurisprudenza comunitaria, quando la Corte di giustizia è stata costretta a individuare delle nozioni autonome di diritto dell'Unione europea che limitassero l'uso della flessibilità consentita nelle direttive sociali, con le sentenze *Adeneler* ⁽³⁸⁾ e la sentenza *Del Cerro* ⁽³⁹⁾ sulla direttiva 1999/70/CE, con la sentenza *O' Brien* ⁽⁴⁰⁾ sulla direttiva 97/81/CE, con la sentenza *Andersen* ⁽⁴¹⁾ sulla direttiva 91/533/CEE e, recentemente, con la sentenza *Abercrombie* ⁽⁴²⁾ sull'inutilizzabilità della direttiva 2000/78/CE sulla discriminazione per età delle condizioni di lavoro per sanzionare l'abuso di contratti flessibili e atipici rispetto al modello standard di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, nel caso in cui non venga dedotta (anche) la violazione degli accordi quadro sul part time o sul lavoro a tempo determinato.

in sede di discussione orale della causa Fiamingo all'udienza del 7 maggio 2014, quando la difesa dei lavoratori marittimi lamentò che le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione e la difesa della causalità del contratto a tempo determinato nella disciplina del d.lgs. n.368/2001 sin dal primo ed eventualmente unico rapporto aveva spinto il Governo nazionale ad introdurre con decretazione di urgenza la disciplina dei contratti acasuali, per eliminare tutte le tutele antiabusive.

⁽³⁸⁾ C. giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443. Sulla sentenza *Adeneler* v. R. CONTI E R. FOGLIA, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su CG, 2006, 1456-1459; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, in GRI, 2006, 439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in MGL, 2006, 752-755; A.M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su FI, 2007, IV, Col. 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su FI, 2007, IV, Col. 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, op. cit., 48-70.

⁽³⁹⁾ C. giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, EU:C:2007:509, su FI, 2007, IV, Col.617-618, con nota di G. RICCI; su RIDL, 2008, 2, 326-334, con nota di L. ZAPPALÀ, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*; E. Lafuma, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2007, 993-996; A. VALENTINI, *La sentenza della Corte di giustizia nel caso Yolanda Del Cerro Alonso: sua incidenza sulla disciplina del lavoro a tempo determinato*, in DCSI, 2008, 739-755.

⁽⁴⁰⁾ C. giust. 1° marzo 2012, C-393/10, *Dermond Patrick O'Brien c. Ministry of Justice*, EU:C:2012:110. La questione pregiudiziale è stata sollevata dalla Supreme Court of the United Kingdom che, peraltro, continua a dialogare con la Corte di giustizia sollevando nella stessa causa principale *O' Brien* la nuova pregiudiziale C-432/17, onde estendere la tutela previdenziale dei giudici onorari impiegati *part-time* anche per il periodo di servizio antecedente alla data di entrata in vigore della direttiva 97/81/CE.

⁽⁴¹⁾ C. giust., 18 dicembre 2008, C-306/07, *Andersen*, EU:C:2008:743.

⁽⁴²⁾ C. giust. 19 luglio 2017, C-146/16, *Abercrombie & Fitch Italia s.r.l. v. Antonino Bordonaro*, EU:C:2017:566.

Le nuove discipline del lavoro autonomo non imprenditoriale, del lavoro occasionale e del lavoro "agile" andranno, dunque, interpretate alla luce delle nozioni Ue di lavoratore subordinato e di lavoro autonomo e del margine di flessibilità garantito dalla normativa e dalla giurisprudenza dell'Unione sia per quanto riguarda l'autodeterminazione nella organizzazione dell'orario di lavoro sia per quanto attiene le tutele antidiscriminatorie e sostanziali del lavoro autonomo "debole" e del lavoro occasionale.

3.1. La sentenza Wippel della Corte Ue sul lavoro intermittente: il primo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.

La sentenza Wippel della Corte di giustizia ha rappresentato la posizione meno avanzata della Corte europea nell'intervenire sulla legislazione interna in materia di flessibilità lavorativa, dichiarando sostanzialmente la propria incompetenza interpretativa per lasciare ampio spazio alla discrezionalità degli Stati membri, in un momento storico - 2003-2005 - in cui la parola d'ordine in Europa era ancora fondata sull'incentivazione dell'occupabilità attraverso l'uso flessibile dei contratti di lavoro atipici, avallando le riforme del lavoro proposte contestualmente nel 2003 in Germania con il piano "Agenda 2010" e in Italia con il d.lgs. n.276/2003, ma anche legittimando la prassi contrattuale nel diritto anglosassone dei contratti "a zero ore" o contratti a chiamata ("*labour zero*").

Per operare in questa direzione, la Corte Ue nella sentenza Wippel si è avvalsa della complicità del giudice del rinvio (Oberster Gerichtshof, la Cassazione austriaca), che, con un'articolatissima ordinanza di pregiudizialità, ha chiesto al giudice comunitario una sostanziale autorizzazione al legislatore interno, *de iure condendo*, a legittimare la prassi contrattuale atipica che si andava affermando, ad "anestetizzare" cioè, evitandola, l'influenza delle direttive sociali sulla normativa dello Stato nazionale, operante prima del recepimento della disciplina sovranazionale, nel caso di specie rappresentata dalla direttiva 97/81/CE, il cui obbligo di recepimento era scaduto il 20 gennaio 2000.

In particolare, la lavoratrice Wippel aveva lavorato tra ottobre 1998 e giugno 2000 alle dipendenze di un'impresa del settore del commercio al dettaglio di abbigliamento (la P & C), con un rapporto di lavoro fondato su un contratto quadro per la prestazione di lavoro intermittente, impostato sul principio del lavoro secondo il fabbisogno, che non prevedeva orari di lavoro fissi, dal momento che la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro dovevano essere fissate di volta in volta di comune accordo tra le parti.

Il datore di lavoro richiedeva i servizi della sig.ra Wippel in base alla quantità di lavoro da eseguire, e la lavoratrice poteva rifiutare in qualsiasi momento una chiamata lavorativa senza necessità di giustificarsi. La retribuzione prevista era di € 6,54 all'ora, cui si aggiungevano le eventuali provvigioni sulle vendite. Il maggior numero di ore di lavoro prestate in un mese dalla lavoratrice è stato nell'ottobre 1999, quando ha lavorato 123,32 ore.

Dopo la cessazione del rapporto a giugno 2000 la lavoratrice ha adito l'azienda, la P & C, davanti al giudice del lavoro austriaco (l'Arbeits - und Sozialgericht Wien), per il pagamento della differenza tra la somma dovuta per la durata massima di lavoro che avrebbe potuto esserle richiesta e l'importo dovuto per le ore di lavoro da essa effettivamente prestate.

Dopo il rigetto della domanda in primo e secondo grado, la Cassazione austriaca ha proposto alla Corte di giustizia quesiti chiaramente strumentali alla legittimazione della massima flessibilità della tipologia contrattuale costruita, come nella fattispecie di causa, di lavoro intermittente senza determinazione della durata minima settimanale o mensile.

Il caso Wippel era, dunque, l'archetipo del lavoro intermittente introdotto dal d.lgs. n. 276/2003, attualmente disciplinato dagli artt. 13-18 del d.lgs. n. 81/2015, nonché del lavoro occasionale, introdotto dalla stessa legge "Biagi" e attualmente disciplinato dall'art.54-bis del d.l. n.50/2017, dopo l'abrogazione, con l'art.1, comma 1, del d.l. n.25/2017, della disciplina delle prestazioni di lavoro accessorio di cui agli artt.48-50 del d.lgs. n.81/2015.

La Corte di giustizia, infatti, indirettamente ha legittimato tale tipologia contrattuale atipica per avere escluso la comparabilità tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale con orario definito, in una fattispecie di lavoro atipico in relazione alla quale operava soltanto (dal 20 gennaio 2000) la direttiva del 1997 sul lavoro a tempo parziale e non la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, il cui termine di trasposizione negli ordinamenti interni sarebbe scaduto soltanto nel luglio 2001.

La strumentalità della domanda pregiudiziale nel caso Wippel sta nella precisazione, nell'ordinanza di rinvio, che, da un lato, in base al diritto austriaco, è priva di effetto e dev'essere dunque dichiarata nulla una clausola, quale quella in questione nella causa principale, che produce l'effetto che il lavoratore a tempo parziale rinunci, nel corso del rapporto di lavoro con il suo datore di lavoro, al diritto, riconosciutogli dall'art. 19 d, n. 2, dell' Arbeitszeitgesetz (la legge sull'orario di lavoro o «AZG»), alla determinazione per contratto della durata del suo orario di lavoro (sentenza Wippel, punto 25).

Dall'altro, per aprire alla legittimazione della prassi contrattuale utilizzata dal datore di lavoro della causa principale, la stessa Cassazione austriaca ha affermato che, per quanto riguarda i lavoratori a tempo pieno, l'AZG non soltanto prevedeva, all'art. 19 c, che gli orari corrispondenti alla durata normale del lavoro dovessero costituire l'oggetto di un accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore, a meno che non fossero disciplinati da norme della contrattazione collettiva, ma fissava altresì, all'art. 3, la durata normale del lavoro in misura pari, in linea di principio, a 40 ore settimanali e ad 8 ore giornaliere; mentre, per quanto riguarda i lavoratori a tempo parziale, l'art. 19 d, n. 2, dell'AZG, pur disponendo che la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario di lavoro dovessero costituire l'oggetto di un accordo in quanto non fossero disciplinati da norme della contrattazione collettiva, non conteneva alcun'altra disposizione che regolasse la durata del lavoro e l'organizzazione dell'orario di lavoro a tempo parziale (sentenza *Wippel*, punto 26).

Sotto il secondo profilo della valorizzazione, nella norma interna, dell'accordo tra le parti per la determinazione dell'orario di lavoro nella tipologia del contratto a tempo parziale, il giudice di rinvio ha dimenticato, intenzionalmente, di confrontarsi con la direttiva 91/533/CEE, che dispone all'art.1, comma 2, che gli Stati membri possono prevedere che la presente direttiva non si applichi ai lavoratori il cui contratto o rapporto di lavoro a) abbia una durata complessiva non superiore ad un mese e/o non superi le otto ore di lavoro settimanale, ovvero b) abbia carattere occasionale e/o particolare purché, nel caso specifico, ragioni obiettive giustifichino la sua non applicazione.

È evidente come il contratto quadro di lavoro intermittente della sig.ra Wippel non rientrasse in nessuna delle descritte ipotesi di esclusione del campo di applicazione della direttiva 91/533 e che, pertanto, la P & C avrebbe dovuto fornire alla propria dipendente "atipica" *contra legem* quelle informazioni preventive sulle condizioni di lavoro previste dall'art.2, comma 2, della direttiva sociale e, in particolare, la durata prevedibile del contratto o del rapporto di lavoro [lettera e)], trattandosi sostanzialmente di rapporto temporaneo mascherato da contratto a durata indeterminata e, in ogni caso, la durata normale giornaliera o settimanale del lavoro [lettera i)].

D'altro canto, secondo il diritto austriaco la nullità della clausola di rinuncia da parte del lavoratore, nel corso del rapporto con il suo datore di lavoro, al diritto, alla determinazione per contratto della durata del suo orario di lavoro discendeva proprio dall'applicazione degli elementi inderogabili delle condizioni di lavoro enunciati nella direttiva 91/533, che la giurisprudenza nazionale, chiedendo ed ottenendo la complicità della Corte di giustizia, intendeva superare per affermare il dogma della

flessibilità attraverso il consenso e l'accordo preventivo della parte debole del contratto.

Nelle conclusioni della causa *O'Brien* (EU:C:2011:746, depositate il 17 novembre 2011) ai punti 22-26 l'Avvocato generale Kokott, sulla questione dei giudici onorari britannici con rapporto di lavoro a tempo parziale, cercherà di chiarire il diverso punto di vista espresso nelle sue conclusioni della causa *Wippel* (EU:C:2004:308, depositate il 18 maggio 2004), ove aveva escluso la comparabilità della situazione della lavoratrice intermittente con le stesse condizioni di lavoro a tempo indeterminato per quanto riguarda la determinazione dell'orario e la parametrizzazione della retribuzione.

Secondo la Kokott il diritto nazionale austriaco nel caso *Wippel* presentava un'accezione molto estesa della nozione di lavoratore e la Corte Ue si era limitata ad accertare che anche una nozione di lavoratore presente in un'accezione molto estesa nel diritto nazionale rientrava nell'ambito di applicazione della direttiva 97/81/CE, mentre, nel caso *O'Brien*, il giudice del rinvio (la Corte suprema del Regno Unito) avrebbe chiesto se l'esclusione, da parte del diritto nazionale, dei giudici onorari dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale contrastasse con la direttiva 97/81.

In realtà, come si è innanzi precisato, la "dimenticata" direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro costituiva il limite esterno invalicabile, che non avrebbe consentito (e non consentiva) all'ordinamento nazionale austriaco (nel caso *Wippel*) di considerare legittima la clausola di flessibilità sulla libera determinazione dell'orario di lavoro e sulla totale valorizzazione dell'autonomia negoziale, secondo il diritto anglosassone.

Anche dietro la spinta adesiva della giurisprudenza di merito italiana in sede di rinvio pregiudiziale ⁽⁴³⁾, la Corte di giustizia sarà costretta a riscoprire la centralità della direttiva "sulle dichiarazioni scritte" ai fini dell'elaborazione di una nozione autonoma di lavoratore nel diritto dell'Unione, correggendo l'omissione e la conseguente opzione interpretativa nella sentenza *Wippel* sulla direttiva sul lavoro a tempo parziale, che ha favorito notevolmente la diffusione dei contratti atipici e di

⁽⁴³⁾ Nelle tre ordinanze di rinvio pregiudiziale nelle cause (poi riunite) C-22/13 *Mascolo*, C-61/13 *Forni* e C-62/13 *Racca* il Tribunale di Napoli (Est. Coppola) ha posto il seguente quesito, non delibato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* perché assorbito dalla decisione sugli altri quesiti e dall'incompatibilità del reclutamento scolastico con la direttiva 1999/70/CE: «Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall'articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l'indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato».

quella flessibilità lavorativa non regolata, che ora le Istituzioni europee intendono fortemente limitare.

3.2. La sentenza Mangold della Corte Ue sul lavoro a tempo determinato: il secondo esperimento "extracomunitario" di flessibilità autorizzata.

Prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE, in Germania l'art. 1⁽⁴⁴⁾ della legge per l'incremento dell'occupazione⁽⁴⁵⁾ prevedeva la possibilità di stipulare contratti a termine acausali, cioè senza ragioni obiettive, con tre limiti, uno "esterno" legato alla durata massima dei rapporti a tempo determinato (due anni), l'altro "interno" (cioè nell'arco temporale complessivo del 1° limite) del numero massimo di rinnovi (tre), il terzo "antifraudolento", che escludeva il ricorso al termine nel caso di uno stretto legame con un precedente contratto (a tempo indeterminato o a tempo determinato), legame che si presumeva quando l'intervallo tra i due contratti di lavoro era inferiore ai quattro mesi.

L'unica eccezione ammessa rispetto all'applicazione dei primi due limiti (ma non di quello "antifraudolento") era quella del lavoratore ultrasessantenne al momento in cui iniziava il rapporto a termine, che, per evidenti ragioni finalizzate a favorire il reinserimento lavorativo di un soggetto "debole" e prossimo al raggiungimento dell'età della pensione, poteva essere assunto a termine per più di due anni e senza limiti di rinnovi.

Prima del recepimento in Germania e in Italia della direttiva sul lavoro a tempo determinato, con la sentenza *Vitari*⁽⁴⁶⁾ la Corte di giustizia ai punti

⁽⁴⁴⁾ L'art.1 della legge tedesca sull'incremento dell'occupazione del 25/9/1996 disponeva: «(1) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi per la durata massima di due anni. Entro tale limite massimo totale di due anni, un contratto a tempo determinato può essere rinnovato al massimo tre volte. (2) I contratti di lavoro a tempo determinato sono ammessi senza la condizione di cui al n. 1 se il lavoratore ha raggiunto l'età di 60 anni al momento in cui inizia il rapporto di lavoro a tempo determinato. (3) I contratti di lavoro ai sensi dei nn. 1 e 2 non sono consentiti qualora esista uno stretto legame con un precedente contratto di lavoro a tempo indeterminato o con un precedente contratto di lavoro a tempo determinato ai sensi del n. 1 con lo stesso datore di lavoro. Si presume un siffatto stretto legame in particolare quando l'intervallo tra i due contratti di lavoro è inferiore ai quattro mesi. (4) La possibilità di limitare la durata dei contratti di lavoro per altri motivi resta immutata. (...)».

⁽⁴⁵⁾ Beschäftigungsförderungsgesetz, come modificata con legge 25/9/1996.

⁽⁴⁶⁾ C. giust., 9 novembre 2000, C-129/99, *Vitari v. Fondazione europea per la formazione professionale*, EU:C:2000:371. La sentenza *Vitari* è stata citata per la prima volta da F. BUFFA, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Ufficio del Massimario della

21-26, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer (EU:C:2000:371) e anche con la precedente sentenza *Tordeur* ⁽⁴⁷⁾ della Corte di Lussemburgo (che riguardava il lavoro interinale), aveva rimesso al Giudice nazionale (Pretore del lavoro di Torino), sulla base della regolamentazione interna e quindi della legge n. 230/1962 all'epoca applicabile, il potere di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni europee e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione, cioè la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con termine illegittimo.

La Commissione europea, pur stabilendo l'art.3 del regolamento applicabile agli altri agenti delle Comunità europee («RAA») la regola, mutuata dall'art.1, comma 1, della legge n.230/1962, secondo cui i contratti di lavoro degli agenti locali in servizio negli Stati membri, in linea di principio, devono essere conclusi per una durata indeterminata e che deroghe a tale principio sono ammesse solo qualora le circostanze o la natura del lavoro esigano la fissazione di un termine, non prevedeva e non prevede nessuna delle misure preventive di cui alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, precarizzando così senza limiti i rapporti di lavoro dei propri dipendenti "flessibili".

Gli agenti contrattuali della Commissione sono assunti con procedura selettiva, per una durata massima di sei anni - nella regolamentazione attuale che è entrata in vigore dal 1° gennaio 2014 (art.3-bis RAA ⁽⁴⁸⁾) - su posti non vacanti, perché occupati da lavoratori permanenti assenti, o comunque per impieghi legati a stanziamenti finanziari diversi da quelli del bilancio ordinario dell'Istituzione, senza possibilità di riqualificazione a tempo indeterminato e di poter effettuare quei concorsi riservati agli agenti "temporanei".

Gli agenti "temporanei" della Commissione differiscono dai funzionari (lavoratori permanenti "di ruolo" a tempo indeterminato) in quanto lavoratori a tempo indefinito non permanente in servizio su posti vacanti

Cassazione, relazione tematica n.2 del 12 gennaio 2011. Cfr., inoltre, V. DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n.230/1962 sul contratto a termine*, su *LG*, 2011, 3, 237 ss.

⁴⁷ C. giust., 3 ottobre 1985, C-232/84, *Commissione v. Tordeur*, EU:C:1985:392.

⁽⁴⁸⁾ Con l'entrata in vigore del nuovo Statuto il 1° gennaio 2014 è stata estesa fino a sei anni l'originaria durata massima di 3 anni della durata del contratto degli agenti contrattuali della Commissione. Nella relazione della Commissione sul ricorso agli agenti contrattuali nel 2014 del 9 agosto 2016 COM(2016) 499 final a pag.5 si riferisce che «molti agenti contrattuali che avevano già prestato tre anni di servizio e che continuavano a prestare servizio alla Commissione in qualità di interinali hanno potuto essere riassunti per un ulteriore periodo contrattuale, permettendo alla Commissione di avvalersi di agenti contrattuali già formati e immediatamente operativi, consentendo di ridurre il numero di interinali.».

in organico, destinati a cessare il rapporto di lavoro nel caso di assegnazione del posto vacante a funzionario di ruolo, per lo più individuato nella persona dello stesso agente temporaneo, previo superamento del concorso riservato.

Va sottolineato che l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, per quanto riguarda la clausola 5, punto 1, sulle misure preventive contro l'abusivo ricorso ai contratti flessibili, recepisce i due modelli di tutela antiabusiva vigenti nella legislazione italiana (art.1 della legge n.230/1962) delle ragioni oggettive temporanee per ogni singolo contratto a termine [lettera a)] e, come si è anticipato, nella legislazione tedesca (art.166 della legge per l'incremento dell'occupazione *Beschäftigungsförderungsgesetz*, come modificata con legge n. 25/9/1996) della durata massima dei rapporti a tempo determinato di due anni [lettera b)] e del numero massimo di tre rinnovi [lettera c)].

Seguendo l'orientamento della sentenza *Vitari* della Corte di giustizia, il legislatore tedesco ha dato tempestiva attuazione alla direttiva 1999/70/CE con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001, che, all'art. 14, disciplina i contratti a tempo determinato seguendo il modello italiano dell'art.1, comma 2, della legge n.230/1962.

Per la prima volta nell'ordinamento tedesco è stata introdotta, in applicazione della direttiva 1999/70, al n. 1 dell'art.14 TzBfG la misura preventiva di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a) dell'accordo quadro delle ragioni obiettive, non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente il legislatore tedesco tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del 6° considerando dell'accordo quadro, aggiungendola alle altre due misure preventive – già previste nella precedente disciplina- della clausola di durata massima (di due anni) e del numero massimo di rinnovi (tre, all'interno dell'arco temporale di due anni), con una ulteriore misura antiabusiva in materia di successione di contratti di un significativo intervallo minimo di non lavoro (quattro mesi) per impedire la riqualificazione a tempo indeterminato.

Infine, ed è questa la parte della normativa tedesca sul contratto a termine che verrà considerata ingiustificatamente in contrasto con la direttiva comunitaria (non sul contratto a tempo determinato, ma antidiscriminatoria) 2000/78/CE⁽⁴⁹⁾, l'art.14⁽⁵⁰⁾ n.3 TzBfG non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all'inizio del rapporto avesse già

⁽⁴⁹⁾ Direttiva che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, pubblicata su G.U.C.E. L 303 del 2 dicembre 2000, 16.

⁽⁵⁰⁾ Nel testo modificato dalla prima legge per prestazioni di servizi moderni sul mercato del lavoro del 23 dicembre 2002, in vigore dal 1° gennaio 2003.

compiuto 58 anni, con espresso divieto di stipulare un contratto a tempo determinato qualora vi fosse una stretta connessione obiettiva con un precedente contratto a tempo indeterminato con il medesimo datore di lavoro (connessione obiettiva sussistente qualora tra i due contratti di lavoro vi sia un intervallo di tempo inferiore ai 6 mesi). Il limite di 58 anni è stato sostituito fino al 31 dicembre 2006 con quello di 52 anni.

Con l'entrata in vigore della rigorosa nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato, i *minijobs* tedeschi perdevano così ogni fondamento giuridico e venivano di fatto abrogati, in quanto la descritta opportunità di deroga all'applicazione della disciplina europea sul lavoro a tempo parziale non aveva trovato alcun sostegno in *sedes materiae*, cioè nel successivo accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del 1999, in cui il lavoro occasionale non era stato escluso dal campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

La genericità della formulazione della norma (clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) e l'efficacia applicativa delle tutele minime garantite dalla normativa comunitaria specifica sul contratto a termine hanno consentito di far rientrare nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE direttamente il lavoro stagionale e il lavoro temporaneo (in relazione ai quali al punto 7 la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori aveva sollecitato una autonoma regolamentazione) e, indirettamente, il lavoro tramite agenzia interinale (che sostituisce di fatto nella nomenclatura della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori ⁽⁵¹⁾ al punto 7 il lavoro

⁽⁵¹⁾ Approvata a Strasburgo dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri CE il 9 dicembre 1989. La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata svalutata proprio nelle conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa *Wippel* C-312/02 ai punti 36-41, nonostante fosse stata espressamente richiamata come parametro interpretativo nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, in quanto, «a causa della mancanza di competenza normativa in capo al Consiglio europeo, non può essere considerata quale atto vincolante di diritto derivato», dal momento che «in essa vengono semplicemente espressi orientamenti politici generali in campo sociale con l'obiettivo di dare all'Unione un impulso al suo sviluppo nel settore della politica sociale». La Carta, assieme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950, alla Carta sociale europea del 1961, a varie direttive, ed a principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è confluita nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, su cui cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, in *GC*, 2001, 1, 193 ss.; S. SCIARRA, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *ADL*, 2001, 168 ss.

temporaneo) a tempo determinato ⁽⁵²⁾ svolto presso «imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro» ⁽⁵³⁾.

In Italia, in senso opposto a quanto operato dal legislatore tedesco, con il d.lgs. n.368/2001, prima dell'intervento correttivo ed integrativo della giurisprudenza di merito e di legittimità ⁽⁵⁴⁾, è stato eliminato il rapporto regola/eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, operando la sanzione della "conversione" a tempo indeterminato solo in caso di vizi formali per mancata specificazione delle generiche ragioni sostitutive, tecniche, organizzative o produttive di apposizione del termine ai rapporti di durata superiore a 12 giorni (art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001), oltre alla regolamentazione della successione dei contratti e delle sanzioni connesse di cui all'art.5 d.lgs. n.368/2001, senza nessuna delle misure preventive della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro ⁽⁵⁵⁾.

Con la legge Hartz II (nel quadro della riforma Agenda 2010 proposta dal Governo Schröder) con decorrenza dal 1° aprile 2003 la disciplina dei minijobs è stata ripristinata e l'art.8 della legge SGB IV è stato rubricato "attività di lavoro dipendente di minima entità e (esercenti una) attività di lavoro autonomo di minima entità", distinguendo così anche sul piano terminologico le due soluzioni interne di lavoro occasionale dipendente (minijobs presso le aziende commerciali e le case di cura) e autonomo (minijobs di breve durata), nella regolamentazione attualmente in vigore.

Contestualmente, dopo le conformi conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 10 aprile 2003 (EU:C:2003:224) - nonostante la ferma opposizione di Austria, Svezia e Olanda all'udienza in seduta plenaria dell'11 febbraio 2003 e nelle osservazioni scritte, che chiedevano alla Corte di giustizia di non modificare la sentenza *Vitari* e di consentire l'applicazione estensiva delle direttive sociali anche ai rapporti di lavoro degli agenti contrattuali della Commissione europea attraverso la normativa interna

⁽⁵²⁾ Cfr. l'art. 5, punto 1, della Direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: «Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, 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 svolgerci il medesimo lavoro.».

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 1, punto 2, della Direttiva 2008/104/CE.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *LG*, 2008, 9, 903, con nota di V. DE MICHELE, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, si veda A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Il Foro it.*, 2008, n. 12, 3576; A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *RIDL*, 2008, II, 891; critico A. VALLEBONA, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *MGL*, 2008, 8-9, 643.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si rimanda a V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, AA.VV., M. CINELLI, G. CINELLI., O. MAZZOTTA (a cura di), Torino, 2013, 19 ss.

nazionale di recepimento -, la Commissione ha ottenuto una revisione della sentenza *Vitari* con la decisione *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*⁵⁶, attraverso una manipolazione interpretativa del precedente specifico (sentenza *Vitari*, punto 23), concludendo l'adunanza plenaria del Collegio di Lussemburgo per la non applicazione della legislazione nazionale del luogo in cui l'agente locale della Commissione operava, così creando i presupposti anche per la non applicazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutto il personale precario delle Istituzioni comunitarie.

Tuttavia, le sentenze *Wippel* e *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* della Corte di giustizia non garantivano la compatibilità comunitaria delle riforme introdotte in Germania e in Italia sulla flessibilità nei rapporti di lavoro, ma soltanto che la Commissione europea, per mantenere l'autoregolamentazione dei contratti dei propri agenti temporanei e la competenza giurisdizionale esclusiva della Corte di giustizia e non dei giudici nazionali sulla flessibilità "interna" del "custode" dei Trattati, non avrebbe mai attivato alcuna procedura di infrazione per presunte violazioni della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, che, soprattutto nella poco flessibile legislazione tedesca di recepimento del 2000 e non certamente nel d.lgs. n.368/2001, costituiva il vero freno alla spinta riformatrice.

Viene, allora, costruita una controversia simulata⁽⁵⁷⁾, instaurata dal Sig. Werner Mangold nei confronti del suo finto datore di lavoro, l'avvocato Rüdiger Helm, il vero ideatore della causa⁽⁵⁸⁾.

(56) Corte di giustizia, adunanza plenaria, sentenza 10 luglio 2003, causa C-165/01, *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich v. Commissione Comunità europee*, EU:C:2003:401.

(57) Il Tribunale del lavoro di Ratisbona con ordinanza del 16 giugno 2004 aveva sollevato nella causa C-261/04 identiche questioni di pregiudizialità rispetto a quelle proposte dal Tribunale del lavoro di Monaco nella causa Mangold. Il ricorrente era tale Gerhard Schmidt contro Fa. Sennebogen Maschinenfabrik GmbH. La causa avrebbe potuto essere riunita alla causa Mangold. Invece, con incredibile velocità processuale il Tribunale di Ratisbona con ordinanza dell'8 dicembre 2004 ha ritirato la pregiudiziale comunitaria e, in conseguenza, con ordinanza presidenziale del 31 gennaio 2005 la Corte di giustizia ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo. E' probabile che il difensore del Sig. Schmidt fosse proprio l'avv. Helm.

(58) Il più autorevole precedente di finta controversia portata all'attenzione della Corte di Giustizia è italiano. La Corte di giustizia con sentenza dell'11 dicembre 1997 nella causa C-55/06 ha dichiarato illegittimo il monopolio statale sul collocamento subordinatamente all'accertamento che «gli uffici di collocamento non siano palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro». La questione di pregiudizialità comunitaria fu sollevata dalla Corte di appello di Milano in sede di reclamo avverso il decreto del 18 dicembre 1995, con cui il Tribunale di Milano aveva respinto l'omologazione dell'atto costitutivo della Job Centre coop. a r.l., società cooperativa in via di costituzione che si proponeva nell'oggetto sociale di svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato e di fornitura temporanea a terzi di prestazioni di

Poco dopo il ripristino in Germania della disciplina dei minijobs, infatti, l'avv. Helm si è preoccupato, il 26 giugno 2013, di stipulare, come datore di lavoro, con il sedicente "anziano" lavoratore a tempo determinato part-time per poche ore settimanali sig.Mangold, all'età di 56 anni, un primo e unico contratto a termine rigorosamente acausale per il periodo dal 1° luglio 2003 al 28 febbraio 2004.

Nel contratto Helm/Mangold viene espressamente ed esclusivamente applicata la norma interna ⁽⁵⁹⁾, che non richiedeva una ragione obiettiva per stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, qualora il lavoratore all'inizio del rapporto avesse già compiuto 52 anni, che, per favorire il reinserimento occupazionale dei lavoratori anziani, consentiva la "acausalità" del contratto a termine essendovi, però, come si è visto, le altre due misure preventive della clausola di durata di due anni e del numero massimo di tre rinnovi, che impedivano la precarizzazione dei rapporti di lavoro di questa categoria di soggetti "deboli".

Come risulta sia dalle conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano depositate il 30 giugno 2005 (EU:C:2005:420, punti 22-35) sia dalle note della Repubblica tedesca e della stessa Commissione, sia infine dalla sentenza *Mangold* della grande sezione, che il *leading case* del sedicente lavoratore anziano, assunto con un vero e proprio minijobs camuffato da formale contratto a tempo determinato, è stato portato all'attenzione del giudice nazionale (Arbeitsgericht, Tribunale del lavoro di Monaco) poche settimane dopo l'inizio del fantomatico rapporto di lavoro, per poi essere sottoposto alla Corte di giustizia con ordinanza di rinvio del 26 febbraio 2004, quando il rapporto di lavoro fittizio non si era ancora concluso.

Tre erano le istanze pregiudiziali richieste dal lavoratore Mangold nella controversia contro il suo datore di lavoro Helm (che ovviamente si è difeso da solo), finalizzate a verificare, in una controversia tra privati, la compatibilità della norma interna con la direttiva 1999/70/CE e con la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE, sul falso presupposto che la disciplina nazionale in questione ammettesse senza limiti contratti a tempo determinato con lavoratori anziani.

lavoro. In realtà, Job Centre era stata già omologata con un altro oggetto sociale due mesi prima del decreto di reiezione dell'omologa con altro oggetto e continuerà a svolgere l'attività effettiva (servizi di pulizia) fino al 2004. Sulla questione pregiudiziale Job Centre v. RGL, 1998, II, 27 con nota di M. ROCCELLA, *Il caso Job Centre: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto*; nonché RIDL, 1998, II, 22 ss., con nota di P. ICHINO (difensore di Job Centre), *La fine del regime italiano di monopolio statale dei servizi di collocamento*.

⁽⁵⁹⁾ Art.14, n.3, «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001.

Con la sentenza *Mangold* la Corte di giustizia - suscitando la protesta di molti Avvocati generali ⁽⁶⁰⁾ per aver incautamente combinato gli effetti di due direttive, quella 1999/70 sul contratto a tempo determinato (di cui aveva negato l'applicazione al caso di specie sul primo e unico contratto a termine) e quella antidiscriminatoria sulle condizioni di impiego 2000/78/CE - ha affermato l'incompatibilità della norma interna, che agevolava il reinserimento a tempo determinato di lavoratori "anziani", con la direttiva 2000/78, consentendo al giudice nazionale la disapplicazione della regola nazionale e la conversione a tempo indeterminato del finto lavoratore, assunto fittiziamente da Helm proprio per creare il *casus belli*.

La Corte di giustizia, dunque, su un caso giudiziario inventato, partendo dalla legislazione tedesca che aveva scelto le ragioni oggettive temporanee come principale misura antiabusiva, ha, inizialmente, escluso il primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive dal campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, dando così la possibilità agli Stati membri di flessibilizzare i rapporti di lavoro a termine senza l'ingerenza interpretativa della giurisprudenza comunitaria, legittimando sia i minijobs tedeschi sia il primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, in un contesto normativo interno (quello italiano) in cui la tutela antiabusiva sulla successione contrattuale era affidata ad una norma - l'art.5, comma 3, d.lgs. n.368/2001 - con un ridottissimo lasso temporale di 10 o 20 giorni tra un contratto a termine e quello "successivo", sia la flessibilità sulle tipologie contrattuali (in particolare, lavoro intermittente e lavoro occasionale di tipo accessorio) regolate dal d.lgs. n.276/2003.

4. Il limite alla flessibilità autoregolativa degli Stati membri nei rapporti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione.

La discrezionalità degli Stati membri nel recepimento delle misure preventive della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato è stata mediata, nella sentenza *Mangold*, dall'applicazione (contestata dalla Germania ⁽⁶¹⁾) per i suoi possibili eccessi applicativi nella

⁽⁶⁰⁾ V. in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Mázak presentate il 23 settembre 2008 nella causa C-388/07, EU:C:2008518; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-427/06, EU:C:2008:297.

⁽⁶¹⁾ La Corte di Karlsruhe con la decisione "Lissabon-Urteil" del 30 giugno 2009 ha duramente criticato l'invasione di campo costituzionale interno della Corte di giustizia con la sentenza *Mangold*, sulla disapplicazione delle norme interne in applicazione del principio generale di non discriminazione per età. Nel luglio-agosto 2010 con l'ordinanza "Mangold-Urteil" questa rigida posizione del BVG è cambiata radicalmente, grazie agli opportuni ripensamenti

prassi giudiziaria) del principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione che, nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalla fondamentale sentenza *Del Cerro* (cit.), è stato più correttamente calato nell'alveo della comparazione (ed equivalenza) delle «condizioni di impiego» riservate ai lavoratori stabili, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, espressione che si riferisce ai diritti e obblighi che definiscono un dato rapporto di lavoro, ossia le condizioni alle quali una persona assume un impiego⁽⁶²⁾.

La Corte di giustizia ha statuito che rientrano nella nozione di «condizioni di impiego» l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore in considerazione della cessazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato⁽⁶³⁾, il termine di preavviso di risoluzione di contratti di lavoro a tempo determinato⁽⁶⁴⁾, l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al suo contratto di lavoro⁽⁶⁵⁾, le maggiorazioni o gli scatti di anzianità⁽⁶⁶⁾, le condizioni relative alla retribuzione e alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, ad esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale⁽⁶⁷⁾, la riduzione della metà dell'orario di lavoro e la conseguente riduzione dello stipendio⁽⁶⁸⁾, il diritto di partecipazione al piano di valutazione della funzione docente e all'incentivo economico che ne consegue⁽⁶⁹⁾ e il diritto alle aspettative non retribuite per incarichi politici⁽⁷⁰⁾.

La Corte di giustizia ha precisato in molteplici occasioni che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario mira a dare applicazione al principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di lavoro di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato, e che la clausola 4 esprime «un principio

interpretativi della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nell'ambito specifico della direttiva 1999/70/CE e, in particolare, della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro e alla scelta della Germania di supportare il processo di integrazione europeo anche nel nuovo sistema Ue, dopo la crisi greca.

⁽⁶²⁾ V. conclusioni avvocato generale Sharpston in causa C-158/16 *Vega Gonzales*, punto 22, EU:C:2017:647.

⁽⁶³⁾ C. giust. 14 settembre 2016, C-596/14, *de Diego Porras*, EU:C:2016:683.

⁽⁶⁴⁾ C. giust. 13 marzo 2014, C-38/13, *Nierodzik*, EU:C:2014:152.

⁽⁶⁵⁾ C. giust. 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù v. Poste italiane*, EU:C:2013:830.

⁽⁶⁶⁾ C. giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, EU:C:2007:509, cit.; 22 dicembre 2010, C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, EU:C:2010:819; 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*, EU:C:2015:450.

⁽⁶⁷⁾ C. giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, EU:C:2008:223.

⁽⁶⁸⁾ C. giust. 9 febbraio 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, EU:C:2017:109.

⁽⁶⁹⁾ C. giust. 21 settembre 2016 (ord.), C-631/15, *Álvarez Santirso*, EU:C:2016:725.

⁽⁷⁰⁾ C. giust. 20 dicembre 2017, C-158/16, *Vega González*, EU:C:2017:1014.

di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo»⁽⁷¹⁾ ed è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata nei confronti dello Stato da dipendenti pubblici temporanei dinanzi ad un giudice nazionale, consentendo così la disapplicazione della norma interna ostativa al riconoscimento del principio in questione quando non sussistano ragioni oggettive che giustifichino il diverso trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato⁽⁷²⁾.

5. La Corte di giustizia sull'ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE: la nozione comunitaria di ragioni oggettive nella sentenza Adeneler.

Come innanzi precisato, il Governo italiano aveva eliminato con il d.lgs. n.368/2001 l'unica misura preventiva delle ragioni oggettive prevista nell'abrogata legge n.230/1962 applicata nella sentenza *Vitari* della Corte di giustizia, poi reinserita dalla giurisprudenza, e, dopo la sentenza *Mangold* da cui trasse ispirazione, il legislatore nazionale ha introdotto con l'art.1, comma 518, della legge finanziaria n.266/2005 il contratto acausale di Poste italiane dell'art.2, comma *1bis*, d.lgs. n.368/2001, l'unica norma che sopravviverà fino al 31 dicembre 2016 al Jobs act del d.lgs. n.81/2015, che ha abrogato integralmente il d.lgs. n.368/2001 e ha eliminato anche, contestualmente, ogni riferimento alla direttiva 1999/70.

Eppure, la sentenza *Adeneler* era stata la risposta della grande sezione della Corte di giustizia a se stessa, con l'elaborazione della nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee (sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato) e di quella di contratti successivi di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, in guisa tale da evidenziare la "frode" contrattuale e l'elusione della regola del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, nel caso il lasso temporale tra un contratto a termine e quello successivo fosse normativamente previsto in misura inferiore a due/tre mesi.

Nonostante la sentenza *Adeneler*, la Commissione ha tentato di depotenziare il campo di applicazione delle misure preventive antiabusive della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, come nella causa

⁽⁷¹⁾ cfr. C. giust., sentt. *Del Cerro Alonso*, punto 38, *Impact*, punto 114, *de Diego Porras*, punto 27; ordd. *Álvarez Santirso*, punto 33 e *Rodrigo Sanz*, punto 30, tutte cit..

⁽⁷²⁾ C. giust., sent. *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, cit., punto 4) delle conclusioni. In termini per la progressione professionale ed economica del personale della scuola pubblica precario o ex precario, cfr. Cass. 7 novembre 2016, n.22558.

pregiudiziale *Huet* ⁽⁷³⁾, in cui la Corte di giustizia ha rigettato l'argomento contrario della Commissione (sentenza *Huet*, punto 37), affermando che la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro e la "sanzione" rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera b), dell'accordo quadro.

La sentenza *Huet* ha fotografato gli effetti del comportamento "inadempiente" della Commissione Ue sul controllo nei confronti degli Stati membri sul corretto recepimento della direttiva 1999/70, nel momento in cui la norma nazionale francese deliberata nel procedimento incidentale è stata introdotta con l'art.13, par.1, della legge n. 2005-843, del 26 luglio 2005, recante varie misure di recepimento del diritto comunitario nella funzione pubblica, che prevede, *in peius* rispetto al precedente regime applicabile, lo stesso elevato limite di utilizzo di sei anni "continuativi" degli agenti contrattuali, introdotto, a distanza di molti anni, dalla Commissione con la modifica dell'art.3-ter RRA con decorrenza dal 1° gennaio 2014, rispetto al precedente limite massimo di tre anni.

Lo stesso limite di tre anni era stato introdotto anche in Italia, mutuandolo dalla regolamentazione degli agenti contrattuali della Commissione, prima dall'art.4 d.lgs. n.368/2001 con il regime dell'unica proroga sin dall'iniziale recepimento della direttiva 1999/70, poi dall'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 con decorrenza dal 1° gennaio 2008, in aggiunta alle ragioni oggettive temporanee di cui all'art.1, comma 1, dello stesso decreto.

Tuttavia, sia la norma francese nel pubblico impiego dell'art.13, par.1, della legge n.2005-843 sia la norma italiana applicabile (anche) al lavoro pubblico dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 prevede (la prima) e prevedeva (la seconda) espressamente la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi che hanno superato la clausola di durata massima complessiva, mentre per gli agenti contrattuali della Commissione Ue non vi è alcuna sanzione, per il semplice fatto che è impossibile stipulare nuovi contratti a termine, se non ricorrendo al lavoro interinale.

Questa interpretazione riduttiva della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato da parte della Commissione - che ha limitato, per uso "interno", il recepimento della direttiva 1999/70 alla mera individuazione di una delle tre misure preventive, quella "di fatto" più inadeguata (rispetto alle ragioni oggettive) della clausola di durata

⁽⁷³⁾ C. giust. 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet v. Université de Bretagne occidentale*, EU:C:2012:133.

massima complessiva fissata in un tetto così elevato (sei anni, ma anche tre anni) da consentirne l'applicazione prevalentemente in casi di carenze strutturali di organico – ha comportato lo svuotamento della normativa dell'Unione e la sua disapplicazione, nel momento in cui la regola imposta dalla direttiva (clausola di durata massima complessiva dei rapporti di lavoro) è così flessibile, per il termine eccessivamente lungo, e priva di sanzione da demolire la regola generale della direttiva 1999/70, secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro.

Invece, con le uniche eccezioni delle due ordinanze *Vino* (cit.) sull'unico contratto a tempo determinato acausale di Poste italiane stipulato ai sensi dell'art.2, comma 1 bis, d.lgs. n.368/2001 e dell'ordinanza *Rivas Montes* ⁽⁷⁴⁾ sulla (non) applicazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alle diverse condizioni di lavoro tra i dipendenti pubblici di ruolo spagnoli e gli agenti contrattuali temporanei, in cui la Corte di giustizia ha dichiarato la propria incompetenza seguendo (per l'ultima volta) le indicazioni sul punto della sentenza *Mangold*, la Corte di Lussemburgo ha costantemente affermato che, in base ai punti 6 e 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori.

Per la Corte di giustizia soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (sentenze *Adeneler*, punto 62, nonché *Fiamingo*, punto 55, cit.; sentenza *Márquez Samohano* ⁽⁷⁵⁾, punto 39), per cui è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifiche di lavoratori in questione (sentenza *Fiamingo*, cit., punto 39), facendo così prevalere la misura preventiva delle ragioni oggettive di cui alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro come caratterizzante la differenza ontologica tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a termine, anche a partire dal primo ed eventualmente unico contratto che rientra nel campo di

⁽⁷⁴⁾ C. giust. 7 marzo 2013 (ord.), C-178/12, *Rivas Montes v. Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO)*, EU:C:2011:250.

⁽⁷⁵⁾ C. giust. 13 marzo 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*, EU:C:2014:146.

applicazione della predetta clausola 5, punto 1, (cfr. per analogia, sentenze *Angelidaki* ⁽⁷⁶⁾, *Sorge* ⁽⁷⁷⁾ e *Carratù* ⁽⁷⁸⁾).

Il consolidamento delle ragioni oggettive come (unica) misura "generale" effettiva per prevenire e sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato è stata poi confermata dalle sentenze *Mascolo* (cit.), *Commissione contro Lussemburgo* ⁽⁷⁹⁾ e *Santoro* ⁽⁸⁰⁾ della Corte di giustizia.

⁽⁷⁶⁾ C. giust. 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki ed altri v. Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis*, EU:C:2009:250; su cui cfr. V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. MISCIONE, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *LG*, 2009, 437; L. DRIGUEZ, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. n° 235, 25-26; C. KERWER, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

⁽⁷⁷⁾ C. giust. 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge v. Poste italiane*, EU:C:2010:369, su cui v. E.LAFUMA, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, *RJS* 2010, p.653-654; L. DRIGUEZ, *Contrats à durée déterminée: application de la jurisprudence Angelidaki sur les clauses de non régression*, in *Europe 2010*, Août-Septembre Comm. n°288, 31-32; A.VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *MGL*, 2010, 633-635; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *RIDL*, 2010, II, 1050-1058; A. M. PERRINO, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *FI*, 2010, IV, Col. 550-555; L. Corazza e L. Nogler, *Die "weiche" Wirkung des Verschlechterungsverbotes in EURichtlinien*, *Zeitschrift für europäisches Sozial-und Arbeitsrecht*, 2011, 58-64; S. Greiner, *Auslegung von Absenkungsverboten in Richtlinien und Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung*, *EuZA*, 2011, 74-84; V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *LG*, 2010, 9, 865-883.

⁽⁷⁸⁾ C. giust. 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù v. Poste italiane*, EU:C:2013:830. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 2014, 3, 241-260; L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *LG*, 2014, 5, 463-465; P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n.198; M. LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *RIDL*, 2014, 2, II, 487; S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *ADL*, 3, 2014, 682-695; G. GENTILE, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *RIDL*, 2014, 2, II, 479.

⁽⁷⁹⁾ C. giust. 26 febbraio 2015, C-238/14, *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*, EU:C:2015:128.

⁽⁸⁰⁾ C. giust. 7 marzo 2018, C-494/16, *Giuseppa Santoro v. Comune di Valderice e Governo italiano*, EU:C:2018:166, su cui cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza Santoro della Corte di giustizia Ue sui precari siciliani*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 14 marzo 2018.

5.1 Il revirement della Commissione Ue sull'immanenza delle ragioni oggettive temporanee nella causa Sciotto sul Jobs act.

Alla luce dell'ormai consolidato orientamento della Corte di giustizia di forte ridimensionamento della flessibilità autoregolativa degli Stati membri nell'utilizzo dei contratti a termine, la Commissione Ue ha recentemente, e inaspettatamente, cambiato orientamento rispetto alla compatibilità comunitaria del Jobs act per quanto riguarda il d.l. n.34/2014 e le corrispondenti norme del d.lgs. n.81/2015, dopo aver frettolosamente archiviato il 2 luglio 2015 la richiesta della CGIL di apertura della procedura di infrazione sulle modifiche alla disciplina del d.lgs. n.368/2001 introdotte dal decreto "Poletti" del 2014 con la denuncia CHAP(2014)2554.

L'occasione è stata la causa pregiudiziale promossa dalla Corte di appello di Roma ⁽⁸¹⁾, che ha presentato alla Corte di giustizia il quesito pregiudiziale delineando una situazione interna di assoluta mancanza delle misure preventive di cui alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70 per i lavoratori a tempo determinato pubblici alle dipendenze delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Il tentativo della Corte di appello di Roma è stato quello di difendere il «diritto vivente» (così definito nell'ordinanza di rinvio) della Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.11374/2016 ⁽⁸²⁾ sui contratti acausali di Poste italiane e del Jobs act e di orientare alla tutela (unica) della clausola di durata di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, peraltro applicata ad una controversia in cui la lavoratrice non aveva maturato il superamento dei 36 mesi di servizio e non era applicabile comunque la disciplina della successione dei contratti, esclusa nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche dall'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001, esclusione peraltro confermata dall'art.29, comma 3, d.lgs. n.81/2015.

Il giudice del rinvio nella causa Sciotto C-331/17 ha omesso di precisare che la consolidata giurisprudenza della Cassazione ⁽⁸³⁾, della Corte costituzionale ⁽⁸⁴⁾, della Corte di giustizia nella sentenza

⁽⁸¹⁾ App. Roma, 15 maggio 2017 (ord.), causa C-331/17, *Sciotto contro Teatro dell'Opera di Roma*.

⁽⁸²⁾ Cass., S.U., 31 maggio 2016, n.11374.

⁽⁸³⁾ Cfr. Cass. sentt. nn.208/2017; 18512/2016; 17064/2015; 10924/2014; 10217/2014; 10124/2014; 10123/2014; 10122/2014; 243/2014; 6547/2014; 5749/2014; 5748/2014; 18263/2013; 11573/2013; 247/2011.

⁽⁸⁴⁾ C. cost. 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. DE MICHELE, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *LG*, 2016, 2, 151; L. MENGHINI, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in *RGL*, 2016, 153; A.M. PERRINO, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *FI*, 2016, n.1, I, p.1; C. DE MARTINO, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *VTDL*, 2016, 3, 599-618.

Commissione contro Granducato di Lussemburgo (unica formale sentenza di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE) nel settore dei lavoratori dello spettacolo aveva ormai affermato il principio dell'applicazione delle ragioni oggettive come unica misura preventiva e sanzionatoria per la legittima apposizione del termine contrattuale, anche in relazione al primo o unico contratto a tempo determinato.

La Commissione Ue, al punto 56 delle osservazioni scritte della causa Sciotto, depositate il 19 settembre 2017, ha concluso nel senso che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ed in particolare la sua clausola 5, osta ad una normativa interna, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato.

La Commissione Ue ai punti 7 e 8 delle osservazioni scritte della causa Sciotto ha evidenziato, condivisibilmente ⁽⁸⁵⁾, che le ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE anche per il primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato continuano a costituire, nonostante il Jobs act, la misura preventiva applicabile nell'ordinamento interno, ad eccezione dei dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche (punto 9 osservazioni scritte Commissione), a cui non si applicano le disposizioni dell'art.1, commi 01 e 2, del d.lgs. n.368/2001, come previsto dall'art.3, comma 6, del d.l. n.64/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n.100/2010).

Infatti, secondo la Commissione Ue l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 nel testo applicabile alla fattispecie di causa (ante d.l. n.34/2014) sarebbero stati sostituiti da disposizioni di identico tenore, rispettivamente l'art.1, comma 1, e l'art.19, comma 4, del d.lgs. n.81/2015, in quanto, secondo il punto 1 della clausola 5 dell'accordo quadro, in relazione anche al n.7 delle considerazioni generali dello stesso accordo quadro, non è compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro una normativa nazionale che non faccia dipendere l'impiego di personale a tempo determinato da specifiche esigenze legate alla natura dell'attività esercitata, ma che preveda tale possibilità di impiego in maniera generale e astratta, al punto da permettere che dei lavoratori possano essere assunti a tempo determinato anche per compiti che, per loro natura, non sono temporanei. (osservazioni scritte Commissione causa Sciotto C-331/17, punti 27-28 e 32).

⁽⁸⁵⁾ Si rimanda a quanto precisato in V.DE MICHELE, *Il d.lgs. n. 81/2015 e la (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, op.cit., 25 ss.

La Commissione Ue ha proposto al giudice nazionale la "disapplicazione" della norma interna ostativa alla tutela, peraltro già applicata dalla citata consolidata giurisprudenza della Cassazione per i dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche, affermando la diretta operatività delle ragioni "obiettive" come causa giustificativa dell'apposizione del termine contrattuale e ripristinando il rapporto tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a tempo determinato, superando così (cioè disapplicando), alla luce della nozione comunitaria di ragioni oggettive enunciata dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia, il dato normativo interno totalmente ostativo all'applicazione di qualsiasi misura preventiva e sanzionatoria contro l'utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato nel settore dello spettacolo lirico-sinfonico.

Il Governo italiano, intervenuto nel procedimento pregiudiziale, ha contestato le osservazioni scritte della Commissione (e delle parti principali del processo), evidenziando nella richiesta di trattazione orale dell'11 dicembre 2017 che «la causa riveste notevole importanza per le autorità italiane, in quanto mette in discussione la legittimità del contratto di lavoro a tempo determinato in tutto il settore delle fondazioni musicali, con una notevole incidenza economica per il bilancio dell'Unione, oltre che dello Stato».

Come appare evidente, difficilmente il bilancio dell'Unione europea e quello dello Stato italiano potrebbero essere messi in crisi dalla situazione che andrebbe a determinarsi con la trasformazione a tempo indeterminato di poche centinaia di contratti a tempo determinato nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche, che la Corte costituzionale ha qualificato nella sentenza n.153/2011 come organismi nazionali di diritto pubblico, cioè enti pubblici non economici, e la Cassazione a sezioni unite, in contrapposizione al giudice delle leggi e al suo precedente della sentenza n.2736/2006, come associazioni di diritto privato con l'ordinanza n.27465/2016.

La preoccupazione del Governo italiano, invece, sembra rivolta alle conseguenze che potrebbe avere la decisione della Corte di giustizia nella causa *Sciotto* per tutti i datori di lavoro privati, ove accogliesse le conclusioni della Commissione Ue sull'interpretazione comunitariamente orientata del Jobs act con l'inammissibilità ontologica di contratti a termine "acausali", opinione, peraltro, condivisa dalle parti del processo principale, la lavoratrice ricorrente e il datore di lavoro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, che ha addirittura allegato alla propria memoria difensiva la sentenza n.12985/2008 della Cassazione sulle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, l'unica decisione che la Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009 ha qualificato come "diritto vivente" in *subiecta materia*.

La Corte di giustizia ha fissato l'udienza di trattazione orale della causa Sciotto per il 14 giugno 2018 davanti alla X Sezione in composizione a tre giudici, tra cui, eccezionalmente, sarà presente il Presidente della Corte Ue, Lenaerts. Non sono previste le conclusioni scritte dell'avvocato generale e, quindi, la sentenza dovrebbe essere depositata entro settembre-ottobre 2018.

Pare a chi scrive che la legittimità dei contratti "acausalì" a tempo determinato anche alle dipendenze di agenzie di lavoro interinale disciplinati nel Jobs act esca già fortemente e "pericolosamente" (per gli incolpevoli datori di lavoro) ridimensionata sul piano interpretativo, nel momento in cui, secondo la Commissione Ue, è sufficiente la previsione dell'art.1 del d.lgs. n.81/2015 e il fatto che il contratto a tempo indeterminato sia la forma comune (e dunque la regola) dei rapporti di lavoro secondo il legislatore nazionale, per determinare l'obbligo della sussistenza di ragioni oggettive per la stipula delle tipologie "eccezionali" dei contratti flessibili.

6. La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "tipico" nella direttiva 91/533/CEE: la sentenza Andersen.

Mentre, la dottrina ⁽⁸⁶⁾ ha inteso il lavoro temporaneo come una definizione descrittiva e riassuntiva di un insieme di rapporti di lavoro caratterizzati dalla temporaneità, in ambito comunitario, con riferimento alla direttiva 91/533/CEE ⁽⁸⁷⁾, interrogata dal giudice danese (Højesteret), nella sentenza *Andersen* ⁽⁸⁸⁾ la Corte di giustizia al punto 3) delle conclusioni ha formulato l'interpretazione "autentica" di tale nozione, chiarendo che «l'espressione "contratto o rapporto di lavoro temporaneo" contenuta nell'art. 8, n. 2, secondo comma, della direttiva 91/533 deve

⁽⁸⁶⁾ S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Torino, 2008, 2.

⁽⁸⁷⁾ La direttiva 91/533/CEE del Consiglio del 14 luglio 1991 (pubblicata su G.U.C.E. L 288 del 18 ottobre 1991, 32), riguardante i diritti di informazione dei lavoratori, all'art. 8, par. 2, così dispone: «Gli Stati membri introducono nel loro ordinamento giuridico interno le misure necessarie per consentire a qualsiasi lavoratore che si ritenga leso dalla mancata osservanza degli obblighi derivanti dalla presente direttiva di difendere i propri diritti per via legale dopo aver fatto eventualmente ricorso ad altri organi competenti. Gli Stati membri possono prevedere che l'accesso alle vie di ricorso di cui al paragrafo 1 è subordinato alla previa messa in mora del datore di lavoro da parte del lavoratore e all'assenza di risposta del datore di lavoro entro un termine di quindici giorni dalla messa in mora. Tuttavia, la formalità della previa messa in mora non può in alcun caso essere richiesta nel caso [dei lavoratori espatriati], né per il lavoratore che ha un contratto o rapporto di lavoro temporaneo, né per il lavoratore che non è coperto da un o da contratti collettivi che hanno attinenza col rapporto di lavoro.».

⁽⁸⁸⁾ C. giust. 18 dicembre 2008, C-306/07, *Andersen*, EU:C:2008:743.

essere interpretata nel senso che essa prende in considerazione contratti e rapporti di lavoro di breve durata. In assenza di norme adottate a tal fine dalla normativa di uno Stato membro, spetta ai giudici nazionali stabilire tale durata caso per caso e in funzione della specificità di taluni settori o di determinate occupazioni e attività. Detta durata deve tuttavia essere fissata in modo da garantire l'effettività tutela dei diritti di cui si avvalgono i lavoratori in base alla direttiva summenzionata.».

Il ragionamento della Corte di giustizia nella sentenza *Andersen* è anticipato sul piano sistematico ai punti 43-45⁸⁹ nel rapporto tra la direttiva 91/533/CEE e la direttiva 1999/70/CE, in cui delinea una nozione autonoma comunitaria di lavoro temporaneo, che interessa qualunque fattispecie contrattuale connotata dalla breve o brevissima durata del rapporto, come il lavoro occasionale e il lavoro stagionale, nonché i rapporti di *workfare*, configurandosi come una nozione "orizzontale", i cui effetti vanno incrociati con le discipline previste per le singole fattispecie, tutte caratterizzate dal comune denominatore della precarietà del rapporto e della connessa esigenza di massima tutela.

Ne consegue che, nell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, il lavoro temporaneo ha finito per rappresentare una *species* del *genus* del contratto a tempo determinato.

Appare chiaro alla Corte nella sentenza *Andersen*, a differenza di quanto deciso nella sentenza *Wippel*, che il legislatore europeo ha valutato che i rapporti a tempo determinato di breve durata siano meritevoli di tutela da parte del diritto comunitario, ed anzi che i lavoratori temporanei necessitano di tutele ancora maggiori rispetto a quelli a termine di più

(⁸⁹) Così precisa la Corte di giustizia nella sentenza *Andersen* ai punti 43-45: ««43. Se ne deve desumere che, utilizzando, nell'art. 8, n. 2, secondo comma, della direttiva 91/533, il termine «temporaneo» - piuttosto che l'espressione «a tempo determinato» come, precedentemente, nella direttiva 91/383 e, successivamente, nella direttiva 1999/70 -, il legislatore comunitario non ha inteso coprire tutti i contratti di lavoro a tempo determinato. 44 Un'interpretazione siffatta della volontà del legislatore comunitario ha come finalità quella di interpretare il diritto comunitario, per quanto possibile, in un modo che ne rispetti e ne garantisca la coerenza interna. Tale interpretazione non è rimessa in discussione dalla circostanza che l'espressione «contratto o (...) rapporto di lavoro temporaneo» è utilizzata nell'art. 2, n. 2, della direttiva 91/533, disposizione che elenca gli elementi essenziali del contratto o del rapporto di lavoro che devono essere obbligatoriamente portati a conoscenza del lavoratore, tra i quali figura, alla lett. e), la «durata prevedibile» di tale contratto o rapporto di lavoro. L'espressione «durata prevedibile» comporta infatti un'incertezza temporale che si distingue dai termini precisi utilizzati nella clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che costituisce l'allegato della direttiva 1999/70, per designare l'elemento caratteristico di un contratto a tempo determinato, vale a dire la circostanza che la cessazione di un contratto siffatto sia determinata da «condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico». Una differenza terminologica simile può solo lasciar presumere una differenza concettuale.»».

“lunga” durata, in quanto l’estrema brevità dei rapporti di lavoro li costringe in una situazione di precarietà, se possibile, ancor più pesante.

6.1 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale “tipico” nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: la sentenza Land Tirol.

Il superamento delle sentenze Wippel e Mangold sul lavoro occasionale e a tempo parziale “tipico”, cioè regolamentato come rapporto di lavoro subordinato occasionale e a tempo parziale, viene realizzato dalla Corte di giustizia con la sentenza *Land Tirol* ⁽⁹⁰⁾, in un giudizio incidentale in cui il Tribunale di Innsbruck, con decisione 14 ottobre 2008, aveva sollevato domanda di pregiudizialità addirittura su tre direttive sociali: la clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e la clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, la clausola 2 dell’accordo quadro sul congedo parentale, recepito dalla direttiva del Consiglio 3 giugno 1996, 96/34/CE, come modificata dalla direttiva del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/75/CE.

La domanda pregiudiziale è stata presentata nell’ambito di una controversia tra l’organismo unitario di rappresentanza sindacale di azienda sanitaria pubblica ⁽⁹¹⁾ ed il Land Tirolo riguardo a talune disposizioni della legge del Land Tirolo relativa agli agenti contrattuali «L-VBG» ⁽⁹²⁾, concernente gli agenti contrattuali occupati occasionalmente, a tempo parziale o a tempo determinato, nonché coloro che prendono un congedo parentale, nella versione in vigore fino al 1° febbraio 2009.

Infatti, la normativa L-VBG del Land Tirolo, che ha recepito le due direttive nn. 1997/81/CE e 1999/70/CE ed è contestuale a quella tedesca sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato (la «TzBfG» del 21 dicembre 2000), prevedeva, fino al 1° febbraio 2009, la esclusione dell’applicazione delle misure di tutela e disciplina previste dalla stessa legge nei confronti delle «persone occupate per una durata massima di sei mesi ovvero occasionalmente nonché a quelle che, pur regolarmente occupate, lo siano solo in misura inferiore al 30% dell’orario completo» (art.1, n.2, lettera m).

È stata probabilmente la legislazione del Land Tirolo sulla flessibilità lavorativa il modello normativo, non esplicitato perché inapplicabile al caso

⁽⁹⁰⁾ C. giust. 22 aprile 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols v. Land Tirol*, EU:C:2010:215.

⁽⁹¹⁾ Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Consiglio di azienda centrale degli ospedali del Land Tirolo.

⁽⁹²⁾ Tiroler Landes-Vertragsbedienstetengesetz dell’8 novembre 2000 (BGBl. I, 2/2001), nella versione in vigore sino al 1° febbraio 2009.

Wipfel che era regolato dalla legislazione nazionale austriaca, che, in via analogica, legittimava l'utilizzo del contratto di lavoro intermittente o a chiamata nel caso deciso dalla grande sezione con la sentenza del 12 ottobre 2004.

È proprio la esclusione dal campo di applicazione della normativa interna di alcune tipologie di contratti flessibili (contratti a tempo determinato di durata occasionale o fino a sei mesi; part-time con orario inferiore al 30% dell'orario completo) che non ha convinto il Tribunale di Innsbruck e lo ha indotto a proporre la domanda pregiudiziale, sostanzialmente fondata sul principio di parità di trattamento e di non discriminazione esplicitato nella corrispondente clausola 4 degli accordi quadro recepiti dalle due direttive sul part-time e sul contratto a tempo determinato.

La Corte di giustizia con la sentenza *Land Tirol* ha risposto positivamente ai dubbi del giudice del rinvio, concludendo che il pertinente diritto dell'Unione, e segnatamente la clausola 4, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nonché la clausola 2, punto 6, dell'accordo quadro sul congedo parentale, è in contrasto con la normativa interna che:

- a) prevede che, in caso di modificazione del volume delle ore di lavoro effettuate da un lavoratore, le ferie non utilizzate sono adattate con la conseguenza che al lavoratore, il quale passa da un'attività lavorativa a tempo pieno ad un'attività lavorativa a tempo parziale, è ridotto il diritto alle ferie annuali retribuite da esso maturato, senza avere avuto la possibilità di esercitarlo, durante il periodo di attività lavorativa a tempo pieno, ovvero può fruire delle ferie in questione solo con un'indennità compensativa di importo inferiore;
- b) esclude dall'ambito di applicazione della legge interna i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente;
- c) prevede che i lavoratori che si avvalgono del loro diritto al congedo parentale di due anni perdono, al termine di tale congedo, i diritti alle ferie annuali retribuite maturati nell'anno precedente la nascita del loro figlio.

6.2 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nelle direttive 97/81/CE e 1999/70/CE: le sentenze O' Brien e Sibilio.

La nozione di lavoratore [subordinato] occasionale, enunciata dalla Corte di giustizia nell'ambito di applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale recepito dalla direttiva 97/81/CE, è

stata estesa anche alle fattispecie di lavoro "atipico", occupandosi con la sentenza *O' Brien* del caso dei giudici inglesi a tempo parziale retribuiti in base a tariffe giornaliera (c.d. *recorders*), considerati nell'ordinamento interno, come in Italia ⁽⁹³⁾, dei "volontari" senza alcun rapporto di lavoro né subordinato né parasubordinato né autonomo, e quindi esclusi da ogni tutela previdenziale anche in caso di evidente malattia di origine professionale ⁽⁹⁴⁾, oltre che ai fini pensionistici (quella richiesta dal ricorrente *O' Brien* nel giudizio principale ⁽⁹⁵⁾), pur svolgendo identiche funzioni giurisdizionali rispetto ai magistrati ordinari.

Accogliendo le citate conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, che partivano dalla premessa di differenziare il caso *O' Brien* dal caso *Wippel*, anche in questo caso la Corte europea ha ricordato che è lavoratore ai sensi della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale chi abbia un contratto o un rapporto di lavoro definito per legge, contratto collettivo o in base alle prassi in vigore in ogni Stato membro considerato (sentenza *O' Brien*, punto 40).

Tuttavia, secondo la Corte il potere discrezionale concesso agli Stati membri dalla direttiva 97/81 per definire le nozioni utilizzate nell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale non è illimitato e taluni termini impiegati in tale accordo quadro possono essere definiti in conformità con il diritto e/o le prassi nazionali a condizione di rispettare l'effetto utile di tale direttiva e i principi generali del diritto dell'Unione (sentenza *O' Brien*, punto 34), poiché agli Stati membri non è consentito di applicare una normativa che possa pregiudicare la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e, conseguentemente, privare la direttiva medesima del proprio effetto utile (punto 35).

In particolare, la Corte di giustizia, richiamando per analogia la sentenza *Del Cerro Alonso* (cit.) sulla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ha precisato che uno Stato membro non può escludere, a sua discrezione, in violazione dell'effetto utile della direttiva

⁽⁹³⁾ Cfr., per tutte, Cass., S.U., 31 maggio 2017, n.13721; Cons. Stato, sentenza 18 luglio 2017, n.3556.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. Cass. 4 gennaio 2018, n.99, in cui la Suprema Corte ha rigettato la domanda di un giudice di pace risarcimento dei danni alla salute, morale ed esistenziale, conseguiti all'infezione provocata dal batterio della tubercolosi contratta nell'ambiente di lavoro presso un centro di identificazione ed espulsione (CIE). Al giudice di pace ricorrente, attualmente in gravi condizioni di salute, non solo non è stata riconosciuta la tutela previdenziale richiesta come lavoratore per una malattia contratta nell'ambiente di lavoro, ma ha è stata anche inflitta una pesante condanna alle spese del giudizio.

⁽⁹⁵⁾ Il Ministero della giustizia aveva rifiutato di corrispondere al sig. O'Brien la pensione di vecchiaia calcolata pro rata temporis sulla base della pensione di vecchiaia spettante ad un giudice a tempo pieno, che raggiunge il collocamento a riposo all'età di 65 anni e che ha svolto il medesimo lavoro.

97/81, talune categorie di persone dal beneficio della tutela voluta dall'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale (punto 36), senza operare alcuna distinzione basata sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (punto 37).

Applicando i principi enunciati dalla sentenza *O' Brien*, la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa C-472/17 *Di Girolamo*, depositate il 23 novembre 2017, sulla pregiudiziale sollevata dal Giudice di pace di L'Aquila in merito al (mancato) riconoscimento del diritto alle ferie retribuite nei confronti dei giudici onorari, ha così concluso, escludendo che il concorso pubblico possa essere elemento discriminante basato su ragioni oggettive per negare l'equiparazione retributiva, normativa e previdenziale tra giudici togati e giudici onorari: «Nella misura in cui, da un lato, per accedere alle funzioni di giudice di pace e di giudice togato sia necessario avere qualifiche accademiche o un'esperienza differenti e, dall'altro, le procedure di selezione si fondino su requisiti che siano attinenti all'oggetto delle funzioni da esercitare ed estranei alla durata dell'incarico, circostanze che spetta al giudice nazionale valutare, la Commissione ritiene che tali circostanze possano costituire, in linea di principio, una giustificazione oggettiva ad una disparità di trattamento nella fruizione del diritto alle ferie retribuite. Tuttavia, tale diversità nei requisiti di accesso alle rispettive funzioni non può giustificare un'esclusione dei giudici di pace dal diritto alle ferie retribuite.».

Contestualmente alla sentenza *O' Brien*, la Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio* ⁽⁹⁶⁾ sui lavoratori socialmente utili di lunga durata del Comune di Napoli, esclusi dal campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE in base all'espressa previsione della clausola 2, punto 2, lett. b), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato («Gli Stati membri.....possono decidere che il presente accordo non si applichi ai:b) 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»), ha ribadito che, laddove il legislatore dell'Unione si è espressamente richiamato alla legislazione, ai contratti collettivi o alla prassi in vigore negli Stati membri, non spetta alla Corte europea dare ai termini impiegati una definizione autonoma e uniforme, ai sensi del diritto dell'Unione, della nozione di cui trattasi, per cui la definizione dei contratti e dei rapporti di lavoro cui si applica l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato rientra non in quest'ultimo o nel diritto dell'Unione, ma nella legislazione e/o nella prassi nazionale (sentenza *Sibilio*, punto 42).

⁽⁹⁶⁾ C. giust. 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio v. Comune di Napoli*, EU:C:2012:148.

Tuttavia, la stessa Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio* al punto 48 ha evidenziato che se, in base alla giurisprudenza dei giudici nazionali, il diritto italiano non esclude che le prestazioni fornite nel contesto di un progetto di lavori socialmente utili possano, in realtà, presentare concretamente le caratteristiche di una prestazione di lavoro subordinato, l'ordinamento interno non può rifiutare la qualifica giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che, oggettivamente, rivestono una siffatta natura.

In effetti, sulla (ri)qualificazione dei lavoratori socialmente utili come lavoratori subordinati la Cassazione con la recente sentenza n.17101/2017⁽⁹⁷⁾ ha ripreso i principi enunciati dalla sentenza *Sibilio* sull'indisponibilità del tipo contrattuale⁽⁹⁸⁾, riconoscendo come lavoratore subordinato, dipendente del Ministero della giustizia, un LSU e ha precisato che, in tema di occupazione di lavori socialmente utili o per pubblica utilità, la qualificazione normativa di tale rapporto speciale, avente matrice assistenziale e componente formativa, non esclude che in concreto il rapporto possa avere le caratteristiche di un ordinario rapporto di lavoro subordinato con conseguente applicazione dell'articolo 2126 c.c.

Per la Suprema Corte, dunque, ai fini della qualificazione come rapporto di lavoro prestato di fatto alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione, rileva che il lavoratore risulti effettivamente inserito nell'organizzazione pubblicistica e sia adibito ad un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'Amministrazione.

6.3 La Corte di giustizia sulla nozione comunitaria di lavoro occasionale "atipico" nella direttiva 2008/104/CE: la sentenza Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH.

Più stringenti limiti all'autonoma regolazione degli istituti contrattuali da parte degli Stati membri per quanto attiene alla nozione di lavoratore [subordinato] alle dipendenze di agenzie di lavoro interinali, nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/104/CE, vengono enunciati dalla Corte di giustizia nella importante sentenza *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*⁽⁹⁹⁾, su fattispecie di lavoro "volontario" di personale infermieristico, non titolare di un contratto di lavoro, messo a disposizione di una struttura

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cass. 11 luglio 2017, n.17101.

⁽⁹⁸⁾ Sull'indisponibilità del tipo contrattuale nel confronto con il diritto dell'Unione europea cfr. M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra «indisponibilità del tipo contrattuale», problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide dell'economia postindustriale*, in *RIDL*, 2014, I, 397; nonché M. PALLINI, *Il lavoro economicamente dipendente*, 2013, Cedam, Padova.

⁽⁹⁹⁾ C. giust. 17 novembre 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*, EU:C:2016:883. La questione pregiudiziale è stata sollevata dal Bundesarbeitsgericht, la Corte federale del lavoro tedesca.

sanitaria pubblica da un'associazione senza fini di lucro, a cui gli infermieri erano associati.

La Corte europea, pur richiamando la nozione di «lavoratore» ai sensi dell'art.3, par.1, lett.a), della direttiva 2008/104, che comprende «qualsiasi persona che, nello Stato membro interessato, è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro», rievoca la nozione comunitaria di lavoratore secondo la propria giurisprudenza costante⁽¹⁰⁰⁾ elaborata già prima dell'entrata in vigore delle direttive sociali⁽¹⁰¹⁾ sul part time e sul lavoro a tempo determinato, ribadendo che la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro [subordinato] è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione. La nozione di lavoratore è stata ivi considerata comprensiva, in determinate circostanze, delle persone che svolgono un apprendistato⁽¹⁰²⁾ o un tirocinio⁽¹⁰³⁾.

Pertanto, la Corte di giustizia - nella sentenza del 17 novembre 2016 sul rapporto volontario come socio di un'associazione no profit che di fatto svolge attività economica di agenzia di lavoro interinale - ha precisato che né il *nomen iuris*, ai sensi del diritto nazionale, del rapporto che lega la persona interessata all'agenzia di lavoro interinale, né la natura dei loro rapporti giuridici, né la forma di tale rapporto sono determinanti ai fini della qualificazione di tale persona come «lavoratore» ai sensi della direttiva 2008/104, da cui non può essere esclusa la ricorrente della causa principale, per il solo motivo di non essere legata all'agenzia di lavoro interinale da un contratto di lavoro e, conseguentemente, di non possedere lo status di lavoratore secondo il diritto tedesco (sentenza *Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH*, punto 29).

Pur riconoscendo che la direttiva 2008/104/CE, come la direttiva sul lavoro a tempo determinato, ha inteso preservare il potere degli Stati membri di determinare quali persone rientrino nella nozione di «lavoratore» ai sensi del diritto nazionale e siano destinatarie di tutela nell'ambito della loro disciplina interna, ciò non significa che il legislatore dell'Unione abbia rinunciato a definire la portata di tale nozione e, in tal modo, l'ambito di applicazione *ratione personae* delle direttive sociali.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. C. giust. 11 novembre 2010, C-232/09, *Danosa*, EU:C:2010:674, punti 39 e 40; 20 settembre 2007, C-116/06, *Kiiski*, EU:C:2007:536, punto 25.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. in particolare, C. giust. 3 luglio 1986, C-66/85, *Lawrie-Blum*, EU:C:1986:284, punti 16 e 17; 21 giugno 1988, C-197/86, *Brown*, EU:C:1988:323, punto 21; 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray*, EU:C:1986:223, punto 13.

⁽¹⁰²⁾ C.giust. 19 novembre 2002, C-188/00, *Kurz*, EU:C:2002:694.

⁽¹⁰³⁾ C. giust. 26 febbraio 1992, C-3/90, *Bernini*, EU:C:1992:89; 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann*, EU:C:2005:187.

La nozione comunitaria di lavoratore [subordinato] emerge, dunque, dal combinato disposto interpretativo nella giurisprudenza di Lussemburgo tra le nozioni di lavoratore enunciate nelle principali direttive sociali, sul lavoro a tempo determinato, sul lavoro a tempo parziale e sul lavoro alle dipendenze di agenzie interinali, oltre che su quella sull'organizzazione dell'orario di lavoro (v. *infra*), al punto da assorbire nell'alveo della subordinazione e delle tutele collettive e individuali previste per tale *genus* di lavoro anche i «falsi autonomi» o, come pare preferibile, il lavoro autonomo individuale carente o privo dell'organizzazione imprenditoriale.

7. La sentenza Abercrombie della Corte di giustizia sul lavoro intermittente e l'epilogo della flessibilità autoregolata dagli Stati. Il problema dell'applicazione delle decisioni della Corte Ue nelle controversie tra privati.

L'epilogo (e il superamento finale) delle opzioni interpretative sulla flessibilità autoregolata dagli Stati membri nelle sentenze *Wippel* e *Mangold* si è realizzato con la recente sentenza *Abercrombie* ⁽¹⁰⁴⁾ della Corte di giustizia, su ordinanza di rinvio pregiudiziale della Cassazione in merito a fattispecie impugnativa di licenziamento di un lavoratore assunto dal 14 dicembre 2010 sulla base di un contratto di lavoro a tempo determinato, convertito in contratto a tempo indeterminato il 1° gennaio 2012, con mansioni di magazziniere notturno, con la tipologia e le modalità del lavoro intermittente, il cui recesso è stato giustificato dal datore di lavoro con il raggiungimento del 25° anno di età in data 26 luglio 2012, ai sensi dell'art.34, comma 2, del d.lgs. n.276/2003, normativa applicabile *ratione temporis*.

Come nel caso *Mangold*, il rinvio pregiudiziale della Suprema Corte muove dal presupposto che la normativa nazionale di cui all'artt.34, comma 2, d.lgs. n.276/2003, secondo la quale il contratto di lavoro intermittente poteva in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, fosse contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla direttiva 2000/78/CE, con l'aggiunta dell'art.21, par.1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Nella sentenza *Abercrombie* la Corte di giustizia ha risposto al quesito pregiudiziale della Suprema Corte correttamente, anche se in maniera opposta rispetto alla diversa soluzione interpretativa della sentenza

⁽¹⁰⁴⁾ C. giust. 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia srl v. Antonino Bordonaro*, EU:C:2017:566.

Mangold, affermando che la normativa comunitaria deve essere interpretata nel senso che non osta ad una disposizione, quale quella di cui al procedimento principale, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari.

Nel giudizio di riassunzione della causa Abercrombie dopo la sentenza della Corte di giustizia, la Cassazione con l'articolata sentenza n.4223/2018⁽¹⁰⁵⁾ ha preso atto del superamento definitivo della sentenza *Mangold* ed ha applicato correttamente la sentenza del Collegio lussemburghese sul licenziamento del lavoratore a tempo indeterminato con rapporto intermittente.

La Suprema Corte ha ritenuto legittimo che la Corte europea non abbia esercitato soltanto la competenza esclusiva dell'interpretazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art.267 TFUE, ma abbia esteso la sua indagine all'esame della legislazione italiana di cui è stata chiesta la verifica di compatibilità con l'ordinamento Ue, «alle sue caratteristiche, alla proporzionalità e necessità delle misure previste in rapporto ai fini di politica sociale dichiarati anche scendendo nel merito della plausibile efficacia e portata di queste misure senza demandare al giudice nazionale tale compito (come invece aveva ritenuto di proporre l'Avvocato generale nelle sue conclusioni)».

Si dubita che la sentenza "Bronzini" (Estensore della decisione della Cassazione) possa rappresentare una scelta di sistema nel rapporto tra la giurisprudenza sovranazionale e quella interna, e possa così costituire l'opzione prevalente di politica del diritto sia nelle sentenze della Corte di cassazione che nelle decisioni della Corte di giustizia, soprattutto quando, come nel caso di specie, si verta su controversie tra privati e la pronuncia della Corte europea non evidenzia situazioni di incompatibilità della norma interna con il diritto dell'Unione, cioè quando la sentenza dei giudici Ue non abbia valore formale di *ius superveniens* con disapplicazione diretta della disposizione nazionale "ostativa" (cfr. Corte cost., ordinanze nn.194 e 195 del 2016).

Infatti, come precisato recentemente dalle Sezioni unite nella sentenza del 18 dicembre 2017, n.30301 «la Corte di Giustizia, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non opera come giudice del caso concreto,

⁽¹⁰⁵⁾ Cass. 21 febbraio 2018, n.4223.

bensi come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, permane in via esclusiva in capo a questo la funzione giurisdizionale».

Il limite "interno" all'interpretazione autentica del diritto dell'Unione europea della Corte di Lussemburgo è riconosciuto, inoltre, costantemente dalla stessa Corte di giustizia: «Spetta tuttavia al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze Marrosu e Sardino, punto 56; Vassallo, punto 41, e Angelidaki e a., punti 164 e 188, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 135; Koukou, punti 69, 77 e 90, e Lagoudakis e a., punto 11).» (ordinanza *Affatato* ⁽¹⁰⁶⁾, punto 50).

Inoltre, se è condivisibile la soluzione della Cassazione nella sentenza n.4223/2018 di recepire le decisioni della Corte di giustizia quando interpretano in modo corretto e coerente rispetto al quesito pregiudiziale la normativa interna, qualche dubbio si potrebbe profilare, proprio rispetto alla fattispecie della causa *Abercrombie*, sulla compatibilità dell'art.34, comma 2, d.lgs. n.276/2003 con la direttiva 1999/70/CE, in considerazione del fatto che proprio l'interpretazione della norma interna proposta dalla giurisprudenza comunitaria riqualifica il lavoro intermittente a tempo indeterminato del giovane infraventicinquenne, con l'automatica cessazione del rapporto di lavoro al compimento del 25° anno di età, come un vero e proprio contratto a tempo determinato, con la conseguenza che l'elemento di comparazione di cui all'art.38 del d.lgs. n.276/2003 andrebbe rintracciato nei lavoratori a tempo indeterminato di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Sotto questo profilo, il licenziamento intimato dall'*Abercrombie* potrebbe avere altri esiti, diversi dall'insussistente nullità per discriminazione in ragione dell'età, e rientrare nell'ipotesi di recesso illegittimo, perché senza giusta causa e senza ragioni oggettive, di un rapporto di lavoro a termine con durata indeterminata, come nel citato caso recentemente esaminato dall'Avvocato generale Kokott nella causa C-96/17 *Vernaza Ayovi*, che ha ripreso l'ordinanza *León Medialdea* ⁽¹⁰⁷⁾.

Nell'ordinanza *León Medialdea* la Corte europea si è pronunciata sulla natura del «contratto a tempo indeterminato non permanente»,

⁽¹⁰⁶⁾ C. giust. 1° ottobre 2010 (ord.), causa C-3/10, ECLI :EU:C:2010:574.

⁽¹⁰⁷⁾ C. giust. 11 dicembre 2014 (ord.), C-86/14, *Marta León Medialdea v. Ayuntamiento de Huétor Vega*, EU:C:2014:2047.

evidenziando il tentativo del legislatore iberico di trasformare i contratti a tempo determinato successivi abusivi nel pubblico impiego in contratti di lavoro a tempo indeterminato non permanente (*relación laboral por tiempo indefinido no fijo*), similmente a quanto accade per il contratto a tempo indeterminato di lavoro intermittente nel caso di automatica risoluzione del rapporto al raggiungimento del 25° anno di età del dipendente.

A tal proposito, si evidenzia che sono state discusse davanti alla grande sezione della Corte di giustizia due importanti questioni pregiudiziali in casi spagnoli ⁽¹⁰⁸⁾, in cui si controverte sull'applicabilità diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alla comparazione delle condizioni di cessazione del rapporto di lavoro «per circostanze oggettive» tra rapporto a tempo indeterminato e contratto a termine, sia alle dipendenze di un'impresa privata (C-574/16 Grupo Norte Facility) sia alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico (C-677/16 Montero Mateos).

In particolare, nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility si discute di un lavoratore spagnolo assunto nel quadro di un «contratto di sostituzione» a tempo determinato diretto a compensare le ridotte prestazioni lavorative di una collega collocata in regime di lavoro "part-time" per pensionamento progressivo. La durata del contratto di sostituzione del suddetto lavoratore era limitata sino al pensionamento della collega (il genitore), successivamente al quale il rapporto lavorativo cessava. Il procedimento principale verte ora sull'indennità ex lege che, a determinate condizioni, i lavoratori spagnoli possono esigere dai rispettivi datori di lavoro al termine del rapporto di lavoro. Oggetto del contendere è il fatto che l'indennità di cui trattasi è quantificata diversamente a seconda delle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro. Infatti, in base al diritto spagnolo, ove il datore di lavoro licenzi il dipendente per causa oggettiva, l'indennità viene riconosciuta in misura più generosa rispetto al caso in cui, come nella specie, il datore lasci semplicemente che il rapporto di lavoro a tempo determinato cessi per raggiungimento della data di scadenza concordata. In talune ipotesi, alla scadenza del rapporto di lavoro a tempo determinato, il lavoratore interessato non ha diritto ad alcuna indennità.

Nella causa C-677/16 Montero Mateos il problema della discriminazione si pone con riferimento al caso di una lavoratrice spagnola impiegata per molti anni – vale a dire, sino all'esito di una procedura di selezione a definitiva copertura della posizione di cui trattasi - da una

⁽¹⁰⁸⁾ All'udienza dell'8 novembre 2017 sono state discusse davanti alla Grande Sezione della Corte di giustizia le cause pregiudiziali C-574/16 Grupo Norte Facility S.A. contro Angel Manuel Moreira Gómez e C-677/16 Montero Mateos contro Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid. La Corte di giustizia dovrebbe decidere le due cause entro giugno c.a.

società di diritto pubblico nel quadro di un contratto di lavoro a tempo determinato a copertura di un posto di lavoro temporaneamente vacante. In base al diritto spagnolo, in caso di mera scadenza di un contratto di «interinidad» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto) alla lavoratrice non spetta alcuna indennità, indennità che spetta, invece, ad un lavoratore licenziato dal proprio datore di lavoro per causa oggettiva.

Sia nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility sia nella causa C-677/16 Montero Mateos il Governo spagnolo ha contestato la sentenza *de Diego Porras* (cit.), che ha ravvisato nell'assenza di qualsivoglia indennità in caso di scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione.

L'Avvocato generale Kokott ha depositato il 20 dicembre 2017 le conclusioni scritte sia nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility (EU:C:2017:1022) sia nella causa Montero Mateos (EU:C:2017:1021), invitando la Corte di giustizia a rivedere la propria posizione rispetto alla sentenza *de Diego Porras*, con argomentazioni molto simili, e poco convincenti sul piano giuridico, della non comparabilità "di fatto" delle condizioni di lavoro tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato comparabile, come quelle proposte dallo stesso Avvocato generale nelle sue conclusioni della causa *Wippel* sul lavoro intermittente.

Infatti, contestualmente in data 20 dicembre 2017 la Corte di giustizia con la sentenza *Vega González* (cit.) ha preferito accogliere le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, che aveva evidenziato la natura discriminatoria e contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa nazionale che prevede la concessione di un'aspettativa per incarichi particolari in caso di elezione a cariche pubbliche ai soli funzionari di ruolo, ad esclusione dei funzionari ad interim.

La Corte di giustizia con la sentenza *Vega González* sembra rispondere, così, anticipatamente al Governo spagnolo nelle cause C-574/16 e C-677/16, rigettando le conclusioni "politiche" dell'Avvocato generale Kokott e confermando la sentenza *de Diego Porras*, richiamata ben tredici volte.

Dimostrando grande spirito di adattamento alle nuove indicazioni della Corte su un più rigido controllo dell'autoregolazione dei rapporti di lavoro temporanei e atipici negli Stati membri attraverso i limiti esterni della non discriminazione sulle condizioni di lavoro, con le sue conclusioni del 25 gennaio 2018 nella causa *Vernaza Ayovi*, di segno diametralmente opposto rispetto a quelle rassegnate nelle cause Grupo Norte Facility e Montero Mateos, l'Avvocato generale Kokott pare aver compreso che la grande sezione della Corte di giustizia non cambierà posizione rispetto alle sentenze *de Diego Porras* e *Vega* e ribadirà la propria giurisprudenza nella

parte in cui afferma nozioni autonome di diritto dell'Unione in materia di flessibilità dei rapporti di lavoro e non subisce (più) le esigenze autoregolatrici nazionali in contrasto con la normativa comunitaria, su cui però la Corte Ue è chiamata a dare una risposta più chiara in termini di (eventuale) non applicazione o disapplicazione delle norme interne in contrasto con la tutela effettiva anche nelle controversie tra privati,, rispetto a quella confusa enunciata nella sentenza *Mangold*.

8. Le distinte nozioni di lavoratore subordinato e di lavoratore autonomo nella giurisprudenza Ue alla luce della direttiva 2003/88/CE e dell'art.45 TFUE.

Già il legislatore europeo con il regolamento (Ue) 2016/589 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 aprile 2016 ⁽¹⁰⁹⁾, relativo ad una rete europea di servizi per l'impiego (EURES), all'accesso dei lavoratori ai servizi di mobilità e a una maggiore integrazione dei mercati del lavoro, si è preoccupato al 6° considerando di evidenziare che la Corte di giustizia Ue ha affermato che alla nozione di «lavoratore», di cui all'art. 45 del TFUE, debba essere attribuito un significato proprio dell'Unione e che detta nozione deve essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro mediante riferimento ai diritti e agli obblighi delle persone interessate.

D'altra parte, l'art.3 della direttiva 89/391/CEE contiene sia, alla lettera a), l'ampia definizione di lavoratore [subordinato] come «qualsiasi persona impiegata da un datore di lavoro, compresi i tirocinanti e gli apprendisti, ad esclusione dei domestici», sia, alla lettera b), la nozione di datore di lavoro come «qualsiasi persona fisica o giuridica che sia titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa e/o dello stabilimento», mentre l'art.1, paragrafo 3, della direttiva 2003/88/CE espressamente richiama, per quanto riguarda l'ambito di applicazione, quello della direttiva 89/391/CEE.

In effetti, la Corte europea nella sentenza *FNV* ⁽¹¹⁰⁾ ha affermato che la qualifica di «prestatore autonomo», ai sensi del diritto nazionale, non esclude che una persona debba essere qualificata come «lavoratore», ai sensi del diritto dell'Unione, se la sua indipendenza è solamente fittizia e nasconde in tal modo un vero e proprio rapporto di lavoro (sentenza *FNV*, punto 35) e che lo status di «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione non può essere pregiudicato dal fatto che una persona è stata assunta come

⁽¹⁰⁹⁾ Pubblicato su G.U.U.E. del 22 aprile 2016 L 107/1. Il regolamento n. 2016/589 modifica i regolamenti Ue n. 492/2011 e 1296/2013.

⁽¹¹⁰⁾ C. giust. 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV*, EU:C:2014:2411.

prestatore autonomo di servizi ai sensi del diritto nazionale, per ragioni fiscali, amministrative o burocratiche, purché tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro, non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e non sia integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica (sentenza FNV, punto 36).

Quali possibili elementi per definire correttamente un lavoratore [subordinato] la Corte di giustizia ha indicato le seguenti circostanze: che l'interessato a) si trovi sotto la direzione del datore di lavoro, in particolare per quanto riguarda libertà di determinare l'orario, il luogo e il contenuto del lavoro ⁽¹¹¹⁾, b) non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro ⁽¹¹²⁾ e c) costituisca parte integrante dell'impresa del datore di lavoro per la durata di tale rapporto di lavoro ⁽¹¹³⁾.

Alla luce degli indicati criteri, si muovono, in direzione dell'assorbimento delle tipologie di lavoro autonomo "debole" o non subordinato e non imprenditoriale nell'alveo delle discipline del lavoro subordinato, altre recenti e importanti decisioni della Corte di giustizia.

Nella sentenza *Haralambidis* ⁽¹¹⁴⁾ la Corte ha riconosciuto come lavoratore subordinato, ai fini dell'applicazione dell'art.45 TFUE sulla libera circolazione dei lavoratori, il presidente dell'autorità portuale di Brindisi, nominato dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, sul mero presupposto che l'attività lavorativa viene esercitata sotto la direzione, il controllo e la vigilanza del Ministro, e che il lavoratore in questione, pertanto, non possedeva le caratteristiche tipicamente associate alle funzioni di un fornitore di servizi indipendente, ossia una maggiore flessibilità riguardo alla scelta del tipo di lavoro e dei compiti da svolgere, alla maniera in cui tale lavoro o tali compiti debbano essere svolti nonché all'orario e al luogo di lavoro, e una maggiore libertà nella selezione dei propri collaboratori (punto 33).

Nella causa *Fenoll* ⁽¹¹⁵⁾ si controverteva dell'eventuale diritto alle ferie annuali - in applicazione diretta e orizzontale dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE sull'organizzazione dell'orario di lavoro, in combinato disposto con l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - di un lavoratore disabile con capacità lavorativa inferiore a un terzo di quella normale, inserito nei Centri di aiuto attraverso il lavoro (CAT), strutture di accoglienza di tipo medico-sociale prive di scopo di lucro. Il lavoratore

⁽¹¹¹⁾ C. giust. 13 gennaio 2004, C-256/01, *Allonby*, EU:C:2004:18, punto 72.

⁽¹¹²⁾ C. giust. 14 dicembre 1989, C-3/87, *The Queen*, EU:C:1989:650, punto 36.

⁽¹¹³⁾ C. giust. 16 settembre 1999, C-22/98 *Becu ed altri*, EU:C:1999:419, punto 26.

⁽¹¹⁴⁾ C. giust. 10 settembre 2014, C-270/13, *Haralambidis*, EU:C:2014:2185.

⁽¹¹⁵⁾ C. giust. 26 marzo 2015, C-316/13, *Fenoll*, EU:C:2015:200.

disabile percepiva un sussidio pubblico per l'attività "lavorativa" svolta nei CAT, senza essere qualificato come lavoratore subordinato nella legislazione francese.

La Corte di giustizia nella sentenza *Fenoll*, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione francese, ha precisato che la nozione di «lavoratore [subordinato]» di cui all'art.7 della direttiva 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretata nel senso che essa può comprendere un disabile ammesso in un centro di aiuto attraverso il lavoro (CAT), nonostante l'ordinamento transalpino configuri le prestazioni rese presso i CAT come di natura meramente previdenziale e assistenziale, e non lavorativa.

Nella sentenza *Regojo Dans* (cit.) si controverteva, ancora una volta, sulla nota questione del riconoscimento del diritto agli scatti triennali di anzianità nei confronti di una lavoratrice spagnola ⁽¹¹⁶⁾ (in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato), reclutata "occasionalmente" (cioè sulla base di un contratto di natura fiduciaria e legato alla durata del servizio di chi aveva conferito l'incarico occasionale) presso il Consiglio di Stato, dove aveva prestato servizio dal 1° marzo 1996 fino al 25 gennaio 2012 come capo della segreteria del presidente della II sezione, avendo comunque espletato attività di lavoro temporaneo presso le pubbliche amministrazioni (anche presso la Corte costituzionale) per 31 anni e mezzo.

L'Avvocato generale italiano Mengozzi nelle sue conclusioni depositate il 12 giugno 2014 nella causa *Regojo Dans* (EU:C:2014:1753), sulla nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione, ha richiamato sia la sentenza *O'Brien* e la clausola 4 della direttiva 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale ai giudici onorari britannici, sia la sentenza *Union syndicale Solidaires Isère* ⁽¹¹⁷⁾ per quanto riguarda il diritto ai riposi giornalieri riconosciuto anche ai lavoratori occasionali e stagionali con "contratto di assistenza educativa" della durata massima di 80 giorni l'anno, sia la fondamentale sentenza *Lawrie-Blum* (cit.) sul vincolo di subordinazione ricavato dal diritto alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, applicato in Germania a tirocinanti insegnanti nel pubblico impiego (conclusioni, nota 13), sia, infine, la sentenza *Sibillio* sui lavoratori socialmente utili in Italia (conclusioni, punto 22).

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. sentenza *Del Cerro Alonso, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres e Regojo Dans* della Corte di giustizia, cit..

⁽¹¹⁷⁾ C. giust. 14 ottobre 2010, C-428/09, *Union syndacale Solidaires Isère*, EU:C:2010:612.

Anche nella sentenza *Regojo Dans* su questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale Supremo spagnolo, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale italiano, la Corte di giustizia ha precisato che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 3, pt. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che si applica a un lavoratore "occasionale" quale la ricorrente nel procedimento principale e ha dichiarato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovino in situazioni comparabili.

Nella sentenza *King* ⁽¹¹⁸⁾ la Corte di giustizia ha riconosciuto il diritto di un lavoratore inglese a beneficiare dell'indennità per ferie annuali non godute alla cessazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art.7 della direttiva 2003/88/CE, che forniva le sue prestazioni sulla base di un «contratto di lavoro autonomo con retribuzione basata sulle sole commissioni», senza entrare nel merito della nozione di lavoratore [subordinato], già definita positivamente nel procedimento principale dai giudici nazionali.

Con una decisione che attraversa trasversalmente, come parametro interpretativo, la nuova disciplina italiana del lavoro autonomo, del lavoro occasionale e del lavoro agile, la Corte di giustizia nella recente sentenza *Matzak* ⁽¹¹⁹⁾ fa rientrare nella nozione di lavoratore [subordinato] di cui all'art.2 della direttiva sull'orario di lavoro un vigile del fuoco volontario, che aveva avviato uno strumentale procedimento giudiziario diretto a ottenere la condanna della città di Nivelles a versargli la somma provvisoria di un solo euro, a titolo di risarcimento dei danni per mancato pagamento, durante gli anni di servizio, della retribuzione relativa alle sue prestazioni per i servizi di guardia al proprio domicilio.

La questione è di particolare rilevanza per l'ordinamento nazionale italiano, perché Corte costituzionale con la sentenza n.267/2013 ⁽¹²⁰⁾, *in subiecta materia*, aveva dichiarato infondata la questione di legittimità

⁽¹¹⁸⁾ C. giust. 29 novembre 2017, C-214/16, *King*, EU:C:2017:914.

⁽¹¹⁹⁾ C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, EU:C:2018:82.

⁽¹²⁰⁾ C. cost. 13 novembre 2013, n.267, con nota critica di V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte di Lussemburgo*, su *Quaderni europei*, gennaio 2014, 60, 209.

costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma con l'ordinanza del 6 dicembre 2012 ⁽¹²¹⁾).

Il giudice del lavoro romano, invece di adire la Corte di giustizia con il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE, aveva dichiarato rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 11 e 12, della legge n. 183/2011, nella parte in cui tali disposizioni consentono il richiamo in servizio a tempo determinato del personale volontario dei vigili del fuoco in caso di (qualsivoglia) necessità delle strutture centrali e periferiche del Corpo nazionale, al di fuori dell'applicazione dei principi di cui al d.lgs. n.368/2001, e segnatamente di quello contenuto nell'art. 5, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Secondo la Corte costituzionale il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del Corpo dei vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate ad eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consiste in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale. I volontari dei vigili del fuoco non ricadrebbero, quindi, nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge» (clausola 2); nel caso in esame, dunque, non vi sarebbe un rapporto di lavoro, ma di servizio.

Viceversa, la Corte di giustizia con la sentenza *Matzak* ha richiamato preliminarmente la portata autonoma della nozione di lavoratore [subordinato] secondo il diritto dell'Unione a prescindere dalla natura giuridica di un rapporto di lavoro secondo il diritto nazionale, alla luce di tutta la propria pertinente (e innanzi citata) giurisprudenza.

La Corte Ue ha così concluso: l'art. 17, par.3, lett.c), punto iii), della direttiva 2003/88/CE deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri non possono derogare, con riferimento a talune categorie di vigili del fuoco reclutati dai servizi pubblici antincendio come il vigile del fuoco "volontario" ricorrente nel giudizio principale, a tutti gli obblighi derivanti dalle disposizioni di tale direttiva, ivi compreso l'art.2, che definisce in particolare le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo»; l'art.15 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non consente agli Stati membri di adottare o mantenere una definizione della

⁽¹²¹⁾ Trib. Roma 6 dicembre 2012 (ord.), n. 110/2013 reg.ord.

nozione di «orario di lavoro» meno restrittiva di quella contenuta all'articolo 2 della stessa direttiva; infine, l'art. 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come «orario di lavoro».

Di notevole interesse ai fini della verifica della compatibilità con il diritto dell'Unione del nuovo istituto del lavoro agile, sembra essere la sentenza *Hälvä* ⁽¹²²⁾ della Corte di Lussemburgo, in una fattispecie in cui le ricorrenti finlandesi nel procedimento principale sono state dipendenti della SOS-Lapsikylä ry, associazione il cui scopo era la tutela dell'infanzia e che organizzava, per i bambini di cui si prendeva carico in affidamento, un alloggio il più familiare possibile in sette villaggi dei bambini, ognuno composto da più case dei bambini. Il personale dei villaggi dei bambini era costituito da un direttore, dai «genitori» titolari, dai «genitori» sostituti e da altri professionisti.

Le ricorrenti nel procedimento principale hanno agito in giudizio, perdendo nei primi due gradi, chiedendo prestazioni di lavoro straordinario o prestazioni di lavoro serali, notturne o effettuate nel fine settimana per aver lavorato in veste di «genitori» sostituti dei «genitori» titolari durante le assenze di questi ultimi (giustificate da giornate libere, ferie annuali o assenze per malattia), in cui convivevano con i bambini e si occupavano, da sole, della casa dei bambini, nonché dell'educazione e della cura dei minori residenti, in particolare garantendo l'approvvigionamento e accompagnando i bambini fuori.

Il mancato riconoscimento amministrativo e giudiziale delle prestazioni di lavoro straordinario e/o notturno e/o festivo derivava dal fatto che, in base alla legislazione interna ⁽¹²³⁾, la normativa nazionale sull'orario di lavoro non si applicava alle prestazioni di lavoro svolte dal lavoratore a casa oppure in altre condizioni tali da escludere che spetti al datore di lavoro il controllo dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

Effettivamente, secondo il giudice del rinvio pregiudiziale (Korkein oikeus, la Corte suprema della Finlandia), i delegati del datore di lavoro non controllano il lavoro quotidiano dei «genitori» sostituti e il datore di lavoro non fornisce alcuna raccomandazione concernente le ore di lavoro e di riposo nei giorni d'impiego. Nei limiti fissati dalle esigenze dei bambini, un «genitore» sostituto può determinare da solo l'organizzazione e il

⁽¹²²⁾ C.giust. 26 luglio 2017, C-175/16, *Hälvä*, EU:C:2017:617.

⁽¹²³⁾ L'art.2, par.1, punto 3), della työaikalaki (605/1996), la legge finlandese sull'orario di lavoro.

contenuto del proprio lavoro. Per ogni bambino è, tuttavia, stabilito un programma di assistenza e di educazione, al quale il sostituto deve attenersi nel prendersi cura del bambino e sul quale redige una relazione. Inoltre, il «genitore» sostituto si accorda con il «genitore» titolare riguardo al funzionamento della casa dei bambini di cui ha la responsabilità e alle relative questioni pratiche.

Alla luce delle descritte modalità della prestazione lavorativa, si è posto al giudice nazionale il problema interpretativo di verificare la corrispondenza della norma interna derogatoria alla disciplina sull'orario di lavoro con le ipotesi di deroga agli artt. 3 (riposo giornaliero), 4 (pausa), 5 (riposo settimanale), 6 (durata massima settimanale del lavoro), 8 (durata del lavoro notturno) e 16 (periodi di riferimento) della direttiva 2003/88/CE; deroghe che l'art.17, par.1, della stessa direttiva consente quando la durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non è misurata e/o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; b) di manodopera familiare; o c) di lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose.

La Corte ha concluso escludendo che le deroghe previste dall'art.17, par.1, della direttiva 2003/88/CE all'applicazione di alcuni importanti istituti della normativa europea sull'orario di lavoro sia applicabile all'attività subordinata, come quella di cui al procedimento principale, consistente nell'accudire bambini nelle condizioni di un ambiente familiare, in sostituzione della persona incaricata in via principale di tale missione, qualora non sia dimostrato che l'orario di lavoro, nel suo complesso, non sia misurato o predeterminato o che possa essere stabilito dal lavoratore stesso.

Nella sentenza *Hälvä* la Corte ha evidenziato, da un lato, che l'attività dei «genitori» sostituti non rientra nella deroga della «manodopera familiare», in quanto essa riguarda esclusivamente il lavoro effettuato in un contesto nel quale il rapporto di lavoro che unisce il datore di lavoro al suo dipendente ha natura familiare, denotato da particolari legami di fiducia e da impegno tra le parti, in cui può ammettersi che l'orario di lavoro nel suo complesso non sia misurato o predeterminato o che possa essere determinato dal familiare dipendente (punti 46-47).

Dall'altro, il Collegio lussemburghese (Relatore Tizzano) ha evidenziato che, anche a supporre che taluni periodi d'inattività nel corso dei periodi di 24 ore durante i quali i «genitori» sostituti hanno l'incarico della casa dei bambini possano essere considerati non come orario di lavoro ma come tempo di riposo ai sensi dell'art.2, punto 2, della direttiva 2003/88, poiché, i «genitori» sostituti, nonostante debbano restare reperibili in ogni

momento, sono autorizzati a lasciare il luogo di lavoro allorché i bambini che accudiscono sono impegnati al di fuori della casa, tale possibilità di lasciare il loro luogo di lavoro riguarda solo una parte del loro orario quotidiano e risulta determinata non dai «genitori» sostituti stessi, ma dalle ore di assenza dei bambini.

Di conseguenza, tale particolarità delle condizioni di lavoro dei «genitori» sostituti non può condurre alla conclusione che il loro orario di lavoro, nel suo complesso, non è misurato o predeterminato o che è determinato, nel suo complesso, dai «genitori» sostituti stessi (sentenza *Hälvå*, punto 44).

9. La compatibilità/incompatibilità comunitaria delle nuove discipline del lavoro autonomo "protetto", del lavoro occasionale e del lavoro agile.

Se queste sono le coordinate, nella giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia, delle nozioni autonome, nel diritto dell'Unione, di lavoratore subordinato (e di lavoro autonomo), di lavoratore a tempo determinato e a tempo parziale, di lavoratore temporaneo o occasionale - in particolare quando le due importanti direttive sociali 97/81/CE e 1999/70/CE siano interpretate alla luce del principio di non discriminazione inserito nella specifica normativa europea e inserite nella direttiva "quadro" 2003/88/CE sull'orario di lavoro o coordinate con la "dimenticata" e ora riattivata direttiva 91/533/CEE sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro -, sarebbe limitativo operare la consueta verifica (preventiva) di compatibilità della novella sul lavoro autonomo non imprenditoriale e sul lavoro "agile", e della nuova disciplina del lavoro occasionale.

Infatti, seppure con le incertezze ermeneutiche che caratterizzano ogni sforzo di sistematizzazione e di "codificazione" delle decisioni dei giudici di Lussemburgo, non raramente piene di contraddizioni e incongruenze dovute al sostanziale (e non dichiarato, ma) necessario sforzo di armonizzazione minima delle legislazioni di 28 Stati membri, *in subiecta materia*, le novità legislative interne in commento sembrano inserirsi con qualche incertezza di non lieve momento nelle coordinate della giurisprudenza sovranazionale, con estensione, in ogni caso, sempre più accentuata delle tutele sostanziali e previdenziali del lavoro subordinato alle tipologie di lavoro parasubordinato etero-organizzate, come già con qualche incertezza anticipato dall'art.2 del d.lgs. n.81/2015.

La preoccupazione dell'interprete, sotto questo profilo, dovrebbe e potrebbe essere quella di spostarsi dall'analisi della nuova disciplina del

lavoro autonomo e del lavoro agile con le categorie (e le lenti) dei concetti di subordinazione e autonomia del diritto del lavoro nazionale, per verificare se, e in che misura, l'estensione della disciplina (interna) della subordinazione al lavoro organizzato dal committente porti ad una definitiva identificazione del lavoro autonomo "debole" o della parasubordinazione nell'alveo della subordinazione secondo la nozione "unica" di lavoratore nel diritto dell'Unione.

E se, in quest'ottica, la nuova nozione (interna) di prestazione d'opera coordinata e continuativa rientri ancora nella convenienza economica e normativa del committente e del collaboratore, attesa la sostanziale equivalenza del carico contributivo della gestione separata Inps con gli oneri previdenziali di un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

D'altra parte, la recente modifica dell'art.409, comma 1, lett.c), c.p.c.¹²⁴, con l'aggiunta della precisazione secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa», non appare idonea a fornire una autonoma nozione interna della collaborazione coordinata e continuativa, quanto, piuttosto, ad estendere le tutele sostanziali e processuali del lavoro subordinato a tutte le situazioni di fatto che, per molto tempo, sono state ricomprese nella zona grigia della parasubordinazione, ormai sfumata e in via di estinzione nelle sue stesse *rationes* giustificative.

Le recenti sentenze *O'Brien*, *Sibilio*, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*, *FNV*, *Haralambidis*, *Fenoll*, *King*, *Union syndicale Solidaires Isère*, *Matkak*, *Hälvä* della Corte di giustizia, la procedura di "codificazione" da parte della Commissione dei principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria sulla direttiva 2003/88/CE (e quindi sulle altre direttive sociali "collegate"), la proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 21 dicembre 2017 per condizioni di lavoro più trasparenti e prevedibili in tutta l'Unione, con rafforzamento e generalizzazione degli obblighi informativi previsti dalla direttiva 91/533/CEE, dimostrano una capacità di razionalizzazione e armonizzazione delle tutele del rapporto di lavoro (subordinato, parasubordinato, autonomo) indebolito dagli anni della crisi economica di inusuale intensità nel c.d. ordinamento euro-unitario⁽¹²⁵⁾, in cui la flessibilità degli anni '90 ha perso il fascino della novità e la capacità di evocare scenari di piena occupazione o di massima occupabilità dei lavoratori, al punto da provocare una discussione tematica sul tema della

⁽¹²⁴⁾ Introdotta dall'art.15, comma 1, lett.a), d.lgs. n.81/2015.

⁽¹²⁵⁾ Si rimanda al confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, 2015.

precarietà del lavoro in seduta plenaria del Parlamento europeo, che sarà tenuta, probabilmente, nel mese di maggio c.a.

L'Unione sta ripensando alle politiche del lavoro e alla nozione stessa di mercato del lavoro, attraverso la lente di ingrandimento della giurisprudenza comunitaria e l'intenso rapporto dialettico sulle criticità strutturali dei singoli ordinamenti interni in ordine alla tutela effettiva del lavoro tra giudici nazionali e Corte di giustizia, con la partecipazione sempre più attiva anche di alcune Corti costituzionali (in particolare di quella italiana), con un dialogo che è stato capace di demolire esperimenti di laboratorio giuridico e di concertazione "preventiva", quali le sentenze *Wippel* e *Mangold* della grande sezione, e di frenare la iniziale tendenza della Corte europea a ampliare gli spazi autoregolativi dei rapporti di lavoro degli Stati membri.

In questa prospettiva, la disciplina del lavoro agile, in un rapporto di lavoro dichiaratamente subordinato, difficilmente potrebbe avere sviluppi operativi interessanti e statisticamente apprezzabili, anche nella misura in cui, attraverso la contrattazione collettiva, potessero essere accentuate le possibilità di autodeterminazione delle modalità della prestazione da parte del lavoratore, nello sforzo di difficile realizzazione di rendere quanto più possibile compatibile il sinallagma contrattuale funzionale con la deroga all'organizzazione dell'orario del lavoro prevista dall'art.17, par.1, della direttiva 2003/88/CE, nell'interpretazione che ne ha fornito la Corte di giustizia nella sentenza *Hälvå*, ma anche nella prospettiva della rapida approvazione della proposta di direttiva della Commissione sul lavoro "dignitoso".

Una riflessione finale e un'attenzione particolare merita la nuova disciplina del lavoro occasionale, introdotta dall'art.54-bis d.l. n.50/2017 in sostituzione "coattiva" del lavoro accessorio del d.lgs. n.81/2015.

Sicuramente condivisibile la riflessione della dottrina¹²⁶, che colloca sul piano sistematico la nuova disciplina del lavoro "temporaneo" o occasionale nell'area della subordinazione.

Visibilmente, il nuovo istituto pare assimilabile nei tratti identitari ai *minijobs* tedeschi e, in particolare, a quelli di breve durata, che l'art.8 della legge SGB IV, nel testo modificato dalla legge Hartz II del 2013, qualifica come attività di lavoro autonomo di minore entità ("geringfügige selbständige Tätigkeit"), soprattutto per la convertibilità del lavoro occasionale italiano in un rapporto di lavoro (subordinato) a tempo pieno e indeterminato al superamento del limite di importo di € 2.500 all'anno

¹²⁶ V. Pinto, *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, (a cura di) G. Zilio Grandi e M. Biasi, Milano, 2018, p.174 ss.

presso un unico "datore di lavoro" utilizzatore o, comunque, del limite di durata della prestazione pari a 280 ore nell'arco dell'intero anno civile¹²⁷, differenziandosi invece dai *minijobs* germanici per il maggior costo previdenziale e per gli obblighi contributivi delle prestazioni IVS e dell'assicurazione INAIL, compensati dall'esenzione dall'imposizione fiscale.

Se il nuovo lavoro occasionale non pare dare problemi sul piano della compatibilità con le direttive 1999/70 sul lavoro a tempo determinato e 97/81 sul lavoro a tempo parziale e, soprattutto, con la direttiva 2003/88 sull'orario di lavoro, sfugge la logica sistematica del nuovo istituto di lavoro a tempo determinato di breve durata nel contesto della flessibilità delle tipologie di lavoro atipiche regolamentate dal d.lgs. n.81/2015.

Non pare più sostenibile la tesi che, dapprima con il d.l. n.34/2014 e poi con il d.lgs. n.81/2015, il Jobs act ha introdotto nell'ordinamento interno una regolamentazione dei contratti a tempo determinato e di lavoro a termine alle dipendenze di agenzie di lavoro interinale rigorosamente acausali o privi di ragioni oggettive e con l'unica tutela preventiva – soltanto per i contratti a tempo determinato – della successione fraudolenta dei contratti successivi, in particolare per il superamento dei 36 mesi di servizio anche non continuativi con lo stesso datore di lavoro per mansioni equivalenti.

Infatti, la sedicente acausalità dei contratti temporanei del d.lgs. n.81/2015 viene smentita dalla regolamentazione legislativa del "nuovo" lavoro occasionale, che proprio nella estrema brevità e occasionalità della prestazione trova la sua giustificazione, le sue "ragioni oggettive", e che prevede la sanzione antiabusiva nel mero superamento del limite di durata massima di 280 ore nell'arco dell'intero anno civile.

Peraltro, proprio perché la nuova disciplina del lavoro occasionale è stata inserita, con decorrenza dal 1° gennaio 2018, in un contesto normativo estraneo al d.lgs. n.81/2015, a causa dell'abrogazione degli artt. 48-50 sul lavoro accessorio nel Jobs act sulle tipologie contrattuali, la sanzione della trasformazione in un contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato mal si concilia sia con il regime delle decadenze e delle tutele di cui all'art.28 del d.lgs. n.81/2015 sia con la tutela speciale (ridotta) in caso di licenziamenti illegittimi di cui all'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.23/2015, l'uno e l'altra inapplicabili alla nuova fattispecie contrattuale (in caso di sanzione per il superamento del limite di utilizzo), con evidente incoerenza dell'intero quadro normativo della tutela applicabile in caso di abusivo ricorso alle forme di flessibilità tipizzate.

¹²⁷ Cfr. Art.54-bis, comma 20, d.l. n.50/2017.

Sul punto, evidentemente, occorrerà una revisione legislativa dell'intera normativa dei contratti flessibili, per evitare che, improvvisamente, come è già accaduto nella vigenza del d.lgs. n.368/2001, i datori di lavoro si accorgano, in sede giudiziale, che è possibile (e necessario) interpretare, anche alla luce dell'attuale regolamentazione del lavoro occasionale, la nuova disciplina del contratto a tempo determinato e del lavoro interinale a termine contenuta nel d.lgs. n.81/2015 nel quadro della norma generale dello stesso decreto all'art.1, cioè che il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola, cioè la forma comune dei rapporti di lavoro, mentre i contratti flessibili rappresentano l'eccezione, il cui ricorso va giustificato per l'esistenza di ragioni oggettive.

Come si evince dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia e dal "diritto vivente" della sentenza n.12985/2018 della Cassazione, che ha correttamente applicato la giurisprudenza comunitaria anche sul primo ed eventualmente unico contratto a termine.

Come si ricava dalle osservazioni scritte della Commissione Ue nella causa Sciotto C-331/17, in cui la "bella addormentata nel bosco comunitario" si è risvegliata dal letargo in cui si era autonomamente confinata e ha ripreso a svolgere il ruolo di custode dei Trattati, interpretando il d.lgs. n.81/2015 alla luce della direttiva 1999/70/CE (esattamente come aveva fatto la Cassazione con la sentenza n.12985/2008 rispetto al d.lgs. n.368/2001) e negando così, di fronte all'affermazione della regola del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, che le eccezioni delle tipologie di lavoro flessibile possano essere prive della giustificazione causale della temporaneità e dell'eccezionalità delle ragioni oggettive.