

Il diritto del lavoro, in tutti i suoi aspetti, appare minacciato da profonde trasformazioni che potrebbero tradire la sua funzione e la sua storia. Le tensioni che si avvertono nella dimensione europea e in quella nazionale riguardano sia la disciplina del rapporto che la dimensione collettiva, fortemente tentata da modelli finora ritenuti incompatibili con la nostra tradizione, e derivano sia dalla legge che dalla giurisprudenza, soprattutto da quella europea. Un gruppo di studiosi, italiani e spagnoli, si è riunito a Cagliari per discuterne a tutto campo.

E molti sono stati pertanto i temi scandagliati nell'occasione. Il rapporto fra Corte di giustizia europea e diritto del lavoro è stato affrontato analizzando la giurisprudenza recente in tema di non discriminazione e di lavoro non standard. I diritti fondamentali sono stati discussi come garanzia del principio di prevalenza del diritto dell'Unione Europea. La crisi del costituzionalismo europeo è stata letta alla luce dei diritti sociali. Sono anche state messe in evidenza le concordanze e le discordanze delle due riforme della contrattazione collettiva in Italia e Spagna e sono state indagate altresì la possibile declinazione locale di un welfare federale, le rappresentanze nei luoghi di lavoro, la contrattazione nel lavoro pubblico, le politiche salariali e retributive. Importante sarebbe stata la partecipazione di Massimo Roccella, che dei cambiamenti analizzati è stato acuto osservatore e, talora, premonitore. Massimo non c'era ed è a lui che sono dedicate le riflessioni raccolte nel volume.

Gianni Loy, professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Cagliari.

ISBN 978-88-230-1730-6



9 788823 017306

S

Lavoro, Europa, diritti

Lavoro, Europa, diritti

In ricordo di Massimo Roccella

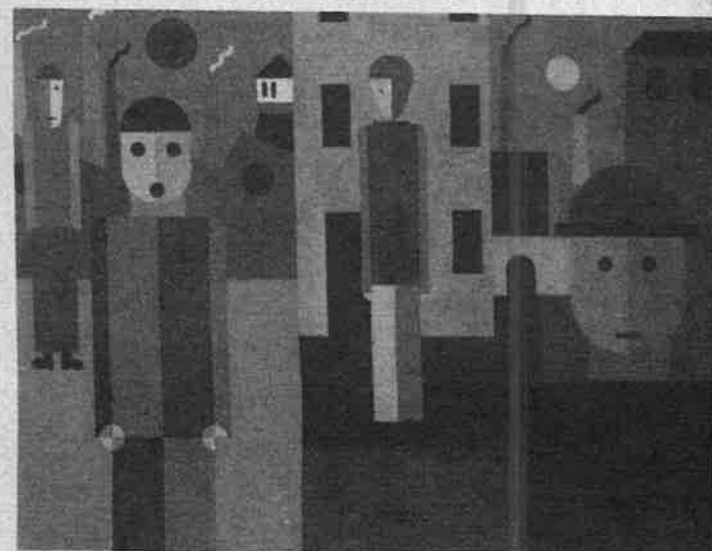
a cura di

I Gianni Loy

**BIBLIOTECA
Eon-Giuri.
Univ. Brescia**

**341.763
LAV
LOY
210699**

CENTRO STUDI
LE RELAZIONI INDUSTRIALI
L'UNIVERSITÀ DI CAGLIARI



€ 15,00

Lavoro, Europa, diritti

In ricordo di Massimo Roccella

a cura di
Gianni Loy

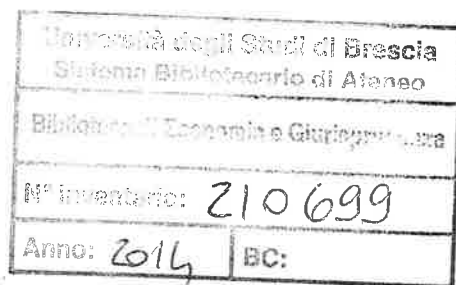
con la collaborazione di
Elisabetta Sini



Il volume è stato realizzato con la collaborazione del Centro Studi di Relazioni Industriali dell'Università di Cagliari.

Questa pubblicazione è stata ispirata da un seminario svoltosi a Cagliari il 21 ottobre del 2011, ad un anno di distanza dalla scomparsa di Massimo Roccella, che ha visto amici ed allievi di Massimo impegnati in una riflessione sui temi di attualità a lui più cari.

È il nostro omaggio ad un collega e ad un amico che abbiamo stimato e che stimiamo.



34 28 GEN 2014

© Copyright by Ediesse, 2012
Ediesse s.r.l.
Viale di Porta Tiburtina, 36 - 00185 Roma
Tel. 06/44870283 - 06/44870325
Fax 06/44870335

In Internet:

- Sito: www.ediesseonline.it

- E-mail: ediesse@cgil.it

Progetto grafico: Antonella Lupi

Immagine di copertina: Franz Wilhelm, *Seiwert Fabriken*, 1926

Indice

Introduzione

È successo un anno fa. A proposito
di giuslavoralismo e crisi economica
di Gianni Loy

13

La Corte di giustizia e il diritto del lavoro. Dialogando
con Massimo Roccella sulla recente giurisprudenza in
tema di non discriminazione e di lavoro non standard
di Mariapaola Aimo e Daniela Izzi

21

1. Le ragioni di un titolo e del percorso che preannuncia

21

2. Il ritratto della Corte di giustizia oggi: una fisionomia
e un'attività in trasformazione

24

3. Il principio generale di non discriminazione in base all'età:
un impegnativo itinerario giurisprudenziale

29

4. Entrando nel merito della giurisprudenza sull'età
dei lavoratori: asimmetrie interpretative dei divieti
di discriminazione?

43

5. Come la Corte di giustizia limita la discrezionalità nazionale
nell'attuazione della normativa europea sul lavoro non standard

47

6. Qualche osservazione conclusiva

59

Riferimenti bibliografici

60

Il lavoro a termine nella giurisprudenza
della Corte di giustizia
di Cristina Alessi

63

1. Premessa

63

2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso

65

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

67

- Roccella M. (2006b), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *Diritti, lavori, mercati*, p. 109 ss.
- Roccella M., Treu T. (2009), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- Roccella M., Izzi D. (2010), *Lavoro e diritto nell'Unione Europea*, Cedam, Padova.
- Rodríguez Piñero Y Bravo Ferrer M. (2010), *Efecto directo e invocabilidad inter privados de las directivas laborales*, in *Relaciones laborales*, n. 6, p. 1 ss.
- Scarponi S. (2011), *Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di Giustizia UE*, in *Rivista giuridica del lavoro*, II, p. 543 ss.
- Schieck D. (2011), *Age discrimination before the ECJ – Conceptual and theoretical issues*, in *Common Market Law Review*, p. 777 ss.
- Sciarabba V. (2010), *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.europeanrights.eu.
- Sciarabba V. (2011), *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in www.europeanrights.eu.
- Sciarra S. (2007), *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella «modernizzazione» del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona», INT, n. 52.
- Skouris V. (2006), *Effet Utile versus legal certainty: the case law of the Court of Justice on direct effect of directives*, in *European business Law Review*, p. 248 ss.
- Tesauro G. (2010), *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, Padova.
- Zappalà L. (2008), *I lavori flessibili*, in Caruso B., Sciarra S. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani G. e Benacchio G.A., vol. V, Giappichelli, Torino.
- Zappalà L. (2010), *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, p. 1050 ss.

Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia di Cristina Alessi

1. Premessa

Quando Gianni mi ha invitato a questo incontro, chiedendomi di individuare un argomento per il mio intervento, ho immediatamente pensato al lavoro a termine e al diritto del lavoro europeo. Si tratta di due temi sui quali Massimo ha scritto due belle monografie (che ho ricevuto in regalo dalle sue mani e che mi sono oggi ancora più care proprio per questo) (Roccella 1990; Roccella 1997), che sono anche indicative di come il loro Autore avesse la capacità di sentire «la pioggia prima che cada», per citare uno dei miei scrittori favoriti. Lo sviluppo del diritto del lavoro europeo e l'importanza della giurisprudenza della Corte di giustizia ne sono la prova, così come il ruolo centrale che la disciplina del contratto a termine, e in particolare il principio di parità di trattamento, ha nel quadro della regolazione dei lavori atipici. Si tratta di un'intuizione che Massimo aveva sviluppato anni fa, in uno dei suoi primi saggi in materia, a partire dalle proposte di direttiva sui lavori atipici che erano state da poco presentate e che avrebbero in seguito avuto un percorso piuttosto complesso (Roccella 1991), per essere finalmente approvate secondo la procedura prevista dall'Accordo sulla Politica Sociale, poi incorporato nel Trattato.

Proprio in ragione di questa genesi, l'adozione delle prime direttive in materia di lavoro atipico è stata accompagnata dalle critiche della dottrina sulla scarsa vincolatività del loro contenuto: l'osservazione più diffusa è stata quella per cui dette direttive avevano un contenuto precettivo limitato, erano formulate cioè in termini generici invece che specifici, e contenevano clausole generali di difficile

traduzione in vincoli concreti per gli Stati membri rispetto alla regolazione di detti rapporti (Roccella, Treu 2009, p. 260 ss.).

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

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

ha in parte smentito queste fosche previsioni, attribuendo alle norme in oggetto una valenza ben più ampia di quella immaginata dai primi commentatori (e forse anche dagli stessi estensori).

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

2. La resistibile ascesa della clausola di non regresso

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

A partire dalla sentenza Mangold¹, infatti, la Corte di giustizia ha via via precisato la portata della clausola di non regresso, riconducendola ad una sorta di regola di «trasparenza» (Calafà 2006, p. 225), in base alla quale gli Stati membri devono astenersi dall'introdurre disposizioni peggiorative rispetto al livello di tutela esistente nel proprio ordinamento in occasione dell'adozione della direttiva comunitaria, ma non sono affatto obbligati a mantenere immutato detto livello *in aeternum*. Anche la lettura più benevola della pronuncia della Corte, non a caso propugnata dalla dottrina maggiormente sensibile all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria (Roccella 2008, p. 419), dovrà ben presto scontrarsi con le precisazioni che si ritrovano nelle sentenze più recenti.

Quanto alla portata del principio di non regresso, certo non vi è alcun dubbio sulla sua vincolatività (Roccella 2006, p. 114 ss.); ma le speranze riposte in esso da chi, soprattutto in Italia, intendeva utilizzarlo come scudo rispetto alle modifiche via via introdotte alla legislazione interna in materia di contratto a termine negli ultimi anni sono state presto deluse. Secondo la Corte, infatti, la clausola di

¹ CGUE 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *RIDL*, 2006, II, p. 250 ss., con nota di O. Bonardi.

non regresso non solo non vieta di introdurre modifiche alla legislazione interna, anche in senso peggiorativo, purché giustificate da una motivazione diversa da quella incentrata sulla necessità di adottare la direttiva, ma può consentire modifiche *in pejus* qualunque sia la motivazione utilizzata dal legislatore. Quest'ultima precisazione, formulata in occasione di un ricorso avente ad oggetto la disciplina italiana del contratto a tempo determinato del settore postale (art. 2-bis d.lgs. 368/2001)², sembra smentire anche le opinioni di chi ritiene che la clausola di non regresso obblighi gli Stati membri a motivare l'abbassamento del livello di tutela con una ragione riconducibile alle finalità sociali dell'UE consacrate nell'art. 136 TCE (ora art. 151 TFUE). In quel caso, peraltro, l'obiettivo della normativa «regressiva» è stato individuato nella salvaguardia dell'equilibrio economico e della gestione di Poste Italiane.

Un altro punto che merita di essere segnalato attiene al significato dell'espressione «livello generale di tutela», che la Corte utilizza per accertare la violazione o meno, da parte dello Stato membro, della clausola di non regresso. Anche in questo caso, le risposte fornite dalla Corte alle questioni sottoposte finora alla sua attenzione depotenziano molto la portata della clausola. Pur ricordando che la clausola di non regresso non può essere interpretata in senso restrittivo³, la Corte sottolinea che la riduzione del livello di tutela deve essere tale da «influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato», sicché non possono considerarsi tali modifiche «che riguardino una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato oppure siano idonee ad essere compensate dall'adozione di misure equivalenti»⁴. Ora, una simile impostazione da un lato esclude modificazioni della legislazione che non abbiano grande rilievo, almeno nell'ottica adottata dalla Corte, dall'altro ha permesso di considerare come «categoria circoscritta di lavoratori» i soggetti assunti in sostituzione di un lavoratore assente e i dipendenti pubblici.

Una posizione di questo tipo sembra, come si è detto, depoten-

² CGUE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), *Vino I*, in *MGL*, 2011, p. 227 ss., con commento di G. Franza.

³ Da ultimo si v. CGUE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *RIDL*, 2010, II, p. 1042 ss., con nota di L. Zappalà; in *DRI*, 2010, p. 1224 ss., con nota di L. Corazza.

⁴ CGUE 23 aprile 2009, C-378/07 e C-380/07, *Angelidaki*, in *RCDL*, 2009, p. 385 ss., con nota di M. Peruzzi.

ziare molto la portata della clausola di non regresso, tanto è vero che la dottrina non ha esitato a definire questa giurisprudenza come una sorta di «neutralizzazione» della clausola in parola.

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

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

La prima questione su cui la Corte si è pronunciata nettamente è l'applicabilità della clausola 5 al primo (ed in ipotesi unico) contratto di lavoro a tempo determinato. Nelle pronunce in cui la questione è stata espressamente posta, la Corte ha affermato a chiare lettere che le misure di prevenzione degli abusi indicate dalla direttiva riguardano esclusivamente l'ipotesi di *successione* di contratti a termine, non obbligando dunque gli Stati a prevedere alcunché in relazione alla stipulazione del primo contratto⁵. Occorre dire, però, che da una simile posizione (che ben si comprende alla luce della formulazione letterale della clausola 5) non può farsi discendere, come sostenuto da una parte della dottrina (Vallebona 2006, p. 77; Tiraboschi 2002, p. 41 ss.), l'assoluta libertà nel disciplinare il primo contratto a termine. Da un lato, infatti, la Corte ha affermato in molte sentenze che l'accordo-quadro si applica anche al primo contratto a termine⁶, che dunque è sottratto solo all'applicazione della clausola 5, dall'altro la definizione di «lavoratore a tempo determinato» di cui all'art. 3 dell'accordo fa riferimento a criteri oggettivi di determinazione della scadenza del contratto. Da questo punto di vi-

⁵ CGUE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 90 della motivazione.

⁶ A partire dalla sentenza *Mangold*, cit., punti 40 ss. della motivazione. Si veda anche CGUE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., punto 116 della motivazione; CGUE 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, cit., punto 33 della motivazione; CGUE 13 settembre 2007, C-373/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, IV, 617, spec. punti 26 ss. della motivazione.

sta, la recente ordinanza *Vino I* potrebbe sembrare un deciso arretramento, là dove la Corte afferma che l'accordo quadro «non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato»⁷ (punti 41 e 58 della motivazione). Tuttavia, una più attenta lettura della pronuncia e il confronto con i precedenti richiamati dalla stessa Corte devono far ritenere che anche in questo caso il riferimento sia alla clausola 5, e non all'accordo quadro nel suo complesso.

Proprio le indicazioni ricavabili dall'accordo, a partire dall'affermazione della centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, consentono di ritenere che gli Stati membri siano tenuti a disciplinare il lavoro a termine in modo che possa essere utilizzato non in alternativa «secca» al lavoro a tempo indeterminato, bensì in ipotesi in qualche modo eccezionali rispetto al contratto a tempo indeterminato. Da questo punto di vista, la previsione contenuta nella l. 92/2012 circa la possibilità di stipulare il primo contratto a termine senza necessità di indicazione della ragione giustificativa non può considerarsi in linea né con le previsioni della direttiva, né con la giurisprudenza della Corte di giustizia ora citata. Come si è visto, da un lato una lettura della direttiva non limitata all'art. 5 può far ritenere che il contratto a termine (anche il primo) debba essere ricondotto a un'esigenza non ordinaria di incremento dell'attività di impresa, dall'altro una disposizione come quella della l. n. 92/2012 può condurre al verificarsi di abusi, perché consente al datore di lavoro, in ipotesi, di ricoprire un posto di lavoro stabile esclusivamente con lavoratori assunti a termine⁸. Non è un caso, infatti, che lo stesso accordo quadro, nel 7° considerando, precisi che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basati su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi».

La giurisprudenza della Corte si è esercitata, infine, sulle misure introdotte dagli Stati per rispettare le previsioni dell'art. 5, anche in relazione alla clausola di non regresso, qualora vi fossero, nell'ordinamento interno, misure precedenti all'entrata in vigore della diret-

⁷ CGUE 11 novembre 2010, C-20/10 (ord.), in *RIDL*, 2011, 3, II, p. 860 ss., con nota di M. Borzaga.

⁸ Un simile risultato è considerato un abuso, ad esempio, dalla sentenza *Adeneler*. Si v. CGUE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *RGL*, 2006, II, p. 601, con nota di A. Gabriele, spec. punto 99 della motivazione.

tiva, e sul concetto di misure equivalenti di cui alla stessa clausola 5. Nelle controversie aventi ad oggetto la disciplina greca dei contratti a termine del settore pubblico, ad esempio, la previsione, successiva all'entrata in vigore della direttiva, di un regime sanzionatorio di natura pecuniaria, che ha sostituito il precedente diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, è stata considerata pienamente legittima, anche alla luce della clausola di non regresso. Con l'occasione, fra l'altro, la Corte ha precisato che ben possono essere previste misure sanzionatorie diverse dalla conversione, purché non venga pregiudicato lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro⁹; una simile posizione, del resto, si pone in linea di continuità rispetto alle affermazioni che si ritrovano nella sentenza *Adeneler*, nella quale peraltro si è censurata anche la previsione della legislazione greca circa la definizione di contratti «successivi».

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

4. Il principio di parità di trattamento

4.1. Un fattore di discriminazione atipico

Come si è visto, sia per la clausola di non regresso, sia per le norme in materia di abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato, la Corte di giustizia sembra aver lasciato un ampio margine di manovra agli Stati membri nell'adeguamento della legislazione interna. Da questo punto di vista, si può ritenere che la previsione ri-

⁹ CGUE 23 aprile 2009, C-378/08, *Angelidaki*, cit., spec. punti 82 e ss. della motivazione.

tenuta più impegnativa sia la regola di parità di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*, regola che costituisce espressione del principio di non discriminazione. Una prima formulazione della regola di parità si poteva ricavare dalla giurisprudenza della Corte in materia di discriminazioni di sesso; come si vedrà, la Corte aveva avuto modo di esprimersi specialmente con riguardo al contratto di lavoro *part-time*. L'espressa previsione nell'ambito delle direttive in materia di lavoro atipico rende il principio di parità di trattamento un divieto di discriminazione diverso dai precedenti, proprio perché fa riferimento alle differenziazioni fondate non tanto su una caratteristica soggettiva (come il sesso, l'origine etnica, l'orientamento sessuale, l'età, l'*handicap* ecc. ecc.), quanto sulla titolarità di un rapporto di lavoro *non standard*. Le direttive in parola rappresentano la conferma (se ce ne fosse stato bisogno) che lavorare con un contratto di lavoro atipico, oltre ad esporre a maggiori rischi di incidenti sul lavoro, non garantisce la medesima tutela dei lavoratori *standard* per quanto riguarda i trattamenti, retributivi e normativi, collegati allo svolgimento del rapporto di lavoro stesso, anche al di fuori di un'ipotesi di discriminazione per una delle ragioni soggettive prima ricordate.

L'inclusione della tipologia contrattuale con la quale si è assunti tra i fattori di discriminazione induce a riflettere sulla rilevanza sociale del fenomeno ricollegabile alla diffusione dei lavori precari (o atipici che dir si voglia); oggi la titolarità di un rapporto di lavoro ascrivibile alla suddetta categoria è indicativa dell'appartenenza ad un gruppo sociale sottoprotetto, esposto a rischi di esclusione, come segnalato dalla dottrina più attenta (Giubboni 2011, p. 270 ss.).

Tra l'altro, il fatto che, in questo caso, l'elemento su cui si basa il trattamento differenziato non sia una caratteristica soggettiva, un tratto cioè costitutivo della personalità, bensì un dato oggettivo, la titolarità di un rapporto di lavoro atipico, rende l'inclusione nel gruppo sociale di riferimento reversibile. Lo stesso gruppo ha contorni non definibili a priori, non solo perché la platea dei rapporti di lavoro *non standard* può comprendere anche tipologie ricadenti nella sfera dell'autonomia, ma anche perché nuove tipologie possono essere introdotte dalla legge in relazione ad esigenze peculiari. Ciò è tanto più grave se si pensa che le conseguenze in termini di riduzione delle tutele vanno ben oltre il rapporto di lavoro, riflettendosi su tutti gli aspetti della vita delle persone. Una simile consi-

derazione, che in questa sede può essere solo abbozzata, dovrebbe portare, da un lato, ad ampliare i divieti di discriminazione anche oltre l'ambito del rapporto di lavoro, così come è avvenuto per le donne, ad esempio (La Rocca 2007); dall'altro, ad estendere la protezione offerta dal principio paritario ai rapporti di lavoro atipici in generale, anche al di fuori del rapporto di lavoro subordinato. Qualche segnale (parziale) in una direzione simile a quella indicata provengono dalla Corte di giustizia che, come rilevato in dottrina, nella sentenza *Michaeler* ha mostrato di ritenere operante la tutela antidiscriminatoria anche nel mercato del lavoro. Si tratta, certamente, di un'apertura ancora limitata, anche in ragione delle ridotte competenze in materia dell'Unione, ma che può leggersi come l'intenzione ad utilizzare il principio paritario come strumento di tutela forte dei lavoratori atipici.

4.2 Lavoro atipico e indisponibilità del tipo

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

La considerazione ora svolta porta a concludere che l'applicazione del principio in esame prescinde dalla formale qualificazione di un dato contratto come *part-time*, contratto a termine o lavoro interinale, dovendosi guardare alla sua struttura ai fini dell'applicabilità della direttiva comunitaria, un po' come accade, nel nostro ordinamento, quando occorre accertare la natura subordinata del rapporto di lavoro. In altre parole, non è possibile per il legislatore nazionale sottrarre all'applicazione della disciplina comunitaria un dato rapporto di lavoro semplicemente escludendone la riconducibilità al *part-time* o al lavoro a termine, in presenza dei connotati strutturali di quelle tipologie; si tratta insomma, se è permesso un paragone, di una sorta di indisponibilità comunitaria del tipo con-

trattuale. Un'indicazione in tal senso si può ricavare dalla direttiva 99/70/CE, là dove consente agli Stati membri e/o alle parti sociali di stabilire che l'accordo quadro non si applichi a taluni rapporti di lavoro, come l'apprendistato e i rapporti di formazione professionale iniziale (clausola 2, par. 2); similmente, la direttiva 97/81/CE consente di escludere dal suo ambito di applicazione i *part-timers* che lavorano su base occasionale, ma solo in presenza di ragioni oggettive e con l'obbligo per gli Stati membri di rivedere periodicamente detta esclusione (clausola 2, par. 2). In mancanza di dette deroghe, dunque, non vi è dubbio che quelle tipologie contrattuali sono soggette alle previsioni delle direttive in parola *in quanto riconducibili ad un contratto a tempo determinato o al part-time*, secondo le definizioni ivi contenute. In questo senso, del resto, si sta orientando nelle sentenze più recenti la stessa Corte di giustizia là dove, pur ricordando che le nozioni di lavoratori a tempo parziale o a tempo determinato devono essere interpretate ai sensi del diritto nazionale, afferma che la discrezionalità del legislatore non è illimitata, dovendosi pur sempre garantire l'effetto utile alle direttive in materia di lavoro atipico¹⁰.

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

5. La portata del principio di parità di trattamento

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

Il principio di parità di trattamento, come vedremo subito, non

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

ha tardato a trasformarsi, come già è avvenuto in passato con l'art. 119 TCE, in un formidabile strumento nelle mani della CGCE, utile addirittura ad estendere, o quanto meno a dilatare al massimo, le competenze comunitarie (Barbera 2007, p. XL). A ben vedere, detto principio si avvia ad avere una portata tale da trascendere le stesse ipotesi specifiche per le quali è espressamente previsto, fino a diventare un principio generale del diritto comunitario, come la Corte ha già cominciato a dire in alcune sentenze. Da questo punto di vista, il principio paritario ha senza dubbio, nell'ottica della Corte, la funzione di governo della frammentazione dei tipi contrattuali che, insieme alla giurisprudenza analizzata nel paragrafo precedente, dovrebbe impedire derive deregolative spinte.

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

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

direttiva sul *part-time*, peraltro, in qualche caso la Corte ha fatto ricorso al divieto di discriminazione pur potendo tranquillamente fondare la propria sentenza sul principio di parità di trattamento, come in *Steinicke*¹¹. Per il lavoro a termine, poi, l'affermazione del principio di parità di trattamento ha un rilievo ben più ampio che in materia di *part-time*, proprio perché in questo caso è più difficile poter applicare il divieto di discriminazioni indirette, dato che lo squilibrio tra uomini e donne è meno evidente, in qualche caso pressoché inesistente. È opportuno segnalare, tuttavia, che le due tecniche di tutela non possono considerarsi equivalenti: il principio di parità di trattamento, da un lato, prescinde dall'accertamento dell'esistenza di una discriminazione sulla base di uno dei criteri vietati ma, dall'altro lato, ammette che un diverso trattamento possa essere giustificato da «ragioni obiettive».

La questione meriterebbe un approfondimento maggiore, che non è possibile svolgere in questa sede; si può osservare, tuttavia, che la Corte di giustizia sembra intenzionata a censurare severamente le ragioni utilizzate dagli Stati membri per giustificare le disparità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato. Nelle sentenze finora pronunciate sul punto, la Corte ha sottolineato che la nozione di ragioni oggettive «richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria»¹². Alla stregua di siffatta formula, che richiama quella da tempo utilizzata dalla stessa Corte in materia di discriminazioni indirette, è stato considerato insufficiente ad escludere l'applicazione del principio di parità, ad esempio, il fatto che la disparità di trattamento fosse prevista «da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo»¹³.

¹¹ CGUE 11/9/2003, C-77/02, *Steinicke*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 55 ss., con nota di A. Baglioni.

¹² Si v. ad es., CGUE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, in *CG*, 2012, 2, p. 257 ss., punto 73 della motivazione.

¹³ CGUE 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, cit., punto 72 della motivazione; CGUE 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 e C-456/09, in *RIDL*, 2011, II, p. 1294 ss., con nota di F. Siotto.

5.1 La nozione di condizioni di impiego

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

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

In una delle più note sentenze in materia di contratto a termine¹⁴, fra l'altro, la Corte si è sbarazzata rapidamente dell'obiezione, sollevata dalla difesa del Regno Unito, secondo cui la regola di parità per i lavoratori atipici non può essere estesa alle retribuzioni proprio perché, secondo la giurisprudenza in materia di discriminazioni di sesso, le «condizioni di lavoro» di cui alla direttiva 76/207 non comprenderebbero anche le retribuzioni. La Corte ricorda che per le discriminazioni di sesso, in realtà, quella giurisprudenza si

¹⁴ CGUE 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, punti 117-119, in *RGL*, 2009, II, p. 53 ss., con nota di E. Raimondi.

giustificava per via dell'esistenza dell'art. 119 TCE (*ex art.* 141 TCE, ora 157 TFUE) e della direttiva 75/117/CE; il fatto che previsioni analoghe manchino nel caso dei lavoratori atipici non può ritenersi indice della volontà del legislatore comunitario di escludere la retribuzione dall'applicazione del principio di parità, né è possibile ricavare dalla citata giurisprudenza spunti per interpretare la nozione di condizioni di impiego in senso restrittivo.

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

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

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

L'ampliamento dell'ambito di applicazione del principio di parità, tuttavia, non si ferma qui: con alcune pronunce, molto discusse,

la Corte di giustizia ha ritenuto rientrante nel concetto di «condizioni d'impiego», equiparandole alla retribuzione, anche le prestazioni pensionistiche erogate dai sistemi previdenziali pubblici sulla scorta di quanto essa afferma da tempo in materia di discriminazioni di sesso. Per il momento, le controversie sottoposte alla Corte di giustizia nella materia *de qua* hanno riguardato i lavoratori a tempo parziale, ma i medesimi principi possono tranquillamente applicarsi anche al principio di parità di trattamento previsto dalla direttiva 99/70/CE. Secondo la Corte, per determinare se un regime pensionistico rientri in quelli «legali di previdenza sociale», perciò esclusi dall'applicazione del principio di parità di trattamento, occorre verificare la ricorrenza di alcuni requisiti: in particolare, la pensione deve riguardare una categoria particolare di lavoratori, deve essere proporzionale agli anni di servizio prestati e il suo importo deve essere calcolato in base all'ultima retribuzione¹⁵. L'impostazione suddetta ha consentito alla Corte di attrarre nell'orbita dell'art. 119 TCE diverse prestazioni previdenziali che, altrimenti, avrebbero potuto avvalersi delle più «morbide» previsioni della direttiva n. 79/7/CEE. Alla stregua dei criteri indicati, com'è noto, sono state ricondotte alla nozione di retribuzione le prestazioni pensionistiche erogate dall'INPDAP ai dipendenti pubblici, con la celeberrima decisione che ha censurato la differente età pensionabile prevista per uomini e donne nel nostro ordinamento. Sulla scia di questa giurisprudenza, la Corte ha qualificato come retribuzione ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 4, Dir. 97/81/CE anche le prestazioni erogate dall'INPS ai lavoratori del settore privato. Si tratta, certamente, di sentenze discutibili, anche perché risulta davvero difficile, alla luce delle affermazioni della Corte, comprendere quali siano i «sistemi legali di previdenza» che, per la loro natura, non rientrano nella nozione di retribuzione e, perciò, risultano sottratti all'applicazione della regola paritaria. Ma sono proprio questi esempi a dimostrare come la Corte utilizzi davvero detto principio come «leva di Archimede» per forzare le competenze comunitarie, arrivando ad intaccare finanche le competenze statali più gelosamente custodite, quelle in materia previdenziale.

¹⁵ Il *leading case* è CGUE 28/09/1994, C-7/93, *Beune*, in *RIDPCom*, 1995, p. 538 ss.; si v. anche CGUE 23 ottobre 2003, C-4/02 e C-5/02, *Schonheit e Becker*, in *Racc.*, 2003, p. I-12575.



Riferimenti bibliografici

- Barbera M. (2007), *Introduzione*, in Ead., (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. XIX ss.
- Calafà L. (2006), *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *RGL*, p. 225 ss.
- Carabelli U., Leccese V. (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in WP C.S.D.L.E. «M. D'Antona», *INT* (reperibile all'indirizzo: <http://csdle.lex.unict.it>), n. 35/2005.
- Giubboni S. (2011), *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'unione Europea*, in *RGL*, p. 265 ss.
- La Rocca D. (2007), *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in M. Barbera, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. 289 ss.
- Roccella M. (1990), *I rapporti di lavoro a termine*, in M. Roccella, P.A. Varesi, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano, Giuffrè.
- Roccella M., *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 10, p. 27 ss.
- Roccella M. (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli.
- Roccella M. (2006), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in *DLM*, p. 109 ss.
- Roccella M. (2008), *«Vorrei ma non posso»: storia interna della più recente riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, p. 412 ss.
- Roccella M., Treu T. (2009), *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, V ed., Padova, Cedam.
- M. Tiraboschi (2002), *Apposizione del termine*, in M. Biagi, (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Milano, Giuffrè, p. 41 ss.
- Speziale V. (2001), *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, p. 361 ss.
- Vallebona A. (2006), *Lavoro a termine. Vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatazza*, in *DL*, p. 77 ss.

I diritti fondamentali come garanzia del principio di prevalenza del diritto dell'Unione Europea di Gianni Arrigo

1. L'attenzione di Massimo Roccella al tema dei diritti fondamentali è viva in gran parte dei suoi scritti, e sarebbe riduttivo citarli qui oziosamente; qui mi preme ricordare che grazie ad essi ho potuto approfondire alcune questioni, come quelle segnalate nel titolo. Come spesso ricordava Massimo, i diritti fondamentali, pur non costituendo la ragion d'essere dell'ordinamento comunitario (com'è invece per il Consiglio d'Europa), e pur seguendo un percorso non lineare, sono entrati a far parte del diritto enunciato e del diritto vivente dell'Unione grazie soprattutto all'opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia (di seguito: CGE): la loro più recente menzione nei trattati contribuisce a proiettarne la rilevanza anche oltre i confini dell'UE nelle sue relazioni esterne (cfr. l'art. 3.5, TUE e il Preambolo della Carta di Nizza). L'interesse crescente dell'UE per la materia dei diritti fondamentali (e la volontà di esercitare un'azione corrispondente a quella finora svolta dal Consiglio d'Europa) è inoltre testimoniato dall'istituzione della Agenzia europea per i diritti fondamentali (malgrado i limitati compiti conferitile). E ancora: l'ampliamento delle competenze dell'Unione, soprattutto dopo l'abolizione dei «pilastri» ad opera del Trattato di Lisbona, porta inevitabilmente l'UE ad intervenire in materie nelle quali si manifesta con particolare forza la necessità di tutelare i diritti fondamentali, in particolare quelli sociali. Infine, l'esplicito riconoscimento della forza di diritto primario alla Carta di Nizza (art. 6.1, TUE) rappresenta una tappa ulteriore nel cammino verso la «costituzionalizzazione» dei diritti fondamentali (anche se viene evitato con cura ogni riferimento al lemma *costituzione*).

2. A differenza di quanto previsto nel (non ratificato) Trattato costituzionale del 2004, la Carta di Nizza non è stata incorporata nel