



Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Torino

STUDI IN MEMORIA
DI
MASSIMO ROCCELLA

a cura di

MARIAPAOLA AIMO, ANNA FENOGLIO, DANIELA IZZI



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane





MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
17/2021

Comitato scientifico delle Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza

Raffaele Caterina (coordinatore), Alessandra Algostino, Roberto Cavallo Perin, Elena D'Alessandro, Paolo Gallo, Enrico Grosso, Michele Graziadei, Edoardo Greppi, Daniela Izzi, Pier Giuseppe Monateri, Ugo Pagallo, Anna Maria Poggi, Michele Rosboch, Dario Tosi, Michele Vellano, Ilaria Zuanazzi.

Studi in memoria
di
Massimo Roccella

a cura di

MARIAPAOLA AIMO, ANNA FENOGLIO, DANIELA IZZI



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI TORINO

Edizioni
Scientifiche
Italiane



La presente opera è finanziata con fondi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino ed è stata sottoposta a revisione da parte di una Commissione di Lettura di docenti del Dipartimento nominata dal Comitato Scientifico della Collana.

Le curatrici ringraziano il dott. Lorenzo Del Balzo per la collaborazione prestata nella correzione delle bozze del volume.

AIMO, Mariapaola; FENOGLIO, Anna; IZZI, Daniela (*a cura di*)
Studi in memoria di Massimo Roccella
Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino - 17/2021
Napoli-Torino: Edizioni Scientifiche Italiane - Università degli Studi di Torino

© 2021 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
www.edizioniesi.it
info@edizioniesi.it

© 2021 Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
openaccess@unito.it

pp. XXVIII+900; 24 cm
ISBN: 978-88-495-4648-4

ISBN: 9788875901851

Prima edizione: ottobre 2021
un volume in lingua italiana



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale Non opere derivate 4.0 Internazionale

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Comitato scientifico:

GIAN GUIDO BALANDI
MARIA VITTORIA BALLESTRERO
MARZIA BARBERA
ALESSANDRO BELLAVISTA
UMBERTO CARABELLI
DONATA GOTTARDI
FAUSTA GUARRIELLO
LUIGI MARIUCCI †
UMBERTO ROMAGNOLI
TIZIANO TREU

Comitato promotore:

MARIAPAOLA AIMO
ANNA FENOGLIO
DANIELA IZZI



Sommario

<i>Nota biografica di Massimo Roccella</i>	XV
<i>Le opere</i>	XIX
<i>Prefazione</i>	XXVII

SEZIONE PRIMA La questione salariale oggi

AMOS ANDREONI <i>Lavoro povero, contrattazione collettiva e salario minimo</i>	3
MARIA VITTORIA BALLESTRERO, GISELLA DE SIMONE <i>Riallacciando il filo del discorso. Dalla riflessione di Massimo Roccella al dibattito attuale sul salario minimo</i>	19
MARZIA BARBERA, FABIO RAVELLI <i>La Proposta di direttiva sul salario minimo adeguato: la risposta dell'Unione europea a un problema storico del diritto del lavoro</i>	55
MARCO BARBIERI <i>Il salario minimo legale in Italia, dagli studi di Massimo Roccella alla proposta di direttiva e ai disegni di legge di questa legislatura</i>	75
VINCENZO BAVARO, GIOVANNI ORLANDINI <i>Le questioni salariali nel diritto italiano, oggi</i>	95
ALESSANDRO BELLAVISTA <i>Massimo Roccella e il salario minimo legale</i>	119

LUISA CORAZZA <i>Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente</i>	129
DOMENICO GAROFALO <i>La questione della povertà: dal salario minimo legale al reddito di cittadinanza</i>	141
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA <i>La garantía del salario en los procesos de descentralización productiva</i>	161
DONATA GOTTARDI <i>Giustizia retributiva e trasparenza</i>	185
PIERA LOI <i>La direttiva sui salari minimi e adeguati nell'attualità del diritto sociale europeo</i>	201
MARIELLA MAGNANI <i>Contrattazione collettiva e relazioni sindacali post Covid</i>	223
MARCO NOVELLA <i>I salari negli appalti pubblici</i>	233
PAOLO PASCUCCI <i>Il salario minimo tra la proposta di direttiva e i disegni di legge italiani</i>	255
ORSOLA RAZZOLINI <i>Brevi note su salario minimo, dumping contrattuale e parità di trattamento: in ricordo di Massimo Roccella</i>	275
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO <i>Massimo Roccella y la propuesta de directiva sobre salario mínimo</i>	297
TIZIANO TREU <i>Il salario minimo adeguato: dagli argomenti di Massimo Roccella al dibattito attuale</i>	311
JESÚS CRUZ VILLALÓN <i>La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión europea</i>	329

LORENZO ZOPPOLI

Basi giuridiche e rilevanza della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea

351

SEZIONE SECONDA
**Lavori flessibili e lavori precari
 fra subordinazione e autonomia**

CRISTINA ALESSI

Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine: il dialogo recente tra Corte di giustizia e corti nazionali

373

ANDREA ALLAMPRESE

Tempi, luoghi di lavoro e potere di controllo datoriale nella gig economy

389

FABRIZIO BANO

Quando lo sfruttamento è smart

405

FRANCO CARINCI

Il CCNL rider del 15 settembre 2020 alla luce della nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro

423

MADIA D'ONGHIA

Spunti di riflessione sulle "moderne" forme di sfruttamento lavorativo

441

ANNA FENOGLIO

Autonomia dei lavoratori nella subordinazione, oggi

459

LORENZO GAETA

La subordinazione: il tramonto di una nozione intramontabile?

485

ALESSANDRO GARILLI

La subordinazione e i suoi confini nel pensiero di Massimo Roccella e nell'evoluzione ordinamentale

503

STEFANO GIUBBONI

I riders delle piattaforme digitali tra autonomia e subordinazione

523

FAUSTA GUARRIELLO <i>L'accesso alla contrattazione collettiva per i lavoratori delle piattaforme: una corsa a ostacoli</i>	541
FEDERICO MARTELLONI <i>La condizione di doppia alienità del lavoratore bisognoso di tutela giuslavoristica</i>	559
ORONZO MAZZOTTA <i>Statuto dei lavoratori e statuti dei lavori cinquant'anni dopo</i>	575
LUIGI MENGHINI <i>Termine finale e licenziamento nell'evoluzione del diritto del lavoro: dialogo con Massimo Roccella</i>	589
ADALBERTO PERULLI <i>Il diritto del lavoro, al di là della subordinazione</i>	609
UMBERTO ROMAGNOLI <i>Verso la normalizzazione del lavoro a distanza</i>	627
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI <i>I riders nella giurisprudenza italiana, nelle sentenze delle Corti Supreme di taluni paesi europei e nella ordinanza Yodel della Corte di giustizia</i>	639

SEZIONE TERZA
Spigolature sull'Europa sociale

MARIAPAOLA AIMO <i>Subordinazione e autonomia: che cosa ha da dire l'Unione europea?</i>	655
EDOARDO ALES <i>I diritti sindacali di controllo nell'opera di Massimo Roccel- la: una rilettura in dialogo postumo</i>	683
ANTONIO BAYLOS GRAU <i>Europa y el derecho del trabajo. Irrupción de la crisis y re- formas laborales (el caso español)</i>	699

<i>Sommario</i>	XIII
OLIVIA BONARDI <i>Il caso Stoeckel 30 anni dopo</i>	717
SILVIA BORELLI <i>Diritti sindacali, concorrenza e democraticità del processo di integrazione europea. Appunti a partire dai lavoratori delle piattaforme</i>	739
VINCENZO FERRANTE <i>Le nozioni di orario di lavoro e di riposo alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia</i>	757
LUCIANA GUAGLIANONE <i>Azione sindacale, lavoro a distanza e gap di genere. L'Unione Europea sollecita un cambio di paradigma</i>	775
DANIELA IZZI <i>Diritti sociali e integrazione negativa nel mercato unico europeo: da Laval a oggi</i>	793
ANDREA LASSANDARI <i>Rilievi sulla discriminazione per convinzioni personali</i>	819
ANTONIO LO FARO <i>Al di là del distacco. La mobilità dei lavoratori nel mercato interno tra competizione regolativa e abuso del diritto di stabilimento</i>	837
MASSIMO PALLINI <i>Libertà di contrattazione collettiva dei lavoratori autonomi e tutela della concorrenza: apologia della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE</i>	857
STEFANIA SCARPONI <i>Work life balance fra diritto dell'UE e diritto interno</i>	879
<i>Le Autrici e gli Autori</i>	895

CRISTINA ALESSI

Il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine: il dialogo recente tra Corte di giustizia e corti nazionali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza sul lavoro a termine come cartina di tornasole dell'evoluzione dei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale. – 3. Il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici. *Different but equal*. – 4. Il caso dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine e i rapporti tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali.

1. Premessa

Il minimo che si possa dire di Massimo Roccella è che era uno studioso preparato e attento, tra i primi ad occuparsi dell'evoluzione del diritto (allora) comunitario e a comprendere le sue linee evolutive. Uno dei suoi contributi, peraltro in linea con gli studi di poco precedenti¹, riguarda non a caso la disciplina dei lavori atipici nelle proposte di direttiva dei primi anni '90², il cui contenuto verrà parzialmente ripreso negli accordi quadro allegati alle direttive 97/81/CE e 99/70/CE. L'attenzione alla giurisprudenza della Corte di giustizia e alle sue ricadute negli ordinamenti nazionali è un altro tratto significativo della sua produzione scientifica, che si è tradotta sia in numerosi contributi³, sia nell'impostazione complessiva del manuale scritto con Tiziano Treu⁴, affiancato non a caso da un volume dedicato a casi e materiali del nascente diritto europeo del

¹ M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano 1990.

² M. ROCCELLA, *Comunità europea e rapporti di lavoro atipici*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 10, p. 27 ss.

³ M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino 1997; M. ROCCELLA, D. IZZI, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Padova 2010.

⁴ M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova 1994.

lavoro⁵. Nella sua elaborazione, una particolare attenzione è sempre stata dedicata tanto all'influsso che il diritto del lavoro poteva avere nella costruzione del diritto europeo generale (a partire ad esempio dal caso *Franovich*), quanto all'apporto "di segno inverso", con particolare riguardo alle intersezioni tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza. Inutile ricordare quanto questi intrecci abbiano pesato, anche in tempi recenti, nel dibattito scientifico.

Nella disciplina dei rapporti di lavoro atipici, poi, questa interazione si è tradotta in un dialogo *multilevel*⁶, definito non a caso un vero e proprio laboratorio⁷, nel quale si sono sperimentate soluzioni innovative, anche per quanto attiene al diritto generale dell'UE. Il principio di parità di trattamento, in particolare, ha offerto alla Corte l'opportunità di esprimersi sulla diretta applicabilità delle previsioni delle direttive, il principio di non regresso quella di chiarire in quali limiti il legislatore nazionale può (o meno) discostarsi in senso peggiorativo dalle previsioni del diritto europeo. Su alcuni di questi profili ci si soffermerà nelle pagine che seguono, cercando di mettere in luce le più recenti implicazioni del dialogo tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali.

2. *La giurisprudenza sul lavoro a termine come cartina di tornasole dell'evoluzione dei rapporti tra diritto europeo e diritto nazionale*

Uno dei profili di maggiore interesse della giurisprudenza della Corte riguarda senz'altro la questione dei limiti entro i quali opera il divieto, contenuto in tutte le direttive sui lavori atipici, di ridurre il livello di tutela esistente in un dato ordinamento al momento dell'entrata in vigore di una direttiva. La sentenza *Mangold*, com'è noto, era molto attesa proprio in ragione del fatto che per la prima volta la Corte avrebbe dovuto cimentarsi con la portata giuridica della clausola di non regresso⁸ contenuta nella direttiva 99/70/CE, sulla quale la dottrina aveva riposto, fino a quel momento, una fidu-

⁵ M. ROCCELLA, G. CIVALE, D. IZZI, *Diritto comunitario del lavoro. Casi e materiali*, Torino 1995.

⁶ L. CALAFÀ, *Il dialogo "multilevel" tra corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 336 ss.; L. CALAFÀ, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 457 ss.

⁷ M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino 2017, p. 7 ss.

⁸ M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 23/2004, p. 23.

cia piuttosto ampia⁹. Da questo punto di vista, la Corte sembra non disattendere le attese. Quanto alla portata della clausola, la Corte precisa che essa «copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo perseguito (dalla direttiva 1999/70/CE) possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano le norme nazionali già adottate» (punto 51 della sentenza). Una simile apertura, tuttavia, viene controbilanciata dall'affermazione per cui «una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel contratto a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro *quando non è in alcun modo collegata all'applicazione dell'accordo stesso*» (punto 52). Insomma, tutt'altro che una forte limitazione della discrezionalità del legislatore nazionale, come sottolineato da subito in dottrina¹⁰. La successiva elaborazione della Corte di giustizia ha ulteriormente depotenziato la clausola in parola, collegandola al mantenimento del "livello generale" di tutela dei diritti riconosciuti in un dato ordinamento e riconoscendo al legislatore nazionale ampia discrezionalità nell'individuazione degli obiettivi che possono giustificare un abbassamento di detto livello¹¹. Con ciò il dibattito sulle potenzialità della clausola di non regresso ha, invero, perso molto del suo *appeal*; nelle sentenze che hanno avuto ad oggetto la disciplina italiana del contratto a termine¹², la Corte ne ha dato un'interpretazione «minimalista»¹³, che ha comportato il progres-

⁹ Si vv. in proposito le osservazioni di M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, p. 487 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, G. DONDI, L. GAROFALO, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 537 ss.; L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 499 ss.

¹⁰ L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, II, p. 225 ss., sulla scorta delle osservazioni di M. ROCCELLA, *Diritto comunitario*, cit., p. 23 ss.; O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 266 ss.; L. CORAZZA, *Lavoro a termine*, cit., spec. 512 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in G. LOY (a cura di), *Lavoro, Europa, Diritti. In ricordo di Massimo Roccella*, Roma 2012, p. 65 ss.

¹¹ A partire da Corte giust., 23 aprile 2009, C-378/07, *Angelidaki*; si v. anche Corte giust., 8 luglio 2010, C-246/09, *Bulicke*.

¹² Si v. Corte giust., 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, punto 50 della motivazione; Corte giust., 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*, punto 63.

¹³ M. AIMO, *La Corte di giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 162.

sivo abbandono delle questioni di non conformità alla clausola 8 dell'accordo quadro sollevate sia davanti alla Corte che di fronte alla Commissione europea, sotto forma di denunce per inadempimento¹⁴. Del resto, analoghe contestazioni rispetto alla precedente riforma della disciplina del contratto a tempo determinato introdotta con il d.lgs. n. 368/2001 erano state respinte al mittente sia dalla Corte di giustizia¹⁵ che dalla nostra Corte costituzionale¹⁶.

Se la via dell'applicazione della clausola di non regresso appare dunque irta di ostacoli, nella giurisprudenza della Corte europea si profila, fin dalle prime sentenze, la volontà di dare un rilievo di tutto rispetto al principio dell'effetto utile. La Corte, in particolare, ha nel corso del tempo precisato la portata della clausola 5 dell'accordo quadro, che impone agli Stati membri di individuare misure di contrasto agli abusi nella successione di contratti a tempo determinato. Escluso fin dalle prime sentenze pronunciate sulla direttiva 99/70/CE che la clausola 5 potesse essere considerata direttamente applicabile¹⁷, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte nella sua ormai consolidata giurisprudenza in materia¹⁸, l'attenzione della Corte si è spostata sulle misure adottate dagli Stati membri per sanzionare gli abusi nel ricorso al contratto a tempo determinato. Ed è proprio in questa materia che si è manifestata la forza creativa della sua giurisprudenza, particolarmente apprezzabile alla luce delle più recenti pronunce, molte delle quali hanno riguardato controversie sollevate da giudici italiani.

Ferma restando la discrezionalità degli Stati membri nell'individuare quali misure antiabusive introdurre nel proprio ordinamento,

¹⁴ Com'è noto, la Cgil aveva denunciato alla Commissione europea il d.l. n. 34/2014, convertito nella l. 78/2014 per violazione della clausola di non regresso. Alla denuncia non risulta sia stato dato seguito da parte della Commissione. Sul punto si v. F. AIELLO, *Il contratto a termine acausale Renzi-Poletti è al riparo dalla clausola di non regresso prevista dalla direttiva 1999/70/CE?*, 2014, in *www.europeanright.eu*. Attualmente nei confronti dell'Italia risulta aperta una sola procedura di infrazione relativa ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico (INFR 2014/4231) per la quale è stata inviata una lettera di messa in mora complementare il 3 dicembre 2020.

¹⁵ Corte giust., 24 giugno 2010, *Sorge*, cit.

¹⁶ Il riferimento è a Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 737 ss. con nota di A. BOLLANI.

¹⁷ A partire da Corte giust., 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*. Su questi aspetti si rinvia a M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 75 ss.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino 2012, p. 144 ss.

¹⁸ Alla quale ha dato un contributo rilevante proprio il contenzioso in materia di lavoro. Si v. sul punto M. ROCCELLA, *Diritto comunitario*, cit., p. 1 ss.

la Corte ha precisato più volte che cosa debba intendersi per contratti successivi, dal momento che, com'è noto, è ormai consolidata l'affermazione secondo cui la clausola 5 non si applica al primo (e unico) contratto a tempo determinato. Nelle pronunce più recenti, invero, la Corte ha sottolineato che devono considerarsi successivi anche contratti a tempo determinato prorogati più volte, benché dal punto di vista formale di tratti di un unico contratto¹⁹. Sebbene spetti agli Stati membri e/o alle parti sociali il compito di stabilire a quali condizioni i rapporti di lavoro a tempo determinato devono considerarsi successivi, secondo la Corte detta discrezionalità «non è illimitata, poiché non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro», a nulla rilevando che il rinnovo dei contratti derivi da un atto legislativo, come nel caso di specie²⁰. In altre parole, la necessità di assicurare all'accordo quadro un'applicazione effettiva, alla luce dell'affermazione secondo la quale la garanzia della stabilità dell'impiego deve considerarsi un principio portante del diritto sociale europeo²¹, ha condotto la Corte ad attenuare, in queste ipotesi, la rigidità di una posizione criticabile, dal punto di vista del contenuto e degli obiettivi dell'accordo quadro²².

La giurisprudenza sulla quale si registra il massimo sforzo della Corte nell'applicazione del principio di effettività è senz'altro quella relativa alle sanzioni per la violazione delle norme antiabusive, alla cui evoluzione l'Italia ha dato un contributo decisivo, grazie alle cause aventi ad oggetto i contratti a tempo determinato nel settore della scuola. Com'è noto, la Corte europea si è pronunciata in materia in seguito a un rinvio pregiudiziale sollevato dalla nostra Corte costituzionale²³, investita della questione della conformità alla Costituzione della norma che prevede(va) la possibile reiterazione dei contratti dei precari della scuola fino allo svolgimento dei concorsi per l'immissione in ruolo. La vicenda è troppo nota per essere

¹⁹ Corte giust., 11 febbraio 2021, C-760/18, *Organismos Topikis Aftodioikisis*; Corte giust., 19 marzo 2020, C-103/18, *Sánchez Ruiz*.

²⁰ Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punti 41 e 49 della motivazione.

²¹ M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 54.

²² Sul punto si rinvia a C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., spec. p. 151 ss.

²³ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 207. La sentenza si segnala perché per la prima volta la Corte costituzionale ha richiesto l'intervento della Corte di giustizia durante un processo in via incidentale, aprendo così un dialogo inedito tra le due giurisdizioni, nonché il dibattito sulla c.d. "doppia pregiudiziale". Si v. A. CERRI, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giust. cost.*, 2013, p. 2897 ss.

compiutamente analizzata in questa sede²⁴; si può però segnalare come il rinvio pregiudiziale abbia fornito l'occasione alla Corte di giustizia per affermare che nell'ipotesi in cui lo Stato membro non abbia fissato un limite di durata ai contratti a termine successivi, oppure un numero massimo di rinnovi, allora è necessario che detti contratti siano stipulati a fronte di ragioni obiettive, che ben possono intravedersi nelle esigenze di garantire il corretto svolgimento delle attività del settore scolastico. La Corte, tuttavia, afferma subito dopo che il fatto non sia previsto un termine preciso per lo svolgimento dei concorsi necessari all'immissione in ruolo «non consente di garantire che l'applicazione concreta di tale ragione obiettiva, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro», dal momento che si può pensare che detti contratti vengano stipulati «al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato»²⁵. In questa affermazione si trova, in tutta la sua portata, la concezione della Corte circa il principio di effettività, dal momento che occorre valutare non solo che sussistano ragioni obiettive, ma anche che la loro applicazione non conduca, comunque, al verificarsi di abusi²⁶, che la Corte intravede nella possibilità di ricorrere al contratto a termine in sostituzione di quello a tempo indeterminato²⁷. Una simile precisazione si impone-

²⁴ Per la ricostruzione del quadro normativo e della vicenda giudiziaria si v. V. PINTO, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav. p. a.*, 2014, p. 915 ss.

²⁵ Corte giust., 26 novembre 2014, C-22/13 et al., *Mascolo*. Sulla sentenza si v. le osservazioni di L. CALAFÀ, *Il dialogo "multilevel"*, cit.; M. AIMO, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 177 ss.; R. NUNIN, *Tanto tuonò che piovve: la sentenza Mascolo sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 146 ss.

²⁶ Si v. anche Corte giust., 3 giugno 2021, C-726/18, *Instituto Madrileño de Investigación*, in cui la Corte sottolinea che «occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero dei contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene *palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo*, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro» (punto 60 della motivazione, corsivo di chi scrive)

²⁷ Si v. C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 152 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 82 ss.

va, specie dopo il caso *Kücük*²⁸, nel quale, pur affermando analogo principio, la Corte aveva lasciato intendere che la reiterazione, anche per molti anni, di contratti a tempo determinato avrebbe potuto essere considerata conforme alle previsioni della direttiva, una volta verificato che ciascuno dei contratti stipulati in successione fosse da considerarsi fondato su ragioni obiettive.

È poi sul fronte delle sanzioni previste dagli Stati membri per contrastare gli abusi che la Corte dimostra un atteggiamento particolarmente rigoroso, che pare essersi accentuato nel corso del tempo. Se resta ferma, infatti, la posizione per cui nel settore pubblico l'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato, in ragione delle regole vigenti in ciascun ordinamento per l'accesso al pubblico impiego, non può di per sé considerarsi contraria all'accordo quadro, anche se prevista per analoghe fattispecie nel settore privato, la Corte nondimeno sottolinea come le sanzioni previste dagli Stati membri in queste ipotesi debbano essere, non solo efficaci e dissuasive, ma anche *equivalenti*, dal punto di vista dell'effetto deterrente per il datore di lavoro, rispetto a quelle previste per il settore privato²⁹. Nei casi in cui le norme interne lo consentono, poi, la Corte arriva anche a suggerire al giudice nazionale di valutare l'applicabilità della trasformazione in contratto a tempo indeterminato³⁰ e, in un caso, di verificare se il divieto di conversione, previsto da una legge ellenica adottata in pendenza del termine di recepimento della direttiva, non possa essere disapplicato³¹, il tutto alla luce del principio dell'interpretazione conforme.

Ciò che emerge dalla lettura di questa giurisprudenza è senz'altro l'obiettivo della Corte di garantire l'effettiva applicazione della direttiva 99/70/CE e, in particolare, della clausola 5, sulle misure antiabusive, estendendo il più possibile la sua portata. Sia pure nel formale rispetto delle prerogative dei giudici nazionali, cui spetta verificare in concreto l'esistenza dei presupposti indicati dalla Corte, la "spinta gentile" verso una maggiore tutela dei lavoratori atipici sembra trasformarsi in un deciso cambio di marcia.

²⁸ Corte giust., 26 gennaio 2021, C-586/10, *Kücük*, spec. punti 34 ss.

²⁹ Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punto 49 della motivazione; Corte giust., 19 marzo 2020, C-103/18 e C-429/18, *Sánchez Ruiz e a.*, punto 91 della motivazione.

³⁰ Corte giust., 3 giugno 2021, *Instituto Madrileño de Investigación*, cit., punto 73 della motivazione.

³¹ Corte giust., 11 febbraio 2021, *Organismos Topikis Aftodioikisis*, cit., punti 68 ss. della motivazione.

3. *Il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici*. Different but equal

L'altro profilo di disciplina del lavoro a termine sul quale la Corte di giustizia ha, fin dall'inizio, spinto decisamente l'acceleratore è senza dubbio il principio di parità di trattamento dei lavoratori a termine nei confronti dei lavoratori a tempo indeterminato. Anche su questo aspetto, la rilettura delle pagine scritte da Massimo Roccella confermano, ancora una volta, la sua capacità di interpretare i mutamenti del diritto del lavoro europeo in anticipo sui tempi.

Non si intende, in questa sede, ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di non discriminazione dei lavoratori atipici, che ha già formato oggetto di riflessione in diversi lavori di chi scrive³² e di altri autori e autrici³³.

Sembra invece più opportuno provare a discutere di come detto principio abbia contribuito ad affiancare ai tradizionali fattori di discriminazione consacrati nel Trattato e nella Carta dei diritti fondamentali (sesso, età, orientamento sessuale, disabilità etc.) un fattore atipico, quello cioè fondato sulla titolarità di un rapporto di lavoro *non standard*. Che si tratti di un divieto di discriminazione diverso dagli altri, per il solo fatto che la sua enunciazione non è contenuta nelle fonti sopra citate, pare ormai insostenibile, alla luce delle osservazioni che si svolgeranno e della lettura della giurisprudenza, ormai alluvionale, della Corte di giustizia in materia.

In primo luogo, il fatto che si tratti di un fattore di discriminazione non solo (sperabilmente) transeunte, ma legato a un elemento oggettivo, che non rientra cioè nelle caratteristiche costitutive della personalità del soggetto tutelato, non pare da questo punto di vista rilevante. Nell'ambito delle fattispecie previste dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la cui elencazione è preceduta

³² In particolare si rinvia a C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro e discriminazioni*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino 2019, p. 271 ss.; C. ALESSI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma 2017, p. 99 ss.; C. ALESSI, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza*, cit.

³³ M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., spec. p. 63; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione europea*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano 2014; L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Torino 2012, spec. p. 118 ss.

dalla locuzione «in particolare», vi è un fattore come il «patrimonio» che condivide con la titolarità di un rapporto di lavoro atipico il carattere dell'oggettività³⁴. Il fatto, poi, che si tratti di una caratteristica distintiva che può cambiare nel corso della vita è ancor meno rilevante, se si pensa a fattori come l'età³⁵ o le convinzioni personali³⁶.

Piuttosto che cercare di individuare profili che differenzino il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici rispetto ai divieti «titolati»³⁷, occorrerebbe invece prendere atto di come le previsioni delle direttive 99/70/CE, 97/81/CE e 2008/104/CE abbiano aperto una «nuova stagione della legislazione antidiscriminatoria»³⁸, nella quale il divieto richiamato viene utilizzato come «contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali», avviando la transizione «verso un “nuovo” diritto del lavoro: il diritto dell'occupazione, il diritto dei lavoratori occupati e disoccupati, tipici e atipici, stabili e precari, che offra a tutti eguali opportunità di accedere a un lavoro e di conservarlo»³⁹. Tra l'altro, come si è sostenuto in altra sede⁴⁰, le previsioni delle direttive arrivano anche dove i classici divieti di discriminazione non riescono ad operare, come è dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia (soprattutto) di contratto a termine. In assenza di un divieto espresso, infatti, sarebbe stato difficile censurare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* applicando i divieti di discriminazione sulla base del sesso, ad esempio, come

³⁴ Questo per restare alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE; l'art. 3 della nostra Costituzione include tra i fattori che non possono essere utilizzati per differenziare il trattamento dei cittadini le «condizioni personali o sociali».

³⁵ Si v. M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 140 ss.; O. BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano 2007.

³⁶ Si v. M. AIMO, *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; M. MILITELLO, D. STRAZZARI, *I fattori di discriminazione*, cit., p. 128 ss.

³⁷ Come fa M. BELL, *The principle of equal treatment: widening and deepening*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford 2011, p. 624 ss.

³⁸ Così M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. XIX.

³⁹ Sono ancora parole di M. BARBERA, *o.u.c.*, p. XXIV. Si v. anche S. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 270 ss., che sottolinea la funzione di realizzazione di obiettivi di inclusione sociale connessa ai divieti di discriminazione dei lavoratori atipici.

⁴⁰ C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 112 ss.

del resto segnalava già Massimo Roccella nel 1991, in relazione alle proposte di regolamentazione del lavoro atipico⁴¹.

Dalla giurisprudenza in materia, invero, si ricava l'impressione che la Corte di giustizia tratti il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici come un vero e proprio principio costituzionale dell'Unione europea⁴². In primo luogo, la Corte valorizza nelle sue sentenze più recenti il collegamento del divieto in parola con l'art. 31 della Carta di Nizza, che assicura a tutti i lavoratori, tra i quali senza dubbio rientrano gli atipici, il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose⁴³. In secondo luogo, il principio di non discriminazione dei lavoratori atipici viene considerato un principio di diritto sociale particolarmente importante, che non può essere interpretato in modo restrittivo⁴⁴, al punto che la Corte lo considera espressione specifica del principio generale di uguaglianza⁴⁵, uno dei principi fondamentali dell'ordinamento eurounitario.

Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza della Corte, ormai assestata, ha ampliato il più possibile la portata del principio⁴⁶, fino a lambire (e in qualche caso a superare) perfino le competenze in materia previdenziale degli Stati membri⁴⁷. L'unico punto sul quale ancora non si registra nessuna apertura, quanto meno dal punto di vista teorico, è la possibilità di estendere il divieto alle differenze tra gli stessi lavoratori atipici, sul quale la Corte ha da tempo una posizione restrittiva, fondata sul fatto che la direttiva 99/70/CE censura le differenze tra i lavoratori a termine e i la-

⁴¹ M. ROCCELLA, *Comunità europea e rapporti*, cit., p. 48 ss.

⁴² C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 115.

⁴³ Si v., in relazione al lavoro tramite agenzia interinale, Corte giust., 14 ottobre 2020, C-681/18, *JH*, punto 54 della motivazione.

⁴⁴ Si v., da ultimo, Corte giust., 17 marzo 2021, C-652/19, *Consulmarketing*, punto 50 della motivazione.

⁴⁵ M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 66. Nella giurisprudenza della Corte si v., tra le più recenti, Corte giust., 25 luglio 2018, C-96/17, *Vernaza Ayovi*, punto 32 della motivazione, che si riferisce alla «giurisprudenza costante della Corte».

⁴⁶ Anche questo aspetto è stato approfondito in molti lavori. Si vv., tra gli altri, C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro*, cit.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro*, cit., p. 144 ss.; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 63 ss.; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 5 ss.

⁴⁷ Si v. Corte giust., 10 giugno 2010, C-395/08 e 396/08, *Bruno e Pettini*, in *Riv. dir. lav.*, 2010, II, 536 con nota di A. PREMOLI; Corte giust., 22 novembre 2012, C-385/11, *Elbal Moreno*; Corte giust., 5 giugno 2018, C-677/16, *Montero Mateos*, punto 50 della motivazione.

voratori *standard*⁴⁸. Alla rigorosità dell'enunciazione, tuttavia, non sempre segue un'applicazione perfettamente coerente della regola succitata: là dove riscontra una differenza di trattamento tra lavoratori atipici, la Corte arriva a censurarla attraverso l'individuazione di un lavoratore comparabile che integri le caratteristiche del lavoratore *standard*, anche a prezzo di qualche piccola forzatura. È quanto è avvenuto, per esempio, nel caso *Bruno e Pettini*, nel quale, trattandosi di una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo parziale di tipo verticale e orizzontale, la Corte ha effettuato la comparazione dei primi con i lavoratori a tempo pieno e indeterminato, diversamente da quanto era stato suggerito, in quella ipotesi, dall'Avvocato generale⁴⁹. Un simile "stratagemma" è stato più di recente utilizzato in una controversia nella quale si discuteva del regime applicabile, quanto alla durata massima, ai lavoratori a termine, che risultava differenziato a seconda del fatto che fossero a tempo pieno o a tempo parziale. In questo caso, la Corte ha valorizzato il diverso regime orario e ha di conseguenza applicato la clausola paritaria di cui alla dir. 97/81/CE, individuando il lavoratore *standard* nel titolare di un rapporto di lavoro sempre a termine, ma a tempo pieno⁵⁰.

Di fronte a una giurisprudenza così evoluta e ormai consolidata nei suoi tratti portanti, dovrebbe venir meno anche la cautela con la quale la dottrina ha finora guardato all'applicabilità diretta del principio di non discriminazione dei lavoratori atipici anche nei rapporti interprivati⁵¹. Proprio l'aggancio del divieto di discriminazione ai lavoratori atipici al generale principio di uguaglianza e l'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia devono fornire il quadro di riferimento entro il quale muoversi. È precisamente alla luce di quella giurisprudenza che l'obiezione secondo la quale il divieto in parola sarebbe diverso dai classici divieti di discriminazione, alla fine, non regge. È vero che, pur avendo la struttura del divieto di discriminazione diretta, le deviazioni dalla regola consacrata nella

⁴⁸ Corte giust., 22 giugno 2011, C-161/11, *Vino II*, punto 28 della motivazione.

⁴⁹ Corte giust., 10 giugno 2010, *Bruno e Pettini*, cit., sulla quale si v. C. ALESSI, *La Corte di giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010; M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 65 ss.

⁵⁰ Corte giust., 3 ottobre 2019, C-274/18, *Minoo Schuch-Ghannadan*.

⁵¹ In questo senso M. AIMO, *Il lavoro a termine*, cit., p. 66 ss., che sottolinea come il percorso svolto finora dalla Corte sia importante, ma debba essere seguito da un «più articolato percorso argomentativo, ancora tutto da scrivere». Sul punto si v. anche L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona*, cit., p. 165 ss.

clausola 4 della dir. 99/70/CE (così come alla clausola 4 della dir. 97/81/CE) possono essere giustificate, ma questa particolarità è condivisa con il divieto di discriminazioni sulla base dell'età. La Corte di giustizia, inoltre, ha dimostrato in moltissime occasioni di sindacare con particolare rigore le ragioni addotte dagli Stati membri per motivare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*⁵², come del resto ha fatto da sempre con le giustificazioni addotte rispetto alle discriminazioni indirette sulla base del sesso⁵³.

4. *Il caso dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine e i rapporti tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali*

Un profilo sul quale l'applicazione del divieto di discriminazione dei lavoratori a termine continua a mettere alla prova la giurisprudenza europea e nazionale riguarda la questione dei criteri di computo dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine, tanto durante lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo determinato, quanto nell'ipotesi di successiva stabilizzazione. Si tratta di un problema di rilievo, in particolare per il nostro ordinamento, dal momento che la rivendicazione del riconoscimento dell'anzianità pregressa del personale della scuola interessato dalle procedure di stabilizzazione ha sollevato un contenzioso di considerevoli proporzioni.

Per quanto riguarda il primo profilo, occorre ricordare che La Corte di giustizia, fin dalle prime sentenze in materia, ha ritenuto contrarie alle previsioni dell'art. 4 le disposizioni nazionali che escludessero i lavoratori assunti a tempo determinato dalle maggiorazioni retributive connesse agli scatti di anzianità periodici⁵⁴, precisando che il differente trattamento non può essere giustificato sulla base del fatto che è previsto da una norma di legge o di contratto collettivo e neppure dall'interesse pubblico connesso alle modalità

⁵² Si v., ad esempio, Corte giust., 3 ottobre 2019, *Minoo Schuch-Ghannadan*, cit., spec. punti 39 e 40 della motivazione; Corte giust., 16 luglio 2020, C-658/18, *UX*.

⁵³ D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli 2005; M. BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 59 ss.

⁵⁴ Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*; Corte giust., 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*; Corte giust., 18 marzo 2011, C-273/10, *Montoya Medina*; Corte giust., 20 settembre 2019, C-72/18, *Ustariz Aróstegui*.

di accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione⁵⁵. Una posizione simile è stata ripresa anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità, che ha riconosciuto gli effetti connessi all'anzianità di servizio previsti dal contratto collettivo applicabile per i lavoratori a tempo indeterminato ai lavoratori assunti a termine, anche in forza di una pluralità di contratti successivi⁵⁶. In questi casi, peraltro, la Corte di Cassazione ha disapplicato, perché in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla dir. 99/70/CE, le previsioni dei contratti collettivi che «commisurano la retribuzione degli assunti a tempo determinato al trattamento iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato»⁵⁷. Una simile posizione, finora riferita esclusivamente agli impieghi alle dipendenze della pubblica amministrazione, potrebbe invero ritenersi applicabile anche al lavoro privato, dal momento che la direttiva 99/70/CE si applica, come la Corte di giustizia ha più volte sottolineato, ad entrambi i settori. Sul punto, tuttavia, non risulta che la Corte abbia avuto modo di pronunciarsi, dal momento che le controversie finora sottoposte riguardano tutte l'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, a conferma della debolezza, anche da questo punto di vista, della posizione dei lavoratori a tempo determinato assunti da datori di lavoro privati. Occorre anche dire, in verità, che la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015, prevedendo una durata massima di due anni per i contratti a termine successivi, lascia uno spazio piuttosto esiguo per rivendicazioni di questo tipo.

Per quanto riguarda il secondo profilo, cioè la considerazione dell'anzianità di servizio pregressa nel caso di successiva stabilizzazione, a seguito della sentenza *Mascolo* si è aperto un ampio contenzioso, sul quale la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi più volte e che ha aperto un dialogo non sempre lineare con la giurisprudenza nazionale. Al momento dell'entrata in ruolo dei docenti "stabilizzati", infatti, si è posta la questione della conformità al divieto di discriminazione dei lavoratori atipici di cui alla direttiva 99/70/CE dell'art. 485 del d.lgs. n. 297 del 1994, che consente il riconoscimento del periodo di docenza pre-ruolo ai fini giuridici ed economici, ma non integralmente⁵⁸. Si tratta di

⁵⁵ Corte giust., 20 settembre 2019, *Ustariz Aróstegui*, cit., punti 43 ss.

⁵⁶ Cass., 5 agosto 2019, n. 20918.

⁵⁷ Cass., 7 novembre 2016, n. 22558.

⁵⁸ L'art. 485 d.lgs. n. 297/1994 prevede che «al personale docente delle scuole di istruzione secondaria ed artistica, il servizio prestato presso le predette scuole statali e pareggiate, comprese quelle all'estero, in qualità di docente non di ruolo,

una delle situazioni in cui la tutela antidiscriminatoria opera anche nel corso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, qualora la precedente condizione di atipico del lavoratore venga in considerazione ai fini della determinazione del trattamento economico e normativo dovuto⁵⁹. La Corte di giustizia aveva avuto modo, in passato, di confrontarsi con la questione in parola nell'annoso caso dei lettori di lingua straniera⁶⁰, risolto sulla base del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, nel senso dell'integrale riconoscimento non solo degli aumenti di retribuzione, ma anche dell'anzianità di servizio (integrale) e dei contributi previdenziali⁶¹. Nel caso dei docenti stabilizzati, invece, la soluzione è in parte diversa: secondo la sentenza *Motter*, infatti, la previsione che consente il riconoscimento parziale dell'anzianità maturata dal lavoratore a termine può considerarsi conforme alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato perché giustificata, da un lato, dal fatto che rispecchierebbe «le differenze nell'attività lavorativa tra le due categorie di lavoratori in questione» (i docenti «stabilizzati» e i docenti assunti tramite concorso) e, dall'altro, dall'esigenza di evitare «il prodursi di discriminazioni alla rovescia nei confronti dei dipendenti pubblici di ruolo assunti a seguito di un concorso generale»⁶². La Corte rinvia poi al giudice nazionale l'accertamento dell'effettiva rispondenza a dette esigenze dell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994, non prima di aver precisato che appare del tutto priva di fondamento la tesi avanzata dal Governo italiano secondo la quale «le prestazioni dei docenti a tempo determinato sono inferiori rispetto a quelle dei docenti a tempo indeterminato assunti mediante concorso»⁶³.

La Corte si è espressa nello stesso senso in una causa successiva, avente ad oggetto un caso parzialmente diverso, nel quale un docente di conservatorio, assunto a termine per 17 anni, in occasione

è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo».

⁵⁹ Corte giust., 8 novembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, punto 43; Corte giust., 18 dicembre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza*, punto 36; sul punto si v. C. ALESSI, S. BORELLI, *Segmentazione del mercato del lavoro*, cit., p. 278.

⁶⁰ Per un riepilogo della complessa questione si v. S. BOLOGNA, *Continua la "questione" giurisprudenziale sugli ex lettori di lingua*, in *Lav. p. a.*, 2019, n. 3, p. 183 ss.

⁶¹ Corte giust., 18 luglio 2006, C-119/04, *Commissione c. Repubblica Italiana*

⁶² Corte giust., 20 settembre 2018, C-466/17, *Motter*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 108 ss., con nota di E. RAIMONDI, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

⁶³ Corte giust., 20 settembre 2018, *Motter*, cit., punto 34 della motivazione.

dell'immissione in ruolo disposta ai sensi dell'art. 399 del d.lgs. n. 297/1994, si era visto riconoscere un'anzianità di servizio inferiore a due anni⁶⁴. Anche in quel caso, la Corte ha poi rinviato al giudice nazionale l'accertamento dell'esistenza di ragioni oggettive che giustificano il trattamento differenziato, facendo espresso riferimento ai criteri enunciati nella sentenza *Motter*. La giurisprudenza nazionale, sia precedente che successiva a *Motter*, richiamando le pronunce della Corte di giustizia, giunge quasi unanimemente alla disapplicazione delle previsioni contenute nell'art. 485 del d.lgs. n. 297/1994 e di tutte le altre norme, anche di contratto collettivo, contrastanti con il principio paritario, svolgendo alcune considerazioni che vale la pena di richiamare, perché indicative di un dialogo ormai approfondito tra le diverse giurisdizioni. In primo luogo, la Cassazione riafferma l'immediata applicabilità del divieto di discriminazione di cui alla direttiva 99/70/CE, così come interpretato dalla Corte di giustizia, «le cui pronunce hanno carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarle anche ai rapporti di giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. A tali sentenze [...] va attribuito il valore di ulteriore fonte di diritto della Unione europea, non nel senso che esse creino *ex novo* norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato e i limiti di applicazione, con efficacia *erga omnes* nell'ambito dell'Unione»⁶⁵. In secondo luogo, gli spazi aperti dalla Corte al sindacato del giudice vengono utilizzati per affermare che ai dipendenti stabilizzati deve essere riconosciuta integralmente, a tutti gli effetti, l'anzianità di servizio precedente «senza valorizzare le interruzioni fra un rapporto e l'altro»⁶⁶. Anche la giurisprudenza di merito si è allineata alla posizione della Cassazione⁶⁷, talvolta verificando se il computo così effettuato portasse a un riconoscimento economico superiore a quello che sarebbe spettato al lavoratore a tempo indeterminato e, in questo caso, riducendolo di conseguenza⁶⁸. Quest'ultimo profilo pone qualche questione, per il futuro. Il fatto che la Corte di giustizia, prima, e la giurisprudenza nazionale, in seguito, abbiano riesumato la controversa nozione di *discriminazioni alla rovescia*⁶⁹ potrebbe ridurre

⁶⁴ Corte giust., 8 maggio 2019, C-494/17, *Rosato*.

⁶⁵ Cass., 7 novembre 2016, n. 22558; Cass., 23 novembre 2017, n. 27950.

⁶⁶ Cass., 19 agosto 2020, n. 17314; Cass., 28 novembre 2019, n. 31150.

⁶⁷ Trib. Tivoli, 29 settembre 2020.

⁶⁸ App. Milano, 28 ottobre 2020.

⁶⁹ Sulla quale si v. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., p. 127 ss.

la portata del principio paritario, che non impone di trattare allo stesso modo lavoratori a tempo determinato e indeterminato, ma impedisce che i primi siano trattati in modo *meno favorevole* dei secondi. In casi come quelli illustrati in queste pagine, ben si potrebbe ritenere che un trattamento migliorativo all'esito della stabilizzazione del rapporto sia volto a compensare la condizione di precarietà nella quale i lavoratori si sono trovati per anni, anche *considerando* che, comunque, la giurisprudenza nazionale applica il limite della prescrizione quinquennale alle differenze retributive derivanti dalla ricostruzione del rapporto di lavoro⁷⁰.

Infine, alla luce delle considerazioni svolte in queste pagine, si può anche sostenere che i medesimi principi possano essere applicati anche alle ipotesi di conversione del rapporto di lavoro derivanti dalla violazione nelle previsioni limitative del ricorso al contratto a termine nel settore privato⁷¹. In effetti, le norme che prevedono che la conversione del rapporto operi dal superamento del termine massimo di durata, dal secondo contratto a termine nel caso di successione abusiva o dalla scadenza del c.d. periodo di tolleranza nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto oltre il termine appaiono in contrasto con la previsione dell'art. 4 della direttiva 99/70/CE. Di una simile impostazione, tuttavia, non si trova traccia nella (finora) limitata giurisprudenza nazionale sul punto.

⁷⁰ Si v., ad esempio, Trib. Venezia, 11 novembre 2020.

⁷¹ Sulle previsioni del d.lgs. 81/2015 in materia di contratto a termine dopo le modifiche introdotte dal c.d. "decreto dignità" si rinvia a C. ALESSI, *Commento agli artt. 19-23, 24-27 e 29, d.lgs. 81/2015*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI, P. RAUSEI, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Milano 2020.