

**L**a riduzione delle tutele classiche e inderogabili del lavoro realizzata con le recenti riforme mediante l'ampliamento degli spazi di regolazione concessi ai poteri imprenditoriali e alla contrattazione collettiva, specie aziendale, aumenta i trattamenti differenziali e le diseguaglianze nel lavoro, e, al contempo, sposta l'attenzione sul rispetto dei divieti di discriminazione, sempre più invocati a tutela dei diritti dei lavoratori. Gli studi raccolti in questo volume affrontano il tema delle discriminazioni alla luce delle riforme più recenti, interrogandosi sul ruolo svolto dal diritto antidiscriminatorio nell'attuale sistema normativo, in una prospettiva che tiene conto sia dell'evoluzione del diritto nazionale, sia del contesto e della regolamentazione europea in cui esso si colloca. Alla prima parte, dedicata all'inquadramento generale del tema, seguono i saggi dedicati ai diversi ambiti di applicazione del diritto antidiscriminatorio: dai contratti di lavoro non standard ai licenziamenti, dai comportamenti molesti e ritorsivi alla tutela della salute nei luoghi di lavoro. Chiude il volume una parte dedicata ai profili processuali e ai rimedi giudiziali avverso le discriminazioni. L'opera si caratterizza per il dialogo che si instaura tra gli Autori: accademici, magistrati e avvocati impegnati quotidianamente nello studio e nell'applicazione concreta del diritto antidiscriminatorio.

*Il volume contiene scritti di* Cristina Alessi, Lisa Amoriello, Marzia Barbera, Olivia Bonardi, Silvia Borelli, Laura Calafà, Laura Curcio, Maria Dolores Ferrara, Valeria Fili, Giorgio Fontana, Donata Gottardi, Alberto Guariso, Fausta Guarriello, Andrea Lassandari, Cinzia Meraviglia, Roberta Nunin, Carla Ponterio, Annalisa Rosiello, Rita Sanlorenzo, Stefania Scarponi, Elisabetta Tarquini, Anna Luisa Terzi.

Olivia Bonardi è professoressa di Diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze sociali e politiche dell'Università degli studi di Milano.



€ 35,00

S

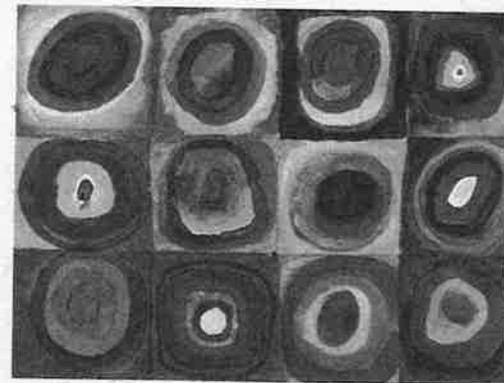
Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile



## Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile

a cura di  
Olivia Bonardi

raccolta di studi promossa dal gruppo  
ALTRA VELOCITÀ



Il gruppo *Altra Velocità* è stato costituito nel 2015 da numerose giuslavoriste per avviare una discussione sui profondi cambiamenti in atto nel diritto del lavoro in Italia e in Europa, quale esito dei processi di riforma suggeriti o imposti dalle istituzioni europee in attuazione di misure di austerità, non meno che dalla competizione economica giocata su mercati globalizzati.

Il gruppo muove dalla convinzione che non sia possibile comprendere questi processi guardando solo alla dimensione delle regole e a quella del mercato, trascurando la dimensione personale, in particolare la dimensione di genere, cioè senza guardare a come i cambiamenti incidono sulla vita concreta delle persone, sulle loro condizioni di reddito e sulle loro opportunità, sui loro progetti futuri, individuali e collettivi. Il gruppo intende osservare i cambiamenti in corso seguendone il ritmo, ma anche seguendo un'altra velocità, regolata non solo sull'emergenza e sul contingente ma anche sulle prospettive e sui tempi medio-lunghi delle politiche e del diritto.

Tra le attività svolte dal gruppo ricordiamo il convegno «Persone, mercati, regole: un'analisi plurale delle politiche del lavoro in Italia e in Europa» che si è tenuto a Roma il 17 aprile 2015 presso l'Università Sapienza; il seminario «Discriminazioni sul lavoro: profili sostanziali e procedurali» che si è svolto a Firenze nei giorni 10-11 settembre 2015 presso la sede del Centro Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno e della Scuola di Specializzazione per le professioni legali della Scuola di Giurisprudenza e l'incontro, organizzato con la sede decentrata milanese della Scuola Superiore della Magistratura e il Dipartimento di Scienze sociali e politiche dell'Università degli studi di Milano del 18 aprile 2016 su «Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile», che ha costituito l'occasione per l'avvio degli studi raccolti in questo volume.

Il volume è stato realizzato con il contributo del Dipartimento di Scienze sociali e politiche dell'Università degli studi di Milano.

© Copyright by Ediesse 2017

Ediesse s.r.l.

Via delle Quattro Fontane 109 - 00184 Roma

Tel. 06 44870283 - 44870325

Fax 06 44870335

www.ediesseonline.it

ediesse@cgil.it

Progetto grafico: Antonella Lupi

Immagine di copertina: Wassily Kandinsky, *Color Study. Squares with Concentric Circles*, 1913,

The Städtische Galerie im Lenbachhaus, München, Germany.

## PRESENTAZIONE

di Laura Curcio, Donata Gottardi e Fausta Guarriello

11

## SEZIONE I

EGUAGLIANZA E DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE

NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO DEL LAVORO.

LEGGE, AUTONOMIA PRIVATA E SINDACATO GIUDIZIALE

Il cavallo e l'asino.

Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria

di Marzia Barbera

17

Il licenziamento discriminatorio

e l'evoluzione della giurisprudenza

di Rita Sanlorenzo

35

Il principio di non discriminazione in giudizio:

la giurisprudenza nazionale tra tutele di diritto comune e fonti sovranazionali

di Elisabetta Tarquini

49

Il diritto del lavoro e le disuguaglianze.

Il coraggio di cambiare

di Giorgio Fontana

63

## SEZIONE II

## DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE E TIPI CONTRATTUALI

Il principio di non discriminazione nei rapporti di lavoro atipici: spunti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia  
*di Cristina Alessi*

99

Principi di non discriminazione, forme di utilizzo indiretto della manodopera e interdipendenza tra imprese  
*di Silvia Borelli*

131

Pari opportunità ed effettività delle tutele nel lavoro pubblico  
*di Maria Dolores Ferrara*

157

## SEZIONE III

## LA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI E IL DIVIETO DI DISCRIMINAZIONI

Considerazioni sul licenziamento discriminatorio  
*di Andrea Lassandari*

189

Licenziamenti discriminatori e molestie  
*di Carla Ponterio*

219

*Ius vivens* ed implicazioni derivanti dall'accoglimento della nozione oggettiva di licenziamento discriminatorio  
*di Stefania Scarponi*

231

Licenziamento ritorsivo e motivo illecito  
*di Anna Luisa Terzi*

249

## SEZIONE IV

LE DISCRIMINAZIONI NEL RAPPORTO DI LAVORO:  
POTERI IMPRENDITORIALI, ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO  
E TUTELA DELLA SALUTE E DIGNITÀ DELLA PERSONA

L'applicazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro come strumento di contrasto alle discriminazioni  
*di Roberta Nunin*

265

La sottile linea di confine tra violazione della normativa in materia di sicurezza e discriminazione quando si è in presenza di gruppi di lavoratori soggetti a rischi particolari  
*di Annalisa Rosiello*

287

Un reddito minimo di maternità come antidoto alle discriminazioni e alla bassa natalità  
*di Valeria Fili*

319

## SEZIONE V

LE DISCRIMINAZIONI TRA AZIONI STRATEGICHE, REGOLE PROCESSUALI  
E POTERI DEL GIUDICE

Teoria e pratica del diritto antidiscriminatorio del lavoro nel caso *Abercrombie Fitch*  
*di Laura Calafà*

337

Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio  
*di Olivia Bonardi, Cinzia Meraviglia*

351

La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nel dialogo tra le alte Corti  
*di Alberto Guariso*

399

La legittimazione ad agire degli enti collettivi fra esigenza di effettività e incoerenze dell'ordinamento  
*di Lisa Amoriello*

427

## NOTA DELLA CURATRICE

459

---

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE  
NEI RAPPORTI DI LAVORO ATIPICI: SPUNTI  
DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

di Cristina Alessi\*

SOMMARIO: 1. *Introduzione. Il principio di non discriminazione tra diritto europeo e diritto interno* – 2. *La struttura del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici e la questione delle giustificazioni*. – 3. *Le discriminazioni indirette sulla base della tipologia contrattuale e le discriminazioni di sesso*. – 4. *Lavoro atipico ed effetti sulla vita lavorativa: la questione dell'anzianità di servizio*. – 5. *Lavoro atipico, flessibilità e interessi dell'impresa*. – 6. *La portata del principio di non discriminazione*.

*1. Introduzione. Il principio di non discriminazione tra diritto europeo e diritto interno*

Nell'ambito della disciplina europea dei rapporti di lavoro atipici, il divieto di discriminazione assume un'importanza centrale; sia pure con alcune differenze, di cui si dirà, le direttive 99/70/Ce in materia di lavoro a tempo determinato, 97/81/Ce sul lavoro a tempo parziale e 2008/104/Ce sul lavoro temporaneo ne fanno il principale strumento di tutela dei lavoratori impegnati in rapporti di lavoro *non standard*<sup>1</sup>. Ad esso si affiancano, nelle direttive sui contratti a termine e sul lavoro temporaneo tramite agenzia, le misure volte a contrastare gli abusi che, tuttavia, richiedono per la loro operatività l'intervento dello Stato, mentre il principio di non discriminazione, così come previsto dalla clausola 4 della direttiva 97/81/Ce e della direttiva 99/70/Ce, rientra tra le previsioni *self executing*<sup>2</sup>.

---

\* Professoressa associata di Diritto del Lavoro presso l'Università di Brescia.

<sup>1</sup> La letteratura sull'argomento è considerevole. Si v., tra i molti, Aimo 2012; Alessi 2012, p. 88 ss.; Zappalà 2012, spec. p. 162 ss.; Corazza 2013; Ferrara 2012, spec. p. 138 ss.

<sup>2</sup> Si tratta di una posizione ormai consolidata nella giurisprudenza della Corte. Si v., da ultimo, per la direttiva sul lavoro a termine C. Giust. 9 febbraio 2017

L'interpretazione data dalla Corte di Giustizia al divieto di discriminazione ha contribuito a rafforzarne sia la portata che l'ambito di applicazione, con ricadute importanti sulla disciplina interna degli Stati membri. Da questo punto di vista, il principio di non discriminazione è diventato il vero perno delle direttive citate, dato anche il debole assetto delle misure antiabusive, che invece, come si vedrà, sono state in qualche caso depotenziate dalla Corte di Giustizia, pur avendo dato luogo a sentenze di grande rilievo mediatico<sup>3</sup>.

Il divieto di discriminazione è considerato una misura generale di tutela anche dal Pilastro europeo dei diritti sociali recentemente adottato dalla Commissione europea<sup>4</sup>, che «estende la garanzia della parità di trattamento oltre le tre forme di rapporto di lavoro attualmente contemplate dall'*acquis* dell'Unione (termine, *part-time* e lavoro temporaneo tramite agenzia, n.d.r.) e sancisce la parità di trattamento tra lavoratori a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro». A gettare però un'ombra su una simile affermazione è la precisazione, di poche righe successiva, secondo cui, dal momento che il Pilastro consente ai datori di lavoro la flessibilità necessaria per adattarsi ai cambiamenti del contesto economico, tra questi adattamenti può rientrare «il trattamento differenziato giustificato da fattori oggettivi». Sul punto si tornerà più avanti; si può anticipare, tuttavia, che sebbene le direttive citate prevedano già la possibilità di differenziare il trattamento dei lavoratori atipici sulla base di ragioni oggettive (da questo punto di vista, dunque, il Pilastro non sembra aggiungere nul-

(ord.), C- 443/16, *Rodrigo Sanz*, punto 55 della motivazione; per il lavoro a tempo parziale C. Giust. 22 aprile 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, punti 24 e 25 della motivazione. Si v. inoltre C. Giust. 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*, punti 35 ss. della motivazione; C. Giust. 15 aprile 2008, C-286/06, *Impact*, punti 78 ss. della motivazione.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla sentenza sui precari della scuola, che ha trovato grande eco nella stampa, ma che non appare particolarmente innovativa dal punto di vista del contenuto; più interessante, al contrario, risulta il dialogo instauratosi, proprio grazie a quella questione, tra la nostra Corte costituzionale e la Corte di Giustizia. Si v. C. Giust. 26 novembre 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri* c. *MIUR*, in *RIDL*, 2015, II, p. 309 ss. e il commento di Calafà 2015a.; C. cost. 20 luglio 2016, n. 187, in *RGL*, 2017, II, p. 4 ss. e il commento di Aimo 2017.

<sup>4</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, 26 aprile 2017, COM (2017) 250 final. Sul Pilastro si v. anche il Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il medesimo documento, 26 aprile 2017, SWD (2017) 201 final.

la di nuovo), la lettura, con la quale occorrerà confrontarsi, data dalla Corte di Giustizia alla nozione in parola sia tutt'altro che permissiva. L'aspetto più significativo del *Social Pillar* risulta però il bilanciamento tra il riconoscimento delle tutele dei lavoratori non *standard* e le aperture verso le esigenze di flessibilità delle imprese<sup>5</sup>, bilanciamento che emerge, come si cercherà di dimostrare, anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

Sull'assetto così sinteticamente delineato, infine, potrebbe avere un'incidenza di non poco conto la valutazione Refit<sup>6</sup> delle direttive in materia di lavoro a termine e lavoro a tempo parziale, annunciata dal Pilastro per i diritti sociali e prevista per la fine del 2017, della quale, tuttavia, non si trova traccia nel programma di lavoro del 25 ottobre 2016<sup>7</sup>.

Tornando al divieto di discriminazione dei lavoratori atipici, occorre dire che diversi Paesi europei lo avevano inserito nei propri ordinamenti prima dell'adozione delle direttive in materia; l'espressa previsione del divieto, tuttavia, gli ha conferito un fondamento inoppugnabile e un'ampiezza che, come risulterà dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, difficilmente può essere circoscritta dagli Stati membri. Il discorso vale senz'altro per le direttive sul *part-time* e sul lavoro a termine, mentre per il lavoro temporaneo la questione si pone in modo parzialmente diverso, sia per la base giuridica della direttiva 2008/104/Ce<sup>8</sup>, sia per la formulazione dello stesso divieto, che risulta derogabile dagli Stati membri in presenza delle condizioni stabilite dall'art 5 della direttiva.

<sup>5</sup> Nel capo II, intitolato «Condizioni di lavoro eque», si legge che «è garantita ai datori di lavoro la necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico».

<sup>6</sup> Il Programma Refit (*Regulatory Fitness and Performance Programme*) è stato lanciato dalla Commissione europea nel dicembre del 2012 (COM(2012)746) con l'intento di verificare l'adeguatezza e l'efficacia della legislazione europea e di proporre, se del caso, gli opportuni adattamenti. Il programma di lavoro sulle 10 priorità della Commissione è disponibile sul sito della Commissione europea (<https://ec.europa.eu/>).

<sup>7</sup> Si v. l'allegato II al Programma di lavoro della Commissione per il 2017, *Realizzare un'Europa che protegge, dà forza e difende*, COM(2016) 710 final.

<sup>8</sup> La direttiva 2008/104/Ce è stata adottata nella forma dell'art. 251 del Trattato CE (ora art. 294 TFEU), che disciplina la procedura legislativa ordinaria, dopo il fallimento di una lunga fase di negoziazione apertasi già negli anni novanta sulla base del Protocollo sulla Politica Sociale allegato al Trattato di Maastricht. Ciò ha portato a una fase altrettanto lunga di trattative tra gli Stati membri che ha avuto ad oggetto, tra l'altro, proprio la previsione del principio di parità di trattamento. Su questi aspetti si v. Ferrara 2014, spec. p. 114 ss.

In Italia fino al 2000 il principio di parità risultava espressamente previsto per il lavoro a termine<sup>9</sup>, mentre per il *part-time* poteva ricavarsi dalle previsioni della legge<sup>10</sup>. Per il lavoro temporaneo tramite agenzia il diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei lavoratori dell'utilizzatore è stato espressamente riconosciuto solo dal d.lgs. n. 276/2003, mentre nel vigore del Pacchetto Treu la legge sembrava riconoscere solo il diritto allo stesso trattamento retributivo<sup>11</sup>. Il percorso che ha portato all'attuale formulazione del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici ha visto, dopo l'approvazione delle direttive del 1997 e del 1999, un susseguirsi ininterrotto di riforme del lavoro *non standard*, per la verità più volte a introdurre ulteriori dosi di flessibilità nella disciplina legale che ad intervenire sul principio di parità di trattamento, che in effetti non è stato toccato fino all'ultima riforma di cui al d.lgs. n. 81/2015, uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*.

Nella riforma delle tipologie contrattuali atipiche, il legislatore ha colto l'occasione anche per riscrivere alcune delle previsioni in materia di parità di trattamento, in particolare per il *part-time* (art. 7, d.lgs. n. 81/2015), per il contratto a termine (art. 25, d.lgs. n. 81/2015), per il lavoro intermittente (art. 17, d.lgs. n. 81/2015) e per la somministrazione di lavoro (art. 35, d.lgs. n. 81/2015).

In alcuni casi la revisione ha comportato un miglioramento della previsione, come è avvenuto nel caso della somministrazione; in precedenza, infatti, il d.lgs. n. 276/2003 prevedeva, all'art. 23, che i lavoratori somministrati avessero diritto, per tutta la durata della missione, «a condizioni di base di lavoro e di occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore», mentre l'art. 35 del d.lgs. n. 81/2015 elimina (correttamente) la locuzione «di base» e fa ri-

<sup>9</sup> Lo prevedeva l'art. 5 della legge n. 230/1962, con una formulazione molto ampia: «Al prestatore di lavoro, con contratto a tempo determinato, spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori regolamentati con contratto a tempo indeterminato, in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine».

<sup>10</sup> In particolare dalle previsioni in tema di retribuzione oraria contenute nell'art. 5 della legge n. 863/84. Sul punto si v. Brollo 1991, p. 55 ss.

<sup>11</sup> La legge n. 196/1997 (c.d. Pacchetto Treu), che ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento il lavoro temporaneo tramite agenzia, riconosceva all'art. 4 il diritto del lavoratore inviato in missione alla medesima retribuzione dei dipendenti dell'utilizzatore. In dottrina si discuteva dell'estensione di detto diritto anche al trattamento normativo. Sul punto si v. Alessi 1998, p. 1216 ss.; Bonardi 2001, p. 252.

ferimento alle condizioni «economiche e normative» applicate ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, ampliando così considerevolmente l'ambito di applicazione del principio paritario, anche rispetto a quanto stabilito dalla direttiva 2008/104/Ce<sup>12</sup>.

La riforma ha riguardato aspetti tutto sommato non essenziali, invece, nel caso del contratto a termine<sup>13</sup>, mentre nel caso del *part-time* il discorso è più complesso. La nuova previsione non riproduce più l'elencazione che nell'art. 25, comma 2, del d.lgs. n. 61/2000 serviva ad individuare gli elementi da riproporzionare in ragione della durata della prestazione lavorativa, come la retribuzione globale o l'importo della retribuzione feriale, e gli elementi che, al contrario, non dovevano essere ricalcolati, come l'importo della retribuzione oraria o la durata del periodo di prova. In più, la norma stabilisce che i contratti collettivi possono modulare la durata del periodo di prova, del periodo di preavviso in caso di licenziamento o di dimissioni e del periodo di conservazione del posto di lavoro in caso di malattia o infortunio in relazione all'articolazione dell'orario di lavoro, con una previsione che desta qualche dubbio di legittimità, specie in relazione al preavviso di licenziamento<sup>14</sup>. Oggi dunque per tutti i trattamenti economici e normativi occorrerà valutare caso per caso la necessità di riproporzionamento; una linea guida potrebbe essere quella, proposta in dottrina, collegata al rapporto di corrispettività, per cui possono essere ridotti proporzionalmente i diritti derivanti dalla dimensione corrispettiva del rapporto di lavoro, ma non quelli che attengono alla tutela della persona del lavoratore<sup>15</sup>. Anche in questo caso, comunque, alcune indicazio-

<sup>12</sup> Aimo 2015, p. 642 ss.

<sup>13</sup> L'art. 25 stabilisce che «al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili», salva l'obiettivo incompatibilità con la natura del contratto a termine, mentre in precedenza l'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001 precisava che al lavoratore a termine spettavano «le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il Tfr e ogni altro trattamento in atto nell'impresa» per i lavoratori a tempo indeterminato comparabili, salva sempre l'obiettivo incompatibilità con la natura del contratto a tempo determinato. Sembra evidente che il fatto che le ferie, la tredicesima e il Tfr non siano più espressamente menzionati non significa che non siano più dovuti, dal momento che rientrano nel trattamento economico e normativo in atto nell'impresa. Sul punto si v. Altamari 2016, p. 72 ss.; Pandolfo, Passalacqua 2016, p. 138 ss.

<sup>14</sup> Sul punto si v. Bavaro 2015, p. 220 ss.

<sup>15</sup> Bavaro 2015, p. 222. In relazione all'art. 4 del d.lgs. n. 61/2000, in dottrina si è proposto di distinguere tra trattamenti economici (riproporzionabili) e norma-

ni potranno ricavarsi dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale precedente, nonché delle previsioni dei contratti collettivi.

La derivazione del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici dalle direttive citate, invero, impone di guardare alla disciplina interna con gli occhiali forniti dall'elaborazione della Corte di Giustizia europea anche in materia di discriminazioni sulla base del sesso<sup>16</sup>, perché alcune nozioni e alcune strutture sono certamente riprese dalla ormai alluvionale giurisprudenza della Corte in materia, come si avrà modo di vedere.

## 2. La struttura del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici e la questione delle giustificazioni

Dalle previsioni delle direttive in materia di lavoro atipico e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si ricava anzitutto che la struttura del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici è quella della discriminazione *diretta*. I lavoratori atipici cioè non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori *standard* comparabili per il solo fatto di essere titolari di un rapporto di lavoro atipico. Quanto detto vale senz'altro per i lavoratori a termine e per i lavoratori *part-time*, per i quali in effetti il tenore delle clausole 4 delle due direttive (99/70/Ce e 97/81/Ce) è pressoché identico; per i lavoratori temporanei tramite agenzia la questione si pone in termini parzialmente diversi, dal momento che per essi la parità investe solo le «condizioni base di lavoro e di occupazione» e che la direttiva 2008/104/Ce consente agli Stati membri, a date condizioni, di «stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e di occupazione» in deroga al principio di non discriminazione<sup>17</sup>. Bisogna dire, però, che l'ordinamento italiano non ha fatto uso di tale possibilità di deroga, perciò da questo punto di vista i divieti continuano ad avere la stessa struttura e lo stesso ambito di applicazione nonché, come si vedrà tra poco, una portata rafforzata rispetto alle direttive.

tivi (non riproporzionabili): si v. Alaimo 2001, p. 75 ss., ma una simile regola, come si vedrà, se applicata meccanicamente, può portare a risultati discutibili, come nel caso degli assegni per i figli a carico. Si v. *infra*, par. 6. Secondo Calafà 2015b, p. 113, il vecchio testo dell'art. 4 d.lgs. n. 61/2000 potrà servire da riferimento nei casi dubbi.

<sup>16</sup> Un approccio di questo tipo si trova in De Simone 2004.

<sup>17</sup> Aimo 2015, p. 643 ss.

Eventuali trattamenti differenziati dei lavoratori atipici, però, possono essere giustificati sulla base di *ragioni oggettive*. Per il lavoro temporaneo tramite agenzia questa precisazione nella direttiva non è riprodotta, ma il divieto è derogabile, come si è appena visto.

La previsione della giustificabilità delle differenze di trattamento basate direttamente sulla tipologia del rapporto di lavoro costituisce un elemento differenziale rispetto alla classica ricostruzione della discriminazione diretta (sulla base del sesso) come nozione insuscettibile di giustificazioni, ma rispetto alla quale possono essere previste eccezioni<sup>18</sup>. Non si tratta, a dire il vero, di una grande novità, dal momento anche il divieto di discriminazione (diretta) sulla base dell'età prevede la possibilità di giustificazione<sup>19</sup>, ma senza dubbio questo è un profilo delicatissimo della disciplina; non a caso la Corte di Giustizia guarda con grande attenzione alle ragioni addotte per giustificare le differenze di trattamento tra lavoratori tipici e atipici. Nelle sentenze in materia di parità di trattamento, in particolare, la Corte ha più volte precisato la nozione di «ragioni oggettive», svolgendo uno scrutinio molto simile a quello che la Corte effettua quando giudica della conformità al diritto Ue delle eccezioni al divieto di discriminazione diretta sulla base del sesso. Secondo una formula che rappresenta ormai una sorta di *mantra* nelle sentenze della Corte, le disparità di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* possono essere giustificate solo «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»<sup>20</sup>.

La questione è, come si diceva, molto delicata proprio perché è sulla base della nozione di ragioni oggettive che si misura la tenuta della tutela garantita ai lavoratori atipici dal diritto europeo e da quello nazionale. Come suggerisce il titolo del libro, nell'era del diritto derogabile è pro-

<sup>18</sup> Barbera 1991, p. 201 ss.; Izzi 2005, p. 37 ss.; Guaglianone 2007, p. 272 ss.

<sup>19</sup> Sulle discriminazioni sulla base dell'età si v. Bonardi 2007.

<sup>20</sup> Si v., tra le tante, C. Giust. 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, in *Racc.*, 2011, p. I-07907, punto 73 della motivazione, per il contratto a tempo determinato; in termini analoghi C. Giust. 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien*, in *FI*, 2012, IV, c. 247 ss., punto 64 della motivazione, per il contratto di lavoro a tempo parziale.

prio la possibilità di giustificare le deviazioni da tale principio che rischia di mettere in crisi l'impianto di tutela dei lavori atipici così faticosamente costruito. Come si cercherà di dimostrare, infatti, dal punto di vista del diritto europeo il divieto di discriminazione costituisce la principale (se non l'unica) forma di tutela effettiva, se comparata al debole assetto delle misure antiabusive, lasciate all'ampia discrezionalità degli Stati membri e peraltro previste solo per i rapporti atipici caratterizzati dal termine di durata, e delle altre forme di tutela «minori», come il principio di volontarietà nel *part-time*<sup>21</sup>.

Come si è detto, la Corte di Giustizia (non da ora) ha considerato con particolare rigore le deroghe al principio di parità tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*. Nelle numerose sentenze pronunciate sull'argomento la Corte ha precisato che le ragioni oggettive «possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti alle mansioni stesse o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro»<sup>22</sup>; a tal proposito ha anche escluso che sia sufficiente a giustificare la disparità di trattamento che questa sia prevista «da una norma interna generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo»<sup>23</sup>. Anche le giustificazioni basate su ragioni di politica sociale o economica devono essere guardate con grande attenzione, dal momento che la Corte di Giustizia ha da molto tempo cominciato a dire, con riguardo alle discriminazioni sulla base del sesso, che semplici affermazioni generiche circa l'idoneità di un determinato provvedimento a incrementare l'occupazione non possono considerarsi idonee a consentire di derogare ai divieti di discriminazione<sup>24</sup>. Una simile posizione non può che essere ripresa anche con

<sup>21</sup> La portata di detto principio, valorizzato dalla dottrina (si v. Delfino 2004; Calvellini 2016), è stata molto circoscritta dalla Corte di Giustizia nell'unica sentenza che si è occupata espressamente della questione. Si v. C. Giust. 15 ottobre 2014, C-221/13, *Mascellani*, in *RIDL*, 2015, II, p. 357 ss., con nota di Delfino 2015, cui si rinvia per approfondimenti.

<sup>22</sup> C. Giust. 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*, punto 55 della sentenza.

<sup>23</sup> C. Giust. 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, punto 72 della motivazione; da ultimo C. Giust. 9 febbraio 2017 (ord.), C-443/16, *Rodrigo Sanz*, punto 42 della motivazione.

<sup>24</sup> C. Giust. 9 febbraio 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, punto 76 della sentenza: «semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti né a far ri-

riferimento alle discriminazioni sulla base della tipologia contrattuale; è appena il caso di ricordare che proprio l'obiettivo di incrementare l'accesso al lavoro (specie dei giovani) è stato spesso utilizzato (anche) dal legislatore italiano come giustificazione per l'abbassamento dei livelli di tutela<sup>25</sup>. In questo senso si muove già, del resto, la Corte di Giustizia, anche in relazione ai lavori atipici. In un caso in cui la disparità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori *standard* era stata giustificata con ragioni di bilancio, connesse «all'attuazione dell'imperativo di gestione rigorosa del personale», la Corte non ha esitato a censurare la normativa interna per violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato<sup>26</sup>.

Il nostro ordinamento, peraltro, ha adottato una formulazione rigorosa dei divieti di discriminazione nei lavori atipici (artt. 7, 17, 25, 35 del d.lgs. n. 81/2015), non prevedendo possibilità di deroga (neppure per la somministrazione di lavoro) in presenza di ragioni oggettive. L'unica previsione espressa è quella relativa al riproporzionamento dei trattamenti legati alla durata del rapporto di lavoro o alla riduzione dell'orario, in altre parole l'applicazione del principio *pro-rata temporis*, che costituisce però espressione del principio paritario<sup>27</sup>, anche se la Corte di Giustizia lo inserisce tra le ragioni oggettive che giustificano un trattamento differenziato<sup>28</sup>. Si potrebbe sostenere che la nozione di discriminazione, essendo ricavata dalle direttive europee in materia di lavori atipici, comprende in sé la possibilità di giustificare le deroghe, anche là dove manchi la previsione espressa nella normativa di trasposizione. In verità, proprio l'assenza del richiamo espresso potrebbe ritenersi indice del fatto che lo Stato membro ha inteso escludere detta possibilità, introducendo perciò una normativa di miglior favore rispetto alle prescrizioni delle direttive.

sultare che l'obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che il detto provvedimento sia idoneo a contribuire alla realizzazione di detto obiettivo».

<sup>25</sup> Sul punto si rinvia ad Alessi 2015, p. 307 ss. e ivi ulteriori riferimenti.

<sup>26</sup> C. Giust. 22 aprile 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat*, punti 43 e 44 della motivazione.

<sup>27</sup> Si v., in relazione al *part-time*, Altimari 2016, p. 73

<sup>28</sup> Si v., ad es., C. Giust. 13 giugno 2013, C-415/12, *Brandes*, punto 31 della motivazione; C. Giust. 8 novembre 2012, C-229/11 e C-230/11, *Heimann e Toltschin*, punto 34 della motivazione.

Per queste ragioni, si può ritenere che nel nostro ordinamento non sia ammissibile una deroga al principio di non discriminazione neppure da parte della contrattazione collettiva; una simile conclusione vale anche per la contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, conv. in legge n. 148/2011, che abilita la contrattazione aziendale, alle condizioni stabilite dalla medesima norma, a derogare alle disposizioni di legge e di contratto collettivo in numerose materie, tra cui i contratti di lavoro flessibili<sup>29</sup>. Sulla previsione in parola, com'è noto, sono stati spesi fiumi di inchiostro; in questa sede si può solo sottolineare come il suo rilievo cominci a declinare, almeno per quanto riguarda le tipologie contrattuali flessibili (ma non solo), alla luce della norma dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, tant'è che qualcuno ha parlato di un'abrogazione tacita della famigerata norma<sup>30</sup>. Nonostante tutto, però, l'art. 8 continua ad aleggiare nel nostro ordinamento e un banco di prova, nella materia *de qua*, potrebbero essere proprio gli spazi lasciati liberi dall'art. 51, norma che si avvia a diventare il modello generale di disciplina dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva<sup>31</sup>. Quest'ultima previsione legittima, parificandone l'efficacia, i contratti aziendali e quelli nazionali a intervenire in funzione integrativa/derogatoria rispetto alla legge ogni volta che vi sia un rinvio ai contratti collettivi senza altra specificazione. In questi casi non pare si possa dubitare del fatto che il contratto (anche) aziendale possa derogare alla legge tanto in senso migliorativo quanto in senso peggiorativo, di talché nelle materie oggetto di rinvio non è più necessario ricorrere all'art. 8.

La questione si pone invece nei casi in cui la legge rinvia espressamente alla sola contrattazione di livello nazionale oppure non rinvia affatto ai contratti collettivi, come avviene per la materia che ci interessa. Nella prima situazione si può ritenere che il rinvio alla contrattazione nazionale serva ad escludere che la disciplina possa essere oggetto di modifica a livello aziendale anche sulla base dell'art. 8, proprio perché il legislatore ha ritenuto necessaria una regolamentazione uniforme a livello nazionale<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Sul ruolo della contrattazione collettiva *ex art. 8* nella disciplina del lavoro a termine e della somministrazione si v. Bollani 2013.

<sup>30</sup> Brollo 2015, p. 74 ss. in relazione alla nuova disciplina dello *jus variandi*; *contra* Alvino 2016, p. 661 ss.

<sup>31</sup> In tal senso Alvino 2016, p. 657 ss.

<sup>32</sup> Sul punto si rinvia ad Alessi 2014, p. 98 ss. Secondo Recchia 2015, p. 125 l'art. 8 mantiene comunque un ruolo nelle ipotesi in cui la legge rinvia al solo contratto nazionale o nei casi in cui le norme non prevedono alcun rinvio alla contrattazione collettiva.

Nella seconda ipotesi, non solo manca del tutto il rinvio alla contrattazione collettiva, ma la materia non è neppure disciplinata dalla legge. La questione diventa allora comprendere se un contratto collettivo di prossimità sia autorizzato a prevedere che il principio di non discriminazione dei lavoratori atipici possa essere derogato in presenza di ragioni oggettive. La risposta negativa può ricavarsi dalla formulazione dell'art. 8, comma 2, là dove stabilisce che le specifiche intese possono riguardare «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento», fra l'altro, ai contratti di lavoro atipico (lett. c). Una simile formulazione sembra attagliarsi alle questioni relative alla percentuale di contingentamento, alla durata, ai periodi di stacco tra un contratto e l'altro, alla flessibilità dell'orario nel *part-time*, ma non può essere letta come un'autorizzazione ad intervenire sulla nozione di discriminazione così come delineata dal legislatore. Alla luce delle osservazioni appena svolte, non può che concludersi per l'inapplicabilità alle discriminazioni sulla base della tipologia contrattuale, nel nostro ordinamento, della possibilità di deroga sulla base di ragioni oggettive, al di là dell'applicazione del principio *pro-rata temporis* per il quale vi è l'espressa previsione legislativa. Sul punto, come si è visto, non può intervenire né la contrattazione collettiva *ex art. 51* d.lgs. n. 81/2015, perché manca il rinvio da parte della legge, né la contrattazione di prossimità di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011.

### 3. Le discriminazioni indirette sulla base della tipologia contrattuale e le discriminazioni di sesso

Come si è visto, la struttura del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici è quella della discriminazione diretta, con il "correttivo" dato dalla possibile giustificazione della disparità di trattamento sulla base di ragioni oggettive. Una prima questione che può porsi è se nel divieto ricadano anche le discriminazioni *indirette* sulla base della tipologia contrattuale.

Discriminazioni di questo tipo possono senz'altro verificarsi, ad esempio quando per la determinazione dei trattamenti spettanti ai lavoratori si utilizzino criteri come l'anzianità di servizio o l'orario di lavoro. Che nel divieto di discriminazione ricadano anche le discriminazioni indirette si ricava pianamente, a tacer d'altro, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha ricostruito la nozione di discriminazione indiretta a

partire dal generale divieto di discriminazione, giurisprudenza che ha condotto all'introduzione della suddetta nozione nelle direttive più recenti in materia antidiscriminatoria<sup>33</sup>. Le direttive sui lavori atipici sembrano riferirsi esclusivamente alle discriminazioni dirette perché la formulazione del divieto di discriminazione è molto diversa, dal momento che il divieto si ricava dall'imposizione di un obbligo di riservare ai lavoratori atipici lo stesso trattamento (o un trattamento non inferiore) riconosciuto ai lavoratori *standard*. Si tratta cioè di una nozione costruita *a partire* dall'applicazione del principio di parità di trattamento e non il contrario, come avviene negli altri casi. Ciò non toglie che valga per il lavoro atipico la stessa tutela prevista per tutti gli altri fattori di discriminazione, come è dimostrato, tra l'altro, proprio dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha utilizzato per le discriminazioni sulla base della tipologia contrattuale l'elaborazione pluridecennale formatasi in materia di discriminazioni sulla base del sesso<sup>34</sup>.

Se è così, dunque, occorre anche chiedersi se il divieto di discriminazione indiretta porti con sé anche la possibilità di giustificazione delle differenze di trattamento indirettamente fondate sulla tipologia contrattuale. In altre parole, l'utilizzo di un criterio come l'anzianità di servizio (per i lavoratori a termine) o l'ammontare complessivo dell'orario di lavoro (per il *part-time*) può essere giustificato da una ragione oggettiva? Se si guarda alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di discriminazioni indirette la risposta deve essere positiva, dal momento che la Corte ha sempre ritenuto che la nozione di discriminazione indiretta contenga in sé anche la possibilità di giustificare con una ragione oggettiva l'impatto differenziato di un criterio, una prassi o un provvedimento apparentemente neutro<sup>35</sup>. Bisogna però sottolineare che tali ragioni, come si è già visto, devono essere tutt'altro che generiche, ma presentare i caratteri della necessità e della proporzionalità e dell'idoneità al conseguimento dell'obiettivo, come si è visto sopra. Anche dal punto di vista della natura delle giustificazioni è importante precisare che le ragioni che un

<sup>33</sup> Si v. la sentenza che costituisce una sorta di *leading case* nella giurisprudenza della Corte: CgCe 31 marzo 1981, C-96/80, *Jenkins*. In dottrina Barbera 1991, p. 103 ss.; Izzi 2005, p. 25 ss.; Guaglianone 2007, p. 267 ss.

<sup>34</sup> In senso contrario Brameshuber 2016, p. 53.

<sup>35</sup> Si v. Guaglianone 2007, p. 277 ss., che sottolinea come gli elementi di giustificazione siano parte integrante della nozione di discriminazione indiretta. Si v. anche Izzi 2005, p. 125 ss.

tempo la Corte riteneva idonee a giustificare un trattamento differenziato tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*, come l'obiettivo di disincentivare il lavoro a orario ridotto<sup>36</sup> o, al contrario, di renderlo maggiormente attraente per i datori di lavoro<sup>37</sup>, oggi non possono certo considerarsi accettabili, proprio alla luce dell'espresso divieto di discriminazione sulla base della tipologia contrattuale. Le sentenze richiamate si riferiscono, infatti, a un periodo nel quale non esisteva un simile divieto e la Corte giungeva a censurare le scelte nazionali o i provvedimenti datoriali relativi ai lavoratori atipici solo là dove potesse riscontrare una violazione del divieto di discriminazione (indiretta) sulla base del sesso, come è avvenuto per il lavoro a tempo parziale, o sulla base della nazionalità, come è successo per il lavoro a termine dei lettori di lingua straniera<sup>38</sup>.

Proprio la previsione espressa del divieto ha fatto venir meno l'esigenza di ricorrere, per la censura delle differenze di trattamento tra lavoratori a seconda della tipologia del rapporto di lavoro, al divieto di discriminazione (indiretta) sulla base del sesso che la Corte di Giustizia ha utilizzato a piene mani in relazione al contratto di lavoro a tempo parziale. Ciò, da un lato, aiuta ad includere nell'area protetta anche i rapporti di lavoro per i quali risulta meno evidente (se non del tutto assente) lo squilibrio nella presenza di uomini e donne (come nel lavoro a termine e nel lavoro temporaneo), dall'altro evita di dover necessariamente ricorrere a dati statistici, che in qualche caso la Corte non ha ritenuto utili a far considerare esistente una discriminazione tra uomini e donne. Nel caso *Cachaldora Fernandez*, ad esempio, la Corte non ha ritenuto pertinenti i dati statistici forniti al giudice del rinvio per ritenere sussistente una discriminazione indiretta sulla base del sesso<sup>39</sup>.

Resta da chiedersi, alla luce delle osservazioni appena svolte, se residuino ipotesi in cui ha ancora senso il ricorso al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso per tutelare i lavoratori atipici dopo la previsione espressa del divieto di discriminazione sulla base della tipologia contrattuale. Non si può escludere, infatti, che si presentino occasioni nelle quali risulti utile (se non addirittura necessario) il ricorso al divieto di discriminazione (indiretta) sulla base del sesso o di fattori diversi dalla

<sup>36</sup> Sul punto si v. le osservazioni di Zappalà 2009, p. 322 ss.

<sup>37</sup> C. Giust. 14 dicembre 1995, C-317/93, *Nolte*, in *Racc.*, 1995, I, 04695.

<sup>38</sup> Sulla questione dei lettori si v. Mattone 2008 e Varvaro 2009.

<sup>39</sup> C. Giust. 14 aprile 2015, C-527/13, *Calchadora Fernandez*. Sul punto v. però le osservazioni di Bonardi e Meraviglia in questo volume.

tipologia contrattuale per censurare trattamenti svantaggiosi nei confronti dei lavoratori atipici<sup>40</sup>. In effetti, impostazioni di questo tipo cominciano ad emergere nelle sentenze della Corte di Giustizia; nella recentissima sentenza *Kleinsteuber*, la Corte ha dovuto affrontare questioni riguardanti presunte disparità di trattamento sulla base della tipologia contrattuale, del sesso e dell'età<sup>41</sup>.

Vi sono casi, invero, in cui il confronto con i lavoratori a tempo pieno e/o indeterminato potrebbe non consentire di ritenere sussistente una discriminazione sulla base della tipologia contrattuale, come avviene quando la disparità di trattamento si verifica tra lavoratori tutti titolari di contratti di lavoro atipico, ad esempio tra lavoratori a *part-time* verticale e orizzontale. Nel caso *Bruno e Pettini*, ad esempio, l'avv. generale Sharpston aveva rilevato come la disparità di trattamento (in quel caso si trattava del calcolo dell'anzianità di servizio) non si realizzasse tanto tra lavoratori *part-time* e lavoratori a tempo pieno, quanto tra lavoratori *part-time* orizzontali e verticali e aveva invitato la Corte a censurare tali differenze non tanto in forza della clausola 4 della dir. 97/81/Ce, quanto sulla base del principio generale di uguaglianza<sup>42</sup>. La Corte, probabilmente volendo evitare di ricadere nella stessa situazione creatasi dopo *Mangold*<sup>43</sup>, non ha ritenuto di seguire le indicazioni dell'avv. generale e ha ricondotto la situazione nei più sicuri binari dell'art. 4, comparando il trattamento riservato ai lavoratori a *part-time* verticale con quello dei lavoratori a tempo pieno, utilizzando un diverso termine di riferimento<sup>44</sup>.

In altre pronunce, stavolta relative al lavoro a tempo determinato, la Corte ha precisato *expressis verbis* che, in primo luogo, «i principi della

parità di trattamento e di non discriminazione fanno parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione» ma che essi si applicano agli Stati membri «esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione» e che, in secondo luogo, «le eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato [...] non sono soggette al principio di non discriminazione sancito dall'accordo quadro»<sup>45</sup>. Affermazioni come queste, che si trovano ormai frequentemente nelle decisioni in materia di divieti di discriminazione, sembrano contrastare l'idea che il principio di uguaglianza possa funzionare come leva di Archimede per scardinare le competenze dell'Ue<sup>46</sup>, almeno per quanto riguarda i lavori atipici. Per le discriminazioni sulla base dei fattori espressamente individuati nelle direttive più recenti, infatti, è vero che la Corte è giunta ad affermazioni come quelle contenute nella sentenza *Test Achats*, nella quale le stesse previsioni di una direttiva sono state dichiarate invalide per contrasto con gli artt. 21 e 23 della Carta<sup>47</sup>, ma la giurisprudenza in materia è spesso ondivaga e incerta, come segnalato in dottrina<sup>48</sup>. Sull'affermazione dell'esistenza di un generale divieto di discriminazione sulla base della tipologia contrattuale come principio fondamentale pesano senz'altro l'assenza di una precisa definizione del suddetto divieto, il fatto che esso si basi su una caratteristica non legata alla persona del lavoratore, come si vedrà, e la mancata inclusione espressa della discriminazione sulla base della tipologia contrattuale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue. Quanto a quest'ultimo profilo, però, si può ricordare che l'elenco dei fattori di discriminazione è solo esemplificativo, dal momento che esso è preceduto dalla precisazione «in particolare»<sup>49</sup>. La qualità di lavoratore atipico, inoltre, ha in comune con gli altri fattori di discriminazione il fatto di identificare una categoria sociale sottoprotetta e bisognosa

<sup>40</sup> È quanto sostiene, condivisibilmente, Aimo 2015, p. 638.

<sup>41</sup> C. Giust. 13 luglio 2017, C-354/16, *Kleinsteuber*.

<sup>42</sup> Conclusioni dell'avv. generale E. Sharpston nelle cause riunite C-395/08 e C-396/08, *Bruno e Pettini*, spec. punti 119 ss.

<sup>43</sup> Com'è noto, in *Mangold* la Corte di Giustizia ha affermato che il divieto di discriminazione sulla base dell'età poteva applicarsi all'interno degli Stati membri anche prima della scadenza del termine per il recepimento della direttiva 2000/78/Ce in quanto espressione del principio generale di non discriminazione. La posizione è stata però parzialmente rivista nelle sentenze successive. Sulla complessa questione si v. Peruzzi 2009, p. 105 ss.

<sup>44</sup> La Corte ha cioè considerato discriminatorio calcolare l'anzianità utile ai fini della pensione sulla base delle sole settimane effettivamente lavorate (criterio applicato dall'Inps) invece che sulla base della durata del rapporto di lavoro, comprendendo cioè anche le settimane non lavorate nel *part-time* verticale. Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte in Alessi 2010, p. 975 ss.

<sup>45</sup> C. Giust. 11 novembre 2010 (ord.), C-20/10, *Vino I*, punti 52 e 57; C. Giust. 22 giugno 2011, C-161/11, *Vino II*, punti 21 e 28. Sul punto si v. anche Aimo 2012, p. 156 ss.; Borelli 2007, p. 123 ss.

<sup>46</sup> Barbera 2007, p. XL; Bonardi 2010, p. 56 ss.

<sup>47</sup> C. Giust. 1° marzo 2011, C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*, punti 32 e 33 della motivazione. Sulla sentenza si v. Bonardi, Calafà 2012, p. 831 ss.

<sup>48</sup> Barbera 2014, p. 388 ss.

<sup>49</sup> Lo ricorda Barbera 2014, p. 391 ss. Neppure le spiegazioni della Carta dei diritti fondamentali elaborate dal *Praesidium*, che pure hanno lo scopo di limitare la portata dell'art. 21, sembrano contrastare con questa interpretazione. Sul punto v. i contributi di Barbera e Lassandari in questo volume.

di tutela<sup>50</sup>, come dimostra del resto, a tacer d'altro, la letteratura in materia<sup>51</sup>. L'appartenenza al novero dei lavoratori atipici, infatti, produce effetti di svantaggio non solo nell'ambito del rapporto di lavoro, ma anche nella dimensione sociale. Si pensi alle maggiori difficoltà nell'accesso al credito e all'alloggio, ad esempio. Si tratta di una situazione che incide, esattamente come avviene per altri fattori di discriminazione, sulla effettiva partecipazione dei lavoratori precari alla dimensione sociale, politica ed economica dello Stato, in una parola sulla cittadinanza<sup>52</sup>.

Questo fattore di discriminazione, dunque, pur peculiare per le ragioni che si diranno tra poco, ha in comune con gli altri il fatto di segnare la persona che lo possiede con uno stigma sociale che incide sulla sua dignità; da questo punto di vista, l'inclusione del diritto a non essere discriminato sulla base della tipologia contrattuale tra i diritti fondamentali non dovrebbe trovare ostacoli di sorta.

#### 4. Lavoro atipico ed effetti sulla vita lavorativa: la questione dell'anzianità di servizio

La condizione di lavoratore atipico, come si è accennato, è uno dei pochi fattori di discriminazione che non si basa su un elemento costitutivo della personalità del soggetto protetto o su una caratteristica biologica, ma su un dato collegato a un fatto oggettivo, cioè la titolarità di un rapporto di lavoro diverso da quello *standard*. Questo aspetto rende tale fattore molto peculiare, dal momento che la sua presenza dipende da vari elementi, alcuni legati anche a una scelta del lavoratore (che tuttavia non può dirsi, nella maggior parte dei casi, volontaria<sup>53</sup>), il che costituisce una differenza rispet-

<sup>50</sup> Su questi aspetti si v. De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7; Zappalà 2012, p. 165 ss.; Berg 2016, p. 5 ss.

<sup>51</sup> Si v. almeno Sennet 1999; Gallino 2014; per una prospettiva diversa si v., tra gli altri, Mattina 2010.

<sup>52</sup> In questo senso si v., in generale, le osservazioni di Standing 2015. Sul fatto che la tutela antidiscriminatoria dei lavoratori atipici serva a rimediare agli svantaggi che colpiscono i soggetti a rischio di emarginazione sociale si v. Roccella 2006, p. 108 ss.; Borelli 2007, p. 179 ss.

<sup>53</sup> Gli studi in materia dimostrano che una elevata percentuale di lavoratori accetta un contratto di lavoro atipico in mancanza di una diversa soluzione. si v. il rapporto dell'Ilo 2016, p. 57 ss. che mostra come le percentuali di lavoro temporaneo involontario siano cresciute in quasi tutti i Paesi europei considerati tra il 2007

to agli altri fattori legati a scelte personali, come l'orientamento politico o sindacale, le opinioni personali etc.<sup>54</sup>. Detta condizione è dunque reversibile e può ripresentarsi più volte nel percorso lavorativo; in proposito occorre segnalare che la protezione offerta dalle direttive si proietta su tutta la vita lavorativa del soggetto e si dispiega anche quando il lavoratore è stato ingaggiato con un contratto di lavoro *standard* ogni qual volta la sua passata condizione di atipico possa venire in considerazione per la determinazione dei trattamenti cui il lavoratore ha diritto<sup>55</sup>. I casi più noti in cui si è verificata una situazione di questo tipo sono, ad esempio, quelli relativi al criterio di calcolo dell'anzianità di servizio dei lavoratori a termine, assunti poi dallo stesso datore di lavoro (in genere pubblico) a tempo indeterminato, ai fini della progressione di carriera o della determinazione del livello della retribuzione. La Corte di Giustizia ha spesso censurato la legislazione nazionale che consentiva di non considerare nell'anzianità dei lavoratori stabili del pubblico impiego i periodi di lavoro svolti in precedenza come lavoratori a termine. In un caso riguardante l'Italia, ad esempio, la Corte ha ritenuto che i periodi di servizio svolti da un lavoratore a tempo determinato devono essere considerati nell'anzianità di servizio dello stesso dipendente al momento dell'immissione in ruolo a seguito di una procedura di stabilizzazione, anche se ciò produce «discriminazioni alla rovescia»<sup>56</sup> a dan-

e il 2014 e come la media si collochi comunque sopra il 60% del numero dei lavoratori (con punte quasi del 90% a Cipro e in Turchia). Anche il *part-time* involontario è cresciuto nello stesso periodo, pur se le percentuali sono più basse, il che è dovuto anche al fatto che le donne spesso scelgono il *part-time* per far fronte a esigenze di cura (si v. i dati a p. 79 e ss. del rapporto). Si v. anche, in tema, il rapporto Eurofound 2017, spec. 7 ss; Green, Livanos 2017, p. 180 ss. Sul principio di volontarietà del *part-time* si v. Delfino 2008; Calvellini 2016.

<sup>54</sup> Su questi profili si v. Aimo 2007.

<sup>55</sup> La Corte lo ha affermato a chiare lettere nelle sentenze in cui si discuteva del riconoscimento dell'anzianità lavorativa acquisita attraverso una pluralità di contratti a termine da parte di lavoratori assunti in seguito a tempo indeterminato. Secondo la Corte « il semplice fatto che le ricorrenti nei procedimenti principali abbiano acquisito la qualità di lavoratrici a tempo indeterminato non esclude la possibilità per loro di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro»: si v. C. Giust. 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza et al.*, punto 34 della motivazione; v. C. Giust. 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, punto 41 della motivazione.

<sup>56</sup> Secondo la difesa dello Stato italiano, la previsione che escludeva dal computo dell'anzianità di servizio i periodi svolti con contratto a tempo determinato do-

no dei dipendenti assunti in ruolo al superamento di un concorso pubblico. Secondo la Corte, infatti, «una siffatta esclusione totale e assoluta è intrinsecamente fondata sulla premessa generale secondo cui la durata indeterminata del rapporto di lavoro di alcuni dipendenti pubblici giustifica di per sé stessa una diversità di trattamento rispetto ai dipendenti pubblici assunti a tempo determinato, svuotando così di sostanza gli obiettivi della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro»<sup>57</sup>.

È evidente che in questi casi la Corte effettua una comparazione guardando non alla situazione in cui si trova il lavoratore al momento in cui viene in considerazione una differenziazione di trattamento (la stabilizzazione del rapporto confrontata con l'immissione in ruolo a seguito di concorso), ma a quella pregressa. Nella sentenza *Rosado Santana*, per esempio, la Corte di Giustizia ha svolto esattamente questa considerazione, là dove ha osservato che «la sola circostanza che il ricorrente nella causa principale abbia acquisito la qualità di dipendente pubblico di ruolo [...] non esclude che abbia la possibilità di avvalersi, in talune circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro», specificando che ritenere diversamente «porterebbe a un'interpretazione eccessivamente restrittiva» della clausola di parità «contraria alla giurisprudenza della Corte»<sup>58</sup>.

La conclusione non può che essere condivisa; del resto, la differenza tra immissione in ruolo a seguito di concorso e procedura di stabilizza-

veva considerarsi giustificata dall'obiettivo di evitare di svantaggiare i lavoratori assunti tramite concorso che non potevano vantare periodi di lavoro pregressi. La giustificazione è però inaccettabile perché, da un lato, non si capisce quale sia la discriminazione che subirebbero questi ultimi, dal momento che la situazione non è affatto la medesima; dall'altro, occorre ricordare che il principio paritario non esclude un trattamento migliorativo per i lavoratori atipici, essendo invece garanzia di un trattamento minimo non inferiore a quello garantito ai lavoratori standard. Così infatti, risulta dalle formulazioni delle direttive, che stabiliscono che i lavoratori atipici non devono ricevere «un trattamento meno favorevole» (art. 4 dir. 99/70/Ce e art. 4 dir. 97/81/Ce) o addirittura che essi devono avere condizioni base di lavoro e di occupazione «almeno identiche» (art. 5 dir. 2008/104/Ce) a quelle dei lavoratori standard. Nel caso dei lavoratori atipici, trattamenti migliorativi ben potrebbero essere giustificati dall'esigenza di attenuare la condizione di precarietà in cui essi versano. Si v., in proposito, Borelli 2007, p. 181 ss.

<sup>57</sup> C. Giust. 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 – C-305/11, *Valenza et al.* punto 62 della motivazione; C. Giust. (ord.) 4 settembre 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*.

<sup>58</sup> C. Giust. 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*, punti 42 e 44 della sentenza.

zione che si ritrova nell'esperienza italiana non pare possa giustificare la mancata considerazione dell'anzianità pregressa, dal momento che anche chi accede alla p.a. tramite un concorso pubblico potrebbe far valere periodi di servizio svolti in precedenza come lavoratore temporaneo. Del resto, questa era la situazione di fatto che ha dato origine alla sentenza *Rosado Santana* e che si presenterà al momento dell'immissione in ruolo, tramite concorso, dei precari della scuola italiana. Come si ricorderà, infatti, a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia Ue<sup>59</sup>, prima, e della Corte costituzionale italiana<sup>60</sup>, poi, è stata rivista la disciplina che consentiva allo Stato di reiterare senza limiti l'assunzione con contratto a tempo determinato dei docenti per rispondere alle esigenze di copertura degli insegnamenti nel settore della scuola<sup>61</sup>. Di conseguenza, la legge n. 107/2015 ha previsto anzitutto il limite di trentasei mesi per le assunzioni a tempo determinato finalizzate alla copertura di posti vacanti e disponibili nella scuola e, in secondo luogo, lo svolgimento del concorso pubblico con cadenza triennale per l'immissione in ruolo dei docenti. A questo punto si porrà senz'altro la questione del riconoscimento dell'anzianità maturata nell'ambito di precedenti contratti a tempo determinato, che costituirà, probabilmente, il principale banco di prova per l'applicazione dei principi appena ricordati e che non potrà che essere risolta alla luce di essi<sup>62</sup>.

### 5. Lavoro atipico, flessibilità e interessi dell'impresa

Un altro profilo importante del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici è la sua funzione di regolazione della concorrenza, sia tra imprese che tra lavoratori; il divieto impedisce cioè che la flessibilità sia uno strumento utilizzato al di fuori delle effettive esigenze delle imprese, al solo scopo di ridurre il costo del lavoro, in spregio dei diritti fondamen-

<sup>59</sup> C. Giust. Ue 26 novembre 2014, C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, *Mascolo e altri c. MIUR*, in *RIDL*, 2015, II, 309 ss., con nota di Calafà 2015a.

<sup>60</sup> C. cost. 20 luglio 2016, n. 187, in *DRI*, 2016, p. 1119 ss., con nota di Del Frate 2016.

<sup>61</sup> La vicenda è molto nota e non può che essere riassunta in questa sede. Per approfondimenti si rinvia a Pinto 2014, p. 921 ss.; sul punto cfr. anche Menghini 2012.

<sup>62</sup> In termini simili Tomiola 2016, p. 564 ss. Si v. anche le osservazioni di Aimò 2017.

tali dei lavoratori, in particolare del diritto a non essere trattati diversamente da soggetti che si trovano in posizioni analoghe. Che il principio paritario abbia anche questa funzione non è una grande novità, dal momento che già l'art. 119 del Trattato di Roma, vietando le differenze retributive tra uomini e donne, si poneva in quest'ottica<sup>63</sup>. Se questo è vero, però, occorre anche dire che, secondo il diritto europeo e la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, una volta rispettato il principio di parità, il ricorso alla flessibilità del lavoro non è considerato un fatto in sé negativo, pur trovandosi spesso nella giurisprudenza l'affermazione secondo cui la stabilità del lavoro costituisce un principio portante dell'Ue.

Non lo è per il *part-time*, per il quale la direttiva prevede anzi un'obbligazione per gli Stati membri di promuoverne la diffusione, obbligo che è venuto in considerazione in alcune sentenze della Corte di Giustizia<sup>64</sup>. Certo, in questo caso il contratto è finalizzato anche a consentire la conciliazione del lavoro con le esigenze di cura e serve ad agevolare l'ingresso e la permanenza nel mercato del lavoro in particolar modo delle donne<sup>65</sup>, ma è anche uno strumento che, nella maggior parte dei Paesi europei, non garantisce affatto le stesse prospettive di sviluppo e di crescita professionale del contratto a tempo pieno. Tra l'altro, proprio il massiccio utilizzo del *part-time* da parte delle donne contribuisce al perpetuarsi di una ineguale ripartizione dei compiti di cura tra i sessi, come dimostrato da numerose indagini in materia<sup>66</sup>.

Neppure per lavoro a termine e lavoro interinale l'approccio europeo può dirsi di chiusura, una volta che siano previste misure antiabusive e sanzioni per le stesse. Questa affermazione suonerebbe lapalissiana, se non fosse che nelle sentenze della Corte di Giustizia in materia di abusi nel ricorso al contratto a termine si può notare una tendenza a riconoscere la rispondenza alla direttiva 99/70/Ce di pressoché tutte le misure previste dagli Stati membri e a ritenere, in generale, non contrarie al diritto Ue anche previsioni che consentano il ricorso al contratto a termine

<sup>63</sup> Barbera 1991, p. 121 ss.; Roccella, Treu 2016, p. 280 ss.

<sup>64</sup> C. Giust. 24 aprile 2008, C-55/07 e 56/07, *Michaëler*; C. Giust. 7 aprile 2011, C-151/10, *Dai Cugini NV*.

<sup>65</sup> In verità, il fatto che lo squilibrio di genere tra i lavoratori *part-time* involontari non sia molto marcato (si v. Eurofound 2017, p. 10) è indice del fatto che molte donne, al pari degli uomini, accettano un lavoro a tempo parziale in mancanza di altre prospettive occupazionali.

<sup>66</sup> Si v., ad es., Istat 2008, p. 19 ss.

per numerosi anni consecutivi<sup>67</sup>. Sul punto non è possibile soffermarsi a lungo, perché l'analisi della giurisprudenza della Corte in materia di clausole antiabusive esula dall'ambito di questo intervento; è opportuno però sottolineare che l'atteggiamento permissivo della Corte su questo profilo può forse spiegare il maggior rigore con il quale essa interviene sul principio di parità di trattamento, che diventa dunque, in questa prospettiva, l'unico antidoto alla flessibilità<sup>68</sup>. In altre parole, si può ritenere che la Corte tenda a privilegiare, nella propria interpretazione, le finalità occupazionali delle direttive sui lavori atipici, come appare abbastanza evidente anche nell'unica sentenza pronunciata finora sul contenuto prelettivo della direttiva in materia di lavoro temporaneo tramite agenzia<sup>69</sup>, compensando le aperture a favore delle esigenze delle imprese con una lettura rigorosa del principio paritario. Un atteggiamento di questo tipo si riscontra con insolita nettezza nella recente sentenza *Abercrombie & Fitch*, nella quale la Corte ha considerato non contraria al divieto di discriminazione sulla base dell'età la disciplina italiana del lavoro intermittente, valorizzandone la finalità di inserimento nel mercato del lavoro di giovani, conseguita attraverso «l'agevolazione dell'assunzione di giovani lavoratori aumentando la flessibilità nella gestione del personale»<sup>70</sup>. Nella sentenza in parola, peraltro, la Corte ha valutato come adeguata a controbilanciare detta flessibilità la presenza di «un certo numero di tutele», individuate proprio nel principio di parità di trattamento per i periodi la-

<sup>67</sup> C. Giust. 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kücük*, nella quale la Corte ha ritenuto che la reiterazione di contratti a termine (anche per una durata complessiva, nel caso di specie, di 13 anni) in forza di una ragione «ricorrente, se non addirittura permanente [...] non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a) dell'accordo quadro» sul contratto a tempo determinato, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola. In altre sentenze, invece, la Corte ha ritenuto che i contratti a termine non potessero essere utilizzati per far fronte a esigenze permanenti dell'impresa. Si v. C. Giust. 13 marzo 2014, C-190/13, *Márquez Samohano*, punto 55 della motivazione.

<sup>68</sup> In questo senso si v. anche le osservazioni di De La Porte, Emmenegger 2016, p. 7 ss.

<sup>69</sup> C. Giust. 17 marzo 2015, C-533/13, *AKV*, punto 23 della motivazione, secondo la quale i divieti o restrizioni imposti al ricorso al lavoro interinale devono essere giustificati da ragioni di interesse generale che riguardino la tutela dei lavoratori interinali, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi.

<sup>70</sup> C. Giust. 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, punto 38 della motivazione, su cui v. il contributo di Calafà in questo volume.

vorati stabilito dall'art. 38 del d.lgs. n. 276/2003, oggi riprodotto nell'art. 17 del d.lgs. n. 81/2015. La Corte però dimentica che il principio paritario vale solo, per l'appunto, per i periodi lavorati e che nei periodi di disponibilità, tra una chiamata e l'altra, il lavoratore non gode di alcuna tutela (salvo che si sia obbligato a rispondere alla chiamata). Inoltre, il lavoratore non ha neppure la garanzia di un minimo di giornate lavorative (come del resto avveniva nel caso *Wippel*<sup>71</sup>), essendo al contrario previsto un massimo di 400 giornate di lavoro effettivo nell'arco di 3 anni, pena la conversione in contratto a tempo indeterminato. Il bilanciamento, da questo punto di vista, non appare affatto equo.

### 6. La portata del principio di non discriminazione

Le considerazioni appena svolte spiegano perché nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e anche nella scarsissima giurisprudenza interna in materia il divieto di discriminazioni abbia assunto un'ampiezza tale da costituire, sia per il contratto a termine che per il *part-time*, il vero principio regolatore del ricorso alla flessibilità, l'unico, come si è visto, direttamente applicabile.

Per il lavoro temporaneo tramite agenzia non si hanno ancora indicazioni in proposito da parte della Corte di Giustizia; nelle cause promosse finora le questioni proposte riguardano la nozione di lavoratore<sup>72</sup>, le restrizioni al ricorso al lavoro interinale previste negli Stati membri<sup>73</sup> e l'applicabilità della direttiva sul lavoro a termine al rapporto tra lavoratore e agenzia interinale<sup>74</sup>. Per questa tipologia contrattuale, il principio paritario presenta alcuni profili di differenziazione rispetto a quanto previsto nelle direttive 99/70/Ce e 97/81/Ce. In primo luogo, la direttiva 2008/104/Ce prevede che ai lavoratori interinali debbano essere applicate condizioni *identiche* a quelle applicate ai lavoratori *standard*, ma solo con riferimento ai trattamenti di base di lavoro e di occupazione<sup>75</sup>; in se-

<sup>71</sup> C. Giust. 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*

<sup>72</sup> C. Giust. 17 novembre 2016, C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*.

<sup>73</sup> C. Giust. 17 marzo 2015, C-533/13, *Auto Ja*.

<sup>74</sup> C. Giust. 11 aprile 2013, C-290/12, *Della Rocca*.

<sup>75</sup> Secondo Ferrara 2014, p. 126, peraltro, il principio paritario si applica solo ai trattamenti espressamente indicati nell'elenco di cui all'art. 3, lettera f) della direttiva 2008/104/Ce.

condo luogo, il principio paritario può essere derogato alle condizioni previste dalla direttiva medesima<sup>76</sup>, che privilegia con maggiore intensità di quanto avvenga nella direttiva sul contratto a termine la finalità occupazionale del lavoro interinale rispetto all'esigenza di contenimento del ricorso ad esso da parte delle imprese<sup>77</sup>. Si tratta di profili che potrebbero avere un peso determinante nella considerazione da parte della Corte di Giustizia della natura incondizionata e sufficientemente precisa del principio ai fini dell'applicabilità diretta all'interno degli Stati membri. Sulla posizione della Corte potrebbe giocare un ruolo importante proprio la giurisprudenza precedente in tema di lavoro a termine e *part-time*, come bene evidenziato in dottrina<sup>78</sup>.

Bisogna anche dire che la Corte, nella sua elaborazione, è andata oltre quanto era lecito aspettarsi nel determinare la portata del divieto di discriminazione. Questo è avvenuto soprattutto nell'individuazione delle condizioni di impiego la cui parificazione deve essere assicurata per i lavoratori atipici rispetto ai lavoratori *standard*. Anche in questo caso non è possibile analizzare compiutamente la giurisprudenza europea, che è molto complessa e anche molto conosciuta. È però opportuno segnalare come il punto di maggiore tensione sia rappresentato non tanto dall'inclusione nelle condizioni di impiego della retribuzione, quanto dalla successiva dilatazione della nozione di retribuzione fino a ricomprendere anche le prestazioni pensionistiche riconducibili ai sistemi legali di previdenza sociale, come è avvenuto, nelle cause che hanno riguardato il nostro ordinamento, sia per le prestazioni erogate dall'Inpdap, nel celebrato caso sull'età pensionabile delle donne nel pubblico impiego<sup>79</sup>, che per quelle erogate dall'Inps, nel meno celebrato caso dell'Alitalia<sup>80</sup>, che resta ancora disatteso dal nostro legislatore, sebbene il principio sia affermato da numerose sentenze della Cassazione<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Su questi aspetti si v. Ferrara 2012.

<sup>77</sup> Aimo 2015, spec. p. 639 ss.

<sup>78</sup> Ancora Aimo 2015, p. 646 ss.

<sup>79</sup> C. Giust. 13 novembre 2008, C-46/07, *Commissione vs Repubblica Italiana*. Sulla questione si v. Ravelli 2008.

<sup>80</sup> C. Giust. 10 giugno 2010, C-395/08 e C-396/08, *Inps vs Bruno e Pettini*, in *RGL*, 2011, II, 263 ss., con nota di Altamari 2011, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

<sup>81</sup> Cass. 6 luglio 2017, n. 16677, in *DeG*, 2017, 7 luglio, con nota di Dulio; Cass. 10 novembre 2016, n. 22936, in *GD*, 2016, n. 49-50, p. 71 ss.; Cass. 3 dicembre 2015, n. 24647, in *FI*, 2016, I, c. 518 ss.; sulla questione si v. Giuliani 2017.

Mentre per il primo profilo mi pare che la posizione, ormai consolidata, della Corte sia inattaccabile<sup>82</sup>, sul secondo aspetto è lecito sollevare più di un dubbio. L'equiparazione delle prestazioni pensionistiche erogate dai sistemi generali di previdenza sociale alla retribuzione, insomma, è troppo stridente per non essere censurata, anche se in tutti i casi in cui la Corte si è spinta a tanto la ragione era, in fondo, comprensibile.

Devo dire però che nella sua più recente giurisprudenza la Corte sembra tornare un poco sui propri passi, smussando le posizioni interpretative più discutibili. Nel caso *Cachaldora Fernandez*<sup>83</sup>, avente ad oggetto il calcolo dell'anzianità contributiva dei lavoratori *part-time*, la Corte ha ricondotto correttamente la pensione erogata dall'Inns (l'istituto di previdenza sociale spagnolo, l'equivalente del nostro Inps) alle prestazioni dei regimi legali di sicurezza sociale. La stessa posizione era stata adottata in *Elbal Moreno*, là dove la Corte ha ritenuto che il criterio di calcolo adottato dalla legislazione spagnola, che impedisce l'accesso alle prestazioni pensionistiche ai lavoratori *part-time* «minori», integrasse una discriminazione indiretta sulla base del sesso, ai sensi dell'art. 4, dir. 79/71/Ce<sup>84</sup>. In *Cachaldora Fernandez*, però, la conclusione è stata diversa, dal momento che la Corte non ha ritenuto che configuri una discriminazione (indiretta) sulla base del sesso il criterio di calcolo utilizzato per le prestazioni pensionistiche, che penalizza i lavoratori che nell'ultimo periodo di lavoro abbiano avuto un orario ridotto rispetto ai lavoratori che, al contrario, hanno svolto la loro prestazione a tempo pieno, e ciò sulla base della mancanza di dati statistici significativi in proposito<sup>85</sup>.

Un altro caso in cui la riconduzione di una prestazione economica alla retribuzione ha avuto effetti discutibili riguarda gli assegni erogati per i figli a carico; una recente sentenza della Corte di Giustizia li ha considerati retribuzione ma, così facendo, li ha assoggettati al criterio *pro-rata*

<sup>82</sup> Secondo la Corte, infatti, una cosa è la determinazione del livello degli elementi costitutivi della retribuzione di un lavoratore, che spetta agli Stati membri, mentre altra cosa è decidere se «un elemento della retribuzione debba essere concesso, a titolo di condizione di impiego, a un lavoratore a tempo determinato nella stessa misura riconosciuta a un lavoratore a tempo indeterminato»: così C. Giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, punti 46 e 47 della motivazione.

<sup>83</sup> C. Giust. 14 aprile 2015, C-527/13, *Cachaldora Fernández*.

<sup>84</sup> C. Giust. 22 novembre 2012, C-385/11, in *RGL*, 2013, II, p. 479 ss., con nota di Alessi.

<sup>85</sup> Ciò rinvia all'importanza dell'uso delle statistiche in questi casi, argomento per il quale rinvio al contributo di Bonardi e Meraviglia in questo volume.

*temporis*, consentendone la riduzione in proporzione all'orario di lavoro per i lavoratori *part-time*<sup>86</sup>. La soluzione solleva più di una perplessità, dal momento che si legge nella motivazione<sup>87</sup> (e anche nelle conclusioni dell'avv. Generale<sup>88</sup>) che poiché la prestazione retributiva è divisibile, allora può essere riproporzionata. Una simile conclusione trascura di considerare che la funzione dell'assegno per i figli a carico, anche se previsto dal contratto collettivo e integrativo degli assegni familiari di fonte legale, non è quella di compensare la prestazione lavorativa, ma di rispondere a un bisogno del lavoratore che non ha alcun nesso con le ore lavorate dallo stesso<sup>89</sup>. Si tratta, insomma, di una chiarissima funzione sociale<sup>90</sup>. Questa sentenza dimostra che per l'applicazione del principio *pro rata temporis* non è sufficiente guardare al carattere economico o normativo del trattamento concesso al lavoratore e al nesso di corrispettività con la prestazione lavorativa, dovendosi invece considerare la sua funzione.

Se sulla questione delle prestazioni previdenziali/assistenziali, come si è visto, si sono avute alcune oscillazioni nella giurisprudenza, su altri aspetti si può dire che vi siano posizioni assolutamente consolidate: è il caso degli scatti di anzianità, che secondo la Corte rientrano nella nozione di retribuzione e, dunque, nelle condizioni di impiego. Se è consentito aprire una breve parentesi, la questione dell'anzianità di servizio rileva, nella giurisprudenza della Corte, per profili diversi: da un lato, come criterio di determinazione della spettanza degli scatti di anzianità, per l'appunto; dall'altro, come requisito utile a determinare il livello retributivo e l'inquadramento professionale del lavoratore.

Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte ha spesso sottolineato come gli scatti di anzianità spettino anche ai lavoratori a termine, alle stes-

<sup>86</sup> C. Giust. 5 novembre 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*

<sup>87</sup> C. Giust. 5 novembre 2014, C-476/12, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, cit., punto 21 della motivazione

<sup>88</sup> Si v. le conclusioni dell'avv. Generale E. Sharpston presentate il 13 febbraio 2014, spec. punti 34 ss.

<sup>89</sup> Sono parole dello stesso avv. Generale Sharpston, che aggiunge poi che «l'esistenza di un figlio e la necessità di emanare disposizioni relative ai costi associati con la crescita dello stesso sono questioni indipendenti rispetto al fatto che il lavoratore lavori a tempo pieno o a tempo parziale», per concludere che, comunque, trattandosi di un elemento della retribuzione, l'assegno deve essere riproporzionato, essendo opportuno applicare il principio *pro rata temporis* ogni volta che una prestazione sia retributiva.

<sup>90</sup> Sul punto si v. Laulom 2015, p. 55.

se condizioni previste per i lavoratori a tempo indeterminato<sup>91</sup>; per quanto attiene al secondo profilo, in alcune sentenze la Corte ha stabilito che l'anzianità acquisita per mezzo di una serie di contratti a tempo determinato concorre a determinare l'anzianità complessiva del lavoratore<sup>92</sup>, anche qualora il contratto diventi in seguito a tempo indeterminato in forza di una procedura di stabilizzazione o del superamento di un concorso.

In una controversia riguardante lo Stato italiano, in particolare, la Corte ha precisato che il differente criterio di calcolo dell'anzianità di servizio tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato non può essere giustificato con l'esigenza di evitare il prodursi di discriminazioni alla rovescia nei confronti di questi ultimi<sup>93</sup>. Detta esigenza non configura, secondo la Corte, una «ragione oggettiva» ai sensi dell'art. 4 della direttiva 99/70/Ce tale da consentire di escludere del tutto il calcolo del periodo di lavoro svolto attraverso contratti a tempo determinato, con ciò lasciando intuire che una simile esigenza può permettere, semmai, un riproporzionamento del calcolo medesimo. La questione è tutt'altro che esaurita, dal momento che l'assunzione a seguito di concorso o di stabilizzazione dei precari della scuola riproporrà esattamente lo stesso problema (si v. *supra*, par. 4).

Come si è visto, la portata del principio paritario appare ormai ampiamente delineata dalla Corte europea e anche dalle Corti nazionali. Una limitazione rispetto alla sua applicazione può derivare, in qualche caso, dall'assenza del termine di riferimento, cioè del soggetto con il quale comparare il trattamento riservato al lavoratore atipico.

Un primo problema è che il divieto di discriminazione riguarda il trattamento dei lavoratori atipici rispetto ai lavoratori *standard* e non le differenze di trattamento che si possono verificare tra gli stessi lavoratori atipici, che secondo la Corte di Giustizia non sono coperte dal principio di non discriminazione, come si è avuto modo di vedere. Tra l'altro, in un caso riguardante l'ordinamento francese, il tentativo di superare questa restrizione passando attraverso il divieto di discriminazione sulla base dell'età non ha avuto fortuna, proprio sul presupposto della non comparabilità della

<sup>91</sup> C. Giust. 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*, in *FI*, 2007, 12, IV, c. 617 ss.; nello stesso senso si v. C. Giust. 9 luglio 2015, C-177/14, *Regojo Dans*, cit.; C. Giust. 18 marzo 2011 (ord.), C-273/10, *Montoya Medina*, in *Racc.*, 2011, p. I-00032.

<sup>92</sup> C. Giust. 21 settembre 2016 (ord.), C-631/15, *Alvarez Santirso*.

<sup>93</sup> Cge (ord.) 4 settembre 2014, C-152/14, *Autorità per l'energia elettrica e per il gas*.

posizione dei lavoratori giovani che concludono un contratto a termine durante le vacanze scolastiche e quella degli altri lavoratori a termine<sup>94</sup>.

Insomma, la portata del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici potrebbe essere limitata proprio attraverso il giudizio di comparazione, o perché la distinzione non riguarda i soggetti previsti dalla direttiva, oppure perché, come è avvenuto nel celeberrimo (e sopravvalutato) caso *Wippel*<sup>95</sup>, non è possibile individuare il lavoratore comparabile. Nell'ipotesi del lavoro secondo il fabbisogno (che corrisponde al nostro lavoro intermittente o a chiamata) la Corte, com'è noto, ha escluso la possibilità di applicare il divieto di discriminazione per l'assenza di un lavoratore che svolgesse lo stesso tipo di attività e con le stesse modalità della signora *Wippel*. Si è trattato, però, di un caso isolato e certamente non indicativo di una tendenza della Corte a ridurre le possibilità di effettuare una comparazione. Nel caso *O*, ad esempio, la Corte ha sottolineato che la comparabilità di due situazioni non richiede la loro identità e che «l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera globale o astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi»<sup>96</sup>. Una simile considerazione è stata di recente svolta anche nella sentenza *Abercrombie*<sup>97</sup>, relativa proprio al lavoro intermittente, il che conferma quanto appena sostenuto.

Anche da questo punto di vista, dunque, il divieto di discriminazione è senza dubbio la misura di tutela che la Corte considera più efficace per attenuare la situazione di precarietà in cui versano i lavoratori atipici, fermo restando che il ricorso alla flessibilità può considerarsi non solo utile ma anche, nel caso del lavoro interinale, da promuovere come strumento di incremento dell'occupazione.

Insomma, parafrasando il titolo di un recente saggio di Caroline de la Porte e di Patrick Emmenegger<sup>98</sup>, si può concludere che i lavoratori atipici continuano ad essere atipici, ma almeno sono uguali.

<sup>94</sup> C. Giust. 1 ottobre 2015, C-432/14, *O*. La questione riguarda il mancato riconoscimento dell'indennità di fine contratto ai lavoratori che stipulano un contratto a termine durante le vacanze scolastiche o universitaria. Sul punto si v. *Laulom* 2015, p. 57.

<sup>95</sup> C. Giust. 12 ottobre 2004, C-313/02. Sulla questione si v. Militello 2005; Ricci 2006.

<sup>96</sup> C. Giust. 1 ottobre 2015, C-432/14, *O*, punto 32 della motivazione.

<sup>97</sup> C. Giust. 19 luglio 2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch Italia*, punto 25 della motivazione.

<sup>98</sup> De La Porte, Emmenegger 2016.

### Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2007), *Le discriminazioni basate sulla religione e sulle convinzioni personali*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. 43 ss.
- Aimo M. (2012), *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, I, p. 147 ss.
- Aimo M. (2015), *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, p. 635 ss.
- Aimo M. (2017), *Incostituzionalità (parziale) del sistema delle supplenze e riforma della scuola*, in *RGL*, II, p. 4 ss.
- Alaimo A. (2001), *Commento all'art. 4*, in M. Brolo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale. Commentario al d.lgs. n. 61/2000*, Milano, Ipsoa, p. 70 ss.
- Alessi C. (1998), *Commento all'art. 4*, in M. Napoli (a cura di), *Commentario sistematico alla l. 24 giugno 1997, n. 196*, in *NLCC*, p. 1216 ss.
- Alessi C. (2010), *La Corte di Giustizia, il part-time verticale e il trattamento pensionistico*, in *D&L*, p. 975 ss.
- Alessi C. (2012), *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli.
- Alessi C. (2014), *La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto I*, Adapt, e-Book series n. 30, p. 90 ss.
- Alessi C. (2015), *Flessibilità del lavoro e giovani*, in *RGL*, I, p. 307 ss.
- Altimari M. (2011), *Part-time verticale e disciplina previdenziale Inps: la Corte di Giustizia amplia la nozione di retribuzione*, in *RGL*, II, 263 ss.
- Altimari M. (2016), *Il lavoro a tempo parziale tra influssi europei e ordinamento interno*, Napoli, Esi.
- Alvino I. (2016), *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, I, p. 657 ss.
- Barbera M. (2007), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in Ead. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. XIX ss.
- Barbera M. (2014), *Voce: Discriminazione e pari opportunità (diritto del lavoro)*, in *ED (Annali VII)*, Milano, Giuffrè, p. 377 ss.
- Bavaro V. (2015), *Il lavoro part-time dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 220 ss.

- Berg J. (2016), *Non standard employment: challenges and solutions*, in *IusLabor*, n. 3, p. 1 ss.
- Bollani A. (2013), *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Padova, Cedam.
- Bonardi O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, Franco Angeli.
- Bonardi O. (2007), *Le discriminazioni sulla base dell'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. 125 ss.
- Bonardi O. (2010), *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 83.
- Bonardi O., Calafà L. (2012), *I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso Test Achats alla Corte di Giustizia Ue*, in *Studium Iuris*, p. 831 ss.
- Borelli S. (2007), *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, Giappichelli.
- Bramshuber E. (2016), *Fixed-term work and social inclusion*, in M. Brolo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 43 ss.
- Brolo M. (1991), *Il lavoro subordinato a tempo parziale*, Milano, Giuffrè.
- Brolo M. (2015), *Disciplina delle mansioni*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-Book series, n. 48, p. 29 ss.
- Calafà L. (2015a), *Il dialogo multilevel tra corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, 309 ss.
- Calafà L. (2015b), *Lavoro a tempo parziale*, in F. Carinci (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, e-Book series, n. 48, p. 98 ss.
- Calvellini G. (2016), *La volontarietà del part-time: un principio dimenticato da riscoprire*, in *DLRI*, p. 671 ss.
- Corazza L. (2013), *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, Giuffrè, p. 1 ss.
- De La Porte C., Emmenegger P. (2016), *The Court of Justice of the European Union and fixed term workers: still fixed, but at least equal*, Working Paper ETUI 2016.01.
- De Simone G. (2004), *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *LD*, p. 527 ss.
- Del Frate M. (2016), *La Corte costituzionale sulla vicenda dei precari della scuola: un intervento risolutivo?*, in *DRI*, p. 1119 ss.

- Delfino M. (2008), *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Napoli, Jovene.
- Delfino M. (2015), *La Corte di Giustizia e la via tortuosa del consenso individuale nel "part-time"*, in *RIDL*, II, p. 357 ss.
- Eurofound (2017), *Aspects of non standard employment in Europe*, Dublino, Eurofound.
- Ferrara M.D. (2012), *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Padova, Amon.
- Ferrara M.D. (2014), *La direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale. Aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, p. 111 ss.
- Gallino L. (2014), *Vite rinviate: lo scandalo del lavoro precario*, Bari, Laterza.
- Giuliani A. (2017), *L'anzianità contributiva nel lavoro a tempo parziale verticale ciclico: linee evolutive della giurisprudenza di legittimità nazionale nella prospettiva costituzionale ed europea*, in *DRI*, p. 188 ss.
- Green A. E., Livanos I. (2017), *Involuntary non-standard employment in Europe*, in *European Urban and Regional Studies*, n. 24, p. 175 ss.
- Guaglianone L. (2007), *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, p. 247 ss.
- Ilo (2016), *Non standard employment around the world*, Ginevra, Ilo Publications.
- Istat (2008), *Conciliare lavoro e famiglia. Una sfida quotidiana*, Roma, Istat.
- Izzi D. (2005), *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene.
- Laulom S. (2015), *Actualité du droit social de l'Union Européenne 2014/2015*, in *SSL, Supplement*, n. 1702.
- Mattina E. (2010), *Elogio della precarietà: il lavoro tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, Soveria Mannelli, Rubettino.
- Mattone M. (2008), *Gli ex lettori di lingua straniera nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea e la posizione dell'Italia*, in *DE*, p. 691 ss.
- Menghini L. (2012), *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, I, 699 ss.
- Militello M. (2005), *Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *DLM*, p. 661 ss.
- Pandolfo A., Passalacqua P. (2016), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi, *I contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81*, Torino, Giappichelli, p. 109 ss.
- Peruzzi M. (2009), *Da Mangold in poi. L'interpretazione delle direttive 2000/43/Ce e 2000/78/ce nelle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia*, in L. Calafà,

- D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Roma, Ediesse, p. 105 ss.
- Pinto V. (2014), *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *LPA*, 6, p. 921
- Ravelli F. (2008), *Età pensionabile nel pubblico impiego e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia*, in *RCDL*, p. 1145 ss.
- Recchia G.A. (2015), *Il ruolo dell'autonomia collettiva*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, p. 117 ss.
- Ricci G. (2006), *Il lavoro a chiamata: una fattispecie "atipica" per la Corte di Giustizia*, in *FI*, V, c. 268 ss.
- Roccella M. (2006), *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *DLM*, p. 108 ss.
- Roccella M., Treu T. (2016), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, Cedam.
- Sennet R. (1999), *L'uomo flessibile: le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, Feltrinelli.
- Standing G. (2015), *Diventare cittadini: un manifesto del precariato*, Milano, Feltrinelli.
- Tomiola C. (2016), *Le sanzioni in tema di contratti di lavoro a termine nel settore della scuola*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT, p. 561 ss.
- Varvaro S. (2009), *Recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di retribuzione di lettori e collaboratori ed esperti linguistici*, in *LPA*, II, p. 393 ss.
- Zappalà L. (2008), *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del diritto sociale europeo*, in *RGL*, I, p. 537 ss.
- Zappalà L. (2009), *I lavori atipici*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani, G.A. Benacchio (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, vol. V, Torino, Giappichelli, p. 322 ss.
- Zappalà L. (2012), *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della flexicurity*, Torino, Giappichelli.