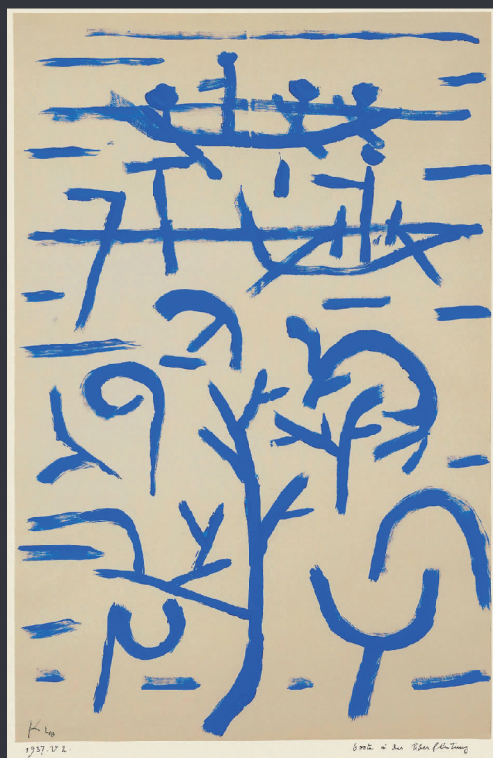


LA
TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA
FONTI
STRUMENTI
INTERPRETI

A CURA DI
MARZIA BARBERA E ALBERTO GUARISO



G. Giappichelli Editore



LA TUTELA
ANTIDISCRIMINATORIA
FONTI, STRUMENTI, INTERPRETI

In copertina:

Elaborazione grafica di Elisabetta Wolleb.

Immagine di PAUL KLEE, *Boote in der Überflutung* (1937).

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA FONTI, STRUMENTI, INTERPRETI

A CURA DI MARZIA BARBERA E ALBERTO GUARISO

Con scritti di

Cristina Alessi, Marzia Barbera, Silvia Borelli,
William Chiaromonte, Alberto Guariso, Sonja Haberl,
Lara Lazzeroni, Mariagrazia Militello, Davide Strazzari



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3008-1

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
Introduzione	1
Capitolo 1	
PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E DIVIETI DI DISCRIMINAZIONE	
Marzia Barbera	
1.1. I significati dell'eguaglianza	5
1.2. L'eguaglianza come garanzia del pluralismo sociale. Il ruolo antimagioritario delle corti	8
1.3. L'eguaglianza come eguaglianza redistributiva e mezzo di integrazione sociale	10
1.4. L'eguaglianza come diritto umano e come diritto della "persona situata"	14
1.5. Eguaglianza e non discriminazione nello spazio comune europeo	18
1.6. La tutela antidiscriminatoria nel sistema della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)	19
1.7. La funzione dell'eguaglianza nel processo di integrazione europea	22
1.7.1. Il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità	22
1.7.2. La cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale: nascita e crisi di un'idea	25
1.7.3. Il divieto di discriminazioni basate sul genere	26
1.8. La nuova stagione del diritto antidiscriminatorio. Fonti e ambiti di applicazione	29
1.9. Il principio di non discriminazione come «leva di Archimede»	33

	<i>pag.</i>
1.9.1. In principio era <i>Mangold</i>	33
1.9.2. I percorsi tortuosi del dopo <i>Mangold</i>	37
1.9.3. Verso la costruzione di un controllo d'eguaglianza diffuso	39
1.9.4. Chi ha paura dell'effetto diretto?	41
1.9.5. Il revival dei contro-limiti e "l'identità costituzionale"	44
1.10. L'evoluzione della tutela antidiscriminatoria	45
1.10.1. Il "vecchio" diritto antidiscriminatorio	48
1.10.2. Le teorie che hanno ispirato le nuove fattispecie di discriminazione	51
1.10.3. La nozione di discriminazione nel nuovo diritto antidiscriminatorio	53
1.10.4. Eccezioni ai divieti di trattamenti differenziati e giustificazioni alla disparità di effetti	59
1.10.5. La natura autonoma e la funzione rimediale dei divieti di discriminazione	64
1.10.6. La struttura del giudizio di discriminazione	65
1.11. Il valore contrastato dell'eguaglianza	75
1.11.1. I nuovi confini dell'eguaglianza: una "solidarietà fra estranei"	77
1.12. Mobilitazione legale e mobilitazione sociale	80

Capitolo 2

I FATTORI DI DISCRIMINAZIONE

Mariagrazia Militello e Davide Strazzari

2.1. Come si individuano i fattori di discriminazione	85
2.2. Differenze e analogie nella tutela antidiscriminatoria	93
2.3. I correttivi in via d'interpretazione al modello tassativo	97
2.4. I fattori discriminatori	105
2.4.1. Genere	105
2.4.2. Nazionalità (tra cittadini dell'UE)	111
2.4.3. Razza, origine etnica, provenienza geografica	116
2.4.4. Cittadinanza, nazionalità e origine nazionale	119
2.4.5. Lingua	125
2.4.6. Religione e convinzioni personali	128
2.4.7. Affiliazione e attività sindacale	133
2.4.8. Orientamento sessuale e transessualismo	134
2.4.9. Età	140
2.4.10. Disabilità	146

	<i>pag.</i>
2.5. La discriminazione per associazione, multipla, intersezionale	156
2.6. Alcuni fattori problematici	160
2.7. I fattori c.d. oggettivi	164

Capitolo 3

LE DISCRIMINAZIONI NEL RAPPORTO DI LAVORO

Silvia Borelli, Alberto Guariso e Lara Lazzeroni

3.1. La nozione di lavoratore	165
3.2. L'ambito della comparazione	169
3.2.1. Casistica	172
3.2.2. Le modalità del giudizio di comparazione	180
3.3. L'accesso al lavoro e al mercato del lavoro	182
3.3.1. Principio di non discriminazione, azioni positive e tutela "nel mercato"	182
3.3.2. Principio di non discriminazione, requisito essenziale della prestazione e cause di giustificazione	186
3.4. L'accesso al lavoro e la condizione di straniero	197
3.4.1. L'accesso al lavoro privato	197
3.4.2. L'accesso al lavoro pubblico e al servizio civile	200
3.5. La retribuzione e le condizioni di lavoro	205
3.5.1. La retribuzione	205
3.5.2. Le condizioni di lavoro	213
3.6. Il licenziamento discriminatorio	221
3.6.1. Licenziamento discriminatorio e contesto normativo	221
3.6.2. Le ipotesi di licenziamento discriminatorio e il raccordo con altre fattispecie di nullità	226
3.6.3. Altre ipotesi di licenziamento nullo	239
3.6.4. Licenziamento discriminatorio e concause legittime di recesso	241
3.6.5. Il licenziamento discriminatorio in aree speciali	243
3.7. La tutela antidiscriminatoria nel lavoro autonomo	248
3.8. Le discriminazioni basate sull'attività sindacale e sull'esercizio dello sciopero	256
3.8.1. Convinzioni personali e convinzioni sindacali	256
3.8.2. Condotta discriminatoria e condotta antisindacale	257
3.8.3. Discriminazione nell'esercizio dei diritti sindacali	260
3.8.4. Discriminazione ai danni delle organizzazioni sindacali	263
3.9. Il sindacato antidiscriminatorio sulle clausole del contratto collettivo	265

Capitolo 4

SEGMENTAZIONE DEL MERCATO DEL LAVORO E
DISCRIMINAZIONI

Cristina Alessi e Silvia Borelli

4.1.	Segmentazione del mercato del lavoro e principio di non discriminazione	271
4.2.	Il divieto di discriminazione dei lavoratori flessibili	274
4.2.1.	La nozione di lavoratore flessibile e il <i>tertium comparationis</i>	280
4.2.2.	Le cause di giustificazione delle disparità di trattamento	288
4.2.3.	Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time	292
4.2.4.	Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a termine	297
4.3.	Le discriminazioni nei casi di utilizzo indiretto della manodopera	305
4.3.1.	Il lavoro in somministrazione	305
4.3.2.	Il distacco	314
4.4.	Le discriminazioni nei casi di interdipendenza tra imprese	320
4.4.1.	Il contratto di appalto	322
4.4.2.	I gruppi di società	325

Capitolo 5

DISCRIMINAZIONI E *WELFARE*

William Chiaromonte e Alberto Guariso

5.1.	Il <i>welfare state</i> italiano: linee evolutive, principi regolativi e caratteristiche essenziali	329
5.2.	La questione della parità nell'accesso al <i>welfare</i> : limiti e peculiarità	335
5.2.1.	La prevalente rilevanza del fattore nazionalità	335
5.2.2.	La distinzione tra servizi pubblici e servizi offerti da privati	337
5.3.	Le discriminazioni dello straniero nell'assistenza, nella previdenza e nella sicurezza sociale	338
5.3.1.	L'accesso dei cittadini dell'Unione europea ai «vantaggi sociali»	338
5.3.2.	L'accesso dei cittadini di Paesi terzi alle prestazioni assistenziali	349
5.3.3.	Le condizioni della cittadinanza e della residenza qualificata	350
5.3.4.	La giurisprudenza costituzionale sull'accesso dei cittadini di Paesi terzi alle prestazioni assistenziali	356

	<i>pag.</i>
5.3.5. L'accertamento delle condizioni reddituali del richiedente	361
5.3.6. Le categorie di stranieri a "parità rafforzata"	363
5.4. Le discriminazioni dello straniero nella tutela sanitaria	369
5.5. Le discriminazioni dello straniero nell'accesso all'edilizia pubblica e ai sussidi all'alloggio	373
5.6. Le discriminazioni dello straniero nella tutela previdenziale	377
5.7. Le discriminazioni fondate sul genere	381
5.8. Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale	389
5.9. Le discriminazioni fondate sulla disabilità	395
5.10. Le discriminazioni fondate sulla razza e sull'origine etnica. Il caso dei rom	400
5.11. Le discriminazioni fondate sull'età	404

Capitolo 6

LE DISCRIMINAZIONI NELL'ACCESSO AL MERCATO DI BENI E SERVIZI

Sonja Haberl

6.1. Principio di non discriminazione e autonomia contrattuale	409
6.1.1. Gli ambiti operativi	415
6.1.2. I fattori di rischio considerati	419
6.1.3. La disponibilità al pubblico di beni e servizi come condizione di applicabilità della disciplina	422
6.1.4. Il problema dei rimedi: l'obbligo a contrarre	427
6.2. La tutela antidiscriminatoria contrattuale fra teoria e prassi	431
6.2.1. Il panorama applicativo italiano	431
6.2.2. Il mercato europeo delle assicurazioni	439

Capitolo 7

LA TUTELA GIURISDIZIONALE

Alberto Guariso e Mariagrazia Militello

7.1. Un diritto affidato solo ai giudici?	445
7.2. I due riti del processo antidiscriminatorio	447
7.3. Il giudizio antidiscriminatorio secondo il rito sommario di cognizione	450

	<i>pag.</i>
7.4. La questione di giurisdizione e il diritto soggettivo a non essere discriminati	453
7.5. Giurisdizione e poteri del giudice ordinario	456
7.6. I casi residui di giurisdizione amministrativa	458
7.7. L'onere della prova	459
7.8. La legittimazione attiva di enti e associazioni	466
7.9. Segue: la legittimazione attiva di enti e associazioni nel contenzioso sulle discriminazioni per nazionalità	469
7.10. I provvedimenti del giudice	472
7.11. Il risarcimento del danno	478
7.12. La tutela della vittima e il divieto di ritorsione	483
7.13. Le sanzioni accessorie all'accertamento della discriminazione e la tutela penale contro l'inottemperanza alla decisione	488
7.14. La funzione di controllo degli organismi di parità: Consigliere di parità, Unar, Cug	493

Capitolo 8

LE AZIONI POSITIVE

Cristina Alessi

8.1. Le azioni positive: definizione	501
8.2. Le azioni positive nella giurisprudenza nordamericana	505
8.3. Le azioni positive nell'Unione europea	508
8.4. Le azioni positive nell'ordinamento italiano	512
8.5. Parità e partecipazione politica delle donne. Le quote nelle liste elettorali	517

<i>Bibliografia</i>	521
---------------------	-----

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	547
-----------------------------------	-----

<i>Notizie su autrici e autori</i>	553
------------------------------------	-----

INTRODUZIONE

*«Non lasciate calpestare da altri
impunemente il vostro diritto»*

Questo libro, frutto di un lavoro collettivo di alcuni anni, è dedicato alla tutela antidiscriminatoria, che costituisce ormai un sottosistema normativo avente caratteri distintivi. Del sottosistema, il diritto antidiscriminatorio presenta le caratteristiche tipiche, che sono quelle dell'ispirarsi a finalità unitarie, in primo luogo la tutela della persona umana e della sua dignità innata, e dell'avvalersi di tecniche normative tendenzialmente simili, dirette a proteggere dalle lesioni di diritti personalissimi, in primo luogo il diritto alla libertà dal pregiudizio e da criteri che etichettano in modo tirannico alcune categorie di persone, separandole arbitrariamente dalle altre.

La discriminazione ha sempre avuto un significato specifico e storicamente determinato in base al contesto cui i divieti di discriminare si riferiscono. Quando definisce una classificazione come discriminazione, il diritto fa sempre una diagnosi di disuguaglianze sistemiche e strutturali.

È proprio il carattere sistematico e strutturale delle discriminazioni ad abilitare il giudice a esercitare un controllo severo di scelte pubbliche e private altrimenti discrezionali, a legittimare un regime della prova alleggerito, a richiedere forme specifiche di rimedi di carattere inibitorio e ripristinatorio, a consentire il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale anche in funzione dissuasiva, a rendere indispensabili forme collettive di legittimazione ad agire.

Il libro si confronta con la tutela antidiscriminatoria seguendo sia un approccio concettuale, che tende a ricostruire il significato dei divieti di discriminazione – un significato mutato nel tempo – sulla base dei diversi modelli di eguaglianza e giustizia cui essi si rifanno; sia un approccio casistico, che guarda al diritto vivente, all'interpretazione concreta che di tali divieti hanno dato gli interpreti, per coglierne la funzione reale, la capacità di agire come leva di cambiamento di situazioni di disuguaglianza sociale o, talvolta, all'opposto, come viatico della loro legittimazione.

Trattandosi di una tutela multilivello, un ruolo centrale è giocato dalle corti sovranazionali, in particolare dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza ha contribuito in modo decisivo a forgiare le categorie del diritto antidiscriminatorio. Ciò spiega l'atten-

zione dedicata alle decisioni della Corte dell'Unione europea in tutti i capitoli che compongono l'opera.

Il taglio della trattazione della materia si discosta da quella classica: è non per fattori di discriminazione ma per ambiti di applicazione delle norme antidiscriminatorie, con alcuni capitoli di carattere generale dedicati all'analisi dei concetti chiave, dei diversi fattori, della tutela in giudizio, delle azioni positive. Questa scelta è anche una scelta di metodo, che riflette un'altra delle caratteristiche tipiche della tutela antidiscriminatoria, vale a dire la sua valenza trasversale, che interseca tutti gli ambiti delle relazioni sociali. Una particolare attenzione è dedicata anche alla segregazione tra lavoratori relegati nell'una o nell'altra tipologia contrattuale, nella consapevolezza che essa costituisce oggi una delle ragioni fondamentali del perpetuarsi delle disuguaglianze nel lavoro.

Come i lettori avranno modo di constatare, nell'analisi condotta nei diversi capitoli, alcuni fattori hanno un peso maggiore di altri. Non perché ciò corrisponda a una loro gerarchia di disvalore – ciò sarebbe in contrasto con l'idea, che attraversa tutto il lavoro, che la discriminazione sia una negazione del pari valore di ogni persona – ma perché il libro mira a ricostruire l'operare in concreto della tutela antidiscriminatoria, in questo specifico contesto storico e temporale.

Se fra cento anni qualcuno si trovasse a leggere una rassegna delle cause di discriminazione promosse in questi anni nei tribunali nazionali ed europei non tarderebbe a rendersi conto di quali fossero i gruppi sociali più svantaggiati e vulnerabili negli anni in cui hanno avuto svolgimento le vicende processuali narrate dai repertori di giurisprudenza e riprese nelle pagine del libro: chi fossero coloro ai quali veniva impedito di sposarsi e di ricevere la pensione ai superstiti spettante ai compagni di una vita; di chiedere l'iscrizione anagrafica, di prendere in affitto una casa, di accedere a un sussidio familiare o a un premio scolastico, di pregare in un proprio luogo di culto; chi fossero coloro che venivano pagate meno pur svolgendo un lavoro di valore eguale a quello svolto da altri, licenziate alla nascita dei figli, molestate per il loro aspetto fisico; coloro ai quali una qualche barriera impediva l'accesso ai mezzi pubblici, agli spettacoli cinematografici, a una stanza d'albergo, a una scrivania alla quale poter lavorare con agio. E neppure tarderebbe a rendersi conto che, nella maggior parte dei casi, le scelte di esclusione venivano compiute, nella sfera pubblica, da soggetti investiti del potere politico di rappresentare la maggioranza, a danno delle minoranze; nella sfera privata, da soggetti investiti da poteri sociali e contrattuali di scelta e di disposizione delle posizioni di altri, esercitati in modo arbitrario.

Il libro è frutto del lavoro di soli giuristi e giuriste e si occupa, dunque, soltanto della reazione del diritto di fronte alla discriminazione, ma chi lo ha scritto è pienamente consapevole che affidare la lotta contro le discriminazioni all'azione in giudizio, individuale e collettiva, costituisce uno dei punti di forza e, insieme, uno dei punti di debolezza della tutela antidiscriminatoria. Da una parte, ciò presuppone una presa di coscienza – da parte della singola persona e dei gruppi discriminati – di aver subito un torto che il diritto non tollera e la capacità di reagirvi; dall'altra, fa dipendere dall'iniziativa di singoli individui o singoli gruppi il perseguimento di fini di giustizia che

hanno un valore collettivo e che non dovrebbero, quindi, realizzarsi solo nel perimetro del processo e nei confronti di un singolo attore, quando, invece, la discriminazione ha, di norma, carattere strutturale e istituzionale. In tal modo, il valore dissuasivo della pronuncia giudiziale rischia di stemperarsi in una coscienza sociale che fatica a recepirlo come buona regola del vivere collettivo.

Per essere azionata, poi, la tutela antidiscriminatoria richiede che vi sia un soggetto a cui compararsi, condizione che non solo può non realizzarsi in concreto, soprattutto quando la segregazione è massima, ma che presuppone che tale soggetto costituisca la *norma* rispetto al quale misurare la propria diversità (di genere, di razza, di etnia, di orientamento sessuale e così via).

Infine, la tutela antidiscriminatoria ha natura selettiva: protegge alcuni gruppi, non tutti; protegge da alcune diseguaglianze, non da tutte; in alcuni ambiti, non in altri. Non sempre questa selettività appare fondata su ragionevolezza e coerenza.

Il libro esplora sia i punti di forza che quelli di debolezza della tutela antidiscriminatoria, nonché i tentativi di correzione, e cerca di coglierne le traiettorie in atto e quelle future. L'analisi che si svolge negli otto capitoli che lo compongono non ha solo un valore scientifico (che lasciamo ai lettori di valutare) ma offre anche uno spaccato straordinario delle dinamiche di diseguaglianza sociale in atto. Allo stesso tempo, è anche una celebrazione della diversità, della ricchezza che deriva dalle diverse identità degli individui e dei gruppi, che la "pigra semplicità" delle classificazioni non consente di cogliere e che dovrebbero esser lasciate libere di esprimersi senza restare inchiodate a una fisionomia immutabile.

Desideriamo ringraziare la nostra casa editrice per l'interesse per questo tema e per il sostegno al nostro lavoro e, in particolare Lucio San Marco, per la pazienza con la quale ha seguito il lungo processo di elaborazione del libro. Siamo anche grati a Francesco Rizzi per la cura, la competenza e il buon umore con i quali ci ha assistito nella ricerca e nel complesso lavoro di editing.

Il nostro lavoro è dedicato ai nostri figli, figlie e nipoti: Andrea, Anna W., Anna F., Armando, Elena, Elisabetta, Emma, Gabriele, Giulia, Daniele, Leandro, Leon, Lisa, Lorenzo, Martino, Mila, Pietro A., Pietro C., Sara, Sebastião, Vasco, nella speranza che possano ereditare un mondo più eguale di quello descritto nelle sue pagine.

Le autrici e gli autori.

Luglio 2019

Capitolo 4

SEGMENTAZIONE DEL MERCATO DEL LAVORO E DISCRIMINAZIONI

Cristina Alessi e Silvia Borelli ¹

Sommario: 4.1. Segmentazione del mercato del lavoro e principio di non discriminazione. – 4.2. Il divieto di discriminazione dei lavoratori flessibili. – 4.2.1. La nozione di lavoratore flessibile e il *tertium comparationis*. – 4.2.2. Le cause di giustificazione delle disparità di trattamento. – 4.2.3. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time. – 4.2.4. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a termine. – 4.3. Le discriminazioni nei casi di utilizzo indiretto della manodopera. – 4.3.1. Il lavoro in somministrazione. – 4.3.2. Il distacco. – 4.4. Le discriminazioni nei casi di interdipendenza tra imprese. – 4.4.1. Il contratto di appalto. – 4.4.2. I gruppi di società.

4.1. Segmentazione del mercato del lavoro e principio di non discriminazione

La segmentazione (o dualismo) del mercato del lavoro consiste, secondo gli economisti, nel fatto che nel mercato si confrontano almeno due grandi sottosistemi. Nel primo sono presenti i lavoratori che godono di una maggiore protezione, perché inseriti in un rapporto di lavoro stabile, con salari adeguati e con buone prospettive di crescita occupazionale, nell'altro si collocano invece i lavoratori con bassi salari, scarse prospettive di sviluppo professionale e carriere frammentate ².

Una simile situazione del mercato del lavoro sarebbe stata determinata, da un lato, dal crescente utilizzo di rapporti di lavoro atipici/flessibili, favorito dalle riforme legislative introdotte dagli Stati per far fronte alle richieste di flessibilità delle imprese e, dall'altro, dai processi di riorganizzazione delle organizzazioni

Segmentazione e dualismo del mercato del lavoro

¹ Il lavoro è frutto della riflessione comune delle due autrici. Tuttavia i §§ 4.1 e 4.2 sono stati elaborati da Cristina Alessi e i §§ 4.3 e 4.4 da Silvia Borelli.

² Il tema della segmentazione del mercato del lavoro è stato affrontato già negli anni '80 da Piore, Berger 1980.

produttive, che hanno utilizzato sempre di più strumenti di esternalizzazione e *outsourcing*, come il ricorso ad appalti, al distacco e alla somministrazione di lavoro³. I fenomeni appena descritti avrebbero condotto, alla fine, a una netta contrapposizione tra gli *insiders*, cioè i lavoratori stabili, tutelati dalla legge in maniera forte, e gli *outsiders*, cioè i lavoratori titolari di rapporti di lavoro discontinui o addirittura disoccupati, al contrario scarsamente tutelati dalla legge.

Secondo la lettura data da Pietro Ichino a partire dalla metà degli anni '90, una strategia di contrasto alla segmentazione del mercato del lavoro dovrebbe passare attraverso la riduzione delle tutele dei lavoratori nel rapporto di lavoro (in particolare, Ichino ipotizza l'introduzione di una diversa disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi) e il correlato incremento della protezione nel mercato del lavoro, in modo da consentire ai lavoratori una transizione rapida e protetta da un posto di lavoro all'altro⁴. Si tratta di una lettura molto discussa, anche da parte degli economisti, dal momento che non risulta dimostrato empiricamente che a una disciplina più favorevole (per le imprese) dei licenziamenti corrisponda un incremento dell'occupazione o, comunque, una maggiore propensione delle imprese ad assumere⁵. Certo è che una simile prospettiva sembra aver ispirato le riforme più recenti del diritto del lavoro italiano, che hanno coniugato l'iniezione di dosi massicce di flessibilità nel rapporto di lavoro (licenziamenti, lavori atipici, ecc.) con il tentativo di universalizzazione delle tutele contro la disoccupazione, attraverso l'introduzione dell'indennità mensile di disoccupazione denominata Naspi (Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego).

La *flexicurity* ■ L'equazione tra maggiore flessibilità e incremento della tutela nel mercato sta alla base delle politiche di *flexicurity*, avviate dall'Unione europea a partire dal 1993⁶, che invitano gli Stati membri a introdurre maggiore flessibilità nella regolamentazione dei rapporti di lavoro accanto a meccanismi di tutela nel mercato e a strumenti di incremento della qualità del lavoro. La strategia di *flexicurity* è stata meglio definita con la Comunicazione della Commissione «Verso principi comuni di flessicurezza» del 2007⁷, che pone tra gli strumenti per affrontare la segmentazione contrattuale la parità retributiva e l'accesso paritario a tutti i diritti, come la formazione permanente, ricono-

³ Si v., tra i tanti, Emmenegger, Häusermann, Palier, Seeleib-Kaiser 2013, 201 ss.

⁴ Ichino 1996, in particolare 75 ss.

⁵ Si v., tra i molti, Pini, Leonardi 2015, 137 ss.

⁶ Il concetto di *flexicurity* compare per la prima volta nel Libro Bianco del 1993 su «Crescita, competitività e occupazione» e viene adottato esplicitamente nel 1997, nel Libro Verde intitolato «Partenariato per una nuova organizzazione del lavoro». Sul punto si v. Wiltshagen, Tros 2004, 166 ss.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, 27.6.2007, COM (2007) 359 def.

sciuti ai lavoratori *standard*. La medesima impostazione è ripresa dall'Agenda per le nuove competenze e per l'occupazione, adottata nel quadro della Strategia «Europa 2020».

Di recente, inoltre, il documento della Commissione che istituisce il Pilastro europeo dei diritti sociali⁸ sottolinea, in relazione ai lavori flessibili, che i lavoratori hanno diritto a un trattamento equo e paritario per quanto riguarda le condizioni di lavoro, l'accesso alla protezione sociale e alla formazione e richiama le direttive già adottate in materia di lavoro a tempo parziale, a termine e interinale. Oltre a ciò, il Pilastro intende estendere la garanzia della parità di trattamento oltre le tre tipologie appena richiamate, dichiarando che detto principio si deve applicare «a prescindere dal tipo di rapporto di lavoro». D'altra parte, però, il Pilastro sottolinea la necessità di garantire ai datori di lavoro la «necessaria flessibilità per adattarsi rapidamente ai cambiamenti del contesto economico».

Il Pilastro europeo dei diritti sociali

In questo quadro, insomma, alla normativa antidiscriminatoria è assegnato il ruolo di «contrappeso alla flessibilizzazione delle condizioni di lavoro e delle tipologie contrattuali»⁹, in altre parole di «antidoto alla flessibilità»¹⁰. Occorre ricordare, ma la questione sarà approfondita più avanti, che il divieto di discriminazione svolge anche una funzione anticoncorrenziale, cioè serve a impedire che l'impresa ricorra al lavoro flessibile o all'esternalizzazione semplicemente per ridurre il costo del lavoro.

Le funzioni del divieto di discriminazione

In effetti, tanto il ricorso al lavoro flessibile quanto l'utilizzo di strumenti di esternalizzazione di segmenti dell'attività produttiva hanno la funzione di consentire all'impresa di acquisire dall'esterno prestazioni di lavoro (o, nel caso degli appalti, servizi) senza incrementare il proprio organico, mantenendo dunque invariato il numero dei dipendenti stabili.

Nel diritto interno, anche per questa ragione, il ricorso alla flessibilità tipologica e a strumenti di acquisizione indiretta di lavoro (come la somministrazione, il distacco o l'appalto di servizi) è stato accompagnato normalmente dalla previsione del principio di parità di trattamento. Nel caso degli appalti di opere e servizi, in forza della revisione della disciplina operata dal d.lgs. 10.9.2003, n. 276, il principio in parola è stato eliminato per gli appalti nazionali, mentre continua a essere applicato, sia pure nella versione minima prevista dalla Direttiva 96/71/CE, agli appalti e ai distacchi transnazionali, e agli appalti pubblici¹¹.

⁸ 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*, 26.4.2017, COM (2017) 250 final. Sul Pilastro si v. anche il Documento di lavoro dei servizi della Commissione che accompagna il medesimo documento, 26.4.2017, SWD (2017) 201 final.

⁹ Barbera 2007b, XXIV. Si v. anche Borelli 2007, 167 ss.

¹⁰ Secondo la formula utilizzata da Veneziani 1993, 235 ss.

¹¹ Si v. *infra*, §§ 4.3 e 4.4.

4.2. Il divieto di discriminazione dei lavoratori flessibili

Quando si parla di lavori atipici o flessibili ci si riferisce alle tipologie contrattuali che presentano una (o più) deviazioni rispetto al modello *standard* di lavoro a tempo pieno e indeterminato. La regolamentazione, sia nazionale che europea, dei lavori atipici, è sempre stata attraversata da due tensioni: da un lato, il riconoscimento delle esigenze di flessibilizzazione nell'impiego del lavoro da parte delle imprese, dall'altro la previsione di meccanismi di tutela volti ad attenuare la condizione di instabilità dei lavoratori coinvolti. In questo quadro il principale strumento di tutela è rappresentato, come si vedrà, proprio dal divieto di discriminazione.

Il contratto di lavoro a tempo parziale e il contratto a termine, in particolare, rappresentano da sempre i prototipi degli strumenti di flessibilità del lavoro. A ben vedere, infatti, gli altri rapporti di lavoro atipici costituiscono una combinazione (si pensi, ad esempio, al lavoro intermittente¹²) o una variante (come il lavoro temporaneo tramite agenzia¹³ e il *job sharing*¹⁴) degli stessi. Non è un caso, dunque, che i primi interventi di regolazione della flessibilità del lavoro, sia a livello nazionale che a livello europeo, abbiano interessato proprio termine e part-time¹⁵. Occorre segnalare fin d'ora, tuttavia, che le due tipologie contrattuali rispondono a esigenze e interessi diversi, il che spiega, come si cercherà di dire, anche il diverso atteggiamento del legislatore nazionale ed europeo rispetto a essi. Nel caso del part-time, per esempio, all'interesse del datore di lavoro per la flessibilità dell'orario di lavoro si affianca quello del lavoratore (più spesso della lavoratrice) alla libera disponibilità del tempo di non lavoro e dunque alla conciliazione del lavoro con interessi diversi, come la cura della famiglia. Questo spiega perché la diffusione del lavoro a tempo parziale sia vista favorevolmente dalla legge. Nel caso del contratto a termine, all'interesse del datore di lavoro al-

¹² Il lavoro intermittente (o lavoro a chiamata) è il contratto con il quale il lavoratore si pone a disposizione del datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione in modo discontinuo o intermittente (art. 13, d.lgs. 15.6.2015, n. 81).

¹³ Il lavoro temporaneo tramite agenzia unisce alla (normale) temporaneità del rapporto la dissociazione della figura del datore di lavoro, dal momento che il lavoratore è assunto dall'Agenzia, che rappresenta il vero datore di lavoro, ma presta la sua attività lavorativa presso l'utilizzatore. Pur trattandosi di uno strumento di flessibilità del lavoro che presenta elementi di innegabile contatto con il lavoro a tempo determinato, si è preferito trattarlo nel quadro degli strumenti di utilizzazione indiretta della manodopera (si v. i §§ 4.3 ss. di questo capitolo).

¹⁴ Nello *job sharing* (o contratto di lavoro ripartito) due lavoratori coprono un posto di lavoro a tempo pieno, potendo decidere discrezionalmente come ripartire tra loro l'impegno lavorativo. Dal punto di vista strutturale, si può dunque ritenere che il *job sharing* corrisponda a due rapporti di lavoro part-time con orario flessibile.

¹⁵ Anche il lavoro temporaneo tramite agenzia, in verità, è stato interessato dall'intervento europeo in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori temporanei. Il riferimento è alla Direttiva 91/383/CE, sulla quale si v. Lazzari 2009, 633 ss. e Ferrara 2018, 18 ss.

l'incremento temporaneo del proprio organico si contrappone quello del lavoratore alla stabilizzazione del rapporto di lavoro, il che spiega perché il nucleo centrale della regolazione, in questo caso, sia rappresentato dall'apposizione di limiti alla reiterazione di contratti a tempo determinato tra gli stessi soggetti.

In questo quadro, il profilo di regolamentazione comune delle due tipologie contrattuali è rappresentato dal divieto di discriminazione dei lavoratori part-time e a termine rispetto ai lavoratori *standard* comparabili¹⁶, là dove per *standard* si devono intendere i lavoratori assunti a tempo pieno e indeterminato. Il divieto di discriminazione comporta per il datore di lavoro l'obbligo di riconoscere ai lavoratori atipici un trattamento *almeno pari* a quello riservato ai lavoratori *standard*¹⁷ e ha la funzione, da un lato, di ridurre la segmentazione del mercato del lavoro e, dall'altro, di regolare la concorrenza sia tra le imprese, sia tra gli stessi lavoratori¹⁸.

Il divieto di discriminazione impedisce che l'utilizzo della flessibilità avvenga in spregio dei diritti fondamentali dei lavoratori, in particolare del diritto a non essere trattati diversamente di soggetti che si trovano in posizioni analoghe. Come precisato dalle direttive in materia, poi, il principio di non discriminazione ha la funzione di migliorare la qualità del lavoro dei lavoratori atipici, attenuando la situazione di precarietà nella quale versano.

Il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici è per l'appunto riconosciuto espressamente dalle Direttive 97/81/CE (per il lavoro a tempo parziale) e 99/70/CE (per il lavoro a tempo determinato). Un analogo divieto, sia pure in una versione apparentemente più debole, è previsto dalla Direttiva 2008/104/CE per il lavoro tramite agenzia¹⁹. In Italia il divieto in parola è stato espressamente introdotto per la prima volta nella normativa di recepimento delle prime due direttive citate (rispettivamente, il d.lgs. 25.2.2000, n. 61 e il d.lgs. 6.9.2001, n. 368) ed è attualmente previsto dagli artt. 7 e 25 del d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (uno dei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act*), con una formulazione parzialmente diversa per le due tipologie contrattuali²⁰. Anche per il lavoro intermittente lo stesso d.lgs. n. 81/2015 detta, all'art. 17, il principio di non discriminazione, limitandolo tuttavia ai soli periodi lavorati²¹. In precedenza, il divieto di discriminazione

¹⁶ Sulla nozione di lavoratore comparabile si v. *supra*, Cap. 3, § 3.2.1.

¹⁷ Il trattamento dei lavoratori atipici potrebbe anche essere più favorevole di quello dei lavoratori a tempo pieno e indeterminato, per attenuare la condizione di precarietà in cui i primi si trovano. Si v. Borelli 2007, in particolare 167 ss.

¹⁸ Sul punto si v. Alessi 2012, 6 ss.; Borelli 2007, 167 ss.

¹⁹ Sul quale si rinvia ai §§ 4.3 ss.

²⁰ Per il lavoratore a tempo parziale si prevede che egli «non deve ricevere un trattamento meno favorevole del lavoratore a tempo pieno», mentre per il lavoratore a termine la norma stabilisce che «al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori a tempo indeterminato comparabili».

²¹ L'art. 17 stabilisce infatti che il lavoratore intermittente non possa ricevere «per i periodi la-

era previsto, con una formulazione ampia, per il contratto a termine²², mentre per il lavoro a tempo parziale si poteva ricavare, tra l'altro, dalle previsioni in materia di retribuzione oraria²³ e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di discriminazioni indirette, come si dirà più avanti.

L'interpretazione della portata del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici si deve principalmente all'attivismo della Corte di giustizia europea, sollecitata dai giudici nazionali a chiarirne il significato e l'ambito di applicazione. Nella giurisprudenza italiana, invece, le pronunce in tema di parità di trattamento dei lavoratori atipici sono rare e riguardano quasi esclusivamente l'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione, segno questo che la titolarità di un rapporto di lavoro atipico rende più problematica la tutela in giudizio dei diritti connessi al rapporto di lavoro, a causa della situazione di precarietà in cui versa il lavoratore e del timore, per i lavoratori a termine, di non vedersi rinnovare il contratto.

La Corte di giustizia, fin dalle prime pronunce, ha considerato il divieto di discriminazione e il correlato principio di parità di trattamento il nucleo forte della regolazione europea della flessibilità del lavoro, dimostrando di voler loro assegnare la portata più ampia possibile, da un lato ritenendo le previsioni delle due direttive sufficientemente precise e incondizionate da poter essere direttamente applicate dal giudice all'interno degli Stati membri, dall'altro scrutinando rigorosamente le ragioni addotte per giustificare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*. Rinviando *infra* al § 4.2.2 per un'analisi più approfondita della complessa questione, si può anticipare come la Corte di giustizia abbia adottato, nel valutare le possibili giustificazioni relative alle differenze di trattamento tra lavoratori atipici e *standard*, una formulazione assai restrittiva, divenuta ormai una sorta di clausola di stile nella sua giurisprudenza, secondo la quale una disparità di trattamento può essere giustificata 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 a una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria»²⁴.

vorati e a parità di mansioni svolte, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello». Sul significato della previsione si v. Mattei 2015, 665.

²² Il riferimento è all'art. 5 della l. 18.4.1962, n. 230.

²³ La prima disciplina organica del lavoro a tempo parziale nel nostro ordinamento era contenuta nell'art. 5 del d.l. 30.10.1984, n. 726, conv. in l. 19.12.1984, n. 863.

²⁴ Si v., tra le tante, Corte giust., 8.9.2011, *Rosado Santana*, causa C-177/10, punto 73 della motivazione, per il contratto a tempo determinato; in termini analoghi Corte giust., 1.3.2012, *O'Brien*, causa C-393/10, punto 64 della motivazione, per il contratto di lavoro a tempo parziale.

Quanto alla portata del divieto, occorre dire che anche nel caso dei lavori atipici, come è avvenuto per le discriminazioni sulla base del sesso²⁵, la Corte di giustizia europea lo ha esteso a tutti i trattamenti economici e normativi collegati al rapporto di lavoro, arrivando a toccare, con decisioni in verità discutibili, perfino le prestazioni erogate dai sistemi di previdenza sociale di alcuni Paesi membri (tra cui l'Italia)²⁶. Nello stesso senso si è mossa, sia pure con percorsi parzialmente differenti, la giurisprudenza italiana che, spesso sulla scia di quella europea, ha via via esteso ai lavoratori atipici i benefici riconosciuti ai dipendenti stabili.

La portata del divieto di discriminazione

La parità di trattamento, in questo quadro, riguarda dunque anzitutto la retribuzione e le prestazioni economiche erogate ai lavoratori *standard* (scatti di anzianità e relativa indennità²⁷, sanzioni legate alla illecita apposizione del termine²⁸, indennità per la cessazione di un contratto di lavoro²⁹, per formazione continua³⁰, ecc.), nonché tutti gli altri trattamenti riconosciuti ai medesimi lavoratori in ragione del rapporto di lavoro (ad es., il periodo di preavviso in caso di licenziamento³¹, i criteri di calcolo dell'anzianità di servizio ai fini contributivi³², i permessi di studio retribuiti³³, ecc.). Dall'ambito di applicazione del principio di parità sono invece esclusi, per espressa previsione delle direttive in materia, i trattamenti previdenziali pubblici, che sono invece soggetti al divieto di discriminazione sulla base del sesso ai sensi della Direttiva 79/7/CEE. Ciò non toglie che la Corte di giustizia, come si vedrà, abbia ampliato il divieto di discriminazione fino a ricomprendere anche le prestazioni pensionistiche erogate da sistemi generali di previdenza³⁴.

Venendo ora all'analisi della struttura del divieto, occorre anzitutto segnalare che esso presenta alcune caratteristiche che lo distinguono dagli altri divieti di discriminazione. In primo luogo, la condizione di lavoratore atipico è uno dei pochi fattori di discriminazione che

La struttura del divieto di discriminazione dei lavoratori atipici

²⁵ V. *infra*, § 4.2.3.

²⁶ Cfr. Corte giust., 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, causa C-395/08, in *RIDL*, 2011, II, 536 ss., con nota di Premoli e in *D&L*, 2010, 4, 974 ss., con nota di Alessi, nel quale la Corte di giustizia ha ritenuto che dovesse rientrare nella nozione di retribuzione anche la pensione di anzianità erogata dall'INPS. Sulla complessa questione si v., in generale, Bonardi 2010.

²⁷ La questione della spettanza degli scatti di anzianità nel contratto a tempo parziale e nel contratto a termine verrà trattata nei §§ 4.2.3 e 4.2.4.

²⁸ Corte giust., 12.12.2013, *Carratù*, causa C-361/12, in *FI*, 2014, IV, 74 ss., con nota di Perrino.

²⁹ Corte giust., 14.9.2016, *De Diego Porras*, causa C-596/14.

³⁰ Corte giust., 9.2.2012, *Lorenzo Martinez*, causa C-556/11.

³¹ Corte giust., 13.3.2014, *Nierodzik*, causa C-38/13.

³² Corte giust., 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, causa C-395/08, ripresa da Cass., sez. lav., 24.10.2016, n. 21376.

³³ Trib. Milano, 7.7.2014, reperibile in *De Jure*, 2014.

³⁴ V. *infra*, § 4.2.3.

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 non *standard*, che in questo caso è dunque equiparata al possesso di caratteristiche particolari, socialmente individuate, che determinano l'appartenenza del lavoratore a un gruppo bisognoso di protezione³⁵.

La tutela offerta dal diritto antidiscriminatorio può perciò non riguardare tutta la vita lavorativa del soggetto, dal momento che la situazione è reversibile³⁶; occorre tuttavia ricordare che tale protezione può essere invocata anche dal lavoratore *standard* ogni qual volta la sua precedente condizione di atipico venga in considerazione per la determinazione dei trattamenti cui il lavoratore ha diritto. 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 in seguito a tempo indeterminato dallo stesso datore di lavoro (in genere la pubblica amministrazione)³⁷. In altre parole, la tutela antidiscriminatoria in questi casi si proietta oltre il periodo durante il quale il lavoratore si trova nella condizione protetta, ogni volta che detta condizione possa incidere in maniera sfavorevole sul rapporto di lavoro.

Discriminazione diretta
e giustificazioni

In secondo luogo, 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 rispetto ai lavoratori a tempo pieno e indeterminato comparabili³⁸ per il solo fatto di lavorare con un contratto di lavoro non *standard*. Le differenze di trattamento fondate sul rapporto di lavoro, però, possono essere giustificate sulla base di ragioni oggettive, secondo quando stabiliscono le due direttive europee in materia; da questo punto di vista, perciò, il divieto di discriminazione dei lavoratori atipici ha un profilo di disciplina in comune con il divieto di discriminazioni indirette.

Non si tratta, a dire il vero, di una novità assoluta, dal momento che un altro divieto di discriminazione diretta, quello sulla base dell'età, prevede la possibilità di giustificazione³⁹, ma si tratta certamente di un profilo molto delicato. Per questa ragione, la Corte di giustizia europea guarda con attenzione alle ragioni addotte per giustificare le differenze di trattamento tra lavoratori tipici e atipici,

³⁵ Petterson 2015, 47 ss.; De La Porte, Emmenegger 2016, 7; Zappalà 2012, 165 ss.

³⁶ Si tratta di una caratteristica che è comune anche ad altri fattori di discriminazione, come l'età o, in qualche caso, le convinzioni personali.

³⁷ V. *infra*, § 4.2.4.

³⁸ Sulla nozione di lavoratore comparabile si v. il Cap. 3, § 3.2.1.

³⁹ Sul tema si v. Cap. 2, § 2.4.9. La dottrina è tuttavia molto critica verso la possibilità di giustificare le discriminazioni sulla base dell'età al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge. Si v. Bonardi 2007, 138 ss. La questione, poi, della possibilità di ampliare le eccezioni stabilite espressamente dalla legge per le discriminazioni dirette sulla base del sesso è molto dibattuta in dottrina. Su questi profili si v. Guaglianone 2007, 273 ss.; Izzi 2005, 62 ss.

come si avrà modo di osservare più avanti, scrutinandole con grande rigore. Nelle sentenze in materia di parità di trattamento dei lavoratori non *standard*, in particolare, la Corte ha più volte precisato la nozione di «ragioni oggettive», operando una valutazione 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 sesso⁴⁰.

Ci si può chiedere, a questo punto, se il divieto si riferisca anche alle discriminazioni *indirette sulla base della tipologia contrattuale*, dal momento che la formulazione delle previsioni (nazionali ed europee) sembrerebbe riguardare solo le discriminazioni dirette⁴¹. La soluzione affermativa non sembra possa essere messa in dubbio dal momento che la nozione di discriminazione, come insegna la giurisprudenza della Corte di giustizia, ricomprende anche le discriminazioni indirette⁴². In effetti, forme di discriminazione indiretta sulla base della tipologia contrattuale possono essere intraviste in tutti i casi in cui, ad esempio, per la determinazione dei trattamenti applicabili ai lavoratori si utilizzino criteri come l'anzianità di servizio (per i lavoratori a termine) o l'ammontare complessivo dell'orario di lavoro (per i lavoratori part-time, ad esempio).

Le discriminazioni indirette sulla base della tipologia contrattuale

La previsione espressa del divieto ha fatto venir meno l'esigenza di ricorrere, per la censura delle differenze di trattamento tra lavoratori sulla base della tipologia del rapporto di lavoro, al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso, come avveniva prima dell'emanazione delle direttive europee. Com'è noto, la nozione di discriminazione indiretta è stata utilizzata dalla Corte di giustizia nelle ipotesi in cui ai lavoratori a tempo parziale (nella stragrande maggioranza dei casi donne) veniva riservato un trattamento differenziato rispetto ai lavoratori a tempo pieno⁴³. Ciò ha consentito alla Corte di giustizia di fornire una tutela anche ai lavoratori atipici pur in assenza di una previsione espressa del Trattato o del diritto derivato.

Discriminazioni indirette sulla base del sesso e tipologie contrattuali

Oggi la codificazione del divieto di discriminazione sulla base della tipologia contrattuale da un lato aiuta a includere nell'area protetta anche i rapporti di lavoro per i quali risulta meno evidente (se non del tutto assente) uno squilibrio nella presenza di uomini e donne (come nel lavoro a termine e nel lavoro temporaneo), dall'altro evita di dover ricorrere a dati statistici per la dimostrazione dell'esistenza della discriminazione tra uomini e donne, dati che in qualche caso sono stati ritenuti insufficienti o non pertinenti⁴⁴.

⁴⁰ Si v. *supra*, Cap. 1, § 1.7.3.

⁴¹ Si v., in relazione alla Direttiva sul contratto a termine, Schlachter 2015, 221 ss.

⁴² V. *supra*, Cap. 1, § 1.10.3.

⁴³ In giurisprudenza si v., tra le tante, Corte giust. CE, 11.9.2003, *Steinicke*, causa C-77/02. In dottrina si v., sul punto, Bell 2017, 5 ss.

⁴⁴ Si v. ad esempio il caso *Cachaldora Fernandez* (Corte giust., 14.4.2015, *Cachaldora Fer-*

A questo punto, viene da chiedersi se, in presenza del divieto in esame, abbia ancora senso il ricorso al divieto di discriminazione indiretta sulla base del sesso per censurare le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*. Certamente la previsione espressa ha ridotto di molto l'utilizzo della nozione di discriminazione indiretta, ma non si può escludere che residuino casi in cui il confronto tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* non conduca a rilevare una disparità di trattamento, perché questa si verifica invece fra lavoratori tutti titolari di contratti di lavoro atipico, come avviene talvolta nel caso dei lavoratori assunti con contratto part-time verticale e orizzontale⁴⁵. In queste ipotesi, che la Corte continua a ritenere escluse dalla tutela paritaria prevista dalle direttive sui lavori atipici⁴⁶, il ricorso alla nozione di discriminazione indiretta sulla base del sesso potrebbe risultare utile per dichiarare illegittime differenze che altrimenti non ricadrebbero tra quelle vietate dalle direttive in parola.

4.2.1. La nozione di lavoratore flessibile e il *tertium comparationis*

La nozione di lavoro
atipico

Come si è detto, quando si parla di lavori atipici o flessibili ci si riferisce alle tipologie contrattuali che si distinguono dal contratto di lavoro considerato *standard*, cioè quello a tempo pieno e indeterminato, per alcuni profili. Nella variegata categoria dei lavori atipici rientrano dunque anzitutto il contratto a termine e il part-time, il lavoro a chiamata (o intermittente, o *job on call*), il lavoro temporaneo tramite agenzia (di cui si parlerà nei §§ 4.3 ss. di questo capitolo). A queste tipologie contrattuali si affiancano poi i contratti formativi, che aggiungono alla durata temporanea del contratto l'elemento della formazione⁴⁷ e, nelle ricostruzioni più recenti, alcune

nandez, causa C-527/13) nel quale la Corte non ha ritenuto pertinenti i dati statistici forniti al giudice del rinvio ai fini dell'accertamento di una discriminazione indiretta sulla base del sesso, dal momento che i dati riguardavano i lavoratori a tempo parziale considerati nel loro insieme e non i soli lavoratori a tempo parziale interessati dalla previsione contestata, cioè quelli che avevano lavorato con orario ridotto negli otto anni precedenti il periodo in cui si era verificata un'interruzione contributiva.

⁴⁵ Il riferimento è al caso esaminato da Corte giust., 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, causa C-395/08, nel quale la disparità di trattamento si verificava in effetti tra lavoratori a tempo parziale di tipo orizzontale e verticale in relazione all'anzianità di servizio, calcolata (come per i lavoratori a tempo pieno) in relazione al periodo di lavoro effettivo. La Corte ha ricostruito la fattispecie come una disparità di trattamento tra lavoratori *standard* e lavoratori a tempo parziale utilizzando, come termine di paragone, non tanto il criterio del lavoro effettivo (che avrebbe svantaggiato i *part-timers* verticali, ma non sarebbe risultato discriminatorio alla luce del principio paritario), bensì quello della durata complessiva del rapporto di lavoro (prescindendo cioè dai periodi di lavoro e di non lavoro). Ciò dimostra che è come viene costruito il giudizio di comparazione che incide, tra l'altro, sull'esito dell'accertamento dell'esistenza di una discriminazione.

⁴⁶ V. *supra*, Cap. 3, § 3.2.1.

⁴⁷ Il riferimento è, per il nostro ordinamento, al contratto di apprendistato disciplinato dagli artt. 41 ss. del d.lgs. n. 81/2015 che, per espressa previsione di legge, è considerato un contratto a

tipologie di contratti di lavoro parasubordinato che richiedono una particolare tutela per i lavoratori, come (in Italia) le collaborazioni coordinate e continuative⁴⁸. Queste ultime, tuttavia, rientrando nella categoria del lavoro autonomo (sia pure parasubordinato), non godono della tutela antidiscriminatoria riservata dalla legge al lavoro (subordinato) atipico⁴⁹.

In generale, comunque, i lavori atipici sono tipologie contrattuali accomunate dall'esigenza di apprestare una tutela specifica ai lavoratori in ragione della maggiore precarietà della loro posizione nei confronti del datore di lavoro, derivante dalla fissazione di un termine finale, dalla riduzione dell'orario di lavoro o dalla combinazione dei due elementi, come può avvenire ad esempio nel caso del lavoro intermittente.

Una delle questioni più delicate riguarda la possibilità o meno per il legislatore di escludere un dato rapporto di lavoro dall'applicazione della disciplina del contratto a termine o del contratto di lavoro a tempo parziale in ragione, ad esempio, della natura pubblica del datore di lavoro, della percentuale di riduzione dell'orario di lavoro oppure della finalità «sociali» del rapporto di lavoro. In alcuni Paesi, per esempio, l'accesso alla tutela lavoristica è riservata ai lavoratori che superino una certa soglia di orario di lavoro. In Italia una situazione simile si è verificata in passato con l'ormai abrogata disciplina del lavoro ripartito (o *job sharing*), là dove il legislatore prevedeva espressamente che a tale tipologia non si applicasse la disciplina del part-time⁵⁰, e per i lavori socialmente utili (LSU), per i quali è stata esclusa l'applicazione della disciplina del lavoro a termine (si v. *infra*)⁵¹.

... e la discrezionalità del
legislatore

tempo indeterminato. Per il contratto di apprendistato, tuttavia, l'elemento della formazione esclude, per taluni aspetti, l'applicazione della medesima disciplina prevista per i lavoratori già formati.

⁴⁸ Si tratta delle collaborazioni previste dall'art. 409, n. 3, c.p.c., che assoggetta al rito del lavoro anche gli «altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato».

⁴⁹ Fa eccezione, in verità, la tipologia di nuovo conio delle collaborazioni etero-organizzate previste dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015, che, pur essendo considerate dalla legge forme di lavoro parasubordinato, sono assoggettate alla medesima disciplina del lavoro subordinato in ragione della posizione di particolare debolezza in cui versa il lavoratore, dovuta alla presenza di alcuni elementi tipici della subordinazione (si v. Perulli 2016, 11 ss.). A tali tipologie contrattuali si deve ritenere estesa, in ragione dell'ampia formulazione dell'art. 2, anche la tutela antidiscriminatoria. Sulla tutela antidiscriminatoria prevista per i lavoratori autonomi si v. il Cap. 3, § 3.7.

⁵⁰ Nella disciplina del lavoro ripartito di cui agli art. 41 ss. del d.lgs. n. 276/2003 si prevedeva l'applicazione, per quanto non espressamente regolamentato dai medesimi articoli, della disciplina generale del lavoro subordinato e non di quella del lavoro a tempo parziale, pur essendo la prestazione di ciascun lavoratore svolta a orario ridotto.

⁵¹ I lavori socialmente utili (LSU) sono attività destinate a impegnare per un periodo determinato lavoratori in mobilità, in Cassa Integrazione Guadagni o disoccupati di lunga durata. L'attività svolta dai lavoratori deve avere a oggetto la realizzazione di opere e la fornitura di servizi di pubblica utilità a favore di Pubbliche amministrazioni, enti pubblici economici, società a prevalen-

Si tratta di ipotesi che sono state analizzate nel corso degli ultimi anni dalla Corte di giustizia nell'interpretazione delle Direttive 99/70/CE e 97/81/CE. Si può dire, in generale, che la Corte di giustizia ha escluso, nella stragrande maggioranza dei casi, che la legge di uno Stato membro possa sottrarre all'applicazione delle direttive in parola un dato rapporto di lavoro, una volta che si sia in presenza dei *connotati strutturali* del lavoro a termine o del lavoro a tempo parziale.

Una simile conclusione si può ricavare già dalle previsioni delle Direttive 99/70/CE e 97/81/CE, che consentono agli Stati membri di stabilire che le previsioni in esse contenute non si applichino a taluni rapporti di lavoro, ma solo in presenza di particolari condizioni, come il fatto che si tratti di rapporti di apprendistato o di formazione (per il contratto a termine) o di lavoratori che operino su base occasionale (per il lavoro a tempo parziale)⁵².

La Corte di giustizia, dal canto suo, ha spesso precisato che, benché le nozioni di lavoro a tempo parziale e lavoro a tempo determinato debbano essere interpretate alla luce del diritto nazionale, tuttavia detta interpretazione non può privare di effetto utile le direttive in materia di lavoro atipico⁵³. La discrezionalità del legislatore nazionale, dunque, non può considerarsi illimitata. La posizione sul punto ricorda molto quella assunta sulla nozione di lavoratore ai fini dell'applicazione delle previsioni in materia di libera circolazione e di tutela antidiscriminatoria, là dove la Corte ha spesso sottolineato che detta nozione deve considerarsi comunitaria, per ciò stesso sottratta alla discrezionalità del legislatore nazionale che altrimenti potrebbe, operando su di essa, limitare l'ambito di applicazione del diritto europeo⁵⁴.

Lavori atipici e
dipendenti pubblici

Da questo punto di vista, è importante ricordare che la Corte ha sempre escluso che la natura pubblica del rapporto di lavoro potesse essere considerata una ragione *di per sé sola* sufficiente a giustificare l'esclusione dell'applicazione del diritto europeo. Tanto con riguardo ai lavoratori a tempo parziale, quanto rispetto ai lavoratori a termine, la Corte ha spesso ribadito che le direttive in materia di lavori atipici si applicano anche ai dipendenti pubblici.

In particolare, secondo la Corte,

te partecipazione pubblica e altri soggetti individuati dalla legge ed è compensata con un assegno erogato dall'INPS.

⁵² I riferimenti sono alla clausola 2, co. 2 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 99/70/CE e alla clausola 2, co. 2, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE. In quest'ultimo caso, la norma precisa che gli Stati dovrebbero periodicamente rivedere le esclusioni in parola. Sul punto si rinvia a Alessi 2012, 108 ss.

⁵³ Corte giust., 1.3.2012, *O'Brien*, causa C-393/2010. Sul significato del principio di effettività in relazione al lavoro *non standard* si v. Aimo 2015, 635 ss. Si v. anche Aimo 2017, 58 ss.

⁵⁴ V. *supra*, Cap. 3, § 3.1. La Corte di giustizia ha sostenuto detta posizione fin dalle prime sentenze in materia di libera circolazione: cfr. Corte giust. CE, 19.3.1964, *Unger*, causa C-75/63. In dottrina si v. Giubboni, Orlandini 2007, 33 ss; Giubboni 2014, in particolare 4 ss.

«la Direttiva 99/70/CE e l'accordo quadro che figura in allegato a essa devono essere interpretati nel senso che, da un lato, essi si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico e, dall'altro, richiedono che sia esclusa qualsiasi disparità di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo e i dipendenti pubblici temporanei comparabili di uno Stato membro per il solo motivo che questi ultimi lavorano a tempo determinato, a meno che la disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive nell'accezione di cui alla clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro»⁵⁵.

La discrezionalità degli Stati membri, dunque, non può spingersi fino a escludere l'applicazione delle direttive in materia di lavori atipici, e dunque del principio di parità di trattamento, semplicemente facendo leva sulla particolare natura del rapporto di lavoro. La conclusione cui è giunta la Corte nel caso del lavoro pubblico è stata ribadita in relazione a due fattispecie previste dalla legislazione italiana, nelle quali è stata affrontata la questione delle finalità sociali, da un lato, e della natura speciale, dall'altro, del rapporto di lavoro.

La prima controversia che ha visto protagonista lo Stato italiano ha riguardato i lavori socialmente utili (LSU)⁵⁶, che erano disciplinati nel nostro ordinamento dal d.lgs. 28.8.1997, n. 468, ora abrogato dall'art. 34 del d.lgs. 14.9.2015, n. 150⁵⁷. In questo caso la Corte di giustizia ha dapprima ricordato che non è consentito escludere arbitrariamente «una categoria di persone dal beneficio della tutela offerta dalla Direttiva 99/70/CE e dall'accordo quadro» (punto 51) una volta che il rapporto di lavoro è oggettivamente di natura subordinata; detto questo, però, la Corte ha poi aggiunto che anche qualora si verifichi una situazione del genere, occorre ricordare che

Direttiva 99/70/CE e
lavori socialmente utili

«la clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro offre agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato» nonché i «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici» (punto 53 della sentenza).

⁵⁵ Corte giust., 8.9.2011, *Rosado Santana*, causa C-177/2010; si v. anche Corte giust. CE, 4.7.2006, *Adeneler*, causa C-212/04; Corte giust., 22.12.2010, *Gavieiro Gavieiro*, cause riunite C-444/09 e C-456/09.

⁵⁶ Corte giust., 15.3.2012, *Sibilio*, causa C-157/11, in *RIDL*, 2012, II, 960 ss., con nota di Pa-squaletto.

⁵⁷ La nuova disciplina dei lavori socialmente utili è contenuta nell'art. 26 del citato d.lgs. n. 150/2015 che, al co. 3, stabilisce che «l'utilizzazione dei lavoratori nelle attività di cui al co. 1 non determina l'instaurazione di un rapporto di lavoro e deve avvenire in modo da non incidere sul corretto svolgimento del rapporto di lavoro in corso».

Trattandosi dunque, in questo caso, di un rapporto finalizzato al reinserimento e al sostegno al reddito di lavoratori disoccupati o sospesi dal lavoro, la Direttiva 99/70/CE non trova applicazione. È importante segnalare, tuttavia, che nel caso dei lavori socialmente utili il legislatore italiano non ha utilizzato in maniera espressa la deroga di cui sopra, anche perché la normativa oggetto dell'analisi della Corte è entrata in vigore *prima* della Direttiva. Sembra dunque che la Corte abbia accolto l'idea per cui la deroga può essere anche implicita, si possa ricavare cioè dalle finalità assegnate a un particolare strumento, senza che sia necessario che lo Stato membro escluda espressamente l'applicazione delle disposizioni della Direttiva e della normativa di recepimento, così come avviene per la disciplina italiana⁵⁸.

Il lavoro marittimo ■ Una diversa soluzione è stata data al caso del lavoro del personale navigante, sempre avente a oggetto la legislazione italiana⁵⁹. La controversia riguardava il contratto di lavoro marittimo, in particolare dei lavoratori assunti a termine sui traghetti che collegano la Sicilia alla Calabria. Ai suddetti lavoratori, secondo la legge italiana, non si applica la disciplina generale del contratto a termine, bensì il codice della navigazione. Secondo la prospettazione dello Stato italiano, il contratto di arruolamento dei marittimi seguirebbe regole proprie, diverse da quelle applicabili alla generalità dei lavoratori, regole ricavabili dalla Direttiva 2009/13/CE e dalla Convenzione sul lavoro marittimo (CLM), allegata alla medesima Direttiva.

La Corte ha osservato, da un lato, che non risulta che «l'accordo sulla CLM 2006, così come gli altri atti adottati dal legislatore dell'Unione nel settore marittimo, contenga norme destinate, al pari dell'accordo quadro, a garantire l'applicazione del principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori assunti a tempo determinato» (punto 36 della sentenza) e che in ogni caso detto accordo non si applicherebbe al personale navigante in acque interne, come i lavoratori in questione. In questo caso, dunque, l'esclusione prevista dalla legislazione italiana non può ritenersi conforme alla Direttiva 99/70/CE.

La nozione di lavoratore a tempo parziale ■ Le sentenze appena richiamate dimostrano che la Corte opera uno scrutinio molto attento circa la possibilità per gli Stati membri di escludere l'applicazione delle direttive sui lavori atipici agendo sulla definizione di lavoratore a termine o part-time.

Per quanto riguarda il lavoro a tempo parziale, ad esempio, una simile posizione è stata espressa nella sentenza con la quale la Corte ha censurato la normativa britannica che escludeva una particolare categoria di giudici a tempo parzia-

⁵⁸ Peraltro, neppure la nuova disciplina dei LSU, di cui all'art. 26 del d.lgs. n. 150/2015, contiene una deroga espressa. Sulla necessità che gli Stati membri si debbano avvalere in sede di recepimento delle direttive UE delle facoltà di deroga in forma espressa v. però quanto discusso in merito alla giurisprudenza della Corte di giustizia e nazionale nel Cap. 5, § 5.3.6.

⁵⁹ Corte giust., 3.7.2014, *Fiamingo*, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, in *RIDL*, 2015, II, 291 ss., con nota di Ales.

le (i c.d. *recorders*) dal riconoscimento della pensione di vecchiaia concessa invece ai *circuit judges*, sia a tempo pieno che a tempo parziale⁶⁰, sul presupposto dell'esistenza di una profonda differenza tra la posizione dei primi e quella dei secondi. Secondo la Corte, in particolare, detta esclusione,

«sotto pena di essere considerata arbitraria, può essere ammessa solo qualora la natura del rapporto di lavoro di cui trattasi sia sostanzialmente diversa da quella che lega ai loro datori di lavoro i dipendenti che, secondo il diritto nazionale, rientrano nella categoria dei lavoratori» (punto 42 della sentenza).

Nell'ottica della Corte, naturalmente, tale differenza non può fondarsi sulla natura pubblica o privata del datore di lavoro, ma deve basarsi su ragioni oggettive, come il fatto che l'attività dei giudici in questione abbia i caratteri del lavoro autonomo.

Altra questione di rilievo, specie per alcuni Paesi europei, è se gli Stati membri possano escludere dall'applicazione delle direttive i lavoratori "marginali", cioè coloro che osservano un orario di lavoro molto ridotto o che lavorano per un periodo di tempo limitato e che per tale ragione non hanno accesso a tutte le tutele previste per i lavoratori *standard*. I lavoratori marginali

Anche su questo punto la risposta della Corte di giustizia è stata prevalentemente di segno negativo, come del resto è avvenuto per l'analogo problema posti in materia di libera circolazione dei lavoratori per i lavoratori impegnati in attività marginali o accessorie⁶¹.

Con riguardo al riconoscimento del diritto alle prestazioni previdenziali, come le pensioni o le prestazioni di malattia, peraltro, la Corte è passata da un atteggiamento di favore verso le ragioni addotte dagli Stati membri per giustificare l'esclusione dei lavoratori marginali dall'accesso a esse⁶² a un orientamento fortemente restrittivo. Nella giurisprudenza più recente, infatti, la Corte ha mostrato di ritenere irrilevanti le ragioni legate alle esigenze di bilancio fatte valere dagli Stati quando la questione riguarda una prestazione pensionistica. Il caso più eclatante è stato sollevato da una lavoratrice spagnola che aveva lavorato in qualità di collaboratrice domestica per un condominio per 18 anni per 4 ore alla settimana e che, raggiunta l'età di accesso alla pensione di vecchiaia, aveva presentato domanda

⁶⁰ Corte giust., 1.3.2012, *O'Brien*, causa C-393/10. In dottrina si v. Di Francesco 2013, 436 ss.

⁶¹ Il riferimento è alla sentenza *Levin*, con la quale la Corte ha dichiarato che la nozione di «lavoratore» ai sensi delle norme in materia di libera circolazione comprende anche coloro che svolgono o intendono svolgere un'attività subordinata a orario ridotto: Corte giust. CE, 23.3.1982, *Levin*, causa C-53/81. Sul punto, in riferimento al part-time, si v. Delfino 2008, 93 ss.

⁶² Si v. Corte giust. CE, 14.12.1995, *Nolte*, causa C-317/93. Nel caso di specie la Corte aveva ritenuto legittima l'esclusione dal regime legale di assicurazione vecchiaia previsto dall'ordinamento tedesco le attività lavorative prestate per un orario inferiore alle 15 ore settimanali. Sul punto si v. Bonardi 2012, 134 ss.

per ottenerla e se l'era vista rifiutare dall'INNS (*Instituto Nacional de la Seguridad Social*) sul presupposto che non avesse raggiunto il requisito contributivo minimo previsto dalla legge. La Corte ha ritenuto che l'esclusione dei lavoratori part-time "minimi" debba considerarsi contraria al principio di parità di trattamento, sia alla luce della Direttiva 97/81/CE quanto alla luce della Direttiva 79/7/CEE (applicabile alla fattispecie *ratione materiae*)⁶³. La decisione ha provocato dapprima una sentenza del *Tribunal Constitucional* che ha dichiarato incostituzionale la previsione in materia di calcolo del periodo di contribuzione per l'accesso alla pensione di vecchiaia⁶⁴ e, in un secondo momento, la riforma della legislazione spagnola in materia nel senso indicato dalle due supreme giurisdizioni⁶⁵.

Analoga posizione è stata espressa dalla Corte di giustizia in relazione a un caso relativo tanto ai lavoratori part-time con orario al di sotto di una soglia minima (12 ore settimanali) quanto ai lavoratori a tempo determinato assunti per un periodo inferiore ai sei mesi. In queste ipotesi la legge austriaca prevede un trattamento deteriore per i lavoratori impiegati con le suddette tipologie contrattuali rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili con riguardo a retribuzione, inquadramento, ferie e ad altri trattamenti connessi al rapporto di lavoro. La Corte non ha esitato a ricordare che una disparità di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* non può derivare dal solo fatto che sia prevista da una norma generale in ragione della natura occasionale della prestazione o dell'orario di lavoro svolto, nemmeno se lo Stato membro invoca, a giustificazione della disparità di trattamento «un obiettivo legittimo di politica sociale e di organizzazione del mercato del lavoro»⁶⁶.

Le considerazioni che precedono inducono a pensare che la Corte di giustizia, pur rispettando formalmente la discrezionalità degli Stati membri nella definizione del campo di applicazione della disciplina dei lavori atipici, in realtà sia arrivata a formulare una nozione europea di lavoratore atipico che gli Stati devono tenere in considerazione nella trasposizione del diritto europeo. L'obiettivo della Corte è senza dubbio riconducibile alla volontà di estendere quanto più possibile l'ambito di applicazione delle direttive, limitando fortemente la possibilità per gli Stati membri di privare di efficacia le disposizioni delle stesse.

Il caso *Wippel* e la
nozione di lavoratore
comparabile

Se questo è vero, non si può non fare un cenno a un caso che sembra aver messo in serio pericolo l'applicazione della tutela offerta dalla Direttiva 97/81/CE sul part-time per i lavoratori

⁶³ Corte giust., 22.11.2012, *Elbal Moreno*, causa C-385/2011, in *RGL*, 2013, II, 479 ss., con nota di Alessi, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁶⁴ Tribunal Constitucional 14.3.2013, n. 61, in *BOE*, n. 86 del 10.4.2013, 85 ss.

⁶⁵ La modifica della legislazione spagnola è avvenuta con il Real Decreto-ley 2.8.2013, n. 11, poi incorporato nella Ley 28.2.2014, n. 1, *Ley para la protección de los trabajadores a tiempo parcial*.

⁶⁶ Corte giust., 22.4.2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, causa C-486/08.

impiegati con contratti di lavoro a chiamata nel caso in cui manchi un lavoratore cui confrontare il trattamento riservato a questi ultimi. Si tratta del celeberrimo caso *Wippel*⁶⁷, riguardante una lavoratrice austriaca impiegata con un contratto di lavoro «secondo il fabbisogno», nel quale cioè le parti rinunciano a fissare preventivamente la durata e l'organizzazione dell'orario di lavoro. Secondo questo schema contrattuale, il datore di lavoro può chiedere la prestazione della lavoratrice quando lo ritenga opportuno, restando quest'ultima peraltro libera di accettare o meno la chiamata. La Corte di giustizia, chiamata a decidere dell'applicazione del divieto di discriminazione di cui alla Direttiva 97/81/CE al caso di specie, dopo aver affermato che il titolare di un contratto di lavoro secondo il fabbisogno può essere considerato, alle condizioni previste dalla Direttiva, un lavoratore a tempo parziale⁶⁸, ha tuttavia escluso l'esistenza di una discriminazione perché

«nelle circostanze di cui alla causa principale, non esiste alcun lavoratore a tempo pieno comparabile alla sig.ra Wippel ai sensi dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE. Ne consegue che un contratto di lavoro a tempo parziale in base al fabbisogno, il quale non fissi né una durata del lavoro settimanale né un'organizzazione dell'orario di lavoro, non costituisce un trattamento meno favorevole ai sensi della clausola 4 del detto accordo quadro».

La valutazione della Corte si è basata sull'inesistenza nel luogo di lavoro di un lavoratore il cui contratto di lavoro avesse le stesse caratteristiche di quello della sig.ra *Wippel*, cioè che avesse la possibilità di rifiutare la prestazione nel caso in cui non potesse o volesse lavorare (punto 64 della sentenza). Una simile conclusione, tuttavia, potrebbe indebolire l'applicazione della clausola 4 della Direttiva 97/81/CE ogni volta che un contratto a orario ridotto contenga previsioni non presenti nei contratti *standard* e, dunque, venga a mancare la figura del lavoratore comparabile⁶⁹. In verità, sembra di potersi dire, anche alla luce della giurisprudenza successiva, che il caso *Wippel* non debba essere sopravvalutato, dal momento che la nozione di lavoratore comparabile è stata costruita dalla Corte su elementi oggettivi, come le mansioni e il livello di inquadramento del lavoratore; nella sentenza *Wippel*, invece, la Corte esclude la comparabilità della posizione della lavoratrice con le altre presenti nell'organizzazione produt-

⁶⁷ Corte giust. CE, 12.10.2004, *Wippel*, causa C-313/02, in *RGL*, 2005, II, 319 ss., con nota di Borelli.

⁶⁸ Secondo Bavaro 2005, 777 ss., invece, la Corte avrebbe escluso la riconducibilità del lavoro secondo il fabbisogno al lavoro part-time, dal momento che quest'ultimo avrebbe «un oggetto e una causa diversi da quelli caratterizzanti il contratto di lavoro intermittente» (o secondo il fabbisogno).

⁶⁹ V. *supra*, Cap. 3, § 3.2.1.

tiva sulla base di elementi diversi, cioè il fatto che l'orario di lavoro dei lavoratori stabili sia predeterminato ed essi non possano rifiutare la prestazione. Nelle sentenze successive, invece, la Corte non ha mai messo in discussione l'esistenza di un lavoratore con cui confrontare il trattamento riservato ai lavoratori atipici sulla base di connotati *estrinseci* rispetto alla prestazione di lavoro.

4.2.2. Le cause di giustificazione delle disparità di trattamento

La questione delle giustificazioni delle differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard* è certamente una delle più delicate, come si è accennato, perché è sulla base dell'ampiezza della possibilità di derogare al principio paritario che si può valutare la tenuta della tutela garantita dal diritto europeo e da quello nazionale. Consentire in misura ampia deroghe al principio di parità, infatti, rischia di mettere in crisi l'impianto di tutela dei lavoratori atipici così faticosamente costruito. Dal punto di vista del diritto europeo, infatti, il divieto di discriminazione costituisce la principale (se non l'unica) forma di tutela effettiva, se comparata al debole assetto delle misure antiabusive (peraltro previste solo per i rapporti atipici caratterizzati dal termine di durata) e alle altre forme di tutela "minori", come il principio di volontarietà del part-time⁷⁰.

Tutte le direttive vigenti sui lavori flessibili prevedono che i lavoratori non possano essere trattati meno favorevolmente dei lavoratori *standard*, a meno che «un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive»⁷¹.

Il principio «*pro rata temporis*»

Accanto a questa previsione c'è la precisazione secondo cui «ove opportuno» si applicherà il principio del «*pro rata temporis*», che impone il riproporzionamento dei trattamenti commisurati alla durata del rapporto di lavoro o all'orario di lavoro svolto e che costituisce semplicemente applicazione del principio paritario, anche se la Corte di giustizia lo considera un criterio di giustificazione della disparità di trattamento.

Diritto europeo e diritto nazionale a confronto

Un profilo di differenziazione tra la normativa italiana e le direttive europee riguarda proprio la questione della possibile giustificazione delle differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*. Nella legislazione italiana il divieto di discriminazione è formulato in termini quasi assoluti, senza riferimento a possibili cause di giustificazione. Nel caso del part-time, l'art. 7 del d.lgs. n. 81/2015 precisa semplicemente che il trattamento del lavoratore deve essere riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa (principio *pro rata temporis*), mentre per il contratto a termine l'art. 25 del medesimo d.lgs., dopo aver ribadito che il principio paritario vale «in proporzione al periodo lavorativo pre-

⁷⁰ Su questo profilo si v. Delfino 2008, *passim*.

⁷¹ In questi termini la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE in materia di part-time; analogamente la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 99/70/CE in materia di contratto a tempo determinato.

stato» esclude che sia dovuto al lavoratore il solo trattamento che risulti «obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato». La stessa formulazione rigorosa dei divieti di discriminazione è adottata nella disciplina degli altri rapporti di lavoro atipico (si v. l'art. 17 per il lavoro intermittente e l'art. 35 per il lavoro in somministrazione, sempre del d.lgs. n. 81/2015), non prevedendo possibilità di deroga in presenza di circostanze oggettive.

È possibile chiedersi, allora, se il fatto che nella trasposizione delle direttive europee non si sia riprodotta la previsione sulla possibilità di deroga al principio paritario implichi che nel nostro ordinamento il divieto di discriminazione non possa essere derogato neppure in presenza delle ragioni oggettive individuate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In questo senso depone, come si è visto, la formulazione delle previsioni italiane; occorre dire, peraltro, che una simile interpretazione potrebbe essere avvalorata dal fatto che le direttive in materia di lavori atipici si pongono entrambe come obiettivo quello di introdurre «i principi generali e le prescrizioni minime»⁷² che gli Stati membri sono tenuti a osservare, ferma restando la possibilità di introdurre previsioni più favorevoli, tra le quali rientrano senza dubbio anche quelle appena citate. La conclusione, peraltro, si porrebbe in linea con il miglioramento della qualità dei lavori atipici, pure indicato nelle direttive come obiettivo da perseguire.

Per quanto riguarda la disciplina italiana, poi, occorre segnalare che la dottrina, nel vigore della precedente versione della norma in materia di parità di trattamento, aveva concluso per l'inammissibilità della deroga al divieto di discriminazione per i lavoratori part-time anche da parte della contrattazione collettiva⁷³. Le stesse considerazioni sono riproducibili per il lavoro a termine, per il quale, come si è visto, la formulazione della norma nazionale è sostanzialmente identica. Per le ragioni appena viste, occorre concludere nel senso che il divieto di discriminazione in parola non consente una deroga neppure da parte della contrattazione collettiva, nemmeno in forza dell'art. 8 del d.l. 18.8.2011, n. 138, che autorizza la contrattazione di livello aziendale a derogare, in presenza delle condizioni espressamente previste dalla stessa norma, alle norme imperative in materia di lavoro⁷⁴. Del resto, come si vedrà, la stessa Corte di giustizia esclude che differenze di trattamento possano essere considerate giustificate per il solo fatto che le preveda la contrattazione collettiva (si v. *infra*, in questo paragrafo).

Quanto alle possibili ragioni giustificatrici della differenza di trattamento, bisogna ricordare che la Corte di giustizia ha da sempre considerato con particolare rigore le deroghe al principio

Le giustificazioni per le differenze di trattamento

⁷² Si v., per la Direttiva 97/81/CE, l'11° «considerando» e, per la Direttiva 99/70/CE, il 14° «considerando».

⁷³ Si v. Alaimo 2001, 104 ss.

⁷⁴ L'art. 8 del d.l. 13.8.2011, n. 138, conv. in l. 14.9.2011, n. 148, ha suscitato un acceso dibattito in dottrina. Si v., tra gli altri, Napoli, Ferrante, Corti, Occhino 2012.

di parità tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*. Come si è detto, la Corte ha più volte richiesto che la disparità di trattamento prevista dalla legge

«sia giustificata dall'esistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di lavoro in questione, nel particolare contesto in cui essa si colloca e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se detta disparità risponda a un reale bisogno, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessaria a tal fine. I suddetti elementi 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»⁷⁵.

La giurisprudenza della
Corte di giustizia UE

L'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia UE evidenzia che la traduzione concreta della clausola in parola ha portato molto spesso a negare la legittimità delle giustificazioni addotte dal datore di lavoro o dello Stato per le differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*.

Lavoratori a termine e
ragioni oggettive

Per quanto riguarda i lavoratori a termine, ad esempio, la Corte ha escluso che la sola differenza relativa alla natura e all'oggetto del contratto di lavoro rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato possa essere considerata una «ragione obiettiva» tale da giustificare una disparità di trattamento per quanto riguarda le indennità dovute alla cessazione del rapporto di lavoro⁷⁶, oppure il riconoscimento degli scatti di anzianità triennali riconosciuti ai lavoratori di ruolo nella pubblica amministrazione⁷⁷.

Le deroghe previste
dalla legge o dalla
contrattazione collettiva

In generale, la Corte ha precisato che

«la nozione di «ragioni oggettive», ai sensi della clausola 4, punti 1 e/o 4, dell'accordo quadro dev'essere quindi intesa nel senso che essa non consente di giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che tale differenza sia prevista da una norma nazionale generale e astratta, quale una legge o un contratto collettivo»⁷⁸.

⁷⁵ Corte giust., 9.7.2015, *Regojo Dans*, causa C-177/14, punto 55.

⁷⁶ Corte giust., 14.9.2016, *De Diego Porras*, causa C-596/14. La controversia riguardava i lavoratori spagnoli titolari di un contratto di «*interinidad*», per i quali la legge prevede che l'indennità dovuta alla cessazione del contratto di lavoro sia inferiore a quella versata ai lavoratori a tempo indeterminato.

⁷⁷ Corte giust., 9.7.2015, *Regojo Dans*, causa C-177/14.

⁷⁸ Corte giust., 14.9.2016, *De Diego Porras*, causa C-596/14, punto 46; Corte giust., ord., 21.9.2016, *Alvarez Santirso*, causa C-631/15; Corte giust., 8.9.2011, *Rosado Santana*, causa C-177/11, punto 72.

La stessa impostazione è stata adottata, per analogia, in relazione alla nozione di ragioni obiettive utilizzata dall'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale⁷⁹.

Infine, la Corte ha considerato come ragione obiettiva tale da giustificare una differenza di trattamento l'applicazione del principio *pro rata temporis*, cioè il riproporzionamento di alcuni trattamenti in ragione della ridotta durata della prestazione lavorativa (nel caso del lavoro a termine) o della riduzione dell'orario di lavoro (nel caso del lavoro a tempo parziale). In particolare, la Corte ha applicato tale impostazione in tutti i casi in cui la prestazione dovuta dal datore di lavoro o dallo Stato fosse divisibile, come nel caso del calcolo delle ferie⁸⁰, della retribuzione o delle prestazioni pensionistiche⁸¹. In verità, la Corte ha applicato questo principio a prestazioni che, benché divisibili in quanto pecuniarie, assolvono a funzioni diverse rispetto al corrispettivo della prestazione, come gli assegni familiari.

Il criterio «*pro rata temporis*»

Secondo la Corte, infatti,

«dal momento che l'assegno per figli a carico, rientrando tra i vantaggi pagati in denaro al lavoratore, è una prestazione divisibile», allora «il calcolo dell'assegno per figli a carico in applicazione del principio «*pro rata temporis*» è oggettivamente giustificato, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, e opportuno, ai sensi della clausola 4, punto 2, di detto accordo quadro»⁸².

Una simile posizione dimostra però che l'applicazione meccanica del principio *pro rata temporis* può portare a risultati paradossali: un conto, infatti, è il riproporzionamento della retribuzione o di una prestazione previdenziale, che sono direttamente correlate all'entità dell'attività lavorativa svolta, altro è il riproporzionamento di una prestazione con una chiarissima finalità sociale, come gli assegni familiari⁸³. In questo caso, infatti, la prestazione è volta al sostegno di un bisogno del lavoratore che, come tale, non è suscettibile di riduzione, pena la perdita della finalità suddetta.

⁷⁹ Corte giust., 22.4.2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, causa C-486/08, punti 42 ss.

⁸⁰ Corte giust., 8.11.2012, *Heimann e Toltschin*, cause riunite C-229/11 e C-230/11, punto 34; Corte giust., 22.4.2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, causa C-486/08, punto 33. In entrambi i casi si tratta di lavoratori a tempo parziale.

⁸¹ Si v. un riferimento al lavoro a tempo determinato in Corte giust. CE, 15.4.2008, *Impact*, causa C-268/06, punto 116; con riguardo al lavoro part-time, la Corte ha ribadito il medesimo principio in Corte giust., 13.7.2017, *Kleinstauber*, C-354/16.

⁸² Corte giust., 5.11.2014, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, causa C-476/12, punti 19 e 20.

⁸³ Si v. sul punto Laulom 2015, 54 ss.

4.2.3. *Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori part-time*

La prima affermazione del divieto di discriminazione nei confronti di lavoratori a tempo parziale si deve all'elaborazione pluridecennale della Corte di giustizia europea in materia di discriminazioni indirette sulla base del sesso. Fin dalle prime sentenze in materia, infatti, la Corte ha riconosciuto che l'applicazione di trattamenti differenziati ai lavoratori a tempo parziale, ove non sorretta da adeguate giustificazioni, poteva essere considerata una discriminazione indiretta, dal momento che statisticamente le donne costituiscono la stragrande maggioranza dei lavoratori a tempo parziale in pressoché tutti i Paesi dell'Unione europea.

Una simile impostazione ha consentito alla Corte, come si è detto, di riconoscere una tutela ai lavoratori atipici pur in assenza di una specifica previsione come quella poi inserita nel corpo dell'art. 4 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE. In questa prima fase, la Corte è intervenuta in due direzioni: da un lato estendendo il più possibile la nozione di retribuzione⁸⁴, in modo da ricomprendere in essa tutti i benefici economici collegati al rapporto di lavoro, compresi alcuni di quelli di carattere previdenziale, dall'altro sottoponendo a un rigoroso scrutinio le giustificazioni adottate da Stati e datori di lavoro per le differenze di trattamento collegate alla tipologia del rapporto di lavoro⁸⁵.

Part-time e differenze
retributive

Per quanto riguarda la parità di retribuzione, la Corte di giustizia ha affermato anzitutto che:

una differenza di retribuzione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a orario ridotto costituisce una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato solo se si tratta in realtà di un mezzo indiretto per ridurre il livello di retribuzione dei lavoratori a orario ridotto in ragione del fatto che questo gruppo di dipendenti è composto, esclusivamente o prevalentemente, di persone di sesso femminile⁸⁶.

La censura della Corte riguardava, in questa ipotesi, una delle differenziazioni più odiose, che implica la sistematica sottovalutazione del lavoro delle donne rispetto a quello degli uomini. È significativo segnalare, a tal proposito, che nel caso *Jenkins* il datore di lavoro era passato da un sistema (applicato prima del 1975) in cui i salari erano differenziati a seconda del sesso a uno in cui il salario per i lavoratori a tempo pieno veniva calcolato allo stesso modo per tutti, mentre la retribuzione oraria dei lavoratori a tempo parziale era stata fissata in misura ridotta (almeno del 10%). La previsione espressa della clausola 4 dell'Accordo

⁸⁴ Sulla nozione di retribuzione adottata in materia di discriminazioni di sesso dalla Corte di giustizia si v. il Cap. 3, § 3.5.1.

⁸⁵ Su quest'ultimo aspetto si v. *supra*, § 4.2.2.

⁸⁶ Corte giust. CE, 31.3.1981, *Jenkins*, causa C-96/80.

quadro allegato alla Direttiva 97/81/CE, secondo la quale i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole, per quanto attiene alle condizioni di impiego, dei lavoratori a tempo pieno comparabili, costituisce oggi il fondamento del riconoscimento al diritto alla parità di retribuzione, oltre che alla piena parità in tutte le altre condizioni di lavoro.

Da questo punto di vista, scontato che, come si è visto, la retribuzione oraria debba essere la stessa sia per i lavoratori a tempo indeterminato che per i lavoratori a tempo parziale, una questione interessante è quella che riguarda i criteri di calcolo della retribuzione prevista per il lavoro eccedente l'orario normale di lavoro, pieno per i primi e ridotto per i secondi.

Part-time e lavoro straordinario

Secondo la disciplina italiana del lavoro a tempo parziale, in particolare, il lavoro eccedente l'orario stabilito nel contratto e svolto entro i limiti dell'orario di lavoro pieno (lavoro supplementare) non è necessariamente equiparato, quanto alla retribuzione, al lavoro straordinario nel caso del rapporto di lavoro a tempo pieno. La determinazione del compenso per il lavoro supplementare, in verità, spetta ai contratti collettivi, che però potrebbero fissarlo in misura inferiore rispetto a quanto previsto per il lavoro straordinario nel tempo pieno.

Nella giurisprudenza della Corte di giustizia la questione si è posta in termini parzialmente diversi. In un caso relativo all'ordinamento tedesco, la Corte ha considerato contraria al divieto di discriminazione sulla base del sesso di cui all'art. 141 TCE (*ex art. 119*) la previsione che definiva le ore straordinarie come le ore svolte oltre l'orario individuale di lavoro sia per i lavoratori a tempo parziale che ai lavoratori a tempo pieno, prevedendo poi una retribuzione per le ore di lavoro straordinario inferiore a quella prevista per le ore rientranti nell'orario normale⁸⁷. In tal modo, secondo la Corte, i lavoratori a tempo parziale avrebbero avuto, a parità di orario di lavoro, una retribuzione più bassa di quella corrisposta ai lavoratori a tempo pieno, dal momento che il loro orario normale è, per l'appunto, inferiore all'orario normale dei lavoratori a tempo pieno⁸⁸.

In un caso precedente, la Corte aveva considerato per l'appunto non in contrasto con il divieto di discriminazioni sulla base del sesso la previsione di un contratto collettivo, sempre tedesco, che riconosceva le maggiorazioni previste per il lavoro straordinario solo al superamento del limite dell'orario normale (pieno) di lavoro, e ciò sia per i lavoratori a tempo parziale che per i lavoratori a

⁸⁷ Corte giust. CE, 6.12.2007, *Voß*, causa C-300/06. La Corte si è espressa in termini analoghi nella sentenza 27.5.2004, *Elsner-Lakeberg*, causa C-285/02.

⁸⁸ Si ipotizzi che due lavoratori svolgano l'uno l'orario pieno (8 ore giornaliere) e l'altro l'orario ridotto (4 ore giornaliere) e che la retribuzione oraria ordinaria sia 10, mentre quella per le ore straordinarie sia 8. Nel caso in cui il lavoratore part-time in una giornata di lavoro svolgesse 4 ore di lavoro straordinario si troverebbe a percepire una retribuzione di 4x10 (ore ordinarie) + 4x8 (ore straordinarie), cioè 72, mentre il lavoratore a tempo pieno, nella stessa giornata, percepirebbe una retribuzione di 8x10, cioè 80. Risulta evidente che a parità di lavoro nella giornata i lavoratori part-time ricevono una retribuzione più bassa.

tempo pieno⁸⁹. Secondo il ragionamento della Corte, se la maggiorazione fosse riconosciuta ai lavoratori a tempo parziale al superamento del loro (ridotto) orario di lavoro, a essere svantaggiati sarebbero i lavoratori a tempo pieno che, a parità di orario di lavoro, riceverebbero una retribuzione inferiore. Quel che si ricava da questa giurisprudenza, insomma, è che il trattamento retributivo dei lavoratori a tempo parziale e a tempo pieno deve essere lo stesso per la stessa quantità di lavoro svolto.

Part-time e anzianità
di servizio

Uno dei profili più interessanti della giurisprudenza della Corte, sia precedente che successiva all'entrata in vigore della Direttiva sul lavoro a tempo parziale, riguarda i criteri di calcolo dell'anzianità di servizio e le conseguenti ricadute in termini di avanzamento di carriera o di corresponsione di emolumenti retributivi legati, per l'appunto, alla durata del rapporto di lavoro. La Corte si è confrontata, in particolare, con i sistemi nei quali l'anzianità di servizio veniva calcolata non tanto in relazione al decorso del tempo, ma in ragione dell'orario effettivamente svolto dal lavoratore. Un simile criterio, com'è evidente, svantaggia sistematicamente i lavoratori a tempo parziale per i quali, a parità di durata del rapporto di lavoro, l'anzianità di servizio risulta proporzionalmente ridotta.

La Corte ha precisato anzitutto che il diverso criterio di calcolo dell'anzianità di servizio per i lavoratori a tempo parziale si risolve in una discriminazione indiretta sulla base del sesso, poi che le giustificazioni addotte dal datore di lavoro, secondo il quale i lavoratori a tempo pieno acquisiscono più rapidamente le competenze e il grado di esperienza richiesto per il corretto svolgimento delle mansioni, «costituiscono semplici generalizzazioni riguardanti determinate categorie di lavoratori»; la validità di un siffatto criterio, in altre parole, «dipende dal complesso delle circostanze del caso concreto e, in particolare, dal rapporto tra la natura delle mansioni esercitate e l'esperienza che l'espletamento di tali mansioni fa acquisire dopo un determinato numero di ore di lavoro»⁹⁰.

Anzianità di servizio e
accesso alla pensione

Sempre con riguardo all'anzianità di servizio, la Corte di giustizia ha affrontato la questione del calcolo dell'anzianità ai fini della determinazione del periodo utile ai fini dell'accesso alle

⁸⁹ Corte giust. CE, 15.12.1994, *Helmig*, causa C-399/02. In questo caso la situazione era diversa dalla precedente, perché il contratto collettivo prevedeva una maggiorazione per le ore svolte oltre l'orario normale e non una retribuzione più bassa. Riprendendo l'esempio svolto nella nota precedente, si ipotizzi che la retribuzione per le ore ordinarie sia 10 e quella per le ore straordinarie sia 12. Se la maggiorazione fosse stata riconosciuta ai lavoratori al superamento dell'orario individuale di lavoro, il lavoratore part-time che in una giornata di lavoro avesse svolto 4 ore di lavoro straordinario si sarebbe trovato a percepire 4×10 (ore ordinarie) + 4×12 (ore straordinarie), cioè 88, mentre il lavoratore a tempo pieno, per lo stesso orario di lavoro avrebbe percepito 8×10 , cioè 80. In questo caso sarebbero stati i lavoratori a tempo pieno a percepire una retribuzione più bassa a parità di lavoro svolto nella giornata.

⁹⁰ Corte giust. CE, 7.2.1991, *Nimz*, causa C-184/89; nello stesso senso Corte giust. CE, 2.10.1997, *Kording*, causa C-100/95; Corte giust. CE, 10.3.2005, *Nikoloudi*, causa C-196/02.

prestazioni previdenziali. Com'è noto, infatti, per l'accesso alla pensione di anzianità è necessario che il lavoratore possa far valere un periodo minimo di contribuzione per un certo numero di anni. La questione si è posta anzitutto in un caso che ha riguardato i dipendenti dell'Alitalia assunti con un contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, nel quale cioè si alternano periodi lavorati e periodi non lavorati. Secondo la legislazione italiana, il periodo utile ai fini del calcolo dell'anzianità per l'accesso alla pensione è solo quello nel quale i lavoratori hanno svolto effettivamente l'attività lavorativa e sono stati versati i relativi contributi, dovendosi invece escludere dal computo i periodi durante i quali il rapporto di lavoro, pur essendo in essere, non prevede lo svolgimento di alcuna attività lavorativa. La Corte di giustizia ha precisato, in questo caso, che il principio *pro rata temporis* vale senz'altro per il calcolo dell'importo della pensione, che può certamente essere riproporzionato in ragione della quantità di lavoro effettivamente svolta dal lavoratore durante la propria carriera, ma non può applicarsi «alla determinazione della data di acquisizione del diritto alla pensione», che deve essere «calcolata per il lavoratore a tempo parziale come se egli avesse occupato un posto a tempo pieno, prendendo integralmente in considerazione anche i periodi non lavorati»⁹¹. La riduzione dell'orario di lavoro, in altre parole, si può certamente riflettere sull'importo della pensione, ma non anche sui requisiti di anzianità necessari per conseguirla. Bisogna dire, però, che la Corte è arrivata a questa conclusione assimilando la pensione erogata dall'INPS alla retribuzione, in modo da poter applicare le disposizioni della Direttiva 97/81/CE e non quelle della Direttiva 79/7/CEE che consentono agli Stati membri di derogare in maniera più ampia al principio paritario. Non c'è dubbio, però, che si sia trattato di una vistosa forzatura della nozione di retribuzione⁹², tant'è che in una sentenza successiva, la Corte di giustizia ha adottato un'impostazione diversa, giungendo però a una conclusione identica. In un caso che ha visto come protagonista il sistema previdenziale spagnolo, la Corte ha ritenuto non conforme al principio di non discriminazione (questa volta sulla base del sesso) e alla Direttiva 79/7/CEE la norma che fissa un requisito minimo di contribuzione, calcolato sulla base dell'orario di lavoro effettivo, per l'accesso alla pensione di vecchiaia. Una norma simile, infatti, esclude i lavoratori part-time minori dal diritto alla prestazione previdenziale, benché gli stessi abbiano versato i contributi, almeno parzialmente, nel corso della propria vita lavorativa⁹³. In questo caso, la Corte non ha avuto bisogno di estendere la nozione di retribuzione, avendo fatto

⁹¹ Corte giust., 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, cause riunite C-395/08 e C-396/08.

⁹² La Corte ha infatti incluso nella nozione di retribuzione anche la prestazione pensionistica erogata dall'INPS, sul presupposto che essa riguardasse solo una categoria speciale di lavoratori (il personale di cabina dell'Alitalia), fosse proporzionale agli anni di servizio prestati e calcolata sulla base della retribuzione percepita durante il rapporto di lavoro. Sulla nozione di retribuzione e sull'inclusione in essa delle prestazioni previdenziali si v. il Cap. 3, § 3.5.1.

⁹³ Corte giust., 22.11.2012, *Elbal Moreno*, causa C-385/11.

riferimento alla Direttiva 79/7/CEE che si occupa della parità uomo-donna nei sistemi di previdenza sociale.

La situazione italiana ■ Le questioni legate ai criteri di calcolo dell'anzianità di servizio dei lavoratori part-time hanno costituito oggetto di interesse in giurisprudenza anche a livello nazionale. La Corte di cassazione, infatti, riprendendo la sentenza della Corte di giustizia sul caso *Alitalia*, ha sostenuto che nel rapporto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale non si possano escludere i periodi non lavorati dal calcolo dell'anzianità contributiva necessaria per acquisire il diritto alla pensione. Se così fosse, infatti, il lavoratore a tempo parziale acquisirebbe l'anzianità contributiva necessaria per accedere alla pensione a un ritmo più lento del lavoratore a tempo pieno, a parità di durata del rapporto di lavoro; un *part-timer* che lavori per sei mesi all'anno, ad esempio, per accedere alla pensione di anzianità dovrebbe vantare una durata del rapporto di lavoro doppia rispetto ai lavoratori a tempo pieno⁹⁴.

Una simile ricostruzione, rivolta espressamente ai soli lavoratori assunti con un contratto di lavoro a tempo parziale verticale, deve ritenersi applicabile anche a tutte le altre ipotesi in cui il rapporto di lavoro prevede periodi di attività alternati a periodi di inattività, in cui cioè il rapporto di lavoro, pur essendo in essere, è in uno stato di quiescenza e il lavoratore è in attesa della chiamata del datore di lavoro. Si tratta del caso del lavoro intermittente, per esempio, nonché della somministrazione a tempo indeterminato. Anche in queste ipotesi, dunque, l'anzianità del lavoratore, sia ai fini previdenziali che ai fini dell'avanzamento di carriera, dovrebbe essere calcolata tenendo in considerazione anche i periodi non lavorati. Sul punto, tuttavia, il legislatore italiano non è ancora intervenuto, nonostante le ripetute sollecitazioni della Corte di giustizia e della Cassazione.

Part-time e indennità di disoccupazione ■ Una questione strettamente collegata a quella precedente riguarda il diritto dei lavoratori assunti con un contratto a tempo parziale di tipo verticale a ricevere l'indennità di disoccupazione (ora Naspi) per i periodi di inattività. Si tratta di un profilo di cui si è occupata soprattutto la giurisprudenza nazionale⁹⁵ e che è stata risolta dalla Corte costituzionale⁹⁶ escludendo l'accesso dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale ai trattamenti economici legati alla perdita del posto di lavoro proprio sulla base della considerazione unitaria del rapporto di lavoro e della assenza, dunque, del requisito della disoccupazione involontaria richiesto dalla legge. La soluzione accolta dalla Corte appare in linea con la posizione che riconosce la sussistenza del rapporto di lavoro anche nei periodi di pausa e, dunque, conforme al princi-

⁹⁴ Cass., sez. lav., 24.10.2016, n. 21376.

⁹⁵ Sulla questione si erano formati due orientamenti contrastanti nella giurisprudenza di legittimità e di merito. Per il riconoscimento della spettanza dell'indennità di disoccupazione si v. Cass., sez. lav., 10.2.1991, n. 1141; Corte app. Milano, 11.12.2003, in *FI*, 2004, I, 244 ss. In senso contrario Cass., S.U., 6.2.2003, n. 1732.

⁹⁶ Corte cost., 24.3.2006, n. 161, in *RIDL*, 2006, II, 810 ss., con nota di Alessi.

pio di parità di trattamento rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, ma crea senza dubbio una disparità di trattamento *nel mercato del lavoro* tra lavoratori flessibili. Si pensi, ad esempio, alla situazione dei lavoratori stagionali a termine, ai quali l'indennità di disoccupazione (oggi Naspi) è invece riconosciuta, la cui posizione è assimilabile a quella dei lavoratori a tempo parziale di tipo verticale. Anche i lavoratori assunti con un contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale alternano periodi di lavoro con periodi di inattività, come i lavoratori stagionali. La differenza risiede, secondo la Corte costituzionale, nel fatto che nel primo caso i lavoratori hanno la sicurezza di riprendere il lavoro dopo il periodo di inattività, mentre nel secondo caso questo non avviene, non essendovi nessuna certezza sulla possibile riassunzione da parte del medesimo datore di lavoro.

Per quanto riguarda, poi, l'importo dell'indennità corrisposta ai lavoratori a tempo parziale in caso di disoccupazione, occorre segnalare che la Corte di giustizia UE ha considerato conforme al principio di parità di trattamento la riduzione di detta indennità in misura proporzionale all'orario di lavoro svolto, in applicazione del principio *pro rata temporis*⁹⁷. Anche in questo caso, tuttavia, come nel caso *Cachaldora Fernández*⁹⁸, la Corte ha fatto ricorso al generale divieto di discriminazione sulla base del sesso, non ritenendo possibile applicare la Direttiva 97/81/CE, dal momento che oggetto della controversia erano, in entrambi i casi, prestazioni previdenziali⁹⁹, soggette perciò alle previsioni della Direttiva 79/7/CEE. È interessante segnalare che la Corte di giustizia, pur sottolineando che le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale sono di competenza degli Stati membri, ha spesso sostenuto che nell'esercizio di tale competenza gli Stati membri devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio di uguaglianza tra uomini e donne. Non è chiaro perché la stessa posizione non possa essere oggi riproposta in relazione alle differenze di trattamento tra lavoratori atipici e lavoratori *standard*.

Part-time e calcolo delle prestazioni previdenziali

4.2.4. Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a termine

Il divieto di discriminazione dei lavoratori a tempo determinato è stato espressamente introdotto nel nostro ordinamento già a partire dalla l. 18.4.1962, n. 230, il cui art. 5 stabiliva che «al prestatore di lavoro, con contratto a tempo determinato, spettano le ferie e la

La l. n. 230/1962 e il principio di parità

⁹⁷ Corte giust., ord., 17.11.2015, *Plaza Bravo*, causa C-137/15.

⁹⁸ Corte giust., 14.4.2015, *Cachaldora Fernández*, causa C-527/13. La questione riguardava in questo caso il calcolo della pensione contributiva di invalidità erogata in seguito a un periodo di lavoro a tempo parziale.

⁹⁹ Nel Preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla Direttiva 97/81/CE le parti riconoscono espressamente che «le questioni relative ai regimi legali di sicurezza sociale rinviano alle decisioni degli Stati membri».

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». Il secondo co. stabiliva poi che al lavoratore a termine dovesse essere corrisposto, alla cessazione dell'attività, un premio proporzionato alla durata del contratto e pari all'indennità di anzianità (oggi TFR) prevista dai contratti collettivi. Nella previsione in parola, piuttosto innovativa per il periodo e considerata anche molto più incisiva delle disposizioni contenute nelle proposte di direttive in materia di lavori atipici dei primi anni '90¹⁰⁰, si possono già intravedere i due profili della regola paritaria, di cui abbiamo parlato *supra* e che verranno ripresi anche dalla Direttiva 99/70/CE: l'equiparazione dei trattamenti economici e normativi rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato e il riproporzionamento di quelli collegati alla durata della prestazione lavorativa (principio *pro rata temporis*).

La formulazione vigente
del principio paritario
nella legislazione
italiana

Le disposizioni successive, a partire dal d.lgs. n. 368/2001, riprendono quella previsione modificandola progressivamente, fino ad arrivare alla formulazione vigente, contenuta nell'art. 25 del d.lgs. n. 81/2015, nella quale sparisce l'indicazione di alcuni dei trattamenti di cui deve essere garantita la fruizione paritaria e viene individuato, come termine di paragone, il lavoratore comparabile di cui alla Direttiva 99/70/CE¹⁰¹. Resta ferma l'esclusione dell'applicazione del principio paritario per i trattamenti obiettivamente incompatibili con la natura del contratto a tempo determinato. Secondo l'art. 25, infatti,

«al lavoratore a tempo determinato spetta il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, e in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato».

... e nella Direttiva
99/70/CE

La formulazione della previsione, come si è accennato, è senz'altro tributaria della Direttiva 99/70/CE; l'accordo-quadro allegato alla Direttiva dispone, alla clausola 4, par. 1, che:

«per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato».

¹⁰⁰ Sul punto si veda Roccella 1990, 181 ss. Le proposte di Direttiva in questione consentivano agli Stati membri di prevedere numerose deroghe al principio di parità di trattamento.

¹⁰¹ Saracino 2015, 272.

comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive. Se del caso, si applicherà il principio del *pro rata temporis*».

A ben vedere, tuttavia, tra le due previsioni, quella italiana e quella europea, vi è una differenza lessicale piuttosto importante: mentre nella previsione italiana si fa riferimento alla spettanza al lavoratore a termine del trattamento economico e normativo «in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato», la Direttiva garantisce al lavoratore di non poter avere un trattamento «meno favorevole» rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili. La formulazione della norma italiana sembra cioè più rigorosa di quella della Direttiva, che si riferisce a un trattamento *complessivamente* non inferiore a quello riconosciuto ai lavoratori *standard*¹⁰². La differente formulazione, tuttavia, non deve essere sopravvalutata, se si tiene conto che, comunque, la Corte di giustizia ha sempre ritenuto che il principio di parità debba applicarsi a ciascun elemento della retribuzione e non al livello complessivo della stessa¹⁰³.

Certo è che una simile previsione dovrebbe costringere la giurisprudenza italiana a rivedere le posizioni assunte nel vigore della l. n. 230/1962 e mantenute anche successivamente, che comportano una disparità di trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, fondate su pretese ragioni oggettive. In alcune sentenze, infatti, si legge che «non determina un'illegittima differenziazione di trattamento la prassi aziendale in base alla quale la gratifica annuale non è corrisposta ai dipendenti assunti con contratto a tempo determinato per un periodo inferiore a un anno», trattandosi di «emolumento destinato, per sua natura, a compensare un'attività lavorativa caratterizzata dal requisito della continuità di impegno»¹⁰⁴. L'affermazione si spiega solo se si considera che la Corte di cassazione ha considerato le gratifiche in parola «obiettivamente incompatibili» con il contratto a termine, senza tuttavia giustificare in modo rigoroso in cosa consisterebbe tale pretesa incompatibilità. A ben vedere, infatti, essa si risolverebbe semplicemente nella durata inferiore all'anno del rapporto di lavoro. In altre pronunce, invece, la Corte ha, più correttamente, ritenuto che il compenso incentivante dovesse essere riconosciuto anche ai lavoratori a tempo determinato «senza che sia desumibile un'incompatibilità ontologica con il rapporto di lavoro a termine»¹⁰⁵.

Parità di trattamento e retribuzione nella giurisprudenza italiana

¹⁰² Sul punto si v. Vallauri 2013, 162 ss.

¹⁰³ V. *infra*, § 4.3.1.

¹⁰⁴ Cass., sez. lav., 3.3.2014, n. 4911, in *FI*, 2014, I, 1827, con nota di Ricci. Si v. anche Trib. Ravenna, 11.7.2002, in *RIDL*, 2003, II, 320, con nota di Rossi. In termini analoghi, prima del d.lgs. n. 368/2001, Cass., sez. lav., 27.4.1983, n. 2891.

¹⁰⁵ Cass., sez. lav., 27.1.2016, n. 1521.

... permessi di studio e
dottorato di ricerca

Altra questione su cui si è esercitata la nostra giurisprudenza è stata quella relativa alla spettanza dei permessi di studio per i lavoratori assunti a termine, che la Cassazione ha risolto in senso positivo, facendo leva, tra l'altro, sul fatto che la fruizione di detti permessi è riconducibile a «diritti fondamentali della persona, garantiti dalla Costituzione (artt. 2 e 34 Cost.) e dalla Convenzione dei diritti dell'uomo (art. 2 protocollo addizionale CEDU), e tutelati dalla legge in relazione ai diritti dei lavoratori studenti»¹⁰⁶.

Molto dibattuta, invece, è stata la questione della spettanza del diritto al congedo straordinario per il dottorato di ricerca ai dipendenti pubblici assunti a termine. Com'è noto, i dipendenti pubblici a tempo indeterminato che accedano a un dottorato di ricerca senza borsa di studio hanno diritto a essere collocati in congedo straordinario per tutta la durata del dottorato, mantenendo il trattamento economico in atto presso la PA¹⁰⁷. Sollecitata dalle richieste avanzate dai lavoratori assunti a tempo determinato, ai quali la pubblica amministrazione datrice di lavoro aveva negato il suddetto beneficio, la giurisprudenza ha ritenuto che la previsione della l. n. 476/1984 non fosse compatibile con la natura temporanea del contratto di lavoro¹⁰⁸, dal momento che la norma presuppone il mantenimento in vita del rapporto di lavoro dopo il conseguimento del titolo. Altra parte della giurisprudenza, invece, richiamando il principio di non discriminazione sancito dalla Direttiva 99/70/CE, ritiene la previsione applicabile anche ai dipendenti pubblici titolari di un contratto di lavoro a tempo determinato¹⁰⁹.

Lavoratori a termine e
anzianità di servizio

La giurisprudenza più recente, come risulta anche dalle sentenze appena richiamate, mostra una particolare attenzione alle pronunce della Corte di giustizia in materia di parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e indeterminato. Un caso che merita di essere approfondito è, ancora una volta, quello relativo al riconoscimento dei diritti legati all'anzianità di servizio dei lavoratori a termine. In questa materia, il dialogo tra la Corte di giustizia europea e le corti italiane ha avuto un incremento esponenziale in riferimento alla questione dei precari della scuola.

Il caso dei lettori di
lingua straniera

Occorre dire, però, che già prima della Direttiva 99/70/CE, la Corte di giustizia aveva avuto modo di occuparsi del contratto a tempo determinato in occasione della pluriennale controversia che ha interessato i lettori di lingua straniera assunti dalle università italiane. La questione riguardava, in primo luogo, la possibilità, prevista dalla legge italiana, di assumere reiteratamente a termine i lettori di lingua straniera da parte delle

¹⁰⁶ Cass., sez. lav., 17.2.2011, n. 3871.

¹⁰⁷ È quanto prevede l'art. 2 della l. 13.8.1984, n. 476, come modificato dall'art. 52, co. 57, della l. 28.12.2001, n. 448.

¹⁰⁸ Si v. in tal senso Trib. Genova, 11.3.2014, in *FI*, 2014, I, 3001 ss.

¹⁰⁹ Si v. Trib. Biella, 26.6.2012, in *FI*, 2013, I, 1041 ss.; Trib. Verona, 26.5.2011, in *LPA*, 2011, n. 1, 105 ss., con nota di Pendolino; Trib. Caltagirone, ord., 11.5.2004, in *GD*, 2004, n. 36, 53.

Università. Dopo le censure rivolte all'Italia dalla Corte di giustizia¹¹⁰, la legge ha previsto l'assunzione a tempo indeterminato (salvo esigenze eccezionali) dei lettori di lingua straniera, diventati nel frattempo «collaboratori esperti linguistici»¹¹¹. A questo punto si è posto però il problema del riconoscimento dei diritti derivanti dai contratti a termine precedenti nel caso di assunzione dei lettori a tempo indeterminato. Anche in questo caso, come è avvenuto per il contratto di lavoro a tempo parziale, la tutela dei lavoratori a termine è passata attraverso il divieto di discriminazione indiretta, questa volta sulla base della nazionalità, contenuto nelle previsioni in materia di libera circolazione dei lavoratori¹¹². La Corte di giustizia ha precisato che il riconoscimento dei diritti quesiti degli *ex* lettori di lingua straniera doveva comprendere non solo gli aumenti di retribuzione, ma anche l'anzianità di servizio e il versamento, da parte del datore di lavoro, dei contributi previdenziali¹¹³. È stato solo dopo l'apertura della procedura di infrazione da parte della Commissione, tuttavia, che l'Italia ha adeguato la propria legislazione alle sentenze di condanna della Corte, riconoscendo ai collaboratori linguistici il trattamento economico corrispondente a quello di ricercatore a tempo definito *con effetto dalla data della prima assunzione*¹¹⁴.

A questo punto, è opportuno fare una precisazione. Gli effetti dell'anzianità di servizio possono venire in considerazione, nel caso dei lavoratori a termine, secondo diverse modalità. La prima è il riconoscimento del decorso del tempo ai fini dell'incremento della retribuzione *durante* lo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo determinato, attraverso l'attribuzione ai lavoratori a termine degli scatti di anzianità; la seconda riguarda la possibilità di far valere, ai fini della determinazione dell'anzianità complessiva del lavoratore, i periodi maturati presso lo stesso datore di lavoro con precedenti contratti a tempo determinato.

Occorre dire che la giurisprudenza, sia italiana che europea, ha affrontato entrambe le questioni, giungendo in qualche caso a conclusioni diverse.

Per esempio, nel caso dei lettori, la giurisprudenza italiana aveva escluso la spettanza degli scatti di anzianità durante lo svolgimento del rapporto di lavoro in ragione della scadenza annuale del contratto¹¹⁵, mentre in casi più recenti alcune sentenze hanno riconosciuto il diritto agli scatti di anzianità anche ai lavoratori (pubblici) assunti a tempo determinato, applicando il principio di parità sancito dal d.lgs. n. 368/2001 e dalla Di-

La spettanza degli scatti di anzianità

¹¹⁰ Si v. Corte giust. CE, 2.8.1993, *Allué*, causa C-259/91, e Corte giust. CE, 26.6.2001, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-212/99, in *MGI*, 2002, 1097, con nota di Passalacqua.

¹¹¹ Il passaggio da lettori di lingua straniera a collaboratori esperti linguistici è avvenuto con d.l. 21.4.1995, n. 120, conv. in l. 21.6.1995, n. 236.

¹¹² Per un riepilogo della complessa vicenda si v. Mattone 2008, 691 ss.; Varvaro 2009, 393 ss.

¹¹³ Si v. Corte giust. CE, 18.7.2006, *Commissione c. Repubblica Italiana*, causa C-119/04.

¹¹⁴ Così dispone l'art. 1 del d.l. 14.1.2004, n. 2, conv. in l. 5.3.2004, n. 63.

¹¹⁵ Cass., 2.11.2011, n. 22694.

rettiva 99/70/CE¹¹⁶. Sulle pronunce più recenti hanno inciso, senza dubbio, gli orientamenti assunti dalla Corte di giustizia europea in materia.

Fin dalle prime sentenze pronunciate sulla base della Direttiva 99/70/CE, infatti, la Corte di giustizia ha ritenuto contrarie alle previsioni dell'art. 4 le disposizioni nazionali che escludessero i lavoratori assunti a tempo determinato dalle maggiorazioni retributive connesse agli scatti di anzianità periodici.

Nella sentenza *Del Cerro Alonso*, per esempio, la Corte ha affermato chiaramente che:

«la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura in allegato alla Direttiva 99/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento a una pretesa che mira ad attribuire a un lavoratore a tempo determinato scatti di anzianità che l'ordinamento interno riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato»¹¹⁷.

Nel decidere in tal senso, la Corte ha precisato che benché spetti agli Stati membri la competenza in materia di retribuzione (e dunque anche in materia di scatti di anzianità), ai sensi dell'art. 137, n. 5, TCE (ora art. 153, n. 5, TFUE), tuttavia nell'esercizio di detta competenza gli Stati non possono escludere i lavoratori a tempo determinato dal riconoscimento di un elemento della retribuzione concesso invece ai lavoratori *standard*. Nell'ottica della Corte, insomma, un conto è la determinazione del «livello dei diversi elementi costitutivi della retribuzione di un lavoratore», che spetta incontestabilmente agli Stati membri, altra cosa è decidere se «in applicazione del divieto di discriminazione previsto dalla clausola 4, punto 1, di tale Accordo quadro, 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» (punti 46 e 47 della sentenza *Del Cerro Alonso*).

Il riconoscimento
dell'anzianità pregressa

La Corte, poi, ha affrontato la questione del riconoscimento dell'anzianità maturata dai lavoratori in precedenti rapporti a tempo determinato con il medesimo datore di lavoro (in genere la pubblica amministrazione) ai fini della progressione in carriera o della determinazione del livello retributivo, sia nel caso in cui il lavoratore continui a essere ingaggiato con contratto di lavoro a termine, sia nel caso della successiva assunzione a tempo indeterminato del medesimo lavoratore.

¹¹⁶ Trib. Milano, 1.3.2012, in *D&G online*, 2012, 29.3; Trib. Milano, 27.1.2011, in *D&L*, 2011, 1, 136 ss., con nota di Serra.

¹¹⁷ Corte giust. CE, 13.9.2007, *Del Cerro Alonso*, causa C-307/05; nello stesso senso si v. Corte giust., 9.7.2015, *Regojo Dans*, causa C-177/14; Corte giust., ord., 18.3.2011, *Montoya Medina*, causa C-273/10; Corte giust., 22.12.2010, *Gavieiro Gavieiro*, cause riunite C-444/09 e C-456/09.

In un caso riguardante l'esclusione prevista dalla legislazione spagnola degli insegnanti precari da una procedura di valutazione per l'attribuzione di un incentivo retributivo, per la quale veniva richiesta un'anzianità di servizio di almeno 5 anni, la Corte di giustizia ha affermato che detta esclusione non poteva considerarsi conforme alla clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 99/70/CE¹¹⁸.

La questione della considerazione dell'anzianità acquisita con uno o più contratti a termine nel caso di successiva assunzione a tempo indeterminato è stata invece affrontata dalla Corte di giustizia in diversi casi riguardanti la procedura di stabilizzazione dei lavoratori precari del settore pubblico nell'ordinamento italiano. Come era già avvenuto per i lettori universitari, anche in questo caso la Corte ha ribadito che l'esclusione della considerazione dell'anzianità di servizio maturata dal lavoratore nell'ambito di una pluralità di contratti a tempo determinato nel caso della successiva assunzione a tempo indeterminato dello stesso lavoratore contrasta con la clausola 4 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 99/70/CE¹¹⁹. Lo Stato italiano, in questo caso, aveva però sottolineato come una simile previsione avesse l'obiettivo di evitare il prodursi di discriminazioni nei confronti dei lavoratori assunti tramite concorso pubblico, che avrebbero potuto trovarsi svantaggiati nella progressione in carriera rispetto ai lavoratori "stabilizzati", a parità di mansioni e funzioni svolte¹²⁰. Sul punto la Corte ha fornito una risposta che lascia qualche margine di valutazione al legislatore nazionale: fermo restando che l'esclusione *totale* del computo dell'anzianità di servizio non può considerarsi accettabile alla luce della Direttiva 99/70/CE, l'obiettivo di evitare il prodursi di discriminazioni alla rovescia in danno dei dipendenti di ruolo assunti a seguito del superamento di un concorso pubblico potrebbe costituire una ragione oggettiva ai sensi della clausola 4, punti 1 e/o 4 dell'Accordo quadro. Lo Stato potrebbe per esempio, stando a questa pronuncia, prevedere il riconoscimento *parziale* dell'anzianità maturata dal lavoratore nell'ambito di contratti a termine precedenti la stabilizzazione, in modo da non incidere in maniera eccessivamente sfavorevole sulla posizione dei dipendenti assunti tramite concorso, i quali si troverebbero svantaggiati, quanto ad anzianità di servizio, rispetto ai dipendenti assunti nella stessa data a seguito di stabilizzazione. Per i periodi non riconosciuti ai lavoratori stabilizzati potrebbe essere riconosciuto, sempre in quest'ottica, un indennizzo monetario. Una più recente sentenza della Corte di giustizia, nel caso *Motter* riguardante una docente precaria della scuola italiana successi-

La stabilizzazione dei precari della P.A.

¹¹⁸ Corte giust., ord., 21.9.2016, *Alvarez Santirso*, causa C-631/15.

¹¹⁹ Corte giust., ord., 4.9.2014, *Autorità per l'energia elettrica e il gas*, causa C-152/14, in *FA*, 2015, 359 ss., con nota di Spada.

¹²⁰ In alcuni commenti (e nella stessa sentenza della Corte) si parla di «discriminazioni alla rovescia» di cui sarebbero vittime i lavoratori assunti tramite concorso: si v. il commento di Spada citato alla nota precedente.

vamente stabilizzata, ha ritenuto conforme alla Direttiva 99/70/CE la norma nazionale che prevede il computo integrale dell'anzianità di servizio solo fino al quarto anno e parziale (nella misura di 2/3) per gli anni eccedenti tale limite¹²¹. A questa pronuncia della Corte UE si è conformata la Corte di cassazione, che ha precisato che i periodi di servizio prestati in forza di contratti a tempo determinato prima della stabilizzazione del rapporto possono essere considerati nell'anzianità di servizio in misura non integrale, per evitare "discriminazioni alla rovescia" nei confronti, per l'appunto, dei lavoratori inseriti in ruolo tramite concorso rispetto ai lavoratori stabilizzati¹²².

La questione del riconoscimento dell'anzianità di servizio pregressa è peraltro lunga dall'essere risolta, dal momento che nel panorama italiano resta ancora da definire la sorte di moltissimi precari della scuola per i quali la Corte di giustizia ha dichiarato contraria al diritto europeo la normativa che consentiva la reiterazione di contratti a termine senza limiti e senza la previsione del diritto (almeno) al risarcimento del danno¹²³. Dopo la sentenza della Corte di giustizia e quella della Corte costituzionale¹²⁴, che obbligano lo Stato italiano a prevedere adeguate forme di risarcimento del danno per gli abusi relativi alla reiterazione di contratti a tempo determinato, la l. 13.7.2015, n. 107 (c.d. legge «La Buona Scuola») ha previsto lo svolgimento con cadenza triennale dei concorsi per l'immissione in ruolo dei docenti¹²⁵. In questi casi, così come in quelli di stabilizzazione dei precari, al momento dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato si pone il problema del riconoscimento dell'anzianità maturata nei pregressi contratti a termine, risolto in modo non ancora definitivo dalla citata sentenza *Motter* della Corte europea¹²⁶.

¹²¹ Corte giust., 20.9.2018, *Motter*, causa C-466/17.

¹²² Cass., sez. lav., ord., 6.2.2019, n. 3473.

¹²³ Corte giust., 26.11.2014, *Mascolo e altri*, cause riunite C-22/13, C-61-63/13, C-418/13, in *RIDL*, 2015, II, 309 ss., con nota di Calafà. È importante ricordare che la questione pregiudiziale è stata sollevata dalla Corte costituzionale italiana (Corte cost., 18.7.2013, n. 207) che per la prima volta ha richiesto l'intervento della Corte di giustizia durante un processo in via incidentale. Sul punto si v. Salazar 2013, 26 ss.; Lattanzi 2015, 897 ss.

¹²⁴ Corte cost., 20.7.2016, n. 187, in *DRI*, 2016, 1119 ss., con nota di Del Frate.

¹²⁵ Sul punto si v. Del Frate 2016, 1121.

¹²⁶ Parte della giurisprudenza di merito (ivi compreso il Tribunale che aveva dato luogo al rinvio pregiudiziale) si è infatti pronunciata nel senso del riconoscimento integrale della anzianità di servizio valorizzando i §§ 48 e 49 della sentenza *Motter*, laddove la Corte fa salve le verifiche rientranti nella competenza esclusiva del giudice del rinvio, cui spetta verificare in concreto la sussistenza delle ragioni oggettive a sostegno della disparità di trattamento. Cfr. Trib. Velletri, sez. lav., 19.3.2019, n. 461 (inedita); Trib. Trento, 11.6.2019, n. 101 (inedita).

4.3. Le discriminazioni nei casi di utilizzo indiretto della manodopera

Nel nostro ordinamento sono ammesse due sole ipotesi di utilizzo indiretto della manodopera: la somministrazione e il distacco¹²⁷. Permane infatti, anche a seguito dell'abrogazione della l. 23.10.1960, n. 1369, un generale divieto di intermediazione di manodopera che ha due sole eccezioni – la somministrazione di lavoro e il distacco – non suscettibili né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, «sicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro»¹²⁸.

Come osservato da Freedland e Countouris¹²⁹, le ipotesi di utilizzo indiretto della manodopera permettono di trasferire i rischi connessi all'impiego della manodopera a un intermediario (c.d. *diagonal demutualization*). Per regolare tali situazioni, i due autori propongono di passare dall'analisi del contratto di lavoro subordinato all'analisi della relazione di lavoro. In questa prospettiva possono essere inquadrati i principi di non discriminazione che, operando un controllo sulle modalità di esercizio di un qualsiasi potere, pubblico o privato, in relazione agli effetti che esso è idoneo a produrre, prescindono dall'esistenza di un contratto di lavoro subordinato.

Nei casi di utilizzo indiretto della manodopera, come si è detto, l'applicazione di una regola paritaria tra lavoratori è poi funzionale a evitare la contrapposizione surrettizia tra *insiders* e *outsiders*, al fine di alimentare la concorrenza sleale tra lavoratori e mettere così a disposizione del datore di lavoro manodopera a basso costo. Nei casi di specie, la contrapposizione tra *insiders* e *outsiders* è creata dal legislatore nel momento in cui autorizza l'esercizio del potere direttivo su lavoratori non assunti direttamente dal datore di lavoro. Per evitare che ciò generi una frammentazione dei trattamenti economici e normativi, è opportuno prevedere una regola paritaria tra i lavoratori assunti direttamente e quelli impiegati indirettamente.

4.3.1. Il lavoro in somministrazione

L'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 recepisce il principio di non discriminazione previsto nella Direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale (art. 5). Nei casi di specie, il principio di non discriminazione fissa uno *standard* minimo di trattamento, così da garantire una tutela dei lavoratori in sommini-

¹²⁷ A parere di parte della dottrina (Biasi 2014; Ratti 2015, 153 ss.), anche la codatorialità di cui all'art. 30, co. 4-ter, d.lgs. n. 276/2003 configurerebbe un'eccezione al generale divieto di intermediazione della manodopera.

¹²⁸ Cass., S.U., 22.10.2006, n. 22910.

¹²⁹ Freedland, Countouris 2011, 445.

strazione ed evitare che l'impiego indiretto di manodopera possa divenire, per le imprese che ne fanno uso, uno strumento di riduzione del costo del lavoro e dunque dei costi di produzione¹³⁰. Il principio in esame svolge altresì «la funzione di regolare la concorrenza tra gli stessi lavoratori nel mercato del lavoro, impedendo che essa si svolga sulla base di criteri diversi da quelli riconducibili alla professionalità dei lavoratori stessi»¹³¹. Si tratta dunque di un principio di non discriminazione «unidirezionale», che non impone necessariamente la parità di trattamento tra lavoratori in somministrazione e lavoratori impiegati direttamente dall'utilizzatore, ma vieta di applicare ai primi un trattamento svantaggioso rispetto ai secondi.

La somministrazione
di lavoro

La Direttiva 2008/104/CE «si applica ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse» (art. 1)¹³². A parere della Corte di giustizia,

«rientra nell'ambito di applicazione di tale Direttiva la messa a disposizione, da parte di un'associazione senza fini di lucro, a fronte di un rimborso, di uno dei suoi membri a favore di un'impresa utilizzatrice per erogarvi, a titolo principale e sotto la direzione di quest'ultima, una prestazione lavorativa retribuita»¹³³.

Ciò che rileva non è dunque la qualifica di agenzia interinale in forza del diritto interno, ma lo svolgimento di un'attività *economica*, con o senza fini di lucro, consistente nella messa a disposizione di lavoratori a favore di terzi, verso il pagamento di un corrispettivo che può consistere anche nel mero rimborso dei costi del personale e delle spese di amministrazione. Come per la nozione di lavoratore¹³⁴, il dato oggettivo – le modalità di svolgimento dell'attività – prevale su quello formale – la qualificazione giuridica ai sensi del diritto nazionale.

Nel nostro ordinamento, lo svolgimento dell'attività di somministrazione di manodopera da soggetti non autorizzati è sanzionata con «la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze» dell'utilizzatore (art. 38, co. 2, d.lgs. n. 81/2015).

¹³⁰ Schömann, Guedes 2012.

¹³¹ Alessi 2012, 120.

¹³² Nel nostro ordinamento, la somministrazione di lavoro può essere anche a tempo indeterminato. In tal caso, possono essere somministrati «esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato» (art. 31, co. 1, d.lgs. n. 81/2015). Venendo meno il requisito della temporaneità, tale fattispecie non è regolata dalla Direttiva 2008/104/CE (in tal senso v. nel Regno Unito: *Moran v. Ideal Cleaning Services Ltd* (Appeal No. UKEAT/0274/13/DM); in Germania: *Bundesarbeitsgericht Beschluss*, 10 Juli 2013 – 7 ABR 91/11). Non è tuttavia chiaro se tale fattispecie sia ammessa dal diritto dell'Unione europea (sul punto v. Borelli 2011).

¹³³ Corte giust., 17.11.2016, *Ruhrlandklinik*, causa C-216/15, punto 48.

¹³⁴ V. *supra*, Cap. 3, § 3.1.

La Direttiva 2008/104/CE applica il principio di non discriminazione alle sole «condizioni di base di lavoro e d'occupazione» (art. 5, par. 1). L'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 estende l'ambito di applicazione di tale principio ai «trattamenti economici e normativi». La disposizione interna prescrive di garantire, per tutta la durata della missione, ai lavoratori somministrati, trattamenti economici e normativi «complessivamente non inferiori» a quelli riservati ai lavoratori comparabili. Pronunciandosi in merito alle direttive sulla parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori, la Corte di giustizia ha precisato che il principio di non discriminazione deve applicarsi «a ciascun elemento della retribuzione» e «non solo sulla scorta di una valutazione globale dei vantaggi loro concessi»¹³⁵. Il medesimo criterio «vale, in linea di principio, per tutti gli aspetti del principio della parità di trattamento»¹³⁶. Il criterio del conglobamento non pare dunque conforme al diritto dell'Unione europea, tanto più che la Commissione ha chiarito che l'elenco delle condizioni base di lavoro e di occupazione per cui la Direttiva 2008/104/CE prescrive la regola paritaria è obbligatorio e non può essere derogato¹³⁷.

L'ambito di applicazione del principio di non discriminazione

L'applicazione del principio di non discriminazione si è rivelata particolarmente ostica con riguardo ai sistemi di calcolo della retribuzione¹³⁸. L'art. 30 CCNL per le agenzie di somministrazione di lavoro, stipulato il 15.10.2019 da Assolavoro, Cgil, Cisl, Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp, prescrive, quale regola generale, il calcolo della retribuzione a ore, ma consente alle Agenzie per il lavoro di «applicare, in alternativa al sistema della paga oraria con divisore unico, il metodo della retribuzione mensilizzata», qualora tale metodo sia impiegato dall'utilizzatore¹³⁹.

Altra questione si è posta in merito alle «erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa» (art. 35, co. 3, d.lgs. n. 81/2015). L'art. 35, co. 3 rinvia ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore il compito di stabilire le modalità e i criteri per la determinazione e corresponsione di tali trattamenti, senza prevedere alcuna deroga al principio di non discriminazione¹⁴⁰. Il CCNL per i lavoratori in somministrazione, firmato il 12.12.2016 da Sistema Lavoro, Fesica Confsal e Confsal Fisals prevede invece la possibilità, per il contratto collettivo nazionale di lavoro applicato dall'impresa utilizzatrice, di escludere i

¹³⁵ Corte giust. CE, 6.4.2000, *Jørgensen*, causa C-226/98, punto 27.

¹³⁶ *Ibidem*, punto 28.

¹³⁷ *Report on the application of Directive 2008/104/EC on Temporary Agency Work*, COM(2014)176, par. 4.1. V. Cap. 3, § 3.2.2.

¹³⁸ V. ad esempio, Trib. Pesaro, 7.7.2009, in *RCDL*, 2009, 1026 con nota di Meroni.

¹³⁹ V. analogamente, art. 30 CCNL per le agenzie di somministrazione di lavoro, stipulato il 15.10.2019 da Assosomm, Cgil, Cisl, Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp.

¹⁴⁰ In tal senso v. art. 30, co. 8, CCNL Assolavoro e art. 30, co. 8, CCNL Assosomm.

lavoratori in somministrazione dai beneficiari del premio di produzione (art. 24, punto 11). La Corte di giustizia non si è ancora espressa sulla nozione di «retribuzione» di cui all'art. 2.1, lett. f) della Direttiva 2008/104/CE. Tuttavia, qualora i giudici di Lussemburgo richiassero la nozione di retribuzione elaborata ai fini dell'applicazione dei divieti di discriminazione di genere¹⁴¹ per interpretare il principio di non discriminazione di cui alla Direttiva 2008/104/CE¹⁴², le clausole contrattuali che escludono i lavoratori somministrati dal beneficio del premio di produzione dovrebbero ritenersi nulle. Con i CCNL siglati da Assolavoro e Assomm il 15.10.2019, le parti sociali si sono impegnate a siglare un'intesa quadro, al fine di armonizzare, «ove possibile», il *welfare* bilaterale della somministrazione con quello di tutti i settori produttivi, così da garantire la parità del «trattamento economico complessivo» ai lavoratori somministrati (art. 14).

Quanto ai diritti sindacali, la Convenzione OIL n. 181 sulle agenzie di impiego privato richiede agli Stati membri di garantire ai lavoratori assunti dalle agenzie la libertà d'associazione e il diritto alla contrattazione collettiva (Clausola 4). L'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 riconosce al lavoratore somministrato il «diritto a esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, i diritti di libertà e di attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici». Va però precisato che «il lavoratore somministrato non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro» (art. 34, co. 3)¹⁴³. Tale regola è compatibile con la Direttiva 2008/104/CE che lascia agli Stati membri la possibilità di scegliere se computare i lavoratori in somministrazione per il calcolo della soglia sopra la quale si possono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori, nell'agenzia per il lavoro o nell'impresa utilizzatrice (art. 7).

La Direttiva 2008/104/CE prevede molteplici deroghe al principio di non discriminazione. In particolare: a) nel caso in cui i lavoratori tramite agenzia interinale siano legati da un contratto a tempo indeterminato a un'agenzia interinale e continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra, gli Stati membri possono, previa consulta-

Eccezioni

¹⁴¹ Corte giust. CE, 4.6.1992, *Bötel*, causa C-360/90, punto 12; v. *supra*, Cap. 3, § 3.5.

¹⁴² Ciò è già avvenuto per la Direttiva 2000/78/CE (Corte giust., 6.12.2012, *Dittrich*, cause riunite C-124/11, C-125/11 e C-143/11; Corte giust., 10.5.2011, *Römer*, causa C-147/08; Corte giust. CE, 1.4.2008, *Maruko*, causa C-267/06), per la Direttiva 97/81/CE (Corte giust., 10.6.2010, *Bruno e Pettini*, cause riunite C-395/08 e C-396/08) e per la Direttiva 99/70/CE (Corte giust. CE, 15.4.2008, *Impact*, causa C-268/06).

¹⁴³ La legge tedesca sulla somministrazione (*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*-AÜG) è stata recentemente modificata al fine di introdurre l'obbligo di computare i lavoratori somministrati nel calcolo delle soglie previste per le rappresentanze dei lavoratori nello stabilimento, nell'impresa, e nel consiglio di sorveglianza delle società. Del pari, il legislatore tedesco ha modificato la normativa in materia di partecipazione (BetrVG), introducendo il diritto, per le rappresentanze dei lavoratori, di ricevere informazioni relative ai lavoratori non dipendenti dal loro datore di lavoro.

zione delle parti sociali, prevedere una deroga per quanto riguarda la retribuzione (art. 5.2)¹⁴⁴; b) gli Stati membri possono altresì accordare alle parti sociali la possibilità di mantenere o concludere contratti collettivi che, nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale e delle regole sulla tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori temporanei (art. 2, Direttiva 91/383/CEE), possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale (art. 5.3); c) gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese in un determinato settore o area geografica possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di non discriminazione, purché sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione (art. 5.4)¹⁴⁵. Nessuna di tali deroghe è stata implementata nel nostro ordinamento¹⁴⁶.

L'art. 18 CCNL per i lavoratori in somministrazione, firmato il 18.12.2012 da Sistema Lavoro, Fesica Confasal e Confasal Fisals autorizzava le associazioni sindacali di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011 «con contrattazione collettiva territoriale o aziendale, [a] realizzare specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione» dei lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati e disabili di cui all'art. 2, par. 18, 19 e 20, Regolamento (CE) n. 800/2008 e art. 4, co. 1, l. 8.11.1991, n. 381 (la fattispecie non è più prevista nel CCNL siglato il 12.12.2016)¹⁴⁷. In presenza di tali intese, le Agenzie per il lavoro potevano «operare in deroga al regime di parità di trattamento dei dipendenti in forza presso l'utilizzatore, prevedendo un iniziale in-

¹⁴⁴ È la c.d. *swedish derogation* su cui v. Nyström 2013, 159 ss. Tale deroga è utilizzata in UK nelle *Agency Worker Regulations 2010*.

¹⁴⁵ La deroga in questione è stata introdotta a seguito delle pressioni operate dalla Germania. Per ovviare al problema dell'efficacia *inter partes* del contratto collettivo (problema particolarmente rilevante dato il basso tasso di sindacalizzazione nel settore in questione), il legislatore tedesco ha consentito di fare riferimento al contratto collettivo derogatorio, nel contratto di lavoro individuale. La legge tedesca di recepimento della Direttiva 2008/104/CE prevede poi che il principio di non discriminazione non possa essere derogato in caso di impiego di un lavoratore somministrato da parte di un utilizzatore che lo aveva licenziato nei 6 mesi precedenti (la stessa regola si applica in caso di assunzione di un lavoratore da parte di un'impresa del gruppo da cui era stato licenziato nei 6 mesi precedenti). Sul punto v. Fuchs 2013, 741 ss.; Weiss 2013, 113 ss.

¹⁴⁶ Sull'utilizzo delle deroghe di cui alla Direttiva 2008/104/CE in alcuni Paesi dell'UE v. Countouris, Deakin, Freedland, Koukiadaki, Prassl 2016, 44 ss.

¹⁴⁷ Le intese in questione devono operare nel rispetto delle seguenti condizioni: presenza di un piano individuale di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro; presenza di un documento informativo che descriva i termini e le modalità della deroga al regime della somministrazione; erogazione di interventi formativi idonei; individuazione e coinvolgimento di un tutor in possesso di adeguate competenze e professionalità; assunzione del lavoratore, da parte dell'agenzia per il lavoro, con contratto di durata non inferiore a sei mesi.

quadramento contrattuale dei lavoratori stessi di due livelli inferiore rispetto a quello spettante ai lavoratori addetti alle medesime mansioni, ovvero, in alternativa, operando una riduzione retributiva nella misura massima del 20% rispetto alla retribuzione spettante ai lavoratori addetti alle medesime mansioni».

La deroga non pareva rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8, d.l. n. 138/2011 il quale fa riferimento ai casi di utilizzo, e non alle condizioni di utilizzo della somministrazione. Peraltro, l'art. 8, co. 2-*bis*, d.l. n. 138/2011 impone, ai contratti di prossimità, il rispetto dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie, tra cui, appunto, il principio di non discriminazione. Vero è che l'art. 1.3 della Direttiva 2008/104/CE consente agli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, di escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva i contratti di lavoro «conclusi nell'ambito di un programma specifico di formazione, d'inserimento e di riqualificazione professionali, pubblico o sostenuto da enti pubblici». Tuttavia, il legislatore interno, abrogando l'art. 23, co. 2, d.lgs. 31.7.2003, n. 236 (art. 1, co. 10, lett. c), l. 28.6.2012, n. 92), ha deciso di non avvalersi di tale possibilità. Né l'art. 8, d.l. n. 138/2011 rispetta le condizioni per l'esercizio della deroga di cui all'art. 5.3 della Direttiva 2008/104/CE. I contratti di prossimità non rappresentano infatti un «livello appropriato» di contrattazione. L'art. 8 non offre inoltre alcuna garanzia circa il «rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale». Il legislatore dell'art. 8 non ha poi «consultato le parti sociali», come richiesto dalla Direttiva.

Occorre infine osservare che, in generale, non è possibile derogare al principio di non discriminazione per promuovere l'occupazione dei lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati e disabili di cui all'art. 2, n. 4 e 99, Regolamento (UE) n. 651/2014 e art. 4, co. 1, l. n. 381/1991. Le categorie indicate nel regolamento comunitario servono infatti a individuare gli aiuti all'occupazione compatibili con il mercato comune, mentre il diritto dell'Unione non prevede alcuna deroga ai principi di non discriminazione in relazione alle stesse. Le medesime considerazioni valgono per l'art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, disposizione con cui si esclude l'applicazione delle disposizioni dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore che fissano limiti quantitativi all'utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato, qualora il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dell'art. 2, n. 4 e 99, Regolamento (UE) n. 651/2014.

La comparazione
ipotetica

Come già osservato¹⁴⁸, per provare il trattamento discriminatorio ai danni dei lavoratori somministrati, occorre verificare se le condizioni di lavoro siano «almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro» (art. 5.1, Direttiva 2008/104/CE). Nel caso di specie, dunque, la comparazione è sempre possibile.

¹⁴⁸ V. Cap. 3, § 3.2.

In caso di violazione del principio di non discriminazione con riguardo al trattamento retributivo, il lavoratore somministrato può agire sia nei confronti dell'Agenzia per il lavoro, sia nei confronti dell'utilizzatore, obbligato in solido con la prima al pagamento del trattamento economico, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore (art. 21, co. 1, lett. *k*) e art. 23, co. 3, d.lgs. n. 276/2003). La stessa regola si applica per i contributi previdenziali¹⁴⁹.

I soggetti responsabili della discriminazione

Altra questione riguarda il trattamento discriminatorio posto in essere dall'utilizzatore ai danni del lavoratore somministrato. Nei casi di specie, sarà responsabile sia l'utilizzatore, che ha posto in essere la condotta indesiderata, sia l'agenzia per il lavoro che, non adempiendo all'obbligo di sicurezza cui è tenuta in quanto datore di lavoro (art. 2087 c.c.), ha concorso, con la sua condotta omissiva, a produrre la discriminazione¹⁵⁰.

Per il lavoro somministrato non è ancora stato sollevato il problema del riconoscimento dell'anzianità di servizio, in caso di successione di contratti di lavoro, come invece avvenuto per il contratto a termine¹⁵¹. Anche in questa ipotesi potrebbero tuttavia presentarsi analoghi problemi relativi al riconoscimento dell'anzianità di servizio ai fini, ad esempio, della progressione economica prevista dal contratto collettivo applicato dall'utilizzatore¹⁵², dell'inquadramento iniziale al momento dell'assunzione a tempo determinato o indeterminato¹⁵³, del raggiungimento dei requisiti necessari per beneficiare di prestazioni previdenziali¹⁵⁴. Una regola specifica è stata dettata, dal legislatore, per il calcolo dell'anzianità di servizio ai fini della quantificazione del diritto agli incentivi all'assunzione e della loro durata (art. 4, co. 13, l. n. 92/2012).

Ipotesi di discriminazione indiretta

In caso di contratto di lavoro in somministrazione a tempo indeterminato, potrebbero altresì presentarsi problemi relativi al computo, ai fini dell'anzianità di

¹⁴⁹ Sul punto v. Zilio Grandi, Sferrazza 2012, 156.

¹⁵⁰ V. Trib. Potenza, ord., 21.5.2005, in *LG*, 2005, n. 9, 871 sul caso di un disabile costretto a interrompere la missione a causa delle molestie subite dall'utilizzatore.

¹⁵¹ V. *supra* in questo stesso capitolo, § 4.2.4.

¹⁵² Il CCNL per le agenzie di somministrazione di lavoro firmato da Assolavoro, Cgil, Cisl, Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp, prevede che «per tutti i lavoratori gli scatti di anzianità siano erogati in conformità al raggiungimento dei periodi di maturazione previsti dal CCNL dell'utilizzatore anche nei casi di missioni rinnovate nell'arco di 15 giorni» (art. 30, co. 12; v. analogamente art. 30, co. 12, CCNL Assosomm).

¹⁵³ Il CCNL per le agenzie di somministrazione di lavoro firmato da Assolavoro, Cgil, Cisl, Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil e Uiltemp, vieta di prevedere un periodo di prova, in caso di missioni successive, intervenute entro 12 mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro precedente, presso la stessa impresa utilizzatrice e con le medesime mansioni. Il divieto si applica anche in caso di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato (art. 35, co. 1; v. analogamente art. 35, co. 1, CCNL Assosomm).

¹⁵⁴ Su cui v. ad esempio INPS, msg. 8255/2010.

servizio, dei soli periodi di effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, analogamente a quanto già avvenuto per il part-time verticale¹⁵⁵.

L'effettività del principio
di non discriminazione

L'effettività del principio di non discriminazione è fortemente condizionata dall'adempimento degli obblighi di informazione che gravano sul somministratore circa la disciplina applicabile presso l'utilizzatore¹⁵⁶. Gli artt. 23, co. 1, lett. *k*), *l*) e *m*), e 24, n. 3), lett. *e*) e *f*), CCNL stipulato da Assolavoro, Cgil, Cisl, Uil, Nidil-Cgil, Felsa-Cisl e Uiltemp prescrivono che, nel contratto di lavoro in somministrazione a tempo determinato e nella lettera di assegnazione in caso di somministrazione a tempi indeterminato, debba essere indicato il CCNL applicato nell'impresa utilizzatrice e il contratto integrativo di secondo livello, ove esistente, nonché il trattamento economico collettivo spettante e, in dettaglio, le singole voci che lo compongono (paga base, contingenza, EDR, terzo elemento, premio di produzione, superminimo collettivo, scatti di anzianità e, ove previsto, il premio di produzione o risultato; analoghe disposizioni sono previste nel CCNL Assosomm).

Con il contratto di somministrazione, l'utilizzatore assume poi l'obbligo di «comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare» (art. 33, co. 2, d.lgs. n. 81/2015).

Altro problema che deve essere qui segnalato riguarda il rischio di mancato utilizzo in successive missioni che i lavoratori in somministrazione corrono qualora agiscano contro l'Agenzia per il lavoro o l'utilizzatore. È dunque di fondamentale importanza per l'effettività della normativa in esame, estendere ai lavoratori in somministrazione le disposizioni sulla legittimazione ad agire delle organizzazioni sindacali di cui all'art. 5, d.lgs. n. 216/2003, nonché le altre misure procedurali e rimediali introdotte dal c.d. diritto antidiscriminatorio di nuova generazione¹⁵⁷.

Il lavoro somministrato
transnazionale

Nel caso di somministrazione transnazionale di lavoro, all'impresa fornitrice di manodopera si applica, in primo luogo, la disciplina della somministrazione prevista nello Stato di stabilimento. Lo Stato membro ove avviene il distacco può poi imporre all'impresa di lavoro temporaneo il rispetto delle condizioni ivi applicabili ai lavoratori somministrati (art. 3.9, Direttiva 96/71/CE)¹⁵⁸.

¹⁵⁵ V. *supra*, in questo stesso capitolo, § 4.2.3. In dottrina v. Alessi 2012, 126.

¹⁵⁶ Sull'accesso alle informazioni quale condizione necessaria per garantire l'effettività del principio di non discriminazione v. Corte giust., 19.4.2012, *Meister*, causa C-415/10.

¹⁵⁷ V. *infra*, Cap. 7.

¹⁵⁸ Nel considerando n. 22 della Direttiva 2008/104 è precisato che la Direttiva «dovrebbe essere applicata nel rispetto delle disposizioni del trattato in materia di libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento e fatta salva la Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi».

Nell'interpretare la Direttiva 96/71/CE con riguardo al lavoro somministrato, la Corte di giustizia si è discostata dal rigoroso *test* di adeguatezza e proporzionalità elaborato, per le altre ipotesi di distacco transnazionale¹⁵⁹. A parere dei giudici di Lussemburgo, l'impresa che fornisce manodopera si distingue dalle altre ipotesi di distacco transnazionale poiché «svolge attività che hanno lo scopo di far accedere i lavoratori al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante»¹⁶⁰. Durante la sua missione, il lavoratore distaccato è infatti destinato «a un posto in seno all'impresa utilizzatrice che altrimenti sarebbe stato occupato da un dipendente di quest'ultima»¹⁶¹. I lavoratori somministrati possono pertanto rientrare sfera di applicazione delle disposizioni degli artt. 45-48 TFUE e dei regolamenti adottati per la loro attuazione, disposizioni che regolano la libera circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione, fissando il principio secondo cui i lavoratori che si sono avvalsi della facoltà di circolare all'interno dei territori dell'Unione, non devono essere svantaggiati rispetto a coloro che non se ne sono avvalsi¹⁶².

La Direttiva 2018/957/UE, che modifica la Direttiva 96/71/CE, ha previsto che ai lavoratori distaccati da un'agenzia con sede all'estero venga applicato il principio della parità di trattamento (e le relative eccezioni) previsto nello Stato di distacco, in attuazione dell'art. 5 della Direttiva 2008/104/CE (in precedenza, gli Stati avevano la facoltà di applicare tale principio). L'impresa utilizzatrice è inoltre obbligata a informare l'agenzia con sede all'estero circa le condizioni di lavoro e di occupazione da essa applicate (art. 3.1-*ter*, e 3.2)¹⁶³.

Va infine precisato che, tra le materie cui si applica il principio di parità di trattamento di cui alla Direttiva 96/71/CE, rientra anche la «parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione» (art. 3.1, lett. g)). La Corte di giustizia ha precisato che il principio di parità di trattamento tra i lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale di cui alla Direttiva 97/81/CE, e il principio di parità di trattamento tra lavoratori a termine e a tempo indeterminato di cui alla Direttiva 99/70/CE, non rientrano tra le materie indicate nell'art. 3.1, lett. g) della Direttiva 96/71/CE¹⁶⁴.

Nel nostro ordinamento, il legislatore, avvalendosi della facoltà già prevista dall'art. 3.9, Direttiva 96/71/CE nel testo originario, ha esteso ai lavoratori somministrati presso un'impresa utilizzatrice avente la propria sede o un'unità produttiva in Italia, da parte di un prestatore di servizi stabilito in altro Paese

¹⁵⁹ Su cui v. Corte giust. CE, 11.12.2007, *Viking*, causa C-438/05, e Corte giust. CE, 18.12.2007, *Laval*, causa C-341/05.

¹⁶⁰ Corte giust., 10.2.2011, *Vicoplus*, cause riunite C-307/09, 308/09 e 309/09, punto 30.

¹⁶¹ Corte giust., 10.2.2011, *Vicoplus*, cause riunite C-307/09, 308/09 e 309/09, punto 31.

¹⁶² Corte giust., 16.3.2010, *Bernard*, causa C-325/08, punto 33.

¹⁶³ V. Allamprese, Borelli, Orlandini 2019, 133.

¹⁶⁴ Corte giust. CE, 19.6.2008, *Commissione v. Lussemburgo*, causa C-319/06, punto 57.

membro, il principio di non discriminazione di cui all'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 81/2015. La scelta operata è apprezzabile in quanto evita che si generino quei fenomeni di *dumping* sociale rilevati in alcuni Paesi europei, su cui intende intervenire la Direttiva 2018/957/UE.

4.3.2. *Il distacco*

Mediante l'istituto del distacco, un datore di lavoro può, per soddisfare un proprio interesse, porre temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa (art. 30, d.lgs. n. 276/2003). Durante il distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore (art. 30, co. 2, d.lgs. n. 276/2003), pur se il potere direttivo e di controllo è delegato al distaccatario. Il distacco del lavoratore non comporta dunque il sorgere di un nuovo rapporto con il beneficiario della prestazione lavorativa, ma una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione¹⁶⁵. La dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione è consentita a condizione che sussista, per tutta la durata del distacco, un interesse del datore di lavoro a che il lavoratore svolga la propria prestazione presso il distaccatario¹⁶⁶.

A parere degli esperti consultati dalla Commissione, un lavoratore che viene messo a disposizione di un'altra società del gruppo, non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva 2008/104/CE¹⁶⁷. La Direttiva si applica infatti qualora un lavoratore sia assunto «al fine di essere inviato in missione presso un'impresa utilizzatrice» (art. 2.1, lett. c), Direttiva 2008/104/CE), e non quando un lavoratore sia temporaneamente messo a disposizione di un utilizzatore. La giurisprudenza interna ritiene che, qualora un lavoratore venga assunto al solo fine di essere distaccato presso un utilizzatore, si configuri un distacco illegittimo – *id est*, un'interposizione illecita di manodopera – in quanto non sussiste alcun interesse del datore di lavoro al distacco¹⁶⁸. Del pari, si configura distacco illegittimo qualora il distacco risponda esclusivamente all'interesse del distaccatario a risparmiare sul costo della manodopera¹⁶⁹.

Il legislatore non ha previsto alcun principio di non discriminazione tra il lavoratore distaccato e i dipendenti del distaccante. Nelle ipotesi lecite di distacco,

¹⁶⁵ Cass., S.U., 11.12.2007, n. 25839; Cass., sez. lav., 23.4.2009, n. 9694.

¹⁶⁶ Cass., sez. lav., 15.5.2012, n. 7517.

¹⁶⁷ Report Expert Group, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, Agosto 2011.

¹⁶⁸ Cass., sez. lav., 16.2.2000, n. 1733 e 29.10.2009, n. 47006. Sussiste, ad esempio, un'interposizione illecita di manodopera quando «una società del gruppo, al fine di eludere precetti normativi in materia di rapporti di lavoro, utilizzi prestazioni lavorative di persone solo formalmente dipendenti da altra società collegata» (Cass., sez. lav., 21.9.2010, n. 19931).

¹⁶⁹ Cass., sez. lav., 2.10.2009, n. 21115.

permane dunque la possibilità di accordare al lavoratore distaccato un trattamento diverso (anche inferiore) rispetto a quello di cui beneficiano i dipendenti del distaccatario¹⁷⁰. Tale assenza è particolarmente preoccupante a fronte della progressiva estensione dell'istituto del distacco, a opera della giurisprudenza e del legislatore. La prima ritiene soddisfatto il requisito della temporaneità quando permane, per tutta la durata del distacco, l'interesse del distaccante a che la prestazione sia svolta a favore del distaccatario¹⁷¹. Ciò significa che un lavoratore potrebbe, per un lungo periodo, svolgere la propria attività sotto la direzione di un soggetto terzo, senza mai beneficiare del trattamento che questo avrebbe dovuto accordargli in caso di assunzione diretta.

Nel 2013, il legislatore ha, poi, liberalizzato il distacco tra le imprese in rete¹⁷², affermando che, qualora il distacco avvenga tra imprese che hanno sottoscritto un contratto di rete, «l'interesse della parte distaccante sorge automaticamente in forza dell'operare della rete» (art. 30, co. 4-ter, d.lgs n. 276/2003). Nonostante sia stato evidenziato che, in una prospettiva sistematica, «non ci si potrebbe mai esimere dal valutare il collegamento concreto ed effettivo tra l'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere con il distacco e i contenuti del contratto di rete»¹⁷³, e che dunque la presunzione di cui all'art. 30, co. 4-ter, d.lgs. n. 276/2003 dovrebbe intendersi come relativa, la Cassazione ha recentemente sostenuto trattarsi di presunzione assoluta¹⁷⁴. Nella medesima pronuncia, i giudici di legittimità hanno affermato che il fatto che l'art. 30, co. 4-ter connetta il venire a esistenza dell'interesse al distacco all'operare del contratto di rete, e il fatto che tale contratto presenti scopi economici unificanti che risultano avvicinabili a quelli che muovono la logica imprenditoriale di un gruppo di imprese, porta a ritenere che, nei gruppi di imprese, il distacco è legittimo anche quando risponde all'interesse del gruppo¹⁷⁵. In tal modo, la Cassazione si discosta da quando in precedenza sostenuto, e cioè che il collegamento tra le imprese può

¹⁷⁰ La disciplina del distacco è molto differente in altri Paesi europei. In Francia, durante la missione, l'utilizzatore è «responsabile delle condizioni di esecuzione del lavoro, tali quali sono determinate dalle disposizioni legali e contrattuali applicabili nel luogo di lavoro» (art. L1251-21 del codice del lavoro). Analogamente, in Belgio, la retribuzione, le indennità e i vantaggi erogati al lavoratore distaccato non possono essere inferiori a quelli di cui beneficiano i lavoratori che svolgono le medesime mansioni nell'impresa utilizzatrice (art. 32, § 4, l. 24.7.1987).

¹⁷¹ Cass., sez. lav., 25.11.2010, n. 23933 e 15.5.2012, n. 7517.

¹⁷² Chieco 2014, 207.

¹⁷³ Esposito 2014, 614.

¹⁷⁴ Cass., sez. lav., 21.4.2016, n. 8068 e, analogamente, 22.1.2015, n. 1168. In dottrina v. Alvino 2016, 757 ss.

¹⁷⁵ A parere della Cassazione, «l'interesse del soggetto distaccante non può essere separato da quello del raggruppamento di cui il soggetto stesso è parte economicamente integrata e risulta anzi direttamente connesso e funzionale all'attuazione di quest'ultimo» (in dottrina v. Razzolini 2014, 693; Franza 2016, 470 ss). In senso analogo si v. l'Interpello del Min. lav. n. 1 del 20.1.2016. *Contra*, M.T. Carinci 2016, 733; Esposito 2016, 749; Scarpelli 2016, 193 ss.

essere un elemento di prova dell'interesse datoriale al distacco¹⁷⁶, ma il rapporto di gruppo non legittima, di per sé, il distacco¹⁷⁷.

Il distacco transnazionale Il d.lgs. n. 136/2016 disciplina il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. In particolare, il decreto si applica a due ipotesi: la somministrazione transnazionale (su cui v. *supra*) e il distacco in Italia nell'ambito di una prestazione di servizi, «in favore di un'altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, o di un'altra unità produttiva o di un altro destinatario» (art. 1, co. 1)¹⁷⁸. In entrambi i casi, è necessario che durante il periodo di distacco continui a sussistere un rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante (art. 1, co. 1 e 2, d.lgs. n. 136/2016). I requisiti del distacco transnazionale sono significativamente diversi da quelli del distacco nazionale: è richiesto infatti che il lavoratore distaccato sia «abitualmente occupato» in uno Stato diverso dall'Italia¹⁷⁹ e svolga, «per un periodo limitato», il proprio lavoro in territorio nazionale italiano (art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 136/2016); la durata del distacco deve essere predeterminata sin dall'inizio o predeterminabile con riferimento a un evento futuro e certo (art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 136/2016); non è richiesta l'esistenza di un interesse del datore di lavoro distaccante. Ma, soprattutto, non tutte le ipotesi di distacco transnazionale configurano casi di utilizzo indiretto della manodopera. Non sono certamente annoverabili in tale ambito i casi regolati dall'art. 1.3, lett. a), Direttiva 96/71/CE, mentre può configurare un'ipotesi di utilizzo indiretto della manodopera il distacco infragruppo (lett. b))¹⁸⁰. Nel recepire la normativa comunitaria, il legislatore interno ne ha esteso l'ambito di applicazione ai casi di invio di un lavoratore presso un'impresa non appartenente al medesimo gruppo, per ivi svolgere la sua attività sotto la direzione di quest'ultima, nell'ambito di una prestazione di servizi.

¹⁷⁶ Cass., 18.8.2004, n. 16165.

¹⁷⁷ Cass., sez. lav., 2.10.2009, n. 21115, 23.4.2009, n. 9694 e 13.1.2000, n. 7450. Nei gruppi di società, la Cassazione aveva però riconosciuto la legittimità del distacco operato dalla società capogruppo al fine di partecipare e sovrintendere con personale proprio e di propria fiducia alla gestione della società collegata: Cass., sez. lav., 16.2.2000, n. 1733 e 3.7.2015, n. 13673.

¹⁷⁸ Quest'ultima ipotesi ricomprende tre differenti fattispecie: il distacco «da parte di un'azienda avente sede in un diverso Stato membro presso una propria filiale situata in Italia»; il distacco «da parte di un'azienda avente sede in un diverso Stato membro presso un'azienda italiana appartenente al medesimo gruppo di impresa (c.d. distacco infragruppo)»; il distacco «nell'ambito di un contratto di natura commerciale (appalto di opera o di servizi, trasporto ecc.), stipulato con un committente (impresa o altro destinatario) avente sede legale o operativa nel territorio italiano» (Circolare INL n. 1/2017, p. 2).

¹⁷⁹ Il d.lgs. n. 136/2016 si applica anche nel caso di distacco da parte di un'impresa stabilita in un Paese *extra* UE, salvo che la fattispecie sia disciplinata da leggi speciali (es. il d.lgs. n. 253/2016 in materia trasferimenti intra-societari di cittadini di Paesi terzi, su cui v. *infra*).

¹⁸⁰ Nella fattispecie di cui all'art. 1, § 3, lett. b), oltre al distacco infragruppo, rientra anche l'ipotesi della trasferta infragruppo (Orlandini 2014, 645).

La Direttiva 96/71/CE – che il d.lgs. n. 136/2016 recepisce – detta un principio di parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori dello Stato di distacco a «oggetto circoscritto»¹⁸¹, fissa cioè un nucleo di norme imperative di protezione minima che deve essere rispettate nello Stato di distacco¹⁸². L'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 136/2016 riproduce pedissequamente l'elenco di materie cui si applica il principio di parità di trattamento dettato dalla Direttiva. Il legislatore interno non si è dunque avvalso della facoltà di estendere, ad altre disposizioni di ordine pubblico, il campo di applicazione del principio di parità di trattamento (art. 3.10, Direttiva 96/71/CE)¹⁸³. In base all'art. 4, co. 1, al rapporto di lavoro tra le imprese distaccanti e i lavoratori distaccati «si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco». Per condizioni di lavoro si intendono:

«le condizioni disciplinate da disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015¹⁸⁴ relative alle seguenti materie: 1) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; 2) durata minima delle ferie annuali retribuite; 3) trattamenti retributivi minimi, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario¹⁸⁵; 4) condizione di cessione temporanea dei lavoratori; 5) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 6) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; 7) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione»¹⁸⁶.

¹⁸¹ Alessi 2012, 140.

¹⁸² Corte giust., 12.2.2015, *Sähköalojen ammattiliitto*, causa C-396/13, punto 29. Nella proposta di Direttiva che modifica la Direttiva 96/71/CE (COM(2016)128), la Commissione richiama espressamente il principio di parità retributiva, inquadrandolo nell'ambito del diritto antidiscriminatorio dell'UE (considerando 5) e SWD(2016)52, p. 20).

¹⁸³ Allamprese e Orlandini 2016, 5.

¹⁸⁴ «Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» (art. 51, d.lgs. n. 81/2015).

¹⁸⁵ Il Ministero del lavoro ha precisato «che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa, va dunque più strettamente legata alla definizione di “reddito da lavoro dipendente” valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei» (Interpello n. 33/2010). Per un elenco delle voci retributive ricomprese nell'art. 4, co. 1, n. 3, d.lgs. n. 136/2016 v. Circolare INL n. 1/2017, p. 10.

¹⁸⁶ Una deroga a tale principio è prevista nel caso di lavori di assemblaggio iniziale o di prima installazione di un bene, «quando la durata dei lavori, in relazione ai quali è stato disposto il distacco, non è superiore a otto giorni» (art. 4, co. 2, d.lgs. n. 136/2016).

La regola formulata nell'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 136/2016, nel richiamare anche le condizioni di lavoro disciplinate dai contratti collettivi, non sembra rispettare quanto prescritto dal diritto dell'Unione europea. In primo luogo, anche a seguito delle modifiche apportate nel 2018, la Direttiva 96/71/CE esclude, per il Paese di distacco, la possibilità di applicare contratti aziendali ai lavoratori distaccati. La Direttiva ammette poi l'applicazione dei contratti collettivi, nazionali o territoriali, solo qualora questi siano dichiarati di applicazione generale o siano applicabili in modo tale da rispettare la parità di trattamento fra i prestatori transnazionali di servizi e le altre imprese che si trovano in una situazione analoga (art. 3.8 come riscritto dalla Direttiva 2018/957/UE). In virtù dell'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 136/2016, i prestatori di servizi transnazionali sono obbligati ad applicare le clausole dei contratti collettivi relativi alle materie ivi indicate; il problema è che, come noto, tali contratti non sono efficaci *erga omnes* per le imprese stabilite in Italia¹⁸⁷.

I trasferimenti intra-
societari di cittadini di
Paesi terzi

Nell'ambito del distacco transnazionale devono essere inquadri anche i trasferimenti intra-societari¹⁸⁸ di cittadini di Paesi terzi, fattispecie regolata dalla Direttiva 2014/66/UE¹⁸⁹, recepita con d.lgs. 29.12.2016, n. 253. I lavoratori-cittadini di Paesi terzi soggetti a trasferimento intra-societario beneficiano di un trattamento almeno uguale a quello riservato ai lavoratori distaccati ai sensi dell'art. 3 Direttiva 96/71/CE (art. 18.1). I lavoratori soggetti a trasferimento intra-societario beneficiano inoltre «di un trattamento pari a quello riservato ai cittadini dello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro», relativamente a una serie di materie indicate nell'art. 18.2, Direttiva 2014/66/UE (libertà di associazione, riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali, l'accesso a beni e servizi). Per «assicurare un'adeguata copertura di sicurezza sociale ai lavoratori soggetti a trasferimento intra-societario» (considerando 38), il principio di non discriminazione si applica poi ai regimi di sicurezza sociale di cui all'art. 3, Regolamento (CE) n. 883/2004, «a

¹⁸⁷ Sul punto v. Allamprese, Borelli, Orlandini 2019, 133.

¹⁸⁸ Per «trasferimento intra-societario» si intende «il distacco temporaneo a fini professionali o di formazione di un cittadino di un Paese terzo che al momento della domanda di un permesso per trasferimento intra-societario soggiorna al di fuori del territorio degli Stati membri, da un'impresa stabilita al di fuori del territorio di uno Stato membro e a cui il cittadino di un Paese terzo è vincolato da un contratto di lavoro prima e durante il trasferimento, a un'entità appartenente all'impresa o allo stesso gruppo di imprese stabilita in quello Stato membro e, se del caso, la mobilità tra entità ospitanti stabilite in uno o diversi secondi Stati membri» (art. 3, lett. b)). Tale definizione è recepita, nel nostro ordinamento, dall'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 253/2016.

¹⁸⁹ La Direttiva non si applica ai cittadini di Paesi terzi che ricevono l'incarico da agenzie di collocamento, agenzie di lavoro interinale o qualsiasi altra impresa che si occupa di mettere a disposizione lavoratori destinati a lavorare sotto la supervisione e la direzione di un'altra impresa (art. 2.2, lett. e)), né ai cittadini di Paesi terzi distaccati da imprese stabilite in uno Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi conformemente alla Direttiva 96/71/CE (considerando 37 e art. 2.2, lett. c)).

meno che non si applichi il diritto del Paese di origine in forza di accordi bilaterali o del diritto nazionale dello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro» (art. 18.2, lett. c))¹⁹⁰. Allo scopo di tutelare i lavoratori e assicurare una concorrenza leale tra le imprese stabilite in uno Stato membro e quelle stabilite in un Paese terzo, è poi previsto che «la retribuzione corrisposta al cittadino di un Paese terzo durante l'intera durata del trasferimento intra-societario non sia meno favorevole della retribuzione corrisposta a cittadini dello Stato membro in cui è prestata l'attività lavorativa che occupano posizioni equiparabili conformemente al diritto applicabile, ai contratti collettivi o alle pratiche in vigore nello Stato membro in cui è stabilita l'entità ospitante» (art. 5.4, lett. b) e considerando 15).

Il legislatore interno si è limitato ad affermare che «i lavoratori ammessi in Italia nell'ambito di trasferimenti intra-societari beneficiano delle condizioni di lavoro e di occupazione» previste dall'art. 4, d.lgs. n. 136/2016 (art. 27-*quinquies*, co. 12, d.lgs. n. 286/1998, TU Immigrazione)¹⁹¹. Tali lavoratori beneficiano altresì «di un trattamento uguale a quello riservato ai lavoratori italiani per quanto concerne la libertà di associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni rappresentative dei lavoratori o dei datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria e per quanto concerne l'erogazione dei beni e servizi a disposizione del pubblico, a esclusione dell'accesso a un alloggio e dei servizi forniti dai centri per l'impiego» (art. 27-*quinquies*, co. 12, TU Immigrazione). Nel contratto di lavoro deve poi risultare «l'impegno ad adempiere agli obblighi previdenziali e assistenziali previsti dalla normativa italiana, salvo che non vi siano accordi di sicurezza sociale con il Paese di appartenenza» (art. 27-*quinquies*, co. 5, lett. h), TU Immigrazione). Non viene invece stabilito alcun principio di non discriminazione in materia di riconoscimento di diplomi e qualifiche professionali, né in materia retributiva¹⁹². Nel recepire la Direttiva 2014/66/UE, il legislatore interno ha poi espressamente escluso l'applicazione della regola paritaria all'accesso a un alloggio e dei servizi forniti dai centri per l'impiego» (art. 27-*quinquies*, co. 12, TU Immigrazione).

¹⁹⁰ Gli accordi bilaterali o il diritto nazionale in materia di diritti di sicurezza sociale dei lavoratori soggetti a trasferimento intra-societario adottati dopo l'entrata in vigore della Direttiva 2014/66/UE non dovrebbero però «prevedere un trattamento meno favorevole di quello riservato ai cittadini dello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro» (considerando 38). Il principio di non discriminazione si applica anche al «pagamento delle pensioni legali, di vecchiaia, invalidità e reversibilità, basate sull'impiego precedente del lavoratore soggetto a trasferimento intra-societario» (art. 18.2, lett. d)).

¹⁹¹ Per un generale commento al d.lgs. n. 253/2016 v. Mc Britton 2017.

¹⁹² L'assenza di un principio di parità retributiva è da ascrivere, probabilmente, all'ampia nozione di retribuzione fornita dal Ministero del lavoro (Interpello n. 33/2010) e dall'Ispettorato nazionale del lavoro (Circolare n. 1/2017).

4.4. Le discriminazioni nei casi di interdipendenza tra imprese

Un'interdipendenza tra imprese esiste quando due o più soggetti collaborano nello svolgimento di un'attività economica organizzata o quando l'attività svolta da un'impresa si inserisce nell'ambito del ciclo produttivo di altra impresa. In tali ipotesi, è sempre riconosciuto, a un soggetto o a un organo formato da una collettività di soggetti, il potere di organizzare l'attività di coloro che collaborano nello svolgimento dell'attività produttiva.

Come evidenziato nel Cap. 3, § 3.2.1, il campo di applicazione del diritto antidiscriminatorio prescinde dall'esistenza di un contratto di lavoro subordinato e ricomprende ogni modalità di esercizio del potere che rientra negli ambiti ivi indicati¹⁹³. Del pari, autore della discriminazione non è solo il datore di lavoro, ma chiunque esercita, nel campo di applicazione del principio di non discriminazione, un potere, pubblico o privato. Il diritto antidiscriminatorio si rivela perciò particolarmente utile per disciplinare le modalità di esercizio del potere nei casi di interdipendenza tra imprese.

I soggetti responsabili ■ Nei casi in questione, al fine di individuare il/i soggetto/i responsabile/i della condotta discriminatoria, è necessario ricostruire l'allocazione dei poteri tra i diversi soggetti che collaborano nello svolgimento dell'attività economica. La condotta discriminatoria è imputabile, in primo luogo, al soggetto che ha esercitato il potere che ha prodotto (o può produrre) l'effetto discriminatorio. La normativa antidiscriminatoria non prescrive tuttavia che solo l'autore dell'atto debba essere responsabile del trattamento discriminatorio¹⁹⁴. È possibile che l'effetto discriminatorio sia il risultato di una pluralità di decisioni (e cioè di più atti di esercizio del potere). Ciò è espressamente previsto dalla normativa antidiscriminatoria, secondo cui «l'ordine di discriminare persone a causa» di uno dei fattori di rischio «è da considerarsi una discriminazione» (art. 2.4, Direttiva 2000/43/CE – recepito dall'art. 2, co. 4, d.lgs. 9.7.2003, n. 213; art. 2.4, Direttiva 2000/78/CE – recepito dall'art. 2, co. 4, d.lgs. 9.7.2003, n. 216; art. 2.2, Direttiva 2006/54/CE – recepito dall'art. 26, d.lgs. 11.4.2006, n. 198; art. 4.4, Direttiva 2004/113/CE – recepito dall'art. 55-bis, co. 6, d.lgs. n. 198/2006). La regola riguarda ogni ordine di tenere una condotta, direttamente o indirettamente, discriminatoria che rientra nel campo di applicazione della normativa antidiscriminatoria¹⁹⁵.

In questa ipotesi, la violazione della normativa antidiscriminatoria è imputata

¹⁹³ V. ad esempio Trib. Como, ord., 16.8.2019, secondo cui il divieto di discriminazioni «è efficace in qualsiasi contesto delle relazioni sociali».

¹⁹⁴ Chopin e Germaine-Sahl 2013, 58.

¹⁹⁵ Asscher-Vonk 2012, 7. L'autrice riporta un caso olandese deciso della Commissione per la parità di trattamento in cui una Fondazione che gestiva case-famiglia, aveva richiesto alla impresa cui aveva appaltato i servizi di pulizia di non impiegare una lavoratrice in quando indossava il velo (CGB (Commission on Equal Treatment), June 28, 2010, opinion number 2009-0439).

sia all'autore materiale dell'atto che a colui che ha dato l'ordine. La condotta discriminatoria si perfeziona poi anche nel caso in cui l'ordine non sia eseguito (d'altro canto, non deve trattarsi di un ordine vincolante per il destinatario)¹⁹⁶.

La Corte di giustizia non è ancora intervenuta sulle disposizioni da ultimo richiamate, ma ha affermato che:

«un datore di lavoro non può confutare l'esistenza di fatti che consentono di presumere che egli conduca una politica di assunzione discriminatoria limitandosi ad affermare che le dichiarazioni che suggeriscono l'esistenza di una politica di assunzioni omofoba provengono da una persona che, pur affermando di ricoprire un ruolo importante nella gestione di tale soggetto datore di lavoro, e pur sembrando titolare di tale ruolo, non è giuridicamente titolata ad assumere decisioni che lo vincolano in materia di assunzioni...la circostanza che un siffatto datore di lavoro non abbia chiaramente preso le distanze dalle dichiarazioni controverse costituisce un elemento di cui il giudice adito può tener conto nella valutazione complessiva dei fatti»¹⁹⁷.

Nel caso ora ricordato, la persona che rilasciava dichiarazioni omofobe, seppur priva del potere giuridico di assumere decisioni per la società che poneva in essere la condotta discriminatoria, influenzava, di fatto, le scelte della stessa. La Corte di giustizia ha così chiarito che anche l'esercizio di un potere di fatto – così come l'esercizio di poteri giuridici – è soggetto al sindacato antidiscriminatorio.

La discriminazione può essere imputata anche a colui che ha tenuto una condotta omissiva. Nel c.d. caso del 'Sole delle Alpi', il Tribunale di Brescia¹⁹⁸ ha, ad esempio, ascripto la violazione dell'art. 2, d.lgs. n. 216/2003 sia al Comune di Adro che, pur non essendo il datore di lavoro degli insegnanti, aveva materialmente collocato il simbolo leghista all'interno dell'istituto scolastico, sia al Ministero dell'Istruzione, per avere tollerato la condotta discriminatoria nei confronti dei propri dipendenti e avere violato l'obbligo di custodia dell'edificio¹⁹⁹. Nel caso rumeno *National Council on Combating Discrimination (NCCD), L. Rausch v. S.C. Elaine S.R.L* (decisione n. 365 del 14 settembre 2011), la condotta discriminatoria di un 'buttafuori' che rifiutava l'accesso a un disabile in una discoteca veniva imputa anche all'impresa proprietaria della discoteca, pur se questa non era datrice di lavoro dell'addetto al servizio di sicurezza che era stato esternalizzato. A parere del giudice rumeno, «le imprese private hanno l'obbligo di includere, nei loro regolamenti interni, clausole di uguaglianza, non discriminazione e di gestione di casi discriminatori»²⁰⁰.

¹⁹⁶ Ellis e Watson 2012, 176. Si v. Corte app. Brescia, ord., 2.5.2019, n. 328.

¹⁹⁷ Corte giust., 25.4.2013, *Asociația Accept*, causa C-81/12, punti 49 e 50.

¹⁹⁸ Trib. Brescia, ord., 29.11.2010 e 7.2.2011, in Guariso 2012, 288.

¹⁹⁹ V. Protopapa 2011, 407 ss.

²⁰⁰ Il caso è riportato in Chopin, Germaine-Sahl 2013, 58.

Vanno infine ricordati i casi in cui il dovere di controllo, a carico del committente, circa il rispetto della normativa antidiscriminatoria da parte dell'appaltatore è assunto mediante contratto collettivo²⁰¹. Altrettanto importanti sono i doveri di vigilanza a carico del committente previsti nelle ipotesi di filiere internazionali²⁰².

Le modalità del giudizio
di comparazione

Altro profilo rilevante, nei casi di interdipendenza tra imprese, riguarda le modalità di individuazione del termine di comparazione. Se, come qui si sostiene, i principi di non discriminazione permettono di operare un controllo sulle modalità di esercizio di un potere, in relazione agli effetti che esso produce (o può produrre), gli eventuali effetti discriminatori devono essere valutati in relazione a coloro che sono soggetti a tale potere, e cioè ai potenziali destinatari della decisione in cui si manifesta l'esercizio del potere²⁰³. E se i principi di non discriminazione permettono di controllare l'esercizio di poteri privati diversi dai poteri datoriali, non vi è alcuna ragione di limitare l'ambito della comparazione ai lavoratori assunti dallo stesso datore di lavoro²⁰⁴.

4.4.1. Il contratto di appalto

Il contratto di appalto è «il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro» (art. 1655 c.c.). Il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa (art. 29, co. 1, d.lgs. n. 276/2003).

L'art. 3, l. n. 1369/1960, abrogato dal d.lgs. n. 276/2003, obbligava gli imprenditori che appaltavano opere o servizi «da eseguirsi nell'interno delle azien-

²⁰¹ Si v. ad esempio la *Charte sur la sous-traitance du nettoyage Louvre Hotels Group*, in *Dr. ouv.*, 2014, n. 795, 642 ss.

²⁰² Si v. Borelli 2018.

²⁰³ Lokiec 2004, 239; Lhernould 2011, 734 ss.

²⁰⁴ È quanto avviene nel Regno Unito, ove le *Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000* richiedono che il lavoratore comparabile sia assunto dallo stesso datore di lavoro, con lo stesso tipo di contratto, per svolgere la stessa attività o un'attività simile (House of Lord, *Matthews and others v. Kent and Medway Towns Fire Authority and others*, [2006]UKHL 8). Le regole fissate nel *Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2008* richiedono inoltre che il lavoratore comparabile sia al lavoro, nello stesso stabilimento o in uno stabilimento dello stesso datore di lavoro. Sul punto, v. *supra*, Cap. 3, § 3.2.1.

de con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore», a corrispondere, ai dipendenti dell'appaltatore, «un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti». Come osservato dalla Corte costituzionale (28.6.1963, n. 120), la parificazione dei trattamenti minimi era giustificata dall'esigenza di «evitare le frodi alle norme protettive del lavoro» a cui si presta il sistema degli appalti interni. A parere della Cassazione,

«la disciplina peculiare, inapplicabile ad altri tipi di appalto, trova il suo fondamento nel fatto che i dipendenti dell'appaltante sono in qualche modo partecipi, unitamente a quelli dell'appaltatore, della medesima comunità di lavoro in quanto inseriti tutti nella complessiva realtà aziendale predisposta ai fini del risultato produttivo. Si tratta, infatti, di lavoratori inseriti in un'organizzazione a sua volta compresa in altra più ampia e adde-
detti ad attività anch'esse preordinate al risultato finale, il che comporta necessariamente la titolarità di poteri di coordinamento in capo all'imprenditore appaltatore»²⁰⁵.

L'abrogazione dell'art. 3, l. n. 1369/1960 ha privato il nostro ordinamento di un importante strumento di lotta contro i fenomeni di concorrenza sleale, generando non pochi problemi soprattutto in caso di appalti *labour intensive*, data la difficoltà a distinguere questa fattispecie da quella di somministrazione di manodopera. Alcuni contratti collettivi hanno rimediato a tale mancanza, obbligando il committente a inserire nel contratto di appalto una clausola con cui l'appaltatore si impegna ad applicare un trattamento economico e normativo non inferiore a determinati standard²⁰⁶.

Per il personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici, l'art. 30, co. 4, d.lgs. 18.4.2016, n. 50 prescrive che sia applicato «il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente».

Appalti pubblici

Come costantemente affermato dalla giurisprudenza, siffatta disposizione fissa uno *standard* minimo di trattamento che le imprese sono tenute a rispettare per il tempo in cui instaurano rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione²⁰⁷. Viene inoltre considerata anormalmente bassa e dunque esclusa dalla gara d'appalto, l'offerta che contempra un costo del personale inferiore ai mini-

²⁰⁵ Cass., sez. lav., 3.7.2009, n. 15689.

²⁰⁶ Sul punto v. Lozito 2013, 62.

²⁰⁷ V. fra le molte, Cass., sez. lav., 25.7.1998, n. 7333; 4.9.2013, n. 12915; 16.4.2014, n. 8860 e Cons. Stato, sez. III, n. 1743/2015 su cui v. Pallini 2016, 526.

mi salariali retributivi indicati in apposite tabelle predisposte annualmente dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali «sulla base dei valori economici definiti dalla contrattazione collettiva nazionale tra le organizzazioni sindacali e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali»²⁰⁸.

Appalti transnazionali ■ Nel caso degli appalti transnazionali si applica la disciplina dettata dal d.lgs. n. 136/2016 che, recependo la Direttiva 96/71/CE, detta un principio di parità di trattamento tra lavoratori distaccati impiegati nell'appalto e lavoratori dello Stato di distacco a «oggetto circoscritto»²⁰⁹.

Il diritto antidiscriminatorio negli appalti ■ Nonostante l'abrogazione della regola paritaria, il committente e l'appaltatore sono comunque vincolati al rispetto della normativa antidiscriminatoria relativa ad altri fattori protetti (ad esempio, sesso, nazionalità). Emblematico è il caso su cui è intervenuta la Corte costituzionale con la sentenza, 16.1.1987, n. 17. La vicenda riguardava una dipendente di un istituto di vigilanza la quale veniva licenziata per la «sopravvenuta mancanza di posti di lavoro suscettibili di essere assegnati a personale di sesso femminile»; un cliente dell'istituto di vigilanza rifiutava infatti l'utilizzo di guardie giurate donna. A parere della Corte costituzionale, il principio di non discriminazione tra lavoratrici e lavoratori «deve essere osservato dal datore di lavoro e dal terzo a favore del quale va il risultato dell'attività del datore di lavoro e che forma oggetto di apposito contratto». Di conseguenza,

il contratto di appalto «non può contenere clausole che importino una discriminazione, solo per ragioni di sesso, a danno della lavoratrice impiegata in detta attività e le dette clausole, eventualmente pattuite, sono nulle».

Analogamente, nel Rapporto *Gender equality law in Europe. How are EU rules transposed into national law in 2016?*²¹⁰, nell'esemplificare i casi di ordine discriminatorio ai sensi dell'art. 2.4, Direttiva 2006/54/CE, si specifica che:

«ove a un'agenzia venisse richiesta da un datore di lavoro di fornire lavoratori di un solo sesso, sia il datore di lavoro che l'agenzia sarebbero responsabili e dovrebbero giustificare tale discriminazione sessuale».

Il Comitato sulla libertà di associazione ha sostenuto che la risoluzione di un contratto di appalto a causa dell'attività sindacale svolta dai lavoratori dell'ap-

²⁰⁸ Artt. 23, co. 16 e 97, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 su cui v. nota MLPS 26.7.2016, prot. 14775.

²⁰⁹ Per un'analisi dettagliata di tale principio v. *supra* in questo stesso capitolo, § 4.3.2.

²¹⁰ *European network of legal experts in gender equality and non-discrimination*, 2016, 15.

paltatore costituisce una discriminazione sindacale, vietata dalla Convenzione OIL n. 87²¹¹. Il Comitato OIL ha altresì sostenuto che:

«Protection against acts of anti-union discrimination would appear to be inadequate if an employer can resort to subcontracting as a means of evading in practice the rights of freedom of association and collective bargaining» (OIL, Freedom of Association. Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association, sixth edition, 2018, n. 1082).

Altro caso interessante è quello deciso dal *Conseil de Prud'hommes de Paris (Commerce)*, il 16.4.2013. La vicenda riguardava alcune donne immigrate, assunte da una società di fornitura di servizi (la SA Française de Services Groupe) per svolgere l'attività di pulizia delle camere dell'hotel Sofitel Paris Bercy, nell'ambito di un contratto di appalto tra la SA Française de Services Groupe e l'hotel. Alle lavoratrici non si applicava il contratto collettivo di cui beneficiavano i dipendenti dell'hotel, e dunque percepivano un salario inferiore. A parere dei giudici francesi, tale trattamento svantaggioso configura una discriminazione indiretta ai danni delle lavoratrici immigrate, non giustificata da un motivo legittimo, né i mezzi per realizzarlo erano adeguati e necessari. L'appalto non rispondeva infatti a «un'esigenza professionale essenziale e determinante», né era giustificato dalla «necessità di ottenere da un'altra impresa un *know-how* o competenze tecniche che non sarebbero in possesso dell'hotel». La stipulazione del contratto d'appalto rispondeva esclusivamente a un'esigenza di contenimento dei costi, che non può giustificare la disparità di trattamento ai danni delle lavoratrici immigrate. I giudici francesi hanno tuttavia ascritto la condotta discriminatoria alla sola appaltatrice, mentre non hanno sanzionato l'hotel, soggetto che, mediante il contratto di appalto, aveva di fatto condizionato la retribuzione delle lavoratrici, e aveva tratto vantaggio dalla condotta discriminatoria, potendo fruire del servizio di pulizie a un costo inferiore a quello che avrebbe pagato in caso di impiego diretto delle lavoratrici.

4.4.2. I gruppi di società

Il diritto del lavoro conosce molteplici nozioni di gruppi di società, pur se il gruppo rimane un fenomeno ancora poco regolato nella materia. Come emerge dalla lettura della ricostruzione della vicenda Fiat-Fiom nel 371° Rapporto del Comitato sulla Libertà di Associazione, caso n. 2953, il gruppo, seppur privo di personalità giuridica, opera sul mercato come un soggetto unitario, ponendo in essere una serie di attività coordinate dalla capogruppo. In tale prospettiva è di estremo interesse la decisione ha concluso il processo penale nei confronti di

²¹¹ Holdcroft 2013, 58 ss.; Vacotto 2013, 139 ss.

Fiat s.p.a., Fiat Group Automobili s.p.a. (F.g.a.) e Fabbrica Italiana Pomigliano (F.i.p.) per il compimento di attività discriminatoria e antisindacale nello stabilimento di Pomigliano d'Arco²¹². Nel parere del pubblico ministero sulla richiesta di oblazione, la violazione è imputata all'amministratore delegato e rappresentante legale di Fiat s.p.a. e di F.g.a., in quanto si ritiene che la condotta discriminatoria tenuta da F.i.p. sia in realtà imputabile a F.g.a.²¹³. Questa infatti deteneva – tramite la Fiat Investimenti s.p.a. – il 100% del capitale F.i.p., ne finanziava integralmente le attività, e ne nominava i dirigenti. L'esistenza di un potere di direzione e coordinamento di F.g.a. giustifica dunque l'imputazione a essa della condotta discriminatoria posta in essere dalla controllata.

La Corte di giustizia non ha ancora chiarito come allocare la responsabilità della condotta discriminatoria quando questa è il risultato di una strategia concordata all'interno del gruppo²¹⁴. Merita tuttavia di essere qui ricordato il consolidato orientamento espresso nell'ambito del diritto UE della concorrenza. A parere della Corte di giustizia, la condotta anticoncorrenziale tenuta dalla controllata nei confronti di operatori terzi (art. 101 TFUE) è imputabile, oltre che alla controllata stessa, anche alla controllante. Quest'ultima è responsabile anche se non ha partecipato direttamente all'infrazione, né ha indotto a commetterla, in quanto esercita, giuridicamente o di fatto, un'influenza determinante sulla controllata che ha violato il diritto UE della concorrenza²¹⁵. Nel caso in cui una società controllante detenga, direttamente o tramite una società interposta, la totalità o la quasi totalità del capitale sociale della controllata, esiste poi una presunzione semplice secondo cui la controllante esercita un'influenza determinante sul comportamento della propria controllata; in tale ipotesi, la Commissione deve dimostrare unicamente che pressoché l'intero capitale di una controllata è detenuto dalla controllante: quest'ultima è solidalmente responsabile per il pagamento dell'ammenda inflitta alla propria controllata, a meno che fornisca sufficienti elementi di prova idonei a dimostrare che la propria controllata si comporta in maniera autonoma sul mercato²¹⁶.

Il gruppo può altresì essere considerato l'ambito in cui la normativa antidiscriminatoria trova applicazione. Nel caso *Tyrolean Airways*, ad esempio, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi circa l'applicazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età alle regole di calcolo dell'anziani-

²¹² Per una ricostruzione della vicenda v. Berta 2011.

²¹³ Parere del p.m. della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Nola del 13.6.2014, in http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2014/12/Trib_Nola_parere_13_06_2014.pdf.

²¹⁴ Sui numerosi casi di discriminazione verificatisi nel gruppo Wal-Mart, si v.: Wal-Mart v. Human Rights Watch, *Discounting Rights. Wal-Mart's Violation of US Workers' Right to Freedom of Association*, 2007, vol. 19, n. 2, <https://www.hrw.org/reports/2007/us0507/>; Johansson, 2013.

²¹⁵ Corte giust. CE, 10.9.2009, *Akzo Nobel*, causa C-97/08, punto 77.

²¹⁶ Corte giust. CE, 10.9.2009, *Akzo Nobel*, causa C-97/08, punti 60 ss.

tà di servizio all'interno dei gruppi di società. I giudici comunitari hanno riconosciuto che una disposizione di un contratto collettivo che, ai fini della classificazione del personale e della determinazione dell'importo della retribuzione, tiene conto soltanto dell'esperienza lavorativa maturata presso una compagnia aerea, con esclusione dell'esperienza sostanzialmente identica maturata presso altra compagnia appartenente allo stesso gruppo, «può comportare una differenza di trattamento in funzione della data dell'assunzione da parte del datore di lavoro». La Corte ha tuttavia ritenuto che siffatta differenza non sia, «direttamente o indirettamente, fondata sull'età né su un evento legato all'età. Infatti, è l'esperienza eventualmente maturata da un assistente di volo presso un'altra compagnia dello stesso gruppo di imprese che non è presa in considerazione in occasione dell'inquadramento, indipendentemente dall'età di detto assistente di volo al momento della sua assunzione»²¹⁷.

²¹⁷ Corte giust., 7.6.2012, *Tyrolean Airways*, causa C-132/11, punto 29.