

**Civile Ord. Sez. L Num. 3982 Anno 2016**

**Presidente: STILE PAOLO**

**Relatore: NAPOLETANO GIUSEPPE**

**Data pubblicazione: 29/02/2016**

**ORDINANZA INTERLOCUTORIA**

sul ricorso 28369-2014 proposto da:

ABERCROMBIE & FITCH ITALIA S.R.L. C.F. 04669920961,  
in persona del legale rappresentante pro tempore,  
elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE DI VILLA  
MASSIMO 57, presso lo studio dell'avvocato GUIDO  
BROCCHIERI, che la rappresenta e difende unitamente  
all'avvocato GIANFRANCO DI GARBO, giusta procura  
speciale notarile in atti;



**- ricorrente -**

**2015**

**contro**

**4920**

BORDONARO ANTONINO C.F. BRDNNN87L26H2640,  
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DI PIETRALATA  
320/D, presso lo studio dell'avvocato GIGLIOLA MAZZA

RICCI, che lo rappresenta e difende unitamente  
all'avvocato ALBERTO GUARISO, giusta delega in atti;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 406/2014 della CORTE D'APPELLO  
di MILANO, depositata il 03/07/2014 R.G.N. 1044/2013;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 15/12/2015 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE  
NAPOLETANO;

udito l'Avvocato FIORELLI GAETANO IORIO per delega  
Avvocato DI GARBO GIANFRANCO;

udito l'Avvocato GUARISO ALBERTO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. MARCELLO MATERA che ha concluso per il  
rigetto del ricorso.

169



IN FATTO E DIRITTO

Rilevato che:

la Corte di Appello di Milano, riformando l'ordinanza del Tribunale di Milano, che aveva dichiarato improponibile il ricorso proposto, ex art.28 del dlgs n. 150 del 2011 e 702 bis cpc, da Antonino Bordonaro nei confronti Abercrombie & Fitch Italia srl con il quale si deduceva l'illegittimità per discriminazione in ragione dell'età del contratto di lavoro intermittente a tempo determinato, stipulato in data 14 dicembre 2010 e convertito a tempo indeterminato in data 1° gennaio 2012, e del relativo licenziamento intimatogli al raggiungimento del venticinquesimo anno di età avvenuto il 26 luglio 2012, accoglieva la domanda condannando, ritenuta la intercorrenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la predetta società a riammettere il lavoratore nel posto di lavoro ed a pagargli il risarcimento del danno;

a base del *decisum* la Corte del merito poneva, innanzitutto, il rilievo secondo il quale lo speciale procedimento previsto per le controversie in materia di discriminazione dall'art.28 del dlgs n. 150 del 2011 non era stato abrogato dal c.d. rito Fornero di cui all'art. 1, commi 48 e segg. della legge 28 giugno 2012 n. 92, per l'accertamento della legittimità del recesso datoriale, sicché correttamente il lavoratore aveva azionato la domanda giudiziale secondo il predetto art. 28 del citato dlgs n. 150 del 2011, tanto più

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



che, nella specie, sottolineava la Corte del merito, il richiamo, nella domanda, all'art. 18 della legge n. 300 del 1970 era strumentale alla invocata cessazione del comportamento discriminatorio;

nel merito, la Corte distrettuale, riteneva che il contratto di lavoro intermittente concluso, in base al secondo comma dell'art. 34 del dlgs n.276 del 2003, con il Bordonaro ed il licenziamento intimatogli in relazione del raggiungimento del 25 anno di età erano contrari al principio di non discriminazione dell'età di cui alla direttiva 2000/78 CE in quanto la disciplina di cui al detto art. 34 del dlgs n.276 del 2003 "trovava fondamento esclusivamente sull'età senza alcuna altra specificazione non essendo richiamata alcuna ulteriore condizione soggettiva del lavoratore e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile"; conseguentemente, secondo la Corte di Appello, il contratto di lavoro intermittente, concluso in esclusiva ragione dell'età, era illegittimo ed il rapporto di lavoro doveva considerarsi a tempo indeterminato con orario *part-time* e, non essendosi detto rapporto risolto validamente, la società andava condannata a riammettere il lavoratore nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno nella misura della retribuzione - da agosto 2012 alla data della sentenza - calcolata secondo la media mensile percepita nel corso del rapporto di lavoro;

avverso questa sentenza la società ricorre in cassazione sulla base di tre censure, illustrate da memoria, cui si oppone con controricorso la parte intimata;



con la prima censura la società, deducendo violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nonché degli artt. 702 *bis* e 702 *quater* cpc, prospetta che la Corte del merito ha erroneamente ritenuto che la natura discriminatoria del licenziamento potesse essere azionata ex art.28 dlgs n. 150 del 2011 e non con il procedimento di cui all'art. 1, commi 48 e segg. della legge 28 giugno 2012 n. 92;

con il secondo motivo la società, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, del dlgs n.276 del 2003, della Direttiva 2000/78/CE, nonché del principio generale di diritto comunitario inerente il divieto di discriminazione in ragione dell'età e violazione del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, sostiene che ha errato la Corte del merito nel ritenere violato il principio di non discriminazione perché, nella specie, si tratta di una legge che favorisce i lavoratori in ragione della loro età e non viceversa e l'art. 34, comma 2, del dlgs n.276 del 2003 è sovrapponibile alla Direttiva 2000/78/CE; chiede, poi, la società sotto i diversi profili denunciati che la questione sia rimessa alla Corte di giustizia;

con la terza critica la società, allegando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34, comma 2, del dlgs n.276 del 2003, assume che la invalidità del contratto di lavoro intermittente o a chiamata può essere sanzionata con il risarcimento del danno e non con la conversione del rapporto a tempo indeterminato e che comunque il danno



liquidato non può essere equiparato alla media delle retribuzioni corrisposte;

la società, poi, richiama i motivi già proposti avanti la Corte di Appello e non presi in considerazione.

Considerato che:

secondo giurisprudenza, costante di questa Corte l'inesattezza del rito non determina di per sé l'inesistenza o la nullità della sentenza, ma assume rilevanza invalidante soltanto nell'ipotesi, non ricorrente nel caso di specie, in cui, in sede di impugnazione, la parte indichi lo specifico pregiudizio processuale concretamente derivato dalla mancata adozione del rito diverso, quali una precisa e apprezzabile lesione del diritto di difesa, del contraddittorio e, in generale, delle prerogative processuali protette della parte (Cass. 18 luglio 2008 n.19942, Cass. S.U.10 febbraio 2009 n.3758, Cass.22 ottobre 2014 n.22325 e Cass. 27 gennaio 2015 n.1448);

il contratto di lavoro intercorso tra le parti in causa è stato stipulato ai sensi del secondo comma dell'art. 34 del dlgs n.276 del 2003 che, all'epoca dei fatti, prevedeva la possibilità che il contratto di lavoro intermittente potesse essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età;

il Bordonero assunto quando ancora non aveva compiuto il venticinquesimo anno di età veniva, successivamente, licenziato in ragione esclusiva del compimento di detta età;



il dlgs n.276 del 2003 di "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003,n.30", all'art. 34, nella formulazione applicabile alla data di assunzione, dopo aver sancito, al primo comma, "Il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno ai sensi dell'articolo 37", prevedeva, al secondo comma, che "Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni di età, anche pensionati";

alla data del licenziamento il predetto secondo comma dell'art. 34 stabiliva che "Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con soggetti con più di cinquantacinque anni di età e con soggetti con meno di ventiquattro anni di età, fermo restando in tale caso che le prestazioni contrattuali devono essere svolte entro il venticinquesimo anno di età";



il richiamato secondo comma di cui all'art. 34 del dlgs n.276 del 2003 potrebbe porsi, stante lo specifico e caratterizzante riferimento all'età, in conflitto con il principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato ( Cfr. sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 Küçükdeveci, punto 21) un principio generale del diritto dell'Unione (V., sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold) cui la Direttiva 2000/78 dà espressione concreta (V. sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne, Racc. pag. 455, punto 54);

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale secondo l'art. 6, n. 1, TUE ha lo stesso valore giuridico dei trattati, all'art. 21, n. 1 vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...)sull'età ( in tal senso V. sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 Küçükdeveci, cit. punto 22);

l'art. 6, n. 1, primo comma, della predetta Direttiva 2000/78 enuncia che una disparità di trattamento in base all'età non costituisce discriminazione laddove essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari (così sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 Küçükdeveci, cit. punto 33);

nella specie la formulazione dell'allora vigente, secondo comma, dell' art. 34 del dlgs n.276 del 2003 dlgs n.276 del 2003 di



"Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n.30" (ora trasfuso, con modificazioni, e previa abrogazione dei detti artt. 33 e 34 dlgs n.276 del 2003, nell' art. 13, secondo comma, del dlgs n. 81 del 2015) mostra di non contenere alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6, n. 1, primo comma, della citata Direttiva 2000/78;

questa Corte di legittimità ritiene, con riferimento alla disposizione nazionale di cui in narrativa, di sollevare, ex art. 267, TFUE, questione pregiudiziale sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1).

P.Q.M.

1. Dispone, ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea di chiedere, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia dell'Unione europea se la normativa nazionale di cui all'art. 34 del dlgs n.276 del 2003, secondo la quale il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1).

2. sospende il presente giudizio sino alla definizione delle suddetta questione pregiudiziale;



3.ordina l'immediata trasmissione di copia della presente ordinanza,  
unitamente agli atti del giudizio,alla cancelleria della Corte di  
giustizia europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 15 dicembre 2015

Il Presidente