

Numero 1 / 2018

(estratto)

Roberto Cosio

**Le discriminazioni per ragioni di età. La saga
Abercrombie**

Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie.

Roberto Cosio

Avvocato

Sommario: 1. Premessa.- 2. La fase ascendente. – 3. La sentenza della CGUE del 19 luglio 2017, C-143/16. – 4. La fase discendente: la sentenza della Cassazione del 21 febbraio 2018, n. 4223.

1.Premessa.

Le discriminazioni per ragioni di età hanno progressivamente assunto, nel contesto del diritto antidiscriminatorio europeo¹, un ruolo sempre più importante nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Le origini del divieto di discriminazione per ragioni di età non sono, però, così antiche.

Basti pensare che solo nel 1999 la Commissione affermava che:

“Negli stati membri esistono pochissime disposizioni legislative sulla discriminazione in base all’età”.

Malgrado ciò, il *“fattore cenerentola”*² ha finito per conquistare il centro della scena europea offrendo alla Corte di giustizia la possibilità di chiarire il suo pensiero in una serie notevole di pronunce, molte delle quali assegnate alla grande sezione della Corte³.

La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell’ordinamento dell’Unione europea risale alla fondamentale sentenza Mangold.

¹ Per un panorama della giurisprudenza della Corte di giustizia e di quella di Strasburgo si veda TRIA, Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne, in www.europeanrights, 2015, n. 48.

² IZZI, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto discriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005, pag. 388. ROCCELLA, IZZI, Lavoro e diritto nell’Unione europea, Padova, 2010, 115. La Corte costituzionale, nell’importante sentenza n. 227 del 2010 (Foro it., 2010, I, pa. 2951) ci ricorda che il *“contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della confliggente norma interna da parte del giudice comune”*. La ragione risiede, per la Corte costituzionale, nel fatto che il divieto di discriminazione *“pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia”* non è però assistito da *“una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti”*. Ciò in quanto al legislatore nazionale è consentito di *“prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata”*.

³ In particolare, occorre ricordare, fra le sentenze più recenti, la Dansk Industri (CGUE sentenza 19 aprile 2016, C-441/14) e Sorondo (CGUE sentenza 15 novembre 2016, C-258/15).

Il caso Mangold, al di là delle critiche a cui è stata sottoposta⁴, ha aperto le porte ad una fitta serie di pronunce della Corte di giustizia.

La sentenza più importante, in questo contesto, rimane la famosa sentenza Kucukdeveci⁵ del 2010, che confermando il “*messaggio costituzionale*” contenuto nella Mangold ha ribadito la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza che dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha carattere vincolante⁶.

In queste brevi note si esaminerà, peraltro, solo la vicenda Abercrombie.

2. La fase ascendente.

Prima di tutto, il caso.

Il ricorrente era stato assunto dalla società con “contratto a chiamata a tempo determinato” di iniziali quattro mesi e poi prorogato in relazione al fatto che alla data di assunzione aveva meno di 25 anni ed era disoccupato.

Dall’1/1/2002 il contratto c.d. intermittente era stato convertito in contratto a tempo indeterminato senza specificazione delle ipotesi legittimanti previste dal d.lgs 276/03.

Ultimato il piano di lavoro (in data 26/7/2012), il lavoratore non era stato più inserito nella programmazione e gli era stato comunicato che avendo egli compiuto 25 anni ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell’età, il rapporto di lavoro era da considerarsi cessato alla suddetta data.

La Corte di appello di Milano, riformando la sentenza di primo grado, riteneva proponibile le domande avanzate dal ricorrente.

Per quanto riguarda il comportamento discriminatorio, la Corte di appello di Milano sottolineava come l’unico requisito rilevante al momento dell’assunzione del ricorrente, ai sensi dell’art. 34 del d.lgs n. 276/03⁷, fosse quello anagrafico (meno di 25 anni o più di 45).

⁴ Il punto focale delle critiche era che, in detta sentenza, la Corte avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un’efficacia orizzontale. La sentenza era stata, inoltre, criticata per avere indotto una situazione di notevole incertezza giuridica (PICCONI - SCIARRA, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme*, in Foro it., 2006, IV, pag. 342). Anche quattro avvocati generali hanno commentato (e sotto certi aspetti criticato) la sentenza Mangold nelle cause Chacón Navas (sentenza 11 luglio 2006, C-13/05), Lindorfer (sentenza 11 settembre 2007, C-227/04) Palacios de la Villa (sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05) e Maruko (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96). Interessante notare che in nessuna di queste sentenze la Corte ha rivisto (o menzionato) la decisione assunta nella sentenza Mangold.

⁵ Cfr. COSIO, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell’Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1079.

⁶ Sul tema si veda COSIO e FOGLIA (a cura di) *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013.

⁷ Sull’evoluzione della disciplina sul lavoro intermittente si veda ROMEI, *Il contratto di lavoro intermittente*, in G. Santoro-Passarelli, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Torino, 2014, pag. 494 e seg..

La Corte di appello, richiamando le sentenze Mangold e Kucukdeveci, affermava che “nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25 anno, il contratto debba essere risolto” evidenziando “il contrasto tra quanto disposto dal comma 2 dell’art. 34 del d.lgs n. 276/03 ed i principi affermati dalla direttiva 2000/78 la cui efficacia diretta non può essere messa in discussione essendo essa espressione di un principio generale dell’Unione Europea”.

Ritenuto il carattere discriminatorio della norma censurata, la Corte milanese condannava la società a riammettere l’appellante nel posto di lavoro con il risarcimento dei danni subiti.

La Corte di cassazione, preferendo “evitare lo sdruciolevole terreno della disapplicazione⁸”, percorso in silenzio dalla Corte di merito⁹ ha rimesso la questione alla Corte di giustizia.

La scelta operata dalla Suprema Corte¹⁰ appare assolutamente corretta.

L’art. 267 TFUE stabilisce un **obbligo di rinvio** solo in capo agli organi giurisdizionali “avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno”, mentre gli altri organi hanno una facoltà di rinvio.

La ratio della previsione dell’obbligo di rinvio in capo alle giurisdizioni di ultima istanza risiede, evidentemente, nel fatto che esse costituiscono l’ultima sede in cui è possibile operare il rinvio. A tale ragione, però, si aggiunge la considerazione che tale obbligo “mira ad evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie¹¹”.

L’obbligo per il giudice di ultima istanza di operare il rinvio non impedisce, però, che lo stesso possa compiere una valutazione in ordine alla fondatezza del dubbio interpretativo.

La questione fu affrontata dalla Corte di giustizia nella fondamentale sentenza CILFIT del 1982¹².

La sentenza chiarì che il giudice nazionale di ultima istanza può astenersi da sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando la corretta applicazione del diritto dell’UE si impone “con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio”(c.d. teoria dell’atto chiaro).

Il principio viene enunciato in termini restrittivi (non deve esistere “alcun ragionevole dubbio”) e circondato da ulteriori cautele, attraverso l’affermazione che il giudice nazionale deve “maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli Stati membri e alla Corte di giustizia” e rammentando che l’interpretazione delle norme UE comporta un raffronto tra le varie versioni linguistiche, la considerazione del suo contesto e del suo stato di evoluzione (punti nn. 16-20 della sentenza CILFIT).

⁸ Cfr. COMANDE, Requisito anagrafico e contratto di lavoro intermittente: la scure del principio fondamentale di non discriminazione per ragioni di età, in www.rivistalabor.it

⁹ Sul tema si veda CALAFA’, Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all’età: prove di disapplicazione, Riv. It. Dir. Lav., 2015, II, pag. 541 e seg..

¹⁰ Cassazione, sez. lavoro, ordinanza 29 febbraio 2016, n. 3982.

¹¹ Cfr. CGUE Sentenza 12 giugno 2008, causa C-458/06.

¹² CGUE sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81.

Nella specie, La Corte di legittimità non ha ravvisato gli estremi del c.d. atto chiaro.

In mancanza di un precedente specifico sul tema, la Suprema Corte ha, quindi, ritenuto, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di sapere se la normativa italiana si pone in contrasto con il “*principio generale di non discriminazione in base all’età di cui alla direttiva 2000/78/CE e all’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali*”.

Scelta condivisibile, perlomeno, per due ragioni.

In primo luogo, perché si pone in linea con quanto enunciato nella sentenza CILFIT.

In secondo luogo, perché ribadisce, sia pure implicitamente, che il compito di assicurare la c.d. monofilachia europea¹³ spetta alla Corte di giustizia, sia pure con la collaborazione dei giudici nazionali.

3. La sentenza della CGUE del 19 luglio 2017, C-143/16.

La Suprema Corte, con la sua questione pregiudiziale, ha chiesto, in sostanza, se l’art. 21 della Carta nonché l’art. 2, paragrafo 1, l’art. 2, paragrafo 2, lett. a), e l’art. 6, paragrafo 1, della direttiva “*debbano essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione, quale quella di cui al procedimento principale, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle precisazioni da eseguire e a licenziare detto lavoratore al compimento del 25 anno*”.

Nell’esaminare la questione, la Corte doveva scegliere se esaminarla alla luce del diritto primario e/o della direttiva.

La Corte sceglie di esaminarla alla luce della direttiva (punto 17), secondo un orientamento consolidato¹⁴.

In realtà, come precisa l’Avvocato generale BOBEK nelle conclusioni del 23 marzo 2017, assumere la direttiva come ambito di analisi principale “*non preclude in alcun modo la contestuale applicabilità dell’art. 21, paragrafo 1, della Carta. Infatti, fintantoché le disposizioni in questione rientrano nell’ambito del diritto dell’Unione attraverso l’applicazione della direttiva 2000/78, l’ambito di tutela della Carta trova applicazione in forza del suo articolo 51, paragrafo 1*”¹⁵.

In sostanza, il rapporto tra l’art. 21 della Carta e la direttiva non è di reciproca esclusione ma, viceversa, di attuazione e complementarità.

Affermazioni di grande importanza che comporta, perlomeno, tre ricadute operative.

¹³ Sul tema si veda COSIO, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una monofilachia europea, in www.europeanrights.eu relazioni 15 aprile 2016.

¹⁴ Si vedano le sentenze citate al punto 17 della motivazione.

¹⁵ In tal senso si veda CGUE sentenza 19 aprile 2016, C-41/14, punto 24. Sul tema si veda PICCONE, Principio di non discriminazione e lavoro intermittente: la vicenda Abercrombie & Fite, in www.LavoroDirittiEuropa, 1 fascicolo.

La prima consiste nel ritenere rilevante l'art. 21 della Carta nell'interpretazione del diritto derivato dell'Unione e del diritto nazionale *“rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”*.

La seconda comporta che le disposizioni della Carta rappresentano il criterio *“di riferimento ultimo per la validità del diritto derivato dell'Unione”*.

La terza attiene alla possibilità di ricorrere al *“principio generale”* laddove l'applicazione della direttiva sia ostacolata dal fatto che la controversia riguarda soggetti privati.¹⁶

La seconda questione che la Corte ha esaminato attiene alla qualifica come *“lavoratore”* del Bordonaro, ai sensi dell'art. 45 TFUE.

La Corte, in primo luogo, ha ricordato la nozione *“comunitaria”* di lavoratore caratterizzata dalla circostanza *“che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione”*.

A questi elementi, la Corte aggiunge che, in una valutazione globale del rapporto di lavoro del sig. Bordonaro *“siano presi in considerazione elementi relativi non solo alla durata del lavoro e al livello della retribuzione, ma anche all'eventuale diritto a ferie retribuite, alla continuità della retribuzione in caso di malattia, all'applicabilità al contratto di lavoro di un contratto collettivo, al versamento di contributi e, nel caso, alla natura di questi ultimi”*.

“E' dunque verosimile”, afferma la Corte, *“che il contratto di lavoro del sig. Bordonaro sia tale da consentirgli di avvalersi della qualità di lavoratore (...) considerato che non si può ritenere che la sua attività “sia stata puramente marginale e accessoria”* (punti 20-22).

Valutazione, finale, che la Corte demanda al giudice di rinvio (punto 23).

Le affermazioni della Corte sono state criticate (*“un fuor d'opera”*) da chi¹⁷ evidenzia che l'ambito della direttiva 2000/78 *“ha un ambito di applicazione più ampio (del lavoro subordinato) in quanto ricomprende anche l'accesso al lavoro autonomo”*.

Resta il fatto che la riflessione sulla nozione *“comunitaria”* di lavoro subordinato resta centrale al momento attuale.

Basti pensare all'incerta qualificazione della nuove forme di lavoro digitale.

Il passaggio successivo della Corte attiene all'esame del problema della *“disparità di trattamento”*.

Comparabilità non significa essere identici.

¹⁶ Come nel famoso caso esaminato nella sentenza Kucukdeveci (CGUE 19 gennaio 2010, C-555707).

¹⁷ BONARDI, Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie, Riv. giur. lav., 2017, II, pag. 547.

Come ricorda l'Avvocato generale, si tratta soltanto di esaminare se, “rispetto a una determinata qualità (ossia, il *tertium comparationis*, che può essere un valore, un obiettivo, un'azione, una situazione) gli elementi di paragone (quali persone, imprese, prodotti) dimostrino più analogie o più differenze”.

Esame che deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi¹⁸.

Sulla base di queste premesse, la Corte, esaminato l'art. 34 del d.lgs 276/2003, ha constatato l'esistenza di una disparità di trattamento basata sull'età (punto 28)¹⁹.

A questo punto, la Corte ha affrontato il problema della “giustificazione” della norma interna (in base all'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78).

In sostanza, la Corte ha esaminato se la disparità di trattamento accertata potesse essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per conseguire tale finalità fossero appropriati e non sproporzionati rispetto a quanto necessario per conseguire la finalità perseguita.

Sulla finalità legittima, la risposta della Corte appariva scontata, considerato l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma anche nella definizione delle misure atte a realizzarlo²⁰.

La promozione delle assunzioni, peraltro, costituisce una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri, in particolare, quando si tratta di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione²¹

Sotto questo profilo, il governo italiano aveva indicato una serie di obiettivi alla base della misura quali: la promozione della flessibilità nel mercato del lavoro al fine di aumentare il tasso di occupazione; favorire l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro; fornire un'opportunità di prima occupazione.

Obiettivi che, in linea di principio²², possono, certamente costituire una finalità legittima.

Ed in questo senso si è espressa la Corte (punto 39).

Ma il vero punto critico era un altro: la proporzionalità dei mezzi impiegati.

¹⁸ CGUE sentenza 12 dicembre 2013, C-267/12, punto 33.

¹⁹ Per una analisi della definizione dell'ambito di comparazione si veda BONARDI, MERAVIGLIA, Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio, in BONARDI (a cura di), Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile, Roma, Ediesse, 2017.

²⁰ CGUE sentenza 11 novembre 2014, C-530/13, punto 38.

²¹ CGUE sentenza 21 luglio 2011, C-159/10, punto 49.

²² Anche su questa valutazione sono state espresse forti critiche da una parte della dottrina, BONARDI, Il divieto di discriminazione per età alla deriva, cit., pag. 550 e seg.. Per una analisi della giurisprudenza sul tema si veda PASQUALETTO, Da Mangold a Hornfeldt: il giudizio di proporzionalità sulle differenziazioni per età in materia di lavoro nella giurisprudenza comunitaria, in AAVV, Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti, Padova, 2012, pag. 213 e seg..

L'Avvocato generale, infatti, aveva evidenziato, rispetto al fine generale di promuovere la flessibilità nel mercato del lavoro, come non fosse chiaro *“perché l'onere di realizzarlo dovrebbe gravare soltanto su specifiche fasce di età”* con il risultato di esporre i giovani lavoratori al rischio *“di restare confinati nei gruppi più precari del mercato del lavoro”*.

Rispetto all'obiettivo di promuovere l'occupazione giovanile non appariva coerente la previsione del licenziamento automatico al compimento dei 25 anni di età che *“sposta semplicemente il problema, rinviando la disoccupazione alla fascia di età successiva”*.

Quanto alla finalità di fornire ai giovani un'opportunità di prima occupazione, la norma risulterebbe inefficace perché non richiede che i giovani da assumere con contratto intermittente siano privi di una pregressa esperienza professionale, ma *“fa riferimento unicamente all'età”*.

Per tali ragioni, l'Avvocato generale riteneva opportuno demandare al giudice del rinvio l'esistenza, in concreto di una finalità legittima e la proporzionalità dei mezzi impiegati.

La Corte è stata di parere opposto ritenendo i mezzi adoperati per il conseguimento delle finalità descritte dal governo italiano *“appropriate e necessarie”* (punto 46) *“considerato l'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri”*.

Affermazione che non si fa carico delle osservazioni dell'Avvocato generale non delegando, peraltro, al giudice del rinvio alcun margine di valutazione.

La conclusione a cui perviene la Corte di giustizia è stata criticata da una parte della dottrina²³.

In realtà, il mancato rinvio al giudice del rinvio desta più di una perplessità.

Non spetta alla Corte pronunciarsi sulle interpretazioni del diritto interno, compito che incombe esclusivamente ai giudici nazionali competenti.

La Corte, nel pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, può fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione, ma non può sostituirsi ad esso, come ribadito nella recente sentenza della Corte di giustizia (sempre in tema di discriminazione per ragioni di età) del 28 febbraio 2018, C-46/17.

Resta il fatto che la Corte, in questa fattispecie, ha seguito una via diversa.

A questo punto, la parola è tornata alla Corte di Cassazione.

4. La fase discendente: la sentenza della Cassazione nella sentenza 21 febbraio 2018, n. 4223.

La Suprema Corte, nella sentenza n. 4223/18, ha preso atto della sentenza della Corte di giustizia.

²³ Si veda PASQUARELLI, *Discriminazioni per età: Cenerentola ha perso per sempre la sua scarpetta*, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2017 e BONARDI, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva*, cit., pag. 555-557.

E' scontato che la sentenza interpretativa della Corte di giustizia vincoli il giudice a quo²⁴, salva la possibilità di un nuovo rinvio pregiudiziale, sia per sollecitare un revirement sulla base di nuovi elementi di valutazione²⁵, sia per avere chiarimenti su una pronuncia già resa²⁶.

La Corte di Cassazione “*non può sostituire il proprio giudizio a quello della Corte di Lussemburgo*”, si legge, correttamente, nella motivazione.

Né ha ritenuto che fossero sussistenti “*ragioni di sorta per disporre un nuovo rinvio pregiudiziale avendo la Corte di giustizia chiarito tutti gli aspetti della vicenda ed escluso la sussistenza di profili discriminatori rilevanti sotto il profilo dell’Unione*”.

Né sono emersi nuovi elementi di valutazione essendo la formulazione del contratto da sempre nota ed essendo valutata dai giudici di merito”.

La Suprema Corte ha ritenuto, infine, che non vi fossero gli estremi per una rimessione alla Consulta perché “*non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalle fonti sovranazionali*”.

Partita chiusa?

Nella specie, certamente, sì.

Ma, in generale, non credo che Cenerentola abbia perso la scarpetta.

La discriminazione in base all’età è diversa dagli altri “motivi sospetti”, quali la religione, le convinzioni personali, l’handicap o le tendenze sessuali.

Diversamente dagli altri motivi, la discriminazione diretta in base all’età può essere giustificata ai sensi dell’art. 6 della direttiva 2000/78.

Ma malgrado tale “diversità”, la discriminazione per età ha fatto molto strada.

Basti ricordare le affermazioni contenute nella sentenza Vital Perez²⁷ dove si legge che il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri “*non può avere l’effetto di svuotare della sua sostanza l’attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell’età*”.

O alle affermazioni contenute nella sentenza Age Concern England dove si legge che “*semplici affermazioni generiche, riguardanti l’attitudine di un provvedimento determinato a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l’obiettivo perseguito da tale provvedimento possa essere tale da giustificare una deroga al principio di non discriminazione in funzione dell’età*”²⁸.

La questione, quindi, non può ritenersi definitivamente chiusa.

²⁴ CGUE sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, punti 26 e seg..

²⁵ CGUE Sentenza 11 giugno 1987, causa C- 14/86, punto 12.

²⁶ CGUE Sentenza 24 giugno 1969, causa C-29/68.

²⁷ CGUE 13 novembre 2014, C-416/13.

²⁸ CGUE 5 marzo 2009, C-388/07.

