

**2017 fascicolo 1**

**(estratto)**

**30 ottobre 2017**

**Valeria Piccone**

**Principio di non discriminazione e lavoro intermittente:  
la vicenda Abercrombie & Fitch**

## **Principio di non discriminazione e lavoro intermittente: la vicenda Abercrombie & Fitch**

**VALERIA PICCONE**

*magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione  
attualmente applicato alle udienze della Sezione Lavoro.*

Due le premesse imprescindibili per chi si accinga ad affrontare i nodi posti dalla normativa nazionale sul lavoro intermittente per come declinata nella vicenda Abercrombie & Fitch; la prima: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione rappresenta ormai la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali nell'ordinamento interno. Ne consegue che, posta l'estensione dell'applicazione della Carta in tutti gli ambiti che in qualche misura presentino punti di contatto con il diritto dell'Unione, sicuramente ogni settore riconducibile alla solidarietà sociale può oggi ritenersi scandagliabile nell'ottica del rispetto della Carta dei diritti fondamentali.

La seconda: la portata "centrale" del principio di non discriminazione nell'ambito del diritto dell'Unione, per come chiarita in questo breve commento, rende sicuramente meno "drammatica" proprio la questione inerente l'applicazione della Carta nel diritto interno.

Muoviamo da questa seconda premessa. Nel cuore delle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Michal Bobek il 23 marzo scorso nella vicenda in questione la centralità della Carta nel suo dialogo incessante con la tutela del principio di uguaglianza emerge in tutta la sua portata.

Osserva l'Avvocato Generale che l'opzione tesa ad assumere la direttiva come ambito di analisi principale non preclude in alcun modo la contestuale applicabilità dell'articolo 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

stessa trova applicazione in forza del suo articolo 51, paragrafo 1. Aggiunge l'Avvocato Generale che, quindi, il rapporto tra l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta e la direttiva 2000/78 non è di reciproca esclusione. Si tratta, piuttosto, di un rapporto di attuazione e complementarietà atteso che la direttiva rappresenta una specifica espressione del principio generale sancito dalla Carta, tanto che il contesto di analisi rispettivamente fornito da entrambe è così destinato ad essere simile. Inoltre, ove opportuno, l'approccio seguito in entrambe dovrebbe perseguire la medesima logica, al fine di garantire un approccio coerente al controllo giurisdizionale del diritto dell'Unione e del diritto nazionale nell'ambito del divieto di discriminazione in base all'età nel settore dell'occupazione. Soprattutto, l'Avvocato Generale precisa che il principio di non discriminazione, quale sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, resta applicabile anche a fronte di una contestuale applicazione della direttiva 2000/78. Ed è in due situazioni, segnatamente, che l'articolo 21, paragrafo 1, della Carta mantiene il proprio rilievo: in primo luogo, le sue disposizioni restano pienamente applicabili ai fini di una potenziale coerente interpretazione del diritto derivato dell'Unione europea e del diritto nazionale rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Ma, soprattutto, secondo il parere dell'Avvocato Generale, le disposizioni della Carta rappresentano il criterio di riferimento ultimo (proprio la cartina di tornasole cui si faceva cenno) per la validità del diritto derivato dell'Unione. Infine, la «vita autonoma» del principio della parità di trattamento come principio generale di diritto o come diritto fondamentale sancito dalla Carta assume particolare rilievo ogni qualvolta la possibilità di ricorrere alla direttiva risulti ostacolata dal fatto che la controversia riguarda soggetti privati. Per la prima volta possiamo dire che quel concetto di “vita autonoma” espresso dalla Corte nella sentenza *Kucukdevci* trova una sua chiara conformazione nelle conclusioni dell'Avvocato generale.

Ma procediamo con ordine.

Nella vicenda *Abercrombie* il ricorrente era stato assunto dalla società convenuta 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'1/1/20012 il contratto c.d. “intermittente” era stato convertito in contratto a tempo indeterminato senza specificazione delle ipotesi legittimanti previste dal D.Lgs. 276/03; terminato il 26/7/2012 il piano di lavoro, non era stato più inserito nella programmazione e, a seguito di scambi di e-mail gli era stato comunicato che avendo egli compiuto 25 anni ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell'età, era da considerarsi cessato alla suddetta data. Il giudice di primo grado aveva ritenuto l'improponibilità delle domande di declaratoria di nullità e/o inefficacia del licenziamento intimato – con richiesta di condanna alle conseguenze di cui all'art. 18 St.Lav. - respingendo quelle dirette ad accertare la natura discriminatoria del comportamento tenuto dalla società e la sussistenza

tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato ordinario a tempo indeterminato.

La Corte di appello di Milano ha accolto l'impugnazione ritenendo la proponibilità di tutte le domande avanzate sul presupposto che la domanda diretta ad accertare il comportamento discriminatorio della società resistente non era, in realtà, domanda avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento, che sarebbe stata assoggettata, secondo parte appellante, al rito speciale di cui alla l. n. 92/2012, bensì domanda diretta ad ottenere la rimozione degli effetti della discriminazione, le cui conseguenze erano quelle di cui all'art. 18 St. Lav. e, cioè, la rimessione in servizio.

Per quanto concerne il comportamento discriminatorio, la Corte sottolinea come l'unico requisito rilevante al momento dell'assunzione del ricorrente ai sensi dell'art. 34 D.Lgs. 276/03 fosse quello anagrafico (meno di 25 anni o più di 45). Essa premette che la direttiva 2000/78/CE, al punto 25 delle premesse, rileva che il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione, ma che, tuttavia, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate richiedendo disposizioni specifiche che possono variare a seconda della situazione degli stati membri con riguardo a giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, purché i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari. La Corte richiama a questo punto *Mangold e Kucukdeveci* nella parte in cui hanno statuito il carattere di principio generale del diritto comunitario della non discriminazione in ragione dell'età ed il compito del giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia, di assicurare la tutela che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, oltre ad aver riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di predisporre contratti divergenti da quelli ordinari a tempo determinato pur in presenza di profili svantaggiosi per il lavoratore, al fine di favorire l'occupazione di soggetti con difficoltà di accesso al lavoro e purché lo strumento utilizzato non fosse sproporzionato rispetto alla finalità da realizzare, richiedendo il rispetto del principio di proporzionalità che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con il fine perseguito.

Il pregnante riconoscimento dei divieti di discriminazione come espressione di un principio generale di uguaglianza, quale sancito soprattutto dalla seconda decisione con il suo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza, dotata dello stesso valore giuridico dei Trattati, fa sì, secondo la Corte, che il principio di uguaglianza viva "di una vita propria" che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri. Osserva la Corte come dalla natura precisa ed incondizionata di tale principio discenda la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possano spiegare i propri effetti su tutti i consociati ed essere, dunque, invocate dai privati verso lo Stato nonché verso altri privati.

La Corte di Giustizia, infine, precisa la Corte, ha evidenziato che l'art. 6

della direttiva 2000/78 impone, per rendere accettabile un trattamento differenziato in base all'età, due precisi requisiti dettati dalla finalità legittima e dalla proporzionalità e necessità dei mezzi utilizzati per il perseguimento degli obiettivi, requisiti, tuttavia, mancanti nel caso di specie, essendosi limitato il legislatore nazionale ad attribuire rilevanza esclusivamente all'età, allo scopo di introdurre un trattamento differenziato, senza alcuna altra condizione soggettiva del lavoratore (per es. disoccupazione protratta da un certo tempo o assenza di formazione professionale) e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile. La eliminazione della necessità che il lavoratore fosse in stato di disoccupazione (se minore di 25 anni) ovvero che fosse espulso dal ciclo produttivo o iscritto nelle liste di collocamento o mobilità (se di età superiore a 45 anni) frutto delle modifiche apportate all'impianto originario dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, ha determinato l'intervento correttivo della Corte.

Il mero requisito dell'età, quindi, secondo la Corte, non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente più pregiudizievole, per le condizioni che lo regolano, di un contratto a tempo indeterminato, e la discriminazione che si determina rispetto a coloro che hanno superato i 25 anni di età non trova alcun ragionevole fondamento. Analogamente, nessuna giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del venticinquesimo anno, il contratto debba essere risolto.

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, secondo il giudice d'appello di Milano, si evidenzia il contrasto tra quanto disposto dal comma 2 dell'art. 34 del D.Lgs. 276/03 ed i principi affermati dalla direttiva 2000/76, la cui efficacia diretta non può essere messa in discussione, in quanto espressione di un principio generale dell'Unione Europea.

Ritenuto, quindi, il contenuto discriminatorio della norma considerata, la Corte ha censurato il comportamento della società appellata che aveva proceduto all'assunzione dell'appellante con un contratto intermittente esclusivamente sulla base dell'età anagrafica e condannato la Abercrombie a rimuovere gli effetti della sua condotta discriminatoria e, ritenuto costituito tra le parti un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con inquadramento al sesto livello e orario part time secondo quanto affermato dalle parti stesse e che tale contratto non era mai stato validamente risolto, ha condannato la società appellata a riammettere l'appellante nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno, quantificato sulla base della retribuzione media percepita dalla data della risoluzione del rapporto a quella della sentenza.

Sembra configurarsi qualcosa di simile a ciò che avviene, *mutatis mutandis*, nei contratti a tempo determinato. Non è possibile in questa sede soffermarsi sugli approdi della importante sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 sulla "compatibilità comunitaria" e la connessa responsabilità da violazione del diritto dell'Unione, ma può essere opportuno sottolineare che, riguardando la più recente disciplina che concerne il contratto a termine sotto la lente di ingrandimento europea ed alla luce della giurisprudenza *Mascolo*, considerata la liberalizzazione nell'apposizione del termine che lo caratterizza, perché la

normativa interna possa considerarsi compatibile con i principi dell'Unione, il contratto dovrà essere "strutturalmente" a termine e, cioè, l'apposizione del termine deve rispondere ad esigenze ontologiche del contratto, in quanto volto a fronteggiare esclusivamente esigenze temporanee.

Nel caso che qui ci interessa, ancora una volta l'interpretazione conforme conduce all'accantonamento della norma interna confliggente e si sostanzia, nonostante la Corte non vi faccia alcun riferimento, nella disapplicazione della norma stessa. Come è stato osservato, la Corte di Milano ha escluso il rinvio pregiudiziale perché la Corte di Giustizia aveva già ampiamente chiarito portata e limiti della discriminazione diretta in base all'età. Il rapporto osmotico fra interpretazione conforme e disapplicazione, quando si parla di uguaglianza, appare di grande evidenza nella decisione della Corte d'Appello: la Corte richiama più volte l'obbligo di interpretazione adeguatrice e ne percorre le strade per assicurare un risultato conforme al diritto dell'Unione, risultato, tuttavia, che le appare alla fine impossibile, tanto da indurla ad optare per la disapplicazione della norma interna contrastante ritenendo, quindi, costituito fra le parti un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Nonostante il nucleo della sentenza (quello che concerne il carattere discriminatorio del regolamento contrattuale considerato), appaia molto succinto nella motivazione della Corte d'Appello, esso non lascia adito a dubbi: il mero requisito dell'età, non accompagnato da ulteriori specificazioni, non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente pregiudizievole per il lavoratore. Gli obiettivi di politica del lavoro risultano estremamente confusi nel caso considerato - diremmo, a differenza di quanto avveniva con la legge Hartz nel caso *Mangold* - tanto da indurre la Corte d'Appello a ritenere insussistenti le ragioni giustificatrici della deroga al divieto di discriminazione per l'assenza di qualsivoglia richiamo ad una condizione soggettiva del lavoratore.

La sentenza è stata oggetto di ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione. La società condannata, infatti, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 18 l. 300/70 sotto diversi profili, ha dedotto che erroneamente parte istante aveva azionato l'art. 28 d.lgs. 150 del 2011 e 702 bis c.p.c. e, cioè la procedura speciale prevista in ambito antidiscriminatorio, mentre avrebbe dovuto agire mediante ricorso al procedimento di cui all'art. 1, commi 48 e segg. della legge 28 giugno 2012, n. 92; sul piano sostanziale, ha dedotto la violazione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 276/03, della direttiva 2000/78, nonché del principio generale comunitario di non discriminazione, poiché nella specie la normativa favorisce i lavoratori in ragione della loro età e non viceversa essendo, quindi, sovrapponibile alla normativa dell'Unione. Chiedeva, poi, il ricorrente il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia deducendo, infine, in punto risarcitorio, l'esclusiva possibilità di ottenere il risarcimento del danno in luogo della conversione del contratto e, comunque, che il risarcimento del danno non avrebbe potuto essere commisurato alla media delle retribuzioni corrisposte.

La Corte richiama preliminarmente la propria consolidata giurisprudenza secondo cui l'inesattezza del rito non determina la nullità della sentenza salvo che la parte, in sede di impugnazione, indichi uno specifico pregiudizio processuale derivante dalla mancata adozione del rito diverso, quali una precisa ed apprezzabile lesione del diritto di difesa, del contraddittorio e, in generale, delle prerogative processuali protette della parte.

I giudici di legittimità osservano, a questo punto, che l'art. 34 potrebbe porsi in conflitto con il principio di non discriminazione per età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione cui la direttiva 2000/78 dà espressione concreta e che è sancito anche dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati. L'art. 6, n. 1, primo comma, infatti, 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; la formula dell'art. 34 vigente all'epoca dei fatti di causa, tuttavia, mostra di non contenere alcuna esplicita ragione rilevante ai sensi dell'art. 6, n. 1, primo comma, della direttiva 2000/78.

Con ordinanza del 29 febbraio 2016, la Corte di legittimità ha, quindi, disposto, ai sensi dell'art. 267 del TFUE di chiedere, in via pregiudiziale, alla Corte di giustizia se la normativa nazionale di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui 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).

La vicenda è passata allora nelle mani della Corte di Giustizia, cui è stato rimesso il compito di chiarire se effettivamente nel caso in esame si sia verificato un intollerabile *vulnus* al principio generale di uguaglianza che imponesse la rimozione della norma interna con esso contrastante.

Con sentenza della prima Sezione del 19 luglio scorso, nella causa C-143/16 la Corte di giustizia fornisce la risposta attesa.

La Corte muove, come sempre, dall'art. 1 della Direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la lotta alle discriminazioni, per poi passare ad esaminare compiutamente il diritto interno onde rispondere alla questione pregiudiziale posta dalla Corte di cassazione circa il se la normativa nazionale di cui all'articolo 34 del decreto legislativo n. 276/2003, 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 all'articolo 21, paragrafo 1 della Carta.

Preliminarmente i giudici di Lussemburgo richiamano la propria giurisprudenza secondo cui, quando adottano misure rientranti nell'ambito di

applicazione della direttiva 2000/78, nella quale trova espressione concreta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il principio di non discriminazione fondata sull'età, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, gli Stati membri e le parti sociali devono agire nel rispetto di tale direttiva (fra le altre, il richiamo è alla recente Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, *Bowman*, C-539/15).

Il punto centrale diventa, quindi, verificare se una disposizione quale quella di cui al d.lgs. 276/2003 comporti una disparità di trattamento basata sull'età, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2000/78.

Osserva la Corte che per «principio della parità di trattamento» si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 precisa che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della stessa, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della direttiva, una persona è trattata in modo meno favorevole di un'altra in una situazione analoga.

Interessante la ricostruzione della Corte circa la figura del lavoratore (che, quindi, possa confluire nella normativa garantistica in esame) alla luce della normativa europea; la Corte precisa che, ai sensi dell'articolo 45 TFUE, secondo una giurisprudenza europea costante, *“tale nozione ha portata autonoma e non dev'essere interpretata restrittivamente”*. Pertanto, deve essere qualificata come «lavoratore» ogni persona che svolga attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da risultare puramente marginali e accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è, secondo tale giurisprudenza, la 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 relazione alle quali riceva una retribuzione (il richiamo è, *in primis*, alla nota sentenza del 3 luglio 1986, *Lawrie-Blum*, 66/85).

La Corte evidenzia che occorre vengano 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 (v., in tal senso, Corte Giust. 4 febbraio 2010, *Genç*, C-14/09).

Ancora una volta, tuttavia, nonostante la Corte affermi che verosimilmente spetta all'interessato la qualifica di lavoratore, viene chiarito che spetta al giudice del rinvio - che è l'unico ad avere conoscenza approfondita e diretta della controversia - verificare se effettivamente tale opzione possa essere confermata.

Passando più direttamente all'esame della questione inerente la discriminazione, la Corte afferma che il decreto legislativo n. 276/2003 ha introdotto due diversi regimi, non solo per l'accesso e le condizioni di lavoro, ma anche per il licenziamento dei lavoratori intermittenti, in funzione della fascia di età alla quale detti lavoratori appartengono. Infatti, nel caso di

lavoratori di età compresa tra i 25 e i 45 anni, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso solo per l'esecuzione di prestazioni a carattere discontinuo o intermittente, secondo le modalità specificate dai contratti collettivi e per periodi predeterminati, mentre, nel caso di lavoratori di età inferiore ai 25 anni o superiore ai 45, la conclusione di un simile contratto di lavoro intermittente non è subordinata ad alcuna di tali condizioni e può avvenire «in ogni caso», e i contratti conclusi con lavoratori di età inferiore ai 25 anni cessano automaticamente quando i medesimi compiono 25 anni.

Ritiene quindi la Corte che, per l'applicazione di disposizioni come quelle di cui al procedimento in esame, la situazione di un lavoratore licenziato in ragione del solo compimento dei 25 anni di età è oggettivamente comparabile con quella dei lavoratori che rientrano in un'altra fascia di età. Ne consegue che la disposizione considerata, nella parte in cui prevede che un contratto di lavoro intermittente possa essere concluso «in ogni caso» con un lavoratore di età inferiore a 25 anni e cessi automaticamente quando il lavoratore compie 25 anni, introduce una disparità di trattamento basata sull'età, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78. Ma il vero nodo gordiano è ora stabilire se tale disparità di trattamento possa ritenersi giustificata.

E' la stessa Direttiva 2000/78, all'art. 6, paragrafo 1, ad affermare che gli Stati membri possono prevedere che disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, 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.

Il richiamo è, quindi, all'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati membri, non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo (sul punto, si veda Corte di giustizia 11 novembre 2014, *Schmitzer*, C-530/13).

La flessibilità del mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione, al centro, secondo la Corte, della scelta politica operata dal legislatore italiano; in particolare, la facoltà accordata ai datori di lavoro di concludere un contratto di lavoro intermittente «in ogni caso» e di risolverlo quando il lavoratore di cui trattasi compia 25 anni di età ha l'obiettivo, secondo quanto sostenuto dalla difesa, di favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro. Secondo la Corte, come sottolineato dal Governo, l'assenza di esperienza professionale, in un mercato del lavoro in difficoltà come quello italiano, è un fattore che penalizza i giovani. D'altro canto, la possibilità di entrare nel mondo del lavoro e di acquisire un'esperienza, anche se flessibile e limitata nel tempo, può costituire un trampolino verso nuove possibilità d'impiego.

La Corte ritiene di valorizzare il passaggio della difesa nazionale incentrato sul rilievo che assume, per i giovani, un primo accesso al mercato del lavoro anche se non su base stabile. Si tratterebbe, quindi, di fornire loro una prima esperienza, che possa successivamente metterli in una situazione di vantaggio concorrenziale sul mercato del lavoro. Conseguentemente, la disposizione sarebbe relativa ad uno stadio precedente al pieno accesso al mercato del lavoro.

Nodale l'essere rivolte tali agevolazioni ai giovani alla ricerca di un primo impiego e, cioè, ad una delle categorie di popolazione più esposte al rischio di esclusione sociale.

Viene rammentato, quindi, che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, secondo comma, lettera a), della direttiva 2000/78, la disparità di trattamento può consistere nella «*definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori più anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi*».

Secondo la Corte assume rilievo incontestabile la circostanza che la promozione delle assunzioni 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 professione (sul punto, in particolare, Corte Giust. 21 luglio 2011, *Fuchs e Köhler*, C-159/10 e C-160/10). La stessa giurisprudenza europea aveva già affermato, d'altro canto, che l'obiettivo di favorire il collocamento dei giovani nel mercato del lavoro onde promuovere il loro inserimento professionale e assicurare la protezione degli stessi può essere ritenuto legittimo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 (Corte Giust. 10 novembre 2016, *de Lange*, C-548/15) ed in particolare come rappresenti una finalità legittima l'agevolazione dell'assunzione di giovani lavoratori aumentando la flessibilità nella gestione del personale (non può non richiamarsi, in tal senso, Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07).

Conclude, quindi, la Corte, che la disposizione nazionale oggetto d'esame, avendo la finalità di favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro, persegue una finalità legittima, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

Occorre tuttavia un ultimo passaggio: verificare se i mezzi adoperati per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Relativamente all'adeguatezza, si rileva che una misura che autorizza i datori di lavoro a concludere contratti di lavoro meno rigidi, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale di cui godono gli Stati membri in materia, può essere considerata come idonea a ottenere una certa flessibilità sul mercato del lavoro, in considerazione della probabile tendenza delle aziende ad essere sollecitate dall'esistenza di uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario e, quindi, incentivate ad assorbire maggiormente la domanda d'impiego proveniente da giovani lavoratori.

Infine, in ordine alla necessità della disposizione considerata si osserva, sposando le conclusioni della società Abercrombie, che, in un

contesto di perdurante crisi economica e di crescita rallentata, la situazione di un lavoratore che abbia meno di 25 anni e che, grazie ad un contratto di lavoro flessibile e temporaneo, quale il contratto intermittente, possa accedere al mercato del lavoro è preferibile rispetto alla situazione di colui che tale possibilità non abbia e che, per tale ragione, si ritrovi disoccupato. Secondo il governo italiano, d'altro canto, dette forme flessibili di lavoro sono necessarie per favorire la mobilità dei lavoratori, rendere gli stipendi più adattabili al mercato del lavoro e facilitare l'accesso a tale mercato delle persone minacciate dall'esclusione sociale, eliminando allo stesso tempo le forme di lavoro illegali, mentre il massimo accesso a tali forme agevolate può essere possibile soltanto se non se ne garantisce la stabilità.

Le tutele che accompagnano le misure, e, soprattutto, l'impossibilità di assegnare al lavoratore intermittente un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte, confermano ulteriormente la adeguatezza della scelta.

Valorizzando, quindi, l'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e dell'occupazione, ma, altresì, nella definizione delle misure atte a realizzarlo, la Corte dichiara che l'articolo 21 della Carta nonché l'articolo 2, paragrafo 1, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), e l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che essi *“non ostano a 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 prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari”*.

La valutazione della Corte è proprio quella di necessità a appropriatezza dell'intervento indagata dalla Corte d'Appello di Milano. Le conclusioni, tuttavia, sono opposte. La lacunosità e la sofferenza della normativa interna non ostano, tuttavia, secondo i giudici di Lussemburgo, al perseguimento di quegli obiettivi di politica del lavoro a sostegno dei giovani che hanno condotto alla previsione di un accesso agevolato a determinati tipi di negozio, unitamente a quella di un recesso agevolato dallo stesso.

Ad oltre dieci anni di distanza da *Mangold* i percorsi argomentativi compiuti dalla Corte rispetto al D.lgs. n. 276/03 non sono dissimili rispetto a quelli concernenti la legge Hartz. Ancora una volta la Corte entra nell'esame diretto e concreto della normativa nazionale valutandone congruità e adeguatezza rispetto alle esigenze di politica occupazionale sottese alle misure discriminatorie adottate dal legislatore interno.

Uguaglianza e non discriminazione confermano il proprio ruolo di

concetti per così dire *mainstreaming*, del diritto dell'Unione, quelli che non si risolvono in una competenza, ma tagliano trasversalmente tutto il diritto dell'Unione e che, muovendo dalla parità retributiva fra uomini e donne, sono approdati prepotentemente sui divieti di discriminazione per età ampliando enormemente il proprio raggio di azione: secondo la nota immagine di Supiot, «*non tener conto delle ineguaglianze di fatto significa lasciare pieno gioco ai rapporti di forza*»>>

La cifra del rilievo della parità di trattamento nell'ordinamento dell'Unione emerge in tutta la sua evidenza nella decisione del 28 luglio 2016, *Krantzer*, non tanto per il contenuto della decisione, quanto per lo stesso oggetto di essa; il giudice del rinvio chiedeva, infatti, se l'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2000/78 e l'articolo 14, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/54 vadano interpretati nel senso che una situazione in cui una persona la quale, candidandosi per un posto di lavoro, miri a ottenere non tale posto di lavoro, bensì soltanto lo *status* formale di candidato, con l'unico scopo di poter azionare diritti al risarcimento del danno, rientri nella nozione di «accesso all'occupazione o al lavoro dipendente» ai sensi di tali disposizioni e se, in base al diritto dell'Unione, tale situazione possa essere valutata come abuso di diritto. La Corte afferma che una persona che si candida per un posto di lavoro in tali condizioni, non cerca manifestamente di ottenere il posto di lavoro per il quale si è formalmente candidata e, pertanto, non può avvalersi della tutela offerta dalle direttive 2000/78 e 2006/54.

Proprio con riguardo alla discriminazione per età, d'altra parte, diventa lampante che il concetto di uguaglianza è concetto mutevole che evolve di pari passo con l'evoluzione della società e dei costumi, trovando un proprio peculiare *ubi consistam* nella diversità del contesto sociale in cui opera: leggendo la sentenza *Marshall* (in cui secondo l'ordinanza di rinvio, il solo motivo del licenziamento era nel fatto che la ricorrente era una donna che aveva superato «*l'età del pensionamento*») si evince chiaramente che, agli esordi, il diritto comunitario non ha mai considerato l'età (centrale nella discussa e più recente *Mangold*, nonché in *Küçükdeveci*, *Dansk Industri* e, oggi, *Abercrombie & Fitch*) come ovvio indice di discriminazione; in quella pronuncia, la direttiva 76/207/CE, pur non avendo effetti “orizzontali”, veniva ritenuta invocabile dalla ricorrente “verticalmente” perché il suo datore di lavoro era una emanazione dello Stato. Nel 1986 le distinzioni per motivi di età – differenti da quelle in base al sesso – erano considerate ovviamente rilevanti ai fini della cessazione del rapporto di lavoro e di conseguenza ammissibili in base al principio di uguaglianza del diritto comunitario: ove così non fosse stato, verosimilmente, la signora Marshall avrebbe invocato il divieto di discriminazione per motivi attinenti all'età a sostegno del proprio argomento principale.

Nel 2009, il trattato di Lisbona ha introdotto una clausola orizzontale volta a integrare la lotta contro le discriminazioni in tutte le politiche e le

azioni dell'Unione (articolo 10 TFUE) con la previsione di una procedura legislativa speciale: il Consiglio deve deliberare all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, oggi fonte *stricto sensu*, e, anzi, fonte di diritto primario, nel sancire, all'art. 21, l'inserimento della non discriminazione fra i diritti fondamentali della persona e, quindi, nell'ambito dei principi generali del diritto comunitario, statuisce, nel successivo art. 23, che *'la parità tra uomini e donne dev'essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione'* precisando, tuttavia, che *'il principio della parità non osta al mantenimento od all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato'*.

In verità, l'art. 119 del Trattato conferiva in origine rilievo esclusivo ed assorbente, in ambito antidiscriminatorio, alla parità di trattamento in materia retributiva, allo scopo di evitare forme di concorrenza nel mercato fondate sulla sottoretribuzione del lavoro femminile; si deve soprattutto all'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia l'aver dato *'l'input'* per un numero considerevole di direttive in materia che hanno poi inciso, con il passaggio attraverso il Trattato di Amsterdam, sulla nuova formulazione dell'art. 119 medesimo (poi dal 1° maggio 1999, art. 141) del Trattato. Partendo dall'art. 119 del Trattato e, cioè, dalla parità retributiva tra uomini e donne, il principio di uguaglianza è andato assumendo un ruolo di spicco nella costruzione di uno *jus commune*. Si può affermare, anzi, che questo principio rappresenta, ormai, la lente di ingrandimento attraverso la quale ogni nuovo intervento legislativo interno deve essere riguardato per verificarne la c.d. "compatibilità comunitaria".

In un sistema in cui il contenuto dell'art. 2 TUE rimane "sostanzialmente vago", il principio generale di uguaglianza appare sempre più significativamente *uno dei principi ordinatori della Comunità*. Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge, che appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si stagliano, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Giustizia, quale strumento cardine per la salvaguardia degli *European values* e per i diritti fondamentali di derivazione domestica.

Eppure, la Corte ammonisce, esigenze di politica sociale impongono, talora, una declinazione dell'uguaglianza in chiave di ammissibilità di misure occupazionali direttamente discriminatorie.

A differenza di quanto essa fa di solito e del percorso seguito dallo stesso Avvocato Generale, la Corte non ritiene che spetti al giudice nazionale ulteriormente indagare sulla compatibilità di determinate misure occupazionali con i divieti discriminatori sanciti dal diritto dell'Unione.

La Corte entra direttamente nel *corpus* legislativo interno e ne esamina necessità ed adeguatezza, tenendo altresì conto della situazione economica nazionale e della grave crisi occupazionale vigente.

L'uguaglianza fra lavoratori comparabili è, secondo la Corte, rispettata.

La palla passa ancora una volta al giudice nazionale che, nell'adempimento al proprio gravoso impegno teso a "conciliare

l'inconciliabile" (per usare l'icastica espressione dell'Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclusioni della causa *Arcelor Atlantique et Lorraine*) trova l'interpretazione autentica resa dalla Corte di Giustizia nel reputare compatibile il contesto normativo interno con l'assetto europeo come straordinario sostegno in via di pregiudizialità.

Sembrava impossibile, ai tempi di *Mangold*, che la nostra legislazione interna potesse formare oggetto di un rinvio pregiudiziale in termini di possibile lesione del divieto di discriminazione per età. La proliferazione normativa e la frammentazione dei tipi contrattuali ha reso evidente, tuttavia, anche per il nostro ordinamento, la continua necessità di verificare la compatibilità dei nuovi strumenti contrattuali con i principi dell'Unione consolidatisi intorno al principio generale di uguaglianza, vero e proprio *metapprincipio* del diritto dell'Unione, cartina di tornasole del rispetto di tutti gli altri diritti fondamentali.