

Disparità di trattamento per ragioni di età: la CGUE “salva” la cessazione automatica del contratto di lavoro intermittente

di Nicolò Fuccaro

Title: Unequal treatment on grounds of age: the CJEU “rescues” the automatic termination of the on-call employment contract

Keywords: Age discrimination; Justified difference in treatment; Employment and labour market policy.

1. – Con la sentenza in commento, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha definito una questione pregiudiziale sollevata davanti ad essa dalla Corte suprema di cassazione italiana in tema di disparità di trattamento fondata sull'età, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Il giudizio da cui trae origine la questione in esame riguarda il rapporto di lavoro tra la famosa casa di moda *Abercrombie & Fitch Italia Srl* (d'ora in avanti «*Abercrombie*») e il sig. Bordonaro, assunto con contratto di lavoro intermittente – a tempo determinato, poi convertito in contratto a tempo indeterminato – per svolgere mansioni di magazziniere notturno. La cessazione del presente contratto era intervenuta il giorno del compimento del venticinquesimo anno di età da parte del lavoratore, secondo quanto disposto dall'art. 34, c. 2, del d.lgs. n. 276/2003 (ora abrogato e “trasfuso”, senza significative – per quanto qua rilevi – variazioni, nell'art. 13 del d.lgs. 81/2015).

Dinanzi alla Corte d'appello di Milano, il ricorso del lavoratore avverso l'interruzione del rapporto di lavoro per trattamento discriminatorio in relazione all'età veniva accolto (v. App. Milano, sent. 15 aprile 2014, n. 406, con note di L. Calafà, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età: prove di disapplicazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 541 ff.; G. Bonanomi, *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?*, in *Dir. relaz. ind.*, 2015, 467 ff.). Accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, il giudice di secondo grado ordinava all'azienda di reintegrare il sig. Bordonaro e di liquidargli il risarcimento del danno.

La parte soccombente, in conseguenza, impugnava tale pronuncia dinanzi la Corte di cassazione, la quale, prima (e al fine) di decidere il caso, si rivolgeva alla Corte di Giustizia dell'UE (v. Cass. 29 febbraio 2016, n. 3982, con note di L. Calafà, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 692 ff.; D. Comandè, *Requisito anagrafico e contratto di lavoro intermittente: la scure del principio fondamentale di non discriminazione per ragioni di età*, in *Labor*, 2016, 100 ff.; E. Gragnoli, *Il contratto di lavoro intermittente e la possibile discriminazione per età*, in *Dir. relaz. ind.*, 2016, 1111 ff.) domandandole di pronunciarsi sulla conformità del citato art. 34, c. 2, del d.lgs. 276/2003, al principio europeo di non discriminazione in base all'età (artt. 2, par. 1; 2, par. 2, lett. a); 6, par. 1, della direttiva 2000/78/CE; art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). Il giudice italiano, infatti, dubita che tali disposizioni di diritto sovranazionale, secondo l'interpretazione che deve essere loro

attribuita, consentano l'operatività di una disciplina (interna) che abilita il datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore di età inferiore ai 25 anni e a licenziarlo (*rectius*: ritenere cessato il rapporto di lavoro) al raggiungimento di tale età.

2. – Ci si soffermi, in primo luogo, sul contesto normativo entro il quale si svolge la causa in oggetto.

Il principio generale di non discriminazione viene, anzitutto, riconosciuto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – cui, com'è noto, il Trattato di Lisbona ha conferito il medesimo valore giuridico dei trattati, *ex art.* 6 del TUE – che stabilisce, all'art. 21, il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sull'età.

A livello di diritto derivato, la direttiva 2000/78, che «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni [...], per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio di parità di trattamento» (art. 1), all'art. 2 definisce *a contrario* quest'ultimo principio, indicando in quali casi sussista discriminazione diretta o indiretta. Per quanto concerne le disparità di trattamento collegate all'età, esse non costituiscono discriminazione, ai sensi dell'art. 6 della citata direttiva, qualora 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 sempre che «i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari».

Dunque, sulla scorta di tale ultima disposizione, il giudice interno – eventualmente guidato dall'interpretazione fornita dalla CGUE con pronuncia pregiudiziale – è chiamato a valutare la sussistenza di ragioni giustificative della disparità di trattamento, nonché la necessità e l'appropriatezza dei mezzi adoperati per il conseguimento della «finalità legittima» che vi sta a fondamento.

Per quanto concerne le disposizioni interne sulla cui base era stato stipulato il contratto di lavoro, l'art. 34 del d.lgs. 276/2003 (come già detto, ora abrogato) prevedeva due regimi di contratto di lavoro intermittente, fondati su differenti presupposti: il primo comma dava disciplina ad un contratto avente ad oggetto «lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi [...]»; il secondo comma – che viene qui in rilievo – normava, invece, una tipologia di contratto di lavoro intermittente da concludersi «con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età ovvero da lavoratori con più di quarantacinque anni d'età, anche pensionati», a prescindere – malgrado il *nomen iuris* – dal carattere intermittente e discontinuo delle prestazioni stesse (su tale figura contrattuale si veda, per tutti, E. Raimondi, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, 601 ff.). In quest'ultima “variante”, pertanto, è il mero dato dell'età del lavoratore a legittimare il datore di lavoro a ricorrere a tale strumento contrattuale, elemento che induce parte della dottrina a rilevare che «la legittimità interna del contratto, in assenza di un motivo giustificativo ulteriore rispetto al requisito anagrafico, è suscettibile di entrare in conflitto con il diritto sovranazionale» (così D. Comandè, *op. cit.*, 101; in senso critico, sotto altri profili, v. anche E. Gagnoli, *op. cit.*, 1113 ff.).

3. – Venendo alla pronuncia della Corte di Giustizia, in premessa viene affrontata la questione – sollevata dalla Commissione – riguardante la possibilità di qualificare il sig. Bordonaro come «lavoratore», secondo l'art. 45 del TFUE. L'interpretazione estensiva della nozione *de qua*, fornita dalla costante giurisprudenza sovranazionale, porta a sgombrare il campo da eventuali dubbi: è considerato «lavoratore» ogni persona che svolga, a fronte di una retribuzione, prestazioni lavorative non meramente marginali e accessorie (cfr. sentt. *Lawrie-Blum*, C-66/85; *Collins*, C-138/02; *Neidel*, C-337/10). E in tale categoria non potevano essere inquadrati le mansioni affidate al sig. Bordonaro, chiamato a svolgere funzioni di magazziniere notturno su più turni settimanali per svariati mesi.

Sebbene, alla luce di dette considerazioni, si suggerisca una risposta affermativa

all'interrogativo, la Corte precisa che la valutazione finale in ordine a tale profilo spetta al giudice del rinvio, l'unico ad avere conoscenza di tutti gli elementi di fatto idonei a decidere.

4. – Entrando più a fondo nel merito questione, viene in primo luogo verificata la sussistenza di una condizione di disparità di trattamento basata sull'età, subita dal lavoratore (pt. 24-28). Tale condizione che, invero, emerge *ictu oculi* dalla lettura della disposizione interna che disciplina il rapporto di lavoro sotto esame, deve essere verificata tenendo presente che «da un lato, non è necessario che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano comparabili e, dall'altro, che l'esame di tale comparabilità deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi» (riprendendo la sent. *Hay*, C-267/12; cfr. anche sentt. *Maruko*, C-267/06, e *Römer*, C-147/08).

Secondo la ricostruzione della Corte, l'art. 34 del d.lgs. 276/2003, distinguendo per fascia d'età i soggetti cui è rivolto il contratto di lavoro intermittente, ha differenziato coloro che hanno tra i 25 e i 45 anni – per i quali ha ad oggetto unicamente prestazioni a carattere discontinuo o intermittente – dai lavoratori con meno di 25 anni; il rapporto di lavoro di questi ultimi non deve necessariamente prevedere prestazioni di tale natura, potendo avvenire «in ogni caso» ma dovendo cessare improrogabilmente al compimento del 25° anno di età.

Dunque, la circostanza discriminatoria – rispetto al diverso regime riservato ai lavoratori rientranti nella prima categoria sopracitata – risiede proprio nella cessazione del contratto per il solo fatto del raggiungimento di una determinata età.

5. – Preso atto della sussistenza di tale disparità di trattamento, deve poi verificarsi se essa può ritenersi obiettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima, come richiesto dall'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78.

Sussistono pochi dubbi circa il fatto che gli obiettivi di politica del lavoro che hanno ispirato il contratto di lavoro intermittente siano piuttosto confusi e non sempre perseguiti in maniera coerente: basti pensare all'elusione del lavoro regolare che ha di fatto, in qualche misura, contribuito ad aumentare anziché, come negli intenti, contrastare (sul punto, si veda L. Calafà, *Lavoro intermittente e discriminazione diretta in base all'età*, cit., 542 ff.; Id., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio*, cit., 694).

Il Governo italiano, nelle osservazioni presentate in sede giurisdizionale europea, chiarisce che la disciplina interna «si inserisce in un contesto normativo finalizzato a valorizzare la flessibilità del mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione» (come sintetizzato dalla Corte, pt. 32). La misura, non prevedendo particolari condizioni – potendo detto contratto essere «in ogni caso» concluso con persone aventi meno di 25 anni –, sarebbe volta a facilitare l'ingresso di giovani nel mercato del lavoro. Essi, in tal modo, acquisirebbero una (seppur limitata) esperienza professionale che aprirebbe le porte a ulteriori opportunità di lavoro: l'obiettivo primario di tale disciplina non risiederebbe, infatti, nel creare condizioni di stabilità, bensì in quello di fornire una prima occasione d'impiego che ponga le basi per future esperienze lavorative. Il rischio di esclusione sociale cui va incontro una generazione colpita da un tasso di disoccupazione elevato e cresciuto progressivamente nell'ultimo decennio ha indotto il legislatore a creare una figura contrattuale che favorisca l'inserimento iniziale sul mercato del lavoro.

Dunque, la promozione delle assunzioni di personale giovane costituirebbe – secondo la CGUE – una «finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri» idonea a giustificare il sopra esaminato regime soggettivo del contratto di lavoro intermittente e la sua cessazione automatica collegata al mero raggiungimento dell'età stabilita.

A suffragio di questa asserzione, con particolare riferimento alla finalità di favorire l'accesso all'esercizio di una professione, viene citata la sent. *Fuchs e Köler* (C-159/10 e C-160/10), la quale tuttavia si pronuncia sulla compatibilità di una disparità di trattamento

fondata sull'età ben differente – sebbene avente medesima finalità – rispetto a quella in esame. La normativa tedesca allora controversa prevedeva il collocamento a riposo obbligatorio per funzionari pubblici che avessero raggiunto l'età di 65 anni: lo scopo di favorire l'occupazione e l'inserimento di giovani, in quel caso, veniva raggiunto attraverso il "sacrificio" di personale ormai giunto alle porte della pensione e non di soggetti da poco immessi nel mercato del lavoro, come prevede invece la disciplina italiana *de qua*.

Come affermato da acuta dottrina, nel caso di specie non sembra invece trovare giustificazione l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, sia pure in funzione di facilitare l'assunzione di altri lavoratori di età inferiore ai 25 anni, in quanto essa si pone in contrasto con il principio di valorizzazione della volontà delle parti, non tiene conto di specifiche esigenze organizzative e gestionali del datore di lavoro e, soprattutto, arreca un pregiudizio al prestatore d'opera, eccedendo rispetto agli obiettivi di politica del lavoro (cfr. E. Gragnoli, *op. cit.*, 1115 ss.).

6. – Favorire l'assunzione di giovani lavoratori aumentando la flessibilità della gestione del personale rappresenterebbe, in termini astratti, una finalità legittima, evidenzia la Corte richiamando la nota sentenza *Küçükdeveci* (C-555/07, pt. 35-36, che a sua volta si poneva sulla scia dell'altrettanto celebre sent. *Mangold*, C-144/04, pt. 63). Come precisato con chiarezza anche in quest'ultima decisione, tuttavia, occorre verificare che «i mezzi apprestati per conseguire siffatta finalità legittima siano "appropriati e necessari"». Tale scrutinio, nel caso promosso dal giudice del lavoro di Düsseldorf, ebbe esito negativo, in quanto la normativa tedesca non fu ritenuta idonea a perseguire la finalità dichiarata. E pure nella citata sent. *Mangold*, si giunse a considerare discriminatoria – poiché «eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita» – una disciplina che, al fine di incentivare l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, consentiva la stipulazione di contratti a tempo determinato senza limiti di rinnovo con soggetti di età superiore a 52 anni, indipendentemente da qualsiasi considerazione ulteriore rispetto al dato anagrafico.

956

Ai fini di siffatta verifica, non si può tacere che – come più volte affermato dalla Corte nella ormai ampia giurisprudenza sul punto – gli Stati membri, oltre a poter stabilire quali obiettivi perseguire tra molti in materia di politica sociale e di occupazione, dispongono di un ampio margine discrezionale nella definizione delle misure volte a realizzarli (v., *ex multis*, sentt. *Schmitzer*, C-530/13, pt. 38; *Rosenbladt*, C-45/09, pt. 41; *Palacios de la Villa*, C-411/05, pt. 68). Discrezionalità che, però, non potrà estendersi al punto da rendere inappropriati o sproporzionati i mezzi adoperati per raggiungere le finalità prefissate, non potendo gli Stati membri «svuotare della sua sostanza il divieto di discriminazioni basate sull'età enunciato nella direttiva 2000/78» (sent. *Fuchs e Köler*, pt. 62). È lo stesso art. 6 della direttiva, infatti, a imporre che le finalità perseguite siano legittime; che, sulla scorta del principio di proporzionalità, i mezzi adottati siano adeguati agli scopi perseguiti; che, infine, la previsione costituente la disparità di trattamento «non vada oltre quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti» (sent. *HK Danmark*, C-476/11, in cui la Corte – al pt. 67 – chiarisce che «una normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde effettivamente all'intento di conseguirlo in modo coerente e sistematico»; circa l'interpretazione dell'art. 6, v. A. Lassandri, *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 756).

Sotto il profilo dell'adeguatezza dei mezzi utilizzati, la Corte osserva che una disposizione quale quella in esame, in quanto abilitante a concludere contratti di lavoro «meno rigidi», sarebbe idonea a creare «una certa flessibilità sul mercato del lavoro» (pt. 41), finalità – come prima evidenziato – da ritenere legittima, stante l'ampia discrezionalità concessa ai legislatori statali nella presente materia. Tale asserzione si fonda sul ragionamento, meramente ipotetico e non dimostrato, secondo cui i datori di lavoro, avendo a disposizione «uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario», sarebbero incentivati ad assumere giovani lavoratori. Supponendo pure che la descritta congettura sia verosimile e financo fondata, occorrerebbe però esaminare se la

scelta di politica del lavoro di incentivare l'assorbimento di domanda di primo impiego "a qualunque costo" (nel caso di specie, a costo di prestabilire lo scioglimento del contratto al compimento di una data età e il conseguente ritorno alla condizione di disoccupazione) non fuoriesca dai binari del principio di proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini, entro cui il pur esteso potere discrezionale dello Stato deve muoversi. La Corte tuttavia non se ne occupa, limitando le proprie considerazioni sull'adeguatezza al passaggio di cui si è dato conto.

Maggiore spazio viene dedicato invece al carattere necessario dei mezzi adoperati, con riguardo al quale il giudice sovranazionale fa proprie le argomentazioni proposte dalla *Abercrombie* e dal Governo italiano.

Il ragionamento dell'azienda si fonda sull'ovvia – ma superficiale – considerazione secondo cui sia da preferire un accesso al mercato del lavoro flessibile e temporaneo piuttosto che la situazione di disoccupazione che deriverebbe dall'assenza di uno strumento normativo del genere: in altre parole, in un contesto di crisi e difficoltà economiche che colpiscono anche le imprese, l'alternativa ad assumere un giovane in regime di precariato sarebbe non assumerlo in assoluto.

A tali considerazioni si aggiungono le spiegazioni del Governo sulla *ratio* di figure contrattuali di questa natura, «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» (pt. 43). Ad un conciso esame delle finalità elencate, si possono distinguere le prime due, per natura opinabili in quanto frutto di decisioni rimesse alla discrezionalità degli organi politici, dalla terza (l'agevolazione dell'accesso al mercato del lavoro di persone minacciate dall'esclusione sociale), espressione di un obiettivo costituzionalmente rilevante che affonda le radici nel principio di eguaglianza in senso sostanziale. Con precipuo riferimento a quest'ultima, sembra lecito chiedersi se siano ipotizzabili e configurabili strumenti alternativi idonei a raggiungere il medesimo obiettivo con minor sacrificio della stabilità del rapporto di lavoro di un giovane. In caso di risposta affermativa, allora, potrebbe essere rimessa in discussione la conclusione favorevole al carattere necessario della disciplina *de qua*.

Tornando alle osservazioni dell'Esecutivo italiano, viene altresì rimarcato che, al fine di fornire il maggior numero di opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, le forme contrattuali in parola non possono che essere flessibili: se fossero stabili «le imprese non potrebbero di offrire lavoro a tutti i giovani», asserisce la Corte con un'infelice formulazione che indurrebbe a ritenere che in virtù di tale disciplina, al contrario, «tutti i giovani» riescano ad essere assunti.

Infine, a suffragio della tesi sostenuta, vengono riportate le rassicurazioni del Governo in ordine alle garanzie che corredano la normativa in discussione, quali la previsione che «il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte» (art. 38, d.lgs. 276/2003).

All'esito della ricognizione delle osservazioni sopra viste, in considerazione – giova ribadirlo ancora una volta – dell'ampio margine discrezionale di cui godono gli Stati membri nello stabilire tanto le finalità da perseguire in detta materia quanto le misure idonee a realizzarle, la Corte di Giustizia giunge a ritenere appropriata e necessaria la disciplina del contratto di lavoro intermittente nella variante collegata al mero dato anagrafico del lavoratore, *ex art. 34, c. 2, d.lgs. 278/2003*.

7. – In conclusione, in materia di disparità di trattamento fondate sull'età, la giurisprudenza della CGUE è apparsa negli anni oscillante, in quanto precipuamente incentrata sulla valutazione in concreto della normativa nazionale di volta in volta portata alla sua attenzione. A fianco delle pronunce con cui la normativa interna è stata giudicata «eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita» (sent. *Mangold*, cit.; v. anche sentt. *Küçükdeveci*, cit.; *Hutter*, C-88/08; *Ingenjörforeningen i Danmark*, C-499/08; *Dansk Jurist*, C-546/11; *Commissione c. Ungheria*, C-286/12; *Pérez*, C-416/13; *Dansk Industri*, C-441/14), si trovano quelle con cui la Corte ha affidato al giudice nazionale il compito di

verificare la legittimità della finalità e/o l'adeguatezza e la necessità dei mezzi (v. sentt. *Age Concern England*, C-388/07; *Petersen*, C-341/08; *Georgiev*, C-250/09 e C-268/09), nonché decisioni con cui ha dichiarato le disposizioni scrutinate compatibili con l'art. 6, par. 1, della direttiva 2000/78 (v. sentt. *Palacios de la Villa*, cit.; *Rosenbladt*, cit.; *HK Danmark*, cit.).

Sulla scia di queste ultime, si inserisce la sentenza in commento, la quale, aderendo – talvolta quasi acriticamente – alle osservazioni avanzate dal datore di lavoro e dal Governo italiano, attraverso le argomentazioni succinte (quando non lacunose) di cui si è cercato di dare conto, ha dichiarato che la normativa sovranazionale dev'essere interpretata nel senso che non osta alle disposizioni interne controverse nel procedimento principale.