



Testo pubblicato a seguito di referaggio anonimo

Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato *

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 127/2016

© Piccone, Valeria 2016
Massimario della Corte di Cassazione
vapiccone@gmail.com

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*

Valeria Piccone
Corte di Cassazione

Premessa.....	2
1. Il principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario.	6
2. Principio di uguaglianza, obbligo di interpretazione conforme, effetto utile.	12
3. L'interpretazione conforme e il divieto di discriminazione per età.....	16
4. La sentenza <i>Kucukdeveci</i> fra giudice nazionale e giudice comunitario.....	18
5. Il caso <i>Dansk Industri</i>	20
6. Lavoro intermittente e contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il <i>Jobs Act</i> : la "compatibilità europea".	27
7. Il licenziamento discriminatorio nel <i>revirement</i> della giurisprudenza di legittimità.	38
8. Il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.....	41

* Il contributo è stato sottoposto a peer-review anonima da un revisore selezionato dalla Direzione della collana. Ricevuto il 15/06/2016; accettato l'11/07/2016; pubblicato il 13/07/2016

Premessa.

Definire le caratteristiche che rappresentano l'obiettivo del divieto di discriminazione costituisce una sfida centrale non solo per la legislazione dell'Unione¹, ma anche per l'interpretazione giurisdizionale.

In un momento storico particolarmente critico per l'Europa, che già qualche anno fa² vedeva quattro Ministri degli esteri inviare una lettera ai Presidenti del Consiglio e della Commissione allo scopo di sollecitare una "vigorosa" protezione dei valori europei; in un sistema in cui il contenuto dell'art. 2 TUE rimane "sostanzialmente vago"³, il principio generale di uguaglianza appare sempre più *uno dei principi ordinatori della Comunità*⁴. Le disposizioni sull'uguaglianza di fronte alla legge, che appartengono alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁵, si stagliano, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia, quale strumento cardine per la salvaguardia degli *European values* e per i diritti fondamentali di derivazione domestica.

Il principio di uguaglianza rappresenta il « *principio stesso, sottostante al divieto delle forme di discriminazione (originariamente elencate nell'art.13 CE) che trova la sua "fonte" nei considerando della direttiva 2000/78/CE, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri* »⁶.

La discriminazione è una disparità di trattamento che non è

¹ Sul punto, D. Schieck, *Intersectionality and the notion of disability in Eu discrimination law*, in *Common Market Law Review*, 2016, 1, 36; il contributo riveste peculiare interesse per l'esame del passaggio, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, da una nozione "medica" ad una "sociale" di disabilità.

² La lettera risale al 6 marzo 2013 ed è stata inviata dai Ministri degli Esteri di Finlandia, Germania, Danimarca e Paesi Bassi; è consultabile in <www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/brieven/2013/03/13/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme/brief-aan-europese-commissie-over-opzetten-rechtsstatelijkheidsmechanisme.pdf>.

³ *Safeguarding EU values in the Member States- Is something finally happening?* Editorial comments, *Common Market Law Review*, 2015, 3, 619; V. doc. COREPER 10168 sulle Conclusioni del Consiglio in ordine ai diritti fondamentali ed alla "rule of law", nonché circa il Report della Commissione del 2012 sull'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, 6- 7 giugno 2013; si veda, altresì, la prolusione del Ministro irlandese per l'invalidità, vecchiaia, eguaglianza e salute mentale al Simposio annuale dell'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali, *Promoting the Rule of Law in the EU*, 7 giugno 2013, Vienna, 6 - in quel momento l'Irlanda aveva la Presidenza del Consiglio -.

⁴ Corte Giust. 3 ottobre 2006, C/17-05, *Cadman*; la stessa affermazione viene ripetuta, con differenze minime, in tutta la giurisprudenza della Corte, a partire da Corte Giust. 19 ottobre 1977, cause riunite 117/76- 16/77, *Ruckdeschel*.

⁵ V. Relazione della Commissione sulle disposizioni giuridiche degli Stati membri per la lotta alla discriminazione, *Report on the Member States' Legal Provisions to Combat Discrimination*, consultabile sul sito <http://ec.europa.eu>.

⁶ Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, in *Racc.* 2005, I, 9981.

giustificata⁷. L'uguaglianza⁸ non è una competenza, ma un principio

⁷ J. Kokott, Conclusioni presentate il 31 maggio 2016 nella causa C-157/15, *Samira Achbita*.
⁸ Per una ricostruzione delle diverse «chiavi» dell'uguaglianza, S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone, (a cura di), *Carta dei diritti. Casi e materiali*, Roma, 2009. Fra i numerosissimi contributi in tema di uguaglianza e non discriminazione, E. Signorini, *Quando e se le misure per la realizzazione dei legittimi obiettivi di politica del lavoro divengono discriminatorie*, nota a Corte Giustizia UE, 26 febbraio, 2015, C-515/13, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, 500; S. Niccolai, *Alla ricerca di un innesto virtuoso tra divieto di discriminazioni e principio di eguaglianza: una proposta di interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 92/2012 cd Fornero)*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena* (promossi da Francisco Balaguer Callajón e al.), Giuffrè, 2015, III, 2173; E. Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, 2015 F. Cannata, *L'eguaglianza nella previdenza di genere*, Angeli, 2014; G. Antonetti e altri, *Le determinazioni internazionali e la normativa europea in materia di pari opportunità*, Roma, UniversIta 2014; M. S. Ciarletta Soveria Mannelli, *Diritto antidiscriminatorio e pari opportunità nel lavoro pubblico e privato: l'esperienza della Consigliera Regionale di Parità in Calabria*, Rubbettino, 2014; E. Pasqualetto, *L'età di accesso al lavoro tra tutele, differenziazioni e discriminazioni*, CEDAM, 2013; D. Tuorto, *Il lavoro difficile: discriminazioni e gruppi discriminati in Italia*, Il mulino, 2012; M. V. Ballestrero, *Il lavoro e l'eguaglianza nel «deserto dei diritti»*, in G. Alpa – V. Roppo, (a cura di) *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Laterza, 2013; M. Aimo e D. Izzi *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro. Dialogando con Massimo Roccella sulla recente giurisprudenza in tema di non discriminazione e di lavoro non standard*, in G. Loy (a cura di) Ediesse, 2012; R. Nunin, *L'utilizzo dei principi generali nella giurisprudenza europea*, in RGL, 2013, 2; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in RGL, 2012, 1; M. V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Studi in onore di Tiziano Treu: lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 1355; M. G. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2010; V. Piccone, *Il principio di uguaglianza e la giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, I, 9; V. Piccone, *Principio comunitario di uguaglianza, parità retributiva ed età pensionabile*, in *RDSS*, 2009, 1, 105; M. Barbera, (a cura di) *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007; M. Barbera, *L'effetto trasversale del principio di non discriminazione* in RGL, 2008, 1, 469 ss.; O. Bonardi, *Diritto alla sicurezza sociale e divieti di discriminazione*, ibidem; L. De Angelis, *Il danno da discriminazioni tra risarcimento e sanzione civile*, ibidem; P. LOY, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, ibidem, G. LOY, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, ibidem; L. Zappalà, *Flessicurezza, pari opportunità e non discriminazione: i percorsi (quasi sempre) virtuosi delle politiche e del Diritto sociale europeo*, ibidem.; S. Borelli, *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Torino, 2007, G. Pistorio, *Le donne nell'ordinamento comunitario*, in M. Gigante, (a cura di), *I diritti delle donne nella Costituzione*, Napoli, 2007, 171 ss. O. De Schutter, *Three models of equality and european anti-discrimination law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, vol. 57, 2006, p. 1 ss; S. Burri, *L'approche de genre au froit du travail communautaire*, Intervento al Seminario *Genre et droit social*, Università Bordeaux 4, 2006; D. Gottardi, *Il Codice italiano delle pari opportunità e la direttiva comunitaria*, in GL, n. 37, 2006, C. Smuraglia, *Le discriminazioni di genere sul lavoro: dall'Europa all'Italia*, Roma, 2005; O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2006; K. Ahtela, *The recise provisions on sex discrimination in European law: a critical assessment*, in *Eur. law. jour.*,

generale che “taglia trasversalmente” tutto il diritto dell’Unione⁹. Secondo la nota immagine di Supiot¹⁰, «non tener conto delle ineguaglianze di fatto significa lasciare pieno gioco ai rapporti di forza;

2005, L. Calafà, *Azioni positive possibili tra lotta alle discriminazioni e promozione dell’uguaglianza* in *Lav. dir.*, 2005, 2, 273 ss.; AA.VV. *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 196. Commentario sistematico (a cura di M. Barbera) in *Nuove leggi civili commentate*, Padova, 2003, n. 3, 623 ss., in particolare, per una ricostruzione dell’evoluzione della nozione di discriminazione alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. 196/2000 all’art. 4 l. 125/91, G. De Simone, *ivi*, 711 ss., nonché, su alcuni aspetti processuali, F. Amato, *Azione individuale e collettiva*, *ivi* p. 757 e L. Curcio, *Il piano di azioni positive giudiziale, le procedure d’urgenza, l’inottemperanza alla sentenza, il raccordo con l’art. 15, L.n. 903/77 e con l’art. 410 c.p.c.*, *ibidem*, 772; D.Gottardi, *Le azioni positive del settore privato. Le modalità di organizzazione e funzionamento del Comitato nazionale di parità*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 23 maggio 2000*, n. 196, cit., 674; D. Gottardi, *Discriminazioni sul luogo di lavoro: recepita la direttiva comunitaria*, in *Guida al lav.*, 2003, n. 34, 39; ;D. Gottardi, *Dalle discriminazioni di genere alle discriminazioni doppie o sovrapposte*, in *Dir. lav. rel., ind.*, 2003, 447; R. Del punta, *What has Equality got to do with Labour Law? An Italian Prospective*, in *The international Journal of Comparative Labour Law and industrial Relations*, 18/2, 2002, 210,211; M. Barbera, *Eguaglianze e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. relaz. ind.li*, 399.; M. Barbera, *Not the same? The role in the New Community AntiDiscrimination Law Context* in *ILJ*, vol 31, 82; L. Calafà, *Azioni positive nel diritto comunitario*, in *Lavoro delle donne e azioni positive*, Bari, Cacucci, 2002; L. Calafà, *Modello antidiscriminatorio e licenziamento dei genitori-lavoratori*, in *Dir. lav. rel ind.li*, 2003, 499; G. De Simone, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 23 maggio 2000*, n. 196; G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Giappichelli 2001; s. fredman, *Equality: a New Generation? In Industrial Law Journal*, 30, no. 2, June 2001, 145 ss.; M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra uguaglianza e diritto diseguale*, in *‘Nuove leggi civili commentate*,1994, cit., 11 ss; G. De Simone, *Gli organismi collettivi per le pari opportunità*, *ivi*, 101; D. Gottardi, *Il consigliere di parità*, in GAETA ZOPPOLI (a cura di) *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Torino, 1992; L. Angiello, *La parità di trattamento nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979; L. Isenburg, *Divieto di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984.

⁹ Così, M. Barbera, *Introduzione a Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit.; nonché della stessa Autrice, *L’effetto trasversale del principio di non discriminazione*, cit. Circa il rilievo attribuito dallo stesso Parlamento europeo, nel 2014, alla conciliazione come mezzo per pervenire all’uguaglianza tra donne e uomini, ritenuta un valore fondamentale dell’Unione, F. Malzani, *Politiche di conciliazione e partecipazione delle donne al mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2015, 238. Ivi si osserva che l’obiettivo della conciliazione si colloca in uno scenario complesso in cui emergono sfide che richiedono risposte e interventi urgenti: evoluzione demografica, crisi economica e finanziaria, disoccupazione, povertà ed esclusione sociale. Le politiche di conciliazione, secondo il Parlamento, possono incidere positivamente su più aspetti e, in particolare, «ridurre la disparità salariale di genere, costituire un elemento chiave per l’occupazione sostenibile e una ripresa indotta dal reddito nonché avere un impatto positivo sulla demografia e permettere alle persone di assumere le proprie responsabilità familiari»

¹⁰ Supiot, *Principi di eguaglianza e limiti della razionalità giuridica*, in *Lavoro e diritto*, 1992, p. 216 e 220

volere al contrario tener conto delle sia pur minime ineguaglianze di fatto vuol dire impegnarsi in un processo di normalizzazione generale dei rapporti sociali e di declino del diritto». In entrambi i casi, la valorizzazione di una soltanto delle dimensioni del principio di eguaglianza «porta allo stesso risultato: il primato del fatto sul diritto».

La formulazione classica di quel principio, secondo l'idea aristotelica per cui "i casi simili vanno trattati in modo analogo"¹¹, lascia irrisolto il problema cruciale di stabilire quali aspetti siano da considerare rilevanti per la parità di trattamento e quali no¹²: una massima come quella di Aristotele resta lettera morta fintantoché non si sia stabilito quali differenze sono rilevanti per gli obiettivi in gioco.

Il concetto di uguaglianza è, d'altra parte, un 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: nella *polis* di Pericle i cittadini potevano vantare un diritto alla parità di trattamento con riguardo all'accesso alla giustizia ed all'avanzamento sociale; il concetto di uguaglianza escludeva, tuttavia, i meteci e gli schiavi dalla parità con i cittadini.

Leggendo la sentenza *Marshall*¹³ (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*¹⁴, nonché in *Kçükdeveci*¹⁵ e *Dansk Industri*¹⁶) 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.

¹¹ Aristotele, *Etica nicomachea*, V.3-1131°10-b15.

¹² Sul punto, S. Gosepath, *Equality*, in E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2007 edition).

¹³ Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall/ Southampton South West Hampshire Area Health Authority*.

¹⁴ Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit.

¹⁵ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Kucukdeveci v. Swedex*, cit.

¹⁶ Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

Proprio la sentenza *Marshall*¹⁷ sembra porsi come spartiacque fra la giurisprudenza antecedente e quella successiva, segnando l'origine dell'indebolimento della costruzione teorica degli effetti verticali e consentendo di comprendere in che modo nuovi percorsi vengano esplorati dalla Corte di Giustizia alla ricerca di strumenti atti a riconoscere alle direttive effetti orizzontali¹⁸. E' sui percorsi della supremazia, dell'effetto diretto e dell'obbligo di interpretazione conforme che si snoderà il futuro del principio di uguaglianza che, in *Marshall*, è ancora solo uguaglianza di genere.

1. Il principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario.

1.1. 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'*.

Il passaggio da una nozione di eguaglianza in senso formale ad un principio di eguaglianza in senso sostanziale¹⁹, con l'enucleazione esplicita del concetto di discriminazione indiretta e l'introduzione delle 'azioni positive' a tutela del sesso più debole, è il risultato di un lungo percorso nel quale grande rilievo ha avuto la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo.

In verità, l'art. 119 del Trattato conferiva in origine rilievo esclusivo

¹⁷ Corte Giust. 26 febbraio 1986, causa C- 152/84, *Marshall v. Sothampton and Southwest Hampshire Area Health Authority*, in *Racc.*, 1986, p. 723. Si vedano le pagine di S.Prechal, *Remedies after Marshall*, in *Comm. Mark. Lav rev.*, 1990, 27, p. 451 e di P. Manin, *L'invocabilità des directives: Quelques interrogations*, in *RTDE*, 1990, P. 669.

¹⁸ V. causa C-188/89 *Foster v. Gas plc*, *Racc.* p.3313.

¹⁹ Che consente "l'allargamento della nozione giuridica di discriminazione fino a ricomprendervi quella indiretta" (su cui, v. *postea*) secondo M.V. Ballestrero, *Le azioni positive fra uguaglianza e diritto diseguale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, 16.

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".

Alla luce del nuovo dettato normativo, diventa di palmare evidenza lo scopo di assicurare un'effettiva e

concreta parità nell'attività lavorativa fra uomini e donne mediante l'ampliamento della tutela oltre gli aspetti meramente economici, il riferimento alla parità di lavoro in termini di 'lavoro di pari valore' e la previsione di misure dirette a garantire vantaggi specifici atti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato 'ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali'.

D'altro canto, se si pone attenzione alle originarie formulazioni delle direttive primigenie, la 75/117 e la 76/207, si percepisce distintamente la finalità, originariamente perseguita, di garanzia del mercato comune per il tramite della limitazione all'ambito retributivo della portata del principio di non discriminazione; la connotazione squisitamente economica del principio era diretta ad evitare il fenomeno, distorsivo della concorrenza comunitaria, del c.d. *dumping sociale*.

Non solo i lavori preparatori, ma anche il primo *considerando* della direttiva n. 75/117 evidenziano lo scopo circoscritto, nell'affermare che "l'attuazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'art. 119 del Trattato, è parte integrante dell'instaurazione e del funzionamento del mercato comune".

Tra i *considerando* della direttiva 76/207 si inizia ad intravedere una 'colorazione sociale' del divieto di discriminazione nella individuazione della parità di trattamento quale obiettivo della Comunità, in quanto funzionale alla promozione della "parificazione nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera". Soltanto negli anni successivi ed in misura via via crescente, per mezzo dell'intervento della

Corte di Giustizia, si imporrà un rilievo preponderante del principio quale estrinsecazione della politica sociale dell'Unione.

In entrambe le direttive manca, d'altro canto, una nozione di discriminazione; si dovrà attendere l'intervento comunitario riconducibile alla direttiva 2002/73 per avere una definizione compiuta della discriminazione di genere.

Nel conferire la più ampia estensione possibile all'originario ridotto ambito applicativo del principio, la Corte di Giustizia ha avuto un ruolo determinante: in primo luogo nella configurazione del concetto di retribuzione in termini 'onnicomprensivi' e, cioè, come riferibile al minimo retributivo nonché a qualsiasi altra voce che trovi la causa tipica e normale nel rapporto di lavoro reputando, conseguentemente, riconducibili nell'alveo di tale nozione quasi tutti gli elementi che sono stati portati al suo esame.

L'effetto principale raggiunto dalla Corte è stato quello di determinare la diretta applicabilità ai datori di lavoro del divieto di discriminazione in materia retributiva: alla luce della interpretazione dei Giudici di Lussemburgo, infatti, la direttiva n. 75/117 – che già estende, al par. 2 dell'art.1, il principio di parità di retribuzione, inteso nel senso più ampio di ogni vantaggio corrisposto in occasione dell'espletamento di attività lavorativa, alle prestazioni di eguale valore, a prescindere dal rendimento - acquisisce efficacia 'diretta ed orizzontale'.

La direttiva, pur essendo rivolta ad imporre l'obbligo di parità retributiva agli Stati membri, è reputata *self executing* e, conseguentemente, conferisce ai singoli situazioni giuridiche di vantaggio direttamente azionabili dinanzi al Giudice nazionale in presenza di discriminazioni derivanti da leggi, regolamenti, contratti collettivi e contratti individuali di lavoro. Con la nota *Defrenne II*²⁰, quindi, la Corte afferma che l'obbligo sancito dall'art. 119 è inequivoco: il principio della parità di retribuzione è chiaro e non lascia adito a dubbi; gli Stati membri non dispongono a questo proposito di alcun potere discrezionale. Esso, dice la Corte, corrisponde d'altronde all'applicazione di un principio generale di eguaglianza che rientra nel comune patrimonio ideologico degli Stati membri. Quanto all'efficacia concreta dell'art. 119, si deve ritenere che esso è efficace solo se i cittadini degli Stati membri possono fruire della parità di retribuzione e, pertanto, deve affermarsi che L'art. 119 ha efficacia diretta; il giudice nazionale deve applicarlo

²⁰ Corte Giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne v. Sabena*, Racc, 1976, 455; nella *Defrenne I*, la vicenda riguardava una assistente di volo e la previsione della cessazione del rapporto di impiego al compimento del quarantesimo anno di età, non prevista per gli uomini e la Corte aveva escluso tale corollario come la previsione di un principio generale di uguaglianza immediatamente applicabile tra le parti.

nell'amministrare la giustizia e gli organi esecutivi devono rispettarlo, specie nell'attività amministrativa diretta. La Comunità, secondo la Corte, non poteva limitare la propria funzione alla realizzazione dell'unità economica ma «doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde era sottolineato nel preambolo del Trattato CE». Va, quindi, riconosciuto alle pronunzie in tema di parità di trattamento tra uomini e donne, a partire dalla *Defrenne II*, il merito di aver significativamente influito sulla transizione dell'ordinamento comunitario da una visione prettamente economica ad una più significativamente lavoristica e sociale. Da quel momento il principio di uguaglianza ha vissuto una intensa ed inarrestabile stagione di affinamenti che ne hanno fatto l'asse portante dell'Unione.

1.2. Il 19 aprile scorso, a poco più di venti anni di distanza dalla sentenza del 31 maggio 1996 *Dansk Industri*²¹, la Corte di giustizia, tornando ad occuparsi di una questione pregiudiziale sorta in una controversia coinvolgente ancora una volta la Confederazione dell'industria danese²², ha portato a compimento quel percorso in tema di uguaglianza che aveva trovato la sua *akmé* nella sentenza *Küçükdeveci*²³ del 2010 e nella giurisprudenza coeva e successiva.

Singolare e significativa coincidenza: nel 1996 la Corte (fra i giudici anche Federico Mancini) su una questione che vedeva appunto protagonista la *Dansk Industri* - che agiva per conto della Royal Copenhagen - era chiamata ad occuparsi dell'interpretazione dell'art. 119 del Trattato e della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile. Venti anni dopo, di nuovo protagonista la Confederazione dell'industria danese, di nuovo una questione di discriminazione, anche se sotto il profilo di più recente conio dell'età.

La decisione del 1996, pur passata sotto silenzio, si rivela un analitico compendio dei principi fino a quel momento enucleati nell'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia in materia di direttive antidiscriminatorie e

²¹ Corte Giust. 31 maggio 1995, causa C- 400/93, *Dansk Industri*, in *Racc.* 1995, I, 1257.

²² Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri v. Successione Karsten Eigil Rasmussen*, non ancora in *Racc.*

²³ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v. Swedex*, C- 555/07, in *Racc.* 2010, I, 365,

consente, quindi, di prendere l'avvio per procedere nel dedalo della tutela antidiscriminatoria europea.

La vicenda verteva sull'applicabilità dell'art. 119 del Trattato in tema di parità retributiva ai lavoratori a cottimo. In particolare, alle dipendenze della Royal Copenhagen, c'erano macchinisti, addetti alla produzione dei prodotti in porcellana e 156 verniciatori di porcellana azzurra: tra questi ultimi, un solo uomo.

La parità di trattamento retributiva, la "madre" di tutte le parità nell'ambito del sistema dell'Unione, rappresenta la base, il punto di partenza, da cui si è mosso l'ordinamento comunitario per arrivare a plasmare un principio generale di uguaglianza, sovraordinato e, per molti aspetti, immediatamente applicabile.

Nel primo caso *Dansk Industri* (quello del 1996), nell'interpretazione della Corte un ruolo centrale è stato riservato, come sempre avverrà in futuro, al giudice nazionale.

Con la sua prima questione, il giudice del rinvio aveva domandato se l'art. 119 del Trattato e la direttiva 2000/78 fossero applicabili a sistemi di retribuzione a cottimo, nei quali detta retribuzione dipende, completamente o essenzialmente, dal risultato individuale dell'attività del singolo lavoratore.

Osservò la Corte che l'art. 119, terzo comma, lett. a), disponendo espressamente che la parità delle retribuzioni, senza discriminazione fondata sul sesso, implica che la retribuzione accordata per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura, prevede esso stesso che il principio della parità delle retribuzioni si applica a sistemi di retribuzione a cottimo. Richiamando, la precedente sentenza *Barber*²⁴, la Corte sottolinea di aver già fatto osservare che l'art. 119 vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, quale che sia il meccanismo generatore di tale ineguaglianza.

Tutto il prosieguo della decisione è un continuo richiamo ai compiti del giudice nazionale cui spetta, in primo luogo, valutare il rilievo che assume la quota fissa di base compresa nelle singole retribuzioni debba essere presa in considerazione.

E' interessante notare come già in quella pronuncia, così risalente, emerga in modo chiarissimo lo stretto *trait d'union* fra attività interpretativa del giudice e piena realizzazione del principio di uguaglianza come principio fondamentale e, appunto, ordinatore della stessa Comunità.

²⁴ Corte Giust. 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, Racc. 1-1889, punto 32.

In un sistema di retribuzioni a cottimo, la mera constatazione di una differenza nelle retribuzioni medie di due gruppi di lavoratori, calcolate sulla base delle retribuzioni complessive individuali di tutti i lavoratori dell'uno o dell'altro gruppo, non basta a dimostrare l'esistenza di una discriminazione in materia di retribuzione. Spetta al giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti, secondo la Corte, determinare se l'unità di misura applicabile all'attività lavorativa effettuata dai due gruppi di lavoratori sia identica, oppure, nel caso in cui i due gruppi svolgano lavori diversi ma considerati di uguale valore, se l'unità di misura sia obiettivamente tale da garantire retribuzioni nel loro complesso identiche. A questo punto, la Corte si occupa dell'onere della prova²⁵ e, richiamando la precedente giurisprudenza²⁶, afferma che, tuttavia, è ammessa l'inversione dell'onere della prova, gravante di regola sul lavoratore che promuove un giudizio contro il suo datore di lavoro per ottenere l'eliminazione della discriminazione di cui si considera vittima, quando ciò si rivela necessario per non privare i lavoratori di qualsiasi strumento utile a imporre l'osservanza del principio della parità delle retribuzioni. Pertanto, qualora un'impresa applichi un sistema di retribuzione caratterizzato da una totale mancanza di trasparenza, il datore di lavoro ha l'onere di provare che la sua prassi salariale non è discriminatoria, ove il lavoratore di sesso femminile dimostri, su un numero relativamente elevato di lavoratori, che la retribuzione media dei lavoratori di sesso femminile è inferiore a quella dei lavoratori di sesso maschile²⁷.

Spetta al giudice nazionale accertare se, tenuto conto in particolare di detti elementi e dell'entità delle disparità esistenti tra le retribuzioni medie di due gruppi di lavoratori, siano presenti nella causa principale i presupposti per operare una tale inversione dell'onere della prova. Qualora sia questo il caso, il datore di lavoro potrà dimostrare, ad esempio, che le disparità di retribuzione dipendono da differenze nella scelta, da parte dei lavoratori interessati, dei loro ritmi di lavoro.

Il giudice nazionale, che è il solo competente a valutare i fatti, deve conseguentemente accertare se, tenuto conto degli elementi di fatto concernenti la natura dei lavori effettuati e le condizioni in cui essi sono

²⁵ Sul rapporto fra onere della prova e principi di proporzionalità ed effettività, R. Santagata De Castro, R. Santucci, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina*, in Arg. dir. lav., 2015, 4-5, pt. 1, 820; si veda, altresì, A Vallebona, *L'onere della prova delle discriminazioni*, Nota a sentenza Cassazione, sezione lavoro, 5 giugno 2013, n. 14206, in Mass. Giur. Lav., 2013, 10, 667.

²⁶ Corte Giust., 27 ottobre 1993, causa C-127/92, *Enderby*, Racc., I-5535, punti 13 e 14.

²⁷ Corte Giust. 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund Danmark*, detta «Danfoss», Racc., I, 3199, punto 16.

svolti, si possa loro attribuire un valore uguale oppure se detti elementi possano essere ritenuti fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, tali da giustificare eventuali disparità di retribuzione.

2. Principio di uguaglianza, obbligo di interpretazione conforme, effetto utile.

2.1. Nella già richiamata sentenza *Marshall*, i giudici di Lussemburgo, con inversione di rotta rispetto agli spiragli aperti con *Grad*²⁸ e *Sace*²⁹, del 1970, in cui avevano applicato per la prima volta la nozione di "effetti diretti" ad atti di diritto comunitario derivato diversi dai regolamenti, trasponendo il principio cardine introdotto da *Van Gend & Loos*³⁰, negano che la direttiva, per sé sola, possa spiegare effetti orizzontali e, tuttavia, al contempo, ne autorizzano la azionabilità nei confronti dello Stato membro, indipendentemente dal fatto che lo stesso agisca in qualità di datore di lavoro o di pubblica autorità.

L'inequivoca estensione alle direttive degli effetti diretti dovrà attendere il 1974, con il caso *Van Duyn*³¹ che, per la prima volta, affronta il tema dell'efficacia di una direttiva autonomamente considerata, svincolata dall'attuazione di decisioni precedenti o di norme del Trattato, confermando l'esistenza del principio dell' "effetto utile" e la possibilità che si producano effetti diretti così come identificati in *Van Gend & Loos*³².

Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott presentate il 9 gennaio 2008 nella causa *Impact*³³ avente ad oggetto la direttiva concernente i rapporti di lavoro a tempo determinato ed in particolare l'utilizzazione abusiva di una successione di tali contratti, si afferma, fra l'altro, che "... i divieti di discriminazione rappresentano uno dei classici casi applicativi dell'efficacia diretta del diritto comunitario. Ciò è vero non solo per i divieti di discriminazione sanciti nel diritto primario (in particolare nelle libertà fondamentali e in norme quali l'art. 141 CE), bensì anche per taluni divieti che il legislatore comunitario ha stabilito nel diritto derivato, soprattutto in

²⁸ Causa 9/70, *Franz Grad v. Finanzamt Traunstein*, Racc., 825.

²⁹ Causa 33/70, *Sace*, Racc., 1213.

³⁰ Corte Giust. 15 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, Racc., 3

³¹ Corte Giust., 4 dicembre 1974 causa 47/74, cit.

³² Laddove la Comunità ha imposto agli Stati membri, mediante direttiva, il perseguimento di una specifica linea di condotta l'effetto utile di tale atto sarebbe indebolito se gli individui non potessero adire il giudice nazionale competente e a questo fosse impedito di considerare la direttiva come parte del diritto comunitario.

³³ Causa C- 268/06

alcune direttive aventi ad oggetto normative del lavoro o sociali".

A partire dalla nota sentenza *Von Colson*³⁴, tuttavia, ci si è avveduti del fatto che è sugli operatori del diritto che grava l' impegno più difficile e delicato, quello di "conciliare l'inconciliabile" (per usare l'icastica espressione dell'avvocato generale Poireres Maduro nelle conclusioni della causa *Arcelor Atlantique et Lorraine*) che consiste, sempre più frequentemente, nel complesso compito di rendere compatibile, in via interpretativa, il contesto normativo interno con l'assetto europeo.

L'attenzione degli interpreti si è spostata, quindi, dall'effetto diretto all'interpretazione conforme.

Si tratta di una estrinsecazione della primazia, da cui discende direttamente³⁵, e della leale collaborazione; essa è "effetto strutturale"³⁶ della norma comunitaria, in quanto diretta ad assicurare il continuo adeguamento³⁷ del diritto interno al contenuto ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario.

L'interpretazione conforme³⁸ è inerente al sistema del Trattato e si estende all'ordinamento nazionale nel suo complesso (persino ai contratti

³⁴Corte di Giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann c. Land Renania del Nord-Westfalia*, in Foro it., 1985, IV, 59

³⁵ Cfr., in questi termini, le Conclusioni rassegnate dall'Avv. Generale Antonio Saggio in Corte Giust., 27-6-2000, C-240/98 e C-244/98, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editoriales*, in Foro it., 2000, IV, 413.

³⁶ A. Tizzano, Conclusioni in Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04 cit.

³⁷ Sulla estensione della capacità conformatoria del diritto interno da parte del diritto comunitario, si veda S. Prechal, *Directives in EC law* cit.

³⁸ Molteplici sono i contributi dottrinari in materia. Fra gli altri, a titolo meramente indicativo: S. Prechal *Directives in EC law*, Oxford, 2005; D. Simon, *La directive européenne*, Paris, 1997; De Burca, *Giving effect to European Community Directive*, *Modern law review*, 1992, 215; Cretine, *L'applicabilité directe en droit interne des dispositions des directives communautaires*, *Gazette du Palais*, 1971; R. Conti, L'interpretazione conforme e i dialoghi fra giudici nazionali e sopranazionali, in *www.europeanright.eu*; V. Piccone, *L'interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, 2015; V. Piccone, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in *Il Diritto Europeo nel dialogo tra le Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Giuffrè, 2013; M. Ruvolo, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, *Eur.dir.priv.*, 2006, 4; S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni* (Milano 2002), Id. *L'efficacia obiettiva delle direttive comunitarie ed i suoi riflessi nei confronti dei privati: Riflessioni a margine delle sentenze sui casi Linston e Unilever*, *Dir. Un. Eur.*, 2001, 1, p.95; R. Cafari Panico, *Per un'interpretazione conforme*, *Dir. Pubbl. Comparato Europeo*, 1999, I, p. 383 ss.; L. Ronchetti, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, pp.415-448; L. Scambiato, *Considerazioni in tema di efficacia "orizzontale" delle direttive alla luce delle sentenze 1271/95 e 2275/95 della Corte di Cassazione e della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, p.1027 ss; M. Orlandi, *Inapplicabilità delle direttive nei rapporti tra privati e responsabilità degli Stati per inadempimento. Considerazioni in margine alla sentenza "Paola Faccini Dori c. Recreb s.r.l."* nota a Corte Giust. 14.7.1994, C-91/92, *Giur. Merito*, 1995, 3, p. 438

collettivi come affermato dalla Corte di Giustizia in *Pfeiffer*³⁹).

I giudici nazionali sono tenuti ad interpretare le norme prodotte dal proprio ordinamento in base ai principi del diritto dell'Unione e non solo in base alle norme nazionali: l'affermazione della Corte è che l'obbligo di interpretazione conforme delle disposizioni concernenti una materia in cui sia intervenuta una normativa comunitaria riguarda non solo le norme emanate in applicazione della stessa ma anche quelle di origine interna, anteriori o posteriori all'adozione dell'atto comunitario.

Più in generale, si è distinto⁴⁰ tra *conforming interpretation*, quale obbligo di interpretare il diritto interno emanato in attuazione di una direttiva in conformità della direttiva stessa; *indirect effect*, rilevante solo per il caso di mancata attuazione di una direttiva ed estrinsecantesi nell'obbligo di interpretare tutte le norme interne in conformità alla lettera e allo scopo della direttiva e infine *Grimaldi effect*, con riferimento all'obbligo, per il giudice nazionale, di tener conto delle stesse raccomandazioni che siano chiarificatrici rispetto all'interpretazione di altre disposizioni.

La rilevanza ermeneutica delle direttive, quindi, non è limitata alla normativa interna in attuazione delle stesse ma si estende fino ad influenzare i casi in cui la normativa non esista o non sia direttamente applicabile.

2.2. A ben vedere, i giudici di Lussemburgo, nell'esercizio della loro funzione di nomofilachia comunitaria, hanno iniziato molto presto ad esplicitare l'obbligo di interpretazione conforme: già nel 1984 con la richiamata sentenza *Von Colson*⁴¹ la Corte sanziona l'impegno per tutti gli organi degli Stati membri, *ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali*, di conseguire il risultato contemplato dalla direttiva, come pure l'obbligo imposto dall'art. 5 del Trattato⁴² (poi 10, ore 4 TUE) di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale impegno.

L'interpretazione conforme, infatti, si estrinseca nell'obbligo gravante su tutti gli interpreti del diritto nazionale *di prendere in considerazione tutte le norme del diritto interno - ed utilizzare tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti- per addivenire ad un risultato*

³⁹ Corte Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 – C403/01, *Pfeiffer*, cit..

⁴⁰ G. Betlem, *The principle of indirect effect of Community law*, in *European Review of Private Law*, 1995, 4 ss..

⁴¹ Corte di Giust., 10 aprile 1984, causa 14/83, *Von Colson e Kamann c. Land Renania del Nord-Westfalia*, cit.

⁴² Sull'uso che è stato fatto dell'art.5, J. Temple Lang, *Community Constitutional Law*, in *PL*, Spring 1993, 155.

conforme a quello voluto dall'ordinamento comunitario⁴³.

Nella elaborazione giurisprudenziale comunitaria, molta strada è stata fatta da quando la Corte, nel 1963⁴⁴, proclamava il principio degli effetti diretti del Trattato, quale fonte di diritti per singoli azionabili dinanzi alle Corti degli Stati membri. Passando per l'affermazione dell'obbligo di interpretazione della normativa interna in conformità alle direttive comunitarie come operante "as far as possibile"⁴⁵ la Corte ha poi confermato, (prima nella discussa *Mangold*⁴⁶ ma poi, in *Kücükdeveci*⁴⁷ e, oggi, soprattutto, in *Dansk Industri*⁴⁸) il proprio ruolo primario di interprete privilegiato⁴⁹ nella elaborazione del sistema comunitario di diritti fondamentali⁵⁰, giungendo a statuire che di fronte ad un principio generale del diritto comunitario, quale il *metapprincipio* di uguaglianza e non discriminazione, che riveste una portata del tutto particolare, sovraordinata ed immediatamente applicabile, si impone la disapplicazione della normativa interna confliggente, a prescindere dalla vincolatività della norma comunitaria invocata.

In definitiva, la funzione del giudice nazionale come giudice dell'Unione implica che ad esso sia demandata la delicata funzione di garantire la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno: «...una corretta applicazione del principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno così come l'esigenza di garantire una uniforme applicazione delle norme comunitarie comportano che le direttive non recepite, una volta scaduto il termine per la loro attuazione nel diritto interno possano produrre l'effetto di escludere l'applicazione della regola nazionale difforme anche qualora, per mancanza di precisione o perché

⁴³ Pfeiffer cit. ove si sottolinea l'obbligo per il giudice nazionale di prendere in considerazione tutte le norme interne ed utilizzare tutti i "metodi di interpretazione ad esso riconosciuti" per addivenire ad un risultato conforme alla direttiva.

⁴⁴ Corte Giust. Causa 26/62, *Van Gend en Loos*, cit.

⁴⁵ Corte Giust. 13 novembre 1990, causa C- 106/89, *Marleasing*.

⁴⁶ Corte Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, cit..

⁴⁷ Corte Giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v. Swedex*, cit.

⁴⁸ Corte Giust. 19 aprile 2016, causa C- 441/14 *Dansk Industri*, cit.

⁴⁹ "Comparable with the role of the Supreme Court of United States of America" secondo Schermes e Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, V ed., Deventer, 1992.

⁵⁰ V., per una ricostruzione del processo della c.d. incorporation quale strumento da cui è derivata la prevalenza statunitense del Bill of rights federale sulle affermazioni dei diritti contenuti nelle Costituzioni statali, L.Azzena *Ai Confini del favor rei*, in *Il falso in bilancio davanti alle Corti Costituzionale e di Giustizia*, R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P.Veronesi (a cura di), Giappichelli, 2005; per una ricostruzione dell'iter che ha condotto i diritti fondamentali a diventare il "baricentro" del dialogo tra le Corti Europee mi sia consentito rinviare a V. Piccone, *L' "internazionalizzazione" del diritti umani*, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Ediesse, 2009.

non direttamente efficaci nei rapporti "orizzontali", non attribuiscono ai singoli diritti invocabili in giudizio»⁵¹.

3. L'interpretazione conforme e il divieto di discriminazione per età.

3.1. L'età è un «criterio fluido»⁵², un «elemento in una sequenza» e dunque la «discriminazione in base all'età può essere graduata»⁵³; essa «non definisce un gruppo fisso e ben definito»⁵⁴ e la sua individuazione, pertanto, costituisce una indagine complessa⁵⁵.

In *Mangold*⁵⁶ l'interpretazione conforme impone all'interprete di accantonare la norma interna speciale incompatibile a vantaggio della regola generale⁵⁷ in forza dell'obbligo per il giudice nazionale di offrire «un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario»⁵⁸, pur in presenza di una direttiva il cui termine per la trasposizione non sia ancora scaduto.

Con tale pronuncia la Corte, pur occasionalmente passando attraverso la normativa "quadro" di cui alla direttiva 2000/78, che vieta, tra l'altro, le discriminazioni in ragione dell'età, giunge per la prima volta

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Saggio presentate il 16 dicembre 1999 nelle cause riunite da C-240/98 a C- 244/98, Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA contro Rocio Marciano Quintero e al.

⁵² Conclusioni dell'Avvocato generale del 23 settembre 2008, causa C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing*, punto 74.

⁵³ Conclusioni dell'Avvocato generale del 15 febbraio 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*, punto 61.

O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, p. 130.

⁵⁵ « Il concetto di discriminazione sulla base dell'età deve essere interpretato in modo ampio; dovrebbero perciò considerarsi vietate sia la discriminazione assoluta (il trattamento meno favorevole riservato ad un soggetto in ragione della sua età) che quella relativa ("il trattamento meno favorevole riservato all'individuo A a causa del fatto che egli ha un certo numero di anni in più (o in meno) rispetto all'individuo B o al gruppo di individui C" o "il trattamento meno favorevole riservato a E ed F (una coppia di individui considerati unitariamente) a causa del fatto che la differenza di età all'interno di detta coppia è superiore o inferiore alla differenza di età all'interno di altra analoga coppia di individui » (conclusioni dell'Avvocato generale del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, punto 96).

⁵⁶ Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, su cui mi sia consentito rinviare a V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, Foro it., 2006, IV, 342.

⁵⁷ L'art. 14, n.3 del TzbfG, oggetto di indagine, non richiedeva l'esistenza di una ragione obiettiva per l'apposizione di un termine al contratto di lavoro qualora il lavoratore, all'inizio del rapporto, abbia compiuto 58 anni; la c.d. legge Hartz (23 dicembre 2002) aveva stabilito che, sino al 31 dicembre 2006, l'età di 58 anni doveva essere sostituita da quella di 52 anni.

⁵⁸ Così Pfeiffer, cit..

ad affermare che il principio comunitario di non discriminazione ha natura sovraordinata, incondizionata ed immediatamente applicabile.

Non è, tuttavia, la direttiva inattuata a trovare un' impossibile applicazione in luogo della norma interna incompatibile; nella interpretazione *ad excludendum* fornita dai giudici di Lussemburgo, venuta meno la norma discriminatoria, l'opera di uniformazione giudiziale consente il rispetto del principio di uguaglianza per effetto della riespansione della norma generale.

Nonostante l'effetto finale sia quello di determinare la disapplicazione rispetto ad una norma non dotata di efficacia diretta, nondimeno, l'approdo è reso possibile dal passaggio attraverso il principio generale di uguaglianza.

In *Mangold*, quindi, si impone una ancora più incisiva declinazione del principio di collaborazione sancito dall'art. 10 TCE, oggi art. 4 TUE: diventa obbligatorio per l'interprete disapplicare la legge nazionale contrastante con un principio generale anche in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto.

3.2. Nella successiva *Cordero Alonso*⁵⁹ la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su quesiti pregiudiziali relativi all'interpretazione della direttiva del Consiglio del 20 ottobre 1980, 80/987/CEE, concernente il riavvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha affermato che le istituzioni amministrative e giurisdizionali, nell'applicare la normativa comunitaria sono "*vincolate al principio dell'uguaglianza dinanzi alle legge e al divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornite dalla Corte*" e che ciò vale altresì qualora "*la normativa nazionale di cui trattasi, secondo la giurisprudenza costituzionale dello Stato membro interessato, è conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall'ordinamento giuridico nazionale*".

Si impone, quindi, una declinazione del principio di collaborazione sancito dall'art. 4 TUE in chiave di non applicazione⁶⁰ della legge nazionale contrastante con un principio generale anche qualora la giurisprudenza costituzionale dello Stato sia conforme a un diritto fondamentale analogo riconosciuto dall'ordinamento interno. Nel tempo, quel principio ha assunto una forza ed una portata dirompenti facendo del principio di uguaglianza, *sub specie* di divieto di discriminazione per età la punta di diamante nella tutela dei diritti fondamentali assicurata dalla

⁵⁹ Corte Giust. 7 settembre 2006, causa C-81/05.

⁶⁰ "Disapplicazione" in *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa 106/77

Corte di Giustizia.

4. La sentenza *Kucukdeveci* fra giudice nazionale e giudice comunitario.

4.1. Vediamo le novità introdotte sul tema da *Kucukdeveci*. La ricorrente, alle dipendenze della Swedex, contestava il proprio licenziamento, sostenendo che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di quattro mesi a decorrere dal 31 dicembre 2006, in applicazione dell'art. 622, n. 2, primo comma, punto 4, del BGB. La lesione lamentata consisteva nella previsione della disciplina tedesca secondo cui, per il calcolo della durata del termine di preavviso non sono presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età, previsione ritenuta misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e, pertanto, da disapplicare.

Il giudice tedesco sospendeva il procedimento sottoponendo alla Corte due questioni.

Con la prima, veniva chiesto se la normativa in esame costituisse una disparità di trattamento in base all'età, vietata dal diritto dell'Unione.

Con la seconda, veniva chiesto quali fossero le conseguenze dell'incompatibilità tra la disciplina nazionale e quella dell'Unione, in particolare se fosse possibile disapplicare la disposizione nazionale in una controversia tra privati⁶¹.

Secondo la prospettazione dell'avvocato generale Yves Bot, la normativa rilevante per la fattispecie era da individuarsi nella direttiva 2000/78 perché, tra l'altro, «i fatti all'origine della controversia sono avvenuti dopo la scadenza del termine di cui ha beneficiato la Repubblica federale di Germania per trasporre la direttiva».

Nelle conclusioni si legge che la causa ha come oggetto solo l'esclusione di una disposizione nazionale incompatibile con la direttiva 2000/78 (l'art. 622, n. 2, ultima frase, del BGB), allo scopo di consentire al giudice nazionale di applicare le restanti disposizioni di tale articolo, nella specie, i termini di preavviso determinati sulla base della durata del rapporto; pertanto, si conclude che l'accoglimento di tale tesi non impone alla Corte di ritornare sulla sua giurisprudenza relativa all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive⁶².

⁶¹ Nell'ambito della seconda questione veniva, altresì, chiesto se il giudice nazionale avesse l'obbligo di adire in via pregiudiziale la Corte prima di poter disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario. Quesito al quale la Corte risponde ricordando che trattasi di facoltà e non di obbligo (punto 54).

⁶² Sul delicato punto, in relazione all'opzione *Mangold*, Pignataro, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione*

L'avvocato generale invita la Corte a «*seguire un percorso più ambizioso*» richiamando le affermazioni contenute nella sentenza *Mangold*.

Il principio di non discriminazione fondata sull'età, in quanto strettamente collegato alla direttiva 2000/78, nell'interpretazione dell'avvocato generale, consente al giudice nazionale di disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale anche in una controversia che vede contrapporsi due privati.

Fulcro della decisione diventa a questo punto (così perfezionandosi l'approdo di *Mangold*), il principio generale del diritto dell'Unione che vieta ogni discriminazione in base all'età, principio che esiste «per forza propria»; anche se poi è invero nella direttiva 2000/78 che ne è concreta espressione.

Entra in gioco, a questo punto, il giudice nazionale cui spetta il compito di «*assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge*» (punto 51).

Il principio generale di non discriminazione che, secondo la Corte, è applicazione del principio generale della parità di trattamento, «*trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*» e viene, poi, consacrato nell'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, in virtù dell'art. 6, n. 1, TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Il principio di uguaglianza, a chiare lettere, viene definito principio generale dell'Unione. Quel principio, ove non fosse stato abbastanza chiaro in *Mangold*, trova solo "specificazione", secondo la Corte, nella direttiva 2000/78. Come si è visto, il corollario era già stato espresso in termini simili, con riguardo all'art. 119 del Trattato, nelle sentenze *Defrenne*⁶³ e *Jenkins*⁶⁴. Ma in *Kücükdeveci*, il principio generale di uguaglianza si spinge fino alle più ardite conseguenze, quelle che poi condurranno alla giurisprudenza *Dansk Industri*.

4.2. Di nuovo al centro, è il giudice nazionale.

La Corte non lascia adito a dubbi: il giudice nazionale rappresenta l'anello centrale della catena interpretativa qualora sia investito di una controversia tra privati; l'obbligo di garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età - quale concretamente derivante dalla

derivata (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE), in *Diritto del lavoro dell'Unione europea* (a cura di Carinci, Pizzoferrato), 2010, Milano, pag. 427.

⁶³ Corte Giust. 8 aprile 1976, C-43/75.

⁶⁴ Corte Giust. 31 marzo 1981, C- 96/80.

direttiva 2000/78 ma come espressione di un principio generale del diritto comunitario, sovraordinato, orizzontale ed immediatamente applicabile – gli imporrà di disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall’esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall’art 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull’interpretazione di tale principio⁶⁵.

L’interpretazione conforme ha ormai assunto la netta conformazione di strumento di chiusura : essa è un imprescindibile obbligo per l’interprete ma è anche metodo conservativo, perché ogni qualvolta non possa farsi ricorso ad essa e sussista una normativa confliggente, scatterà l’obbligo di disapplicazione della regolamentazione interna per applicare quella comunitaria nella sua interezza e tutelare i diritti che questa riconosce ai singoli.

La Corte, nella parte finale della sentenza, conclude affermando che «è compito del giudice nazionale (...), assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell’Unione attribuisce ai soggetti dell’ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge» (punto 51).

Registrata la parziale inidoneità dei concetti di primazia e disapplicazione, si è ormai definitivamente intensificato il ricorso all’interpretazione conforme come strumento di composizione del sistema; essa, nella più recente evoluzione, “sfuma” di nuovo nella disapplicazione, nell’intento chiarissimo di assicurare definitivamente il rispetto di quel sovraordinato principio di uguaglianza al centro dello scenario giurisdizionale europeo.

L’interpretazione conforme va condotta su binari estremi conseguenze e, cioè, fino a determinare la disapplicazione ogni qualvolta l’esito adeguatore non sia scontato.

5. Il caso Dansk Industri.

5.1. Nella Grande Sezione del 19 aprile scorso, *Dansk Industri*, spostando sempre più l’asse della sua analisi dal piano della *teoria delle fonti* a quello della *teoria dell’interpretazione*, la Corte ha completato il processo di consolidamento dei poteri del giudice nazionale nell’applicazione del principio di uguaglianza, sovraordinato ed immediatamente applicabile, anche nei rapporti fra privati, potenziando in un *crescendo* l’affermazione

⁶⁵Ancora una volta, nelle pronunzie della Corte, il principio generale dell’ordinamento comunitario di non discriminazione è intimamente correlato all’attività interpretativa giurisdizionale, tenuta a conformare l’ordinamento interno al risultato voluto da quello sovranazionale ed in caso di risultato infruttuoso, a spingersi fino alla disapplicazione della norma interna contrastante.

di quella che potrebbe essere definita una *giustizia costituzionale europea*.

Nella recentissima decisione, la vicenda riguarda il sig. Rasmussen, licenziato il 25 maggio 2009 dalla Ajos, suo datore di lavoro, all'età di 60 anni. Alcuni giorni dopo il licenziamento, egli aveva presentato a tale impresa le sue dimissioni convenendo con la stessa che avrebbe lasciato il lavoro alla fine del mese di giugno 2009 nella previsione della prossima assunzione – poi avvenuta – da parte di altra impresa.

Ricordando che si tratta, nel caso di specie, di una controversia tra privati, nel cui contesto non sarebbe possibile riconoscere un effetto diretto alle disposizioni della direttiva 2000/78, e che un'interpretazione dell'articolo 2a, paragrafo 3, della legge relativa ai lavoratori subordinati che sia conforme al diritto dell'Unione sarebbe contraria alla giurisprudenza nazionale, il giudice del rinvio si domanda se il principio generale del diritto dell'Unione relativo al divieto di discriminazioni in ragione dell'età possa essere evocato da un lavoratore subordinato nei confronti del suo datore di lavoro privato, onde obbligare quest'ultimo al pagamento di un'indennità di licenziamento prevista dal diritto interno, anche quando detto datore di lavoro, conformemente al diritto nazionale, sia esentato da tale pagamento. E' lo stesso giudice nazionale che richiama la giurisprudenza pregressa della Corte di Giustizia onde stabilire se, qualora la direttiva non dovesse accordare una tutela più ampia rispetto al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, tale principio possa, come risulterebbe dalle sentenze *Mangold* e *Kücükdeveci*, essere applicato direttamente nei rapporti tra privati e in che modo la sua applicazione diretta debba essere bilanciata con il principio della certezza del diritto nonché con quello della tutela del legittimo affidamento, suo corollario.

5.2. La Corte esordisce affermando che il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 esprime concretamente, trova la sua fonte, come risulta dai considerando 1 e 4 di detta direttiva, in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁶⁶. Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che tale principio, ora sancito all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione. Confermando, poi, quanto già chiarito in *Kücükdeveci*, i giudici di Lussemburgo affermano che la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non

⁶⁶ Il richiamo è alle più volte citate sentenze *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709, punto 74, e *Kücükdeveci*, C-555/07, EU:C:2010:21, punti 20 e 21.

discriminazione in ragione dell'età, ma ne rappresenta concreta espressione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Poiché la legislazione tedesca ha escluso una intera categoria di lavoratori dalla indennità di cui trattasi, ad esso si applica la normativa sulle condizioni di lavoro e, quindi, secondo la Corte, la vicenda ricade nel cono d'ombra del diritto dell'Unione e nel principio generale della non discriminazione in ragione dell'età.

La seconda questione investiva, come accennato, la possibilità per il giudice nazionale di "bilanciare" il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e di concludere che occorre far prevalere i secondi sul primo. In tali circostanze, il giudice del rinvio s'interroga altresì sulla questione se, in occasione di tale ponderazione, esso possa o debba tener conto del fatto che gli Stati membri hanno l'obbligo di risarcire il danno causato ai privati dalla trasposizione inesatta di una direttiva, quale la direttiva 2000/78. La Corte non può che richiamare la propria giurisprudenza costante secondo cui, quando sono chiamati a dirimere una controversia tra privati nella quale la normativa nazionale di cui trattasi risulti contraria al diritto dell'Unione, i giudici nazionali devono assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle disposizioni del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia⁶⁷. I giudici di Lussemburgo chiariscono definitivamente che, se è vero che con riferimento a una controversia tra privati, la giurisprudenza di Lussemburgo ha dichiarato in maniera costante che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti⁶⁸, nondimeno, l'obbligo per gli Stati membri, derivante da una direttiva, di conseguire il risultato previsto da quest'ultima, così come il loro dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, s'impongono a tutte le autorità degli Stati membri, comprese, nell'ambito delle loro competenze, quelle giurisdizionali⁶⁹. Con una riproduzione fedele del disposto della più volte richiamata sentenza *Pfeiffer*, allora, la Corte afferma che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più

⁶⁷ V., in particolare, sentenze *Pfeiffer e a.*, cit. cause da C-397/01 a C-403/01, punti 113 e 114, nonché *Küçükdeveci*, cit. C-555/07, punto 48

⁶⁸ V., in particolare, sentenze *Marshall*, cit., 152/84, punto 48; *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, punto 20, nonché *Pfeiffer e a.*, cit., punto 108

⁶⁹ V., in tal senso, in particolare, sentenze *Von Colson e Kamann*, cit. 14/83, punto 26, nonché *Küçükdeveci*, cit. C-555/07, punto 47

possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima e conformarsi pertanto all'articolo 288, terzo comma, TFUE. Certamente, la Corte ha precisato che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale conosce limiti. In tal senso, l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al diritto dell'Unione nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁷⁰. Tuttavia, l'esigenza di un'interpretazione conforme include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva⁷¹. Conseguentemente, il giudice del rinvio non può, nel procedimento principale, validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare la disposizione nazionale di cui trattasi conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto di aver costantemente interpretato detta disposizione in un senso che è incompatibile con tale diritto.

La Corte richiama, a questo punto, il punto 47 della sentenza *Association de médiation sociale*⁷² affermando che da essa risulta che il principio della non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un diritto soggettivo evocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali ad esso non conformi.

Pertanto, secondo la Corte, anche nel caso di specie, qualora ritenga di trovarsi nell'impossibilità di assicurare un'interpretazione conforme della disposizione nazionale di cui trattasi, il giudice del rinvio dovrà disapplicare tale norma. Inoltre, osserva la Corte, il principio del legittimo affidamento non può giustificare l'applicazione di una norma nazionale contraria al principio di non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, in quanto ciò si tradurrebbe in una limitazione degli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale. Al di fuori di circostanze del tutto eccezionali, infatti, il diritto dell'Unione interpretato

⁷⁰ V. sentenze *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 100; *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punto 25, nonché *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punto 39

⁷¹ V., in tal senso, sentenza *Centrosteeel*, C-456/98, EU:C:2000:402, punto 17

⁷² Corte Giust. 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale*, cit.; per una interessante ricostruzione del rapporto fra diritti e principi nella Carta secondo l'elaborazione della Corte a partire da questa sentenza, D. Guðmundsdóttir, *A renewed emphasis on the Charter's distinction between rights and principles: Is a doctrine of judicial restraint more appropriate?* in *Common Market Law Review*, 2015, 3, 685.

dalla Corte ai sensi dell'art. 267 deve essere applicato dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione, purché sussistano, peraltro, i presupposti per sottoporre ai giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detto diritto⁷³.

5.3. Il principio di uguaglianza, nell'interpretazione offerta da *Dansk Industri*, quindi, non è bilanciabile.

Il giudice rimettente aveva poi ritenuto di potersi esimere dal prendere una posizione netta a favore della applicabilità del diritto dell'Unione in luogo di quello nazionale, invocando la residua possibilità per l'interessato di far valere il proprio diritto al risarcimento del danno qualora non sia possibile addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva⁷⁴. La Corte, a chiare note, afferma che la possibilità per il lavoratore di chiedere un risarcimento ove il proprio diritto sia leso dal mancato adeguamento del legislatore nazionale alla normativa dell'Unione non può «rimettere in discussione» l'obbligo, per il giudice del rinvio, di privilegiare l'interpretazione del diritto nazionale che sia conforme (in questo caso) alla direttiva 2000/78 ovvero, qualora una siffatta interpretazione si rivelasse impossibile, di disapplicare la disposizione nazionale contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età come espresso concretamente da detta direttiva, né portare tale giudice, nell'ambito della controversia di cui è investito, a far prevalere la tutela dell'affidamento del privato, nel caso di specie il datore di lavoro, che si sia conformato al diritto nazionale. Né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possono incidere sull'obbligo per il giudice nazionale di assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva fino all'*extrema ratio* di disapplicare la norma interna ad essa contraria.

⁷³ V., in particolare, sentenza *Gmina Wrocław*, C-276/14, EU:C:2015:635, punti 44 e 45 nonché giurisprudenza citata. La Corte precisa, altresì, sulla base della sua giurisprudenza *Barber e Defrenne*, che la tutela del legittimo affidamento non può, comunque sia, essere evocata per negare al privato che ha intrapreso l'azione che ha portato la Corte a interpretare il diritto dell'Unione in senso ostativo alla norma di diritto nazionale di cui trattasi il beneficio di tale interpretazione.

⁷⁴ Il richiamo è a sentenze *Francovich e a.*, C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428, punto 33, nonché *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, EU:C:1996:79, punto 20

Centrale, ancora una volta, l'onere che grava sul giudice nazionale di assicurare la conformità dell'ordinamento interno a quello dell'Unione, la cui primazia viene riaffermata in tutta la sua portata.

Nelle conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Juliane Kokott il 31 maggio 2016 nella causa C- 157/15, *Achbita*, l'impegno del giudice viene ulteriormente definito anche in termini di equa ponderazione degli interessi in gioco, tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti nel caso concreto. Nel valutare la legittimità della statuizione datoriale inerente il divieto di utilizzazione del velo sul luogo di lavoro, l'Avvocato generale disinnescava anche il rischio di temibili incursioni nella vischiosa tematica dei controlimiti. La laicità dello Stato, invocata dalla Francia in relazione all'obbligo dell'Unione, sancito all'art. 4, paragrafo 2, TUE, di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri, gioca un suo ruolo, ma solo nel senso di rappresentare uno dei parametri secondo i quali valutare l'ammissibilità del divieto. Nella valutazione dell'Avvocato Generale centrale è la neutralità religiosa voluta dalla società datrice, neutralità che non lede il *forum internum* né il *forum externum* se, come nel caso di specie, riguarda tutti i lavoratori e tutte le religioni. Determinante il contenuto della direttiva che all'art. 2, paragrafo 2 lett. a) implica che una persona "sulla base della religione" sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata, o sarebbe trattata un'altra. Nel caso di specie, secondo la Kokott, il divieto coinvolge tutti i segni religiosi visibili e potrebbe riguardare un girocollo con una croce come una kippa o un sikh. Non v'è, quindi, discriminazione fra religioni. Ma è al giudice che spetta la composizione del sistema, nel contemperamento fra la politica aziendale di neutralità religiosa ed ideologica e la tutela del sentimento religioso della lavoratrice. Nel controllo di proporzionalità, l'idoneità del divieto a conseguire la finalità perseguita, la necessità del divieto per tale finalità, l'assenza di pregiudizio eccessivo per i lavoratori rappresentano gli strumenti indispensabili per assicurare al giudice la verifica della finalità legittima di cui all'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

5.4. Ponendo a confronto gli approdi sul principio di non discriminazione per età della sentenza *Kücükdeveci* con quelle della sentenza *Dansk Industri*, appare chiara l'ulteriore evoluzione cui ha provveduto la Corte di Giustizia: dalla facoltà di disapplicare qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale anche nelle controversie tra privati si passa all'obbligo di disapplicazione (« il Giudice nazionale...è tenuto»), qualora l'interpretazione conforme sia impossibile, senza che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento o la possibilità per il privato di far valere le proprie istanze risarcitorie per violazione del

diritto dell'Unione, possano frustrare il risultato voluto dal diritto medesimo in tema di parità di trattamento.

La singolare evoluzione dell'interpretazione conforme descrive una sorta di cerchio⁷⁵... Si parte dalla primazia e dall'obbligo di disapplicazione come sancito in *Simmenthal* quale *extrema ratio* nell'ipotesi di incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria, si passa attraverso una enfaticizzazione dell'interpretazione conforme, quale obbligo per il giudice nazionale di fare tutto ciò che rientra nelle proprie competenze per assicurare un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva (*Von Colson, Pfeiffer*) per arrivare ad una interpretazione conforme spinta fino alle sue estreme conseguenze e, cioè ad una interpretazione che, ancora una volta, "sfuma" nell'obbligo di disapplicazione ogni qualvolta non sia possibile addivenire ad un risultato conforme a quello voluto dalla direttiva⁷⁶.

La tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 che, con l'avvento e l'acquisizione da parte della Carta dei diritti fondamentali dello stesso valore giuridico dei Trattati, fornisce un significativo addentellato al principio di uguaglianza sancito nell'art. 21 - come chiarito in modo esemplare nella sentenza *Fuß* del 14 ottobre 2010- impone un impegno sempre più intenso al giudice nazionale come organo di base dello spazio giudiziario europeo.

Già con la sentenza *Association Belge des Consommateurs Test-Achats*⁷⁷ del 1 marzo 2011 la Corte di Giustizia aveva raggiunto corollari fino a poco tempo prima non immaginabili⁷⁸: rilevato il contrasto tra gli

⁷⁵ Con riguardo alla sentenza *Dansk Industri*, di interpretazione conforme "energica" parla V. De Michele, in *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non di-discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, in www.europeanrights.eu, 3, 2016.

⁷⁶ Sul rapporto fra diritto dell'Unione e diritto costituzionale interno e sui poteri del giudice nazionale, sempre illuminanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano nelle sue conclusioni del 27 aprile 2006 nella causa *Cordero Alonso*, poi accolte integralmente dalla sentenza della Cgue del 7 settembre 2006 ai punti 38-42: È infatti costante nella sua giurisprudenza l'affermazione secondo cui il giudice nazionale «ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna (...) senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». 41. D'altronde, proprio con riguardo alla materia in oggetto, la Corte ha poi ribadito, nella sentenza *Rodríguez Caballero*, che «il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria» [incompatibile con il principio generale di eguaglianza]

⁷⁷ CGUE, Gr.Sez., sentenza 1 marzo 2011, causa C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Conseil des ministres*.

⁷⁸ L'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni presentate il 20 settembre 2010, aveva affermato che, se è vero che l'Unione europea è un'Unione di diritto, tuttavia «né le sue

artt. 21 e 23 della Carta di Nizza e la norma del diritto dell'Unione europea che senza ragioni oggettive deroga al divieto di discriminazione per ragioni di sesso quale principio fondante del diritto comunitario, la Corte di giustizia, seguendo le indicazioni dell'Avvocato generale Kokott, ed esplicando il proprio ruolo di vero giudice costituzionale europeo, nella Grande Sezione del 1 marzo 2011, ha dichiarato illegittima ed annullato la disposizione dell'Unione (l'art. 5 della direttiva 2004/13) a decorrere dal 21 dicembre 2012.

Sembrava che la nomofilachia europea non potesse raggiungere un livello più elevato. Ma con il principio di uguaglianza la Corte è andata ancora oltre, segnando un percorso definitivo di supremazia dei divieti di discriminazione che sembrano porsi al di sopra ed oltre il sistema di individuazione delle tutele.

6. Lavoro intermittente e contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il *Jobs Act* : la "compatibilità europea".

6.1. Partendo dal presupposto che il principio di uguaglianza è andato traducendosi in un principio nodale, lo strumento portante per il controllo della giurisdizione da parte della Corte di Giustizia mediante il ricorso all'art. 10 (ex art. 5) TUE (oggi 228 TFUE), possiamo dire che esso rappresenta, ormai, un concetto *mainstreaming* del diritto europeo. Come è stato da più parti osservato⁷⁹, il meccanismo di sospensione della *membership* previsto dall'art. 7 TUE si atteggia piuttosto come una

istituzioni né i suoi Stati membri sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla «carta costituzionale fondamentale» dell'Unione, quale risultante dai Trattati.» (punto 26). Pertanto, «il presupposto per la legittimità di tutti gli atti dell'Unione è il rispetto dei diritti fondamentali e dei diritti umani. Infatti, l'Unione si fonda sui principi di libertà, di rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali nonché dello Stato di diritto (art. 6, n. 1, UE). Essa rispetta i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto (art. 6, n. 2, UE). Un riepilogo dei diritti fondamentali garantiti a livello dell'Unione è contenuto attualmente nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, n. 1, TUE). Anche per il periodo precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quando la Carta non possedeva ancora alcuna efficacia giuridica vincolante analoga a quella del diritto primario, è possibile utilizzare tale atto quale strumento interpretativo ai fini della tutela dei diritti fondamentali a livello dell'Unione; ciò vale non da ultimo nell'ipotesi in cui venga in questione un atto giuridico nel quale lo stesso legislatore dell'Unione abbia fatto riferimento alla Carta, così come è avvenuto nel caso di specie al quarto 'considerando' della direttiva 2004/113» (punti 27 e 28).

⁷⁹ Per tutti, U. Belavusau, *On age discrimination and beating dead dogs: Commission v. Hungary*, in *Common Market Law Review*, 2013, Issue 4, 1145; W. Sadursky, *Adding bite to a bark; the story of Article 7, EU enlargement, and Jorg Halder*, Cjel, 2010, 385.

extrema ratio; d'altro canto, in ordine alle gravi violazioni dei diritti fondamentali, l'art. 7 TUE richiede l'unanimità di voto.

Nondimeno, dal punto di vista interno, non ci si può esimere dallo scandagliare, pur con brevissimi cenni, almeno due esempi della legislazione nazionale, osservandoli sotto la lente di ingrandimento del principio di uguaglianza come elaborato dalla Corte di Giustizia, per verificarne la "compatibilità comunitaria".

Lo facciamo esaminando, pur sommariamente, il lavoro intermittente e il contratto di lavoro a tutele crescenti secondo il *Jobs Act*.

6.2. Muoviamo dalla vicenda *Abercrombie & Fitch* che, dopo una pronuncia della Corte d'Appello di Milano⁸⁰, è stata oggetto di un recente rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte di Cassazione⁸¹.

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, il lavoratore 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 avanzate⁸² sul presupposto che la

⁸⁰ In *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, 534, con nota di commento di L. Calafà. Si vedano, altresì, L. Guaglianone, *Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età*, in *RGL*, 2014, 4, 613; G. Bonanomi, *I requisiti soggettivi nel contratto di lavoro intermittente. Disparità di trattamento o discriminazione per età?* in *Dir. rel. Ind.*, 2015, 2, XXV, 467.

⁸¹ Sez. Lav. Ord. 29 febbraio 2016, n. 3982.

⁸² Le controversie aventi ad oggetto la repressione di comportamenti discriminatori - con esclusione di quelli per genere, per i quali vige l'apposita azione modellata sul procedimento per la repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 38, D. lgs., 11 aprile 2006, n. 198 - sono assoggettate, ai sensi dell'art. 28, D. lgs. N. 150/2011, ad un apposito procedimento nelle forme del rito sommario di cognizione di cui all'art. 702 - *bis* del codice

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 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. La Corte precisa, al riguardo, che la riforma Fornero non ha comportato un diverso assetto processuale, sostituendo ed assorbendo, con riguardo al tema della discriminazione nei casi di licenziamento, il rito sommario regolato dal D.Lgs. 150/11 che continua a mantenere efficacia nei casi ivi contemplati.

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 milanese 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 di assicurare la tutela che il diritto comunitario attribuisce ai singoli. Essa sottolinea, altresì, come i giudici di Lussemburgo abbiano 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, ma 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 perseguito⁸³.

Il pregnante riconoscimento dei divieti di discriminazione come espressione di un principio generale di uguaglianza, quale sancito

di rito; sul punto, G. Ficarella, *La tutela giurisdizionale contro le discriminazioni dopo il decreto legislativo "taglia riti"*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2013, 1, 231).

⁸³ Il richiamo è a C. Giust. 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, Racc., I, 2891.

soprattutto dalla seconda decisione con il suo richiamo all'art. 6 TUE e alla Carta di Nizza 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 ancora la Corte di Milano 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 d'appello, 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 riammettere l'appellante nel posto di lavoro risarcendogli

altresì il danno, quantificato sulla base della retribuzione media percepita dalla data della risoluzione del rapporto a quella della sentenza.

6.3. Il lavoro intermittente⁸⁴ caratterizzato da una lunga e contraddittoria serie di interventi legislativi giunge per la prima volta ad una decisione giurisdizionale di particolare incisività sul punto della non discriminazione, essendo state molto rare le pronunzie che lo hanno riguardato, nessuna in sede di legittimità, fino al recente rinvio pregiudiziale su cui mi soffermerò fra poco.

Tale contratto, come noto, si caratterizza per l'associazione fra subordinazione e discontinuità della prestazione lavorativa, da rendersi solo qualora sia richiesta dal datore di lavoro secondo quanto previsto dagli artt. 33 - 40 D.Lgs. 276/2003.

Le poche pronunzie di merito oscillano fra riconoscimento del diritto alla conversione del rapporto di lavoro⁸⁵ in contratto a tempo indeterminato e riconoscimento del solo diritto al risarcimento del danno⁸⁶; il contratto è legittimo secondo la normativa vigente, ma l'assenza di una ragione di carattere discontinuo alla base dello stesso assume rilievo atteso che soltanto il contratto che sia ancorato a prestazioni di carattere discontinuo riceve una adeguata giustificazione, come si evince dalla sentenza in esame.

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*⁸⁷, considerata la liberalizzazione nell'apposizione del termine che lo caratterizza, affinché 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 strutturali del contratto, in

⁸⁴ Su cui, fra gli altri, E. Raimondi, *Il lavoro intermittente nelle recenti riforme del mercato del lavoro*, in *RGL*, 2014, 8, 601; A. Lassandri, *Il lavoro intermittente*, in *Rapporto di lavoro e ammortizzatori sociali*, a cura di A. Allamprese - I. Corraini - L. Fassina, Ediesse, 2012, 86; A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in *M. Brollo*, (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, 1252; C. Alessi, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, *CSDLE, It*, n. 123/2011; V. Leccese, *Le innovazioni in materia di lavoro a tempo parziale e di lavoro intermittente*, *LD*, 2008, 3, 475.

⁸⁵ Così, Trib. Milano, 9 dicembre 2010, in *RCDL*, 2010, 1, 111 con nota di Vescovini.

⁸⁶ Trib. Monza, 15 ottobre 2012, in *RCDL*, 2012, 4, 951, con nota di Vescovini.

⁸⁷ Corte Giust. 26 novembre 2014, cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13.

quanto volto a fronteggiare esclusivamente necessità di carattere temporaneo.

Nel caso che qui ci interessa, ancora una volta l'interpretazione conforme conduce all'accantonamento della norma interna configgente e si sostanzia, nonostante la Corte non vi faccia alcun riferimento, nella disapplicazione della norma stessa. Come è stato osservato⁸⁸ 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 predetta decisione: 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 configgente 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 – si direbbe, 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 Corte di Giustizia in *Fuchs e Age Concerne England*⁸⁹ aveva chiarito ulteriormente il principio espresso in *Mangold* secondo cui, se è vero che gli Stati membri dispongono di un ampio margine discrezionale nella definizione delle misure atte a realizzare una finalità di politica sociale e di occupazione, tuttavia, essi non possono svuotare della sua sostanza il divieto di discriminazioni basate sull'età enunciato nella direttiva 2000/78. I giudici di Lussemburgo escludono che semplici affermazioni generiche che riconducono un determinato provvedimento alla politica del lavoro siano sufficienti per dimostrare che l'obiettivo perseguito dal provvedimento stesso giustifichi una deroga al principio del divieto di discriminazioni fondate sull'età; inoltre, secondo la Corte di

⁸⁸ L. Calafà, *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *LD*, 2014, 2-3, 457.

⁸⁹ Corte Giust. 21 luglio 2011, cause riunite C- 159/10 e C- 160/10 e Corte Giust. 5 marzo 2009, C- 388/07.

Giustizia, una normativa è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo, in modo coerente e sistematico⁹⁰.

6.4. 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, l'appellante 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 giurisprudenza⁹¹ 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. Essa osserva, quindi, che l'art. 34 potrebbe porsi in conflitto con il principio di non discriminazione per età che deve essere considerato un principio generale dell'Unione⁹² cui la direttiva 2000/78 dà espressione concreta e che è sancito anche dall'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali 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

⁹⁰ Corte Giust., 10 marzo 2009, C- 169/07, *Hartlauer*.

⁹¹ S.U. 10 febbraio 2009, n. 3758

⁹² Il richiamo è a Corte Giust. C-555/07 *Kucukdeveci*, nonché a Corte Giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, Corte Giust. 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*.

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.

On 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 palla passa ancora una volta alla Corte di Giustizia cui è rimesso il compito di chiarire se effettivamente nel caso in esame si sia verificato un intollerabile *vulnus* al principio generale di uguaglianza che imponga la rimozione della norma interna con esso contrastante.

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.

6.5. E' sotto questo angolo prospettico che merita uno sguardo la disciplina relativa al contratto c.d. a tutele crescenti come delineato dal Jobs Act.

Come noto, il principio della sostanziale monetizzazione⁹³ del posto di lavoro ha lasciato residuare numerose perplessità in molti interpreti ed operatori del diritto, soprattutto in quanto da sempre estrema è stata considerata la sanzione dell'effetto estintivo del rapporto di lavoro.

Prescindendo, in questa sede, da analisi di merito *tout court* della nuova normativa, ciò che si cercherà di fare, pur sommariamente, è una rapida indagine sulla nuova disciplina sotto la lente di ingrandimento del diritto dell'Unione.

Il diritto europeo si è occupato in diversi ambiti del recesso datoriale, con particolare riferimento alle discriminazioni, alla tutela della maternità, al giusto processo e, per altro verso, nell'ambito dei trasferimenti di azienda, dei licenziamenti collettivi e dell'insolvenza delle imprese.

⁹³ Si veda, per tutti, sul contratto a tutele crescenti, B. Caruso *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, 265.

Con esclusione della disciplina discriminatoria (a parte la tutela della maternità e il trasferimento di azienda), la normativa europea non si occupa *ex professo* delle sanzioni per i licenziamenti illegittimi, né dei licenziamenti individuali, né di quelli collettivi; da qui la conclusione, diffusamente condivisa, secondo la quale l'Unione - al di fuori dai casi sopra detti - non impone il ricorso ad una tutela reintegratoria, né determina la misura riparatoria spettante al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

Tale corollario, in base all'interpretazione originariamente offerta della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, non è apparso smentito nemmeno considerando la Carta stessa, ed in particolare la portata dell'art. 30 (che prevede che "Ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario ed alla legislazione e prassi nazionale"), norma, quest'ultima, sulla quale principalmente si è soffermata l'attenzione degli studiosi.

Ma prima di esaminare il contenuto dell'art. 30, dobbiamo rilevare che, secondo l'originaria lettura, le norme del capo della Carta che contiene l'art. 30, recherebbero meri principi poco giustiziabili e non diritti invocabili direttamente; si sottolinea, poi, che l'art. 30 stesso è generico nella sua formulazione, limitandosi a dettare il principio per cui ogni licenziamento va giustificato, senza in apparenza fornire alcuna indicazione circa le ragioni legittimamente adducibili e tanto meno circa le sanzioni da applicare quando queste manchino. Si è concluso, quindi, che il diritto ad esser tutelato dal rischio di una arbitraria privazione del rapporto di lavoro non configura un diritto alla stabilità, precisandosi, pertanto, che la norma lascia al legislatore nazionale sia la quantificazione dell'indennizzo, sia l'eventuale previsione di misure alternative adeguate, né impone la tutela reintegratoria.

Ma il fulcro dell'indagine, a mio parere, non investe tanto o, almeno, non solo, portata ed estensione dell'art. 30, bensì, portata ed estensione della Carta nel suo insieme .

Si potrebbe ritenere che, sebbene l'art. 6 abbia reso la Carta diritto primario dell'Unione, attribuendo alla stessa il medesimo valore dei Trattati, la sua rilevanza resti condizionata dall'art. 51, co. 1, della stessa Carta, che postula un'efficacia solo verticale di essa, limitata comunque all' "attuazione del diritto dell' Unione". Conseguentemente, ogni qualvolta non vi sia un collegamento diretto con la disciplina interna e, cioè, quest'ultima non sia espressione della concreta attuazione del diritto europeo, si esulerebbe dal raggio di azione e, quindi dall'operatività diretta ed immediata della Carta.

Secondo tale originaria ed ancora diffusa impostazione, anche qualora i diritti fondamentali contemplati dalla Carta non si configurino

come meri principi, in quanto tali non direttamente azionabili, essi comunque non appaiono "freestanding", ossia non creano automaticamente il proprio campo di applicazione, e di conseguenza non possono fungere, *tout court*, da parametro di compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell'Unione, rilevando solo qualora la misura nazionale oggetto della controversia presenti un collegamento diretto, di carattere attuativo, con una disposizione di diritto UE che sia rilevante nella fattispecie, ma diversa dal diritto fondamentale che si pretenda leso.

E' evidente, da una rapida disamina dell'interpretazione per lungo tempo corrente ed accreditata in giurisprudenza e dottrina, che l'operatività della Carta, in ambiti quale quello considerato, di non immediata incidenza del diritto dell'Unione, per non essere quello interno direttamente attuativo di esso, risulta significativamente ridotta.

Nel tempo, tuttavia, grazie soprattutto all'interpretazione "estensiva" offerta dalla Corte di giustizia (mi riferisco in particolare alla giurisprudenza inaugurata con la *Ackeberg Fransson* in tema di *ne bis in idem*), a fonte di tale restrittivo orientamento, che ipotizza l'"applicazione" solo in caso di attuazione diretta e necessitata del diritto europeo, è andata affermandosi una più elastica impostazione che ha recepito invece un concetto più generico ed ampio di "attuazione" e ha ritenuto sufficiente che la fattispecie esaminata cada per qualche suo aspetto nel "cono d'ombra", come si suol dire, del diritto dell'Unione, e, cioè, presenti un collegamento tangibile con quel sistema, anche se indiretto. Anche in tale ipotesi, quindi, il diritto interno può essere considerato "applicativo" di quello sovranazionale e può essere esaminato alla luce dei diritti della Carta, sebbene esso non appaia immediatamente attuativo di esso. Nella *Ackeberg* la Corte infatti ha affermato che quando il giudice sia chiamato a verificare la conformità del diritto nazionale in un ambito non del tutto determinato dal diritto dell'Unione, egli può applicare standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, purché non venga compromesso il livello di tutela garantito dalla Carta come interpretata dalla Corte ovvero il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

Nonostante poi la Corte, nella sentenza 6 marzo 2014, *Siragusa*, abbia in qualche modo ridimensionato il principio, richiedendo che il collegamento con il diritto dell'Unione abbia una certa "consistenza" che vada al di là dell'affinità di materie e della influenza che indirettamente l'una può esercitare sull'altra, la portata espansiva e promozionale dei principi della Carta emerge in modo specifico nella giurisprudenza di Lussemburgo, che applicando la Carta, ha avuto un ruolo determinante nell'attrarre alla propria giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell'Unione.

E' in questi termini ed in questa ottica che la Corte di giustizia ha iniziato ad interessarsi anche di alcune peculiari vicende connesse ai rapporti di lavoro. Ed è in questa ottica e sotto questa lente che vanno riguardate le riforme che si stanno attuando nell'ordinamento nazionale, apparendo incongruo anche sotto il profilo empirico ritenere non vagliabili sotto l'ottica UE disposizioni che dichiaratamente perseguono la finalità di eseguire prescrizioni macroeconomiche provenienti dall'Unione.

Nel tempo, quindi, la portata del diritto dell'Unione e la sua operatività anche in settori di non diretta applicazione del diritto europeo ha visto una espansione straordinaria, nonostante i limiti oggettivi derivanti dalla stessa struttura dell'art. 30 della Carta.

D'altro canto, si perviene a conclusioni diverse qualora si consideri l'operatività del principio di eguaglianza previsto dall'art. 20 della Carta, il quale ha una propria assoluta autonomia nella Carta medesima e, come si accennava, una portata particolarmente incisiva, anche rispetto al principio di non discriminazione (che risulta un'applicazione del primo).

6.6. Il principio di eguaglianza ha ormai, secondo la Corte, portata dirompente nel diritto interno, in quanto dotato di efficacia diretta orizzontale e contenuto precettivo preciso, ciò che ne determina l'immediata applicabilità e ne fa un "grimaldello" atto a scardinare assetti lesivi preesistenti.

Dobbiamo concludere allora che senza alcun dubbio la materia dei licenziamenti rientrerà nell'ambito di applicazione del diritto comunitario ove rechi arbitrarie differenziazioni tra i lavoratori.

L'art. 153 TFUE (ex articolo 137 del TCE) prevede che "l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri nel settore della protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro": la competenza comunitaria appare indiscutibile. Conseguentemente, sia i licenziamenti comunitari che quelli individuali, riguardati *sub specie* di uguaglianza e non discriminazione, rientrano nel c.d. cono d'ombra del diritto comunitario e ad entrambi saranno applicabili gli artt. 20 e 21 della Carta ed il principio sovraordinato di uguaglianza di cui quelli sono espressione. Ogni qualvolta si opererà nell'ambito della risoluzione del rapporto di lavoro, anche se non ci si muoverà nella diretta attuazione di esso, scaturirà la sottoposizione al controllo di legittimità che passa attraverso il diritto europeo e, segnatamente, attraverso la Carta dei Diritti Fondamentali.

La regola della competenza cede alla regola dell'eguaglianza, che deve riguardare tutte le "condizioni di impiego".

Sembra, allora, sicuramente doversi ammettere la possibilità di un'applicazione del principio di uguaglianza, destinata ad operare al di là

dei divieti discriminatori, ma limitatamente a violazioni che ridondino in ingiustificate differenze di trattamento di situazioni identiche delle persone coinvolte: ad esempio, due dipendenti (illegittimamente) licenziati per il medesimo fatto in concorso, sottoposti a regimi diversi relativi alla sanzione avverso il licenziamento illegittimo.

Ma si pensi, altresì, all'ipotesi involgente diversi dipendenti, assunti prima e dopo il Jobs act, licenziati per motivo economico comune, necessariamente sottoposti, attesa l'applicabilità del decreto n. 23 solo a decorrere dal 7 marzo 2015, a tutele diverse.

In tali casi si potrebbe ipotizzare la disapplicazione della legge nazionale nel caso singolo, sulla scorta del principio di uguaglianza dotato, per effetto della giurisprudenza della Corte, di efficacia diretta ed orizzontale secondo la giurisprudenza *Association Belge de Consummateurs e Dansk Industri*.

Potrebbe essere utile e opportuno, tuttavia, anche per far in modo che la Corte di giustizia si misuri con un divieto di discriminazione diverso dall'età, operare mediante il ricorso al rinvio pregiudiziale, al fine di chiarire meglio, fornendo ulteriori indicazioni, la portata del principio dell'Unione nei rapporti interpretativi.

Fondamentale resta, ancora una volta, l'obbligo interpretativo del giudice.

7. Il licenziamento discriminatorio nel *revirement* della giurisprudenza di legittimità.

La delicata materia dei licenziamenti discriminatori ha, di recente, offerto l'occasione alla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione⁹⁴ per operare un significativo *revirement* rispetto alla sua consolidata giurisprudenza.

Principio cardine elaborato in sede di legittimità, nell'attrazione del licenziamento discriminatorio nell'ambito del licenziamento determinato da motivo illecito, era quello secondo cui *<<non può considerarsi ritorsivo un licenziamento palesemente (anche se erroneamente) basato sull'inosservanza di direttive aziendali, qualora manchi la prova, il cui onere incombe sul lavoratore, della sussistenza di un motivo illecito determinante>>*⁹⁵, mentre si affermava, altresì, che *<<il divieto di licenziamento discriminatorio - sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 della legge n. 300 del 1970 e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990 - è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o*

⁹⁴ Cass. Sez. Lav. 18 dicembre 2015, n. 6575.

⁹⁵ Cass. Sez. Lav. 27 febbraio 2015, n. 3986

rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta e arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura vendicativa. In tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo>>⁹⁶.

Mutando significativamente indirizzo, la recente decisione afferma che può procedersi ad una tale assimilazione al limitato ed esclusivo scopo di estendere al licenziamento ritorsivo le tutele previste per il licenziamento discriminatorio; nondimeno, discriminazione e motivo illecito operano diversamente, e <<la ricerca dell'intento illecito è ... rilevante al solo fine di estendere l'area di protezione delineata da specifiche disposizioni di legge...la nullità del divieto di discriminazione discende ... direttamente dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, senza passare attraverso la mediazione dell'articolo 1345 c.c.>>.

Nel caso considerato, la dipendente aveva impugnato il licenziamento intimatole, che assumeva discriminatorio e/o illecito, deducendo che le era stato irrogato in conseguenza della scelta della lavoratrice di sottoporsi a pratiche di inseminazione artificiale.

Il Tribunale aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento, per violazione del procedimento di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori, e condannato il datore di lavoro alla riassunzione della ricorrente e, in mancanza, al risarcimento del danno, nella misura di sei mensilità dell'ultima retribuzione. Avverso la sentenza la lavoratrice aveva proposto appello e la Corte d'appello di Roma, in parziale riforma della sentenza impugnata, aveva dichiarato la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio in relazione all'intenzione manifestata dalla lavoratrice di sottoporsi all'estero a pratiche di inseminazione artificiale; aveva, quindi, ordinato la reintegrazione della ricorrente nelle mansioni e condannato il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento alla reintegra.

Impugnata la pronuncia dal datore di lavoro innanzi alla Corte di Cassazione sulla base della dedotta esistenza di un giustificato motivo oggettivo, che avrebbe escluso la natura unica e determinante del motivo illecito, il giudice di legittimità ha respinto il ricorso qualificando il licenziamento comminato alla ricorrente come discriminatorio per ragioni di genere, in quanto irrogato in conseguenza dell'intenzione della lavoratrice di sottoporsi all'inseminazione artificiale, e ciò nonostante esso venisse giustificato dal datore di lavoro con il *vulnus* del regolare funzionamento dello studio professionale, che sarebbe stato causato dalle preannunciate assenze della lavoratrice. Secondo la Corte, invece, il

⁹⁶ Cass. Sez. Lav. 9 luglio 2009, n. 16155

recesso datoriale sarebbe stato determinato esclusivamente dal proposito della lavoratrice di sottoporsi a procedure di procreazione assistita, esclusiva delle donne. La Corte territoriale aveva richiamato la sentenza della Corte di Giustizia del 26 febbraio 2008, causa C 506/06 nella quale si affermava che, sebbene i lavoratori di entrambi i sessi possano avere un impedimento di carattere temporaneo ad effettuare il loro lavoro a causa dei trattamenti medici cui debbano sottoporsi, gli interventi diretti alla fecondazione assistita riguardano direttamente soltanto le donne; per conseguenza, << *il licenziamento di una lavoratrice a causa essenzialmente del fatto che essa si sottoponga a questa fase importante di un trattamento di fecondazione in vitro costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso*>>.

L'importante salto logico viene tuttavia compiuto dalla Corte di Cassazione nell'affermare che la condotta discriminatoria per motivi di genere è idonea, per sé sola, a determinare la nullità del licenziamento, indipendentemente dalla prova di un intento soggettivo illecito, senza che l'allegato giustificato motivo economico possa valere ad escludere la natura discriminatoria del licenziamento.

Il principio di uguaglianza, *sub specie* di divieto di discriminazione per genere, opera obiettivamente, diversamente dal motivo illecito, ovvero in ragione del mero rilievo del trattamento peggiore riservato alla lavoratrice quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta. E' in questo modo che, significativamente, la Corte si allinea alla tutela antidiscriminatoria europea: l'indagine sulla discriminazione è molto diversa da quella che concerne il motivo illecito determinante, essendo incentrata nella prova dell'effetto lesivo, anche solo potenziale, derivante da un trattamento discriminatorio.

Il carattere obiettivo dei divieti di discriminazione, individuato in modo netto e chiaro anche in sede di legittimità, pone il diritto interno sullo stesso asse di quello europeo, in uno con l'affermazione della natura di principio fondamentale del principio di uguaglianza.

Di grande impatto le conseguenze derivanti dalla decisione della Corte.

Gli effetti operano essenzialmente sull'onere della prova: se a fronte del trattamento differenziato dedotto dal dipendente spetta al datore di lavoro dimostrare la liceità del comportamento, mediante allegazione di fatti specifici, la consolidata equiparazione tra motivo illecito e discriminazione cagionava una inversione dell'onere probatorio con conseguente eccessiva difficoltà della prova, circostanza, questa, che ha di certo grandemente influito sulla ridotta applicazione nel nostro ordinamento del diritto antidiscriminatorio.

Allineandosi al diritto sovranazionale, invece, la sentenza della Corte

di Cassazione offre una effettiva, efficace e dissuasiva tutela al divieto di discriminazione, consentendo al principio di uguaglianza di percorrere, anche nell'ambito della tutela lavoristica nazionale, nuove strade.

8. Il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.

8.1. La sentenza della Corte d'Appello del 15 aprile 2014 su Abercrombie & Fitch ha affrontato e risolto, plasmandolo sulla media delle retribuzioni godute dal dipendente nel periodo lavorativo considerato, la questione afferente il risarcimento del danno da violazione del divieto di discriminazione.

Circa la problematicità della connotazione dissuasiva, e in qualche modo punitiva, del risarcimento del danno da violazione della compatibilità comunitaria, come noto, un importante insegnamento proviene dalla recentissima sentenza del 29 febbraio scorso delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la n. 5072 che porta definitiva chiarezza in un ambito, quello dell'abusiva proliferazione di contratti a termine, particolarmente delicato.

La Corte di Giustizia già in *Marshall*⁹⁷ aveva affermato che la predeterminazione di un limite massimo per il risarcimento contrasta con il diritto dell'Unione, mentre in *Von Colson*⁹⁸ aveva negato la sussistenza di un vincolo comunitario a sanzionare la mancata assunzione per ragioni discriminatorie con l'obbligo di concludere il contratto ma, al contempo, aveva dichiarato il contrasto con il diritto dell'Unione di norme nazionali che limitino il risarcimento a una misura meramente simbolica, chiarendo, altresì in seguito che "*l'osservanza del principio di uguaglianza può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata*"⁹⁹. E' evidente che la collocazione del principio di uguaglianza fra i principi fondamentali dell'Unione ed il suo intimo rapporto con la dignità umana inducono a verificare se ed in qual modo prima di procedere alla ricerca del risarcimento economico del danno subito, possa ottenersi l'integrale *restituito in integrum* del diritto leso.

Certo è che, al di là del dato compensativo che solitamente accompagna le indennità risarcitorie secondo l'esperienza domestica, sicuramente le direttive 2000/43 e 2000/78 annettono ad esse una funzione dissuasivo-punitiva, come si evince dall'inserimento del

⁹⁷ Corte Giust. 2.8.93, C-271/91, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority* cit.

⁹⁸ Corte Giust. 10.4.84, C-14/87, *Von Colson c. Land Nordrhein-Westfalen*, cit.

⁹⁹ Corte Giust. 12.12.2002, C-442/00, *Caballero c. Fondo di garantía salarial*, 2002 I-11915.

risarcimento del danno fra le sanzioni¹⁰⁰. Al contempo, l'art. 18 della direttiva 2006/54, in materia di genere, postula l'introduzione di misure atte a garantire un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, tali, cioè, da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito, e vieta la definizione mediante massimali, salva l'ipotesi in cui il datore di lavoro dimostri che l'unico danno derivante al lavoratore dalla condotta discriminatoria sia stato rappresentato dal rifiuto di prendere in considerazione la sua domanda.

Si è discusso sul se la previsione di una tutela risarcitoria con funzione dissuasiva rappresenti per gli Stati una mera facoltà o, piuttosto, un vero e proprio obbligo, perché altrimenti le direttive in materia dovrebbero considerarsi non correttamente trasposte, in quanto la violazione riguarderebbe il loro stesso obiettivo¹⁰¹. Di certo va ricordato che la Corte di Giustizia¹⁰², in tema di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, ha anche di recente confermato che precisato che "una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della direttiva".

Ciò su cui val la pena soffermarsi anche se brevemente è sul se e con quale grado di adesione le disposizioni interne di diritto antidiscriminatorio abbiano recepito le indicazioni dell'Unione sulle caratteristiche del danno e quale sia stato l'atteggiamento della giurisprudenza.

La Corte di Giustizia¹⁰³, interpellata sull'art. 18 della Direttiva 2006/54/Ce estende la propria interpretazione all'art. 25 ed afferma che lo stesso " *permette ma non impone agli stati membri di adottare provvedimenti che prevedano il versamento di danni punitivi alla vittima di una discriminazione fondata sul sesso*" (punto 40).

Guardando la vicenda dal punto di vista interno, va rilevato che la risarcibilità del danno non patrimoniale derivante da una condotta discriminatoria trova espresso fondamento normativo; in ogni caso, poiché la discriminazione attiene alla lesione di un bene immateriale riconducibile a diritti fondamentali della persona, in particolare alla

¹⁰⁰ A.Guariso, *Ancora sulle conseguenze del comportamento discriminatorio:nodi irrisolti dopo il d.lgs. 5/10*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 976. Più in generale, P.G. Monateri, D. Gianti, L. Siquilini Cinelli, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità civile*, (diretto da P.G. Monateri), Giappichelli, 2013.

¹⁰¹¹⁰¹ Nella prima direzione, A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007, 603; in senso opposto, invece, L. Amoriello, *Alla ricerca della dissuasività. Il difficile percorso di affermazione dei principi dell'Unione in tema di danno non patrimoniale da discriminazione*, in A. Allamprese (a cura di), *Il danno nel diritto del lavoro. Funzione risarcitoria e dissuasiva*, Ediesse, 2015, 163.

¹⁰² Fra le altre, Corte Giust. 2 aprile 2013, causa C- 81/12, *Asociatia Accept*.

¹⁰³ Corte di Giust. 17 dicembre 2015, C-407/14 *Camacho c. Securitas Seguridad Espana SA*

dignità che intitola il Capo I della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, il danno in questione deve ritenersi riconducibile alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., secondo l'interpretazione offertane dalle Sezioni Unite civili¹⁰⁴.

Per la risarcibilità *ex lege* si può richiamare, in primo luogo, il d. lgs. 145/2007, attuativo della direttiva 2002/73 in materia di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionale e le condizioni di lavoro, che ha inserito la risarcibilità del danno non patrimoniale ai commi 9 e 10 dell'art. 4 legge 125/1991 nonché il successivo Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, il d.lgs. 198/2006; la legge 67/2006 nella parte relativa alle azioni civili contro le discriminazioni per ragioni di disabilità. I riferimenti sono molteplici, dal più risalente, il d.lgs. 286/98 nella parte relativa all'azione civile contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi, fino al d.lgs. 150/2011, che, nell'ambito della semplificazione dei riti civili, ha assoggettato al rito sommario di cognizione le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 4 d. lgs. 215/2003 e all'art. 4 d.l.s. 216/2003, quelle di cui all'art. 3 l. 67/2006 e quelle di cui all'art. 55 *quinquies* d.lgs. 198/2006 e che, all'art. 28, ha ribadito la facoltà, per il giudice, di condannare il convenuto, con l'ordinanza che definisce il giudizio, al risarcimento del danno anche non patrimoniale.

8.2. E' stato rinvenuto¹⁰⁵ il possibile fondamento di una connotazione anche dissuasiva del rimedio risarcitorio nella formulazione degli artt. 4, comma 5, d.lgs. 215/2003 e 4, comma 6, d. lgs. 216/2003, oggi abrogati¹⁰⁶, ma il cui contenuto è stato ripreso dall'art. 28, comma 6, d.lgs. 150/2011, secondo cui il giudice deve tener conto, nella liquidazione del danno, del fatto che l'illecito possa aver costituito una ritorsione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio di parità di trattamento. Si osserva sul punto¹⁰⁷ che, poiché è difficilmente sostenibile che il danno provocato da una discriminazione per ritorsione sia di per sé maggiore di quello cagionato da una condotta identica, ma perpetrata per ragioni non ritorsive, il maggior apprezzamento richiesto al giudice trae origine dal

¹⁰⁴ S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Nuova giurisprud. civ.*, 2009, I, 102, con nota di E. Navarretta, G. Ponzanelli).

¹⁰⁵ L. Amoriello, *op. cit.*, 167.

¹⁰⁶ Rispettivamente, art. 34, comma 33, lett. b ed art. 34, comma 34, lett. b, d.lgs. 150/2011.

¹⁰⁷¹⁰⁷ A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., 603 ed altresì, L. Curcio, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 542.

riconoscimento di una funzione del danno eminentemente sanzionatoria e non semplicemente compensativa.

In realtà, una prospettiva dissuasiva può ritenersi riconducibile alla stessa previsione di una azione giudiziaria a carattere collettivo¹⁰⁸, che, nell'ambito delle discriminazioni di genere, affidata alla consigliera di parità, riveste addirittura carattere "pubblico", trattandosi di scelta legislativa interna e non di opzione necessitata dalle direttive, scelta che, come noto, riveste rilievo essenzialmente per le discriminazioni indirette; esiste unanimità di vedute circa la possibilità per l'organismo che esercita l'azione collettiva di chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale¹⁰⁹. In giurisprudenza, il riconoscimento del pregiudizio agli scopi istituzionali dell'ente e all'azione di contrasto alle discriminazioni dallo stesso propugnata, con il connesso carattere non patrimoniale e dissuasivo del risarcimento del danno, ha ricevuto un significativo avallo anche in sede di costituzione di parte civile della consigliera di parità.¹¹⁰

La quantificazione del danno non può che essere equitativa¹¹¹ e la dottrina¹¹² ritiene debba aversi riguardo non solo alle conseguenze prodotte nella sfera giuridica della vittima, ma anche ad aspetti inerenti l'agente, come l'eventuale rilevanza penale, il grado di antigiusdizionalità, addirittura l'eventuale arricchimento in termini di contenimento dei costi.

Le pronunzie giurisprudenziali susseguitesi nel tempo muovono da una originaria tendenza ad una parametrizzazione sull'occasione perduta dalla vittima annettendo ridotto rilievo all'atteggiamento dell'agente ma talora ancorando la quantificazione al danno alla salute. Così, Trib. Varese del 27 aprile 2012, n. 31, con riguardo ad una aggressione perpetrata per ragioni razziali, ha non solo liquidato il danno biologico, ma altresì condannato gli autori al risarcimento del danno non patrimoniale da

¹⁰⁸ Su cui, F. Amato, *azione individuale e azione collettiva*, in M. Barbera (a cura di) *La riforma delle istituzioni e degli strumenti di politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 760; per un caso inerente le azioni collettive non di genere, S. Borelli, *Il diritto antidiscriminatorio nella vicenda FIAT/Fabbrica Italia di Pomigliano (FIP) FIOM*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2012, 369, sulla nota ordinanza di Trib. Roma, III Sez. Lav., 21 giugno 2012.

¹⁰⁹ Sulla finalità anche dissuasiva del danno ex art. 37, comma 3, d. lgs. N. 198/2006, O. La Tegola, *Parità e non discriminazione per ragioni di genere*, in F. Carinci - A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Utet, 2010, 460.

¹¹⁰ Mi riferisco a Cass. Pen. Sez. VI, 16 aprile 2009, n. 16031, in *Notiz. Giurisprud. Lav.*, 2009, 305) che ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile della consigliera regionale di parità *jure proprio*, quale soggetto danneggiato dal reato, in relazione ad un caso di maltrattamenti posti in essere nei confronti di un gruppo di lavoratrici da parte di un preposto del datore di lavoro.

¹¹¹ Sul danno non patrimoniale, L. Scarano, *La quantificazione del danno non patrimoniale*, Giappichelli, 2013.

¹¹² Sul punto, L. Amoriello, *op. cit.*, 171, nonché, A. Guariso, *Il diritto antidiscriminatorio tra solennità dei principi e modestia dei rimedi*, in nota a Trib. Varese 2 luglio 2008, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2008, 947.

discriminazione (si parla di pregiudizio per l'identità culturale e personale) ed ha quantificato lo stesso parametrandolo proprio su quello alla salute dando conto, in motivazione, degli elementi considerati e, cioè, <<le modalità del fatto; la preordinazione dell'illecito; l'odiosa ostentazione delle finalità razziali; il fatto che l'offesa sia avvenuta in 'gruppo', con modalità aggressive, quindi in cui la vittima era nella totale signoria degli aguzzini; il tipo di lesioni inferte (al capo), indicative di una intenzione esplicita ed espressa nel senso di cagionare i danni effettivamente provocati>>.

Spesso le decisioni giurisdizionali, sulla scia della legittimazione della costituzione di parte civile cui si è fatto cenno, hanno valorizzato il danno non patrimoniale *jure proprio* subito dall'organismo rappresentativo; fra queste, Trib. Bergamo, 8 agosto 2012, n. 791 che ha censurato come discriminatoria (diretta, ex art. 2, comma 1, lett. a, d. lgs. 216/2003) la condotta di un avvocato il quale aveva dichiarato reiteratamente nel corso di una intervista radiofonica la propria intenzione di non assumere collaboratori omosessuali.

La pronuncia va ricordata soprattutto per aver qualificato espressamente come sanzione il danno risarcito alla associazione ricorrente per i diritti in questione, affermando, altresì, l'ammissibilità del risarcimento all'ente anche nel caso in cui non vi siano vittime identificabili. Il Tribunale, poi, nella decisione, integralmente confermata dalla Corte d'appello di Brescia¹¹³, richiama la giurisprudenza dell'Unione sulla inidoneità dei risarcimenti solo simbolici e, ai fini di un risultato adeguatamente dissuasivo, affianca il risarcimento del danno con l'ordine di pubblicazione della pronuncia¹¹⁴.

Fra le più recenti decisioni, Cass. Sez. Lav., 30 dicembre 2014, n. 27481 in materia di abusiva stipulazione di contratti a termine nella pubblica amministrazione che richiama proprio la giurisprudenza UE in tema di discriminazione sia con riferimento alla prova che alle caratteristiche del danno non patrimoniale.

Come è evidente, oggi l'insegnamento fondamentale viene dalle Sezioni Unite (sentenza 5072/16) che segnatamente si occupa del risarcimento del danno da compatibilità comunitaria.

Senza poterne approfondire l'esame in questa sede, è opportuno

¹¹³ Su cui, G. F. Aiello, *Dichiarazioni alla radio su ipotetiche politiche di assunzione discriminatorie: il confine tra atti di autonomia negoziale e libera manifestazione del pensiero*, Nota a Papp. Brescia, 11 dicembre 2014, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*; 2015, 9, 759.

¹¹⁴ Sulla necessaria attivazione di una finalità *general - preventiva* e deterrente rivolta alla generalità dei consociati, finalità cui è sicuramente funzionale la pubblicazione - non ancora sufficientemente valorizzata - della decisione a spese del soccombente su un quotidiano a tiratura nazionale, L. Amoriello, *op. cit.*, 169.

soltanto richiamare l'attenzione sull'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 32 comma 5 L.183/2010, che, con riguardo all'indennità, agevola il lavoratore pubblico nella prova in ipotesi di danno da abusivo ricorso al contratto a tempo determinato, pur consentendogli di provare l'eventuale ulteriore danno da perdita di *chances*, opportunità che distingue la sua posizione rispetto a quella del lavoratore privato, sebbene quest'ultimo abbia diritto alla conversione del rapporto di lavoro, aspetto, questo, osserva lo Corte, che solo apparentemente pone il dipendente pubblico in una posizione deteriore.

La Corte a Sezioni Unite, si pone in perfettamente linea con l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Comacho*¹¹⁵. Nella sentenza, che richiama la misure fortemente dissuasive di contrasto al reiterato ricorso ai contratti a termine e da conto della giurisprudenza della Corte che ha elaborato una autonoma figura di danno (il danno comunitario) da intendere come una sorta di sanzione *ex lege* per il datore di lavoro, omette volutamente di prendere posizione sulla categoria dei "danni punitivi".

Essa afferma, tuttavia, che ove vi sia l'esigenza di attenersi al principio comunitario della dissuasione è possibile ipotizzare un "*danno presunto*" che "*esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario*", in tal modo ben orientando l'interprete in relazione al danno da abusiva ripetizione dei contratti a termine ed al contempo dettando principi in una materia tanto sensibile, sicuramente esportabili in un settore, quale quello delle discriminazioni vietate, ascrivibile ad un principio generale del diritto dell'Unione dotato di una forza del tutto peculiare.

¹¹⁵ Corte di Giust. 17 dicembre 2015, C-407/14 *Camacho c. Securitas Seguridad Espana SA* cit.