

IL DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE
EUROPEA¹.

Un laboratorio per l'evoluzione del diritto del lavoro in ambito
europeo

Sommario: 1. Premessa.- 2. La competenza della CGUE in presenza di discriminazioni. - 3. (segue) La sentenza Aklagaren-Fransson. Il ruolo dei diritti fondamentali nel rinvio pregiudiziale. - 4. (segue) Le precisazioni contenute nella sentenza Daouidi. - 5. Discriminazione diretta o indiretta. Un confine spesso incerto: il caso del c.d. velo islamico. - 6. La possibile giustificazione della disparità di trattamento sulla base dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78. - 7. (segue) Sulla finalità legittima ed il requisito proporzionale. - 8. Sul rapporto con i diritti e le libertà degli altri. - 9. Il principio generale del divieto di non discriminazione per ragioni di età nelle sentenze Dansk Industri e Sorondo. - 10. Il caso Abercrombie.

¹ Il testo riprende, con l'aggiunta delle note, la relazione tenuta presso la sede della Scuola Superiore della Magistratura (sita in villa Castel Pulci Scandicci, Firenze) il 17 febbraio 2017, nell'ambito della tavola rotonda sul tema: Il principio di non discriminazione come "core principle" del processo di integrazione europea.

1. Premessa.

Il c.d. "diritto europeo della non discriminazione" comprende le disposizioni della CEDU e quelle del diritto dell'Unione europea.

Il divieto di discriminazione è sancito dall'art. 14 della CEDU, che garantisce la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella convenzione.

Si tratta di una disposizione che non ha una esistenza autonoma, in quanto vale unicamente per *"il godimento dei diritti e delle libertà"* sanciti dalla Convenzione. Infatti, *"come costantemente dichiarato dalla Corte Edu, l'art. 14 CEDU integra le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli"*².

Peraltro, attraverso il filtro del primo comma dell'art. 117 Cost., il principio di "non discriminazione" di cui all'art. 14 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento giuridico in materia di prestazioni assistenziali³.

Il diritto dell'Unione della non discriminazione, fino al 2000, riguardava unicamente il contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale e comprendeva soltanto le discriminazioni basate sul sesso.

Nel 2000 sono state adottate due direttive: la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e la direttiva sull'uguaglianza razziale.

Ma la consacrazione del diritto antidiscriminatorio si ha solo con la Carta dei diritti fondamentali, segnatamente con il suo art. 21.

Le discriminazioni per ragioni di età hanno assunto, in questo contesto, un ruolo sempre più importante nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴.

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

² Cfr. PUTATURO DONATI, Il principio di non discriminazione ai sensi dell'art. 14 CEDU: risolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno, in www.europeanrights, 2015, n.51 (articoli).

³ In dottrina si veda BONGIOVANNI, La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzioni delle Nazioni Unite, Famiglia e diritto, 2011, fasc. 3, pag. 310.

⁴ Per un panorama della giurisprudenza della Corte di giustizia e di quella di Strasburgo si veda TRIA, Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne, in www.europeanrights, 2015, n. 48.

Basti pensare che solo nel 1999 la Commissione affermava che: “*Negli stati membri esistono pochissime disposizioni legislative sulla discriminazione in base all’età*”.

Malgrado ciò, il “*fattore cenerentola*”⁵ ha finito per conquistare il centro della scena europea offrendo alla Corte di giustizia la possibilità di chiarire il suo pensiero in una serie notevole di pronunce, molte delle quali assegnate alla grande sezione della Corte.

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

Il caso Mangold, al di là delle critiche a cui è stata sottoposta⁶, ha aperto le porte ad una fitta serie di pronunce della Corte di giustizia.

La sentenza più importante, in questo contesto, è, certamente, la Kucukdeveci⁷ del 2010, che confermando il “*messaggio costituzionale*” contenuto nella Mangold ha ribadito la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza che dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha carattere vincolante⁸.

Nel 2016, peraltro, sono state emesse due importanti sentenze della Grande sezione (la Dansk Industri⁹ e la Sorondo¹⁰) su cui avremo modo di tornare.

⁵ IZZI, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto discriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005, pag. 388. ROCCELLA, IZZI, Lavoro e diritto nell’Unione europea, Padova, 2010, 115. La Corte costituzionale, nell’importante sentenza n. 227 del 2010 (Foro it., 2010, I, pa. 2951) ci ricorda che il “*contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della confliggente norma interna da parte del giudice comune*”. La ragione risiede, per la Corte costituzionale, nel fatto che il divieto di discriminazione “*pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia*” non è però assistito da “*una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti*”. Ciò in quanto al legislatore nazionale è consentito di “*prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata*”.

⁶ Il punto focale delle critiche era che, in detta sentenza, la Corte avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un’efficacia orizzontale. La sentenza era stata, inoltre, criticata per avere indotto una situazione di notevole incertezza giuridica (PICCONE - SCIARRA, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme*, in Foro it., 2006, IV, pag. 342). Anche quattro avvocati generali hanno commentato (e sotto certi aspetti criticato) la sentenza Mangold nelle cause Chacòn Navas (sentenza 11 luglio 2006, C-13/05), Lindorfer (sentenza 11 settembre 2007, C-227/04) Palacios de la Villa (sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05) e Maruko (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96). Interessante notare che in nessuna di queste sentenze la Corte ha rivisto (o menzionato) la decisione assunta nella sentenza Mangold.

⁷ Cfr. COSIO, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell’Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1079.

⁸ Sul tema si veda COSIO e FOGLIA (a cura di) *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013.

⁹ CGUE, sentenza 19 aprile 2016, C-441/14.

¹⁰ CGUE sentenza 15 novembre 2016, C- 258/15.

2. La competenza della CGUE in presenza di discriminazioni.

La prima questione da affrontare è quella della "competenza" della Corte di giustizia in tema di "discriminazioni".

Tema che deve fare i conti con l'ambigua dizione contenuta nell'art. 51, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte ha affermato, sin dalla fine degli anni '80, la sua competenza in due ipotesi: quando gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie (la c.d. linea Wachauf¹¹) e quando gli Stati membri invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati (la c.d. linea Ert¹²).

E' noto che al fine di delimitare l'ambito di applicazione della Carta, i redattori della stessa hanno adottato la formula ripresa dalla sentenza Wachauf.

L'art. 51, n. 1, della Carta prevede, infatti, che le disposizioni della medesima si rivolgono agli Stati membri:

"soltanto allorchè danno **attuazione** al diritto dell'Unione".

Nell'interpretazione dell'inciso si fronteggiano due tesi.

I sostenitori di una **concezione restrittiva** sostengono che l'ipotesi riguardi soltanto la situazione in cui uno Stato membro agisca come agente dell'Unione.

I sostenitori di una **concezione più estesa** ritengono che detta nozione si riferisca più ampiamente alla situazione in cui una normativa nazionale rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione¹³.

La Corte di giustizia non ha finora preso posizione in maniera decisa sull'applicazione della Carta.

In due ordinanze¹⁴ essa ha interpretato l'art. 51, n. 1, nel senso che la Carta si applica se una fattispecie presenta **un elemento di collegamento** con il diritto dell'Unione¹⁵.

¹¹ CGUE sentenza 13 luglio 1989, C-5/1988.

¹² CGUE sentenza 18 giugno 1991, C-260/1989.

¹³ Sul tema, fra i contributi più recenti, si veda LENAERTS - GUTIÉRREZ FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common market law review*, 2010, 47, 1629.

¹⁴ Ordinanza del 12 novembre 2010, C- 339/10 e Ordinanza 1 marzo 2011, C-457/09.

¹⁵ Concetto ripreso nella recente sentenza del 17 gennaio 2013, C- 23/12 e nelle ordinanze del 7 febbraio e 14 marzo 2013 (rispettivamente C-498/12 e C- 555/12), nonché nella sentenza 8 maggio 2014, C-483/12, punto 15.

Nella sentenza Dereci¹⁶, la Corte ha affermato che la Carta si applica quando una fattispecie rientri nell'ambito di applicazione dell'Unione, riproducendo la sua formula sull'applicazione dei principi generali del diritto¹⁷.

In due sentenze più recenti (sentenza 6 marzo 2014, causa C-206/13, Siragusa, e 27 marzo 2014, causa C-265/13, Emiliano Torralbo Marcos) la Corte di giustizia ha fornito due ulteriori precisazioni: da un lato, "la nozione di attuazione del diritto dell'Unione, di cui all'art. 51 della Carta, richiede l'**esistenza di un collegamento di una certa consistenza**, che vada al di là dell'affinità tra le materia prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra"(sentenza Siragusa). Dall'altro, "ove una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e **le norme della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza**" (sentenza Torralbo)¹⁸.

La questione si complica, ulteriormente, quando **entrano in gioco diritti fondamentali**.

Secondo un'opinione¹⁹ sarebbe, comunque, **necessario il collegamento con il diritto dell'Unione**; mentre, secondo una diversa impostazione²⁰, **in questa ipotesi si potrebbe prescindere**.

3.(segue) La sentenza Aklagaren-Fransson. Il ruolo dei diritti fondamentali nel rinvio pregiudiziale.

Una recente sentenza della Corte (del 26 febbraio 2013, C-671/70) consente di completare l'esame della questione esaminando il problema della ricevibilità qualora **entrino in gioco diritti fondamentali**.

La questione di merito riguardava l'applicabilità del **principio del ne bis in idem**²¹ in caso di cumulo del potere sanzionatorio e

¹⁶ Sentenza 15 novembre 2011, C-256/11.

¹⁷ Nella sentenza la Corte opta per le formule "soggette al diritto dell'Unione" e "nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione". Essa, come sottolinea l'avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 15 dicembre 2011 C-489/10, nota 18, "ha tuttavia sorprendentemente lasciato al giudice di rinvio la decisione della questione se la fattispecie controversa rientri nell'ambito di applicazione dell'Unione".

¹⁸ Sul tema si veda ROBERTO CONTI, Dalla Fransson alla Siragusa. Prove tecniche di definizione dei "confini" fra diritto Ue e diritti nazionali dopo la Corte di giustizia 6 marzo 2014, causa C-206/13, Cruciano Siragusa, in www.consultaonline.it. Tra le pronunce più recenti si veda l'ordinanza del 25 febbraio 2016, C-520/15, Aiudapds.

¹⁹ Cfr. GIUSEPPE TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO-FOGLIA, Milano, 2013, pag. 1 e seg..

²⁰ Cfr. BRONZINI, Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, cit., pag. 111 e seg..

²¹ Sul tema si rinvia alle conclusioni dell'avvocato Generale Pedro Cruz Villalon presentate il 12 giugno 2012 nell'ambito della controversia in esame. Più di recente, sul ne bis in idem, è intervenuta la Corte di Strasburgo con la

dello ius puniendi dello Stato membro nell'ambito della repressione dello stesso comportamento. Questione che, in definitiva, riconduce all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali²².

La pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale sollevato dall'autorità giudiziaria svedese nell'ambito di un procedimento penale per frode aggravata avviato contro un soggetto già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi e contributivi in tema di IVA.

Dietro un'apparente semplicità del caso, la questione pregiudiziale sollevava un problema di ricevibilità delicatissimo: **il riconoscimento della competenza della Corte per risolvere una questione relativa ai diritti fondamentali in presenza del carattere manifestamente interno della situazione portata all'attenzione della Corte.**

I governi svedese, ceco e danese, l'Irlanda ed il governo olandese, nonché la Commissione europea contestavano la ricevibilità delle questioni pregiudiziali.

La Corte, infatti, sarebbe stata competente a rispondere al quesito solo qualora le sovrattasse inflitte al sig. Akerberg, nonché i procedimenti penali nei suoi confronti, fossero derivati da un'**attuazione del diritto dell'Unione**²³.

Circostanza che, nella specie, non era ravvisabile.

Lo stesso Avvocato generale Pedro Cruz Villalon, nelle sue conclusioni del 12 giugno 2012, riteneva che la questione non potesse essere considerata come un caso di applicazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta perché "sarebbe sproporzionato derivare da [una mera] **occasione** un trasferimento nella ripartizione della responsabilità nella garanzia dei diritti fondamentali tra l'Unione e gli Stati" (punto 63).

Di diversa opinione è stata però la Corte.

La Corte, in primo luogo, ha precisato che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per

fondamentale sentenza del 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia. Per un primo commento si veda TRIPODI, Uno più uno (Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del bis in idem in tema di manipolazione del mercato, in www.diritto.penale.contemporaneo.it.

²² Per uno studio sistematico dell'art. 50 si v. STALBERG, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Frankfurt am main, 2013.

²³ Sul tema si veda la sentenza 15 aprile 2015, C-497/14, punto 31.

gli Stati membri soltanto quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (punto 20) e che "ove, per contro, una situazione giuridica non rientri nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza" (punto 22).

L'affermazione, la cui importanza è sottolineata nel comunicato stampa della Corte del 26 febbraio (n. 19/13), conferma l'opinione di chi²⁴ ritiene imprescindibile, anche nell'ipotesi in cui entrano in gioco diritti fondamentali, il collegamento con il diritto dell'Unione.

Il problema si sposta, in questo contesto, nell'individuazione della consistenza del collegamento con il diritto dell'Unione.

La Corte, nella specie, ne ha individuato due forme.

Innanzitutto, ha messo in relazione le sovrattasse e i procedimenti penali relativi alle violazioni degli obblighi dichiarativi in materia di IVA con talune disposizioni della direttiva 2006/112/CE del Consiglio (punto 25), collegando, poi, la violazione dei suddetti obblighi dichiarativi in materia di IVA alla lesione degli interessi finanziari dell'Unione, contemplati dall'art. 325 TFUE (punto 26).

"Il fatto che le normative nazionali che fungono da base [alle] sovrattasse e procedimenti penali non siano state adottate per trasporre la direttiva 2006/112" non impedisce di ritenerle in attuazione della direttiva dal momento che la loro applicazione mira a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva (...) e pertanto ad attuare l'obbligo, imposto dai Trattati agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Ciò posto, quando un giudice di uno Stato membro sia chiamato a verificare la conformità ai diritti fondamentali di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'art. 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione.

²⁴ TESAURO, Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia, cit., pag. 1 e seg..

A tal fine, quando **i giudici nazionali sono chiamati ad interpretare le disposizioni della Carta, essi hanno la possibilità e, se del caso, il dovere di adire la Corte in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE**" (punti 28-30).

I passaggi argomentativi della Corte, in cui peraltro viene richiamata la coeva sentenza Melloni²⁵, sono estremamente importanti²⁶ perché, in sostanza, ritengono che sia **sufficiente** "un legame attuativo **debole** tra diritto interno e diritto dell'Unione"²⁷ per legittimare l'intervento della Corte di giustizia.

Un criterio flessibile, dai confini incerti che lascia un grande margine di discrezionalità all'intervento della Corte di giustizia anche in base agli elementi fattuali che il giudice di rinvio offre alla Corte.

L'esame del caso Daouidi, sotto quest'ultimo aspetto, è esemplare.

4. (segue) Le precisazioni contenute nella sentenza Daouidi.

Il giudice spagnolo, con la sua domanda pregiudiziale, chiedeva una serie di chiarimenti sull'interpretazione di vari articoli della Carta (3, 15, 21, par. 1, 30, 31, 34, par. 1, e 35) e della direttiva 2000/78 (artt. 1 e 3).

Tale domanda era stata presentata nell'ambito di una controversia tra il sig. Daouidi e il Fondo di garanzia salariale ed il Ministero Fiscal, avente ad oggetto il suo licenziamento nel periodo in cui si trovava in una situazione di invalidità temporanea a causa di un infortunio sul lavoro.

²⁵ Com'è noto in questa sentenza (26 febbraio 2013, C-399/11) i giudici di Lussemburgo avevano esaminato, per la prima volta, una questione che concerne direttamente la potestà degli Stati membri di far valere "controlimiti" in materia di tutela dei diritti fondamentali, rispetto agli obblighi di adeguamento dell'ordinamento nazionale al diritto UE. La risposta della Corte di giustizia era stata chiara: nella misura in cui il diritto Ue rispetta i diritti fondamentali tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, lo Stato membro non può rifiutare di adempiere gli obblighi che ne derivano, nemmeno nelle ipotesi in cui tali obblighi risultino in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal proprio ordinamento costituzionale. Per un commento della sentenza si veda RUGGERI, La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare sistema, in www.diritti.comparati.it, 2 aprile 2013; CONTI, Mandato d'arresto europeo ed esecuzione di una pena irrogata in absentia, in *Corr. Giur.* n. 4/2013, pag. 8. Di estremo interesse, in questo contesto, la "risposta" del Tribunale Constitucional de Espana, nella sentenza del 13 febbraio 2014 (recurso de amparo 6922/2008, Melloni).

²⁶ "Si tratta di una formulazione che intende, nella sostanza, riconoscere agli Stati la piena competenza all'adozione di misure di contrasto ai fenomeni di evasione e di misurare gli effetti sulla base dei principi fondamentali in esso tutelati ma che, nel contempo, proprio per il concorrente interesse dell'Unione alle politiche fiscali (in tema di imposte dirette), consente un controllo fintanto che la stessa non incida, riducendoli, sui livelli di tutela previsti dalla Carta" Cfr. CONTI, Gerarchia fra Corte di giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei confini fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Aklagaren (Corte di giustizia, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10), in www.diritticomparati.it, 6 marzo 2013.

²⁷ Cfr. VOZZA, I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di giustizia dell'Unione europea, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, pag. 5.

Il ricorrente chiedeva al giudice di rinvio di accertare la nullità del suo licenziamento e, di conseguenza, di condannare l'impresa convenuta a reintegrarlo nel posto di lavoro, versandogli i salari non percepiti, nonché un'indennità risarcitoria del danno morale e del danno materiale subito.

Il giudice di rinvio esponeva che, sulla base della giurisprudenza nazionale, era dubbio che il licenziamento del ricorrente potesse essere dichiarato nullo. Per tale ragione sottoponeva alla Corte ben cinque quesiti. Con l'ultimo dei quali chiedeva se la nozione di "discriminazione diretta fondata sull'handicap", contemplata dagli artt. 1, 2 e 3 della direttiva 2000/78 potesse comprendere la decisione di un datore di lavoro di licenziare *"un lavoratore fino a quel momento apprezzato professionalmente, per il solo fatto che si trovava in una situazione di invalidità temporanea - la cui durata era incerta - a causa di un infortunio sul lavoro"*.

La Corte, nella sentenza dell'1 dicembre 2016²⁸, esamina solo questo motivo.

La Corte, in primo luogo, conferma di avere accolto una definizione evolutiva e relativamente ampia della nozione di handicap, a seguito della ratifica, da parte dell'Unione, della convenzione dell'ONU.

Tale nozione di "handicap" deve essere intesa nel senso che essa si riferisce non soltanto ad un'impossibilità di esercitare un'attività professionale, ma altresì ad un ostacolo a svolgere una simile attività.

Il vero nodo della questione atteneva, però, all'accertamento se la limitazione della capacità dell'interessato avesse o meno carattere "duraturo".

Accertamento di competenza del giudice di rinvio *"dal momento che si tratta di una valutazione anzitutto di fatto"*²⁹.

Per tale ragione la Corte non ritiene, allo stato degli atti, che la limitazione della capacità dell'interessato possa essere qualificata come duratura ai sensi della definizione di "handicap" contemplata dalla direttiva.

Non solo.

²⁸ CGUE sentenza 1 dicembre 2016, C- 395/15.

²⁹ La Corte, peraltro, non manca di indicare, al giudice di rinvio, gli "indizi" che consentono di considerare come duratura una siffatta limitazione.

Si dichiara "incompetente" a rispondere alle prime quattro questioni "dal momento che l'applicazione della direttiva 2000/78 nel procedimento principale è connessa alla valutazione che il giudice del rinvio effettuerà a seguito della presente sentenza".

Un dialogo, a distanza, con il giudice del rinvio in cui la carenza di informazioni sul "fatto" della controversia³⁰ impedisce alla Corte di affermare la sua "competenza" sulla questione.

5.Discriminazione diretta o indiretta. Un confine spesso incerto: il caso del c.d. velo islamico.

La seconda questione da esaminare, nel contesto in esame, attiene all'esistenza di una discriminazione e se la stessa integri gli estremi di una discriminazione diretta o indiretta.

Quest'ultimo problema (il carattere diretto o meno della discriminazione) è, spesso, di dubbia soluzione.

Esemplari, sotto quest'ultimo profilo, le controversie pendenti avanti la Corte di giustizia in tema di "velo islamico".

Le questioni oggetto delle cause C-188/15 e C-157/15 sono, in realtà, molto simili.

Possono essere sintetizzate in due domande: a) se un datore di lavoro privato possa vietare ad una dipendente di fede musulmana di indossare un velo sul luogo di lavoro; b) se il datore di lavoro possa licenziarla qualora la dipendente rifiuti di togliere il velo sul luogo di lavoro.

La prima questione (C-188/15) è stata sollevata dalla Cour de cassation (Francia).

La ricorrente, ingegnere progettista, è stata licenziata (nel 2009) perché, nei rapporti con i clienti, si rifiutava di "togliere il velo"³¹.

La seconda questione (C-157/15) è stata sollevata dalla Corte di cassazione del Belgio.

La società per cui lavorava la ricorrente aveva previsto, per tutti i dipendenti, un divieto di indossare, in servizio, simboli religiosi, politici o filosofici (divieto previsto, in un primo

³⁰ La cui importanza risulta ribadita nelle recenti raccomandazioni del 25 novembre 2016 ai giudici nazionali.

³¹ Nella fattispecie (considerato che "l'ordinanza di rinvio fornisce solo poche informazioni sul contesto fattuale della controversia"; vedi punto 82 delle conclusioni dell'avvocato generale Eleanor Sharpston, del 13 luglio 2016), non è chiaro se esisteva una regola aziendale che imponeva a tutti i dipendenti un codice di abbigliamento neutro. Sulla base di tale (ipotetica) regola aziendale l'Avvocato generale formula le sue osservazioni relative alla discriminazione indiretta (punti 109-134).

tempo, come regola aziendale non scritta, ma formalizzato, nel giugno del 2006, nel regolamento di lavoro).

La ricorrente, assunta nel febbraio del 2003, ha indossato il velo, per più di tre anni, **esclusivamente** al di fuori dell'orario di lavoro.

Dall'aprile del 2006, ha, però, dichiarato alla società che, in futuro, avrebbe indossato il velo anche durante l'orario di lavoro. Per tale ragione è stata licenziata.

La Corte di giustizia, in entrambe le questioni, è chiamata, per la prima volta, a verificare l'incidenza delle norme antidiscriminatorie (del diritto dell'Unione) sull'uso di indumenti religiosi³², nell'ambito di un rapporto di lavoro privatistico³³.

Il rilievo della questione trascende la materia per i suoi inevitabili riflessi sul tema dell'integrazione in Europa dei soggetti provenienti da Stati terzi³⁴ e, prima ancora, sul difficile bilanciamento tra il rispetto dei valori di una società europea aperta e pluralistica, fondata sul rispetto dei diritti fondamentali, e la tutela dei diritti e delle libertà altrui (come il rispetto dei principi di neutralità o la stessa libertà d'impresa)³⁵.

³² L'utilizzo di indumenti religiosi non è certo limitato alla fede islamica. Si pensi alle suore di fede cattolica romana e anglicana alle quali viene richiesto di indossare un abito che comprende un copricapo. All'uso della Kippah per chi pratica la religione ebraica o, ancora, al dastar (o turbante) per i Sikh, che non possono toglierlo in pubblico.

³³ L'avvocato generale Juliane Kokott, nelle conclusioni del 31 maggio 2016 (causa C-157/15) precisa, punto 6, che "per quanto riguarda le condizioni di lavoro applicabili ai dipendenti del settore pubblico è possibile che valgano talune peculiarità". Sull'uso di indumenti religiosi nel luogo di lavoro la posizione, legislativa e giurisprudenziale, riscontrabile negli Stati membri è la più varia. Francia (legge n. 2010-1192 dell'11 ottobre 2010, recante il divieto di celare il volto in luoghi pubblici) e Belgio (legge 1 giugno 2011, recante il divieto di indossare, in tutti i luoghi accessibili al pubblico, qualsiasi indumento che nasconda il volto interamente o in parte) hanno promulgato leggi che vietano di indossare in luoghi pubblici indumenti che coprono il volto.

Al polo opposto si pongono quei Paesi dove non esistono particolari restrizioni (come la Danimarca o i Paesi Bassi).

In Germania, in linea di principio, è possibile imporre ai lavoratori del settore privato il divieto di indossare simboli religiosi sul posto di lavoro. Ma tale divieto può essere imposto solo in via di eccezione.

Sul tema si veda Alessandro Morelli, Simboli religiosi e valori nelle democrazie costituzionali contemporanee e Maria Letteria Quattrocchi, Il divieto di indossare il burqa ed il niqab in Italia e Europa, in www.forumcostituzionale.it (Paper).

Nella causa C-188/15, la questione è stata sottoposta alla Corte in relazione all'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78. L'avvocato generale, correttamente, la esamina anche in riferimento all'art. 2, paragrafo 2, lettere a) e b) della direttiva 2000/78.

³⁴ Da un'indagine demoscopica condotta su richiesta della Commissione europea nel 2012 emerge che, nell'Unione europea, la percentuale media di persone che si dichiarano credenti cristiani è pari al 74%. Per quanto riguarda le persone che aderiscono alla fede islamica, la percentuale più elevata è stata registrata in Bulgaria (con l'11%) seguita dal Belgio (il 5%).

³⁵ Le questioni di questo tipo saranno sempre più frequenti, anche in Italia. Sul tema si veda la sentenza della Corte di appello di Milano, del 4 maggio 2016, che ha riformato la sentenza del Tribunale di Lodi, del 3 luglio 2014. Su tali sentenze si veda il commento di E. Tarquini, Il velo islamico e il principio paritario: la giurisprudenza di merito si confronta con i divieti di discriminazione sul sito www.osservatoriodiscriminazioni.org

La questione centrale, in entrambe le fattispecie, è se i divieti configurino una discriminazione religiosa diretta o indiretta.

La distinzione fra discriminazione diretta e indiretta è importante sul piano delle possibilità di giustificazione delle disparità di trattamento.

I possibili obiettivi che possono essere presi in considerazione *“per giustificare una disparità di trattamento diretta sulla religione hanno una minore estensione di quelli che possono giustificare una disparità di trattamento indiretta”*³⁶, come si desume dalla sentenza Hai³⁷.

Una discriminazione religiosa **diretta** è configurabile quando sulla base della religione, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia stata o sarebbe trattata un'altra in posizione analoga (art. 2, par. 2, lettera a) della direttiva 2000/78).

Una discriminazione **indiretta** è, invece, configurabile quando una disposizione, un criterio o una procedura apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio persone di una determinata religione rispetto ad altre persone (art. 2, par. 2, lettera b) della direttiva 2000/78).

Nelle fattispecie sottoposte all'esame della Corte di giustizia si confrontano opinioni diverse.

Nella causa **C-188/15**, l'Avvocato generale e la Commissione europea ravvisano una **discriminazione diretta**.

Nella causa **C-157/15**, l'Avvocato generale, la Francia, il Regno Unito e la Commissione europea ritengono sussistente una **discriminazione indiretta**.

In quest'ultima causa (C-157/15) l'Avvocato generale basa la sua valutazione sulla considerazione che una disposizione aziendale come quella della G4S *“è espressione di una politica aziendale di **neutralità religiosa e ideologica** applicabile in maniera generale e del tutto indifferenziata”* (punto 51 delle conclusioni).

In attesa della sentenza (o sentenze) della Corte di giustizia conviene esaminare le possibilità di giustificazione, nelle due fattispecie, sulla base delle deroghe previste dalla direttiva 2000/78.

³⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott, del 31 maggio 2016 (causa C-157/15), punto 40.

³⁷ CGUE sentenza 12 dicembre 2013, C-267/12.

6. Sulla possibilità di giustificazione della disparità di trattamento sulla base della dall'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

In presenza delle condizioni previste dal 1 paragrafo è esclusa una differenza di trattamento (**a prescindere dalla circostanza che la discriminazione sia diretta o indiretta**).

Ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 *"gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a un qualunque dei motivi di cui all'art. 1 [della direttiva] non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene impiegata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinate per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purchè la finalità sia legittima e il requisito proporzionale"*.

In primo luogo, l'art. 4 non si applica automaticamente ma solo a seguito di un provvedimento nazionale (*"gli Stati membri possono **stabilire**"*) che non richiede la forma sacrale della legge, potendo consistere anche in una disposizione aziendale.³⁸

Requisito presente sia nella causa C-188/15 (l'articolo L. 1133-1 del codice del lavoro) che nella C-157/15 (una disposizione aziendale interna).

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha chiarito che *"non è il motivo su cui è basata la disparità di trattamento a costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, ma una **caratteristica ad esso legata**"*³⁹.

Anche questa condizione è ravvisabile nelle fattispecie sottoposte alla Corte. Una disposizione che vieti l'uso del velo è chiaramente idonea a costituire una *"caratteristica correlata"* a una religione o convinzione personale.

In terzo luogo, la caratteristica in questione deve costituire un *"requisito essenziale e determinate per lo svolgimento dell'attività lavorativa"* per la natura della specifica attività lavorativa o il contesto in cui essa viene espletata. Inoltre, la finalità deve essere legittima e il requisito proporzionato.

³⁸ Come si desume dalla sentenza della CUGE 13 settembre 2011, C-447/09, Prigge e a., punti 59, 68 e 69.

³⁹ CUGE sentenza 12 gennaio 2010, C-229/08, Wolf, punto 35.

La disposizione deve essere interpretata restrittivamente⁴⁰, in presenza di una deroga ad un divieto di discriminazione che riveste natura fondamentale.

Ma anche nell'ambito di una interpretazione restrittiva, l'art. 4, paragrafo 1, consente di tener conto di un codice di abbigliamento fissato dal datore di lavoro (come si desume dal richiamo del *"contesto in cui essa viene espletata"*).

Ciò premesso, occorre verificare se la *"caratteristica"* in questione costituisca un *"requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa"*.

Sulla questione, le opinioni degli avvocati generali divergono.

Eleanor Sharpston, nelle conclusioni sulla causa 188/15, ritiene che la discriminazione non possa essere giustificata per motivi meramente economici⁴¹, anche perché la libertà di iniziativa privata (sancita dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali) *"non costituisce una prerogativa assoluta, ma va considerata alla luce della sua funzione sociale"*⁴²

Juliane Kokott, nelle conclusioni sulla causa C-157/15, giunge a conclusioni opposte valorizzando il diritto fondamentale alla libertà d'impresa che consente, in linea di principio, all'imprenditore la facoltà di scegliere la forma in cui i suoi prodotti e servizi vengono offerti.

Le due posizioni avranno, a mio avviso, un peso diverso in base all'accertamento, nelle due fattispecie, di una discriminazione diretta o indiretta.

Nell'ipotesi di una discriminazione diretta credo che la deroga non possa trovare applicazione (in presenza di un diritto fondamentale, come la libertà di religione).

Nell'ipotesi di discriminazione indiretta la soluzione può, invece, essere opposta.

Ma anche in questo caso, occorre verificare l'esistenza dei requisiti della finalità legittima e del requisito proporzionato⁴³.

7. (segue) Sulla finalità legittima ed il requisito proporzionale.

⁴⁰ CGUE sentenza 13 settembre 2011, C-447/09, Prigge e a., punto 72.

⁴¹ Viene richiamata la sentenza CGUE del 3 febbraio 2000, C-207/98, punto 29.

⁴² CGUE sentenza 14 ottobre 2014, C-611/12, punto 49.

⁴³ Che rileva anche ai fini dell'art. 2, paragrafo 2, lettera b) della direttiva 2000/78.

Una prassi che imponga ai dipendenti di indossare una uniforme o un determinato tipo di abbigliamento rientra, secondo la giurisprudenza di Strasburgo⁴⁴, nella nozione di "**finalità legittima**".

Come sottolineato dalla Francia, nella causa C-157/15, si mira, soltanto, ad evitare l'impressione che la convinzione politica, filosofica o religiosa ostentata in pubblico da un dipendente tramite il suo abbigliamento possa essere collegata al datore di lavoro.

Più delicato si presenta l'esame del requisito di "**proporzionalità**"⁴⁵.

Sotto questo profilo, occorre bilanciare il diritto del lavoratore di indossare simboli religiosi con la facoltà, per il datore di lavoro, di imporre restrizioni.

Se un lavoratore ha la possibilità di indossare un simbolo religioso **con discrezione**, come nel caso della sig.ra Eweida⁴⁶, può essere proporzionato imporgli di farlo.

Peraltro, occorre distinguere caso per caso.

Sarebbe, certamente, **sproporzionato** un divieto di indossare simboli religiosi laddove l'attività lavorativa non richiede un contatto visivo con i clienti (ad es. in un call center).

Viceversa, laddove l'attività lavorativa implichi un contatto con la clientela, si possono ipotizzare diverse situazioni: a) Nell'ipotesi di uso di indumenti religiosi che coprano interamente gli occhi può ipotizzarsi un uso proporzionale del divieto; b) più delicato è il caso in cui il lavoratore indossi un copricapo che lasci interamente scoperti il volto e gli occhi. In questo caso, specie ove il velo islamico sia dello stesso colore dell'uniforme, potrebbe ipotizzarsi un uso sproporzionato del divieto.

In questo contesto, la durata temporale del contatto con i clienti appare irrilevante⁴⁷.

⁴⁴ Si veda la sentenza della Corte di Strasburgo del 15 gennaio 2013, Eweida e a. c. Regno Unito.

⁴⁵ In forza del **principio di proporzionalità** la legittimità di un atto che impone obblighi o divieti, o lascia un margine di discrezionalità di derogarvi, è subordinata alla condizione che sia idoneo e necessario per il conseguimento degli obiettivi legittimamente perseguiti, fermo restando che, tra più soluzioni appropriate, va privilegiata quella meno restrittiva e che gli oneri imposti non siano sproporzionati rispetto agli obiettivi.

⁴⁶ Sentenza della Corte di Strasburgo del 15 gennaio 2013, Eweida e a. c. Regno Unito.

⁴⁷ La società, nella causa C-188/15, riteneva proporzionale il divieto, considerato che l'orario di lavoro in cui la ricorrente era a contatto con i clienti non era superiore al 5%. Affermazione estremamente discutibile, come rilevato dall'avvocato generale nelle sue conclusioni (punto 131).

Naturalmente, compete al giudice nazionale statuire su tale questione.

Ma è molto probabile che la Corte di giustizia, su questo requisito, fornisca al giudice nazionale dei precisi indici di riferimento (ad es. le dimensioni del segno religioso, il tipo di attività della lavoratrice, il contesto in cui deve svolgere la sua attività, etc.⁴⁸).

8. Sul rapporto con i diritti e le libertà degli altri.

Un divieto, come quello in esame, può essere esaminato anche nell'ottica della tutela dei diritti e delle libertà altrui (in base all'art. 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78).

L'uso di simboli religiosi, sul luogo di lavoro, può incidere, infatti, sulle libertà dei colleghi e dei clienti, oltre a poter pregiudicare la libertà d'impresa.

La libertà d'impresa⁴⁹ è un principio generale dell'Unione ed il suo ruolo preminente viene ribadito nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali.

Tale principio (di libertà d'impresa) non giustifica automaticamente un divieto quale quello in esame.

Le misure a tutela dei diritti e delle libertà altrui (richieste dall'art. 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78) devono, infatti, rivestire natura pubblica o quantomeno essere fondate su una delega pubblica⁵⁰.

Una delega, in questo senso, potrebbe rinvenirsi nell'art. L. 1133-1 del Codice del lavoro Francese (causa C-188/15), mentre, allo stato degli atti, appare più difficilmente ravvisabile nella causa C-157/15 (dove la fonte del divieto è rinvenibile in una mera disposizione aziendale).

Anche in questo caso, compete al giudice nazionale statuire su tale questione.

9. Il principio generale del divieto di non discriminazione per ragioni di età nelle sentenze Dansk Industri e Sorondo.

⁴⁸ Sul tema si vedano le conclusioni dell'avvocato generale nella causa C-157/15.

⁴⁹ CGUE, sentenza C-4/73, Nold/Commissione, punti 13 e 14.

⁵⁰ CGUE sentenza 13 settembre 2011, C-447/09, Prigge e a., punti da 59 a 61 e 64.

Le sentenze Dansk Industri⁵¹ e Sorondo⁵² (rese in tema di discriminazioni per ragioni di età) consentono, infine, di cogliere alcune tendenze di fondo negli orientamenti della Corte di giustizia; la cui portata, almeno potenzialmente, trascende la materia delle discriminazioni per ragioni di età.

Nella sentenza Dansk Industri vengono riaffermati alcuni punti fermi sulla materia.

In **primo luogo**, si ribadisce "che tale principio, ora sancito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un **principio generale del diritto dell'Unione**" (punto 22).

In **secondo luogo**, la Corte precisa che "dal punto 47 della sentenza *Association de médiation sociale* risulta che il principio di 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 non conformi a detto principio" (punto 36).

In **terzo luogo**, la Corte precisa che "la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, **ma lo esprime soltanto concretamente**" (punto 23).

Nella sentenza, peraltro, la Corte ha cura di precisare:

-Che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico del privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti;

-Che i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, con il limite di una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale;

- Che 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 direttiva;

-Che il giudice nazionale, qualora ritenga di trovarsi nell'impossibilità di assicurare un'interpretazione conforme delle

⁵¹ CGUE 19 aprile 2016, C- 441/14.

⁵² CGUE sentenza 15 novembre 2016, C-258/15.

disposizioni nazionali, dovrà disapplicare la disposizione nazionale contraria al principio di non discriminazione in ragione dell'età (che conferisce ai privati un diritto soggettivo).

La sentenza Sorondo⁵³ si pone in linea di continuità con tale orientamento segnalandosi, però, per il suo "distinguo".

La Corte Superiore di giustizia della Comunità autonoma dei Paesi Baschi, con la sua questione pregiudiziale, chiedeva, in sostanza, se l'art. 2, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 1, e con l'art. 6, paragrafo 1, lettera c), di quest'ultima, dovesse essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella controversa nel procedimento principale, la quale prevede che i candidati agli impieghi di agente di un corpo di polizia non debbano aver compiuto 35 anni di età.

La Corte aveva già affrontato la questione nella causa Vital Pèrez⁵⁴.

Le fattispecie, peraltro, sono simili ma non identiche.

Nella causa Sorondo non si trattava di una polizia di un comune, bensì della polizia di una comunità autonoma che svolgeva funzioni sensibilmente diverse. Inoltre, il limite di età pertinente nella sentenza Vital Pèrez era di 30 anni. Nella fattispecie in esame, viceversa, il sig. Sorondo si era visto opporre un limite superiore, fissato a 35 anni.

Le differenze fattuali avevano una incidenza sul test di proporzionalità.

In sostanza, occorreva determinare se la fissazione di un limite di età di 35 anni per entrare nella polizia della Comunità autonoma dei Paesi Baschi costituiva una misura necessaria e proporzionata rispetto alla finalità legittima di garantire il carattere operativo e il buon funzionamento dei servizi di polizia di detta comunità.

Sotto tale profilo, osserva la Corte, la causa **si distingue** da quella che ha dato luogo alla sentenza Vital Perez (punto 45).

Le funzioni esercitate dalla polizia autonoma dei Paesi baschi sono quelle di una polizia "vera e propria".

⁵³ CGUE sentenza 15 novembre 2016, C-258/15.

⁵⁴ CGUE sentenza del 13 novembre 2014, causa C-416/13.

A differenza delle funzioni di cui si trattava nella causa Vital Perez quelle esercitate dalla polizia della comunità autonoma dei Paesi Baschi, considerate nel loro insieme, sembrano (in base agli atti trasmessi alla Corte) richiedere una notevole condizione fisica per poter rispondere a tutte le sollecitazioni a cui è soggetto un agente di polizia nel pieno esercizio della sua professione.

Ne consegue, afferma la Corte (punto 48), "che una normativa, come quella controversa nel procedimento principale, che prevede che i candidati agli impieghi di agente di polizia della Comunità autonoma dei Paesi baschi non devono aver compiuto 35 anni di età può, a condizione che il giudice del rinvio si accerti che siano esatte le diverse indicazioni risultanti dalle osservazioni formulate e dai documenti prodotti dall'Accademia e di cui si è fatta menzione, essere considerata, da un lato, adeguata all'obiettivo consistente nel garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del servizio di polizia di cui trattasi e, dall'altro lato, non eccedente quanto necessario al conseguimento di tale obiettivo".

In sostanza, la Corte, attraverso una puntuale ricognizione del fatto in base alle informazioni trasmesse dal giudice di rinvio, ha modulato la sua decisione in relazione al caso concreto.

In altri termini, l'applicazione del principio di "proporzionalità" ha portato a soluzioni diverse in ragione delle diversità dei "fatti" prospettati.

Ma qual'è l'impatto dei principi enunciati dalla Corte di giustizia sull'ordinamento nazionale?

In particolare, qual'è il rapporto tra il potere del giudice nazionale di "non applicare" la norma in contrasto con i "diritti" di non discriminazione contenuti nella Carta ed il rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Il caso Abercrombie, sul lavoro intermittente, fornisce, su questa questione, interessanti elementi di riflessione.

4. Il caso Abercrombie.

Esaminiamo, sia pure sommariamente, il caso Abercrombie c. Fich Italia srl che, dopo una pronuncia della Corte di appello di

Milano⁵⁵, è stata oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte di Cassazione⁵⁶.

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

Dall'1/1/2012 il contratto c.d. intermittente era stato convertito in contratto a tempo indeterminato senza specificazione delle ipotesi legittimanti previste dal d.lgs 276/03.

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

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

Per quanto riguarda il comportamento discriminatorio, la Corte di appello di Milano sottolineava come l'unico requisito rilevante al momento dell'assunzione del ricorrente, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs n. 276/03⁵⁷, fosse quello anagrafico (meno di 25 anni o più di 45).

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

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

⁵⁵ In Riv. it. dir. lav., 2015, II, 534, con nota di CALAFA'.

⁵⁶ Cass, sez. lavoro, Ordinanza 29 febbraio 2016, n. 3982.

⁵⁷ Sull'evoluzione della disciplina sul lavoro intermittente si veda ROMEI, Il contratto di lavoro intermittente, in G. Santoro-Passarelli, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico, Torino, 2014, pag. 494 e seg..

La Corte di cassazione, preferendo *"evitare lo sdrucchiolevole terreno della disapplicazione⁵⁸"*, percorso in silenzio dalla Corte di merito⁵⁹ ha rimesso la questione alla Corte di giustizia.

La scelta operata dalla Suprema Corte appare preferibile.

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

La ratio della previsione dell'obbligo di rinvio in capo alle giurisdizioni di ultima istanza risiede, evidentemente, nel fatto che esse costituiscono l'ultima sede in cui è possibile operare il rinvio. A tale ragione, però, si aggiunge la considerazione che tale obbligo *"mira ad evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie"*⁶⁰.

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

La questione fu affrontata dalla Corte di giustizia nella fondamentale sentenza CILFIT del 1982⁶¹.

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

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

⁵⁸ Cfr. COMANDE, Requisito anagrafico e contratto di lavoro intermittente: la scure del principio fondamentale di non discriminazione per ragioni di età, in www.rivistalabor.it

⁵⁹ Sul tema si veda la nota di CALAFA' alla sentenza della Corte di appello di Milano, cit., pag. 544.

⁶⁰ Cfr. CGUE Sentenza 12 giugno 2008, causa C-458/06.

⁶¹ CGUE 6 ottobre 1982, causa C-283/81.

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

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

Scelta condivisibile, perlomeno, per due ragioni.

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

In secondo luogo, perché ribadisce, sia pure implicitamente, che il compito di assicurare la c.d. nomofilachia europea⁶² spetta alla Corte di giustizia, sia pure con la collaborazione dei giudici nazionali.

ROBERTO COSIO

⁶² Sul tema si veda COSIO, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una nomofilachia europea, in www.europeanrights.eu relazioni 15 aprile 2016.