



ORDINE AVVOCATI TORINO
COMMISSIONE PARI OPPORTUNITÀ
COMMISSIONE SCIENTIFICA



CORSO DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

La discriminazione dei lavoratori per età

Focus Group

Torino, 14 aprile 2016

coordinatore: **Federico GRILLO PASQUARELLI**
Consigliere Sezione Lavoro
Corte d'Appello di Torino

Licenziamento collettivo – Criterio di scelta della prossimità al pensionamento

App. Firenze 27.03.2006, Poste It. c. Olivieri – nel 2001 Poste Italiane apre una procedura di mobilità per la riduzione di 9.000 posti di lavoro su tutto il territorio nazionale, che si conclude il 17.10.2001 con un accordo con le OO.SS. nazionali che individua, quale unico criterio di scelta del personale da licenziare, quello del possesso dell'anzianità contributiva sufficiente all'immediata fruizione della pensione di anzianità o di vecchiaia.

Il criterio della prossimità al pensionamento è, almeno astrattamente, un criterio certo e oggettivo, che permette di formare una graduatoria rigida e può essere applicato e controllato senza alcun margine di discrezionalità da parte del datore di lavoro; tuttavia, ove questo sia l'unico criterio di selezione ed, in concreto, *“si riveli insufficiente a individuare i dipendenti da licenziare (se, ad esempio, il numero dei dipendenti in possesso dei requisiti per accedere al pensionamento è superiore al numero degli esuberanti dichiarati), esso diviene automaticamente illegittimo se non combinato con un altro criterio di selezione interna”* (Cass. 12781/2003, Cass. 1938/2011), quale avrebbe potuto essere – nel caso di un'azienda, come Poste Italiane, diffusa in tutto il territorio nazionale – il criterio delle concrete esigenze tecnico-produttive delle singole realtà territoriali (regionali o provinciali).

La Corte d'Appello di Firenze segnala, anzitutto, questo profilo di illegittimità dell'unico criterio di scelta basato sulla prossimità al pensionamento, che *“rischia di contraddire in radice l'esistenza del nesso causale tra ragioni economiche e interventi concreti di riduzione del personale sul territorio”*; inoltre, richiama la sentenza *Mangold* (CGUE 22.11.2005 - C-144/04) e la proclamazione del principio di non discriminazione per ragioni di età come principio sovraordinato rispetto a tutte le fonti legali dagli Stati membri ed alla

stessa produzione normativa comunitaria, e ne trae l'affermazione dell'illegittimità intrinseca dell'operazione condotta da Poste Italiane e sfociata, nel citato accordo del 17.10.2001, nell'individuazione «secca», quale unico criterio di scelta del personale da licenziare, dell'anzianità contributiva sufficiente all'immediata fruizione della pensione di anzianità o di vecchiaia.

La giurisprudenza di legittimità appare tuttora divisa sulla sufficienza del ricorso al solo criterio della prossimità alla pensione nella scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, pur muovendosi nell'ambito del principio di non discriminazione come sancito dall'art. 15 della L. 300/1970, ed evitando finora di misurarsi direttamente con il principio comunitario di non discriminazione per ragioni di età.

Secondo un primo orientamento *“occorre garantire contemporaneamente sia la coerenza del licenziamento collettivo con la sua legittima finalità, sia l'obiettivo (complementare) della tendenziale riduzione al minimo del cosiddetto 'impatto sociale'. La procedura concorsuale di tipo espulsivo dovrebbe, così, condurre a: 1) licenziare solo ed esclusivamente quei lavoratori che, in relazione all'attività da loro svolta ed in connessione con i motivi tecnici organizzativi e produttivi, sono in effetti obiettivamente necessari per eliminare l'eccedenza del personale; 2) in tale ambito, a licenziare i lavoratori che ragionevolmente subiranno un danno comparativamente minore, selezionandoli sulla base di criteri generali, imparziali. La individuazione dei licenziandi deve quindi necessariamente procedere per gradi successivi, attraverso una fase essenziale di preliminare definizione del cosiddetto 'ambito di applicazione' (ovvero la predeterminazione quantitativa e qualitativa della 'eccedenza') cui deve seguire poi l'adozione dei 'criteri di scelta', per selezionare, in concreto, i singoli lavoratori che, rientrando in tale area di 'eccedenza', sono, per un ragionevole motivo, licenziabili comparativamente con minor danno 'sociale”* (Cass. 6959/2013; nello stesso senso, Cass. 21300/2006).

Il secondo orientamento, invece, afferma decisamente che *“ove il criterio di scelta adottato nell'accordo sindacale tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali sia unico e riguardi la possibilità di accedere al prepensionamento, tale criterio sarà applicabile a tutti i dipendenti dell'impresa a prescindere dal settore al quale gli stessi siano assegnati, restando perciò irrilevanti i settori aziendali di manifestazione della crisi cui il datore di lavoro ha fatto riferimento nella comunicazione di avvio della procedura”* (Cass. 14170/2014; nello stesso senso, Cass. 19457/2015 che, richiamando giurisprudenza precedente, aggiunge che *“deve ritenersi razionalmente giustificato il ricorso al criterio della prossimità al trattamento pensionistico, senza che assuma alcun rilievo la circostanza che non sia operata alcuna distinzione tra pensione di anzianità e di vecchiaia, con conseguente coinvolgimento di lavoratori con bassa pensione, dovendosi operare il raffronto con i lavoratori più giovani; né tra la posizione dei lavoratori maschi e quella delle donne, svantaggiate in considerazione dei più bassi limiti di età richiesti per il loro pensionamento, dovendo la posizione di queste ultime essere riguardata in relazione a quella delle altre donne e degli uomini che non possono accedere alla pensione. Profili discriminatori (astrattamente parlando censurabili anche sotto il profilo della violazione dell'art. 21 della Carta di Nizza posto che certamente si muoviamo nel 'cono d'ombra' del diritto dell'Unione) non emergono nella vicenda visto che il criterio di scelta intuitivamente protegge i lavoratori più esposti sul piano personale”*).

Per verificare quest'ultima affermazione della S.C., tuttavia, occorrerebbe chiedersi se un accordo collettivo che prevede, come unico criterio di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, il criterio della prossimità al pensionamento: a) rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea; b) se esso realizzi una disparità di trattamento in base all'età; c) se tale disparità di trattamento risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e d) se i mezzi utilizzati siano appropriati e necessari a conseguire tale finalità.

Direi che si può rispondere: a) sì, perché rientra nelle “condizioni di licenziamento” (art. 3, n. 1, lett. c) della Direttiva 2000/78); b) sì, perché impone un trattamento meno favorevole ai lavoratori che abbiano compiuto l’età minima richiesta per il pensionamento di vecchiaia o di anzianità; c) sì, perché coerente con l’obiettivo della riduzione dell’impatto sociale dei licenziamenti, proteggendo i lavoratori sprovvisti di altra fonte di reddito e colpendo solo coloro che possono contare su una prestazione pensionistica; d) va verificato in concreto che il criterio di scelta non si basi “unicamente su un’età determinata” ma prenda “altresì in considerazione la circostanza che gli interessati beneficino al termine della loro carriera professionale di una compensazione economica per mezzo della concessione di una pensione di vecchiaia” (CGUE 16.10.2007.10.16 - C-411/05 - Palacios de la Villa).

Licenziamento individuale – Lavoratori ultra65enni

Trib. Genova 3.12.2012 n. 1605 – Ogliosi c. Coopservice – licenziamento di lavoratrice ultra65enne in possesso dei requisiti contributivi per l’accesso alla pensione di vecchiaia, in applicazione della regola di libera recondibilità ex art. 4 L. 108/1990, ma che non ha ancora conseguito la massima anzianità contributiva.

Il Tribunale procede a verificare la legittimità della norma nazionale attraverso i tre momenti di controllo, diretti ad accertare: 1) se l'applicazione del criterio dell'età determini una disparità di trattamento tra situazioni giuridiche comparabili; 2) se tale disparità sia giustificata da un'obiettiva finalità legittima; 3) se la disparità sia adeguata e necessaria a perseguire questa finalità.

Secondo il giudice genovese, la scelta aziendale ha “*certamente discriminato la ricorrente rispetto agli altri lavoratori che, per ragioni di età, hanno invece conservato il posto di lavoro nella stessa azienda*”.

Quanto alle finalità della norma, ricorda che le finalità legittime “*devono presentare un carattere di interesse generale*”, cioè devono distinguersi “*dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività*” (CGUE 5.3.2009 - C-388/07 - Age Concern England) ed osserva che “*nell’attuale contingenza economica il nostro legislatore è mosso dall’interesse preminente al contenimento della spesa pubblica e dei costi di previdenza obbligatoria. Gli interventi normativi in materia di età pensionabile, sono stati orientati nell’epoca più recente da una tendenza all’avanzamento e, contestualmente, alla parificazione di genere uomo/donna. Perciò un’interpretazione della norma dell’art. 4 l. 108/90 favorevole ad una recondibilità priva di vincoli si porrebbe nell’esclusivo o preminente interesse dell’impresa, la quale potrebbe avvalersi del criterio dell’età per selezionare il personale e compiere le proprie scelte di assetto dell’organico*”.

La conclusione, pertanto, è che “*la disparità di trattamento realizzata nei confronti della ricorrente deve ritenersi ingiustificata, poiché compiuta avvalendosi d’una disposizione di legge in modo non rispondente a finalità d’interesse generale e, dunque, legittime ... il recesso della convenuta, per essere legittimo, non avrebbe dovuto fondarsi esclusivamente sulla motivazione dell’età anagrafica. Questa soluzione è altresì coerente col carattere eccezionale delle ipotesi di licenziamento privo di giustificazione, quale è ormai da ricavarsi anche in base all’art. 30 della Carta dei diritti dell’Unione*”.

Tale soluzione, tuttavia, non sembra coerente con CGUE 5.7.2012 - C-141/11 – Hörnfeldt: in questa sentenza, la Corte risponde al rinvio pregiudiziale del giudice svedese, che chiedeva se l’art. 6, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2000/78 dovesse essere interpretato nel senso che esso osta ad un provvedimento nazionale che permette ad un datore di lavoro di porre fine al contratto di lavoro di un suo dipendente per il solo motivo che quest’ultimo ha raggiunto l’età di 67 anni, senza tenere conto del livello

della pensione di vecchiaia che l'interessato percepirà. La Corte, esaminando il profilo delle "finalità legittime" della norma nazionale, ha osservato che *"la cessazione automatica dei rapporti di lavoro dei lavoratori subordinati che soddisfano le condizioni contributive e di anzianità per beneficiare della liquidazione dei loro diritti pensionistici fa parte, da molto tempo, del diritto del lavoro di numerosi Stati membri ed è uno strumento diffuso nei rapporti lavorativi. Tale meccanismo si basa su un equilibrio tra considerazioni di ordine politico, economico, sociale, demografico e/o di bilancio, e dipende dalla scelta di prolungare la durata della vita attiva dei lavoratori o, al contrario, di prevederne un pensionamento precoce"*.

Quanto al profilo della proporzionalità dell'intervento e al carattere strettamente necessario del meccanismo di cessazione automatica del contratto di lavoro, previsto dalla legislazione svedese, che non prevedeva che il livello della pensione di vecchiaia che l'interessato avrebbe percepito potesse essere preso in considerazione, la Corte ha osservato che la regola dei 67 anni *"non si basa esclusivamente sul fatto che sia stata raggiunta una determinata età, ma tiene conto sostanzialmente della circostanza che il lavoratore benefici, al termine della sua carriera professionale, di una compensazione finanziaria mediante un reddito sostitutivo che assume la forma di una pensione di vecchiaia"*; in conclusione, *"non si può validamente sostenere che la direttiva 2000/78 osti ad un provvedimento nazionale come quello di cui trattasi"* (nello stesso senso, CGUE 12.10.2010 – C-45/09 - Rosenbladt)

Trib. Roma 14.10.2014, R.G. 13161/2014 – Di Prete c. COTRAL spa – licenziamento di dirigente con effetto alla data di compimento del 65° anno di età (1°.5.2014), in applicazione dell'art. 22 CCNL Dirigenti Aziende Industriali che consente la risoluzione del rapporto di lavoro del dirigente, quando questi sia in possesso dei requisiti per la pensione di vecchiaia o abbia superato i 65 anni – Ma l'art. 24, comma 6, lett. c), D.L. 201/2011, conv. in L. 214/2011, ha innalzato, con decorrenza dal 1°.1.2012, l'età pensionabile a 66 anni. L'azienda ha difeso tale scelta e sostenendo che l'art. 22 CCNL è norma valida che fa risorgere il diritto al libero recesso del datore di lavoro, in funzione di tutela dell'interesse collettivo a liberare il posto per agevolare l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro.

Il Tribunale ritiene che il dirigente *"sia stato trattato meno favorevolmente di come, nelle medesime condizioni, sarebbe stato trattato un altro lavoratore di età diversa"* e che dunque il suo licenziamento costituisca oggettivamente un atto di discriminazione diretta, vietato ex art. 2, comma 1, lett. a), D.Lgs. 216/2003: ciò emerge dal fatto che *"il datore di lavoro nella lettera di licenziamento ha richiamato soltanto la clausola del contratto collettivo che lo autorizzava a recedere per ragioni di età"*, senza dedurre né provare che *"il licenziamento trovasse altre obiettive e prevalenti giustificazioni, e che dunque l'intento discriminatorio in base all'età fosse subvalente o assente"*.

Il Tribunale osserva che *"l'art. 22 CCNL giustifica la (altrimenti immotivata) risoluzione del rapporto di lavoro del lavoratore che sia in possesso dei requisiti o abbia già superato il 65° anno di età, in quanto, e a condizione che, questi possa accedere in modo indolore alla pensione. Analogamente, può ammettersi che l'art. 3, comma 4-bis, D.Lgs. 216/2003 autorizzi i trattamenti differenziati (compresi quelli incidenti sulle condizioni di licenziamento) quando questi abbiano lo scopo di favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi lavoratori che il trattamento differenziato subiscono. Ove ciò non sia, perché ad esempio l'età pensionabile sia stata medio tempore innalzata dalla legge oltre i 65 anni, il trattamento differenziato non trova più giustificazione, perché esso non garantisce alcuna protezione dei lavoratori e anzi lascia scoperto un periodo tra la cessazione del rapporto e l'inizio del trattamento previdenziale ... Poiché nella specie è pacifico che alla data di efficacia del recesso il ricorrente non aveva i requisiti per accedere alla pensione di vecchiaia, l'art. 22 CCNL diviene inapplicabile"*.

In questo modo, il Tribunale ha dato dell'art. 22 CCNL un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, richiamando CGUE 16.10.2007.10.16 - C-411/05 - Palacios de la Villa, che ha dichiarato non in contrasto con

il divieto di discriminazioni basate sull'età e con la Direttiva 2000/78 la norma di un contratto collettivo che autorizzava il licenziamento dei lavoratori che avessero raggiunto il limite di età per accedere al pensionamento ed avessero i requisiti per conseguire una pensione di vecchiaia di tipo contributivo, proprio *"in quanto la normativa pertinente non si basa unicamente su un'età determinata, ma prende altresì in considerazione la circostanza che gli interessati beneficino al termine della loro carriera professionale di una compensazione economica per mezzo della concessione di una pensione di vecchiaia"*.

Occupazione giovanile – Forme contrattuali flessibili

App. Milano 15.4.2014 – R.G. 1044/2013 – Bordonaro c. Abercrombie & Fitch Italia srl – Il sig. Bordonaro viene assunto da Abercrombie il 14.12.2010, con inquadramento al 6° liv. CCNL Commercio, con contratto a chiamata a tempo determinato (c.d. lavoro intermittente) di iniziali quattro mesi, poi prorogato fino al 10.12.2011 ex art. 33 D. Lgs. 276/2003, in relazione al fatto che alla data di assunzione aveva meno di 25 anni ed era disoccupato; dal 1.1.2012 il contratto viene convertito a tempo indeterminato; terminato in data 26.7.2012 il piano di lavoro, il dipendente non viene più inserito nella programmazione successiva e rimane in attesa di convocazione; a seguito di scambi di e-mail, gli viene comunicato che, avendo egli compiuto 25 anni ed essendo venuto meno in tal modo il requisito soggettivo dell'età, il rapporto di lavoro era da considerarsi cessato alla suddetta data.

Alla data in cui il sig. Bordonaro è stato assunto l'art. 34 D.Lgs 276/2003 (successivamente modificato dalla L. 92/2012) prevedeva che: *"Il contratto di lavoro intermittente può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero per il periodo predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno ai sensi dell'articolo 37. Il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di 25 anni di età ovvero da lavoratori con più di 45 anni di età anche pensionati..."*

All'epoca, pertanto, l'unico requisito richiesto per il contratto intermittente era rappresentato dall'età anagrafica (meno di 25 o più di 45 anni), e il sig. Bordonaro aveva meno di 25 anni: non era richiesto, ad esempio, che il giovane fosse disoccupato da un certo tempo, che fosse in cerca di prima occupazione, o in mobilità, o privo di formazione professionale ecc.

La Corte d'Appello richiama la sentenza CGUE 22.5.2005 - C-144/04 - Mangold, nella quale è trattata la questione di un contratto a termine acausale applicabile ai soli lavoratori che avevano compiuto una certa età (52 anni): la CGUE ha osservato che ciascuno Stato membro poteva certamente predisporre un contratto divergente da quello ordinario a tempo indeterminato per la presenza di profili svantaggiosi per il lavoratore al fine di perseguire l'obiettivo di favorire l'occupazione di soggetti con difficoltà di accesso al lavoro, purché però lo strumento utilizzato non fosse sproporzionato rispetto alla finalità da realizzare essendo basato sull'esclusivo requisito dell'età.

La CGUE, in particolare, ha affermato che *"una siffatta normativa, nella misura in cui considera l'età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età, in quanto tale, indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi e dalla situazione personale dell'interessato, sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita"*.

La Corte di Giustizia ha infine evidenziato come l'art. 6 della direttiva 2000/78 imponga, per rendere accettabile un trattamento differenziato sulla base dell'età, due precisi requisiti dettati dalla finalità legittima e dalla proporzionalità e necessità dei mezzi utilizzati per il perseguimento degli obiettivi, principi peraltro richiamati anche dall'art. 4 ter D.Lgs 216/2003 attuativo della Direttiva.

Secondo la Corte d'Appello di Milano *“detti requisiti non appaiono rinvenibili nella disciplina predisposta dal legislatore nazionale il quale si è limitato a introdurre un trattamento differenziato che trova fondamento esclusivamente sull'età senza alcuna altra specificazione, non avendo richiamato alcuna ulteriore condizione soggettiva del lavoratore (disoccupazione protratta da un certo tempo o assenza di formazione professionale per esempio) e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile. Il mero requisito dell'età pertanto non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente più pregiudizievole, per le condizioni che lo regolano, di un ordinario contratto a tempo indeterminato e la discriminazione che si determina rispetto a coloro che hanno superato di 25 anni non trova alcuna ragionevole ed obiettiva motivazione. Analogamente nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25°anno, il contratto debba essere risolto. Si consideri altresì il fatto che per coloro che hanno meno di 25 non è neppure previsto che si tratti di contratti conclusi per lo svolgimento di prestazioni discontinue o intermittenti secondo le esigenze individuate dalla contrattazione collettive così come regolato dal co. 1 dell'art 34; diversità di trattamento che anche sotto tale aspetto non trova alcuna valida e ragionevole comprensione. Alla luce di quanto esposto emerge con evidenza il contrasto tra quanto disposto dal co. 2 dell'art. 34 D.Lgs 276/2003 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 pertanto, alla luce di quanto fin qui esposto, il contenuto discriminatorio della norma in esame, va censurato il comportamento della società appellata che ha proceduto all'assunzione di Bordonaro con un contratto intermittente esclusivamente sulla base della sua età anagrafica.*

Quanto infine alla considerazione che non si potrebbe parlare di comportamento discriminatorio in quanto la società si sarebbe limitata ad applicare una disposizione di legge vigente e che tale comportamento sarebbe pertanto privo di quei caratteri di intenzionalità e volontà lesiva, la stessa appare ininfluente. Il legislatore configurando anche le ipotesi di discriminazione indiretta ha infatti voluto far riferimento a quei comportamenti che per quanto privi da parte del soggetto agente di un intento discriminatorio vengono comunque ad assumere tale connotato. L'elemento soggettivo non ha pertanto alcuna valenza ... atteso che ciò che rileva è l'esito finale costituito dall'obiettiva condizione di trattamento disuguale sulla base esclusivamente dell'essere o meno cittadini. Conseguentemente Abercrombie Fitch Italia srl va condannata a rimuovere gli effetti della sua condotta discriminatoria e, ritenuto che tra le parti è insorto di fatto un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con inquadramento al 6° liv. CCNL Commercio e con orario part time (sulla base della descrizione delle modalità lavorative esposte in atti da entrambe le parti) e che tale rapporto non è mai stato validamente risolto, a riammettere Bordonaro nel posto di lavoro ed a risarcirgli il danno nella misura di 14.540,00 oltre interessi e rivalutazione dalla data della sentenza al saldo. Il danno viene così determinato tenendo conto della retribuzione media mensile percepita nel corso del rapporto ammontante a € 727,00 (non contestata) da agosto 2012 alla data della sentenza”.

Abercrombie & Fitch ha proposto ricorso per cassazione e **Cass. 29.2.2016 n. 3982** ha sollevato la questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE, chiedendo alla CGUE *“se la normativa nazionale di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 276/2003, secondo la quale il contratto di lavoro intermittente può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con meno di venticinque anni di età, sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78 e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 21, n. 1)”.*

