



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Veronica Papa

Il fattore *new-comer* di discriminazione e il suo
contemperamento con le politiche sociali nazionali.
A proposito di tre recenti sentenze della
Corte di Giustizia

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 85/2010



©Veronica Papa 2010
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania
vpapa@lex.unict.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Il fattore *new-comer* di discriminazione e il suo
contemperamento con le politiche sociali nazionali.
A proposito di tre recenti sentenze della
Corte di Giustizia***

**Veronica Papa
Università di Catania**

1. <i>Last and least?</i> La discriminazione per motivi di età nell'ordinamento giuridico europeo	2
2. Il bilanciamento tra principio di non discriminazione per età e legittime finalità di politica sociale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	4
3. I limiti di liceità dei criteri di differenziazione <i>age-related</i> nei casi <i>Wolf</i> , <i>Petersen</i> e <i>Kücükdeveci</i>	7
3.1 I casi <i>Wolf</i> e <i>Petersen</i> : il declino delle capacità di lavoro connesso all'età tra essenziali requisiti occupazionali e legittime finalità di politica sociale.....	8
3.1.1 ... segue: la discriminazione nei riguardi dei lavoratori anziani tra " <i>kernel effect</i> " e pregiudizi	12
3.2 La sentenza <i>Kücükdeveci</i> . Esigenze di gestione flessibile dei dipendenti e graduazione dei termini di preavviso di licenziamento in base all'età: obiettivi legittimi e mezzi inadeguati	15
3.3 La c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive: un altro passo verso l'efficacia diretta orizzontale?	18
4. Considerazioni conclusive: le asimmetrie interpretative del principio di non discriminazione.....	22

* Contributo proposto per la pubblicazione, nel n. 1/2011, alla redazione di *Diritti lavori mercati*.

1. *Last and least?* La discriminazione per motivi di età nell'ordinamento giuridico europeo

«Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione [...] tuttavia, in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri»¹.

Fin dai *considerando* della direttiva 2000/78 – che ha introdotto uno specifico divieto di discriminazione legato all'età nell'ordinamento giuridico comunitario², nel contesto di una direttiva volta a stabilire un «quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro» – la caratteristica protetta "età" esibisce vistose differenze rispetto agli altri criteri di differenziazione vietati dal diritto antidiscriminatorio europeo. E infatti, lungi dall'essere considerata meritevole di tutela giuridica in sé e per sé, quale diritto fondamentale della persona, la *ratio* del divieto di discriminazioni legate all'età viene espressamente riconnessa dal legislatore – in un'ottica che richiama alla mente il funzionalismo delle origini – alla realizzazione delle politiche occupazionali. Per di più, lo stesso riconoscimento del divieto di discriminazioni basate sull'età, dichiaratamente ancillare al buon funzionamento del mercato del lavoro, viene internamente limitato dall'esplicita ammissibilità di forme di differenziazione, giustificate, in particolare, dal perseguimento di «*obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale*».

Come ampiamente noto, infatti, tale divieto è oggetto di numerose eccezioni di portata generale, alcune delle quali sarebbero del tutto inimmaginabili se applicate ad altri fattori, quali ad esempio la razza o il genere³. Infatti, in aggiunta alle esclusioni dall'ambito di operatività del divieto in questione – relative alle forze armate e di polizia, sancite dall'art. 3, comma 4 – e a quelle determinate dalla sussistenza di un

¹ Considerando n. 25 direttiva 2000/78.

² Pur nella consapevolezza che, come ha ricordato CARUSO (*Diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *WP C.S.D.L.E.*, 2010, n. 81, p. 2), nella fase post-Lisbona, non si può più parlare di ordinamento comunitario, «ma di un diverso ordinamento giuridico: l'ordinamento dell'Unione Europea» e che tale mutamento istituzionale comporterà anche «un immediato riflesso lessicale» (dal momento che occorrerà, d'ora in poi, parlarsi di ordinamento europeo e non più comunitario), si utilizzerà comunque, per maggiore comodità e chiarezza espositiva, nel prosieguo di questo commento, il termine "comunitario".

³ Così SARGEANT, *Age Discrimination, Redundancy Payments and Length of Service*, in *Modern law review*, 2009, n. 4, p. 634.

indispensabile requisito di carattere occupazionale – ex art. 4 della direttiva – il legislatore comunitario, solo per la discriminazione legata all'età, ha introdotto una inusitata clausola generale di giustificazione delle discriminazioni dirette.

In particolare, l'art. 6, n. 1, stabilisce che gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione «*laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari*»⁴.

Le motivazioni del trattamento "discriminatorio" subito dal *ground* dell'età sono state ampiamente indagate. Senza dubbio, la consapevolezza della specificità dell'età rispetto alle altre caratteristiche protette può avere inciso sulla formulazione particolarmente "sfumata" del divieto di discriminazione in questione: «l'età è un criterio fluido» e per sua natura «non è un "indice" di discriminazione, almeno non alla stessa stregua, per esempio, della razza o del sesso»; inoltre le disparità di trattamento per motivi legati all'età sono «molto diffuse nell'ordinamento giuridico e, in particolare, nella legislazione sociale e del lavoro»⁵.

Con riferimento alla caratteristica protetta in discorso, poi, «stabilire dove finiscano le disparità giustificate e dove inizino quelle non giustificate può essere [...] molto più difficile che nel caso, per esempio, della disparità di trattamento in ragione del sesso»⁶: ed infatti se ogni differenza di trattamento basata su stereotipi risulta lesiva della dignità della persona, e dunque intrinsecamente discriminatoria, non tutte le differenze di trattamento basate sull'età possono essere considerate discriminatorie⁷.

⁴ Come si è condivisibilmente affermato, le previsioni derogatorie contenute nell'art. 6 appaiono qualitativamente differenti da quelle applicabili agli altri fattori di discriminazione vietati; per tutte le altre caratteristiche di differenziazione vietate, infatti, un principio generale e comunemente accettato stabilisce che la discriminazione diretta può essere giustificata solo con riferimento a specifiche eccezioni sancite dalla legge; in argomento, cfr. WADDINGTON, BELL (*More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives*, in *Common market law review*, 2001, n. 3, p. 599).

⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale del 23 settembre 2008, nella causa C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (caso noto come *Age Concern England*), punto 74.

⁶ Conclusioni *Age Concern England*, p. 74.

⁷ Peraltro, come ricordano WADDINGTON e BELL (*Reflecting on inequalities in European equality law*, in *European law review*, 2003, n. 3, p. 349), se l'appartenenza ad alcune categorie protette è da considerarsi del tutto ininfluenza sul corretto svolgimento di una prestazione lavorativa (si pensi alle ipotesi della razza o dell'orientamento sessuale), in

Un altro elemento cui generalmente si riconnette il trattamento differenziato riservato alla caratteristica protetta in questione è la scarsa dimestichezza degli Stati membri con un criterio generalmente utilizzato come strumento di organizzazione del mercato del lavoro e dei sistemi di welfare⁸; vale la pena infatti di ricordare che la considerazione del fattore "età" come *ground* vietato di discriminazione è relativamente recente⁹ rispetto agli altri motivi di discriminazione disciplinati dalla direttiva quadro 2000/78.

2. Il bilanciamento tra principio di non discriminazione per età e legittime finalità di politica sociale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'indagine sui margini di discrezionalità statale nella giustificazione delle disparità di trattamento direttamente connesse all'età si è collocata, nel corso degli anni, al centro delle attenzioni interpretative dei giudici comunitari, per lo più orientate, in questa materia, alla fissazione di argini interpretativi alla deroga in bianco contenuta nell'art. 6.

A partire dalla decisione resa nel caso *Mangold*¹⁰, infatti, la legislazione controversa – che prevedeva la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato a-causali con lavoratori "anziani" – dichiarata in contrasto con il principio generale di non discriminazione legata all'età, era stata sottoposta dalla Corte allo scrutinio di compatibilità con la direttiva-quadro proprio ai sensi della c.d. clausola di "*general defence*"¹¹.

Nonostante il test di legittimità delle misure di politica sociale direttamente discriminatorie, e tuttavia giustificabili ai sensi dell'art. 6.1., possa quantomeno considerarsi più stringente di quello correlato all'accertamento delle giustificazioni per le discriminazioni indirette¹², il

alcuni casi, le situazioni protette dalla direttiva possono influire sull'idoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa (così ad esempio nel caso dell'età o della disabilità).

⁸ Sul punto, v. BONARDI, *Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione Europea. I vecchi e i giovani: il punto di vista del diritto antidiscriminatorio*, in *Biblioteca della libertà*, 2008, n. 190, p. 65.

⁹ Cfr. FREDMAN, *Introduction*, in FREDMAN e SPENCER (a cura di), *Age as an equality issue. Legal and political perspectives*, 2003, Oxford, Portland, Hart, p. 1, che definisce l'età come un «*relative newcomer to the equality arena*».

¹⁰ Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*.

¹¹ Così la definisce HEPPLE, *Age Discrimination in Employment: Implementing the Framework Directive 2000/78/EC*, in FREDMAN e SPENCER (a cura di), cit., p. 85.

¹² Sulla differenza tra discriminazioni dirette e indirette con riguardo all'età, cfr., da ultimo, le conclusioni presentate il 6 maggio 2010 dall'Avvocato generale Kokott (nella causa 499/08, *Ole Andersen*) nelle quali è possibile leggere che se «*prima facie*, una distinzione

rigore necessario nella verifica dei parametri delineati dall'art. 6 non appare dissimile da quello richiesto in un ordinario test di proporzionalità.

Come ha chiarito l'Avvocato Generale Kokott nelle Conclusioni presentate nel recente caso *Andersen*: la «formulazione alquanto ridondante» dell'art. 6. non fa altro che definire «i requisiti generali, riconosciuti nel diritto dell'Unione, concernenti la giustificazione di una disparità di trattamento». Dunque, secondo l'interpretazione fornita dall'AG, nel complesso, ai fini della giustificazione di una discriminazione diretta in ragione dell'età si richiede soltanto che «la relativa misura si fondi su una finalità legittima e regga ad un esame della proporzionalità»¹³. Nella verifica della giustificabilità di una disposizione nazionale che utilizzi l'età quale diretto criterio di differenziazione tra situazioni giuridiche comparabili, occorrerà quindi verificare: a) se sussista una disparità di trattamento; b) se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima¹⁴ e c) se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità¹⁵.

Con riferimento alle tipologie di interessi perseguibili attraverso le disparità in commento, la Corte ha avuto modo di puntualizzare che «per il loro carattere d'interesse generale, tali finalità legittime sono diverse dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività, senza che peraltro si possa escludere che una norma nazionale riconosca, nel perseguimento delle suddette finalità legittime, un certo grado di flessibilità in favore dei datori di lavoro»¹⁶.

Qualche perplessità permane però sul grado di specificità delle giustificazioni in esame, dal momento che, leggendo le argomentazioni

[...] fondata sulla sussistenza o meno di un diritto esigibile alla pensione» sembra utilizzare «un criterio neutrale che solo sotto il profilo dei suoi effetti pratici si ripercuote in maniera negativa prevalentemente sui lavoratori anziani» (§ 33), in realtà il criterio della sussistenza di un diritto alla pensione di anzianità non può considerarsi «un criterio distintivo obiettivo, bensì un criterio direttamente legato all'età della persona di cui trattasi» (§ 38).

¹³ Conclusioni *Ole Andersen*, cit., par. 47.

¹⁴ Peraltro, nell'indagine sulla giustificabilità delle disposizioni nazionali, la valutazione della legittimità dei fini non dovrebbe mai essere disgiunta dall'analisi sulla congruità dei mezzi impiegati. Così, ad esempio, è avvenuto nel caso *Hütter* (Corte di Giustizia 18 giugno 2009, causa C-88/08, *David Hütter c. Technische Universität Graz*), laddove la Corte si è soffermata su una analisi delle finalità della normativa nazionale e sulla loro (s)proporzione rispetto alle disparità di trattamento operate dalla legislazione controversa.

¹⁵ Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, presentate il 30 giugno 2005, nella causa C-144/04, *Mangold contro Rüdiger Helm*, § 85.

¹⁶ Corte di Giustizia 5 marzo 2009 C-388/07, *The Incorporated Trustees of the National Council for Ageing c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, punto 46; questa impostazione sembra essere stata parzialmente superata con il riconoscimento della legittimità del fine della gestione flessibile dei dipendenti da parte del datore di lavoro nella sentenza *Kücükdeveci*, sulla quale, v. *infra*.

della Corte, sembrerebbe ammissibile ex art. 6 anche una normativa che non riporti alcuna giustificazione espressa, qualora la giustificazione stessa possa essere dedotta da altri elementi «attinenti al contesto generale della misura interessata»¹⁷.

Sul punto, a rimarcare ancora una volta il carattere di “fanalino di coda”¹⁸ del *ground* di discriminazione in esame, basta solo richiamare alla mente il differente grado di pregnanza assunto dall’indagine sulla legittimità delle discriminazioni (peraltro indirette) legate al sesso, nel caso *Seymour-Smith e Perez*, laddove si era affermato che «semplici affermazioni generiche, riguardanti l’attitudine di un provvedimento determinato a promuovere l’avviamento al lavoro, non sono sufficienti affinché risulti che l’obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che il detto provvedimento sia idoneo a contribuire alla realizzazione di questo obiettivo»¹⁹.

In ordine alla definizione del margine di apprezzamento statale nella scelta delle misure di politica sociale, poi, se del tutto consolidato appare il principio secondo cui «gli Stati membri dispongono di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione»²⁰, non altrettanto certi appaiono i parametri di valutazione della proporzionalità delle misure nazionali adottate nel perseguimento delle finalità di politica sociale.

E infatti, se, in *Mangold*, la Corte ha vagliato la possibilità per gli Stati membri di utilizzare l’età come strumento di regolazione del mercato del lavoro secondo i parametri di un “*intensive scrutiny*”²¹, la giurisprudenza successiva appare per lo più indirizzata nel senso della diluizione interpretativa del test di proporzionalità. Basta, a tal fine, comparare il “*searching scrutiny*”²² adottato nella sentenza immediatamente successiva in materia di discriminazione connessa all’età

¹⁷ Corte di Giustizia, 16 ottobre 2007, C-411/95, *Félix Palacios de la Villa e Cortefiel Servicios SA*, paragrafo 57.

¹⁸ IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, p. 14.

¹⁹ Corte di giustizia 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *Regina e Secretary of State for Employment, ex parte: Nicole Seymour-Smith e Laura Perez*, paragrafo 76. In questo senso, v. CONNOLLY, *Forced retirement, age discrimination and the Heyday*, in *Industrial law journal*, 2009, n. 2, p. 235.

²⁰ Cfr. le sentenze *Mangold*, punto 63, e *Palacios de la Villa*, punto 68.

²¹ Così KILPATRICK (*The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective*, in *industrial law journal*, 2009, p. 188).

²² KILPATRICK, *The ECJ and Labour Law*, cit., p. 188.

(caso *Palacios de la Villa*²³) – laddove si è affermata la legittimità della misura nazionale controversa qualora «la misura in parola, benché fondata sull'età, sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima relativa alla politica del lavoro e al mercato del lavoro» – per accorgersi dello slittamento dello standard di compatibilità della disposizione nazionale (in ipotesi) discriminatoria dal paradigma della necessità a quello della mera non irragionevolezza.

3. I limiti di liceità dei criteri di differenziazione *age-related* nei casi *Wolf*, *Petersen* e *Kücükdeveci*

Con le decisioni rese nei casi *Wolf*²⁴, *Petersen*²⁵ e *Kücükdeveci*²⁶, la Corte di Giustizia è tornata a esercitare la sua «peculiare funzione nomofilattica»²⁷ su profili afferenti all'interpretazione del motivo di discriminazione "più giovane"²⁸ del diritto antidiscriminatorio comunitario.

Le questioni sollevate dalle autorità giudiziarie rinviante avevano ad oggetto la compatibilità con la direttiva-quadro di alcune previsioni legislative in vigore nell'ordinamento tedesco e, in particolare, vertevano sulla possibilità per il legislatore nazionale di giustificare discriminazioni dirette ai danni di lavoratori anziani (o giovani, nel caso *Kücükdeveci*) sulla base di caratteristiche presuntivamente correlate all'età degli stessi.

Più in dettaglio, nel caso *Wolf*, la disposizione sottoposta alla verifica di conformità ai canoni del diritto antidiscriminatorio comunitario prevedeva la fissazione di limiti massimi di età per l'assunzione nel servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco; nel caso *Petersen*, il rinvio pregiudiziale aveva ad oggetto la giustificabilità del limite di 68 anni quale età massima per l'esercizio della professione di dentista convenzionato; infine, nella sentenza *Kücükdeveci*, si discuteva della compatibilità comunitaria di una disposizione che stabiliva un'età minima

²³ Nel caso *Palacios de la Villa*, la disposizione oggetto di controversia consentiva l'automatica risoluzione del rapporto di lavoro al raggiungimento di una data età e di una pensione minima. Nello stesso senso v. anche LOI, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 4, p. 508 ss.

²⁴ Corte di giustizia 12 gennaio 2010, *Wolf c. Stadt Frankfurt am Main* (C-229/08).

²⁵ Corte di giustizia 12 gennaio 2010, *Petersen c. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (C-341/08).

²⁶ Corte di giustizia 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co KG* (C-555/07).

²⁷ Così la definisce BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, 2007, Milano, Giuffrè, p. XXXVIII.

²⁸ L'espressione è utilizzata da BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA, cit., p. 125.

per il computo dei periodi di lavoro rilevanti ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento.

Gli interrogativi emergenti dai casi in commento sono numerosi e chiamano in causa, nei casi *Wolf* e *Petersen*, gli incerti confini della discrezionalità concessa ai legislatori nazionali dalla clausola di giustificazione "*omnibus*" dettata dalla direttiva (ex art. 6.1.) e il rapporto tra la causa di giustificazione in argomento e l'eccezione motivata dalla sussistenza di requisiti indispensabili per lo svolgimento dell'attività lavorativa (ex art. 4.1); nella sentenza *Kücükdeveci*, la questione degli effetti orizzontali del principio generale di non discriminazione per età e dei poteri del giudice nazionale nelle ipotesi di contrasto insanabile, emergente in una controversia interprivata, tra le disposizioni interne e la direttiva.

Se, come si è visto, le disposizioni sottoposte allo scrutinio di legittimità della CGUE nei casi *Wolf* e *Petersen*, malgrado la divergenza degli strumenti giuridici utilizzati per la risoluzione delle due controversie²⁹, appaiono tendenzialmente ricollegabili al tema della fissazione di limiti massimi di età e sono dunque suscettibili di una considerazione unitaria (§. 3.1); parzialmente diversa appare la materia del contendere, così come il rilievo "ordinamentale", della sentenza *Kücükdeveci*, la quale sarà per questa ragione oggetto di trattazione autonoma (§. 3.2).

3.1 I casi *Wolf* e *Petersen*: il declino delle capacità di lavoro connesso all'età tra essenziali requisiti occupazionali e legittime finalità di politica sociale

Come anticipato *supra*, nel caso *Wolf* si chiedeva ai giudici di Lussemburgo di stabilire se l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78 consentisse di giustificare la fissazione di un limite massimo di età (30 anni) per l'assunzione nel servizio tecnico dei vigili del fuoco. Nel caso *Petersen*, la questione aveva ad oggetto la compatibilità con la direttiva di una normativa nazionale che disponeva un limite di età massima (68 anni) per l'esercizio dell'attività di dentista convenzionato.

In entrambe le decisioni, mentre le autorità giudiziarie rinvianti avevano ritenuto che l'indagine sulla legittimità comunitaria delle misure nazionali dovesse essere condotta con riferimento all'art. 6 della direttiva, la Corte ha operato una qualificazione divergente dei parametri di valutazione delle differenziazioni di trattamento³⁰.

²⁹ Ossia la finalità legittima di politica sociale, in un caso, e la sussistenza di un requisito indispensabile allo svolgimento del lavoro, nell'altro, come si avrà modo di precisare *infra*.

³⁰ Sulle conseguenze interpretative del mutamento "d'ufficio" dei parametri di giudizio, operato dai giudici comunitari nei casi in commento, si v. *infra*, § 3.1.1. In argomento cfr.

Con una interessante puntualizzazione circa i limiti procedurali del sindacato in via pregiudiziale, si è infatti affermato che la Corte può fornire all'autorità giudiziaria nazionale tutti gli elementi interpretativi del diritto comunitario che possano consentire di dirimere la controversia, «a prescindere dal fatto che il detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni»³¹.

Su queste premesse, nel caso *Wolf*, i giudici comunitari hanno provveduto ad esaminare la legittimità del limite massimo di età per l'assunzione sul fondamento dell'esimente delineata dall'art. 4, n. 1, ai sensi del quale una disparità di trattamento basata su una «*caratteristica correlata*» a uno dei criteri di differenziazione vietati non costituisce discriminazione, laddove tale caratteristica costituisca un «*requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*»³².

Nell'affermare la legittimità del fine sotteso alla disparità di trattamento direttamente connessa all'età dei candidati all'assunzione, la Corte ha richiamato *ad adiuvandum* il diciottesimo considerando della direttiva, secondo il quale quest'ultima non può avere l'effetto di costringere i servizi di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano «*i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare*».

Per ciò che attiene al profilo dell'essenzialità e indispensabilità del requisito della prestanza fisica per lo svolgimento dell'attività di vigile del fuoco, la Corte ha avuto modo di rilevare – accogliendo, sul punto, i chiarimenti forniti dal governo tedesco – che i componenti del servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco svolgono compiti (quali, ad esempio, la lotta agli incendi o il soccorso alle persone) particolarmente impegnativi dal punto di vista della forza fisica. Premesse queste considerazioni, si è ritenuto che il possesso di capacità fisiche particolarmente elevate possa essere considerato un requisito essenziale e determinante, ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, per l'esercizio della professione di vigile del fuoco.

CURCIO, *Corte di giustizia e divieto di discriminazioni: novità giurisprudenziali*, in www.europeanrights.eu.

³¹ Cfr. la sentenza *Wolf*, punto 32, e, con formulazione analoga, v. il paragrafo 48 della sentenza *Petersen*.

³² Con riferimento alla correlazione, imposta dall'esimente in discorso, tra la caratteristica indispensabile allo svolgimento del lavoro (in questo caso, la prestanza fisica) e il motivo di differenziazione utilizzato dal legislatore (ossia l'età), i giudici comunitari, sulla base di dati scientifici prodotti dal governo tedesco, derivanti da studi condotti nell'ambito della medicina del lavoro, hanno ritenuto sussistente il nesso tra (giovane) età e possesso di capacità fisiche idonee allo svolgimento del servizio.

Con riguardo al test di proporzionalità in senso stretto, poi, i giudici hanno sottoposto a scrutinio tanto l'idoneità del limite di età rispetto al perseguimento della finalità dichiarata, quanto la sua non eccedenza rispetto a ciò che è necessario per il suo raggiungimento. In questa prospettiva - dopo aver ricordato che l'età di assunzione del funzionario determina il periodo di tempo «durante il quale egli sarà in grado di svolgere compiti impegnativi dal punto di vista fisico» e che un'assunzione in età avanzata non può considerarsi idonea ad assicurare che «i funzionari così impiegati siano assegnati a detti compiti per una durata sufficientemente lunga»³³ - la Corte ha affermato la compatibilità del limite massimo di età per l'assunzione con l'art. 4 della direttiva.

Nel caso *Petersen*, il giudice del rinvio aveva individuato tre obiettivi perseguiti dalla legislazione controversa: la tutela della salute dei pazienti; la ripartizione delle possibilità di impiego tra le generazioni e l'equilibrio finanziario del sistema sanitario tedesco.

Anche in questa occasione, la Corte ha proceduto ad una ri-qualificazione della questione giuridica sottoposta al suo sindacato. Ed infatti, con riferimento alla giustificabilità della disparità di trattamento direttamente motivata dall'età, il percorso argomentativo si è snodato lungo due direttrici diverse.

In primo luogo, i giudici hanno vagliato la legittimità dell'obiettivo della tutela della salute dei pazienti secondo i dettami dell'art. 2, n. 5 della direttiva, ai sensi del quale la stessa lascia impregiudicate le misure nazionali che si rendano necessarie ai fini della tutela di alcuni interessi tipicamente riconnessi alla sovranità statale, tra cui la salute dei cittadini. Sulla base di questa disposizione, la Corte ha ritenuto che uno Stato membro possa legittimamente fissare un limite di età all'esercizio di una professione medica, quale quella di dentista, per tutelare la salute dei pazienti, giungendo, tuttavia, all'esito della valutazione delle eccezioni alla normativa nazionale controversa, a dichiararne l'incoerenza (e dunque l'illegittimità) rispetto al fine della tutela della salute degli utenti. In particolare, si è ritenuto che l'esclusione dal campo di applicazione del limite massimo di età dei medici non convenzionati costituisca una deroga talmente ampia da inficiare la credibilità del fine di tutela della salute dei pazienti³⁴.

³³ Sentenza *Wolf*, p. 43.

³⁴ La valutazione delle deroghe alla normativa controversa ha consentito alla Corte di formulare l'importante affermazione di principio secondo cui una deroga al «divieto di discriminazioni [...] deve essere interpretata restrittivamente» (sentenza *Petersen*, par. 60). Anche il terzo obiettivo enunciato dal giudice del rinvio - ossia l'equilibrio finanziario del sistema sanitario - è stato esaminato dalla Corte secondo quanto disposto dall'art. 2 n. 5 e si è ritenuto che, in questo caso, l'esclusione dei medici non convenzionati dal campo di

Esclusa la compatibilità con la direttiva del primo obiettivo enunciato dal giudice del rinvio (tutela della salute dei pazienti), nell'indagine sulla legittimità della seconda finalità perseguita dalla normativa controversa – ossia la ripartizione delle possibilità di impiego tra le generazioni – condotta alla luce dell'art. 6, n. 1, i giudici comunitari hanno ritenuto che una disposizione adottata per favorire l'accesso dei giovani all'esercizio della professione di dentista può essere considerata una misura rientrante nella politica dell'occupazione, come tale idonea a giustificare una disparità di trattamento direttamente legata all'età.

Con riferimento al carattere di appropriatezza e necessità del limite di età ai fini del perseguimento dell'obiettivo di solidarietà intergenerazionale, i giudici del Lussemburgo, richiamando i consueti parametri dell'ampia discrezionalità statale in materia di politica sociale, hanno infatti affermato che «in presenza di una situazione in cui si riscontri un numero eccessivo di dentisti convenzionati o di un rischio latente di sopravvenienza di tale situazione, uno Stato membro può ritenere necessario imporre un limite di età [...], al fine di facilitare l'accesso all'occupazione dei dentisti più giovani»³⁵.

All'esito del processo valutativo condotto sulla disposizione controversa, i giudici comunitari hanno dunque ritenuto "non irragionevole" che uno Stato membro possa considerare che l'applicazione di un limite di età, comportante l'esclusione dal mercato del lavoro dei professionisti più anziani, possa favorire l'occupazione dei lavoratori più giovani, con ciò dando prova di un approccio rigidamente *supply-oriented* alla questione della ripartizione delle possibilità di lavoro, il cui fondamento scientifico è stato peraltro a più riprese contestato³⁶.

applicazione del limite di età controverso, non rientrando «in un settore di cui lo Stato è finanziariamente responsabile», non è tale da inficiare la coerenza dell'obiettivo di tenuta del sistema sanitario. Pertanto «nei limiti in cui la misura che mantiene in vigore il detto limite di età mira a prevenire un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza pubblica al fine di raggiungere un elevato livello di tutela della salute, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare, tale misura può essere considerata compatibile con l'art. 2, n. 5, della direttiva» (sentenza *Petersen*, par. 63 ss).

³⁵ Sentenza *Petersen*, p. 73.

³⁶ Si v. in argomento MANFREDI, VICKERS, *Retirement and Age Discrimination: Managing Retirement in Higher Education*, in *Industrial law journal*, 2009, n. 4, p. 343 ss. Come sottolinea BONARDI (*Le discriminazioni basate sull'età*, cit., p. 130 ss.), l'idea della «staffetta tra vecchi e giovani» presuppone una visione «semplicitica del mercato del lavoro, che parte dal presupposto che vi sia un numero fisso di posti che possa essere *tout court* passato da alcuni lavoratori ad altri».

3.1.1 ... segue: la discriminazione nei riguardi dei lavoratori anziani tra "kernel effect" e pregiudizi

Il tratto distintivo della sentenza *Wolf* risiede nella (inedita) adozione, nell'indagine sulla legittimità di una disparità di trattamento direttamente collegata all'età, dello strumento derogatorio predisposto dall'art. 4 della direttiva – ossia la sussistenza di un requisito essenziale e indispensabile allo svolgimento di una prestazione lavorativa, individuato, in questo caso, nella prestanza fisica.

Sulla soluzione ermeneutica prescelta dai giudici del Lussemburgo è però possibile avanzare un'obiezione di carattere sistematico³⁷: infatti, una volta effettuata l'opzione per la giustificabilità di una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 4, sarebbe risultato maggiormente opportuno precisare i rapporti intercorrenti tra i meccanismi giustificativi predisposti, rispettivamente, dagli articoli 4 e 6 della direttiva³⁸.

Sul punto, invece, è possibile rinvenire nelle motivazioni della sentenza solo la sbrigativa affermazione secondo cui, dal momento che la disparità di trattamento in funzione dell'età risulta legittima ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, non si rende necessario verificarne la compatibilità con l'art. 6 della stessa³⁹. Malgrado sia possibile arguire ben poco dalla lapidaria formulazione, pare di potersi sostenere la diversità strutturale dei test di legittimità delle discriminazioni direttamente connesse sull'età ex artt. 4 e 6: difatti, mentre il primo è volto a verificare se un requisito correlato all'età sia essenziale rispetto alla natura di un'attività lavorativa⁴⁰, il secondo avrà ad oggetto unicamente la ricerca di una finalità legittima per la differenziazione in questione⁴¹.

³⁷ Come ha osservato VALLAURI, (*Rapporto di lavoro e appartenenza di genere: la discriminazione e i congedi parentali*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da AJANI e BENACCHIO, Vol. V, Torino, Giappichelli, 2009, p. 226), i margini di apprezzamento dell'essenzialità di un requisito occupazionale rappresentano «la cartina di tornasole della effettività della normativa antidiscriminatoria, in quanto a seconda che si restringa o si dilati l'area dei requisiti ritenuti essenziali, si dilata o si restringe la nozione di discriminazione».

³⁸ Secondo CHIECO (*Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2002, n. 1, p. 81), l'ipotesi delineata all'art. 4 configurerebbe non un'eccezione all'operatività del divieto di discriminazioni, ma una fattispecie «esterna ed estranea alla discriminazione, poiché attinge alla stessa possibilità (materiale ovvero giuridica) di svolgere la prestazione lavorativa».

³⁹ Sentenza *Wolf*, punto 45.

⁴⁰ Loy, *Contratti formativi, contratti di inserimento e principio di non discriminazione per età*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 4, p. 531.

⁴¹ Ed infatti il tratto caratteristico dell'art. 6 è che esso «consente la giustificazione di pratiche apertamente discriminatorie per ragioni non correlate alle caratteristiche del lavoro» (così CONNOLLY, *Compulsory retirement and age discrimination: a new deference to derogation?*, in *International Journal of Discrimination and the Law*, 2008, n. 3, pp. 181).

Le due ipotesi derogatorie, lungi dal poter essere considerate complementari o fungibili, dovrebbero considerarsi alternative; e, dunque, da questo punto di vista, potrebbe giustificarsi la scelta della Corte che, dopo aver riscontrato l'essenzialità del requisito occupazionale, non ha ritenuto necessario procedere all'accertamento dei requisiti previsti dall'art. 6. Tuttavia, è proprio l'inquadramento della fattispecie *sub specie* di «*requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*» a destare perplessità; e infatti, se può agevolmente concordarsi sulla circostanza che il possesso di caratteristiche di prestanza e resistenza fisica costituisca un requisito imprescindibile per il lavoro sul campo nel corpo dei vigili del fuoco professionali, lo stesso non può dirsi per l'anzianità anagrafica del candidato all'assunzione.

A tal proposito, occorre rimarcare che, nel caso *Wolf*, al momento della presentazione della candidatura, il ricorrente si trovava innegabilmente in possesso delle caratteristiche fisiche essenziali per lo svolgimento dell'attività lavorativa⁴²: la questione giuridica oggetto di controversia, dunque, lungi dal riguardare la sussistenza attuale dei requisiti indispensabili per lo svolgimento della prestazione – oggetto della previsione derogatoria ex art. 4 – poteva, al più, riconnettersi alla possibilità che simili requisiti non venissero conservati abbastanza a lungo nel corso del rapporto di lavoro⁴³.

Da questa prospettiva, la necessità di possedere caratteristiche idonee allo svolgimento della prestazione per un periodo di tempo ragionevole prima del raggiungimento dell'età pensionabile, più che apparire inquadrabile quale "scriminante" ex art. 4 sembra attagliarsi al contenuto dell'art. 6 della direttiva, costituendone, anzi, una delle ipotesi testualmente regolate⁴⁴. Dietro il formale paravento dell'indispensabile requisito "occupazionale", pare allora celarsi, ancora una volta, l'uso della clausola di giustificazione "*open-ended*" contenuta nell'art. 6, laddove la pragmatica «*necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del*

⁴² Infatti, al momento del rigetto della sua candidatura, il sig. Wolf aveva 31 anni, mentre il punto iniziale della parabola discendente nella prestanza fisica richiesta per le prestazioni di soccorso sul campo era stato individuato dallo stesso governo tedesco intorno all'età di 45-50 anni.

⁴³ Oltre a ciò, la pronuncia in commento lascia presagire un'interpretazione tutt'altro che restrittiva dei caratteri dell'essenzialità e dell'indispensabilità richiesti per i requisiti occupazionali ex art. 4: nell'identificare il "genuino requisito occupazionale" nella prestanza fisica correlata all'età, la Corte sembra oltrepassare i confini tra età e forma fisica, accogliendo senza riserve che l'idea che l'aumento dell'età sia *di per sè* indicativo di inidoneità fisica.

⁴⁴ Si fa riferimento all'art. 6, n. 2, lett. c), che annovera tra le finalità idonee a legittimare una differenza fondata sull'età proprio «*la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento*».

pensionamento» costituisce espressa causale giustificativa della fissazione di limiti massimi per l'età di assunzione⁴⁵.

Nel caso *Petersen*, nonostante la soluzione della questione si fosse ancorata alla sussistenza di una legittima finalità di politica sociale (la solidarietà intergenerazionale), la Corte ha mostrato di ritenere che la diminuzione delle potenzialità fisiche legata all'età possa essere idonea a giustificare una discriminazione diretta fondata sull'età.

La presunzione dell'inarrestabile declino delle competenze connesso all'età è tuttavia suscettibile di essere contestata, in primo luogo, per la sua genericità: mentre nel caso *Wolf* il governo tedesco aveva allegato delle prove scientifiche a supporto della presumibile diminuzione delle capacità psico-fisiche necessarie all'assolvimento dei compiti dei vigili del fuoco, nel caso *Petersen*, al contrario, la Corte ha mostrato di accettare la tesi della connessione tra innalzamento dell'età anagrafica e declino delle capacità psico-fisiche quale principio generale, idoneo a fungere da giustificazione oggettiva di una disposizione normativa direttamente discriminatoria⁴⁶.

Su questo punto, non si può fare a meno di rilevare lo "scivolone" della Corte su affermazioni (neppure troppo) velatamente discriminatorie; e infatti, se nella dottrina anglosassone si etichetta come "*ageism*" proprio il riferimento ai singoli individui di «*assumed age-based group characteristics*», indipendentemente dalle loro caratteristiche effettive⁴⁷, proprio questo sembra essere il presupposto delle affermazioni, formulate *en passant* (e non decisive per l'esito della controversia), dei giudici comunitari.

L'accettazione incondizionata dei rischi alla salute dei pazienti derivanti dall'età del medico è suscettibile di essere ricondotta tra le ripercussioni del c.d. *kernel effect*, per cui se è vero che c'è un «seme di verità (*kernel of truth*, N.d.A.), che non può essere sottaciuto, nell'affermazione che l'età incide sulle capacità»⁴⁸, è altrettanto vero che una concezione standardizzata della persona anziana, come tale non suscettibile di differenziazioni interne tra gli appartenenti alla categoria protetta, omette di tenere in considerazione che le modalità e i tempi dei

⁴⁵ Art. 6, n. 2, lett. c), cit.

⁴⁶ Nello stesso senso, cfr. WANAMBWA, BIRTWISTLE, *You can make assumptions about the old but not the young*, in *Employment law journal*, 2010, n. 108, p. 21.

⁴⁷ MACNICOL, *Age discrimination: An historical and contemporary analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 6 ss.

⁴⁸ Così si esprime MEENAN, *Thinking outside the box: age and other grounds*, in *Contemporary issues in law*, 2006, n. 1, p. 84.

processi di invecchiamento biologico possono variare considerevolmente tra gli individui ed essere influenzati da una varietà di fattori⁴⁹.

Peraltro, il processo di invecchiamento demografico in atto nei paesi europei renderebbe auspicabile l'adozione di parametri rigorosi di valutazione delle differenziazioni di trattamento ai danni di soggetti anziani, per i quali, oltretutto, il diritto di condurre una vita dignitosa e di partecipare a pieno titolo alla vita sociale costituisce oggetto di una disposizione – l'art. 25 – della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, finora non richiamata dalla giurisprudenza della CGUE, ma che potrebbe essere maggiormente valorizzata - malgrado la sua formulazione inadeguata (non sancisce espressamente obblighi positivi) – a seguito del conferimento alla Carta dello stesso valore giuridico dei Trattati, operato dal Trattato di Lisbona⁵⁰.

3.2 La sentenza *Kücükdeveci*. Esigenze di gestione flessibile dei dipendenti e graduazione dei termini di preavviso di licenziamento in base all'età: obiettivi legittimi e mezzi inadeguati

La domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte nel caso *Kücükdeveci* aveva ad oggetto la compatibilità con il principio di parità di trattamento per età di una normativa nazionale – ancora una volta, tedesca - per la quale i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età non erano presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento.

In particolare, il giudice del rinvio si era interrogato sulla possibilità che l'obbligo di rispettare unicamente un termine di preavviso minimo nel caso di licenziamento di giovani dipendenti potesse ritenersi giustificato, da un lato, dall'interesse dei datori di lavoro ad una gestione flessibile del personale, e, dall'altro, dalla presunzione che i lavoratori più giovani siano dotati di maggiore mobilità personale e professionale rispetto a quelli anziani.

Al fine di rispondere alle domande poste dal giudice tedesco, la Corte ha compiuto una preliminare operazione di qualificazione della fattispecie, affrontando la questione della riferibilità del divieto di discriminazione connesso all'età al diritto primario dell'Unione, come affermato in *Mangold*, ovvero, in alternativa, alla direttiva 2000/78.

⁴⁹ In argomento, cfr. GHOSHEH, *Age discrimination and older workers: theory and legislation in comparative context*, ILO, *Conditions of Work and Employment Series*, n. 20, p. 3 ss.

⁵⁰ Così come, per converso, la valutazione della discriminatorietà di politiche del lavoro dirette ad incentivare l'occupazione giovanile dovrebbe tenere conto del divieto di sfruttamento economico del giovane sancito dall'art. 32 della Carta.

A tal proposito, se, come ha ricordato Kilpatrick, la giurisprudenza *post-Mangold* della Corte di giustizia si è caratterizzata per aver intenzionalmente evitato il dirompente «messaggio costituzionale» contenuto in quella sentenza⁵¹, la pronuncia resa nel caso *Kücükdeveci* acquista rilevanza anche per essersi confrontata, per la prima volta, con le conseguenze dell'affermazione di un generale principio di non discriminazione per motivi di età.

Ed infatti, ripercorrendo le linee argomentative del *leading case* in materia, dopo aver precisato che la direttiva 2000/78 «non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» ma «ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età»⁵², la Corte ha verificato la compatibilità comunitaria della disposizione controversa sulla base del «principio generale di diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78»⁵³.

Nel ribadire la portata generale di tale principio, la Corte, preso atto dell'acquisita natura vincolante assunta dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ne ha richiamato l'art. 21 quale fondamento "costituzionale" del principio di non discriminazione nell'ambito dell'Unione europea, ricordando che: «l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati»⁵⁴.

Con riferimento alla riconducibilità della normativa tedesca nell'ambito di applicazione del diritto antidiscriminatorio comunitario, la Corte ha stabilito che la norma sottoposta al suo sindacato, incidendo sulle condizioni di licenziamento e riservando un trattamento meno favorevole ai dipendenti assunti prima dei 25 anni di età, fosse suscettibile di cagionare una disparità di trattamento tra persone aventi la medesima anzianità lavorativa, a seconda dell'età di assunzione, e, pertanto, di entrare in collisione – ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2000/78 – con il diritto antidiscriminatorio comunitario.

Nell'indagine sul carattere discriminatorio della normativa in questione, poi, i giudici hanno evocato il test di legittimità delle

⁵¹ KILPATRICK, *The ECJ and Labour Law*, cit., p. 187.

⁵² Sentenza *Kücükdeveci*, p. 20.

⁵³ Sentenza *Kücükdeveci*, p. 27. Diversamente da quanto sostenuto dall'AG Bot che, nelle sue Conclusioni, aveva analizzato la compatibilità della normativa tedesca con il diritto antidiscriminatorio dell'Ue alla luce della sola direttiva.

⁵⁴ *Kücükdeveci*, p. 22.

discriminazioni dirette, effettuato sulla base dei parametri delineati nella causa di giustificazione di politica sociale, contenuta nell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78.

Sul punto, dopo aver individuato nell'interesse datoriale alla gestione flessibile dei giovani lavoratori il fine di politica sociale perseguito dalla normativa controversa, la Corte ha ritenuto che una simile finalità fosse chiaramente annoverabile tra le politiche dell'occupazione e del mercato del lavoro e dunque costituisse un obiettivo legittimo ai sensi della direttiva.

Tuttavia, dopo aver riproposto il mantra dell'ampia discrezionalità statale nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi di politica sociale e occupazionale⁵⁵, la Corte è pervenuta all'affermazione che lo strumento normativo predisposto dal legislatore nazionale non possedesse i requisiti dell'appropriatezza e proporzionalità, dal momento che lo stesso trovava applicazione nei confronti di tutti i dipendenti assunti dal datore di lavoro prima del venticinquesimo anno di età, indipendentemente dalla loro età al momento del licenziamento⁵⁶.

Tuttavia, seppure nella decisione in commento la Corte ha sancito l'illegittimità di una diversificazione dei termini di preavviso di licenziamento in ragione dell'età, nemmeno questa pronuncia appare etichettabile *tout court* come un caso di divieto di discriminazione per età "preso sul serio", dal momento che, nel contempo, la Corte si è astenuta dal revocare in dubbio l'attendibilità della tesi secondo cui i giovani lavoratori reagirebbero più rapidamente e facilmente in occasione della perdita del posto di lavoro⁵⁷ ed ha omesso di considerare il monito dell'Avvocato Bot, secondo cui un mero interesse individuale, quale quello alla flessibilità concessa ai datori di lavoro, non può *di per se* costituire una finalità legittima ai sensi dell'art. 6, n. 1⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. le citate sentenze *Mangold*, punto 63, e *Palacios de la Villa*, p. 68.

⁵⁶ Tra l'altro, come la Corte ha avuto modo di precisare al p. 42 della sentenza, una normativa quale quella controversa è suscettibile di incidere in modo diseguale sui dipendenti, penalizzando i giovani che si «impegnano presto nella vita attiva, senza formazione professionale, o dopo una breve formazione professionale, e non coloro che iniziano a lavorare più tardi, dopo una lunga formazione professionale».

⁵⁷ Anche qui in contraddizione con le indicazioni desumibili dalle argomentazioni dell'AG, secondo cui lo stesso postulato delle capacità reattive dei giovani alla perdita del posto di lavoro sarebbe contraddetto dall'elevato tasso di disoccupazione giovanile, che farebbe venir meno l'attualità della *ratio* della disposizione in discorso, non a caso, risalente al 1926 (cfr. par. 48 delle Conclusioni).

⁵⁸ Nelle Conclusioni – in linea peraltro con quanto affermato dalla Corte nel caso *Age Concern England* – è infatti possibile leggere che per il loro carattere d'interesse generale, le finalità legittime di politica sociale sarebbero «diverse dai motivi puramente individuali propri della situazione del datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento

In questo modo, i giudici "eurounitari"⁵⁹ hanno dato prova, ancora una volta, di adottare un «approccio estremamente indulgente» nella valutazione delle opzioni di politica sociale nazionale, mostrandosi tendenzialmente inclini ad accettare qualsiasi motivazione fornita dai legislatori nazionali a fondamento di disparità di trattamento legate all'età⁶⁰.

3.3 La c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive: un altro passo verso l'efficacia diretta orizzontale?

Come già anticipato, una delle questioni emergenti dal caso *Kücükdeveci* attiene alla questione della (carenza di) efficacia diretta nei rapporti interprivati delle direttive non attuate o trasposte non correttamente. Uno dei punti qualificanti del rinvio pregiudiziale era infatti costituito dalla rimessione alla CGUE dell'individuazione del ruolo e dei poteri del giudice nazionale nei riguardi di una normativa interna contenente una discriminazione legata all'età, nelle ipotesi di controversie tra privati insorte nel periodo successivo alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva.

Al quesito formulato dal giudice tedesco, è seguita l'articolata risposta dell'Avvocato generale Bot, il quale ha ricordato l'esistenza di tre soluzioni alternative volte a salvaguardare «i singoli che si ritengono lesi dall'omessa o dall'errata trasposizione di una direttiva» (soluzioni qualificate dall'AG come "palliativi" alla mancanza di effetti orizzontali delle direttive)⁶¹.

I palliativi in questione sono stati identificati: a) nell'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce dello scopo della direttiva; b) nell'obbligo per gli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva; c) nel riconoscimento della c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive (identificabile con la possibilità di invocare le direttive al fine di disapplicare le disposizioni normative interne contrastanti con esse).

della competitività», e sarebbe da escludere che la «flessibilità concessa ai datori di lavoro possa costituire una finalità legittima di per sé» (§ 47 delle Conclusioni)

⁵⁹ Si utilizza qui il neologismo coniato da RUGGERI (*Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it, 2009, n. 24).

⁶⁰ Così WIESBROCK, *Case Note, Case C-555/07, Küçükdeveci v. Swedex, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 19 January 2010*, in *German law journal*, 2010, n. 6, p. 545, consultabile su http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11No5/PDF_Vol_11_No_05_539550_Developments_Wiesbrock%20FINAL.pdf, p. 545.

⁶¹ Direttive che, come è noto, possono imporre obblighi, in primo luogo di attuazione, solo sugli Stati membri.

L'accoglimento di quest'ultima soluzione si fonderebbe sulla scissione – spesso evocata dagli Avvocati generali – tra invocabilità di sostituzione e di esclusione delle direttive. Più in dettaglio, mentre l'invocabilità di sostituzione implicherebbe «la facoltà di una parte di avvalersi di una direttiva dinanzi al giudice nazionale in vece e luogo di una norma nazionale inesistente o non conforme alla direttiva», al fine di ottenere il riconoscimento di un diritto da questa istituito e sarebbe, come tale, inconciliabile con la mancanza di effetti orizzontali delle direttive⁶²; la tesi facente leva sulla c.d. efficacia di esclusione porterebbe, invece, a considerare che «se le direttive non possono sostituire il diritto nazionale assente o incompleto per imporre direttamente obblighi in capo ai singoli, esse possono tuttavia essere fatte valere per disapplicare il diritto nazionale incompatibile», imponendo al giudice interno un'applicazione del «diritto nazionale espurgato dalle disposizioni contrastanti con la direttiva per risolvere una controversia tra singoli»⁶³.

Tuttavia, mentre i primi due strumenti di tutela dell'effettività del diritto comunitario evocati dall'AG Bot sono ordinariamente utilizzati dalla Corte, la terza ipotesi delineata nelle Conclusioni (quella del riconoscimento di una generalizzata "invocabilità di esclusione" delle direttive, ossia di una loro efficacia ostativa rispetto all'applicazione di una disposizione nazionale difforme) non è mai stata oggetto di un riconoscimento esplicito da parte della Corte.

Come è noto, infatti, nonostante le ripetute sollecitazioni degli AG, il rimedio della disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto comunitario, utilizzato per le ipotesi di contrasto tra disposizioni interne e fonti di diritto comunitario primario (o anche secondario, ma con limitato riferimento alle controversie verticali) non è mai stato espressamente ammesso nelle ipotesi di direttive invocate nelle controversie interpretate. In questa occasione, però, a fronte di una disposizione nazionale dal tenore inequivocabile (insuscettibile quindi di interpretazione conforme) e degli inconvenienti derivanti dall'adozione del c.d. secondo palliativo⁶⁴, l'Avvocato generale ha invitato la Corte a «seguire un percorso più ambizioso in termini di lotta contro le discriminazioni», ammettendo che «una direttiva volta a combattere le

⁶² Così nelle Conclusioni dell'AG Léger dell'11 gennaio 2000, nella causa C-287/98, *Granducato del Lussemburgo c. Berthe Linster, Aloyse Linster e Yvonne Linster*, p. 58.

⁶³ Conclusioni *Kücükdeveci*, § 63. In argomento, si v. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism through the Current Development of the Case Law or "Horizontal" Direct Effect Of Directives*, in *Jean Monnet Working Paper*, 7/02, in www.jeanmonnetprogram.com.

⁶⁴ Ossia una azione di responsabilità civile della sig.ra *Kücükdeveci* nei confronti della Repubblica federale di Germania.

discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli al fine di disapplicare una normativa nazionale con essa incompatibile»⁶⁵.

Peraltro, secondo le prospettazioni dell'AG, il riconoscimento degli effetti di rimozione delle normative interne contrastanti con le direttive potrebbe anche non essere effettuato in via generale ma anche, in maniera più limitata, quale effetto derivante dalla speciale *vis* espansiva del principio di uguaglianza e non discriminazione nell'ordinamento comunitario. Nelle Conclusioni, infatti, la tesi dell'effetto di esclusione delle direttive viene declinata nella sua biunivoca connessione con l'esigenza di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali nelle controversie tra singoli⁶⁶.

Su questo punto, rispetto all'itinerario interpretativo tracciato dall'Avvocato generale – ossia la possibilità di riconoscere effetti diretti alle direttive, seppure solo di "esclusione", in situazioni orizzontali – la Corte ha preferito percorrere la strada – prefigurata in *Mangold* – dell'efficacia immediata del principio generale dell'ordinamento comunitario, quale probabile corollario dell'obbligo di leale collaborazione incombente sulle autorità giudiziarie nazionali ex art. 4 TUE⁶⁷.

Ad ogni modo, la commistione tra fonti (primarie e secondarie) rinvenibile nelle argomentazioni della Corte non contribuisce all'intelligibilità dell'opzione ermeneutica prescelta. Ed infatti, se (almeno dichiaratamente) la questione pregiudiziale sembrerebbe risolta sul fondamento del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età e la direttiva evocata solo in funzione confermativa-retorica, come mera specificazione dei contenuti del principio di uguaglianza per età, in realtà, è appena il caso di rilevare che la stessa direttiva si inserisce nel «circuito decisionale finale»⁶⁸ dei giudici comunitari per almeno due (decisivi) profili. Da un lato, infatti, una disposizione della direttiva – l'art. 3 – ha consentito la riconducibilità della disposizione

⁶⁵ Conclusioni *Kücükdeveci*, § 70.

⁶⁶ Cfr. Conclusioni *Kücükdeveci*, § 70.

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 4 TUE, il principio di leale collaborazione implica l'obbligo gravante sulle autorità nazionali di adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione»; misure tra le quali è possibile ricomprendere anche l'obbligo dei giudici nazionali di rifiutare l'applicazione di previsioni interne contrastanti con il diritto comunitario (in argomento, cfr. WIESBROCK, *Case Note*, cit., p. 543).

⁶⁸ L'espressione è mutuata da CARUSO, MILITELLO, *La carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 2, p. 159.

controversa nel raggio d'azione del diritto comunitario⁶⁹, dall'altro, è all'esito dell'esame condotto sui parametri delineati dall'art. 6.1. che è stata affermata la "ingiustificabilità" della disposizione tedesca (e dunque il suo contrasto con il principio generale di non discriminazione per età)⁷⁰.

Infine, ad ulteriore conferma della rilevanza "ordinamentale" del caso *Kücükdeveci*, è possibile rinvenire nelle Conclusioni dell'Avvocato generale affermazioni di particolare interesse sui possibili effetti sul sistema di tutela "multilivello" dei diritti fondamentali dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e dunque della riconosciuta efficacia vincolante della Carta dei diritti fondamentali).

In particolare, secondo l'AG Bot, in futuro la Corte sarà inevitabilmente chiamata a confrontarsi con altre ipotesi che sollevano il problema dell'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli; in tale prospettiva, la Corte dovrebbe «riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli»⁷¹.

Da questo punto di vista, infatti, la reiterata evocazione nella sentenza della formula del divieto di discriminazioni per età, come principio generale di diritto dell'Unione specificato dalla direttiva⁷², potrebbe avere l'effetto, come si è suggerito, «di "cristallizzare" il sottostante schema logico creando quasi un "modello" astratto, una sorta

⁶⁹ Oltretutto, dal momento che – come sottolineato dall'AG Sharpston, nelle Conclusioni presentate il 22 maggio 2008, in C-427/06, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, § 69 – i principi generali di diritto comunitario «non operano in astratto» ma «le misure nazionali possono essere valutate sulla base della loro conformità ai suddetti principi generali solo se si collocano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario», il riferimento all'art. 3 della direttiva appariva, nella specie, obbligato dall'assenza di una regolazione di diritto comunitario secondario in materia di licenziamento.

⁷⁰ Sulla complessa operazione ermeneutica realizzata dalla Corte cfr. SCIARABBA, *La sentenza Kücükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in www.europeanrights.eu.

⁷¹ Conclusioni *Kücükdeveci*, p. 90. Su questi profili, si v. CONTI, *La prima volta della Corte di Giustizia sulla Carta di Nizza "vincolante"*, in *D & L. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2010, n. 1.

⁷² Applicando un modello non del tutto inedito nella giurisprudenza comunitaria, si v. in proposito il "precedente" *Defrenne* (Corte di Giustizia 8 aprile 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. SA Sabena*), non a caso richiamato dalla Corte, laddove si era affermato (con riferimento ai rapporti sistematici tra la direttiva 75/117 e il divieto di discriminazione connessa al genere) che la stessa si proponeva «di favorire, mediante un complesso di provvedimenti da adottarsi nell'ambito nazionale, la corretta applicazione dell'art. 119 del Trattato, senza poter, tuttavia, diminuire l'efficacia di detto articolo», sul punto v. WALKILA, *The principle of non-discrimination on grounds of age as a general principle of eu law – constitutional implications and further rights for union citizens*, in <http://law.ed.ac.uk>.

di "figura normativa complessa"», suscettibile di «trovare in futuro numerose applicazioni e "repliche"»⁷³.

Peraltro, anche se l'applicazione di un simile modello fosse limitata al principio generale «sovraordinato, orizzontale ed immediatamente applicabile»⁷⁴ di non discriminazione, non sono da sottovalutare i rischi incombenti sulla certezza del diritto nonché sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione, che tuttavia potrebbero, a ragione, essere considerati un «prezzo [...] della *Drittwirkung* comunitaria»⁷⁵.

4. Considerazioni conclusive: le asimmetrie interpretative del principio di non discriminazione

Come si è avuto modo di evidenziare nel corso di questo commento, l'approccio "minimalista" alla discriminazione connessa all'età, rinvenibile nella tendenza a considerarla «come una questione di mercato del lavoro piuttosto che come una violazione del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali dell'individuo»⁷⁶, oltre alle evidenti ripercussioni sulla formulazione della direttiva, sembra avere suggestionato in qualche modo anche l'interpretazione della Corte in materia.

Infatti, se l'elaborazione giurisprudenziale in tema di uguaglianza e non discriminazione ha rappresentato nel corso degli anni il principale strumento di integrazione e sviluppo della c.d. Europa sociale⁷⁷, tanto da far prospettare persino rischi di "americanizzazione" del sistema giuridico

⁷³ Così SCIARABBA, *La sentenza Küçükdeveci*, cit.

⁷⁴ Così lo definisce PICCONE, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto eurounitario*, in www.europeanrights.eu.

⁷⁵ BORELLI, *La Corte di Giustizia (ancora) alle prese con discriminazioni in ragione dell'età*, in *D & L. Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, n. 4, p. 939. Di questi rischi mostra di essere consapevole anche l'avvocato generale Mazák, secondo cui «un simile approccio non solo solleverebbe gravi preoccupazioni in materia di certezza del diritto, ma metterebbe anche in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, nonché l'attribuzione delle competenze ai sensi del Trattato in generale» (Conclusioni *Palacios de la Villa*, paragrafo 138). In argomento, cfr. CARUSO (*Diritti sociali fondamentali*, cit., p. 13), secondo cui i principi generali dell'UE - che riguardano materie escluse dalle competenze sociali dell'Unione - finirebbero per costituire un «volano di espansione di fatto» del «controllo diffuso di costituzionalità» della Corte, «a prescindere dal gioco formale delle competenze e delle materie attribuite».

⁷⁶ Così O'CONNOR, *Comparative European Perspectives on Age Discrimination Legislation*, in FREDMAN e SPENCER (a cura di), cit., p. 200.

⁷⁷ Con la totale marginalizzazione del divieto di discriminazione connessa alla nazionalità; in argomento, si v. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in corso di pubblicazione su *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2009, n. 2.

comunitario⁷⁸, diverso è stato l'approccio adottato dalla Corte – con la parziale eccezione del caso *Küçükdeveci* - nelle ipotesi di discriminazioni connesse all'età, nelle quali è possibile rintracciare stridenti dissonanze rispetto ai parametri di giudizio, ben più rigorosi, applicati per gli altri caratteri di differenziazione protetti⁷⁹.

Dalle decisioni in commento sembrano emergere, da un lato, una apparente graduazione delle diverse forme di discriminazione per età - suscettibile di far dubitare della stessa unitarietà del concetto di uguaglianza con riferimento al fattore di discriminazione in discorso⁸⁰ – dall'altro, i limiti della stessa interpretazione giudiziale del divieto di discriminazioni per motivi per età, connessi all'adesione, esibita dalla Corte nelle motivazioni in esame, ad un modello puramente formalistico di uguaglianza, intesa come mera assenza di irragionevolezza delle disparità di trattamento.

Nel corso degli anni, è stato, infatti, possibile osservare una oscillazione dei termini del bilanciamento degli interessi in conflitto, dal criterio della stretta necessità a quello della mera non irragionevolezza della disposizione derogatoria controversa, arrivandosi ad affermare, in ordine alla discrezionalità statale nella determinazione delle giustificazioni ex art. 6, che la Corte potrebbe solo limitarsi a sindacare quelle differenze di trattamento che appaiano manifestamente sproporzionate o, come è avvenuto nel caso *Küçükdeveci*, a censurare l'eventuale inadeguatezza

⁷⁸ Rischi evidenziati da 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)*], 2010, in *WP C.S.D.L.E. int.*, n. 77, p. 55], secondo cui in un contesto di "sottosviluppo" delle normative sociali, «l'enfasi posta sulla legislazione antidiscriminatoria a livello comunitario» farebbe intravedere «il rischio di una deriva legislativa, simile a quella in atto nel sistema statunitense, in cui l'unica protezione riconosciuta al lavoratore sia oramai soltanto quella derivante dalle disposizioni che impediscono trattamenti differenziati, fondati sui motivi di caratterizzazione individuati dal legislatore». In argomento, si v. le riflessioni di ADNETT, HARDY, *The peculiar case of age discrimination: Americanising the European social model?*, in *European Journal of Law & Economics*, 2007, p. 29 ss.

⁷⁹ Come ha sottolineato BELL (*Article 13 EC: the European Commission's Anti-Discrimination Proposals*, *Industrial law journal*, 2000, n. 1, p. 80) in una prospettiva *human-rights-oriented* «e di uguaglianza davanti alla legge, è difficile spiegare perché un fattore di discriminazione sia più o meno meritevole di tutela giuridica».

⁸⁰ La Corte appare infatti maggiormente incline ad accettare discriminazioni nei confronti dei lavoratori anziani. Sulla difficoltà di racchiudere tutti di *protected grounds* all'interno di una previsione unitaria, cfr. MC CRUDDEN (*Theorising European Equality Law*, in COSTELLO, BARRY (a cura di), *Equality in Diversity*, 2003, Irish Centre for European Law) secondo cui, nella legislazione comunitaria, più che parlare di "uguaglianza" al singolare, sarebbe possibile teorizzare una pluralità di "uguaglianze", differenziate sulla base delle singole caratteristiche protette, con la conseguenza che ciascun gruppo sarebbe legittimato a "contrattare" la nozione di uguaglianza che trova più utile.

e/o sproporzione tra le finalità dichiarate dal legislatore nazionale e le modalità di attuazione prescelte⁸¹.

Sul punto, se appaiono in certa misura condivisibili le affermazioni dell'AG Mazàk, nelle quali, in chiave esegetica dell'atteggiamento di *self-restraint* tenuto dalla Corte, si può leggere che «come regola generale, la Corte di giustizia non può sostituire la propria valutazione» a quella del legislatore nazionale o delle altre forze politiche e sociali coinvolte nella definizione della politica sociale di un particolare Stato membro⁸², nondimeno occorre ricordare che il riconoscimento di un margine di discrezionalità nazionale «non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età»⁸³.

⁸¹ Con riferimento al parametro dell'adeguatezza (ossia al carattere non manifestamente inidoneo della misura), v. le Conclusioni presentate nella causa *Ole Andersen*, cit., § 53.

⁸² Cfr. le Conclusioni dell'Avvocato generale Mazàk nel caso *Palacios de la Villa*, cit., § 74.

⁸³ Conclusioni *Ole Andersen*, cit., p. 52.