

La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia UE: l'ordinanza 13678/2018 della Sezione lavoro della Cassazione.

di Sergio Galleano¹

1. L'ordinanza 13678 del 30 maggio 2018 – La fattispecie

La causa trattata alla Corte di cassazione riguarda un pilota aereo che operava presso la CAI spa, società «costituita ai sensi dell'art. 25 della legge 124 del 2007, e svolgeva quindi un'attività "classificata" ovvero un'attività di copertura dei servizi segreti»².

Il pilota ricorrente in cassazione si era visto confermare in sede di appello la risoluzione del rapporto di lavoro, annullata in primo grado, in forza del DPCM del 9 settembre 2008 che, in attuazione dell'art. 748 co. 3 del codice della navigazione, regolava i limiti di impiego, fissando il limite di 60 anni per lo svolgimento dell'attività del personale navigante sugli aeromobili di Stato.

Poiché l'età massima per l'esercizio dell'attività di navigazione aerea è fissata dal Regolamento UE n. 1178/2011, entrato in vigore in data 8 aprile 2012, in 65 anni il pilota in causa impugnava il recesso osservando, tra l'altro, la violazione del detto regolamento e, comunque, della Direttiva UE 2000/78 (Parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro), come interpretato dalla sentenza Prigge³.

Osservava inoltre il pilota che presso la società datrice di lavoro venivano svolte altre attività, di volo o a questa connesse, in cui era, comunque, possibile impiegare il lavoratore⁴.

1 Avvocato del foro di Milano

2 Ordinanza in commento, punto 1.

3 Sentenza Prigge c/ Deutsche Lufthansa, grande sezione del 13 settembre 2011 in causa C-447/09, EU:C:2011:573, la quale stabilisce che "L'art. 2, n. 5, della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possono, mediante norme di delega, autorizzare le parti sociali ad adottare misure ai sensi di tale art. 2, n. 5, nei settori cui detta disposizione si riferisce rientranti negli accordi collettivi e a condizione che tali norme di delega siano sufficientemente precise per garantire che dette misure rispettino i requisiti enunciati al citato art. 2, n. 5. Una misura come quella di cui trattasi nella causa principale, che fissa a 60 anni l'età limite a partire dalla quale i piloti non possono più esercitare la loro attività lavorativa, mentre la normativa nazionale e quella internazionale fissano tale età a 65 anni, non è una misura necessaria alla sicurezza pubblica e alla tutela della salute ai sensi del medesimo art. 2, n. 5".

4 In particolare: trasporto discontinuo di cose e persone, servizio di lavoro aereo, scuola di pilotaggio e di specializzazioni aeronautiche. Così si esprime infatti la citata sentenza Prigge: 14 Il punto 1.060 del JAR-FCL 1 precisa

A fronte di tali rilievi la Corte di cassazione osserva che il Regolamento 1178/2011 «(...) fa parte delle norme emanate dal legislatore dell'Unione che definiscono i requisiti applicabili agli equipaggi dell'aviazione civile al fine di garantire che tale personale sia qualificato, coscienzioso e competente per assolvere nel modo migliore le funzioni che gli sono affidate, e ciò allo scopo di accrescere la sicurezza aeronautica aerea»⁵.

Occorre dunque, secondo l'ordinanza, interrogare la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) sia sull'applicabilità di detto regolamento alla specifica attività di CAI spa e, subordinatamente, se le differenziazioni previste per i dipendenti di questa siano o meno contrarie all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (CDFUE) ed alla Direttiva UE 2000/78 che, della citata norma della Carta, costituisce diretta applicazione⁶.

quanto segue: «Restrizioni concernenti i titolari di licenze che hanno superato i 60 anni di età: a) da 60 a 64 anni: il titolare di una licenza di pilota che abbia superato i 60 anni di età non potrà più esercitare l'attività di pilota su un aereo da trasporto commerciale tranne nel caso in cui: 1) egli sia membro di un equipaggio composto da diversi piloti; 2) e gli altri piloti non abbiano ancora compiuto i 60 anni di età; b) 65 anni: il titolare di una licenza di pilota che abbia superato i 65 anni di età non potrà più esercitare l'attività di pilota su un aereo da trasporto commerciale»(...). 16 L'art. 4 del primo regolamento di attuazione del regolamento relativo al personale di volo (Erste Durchführungsverordnung zur Verordnung über Luftfahrtpersonal), del 15 aprile 2003 (Bundesanzeiger n. 82b, del 3 maggio 2003), stabilisce quanto segue: «Superati i 60 anni di età e sino al compimento dei 65 anni, il titolare di una licenza di pilota commerciale o di linea, rilasciata nella Repubblica federale di Germania, o di una licenza ottenuta in conformità all'art. 46, n. 5, del regolamento relativo al personale di volo può parimenti esercitare i diritti collegati alla medesima in aerei il cui equipaggio è composto da almeno un pilota per il trasporto commerciale di passeggeri, posta e/o merci, limitato al territorio della Repubblica federale di Germania (...)», così stabilendo che i piloti tra il 60° ed il 65° anno di età possono operare su mansioni diverse ma connesse con l'attività di volo.

5 Ordinanza in commento, pt. 12.

6 Diverso esito aveva avuto analoga fattispecie - sempre relativa ad un identico recesso operato dalla stessa società - con la sentenza della sezione lavoro n. 19024 del 31/07/2017: lì il licenziamento (in realtà ritenuto una risoluzione automatica del rapporto) era stato valutato come legittimo.

Più in particolare, poi, rileva che a tale richiesta alla CGUE non osta la nota sentenza 269 del 14 dicembre 2017 della Corte costituzionale, che reca «"indicazioni" dirette al giudice ordinario» di rivolgersi in via prioritaria alla Consulta nell'ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità in riferimento a diritti garantiti dalla CDFUE, trattandosi di un semplice *obiter dictum* del giudice delle leggi ed avendo la medesima sentenza (al punto 5.2 della motivazione) fatto comunque salvo il potere del giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

2. La discriminazione per età nel diritto italiano

Il divieto di discriminazione per ragioni di età è uno tra gli ultimi divieti di differenziazione, tanto da essere denominato il "fattore cenerentola"⁷, tra le cause di discriminazioni vietate. L'ordinamento italiano non se ne è occupato specificamente, facendolo rientrare nell'art. 3 della Costituzione dove accanto ai fattori espressamente indicati (sesso, razza, colore, lingua, religione, opinioni politiche) vengono genericamente indicate anche le condizioni personali e sociali.

Ciò perché, tra tutti, il divieto di discriminazione per età è quello maggiormente soggetto a deroghe ed eccezioni, sia da parte delle legislazioni nazionali che della normativa comunitaria in tema di lavoro e di previdenza, e non è mai stato considerato, se non di recente, un fattore "sospetto" di discriminazione, come sono invece, in maniera evidente, la razza, il genere e le altre tipologie di discriminazione⁸.

Va comunque ricordato che nel secolo scorso nel nostro paese si era verificato un radicale mutamento della rilevanza dell'età nel mondo del lavoro, quanto meno nel settore pubblico.

⁷ Così D. Izzi, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 388, nonché H. Meenan, *Age discrimination - of Cinderella and 'The Golden Bought'*, in Id. (ed.), *Equality law in an enlarged European Union understanding the Artiche 13 directives*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2007, pp. 278-312.

⁸ Come ricorda F. Amato in *Discriminazione per età: cenerentola troverà la sua scarpetta?* (Europearights.eu, 24.04.2009) per l'Avvocato generale Mazák (punto 74 delle conclusioni del 23 settembre 2008 nella causa *The Incorporated Trustees of the National Council of Ageing - Age Concern England c. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform* del 5 marzo 2009, C-388/07, EU:C:2009:128) «essa non configura un motivo "sospetto" come possono esserlo la razza o il sesso».

Mentre infatti l'art. 5 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e l'art. 5 del D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 disponevano, sulla scorta del risalente principio secondo il quale una maggiore anzianità comportasse maggiore saggezza, che in condizioni di parità all'esito di un concorso od una procedura per l'assunzione presso le pubbliche amministrazioni fosse privilegiato il candidato di maggiore età, l'art. 3, comma 7, della legge 15 maggio 1997, n. 127 disponeva invece l'eliminazione del fattore età quale titolo nei concorsi e comunque che, in caso di parità nella graduatoria finale, fosse invece privilegiato il candidato con la minore età.

Il capovolgimento del criterio di valutazione è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza 268 del 17 luglio 2001 con la ragionevole considerazione che: «(...) nella specie, tale arbitrarietà o irragionevolezza non sussiste perché, come è dato evincere anche dai lavori parlamentari sul punto, la disposizione censurata si inserisce in un progetto riformatore che ha per obiettivo di coniugare il principio di solidarietà con quello di efficienza della Pubblica Amministrazione, nel quadro della privatizzazione del pubblico impiego, ispirata ad un ampio rinnovamento del personale amministrativo, particolarmente investendo in risorse umane giovani e meritevoli, sì da garantire un servizio più efficiente e duraturo».

La discriminazione per età prende invece forma e contenuto concreti e rilevanti con l'affermarsi del diritto dell'Unione⁹ che porterà poi, con l'approvazione del d.lgs. 216 del 2003, attuativo della Direttiva 2000/78 che, all'art. 2, contiene la definizione di discriminazione, includendovi anche la fattispecie dell'età¹⁰.

3. La discriminazione per età nel diritto europeo

9 In linea generale si veda: L. Calafà, *Licenziamenti collettivi alle poste e discriminazioni in base all'età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*, in Riv. critica di dir. lav., 2006, 915 - nota ad App. Firenze 27.03.2006, Poste It. c. Olivieri; *Discriminazione per età*: M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; F. Amato, *Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, 2009, cit.; R. Cosio, *La sentenza Küçükdeveci: le nuove frontiere del diritto dell'Unione Europea*, 2011, in <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=541>; D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in RGL, 2012, 125; N. Hos, *The role of general principles and the EU Charter of Fundamental Rights in the case law of the European Court of Justice in relation to age discrimination*, 2014, in http://www.europeanrights.eu/public/commenti/HOS_EN.pdf; D. Izzi, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in RIDL, 2014, 584; J. Michelotti, *Il divieto di discriminazione per età nella sua nozione oggettiva e il carattere specifico delle cause di esclusione*, 2015, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-divieto-di-discriminazione-per-eta-nella-sua-no_08-10-2015.php; E. Tarquini, *Il divieto di discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione: una fattispecie di efficacia diretta nei rapporti tra privati*, 2015, in http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-divieto-di-discriminazione-per-eta-come-princip_11-11-2014.php; L. Tria, *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, 2014, <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=1051>.

10 *Parità nel lavoro - Il decreto legislativo n. 216 del 2003*, in http://legxv.camera.it/cartellecomuni/leg14/RapportoAttivitaCommissioni/testi/11/11_cap27_sch01.Htm; Amato, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, in RIDL, 2005, I; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003; Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazioni*, in RGL, 2006, I; Del Punta, *Parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in GC, 1993, I; Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in NLCC, 2003.

Motore della rilevanza della discriminazione per età sono i seguenti provvedimenti di legislazione europea:

1950: CEDU - Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali Art. 14 – Divieto di discriminazione: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

1997: Trattato di Amsterdam, che inserisce nel Trattato UE l'art. 13, clausola antidiscriminatoria dove, per la prima volta si afferma il divieto di discriminazione, oltre che per sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, tendenze sessuali ed handicap, anche per età, e che delega il Consiglio a prendere i "provvedimenti opportuni" per combattere le discriminazioni.

2000: Carta di Nizza - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Art. 21 - Non discriminazione, dove si legge: «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

2000: Direttiva 2000/78 – lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (c.d. Direttiva Quadro);

2009: Trattato di Lisbona che inserisce nel Trattato UE l'art. 3, 3° comma: «l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore»; l'art. 6, 1° comma, riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza), alla quale attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

In questo quadro giuridico, è comunque importante rilevare che l'art. 6 della Direttiva 2000/78 introduce, solo per le disparità di trattamento collegate all'età, una clausola generale di giustificazione delle discriminazioni dirette; nessun altro fattore di discriminazione subisce una limitazione preventiva così rilevante.

L'ambito di deroga è molto ampio. L'art. 4, punto 1 della Direttiva dispone 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».

A tale affermazione, di per sé piuttosto generica, segue una esemplificazione quanto mai ampia e non tassativa delle possibili disparità di trattamento in base all'età che vengono dichiarate, *a priori*, legittime.

Esse "possono" comprendere (art. 6):

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;
- c) 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".

Dunque, a certe condizioni, sono legittime le (apparenti) discriminazioni dirette o indirette che, a certe condizioni, disciplinano ipotesi speciali di occupazione per i giovani o per gli anziani, o che prevedono un'età minima o un'età massima come requisiti per l'assunzione: nella verifica della legittimità di una disposizione nazionale che utilizzi l'età quale diretto criterio di differenziazione tra situazioni giuridiche comparabili, occorrerà quindi verificare, in primis se la disposizione nazionale rientri nel campo di applicazione del diritto dell'Unione Europea e se realizzi una disparità di trattamento in base all'età e, quindi, a) se tale disparità di trattamento risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e b) se i mezzi utilizzati siano appropriati e necessari a conseguire tale finalità.

Peraltro, almeno per le disparità di trattamento riguardanti «la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione», è previsto, come si vedrà meglio di seguito, che queste possono riguardare «i giovani e i lavoratori anziani ... onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi»: ciò significa che, in questo ambito, il fattore età può essere preso in considerazione solo allo scopo di procurare un vantaggio al gruppo di soggetti al quale la disposizione discriminatoria si riferisce.

Va comunque osservato che l'amplessima previsione dell'art. 6 finisce per richiedere alla CGUE di svolgere un ruolo tutt'altro che agevole, perché le valutazioni di idoneità e coerenza delle politiche sociali e dell'occupazione sono legate ad una dimensione prevalentemente politica, necessariamente riferita alle situazioni nazionali; ed è sicuramente per questo che la Corte ha quasi sempre adottato un atteggiamento di particolare prudenza nel valutare le finalità prefissate dai legislatori nazionali e sui mezzi da questi scelti per conseguirle.

Le disposizioni contenute nell'art. 6 della Direttiva ("Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età") non erano state trasposte nel testo originario del D.Lgs. 216/2003, ma sono state poi inserite, sostanzialmente senza modificazioni, dal D.L. 59/2008, conv. in L. 101/2008, come commi 4-bis e 4-ter, all'interno dell'art. 3 del D.Lgs. 216/2003.

Va comunque sottolineato come la Direttiva preveda che siano gli Stati membri ad individuare i casi in cui le eccezioni al divieto di discriminazioni dirette per età sono giustificate, mentre il D.Lgs. n. 216/2003 non ha definito in modo tassativo un elenco di discriminazioni ammesse, ma si è limitato a disporre che "*sono fatte salve le disposizioni che prevedono trattamenti differenziati in ragione dell'età dei lavoratori*", con conseguente alta discrezionalità nella valutazione della ragione addotta per la deroga.

In ogni caso, anche in base al D.Lgs. 216/2003, le disparità di trattamento in ragione dell'età possono derivare solo da precise "disposizioni", ovvero da norme di legge o di contratto collettivo, che si suppongono dettate dall'interesse pubblico o da un bilanciamento di interessi collettivi¹¹.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

¹¹ Art. 3, comma 4 bis, d.lgs. 216/2003. Sul punto vedi: Borrelli, *Diritto europeo, Normativa antidiscriminatoria e aiuti di Stato*, in *DLRI*, 2005, 306 ss..

La giurisprudenza UE in tema è monumentale, qui ci limiteremo a ricordare le tre principali pronunce¹², alla quale se ne aggiunge una recente riguardante la specifica situazione italiana.

La prima importante pronuncia sul divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione risale alla fondamentale sentenza Mangold¹³ in cui la Corte ha ritenuto la normativa tedesca – che autorizzava, senza restrizioni, la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore avesse raggiunto l'età di 52 anni – in contrasto con un quadro generale di parità di trattamento.

Il caso, ritenuto costruito "a tavolino"¹⁴ da un avvocato tedesco, riguarda il caso del signor Mangold, assunto dall'avvocato a termine dopo il 52° anno di età e quindi allontanato dal lavoro allo scadere del termine in forza di una disposizione nazionale: la questione riguardava quindi sia la direttiva 1999/70 sul contratto a termine che la discriminazione per età.

12 Tra le molte altre ricordiamo, oltre alla già citata Prigge, la Palacios de Villa del 16.10.07 (C-307/15 ed altre, EU:C:2007:604): Contratto collettivo che prevede la cessazione ex lege del rapporto di lavoro quando il lavoratore abbia raggiunto l'età di 65 anni e abbia diritto ad una pensione di vecchiaia – Discriminazione in base all'età – Giustificazione, la Wolf del 12.01.10 (C-229/08, EU:C:2010:3): Disposizione nazionale che fissa a 30 anni l'età massima di assunzione di funzionari nell'ambito dell'impiego dei vigili del fuoco – Obiettivo perseguito – Nozione di requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa., la Petersen del 12.01.08 (C-341/08, EU:C:2010:4), la Vital Pérez del 13.01.04 (C-416/13, EU:C:2014:2371): Condizione per l'assunzione degli agenti della polizia locale – Fissazione dell'età massima a 30 anni – Giustificazioni.

13 Corte di giustizia grande sezione, 22 novembre 2005 (C-144/04, EU:C:2005:709). Innumerevoli i commenti su questa decisione. Qui ci si lita ad alcuni che contengono vasti riferimenti: A Guarisio nota a Mangold, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2006, p. 387; O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in Riv. It. Dir. Lav., 2006, II, pag. 266 e segg.; L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*, in Riv. Giur. Lav., 2006, II, pag. 222 e segg.; V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in Foro It., 2006, IV, col. 342 e segg.; D. Schiek, *The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation*, in Ind. Law Journ., 2006, pag. 329 e segg.. Per una disamina ex post: M. Fuchs, *La lunga storia del caso Mangold*, in Lav. Dir., 2011, pag. 81 e segg.

14 V. De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in

www.demichelecammarino.it/wp-content/uploads/.../8.-De-Michele-articolo-Trattato.pdf

La sentenza Mangold è stata sottoposta a rilevanti critiche sulla rigosità del controllo di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità nella valutazione delle cause di giustificazione¹⁵.

La sentenza più importante ai fini di un'impostazione sistematica della materia, è, però, la Kucukdeveci¹⁶, che ha affermato la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che le ha conferito carattere vincolante¹⁷.

La sig.ra Küçükdeveci, assunta all'età di 18 anni, dopo 10 anni di rapporto, all'età di 28 anni, viene licenziata con preavviso di 1 mese, corrispondente ad un'anzianità di soli 3 anni, in applicazione del codice civile tedesco dove si prevedeva che nel calcolo dell'anzianità ai fini della durata del preavviso non andavano conteggiati i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età del lavoratore.

15 V. De Michele, Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale, cit.: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele; Secondo A. M. Mancaloni, L'EFFICACIA ORIZZONTALE DELLE DIRETTIVE EUROPEE (A PARTIRE DA UN CASO ITALIANO), Nuova Giur. Civ., 2018, 4, 564: «Per quanto il Trattato menzioni il principio di non discriminazione anche con specifico riferimento all'età (art. 19 TUE), la previsione non sembra *prima facie* idonea a produrre effetti diretti, in quanto finalizzata a conferire competenza legislativa all'Unione; il principio è consacrato all'art. 21 Carta dir. UE, ma all'epoca di *Mangold* quest'ultima non era in vigore. I termini di attuazione della dir. n. 78/2000 CE (direttiva quadro per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) non erano decorsi e, in ogni caso, in conformità con l'indirizzo consolidato, la Corte di giustizia ha escluso l'applicabilità diretta della direttiva nei rapporti orizzontali. La Corte, tuttavia, ha affermato che la direttiva non costituisce l'unica fonte del diritto invocato, in quanto nell'ordinamento comunitario esiste un principio generale di non discriminazione per ragioni di età, la cui effettività deve essere garantita dagli Stati membri anche quando, come nel caso *de quo*, il periodo per l'attuazione della direttiva non sia ancora decorso (§ 66); pertanto, ogni contraria disposizione di legge deve essere disapplicata». Come riferisce R. Cosio (Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie, Lavoro, Diritti, Europa, n. 1/2018): «Anche quattro avvocati generali hanno commentato (e sotto certi aspetti criticato) la sentenza Mangold nelle cause Chacón Navas (sentenza 11 luglio 2006, C-13/05), Lindorfer (sentenza 11 settembre 2007, C-227/04) Palacios de la Villa (sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05) e Maruko (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96). Interessante notare che in nessuna di queste sentenze la Corte ha rivisto (o menzionato) la decisione assunta nella sentenza Mangold».

16 Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG., grande sezione, 19.01.10 (C-555/07, EU:C:2010:21.;).

17 COSIO, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1079; *Kucukdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, in *Foro it.*, 2011, IV, p. 150 ss., con nota di M. Militello, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna le sentenza "Kucukdeveci"*.

Qui la discriminazione per età è del tutto evidente ed infatti la norma tedesca viene dichiarata incompatibile con la Direttiva 2000/78 ma, con un passo avanti rispetto alla *Mangold*, la Corte richiama per la prima volta l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che vieta «qualsiasi forma di discriminazione» e fornisce così un fondamento "costituzionale" al principio di non discriminazione, 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».

Secondo Mancaloni¹⁸ «Diverso, e indicativo della mancanza di uniformità di vedute, è l'approccio degli Avvocati generali Tizzano e Bot, rispettivamente in *Mangold* e in *Kücükdeveci*. In *Mangold* l'Avvocato Tizzano è contrario alla disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie nelle controversie tra privati; suggerisce alla Corte di applicare il principio di uguaglianza, «il cui precetto chiaro, preciso e incondizionato, si rivolge a tutti i soggetti dell'ordinamento e può quindi essere invocato dai privati sia verso lo Stato sia nei confronti di altri privati»; la soluzione consigliata, tuttavia, è l'interpretazione del diritto interno in conformità con la direttiva. In *Kücükdeveci*, l'Avvocato generale Bot non considera rilevante la distinzione tra effetto di sostituzione ed effetto di esclusione, in quanto essa "non è mai stata oggetto di un riconoscimento generale ed esplicito da parte della Corte", e, di conseguenza, esclude che il diritto interno possa essere disapplicato per contrasto con la direttiva; alla disapplicazione del diritto interno deve procedersi, invece, per contrasto con il principio di uguaglianza e non discriminazione per ragioni di età considerato in congiunzione con la direttiva, in coerenza con la valorizzazione di tale principio nel nuovo Trattato (art. 13 TUE) e nella Carta dir. UE (art. 21). La Corte di giustizia, ritenendo anch'essa che la direttiva non possa produrre efficacia diretta, sancisce l'obbligo di disapplicazione del diritto interno per contrasto con il principio generale, che trova nella stessa direttiva "*concreta espressione*"; specifica, inoltre, che la disapplicazione consegue al primato (§ 57)».

18 A. M. Mancaloni, L'EFFICACIA ORIZZONTALE DELLE DIRETTIVE EUROPEE (A PARTIRE DA UN CASO ITALIANO), cit.

Il punto di arrivo, allo stato, è la sentenza Dansk industri¹⁹ del 19 aprile 2016, dove il lavoratore in questione era stato licenziato all'età di sessant'anni, dopo avere operato presso lo stesso datore di lavoro per trentacinque anni, in ragione del raggiungimento del diritto al regime di pensione di vecchiaia, regime al quale aveva aderito in base alla legislazione danese prima del compimento dei 50 anni.

Il lavoratore aveva rivendicato il diritto a ricevere l'indennità speciale di licenziamento nella misura pari a tre mensilità in ragione della anzianità di servizio ai sensi dell'art. 2a, par. 1, della legge danese in materia di lavoro la quale dispone che *«in caso di licenziamento di un lavoratore subordinato, in servizio nella stessa azienda continuativamente per 12, 15 o 18 anni, il datore di lavoro, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, gli corrisponde una somma pari, rispettivamente, a 1, a 2 ovvero a 3 mensilità di stipendio.»* Il par. 3 dello citato art. 2a, prevedeva però che l'indennità in questione non andava corrisposta se, al momento della cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il lavoratore avesse percepito una pensione di vecchiaia dal datore e se avesse aderito al regime previdenziale di cui trattasi prima del compimento del cinquantesimo anno di età, circostanza che, appunto, ricorreva nella specie.

Così conclude la Corte nella sentenza:

«1) Il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta, anche in una controversia tra privati, a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che priva un lavoratore subordinato del diritto di beneficiare di un'indennità di licenziamento allorché ha titolo a una pensione di vecchiaia da parte del datore di lavoro nell'ambito di un regime pensionistico al quale tale lavoratore subordinato abbia aderito prima del compimento del cinquantesimo anno di età, indipendentemente dal fatto che egli scelga di restare nel mercato del lavoro o di andare in pensione.

¹⁹ Dansk Industri (DI) contro Successione Karsten Eigil Rasmussen del 19.04.16 (C-441/14, EU:C:2016:278). V. R. Nunin, IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE NELL'APPLICAZIONE ORIZZONTALE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE IN RAGIONE DELL'ETÀ: UN NUOVO PASSO AVANTI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, Argomenti Dir. Lav., 2016, 6, 1184; V. Piccone, Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato, Quale giustizia, 15 febbraio 2017.

2) Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di una controversia tra privati rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 è tenuto, nel momento in cui attua le disposizioni del suo diritto interno, a interpretarle in modo tale che esse possano ricevere un'applicazione conforme a tale direttiva ovvero, qualora una siffatta interpretazione conforme fosse impossibile, a disapplicare, se necessario, qualsiasi disposizione di tale diritto interno contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età. Né i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento né la possibilità per il privato che si ritenga leso dall'applicazione di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possono rimettere in discussione tale obbligo».

Qualche commentatore²⁰ ha rilevato come: «La Corte di giustizia chiarisce che la direttiva costituisce una "concretizzazione", dunque una specificazione delle condizioni e dell'ambito di applicazione del divieto di discriminazione in base all'età, che tuttavia trova il suo fondamento - è "sancito", secondo le parole della Corte di giustizia - altrove, tra i principi generali del diritto. Sul punto niente di nuovo. Vi è conferma di quanto già affermato nei precedenti Mangold e Küçükdeveci. Il profilo interessante, invece, è che la sentenza costituisce una sorta di summa, un vademecum delle operazioni interpretative cui è tenuto il giudice nazionale per rendere conforme il diritto nazionale al diritto dell'Unione. La sintesi è che lo strumento privilegiato per assicurare la conformità del diritto interno al diritto dell'Unione è l'interpretazione conforme, mentre la disapplicazione costituisce l'*extrema ratio*».

Estrema ratio che però, più correttamente, diventa «obbligo di disapplicazione ("il Giudice nazionale...è tenuto"), qualora l'interpretazione conforme fosse impossibile, senza che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento (nella fattispecie, la giurisprudenza consolidata della Corte suprema danese) o la possibilità per il privato di far valere la responsabilità dello Stato membro interessato per violazione del diritto dell'Unione possano rimettere in discussione tale obbligo di disapplicazione»²¹.

20 Ottavia Cozzi, UN CONFLITTO COSTITUZIONALE SILENTE: CORTE DI GIUSTIZIA E DEFERENZA VERSO IL LEGISLATORE EUROPEO NELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA SULLA CITTADINANZA E SUL RICONOSCIMENTO DI PRESTAZIONI SOCIALI, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3, 2016.

21 Così invece V. De Michele, in *Interpretazione conforme, disapplicazione, principio di uguaglianza e non discriminazione: attraverso la Carta di Nizza la Corte di giustizia riafferma la primazia del diritto dell'Unione e la stabilità del sistema giurisdizionale europeo*, www.europeanrights.eu (newsletter n. 56 del

Come si vede un passo avanti rilevante nell'affermazione della supremazia del diritto europeo rispetto a quelli nazionali.

E veniamo al caso che riguarda più da vicino l'Italia.

Nella sentenza *Abercrombie*²² riguardava la particolare fattispecie del contratto a chiamata a tempo indeterminato²³.

Tale tipologia contrattuale, definita anche lavoro 'a chiamata' o *job on call*, si caratterizza per il fatto che la prestazione lavorativa viene effettuata solo a richiesta dell'azienda datrice di lavoro a seconda delle sue esigenze con un preavviso (normalmente di un giorno). Il lavoratore viene pagato solo per le prestazioni effettuate, salva un'indennità di reperibilità stabilita dalla contrattazione collettiva. Il contratto a chiamata poteva essere stipulato con soggetti di età inferiore a 25 anni e superiore a 52.

La flessibilità di tale tipologia contrattuale è soprattutto in favore del datore di lavoro, con evidenti ricadute di precarietà per il lavoratore.

Già si è cennato che la valutazione sulla compatibilità di una norma nazionale va effettuata sotto il profilo della "finalità legittima", consistente nell'obiettivo che il legislatore si è prefisso con l'approvazione del provvedimento legislativo interno e della "proporzionalità dell'intervento" che riguarda l'idoneità al raggiungimento dello scopo che si intende raggiungere.

Nel caso *Abercrombie*, si trattava di un lavoratore assunto presso una società multinazionale, con un contratto a termine a chiamata poi convertito in contratto a tempo indeterminato risolto dalla società datrice di lavoro nel luglio dello stesso anno, in concomitanza con il compimento da parte del lavoratore in questione del venticinquesimo anno di età.

15/5/2016).

22 *Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro* del 19 luglio 2017, C- 143/16, EU:C:2017:566

23 R. Cosio, *Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie*, cit.; R. Nunin, *WHERE DO WE GO FROM HERE? LAVORO INTERMITTENTE E DISCRIMINAZIONE IN BASE ALL'ETÀ NELLA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL CASO ABERCROMBIE & FITCH* in *Argomenti Dir. Lav.*, 2017, 6, 1486; N. Fuccaro, *Disparità di trattamento per ragioni di età: la CGUE "salva" la cessazione automatica del contratto di lavoro intermittente*, in *Note e commenti - DPCE on line*, 2017/4.

La regolamentazione di tale contratto ha trovato molti contrasti nel nostro ordinamento. Introdotta dal d.lgs. n. 276 del 2003 (con gli art. 33-40), la fattispecie era poi stata cancellata a seguito dell'abrogazione di tali norme ad opera della l. n. 247 del 2007, per essere, poco dopo, ripresa dalla l. n. 133 del 2008; in seguito, con la c.d. Riforma *Fornero* il legislatore è intervenuto cercando di temperarne alcuni eccessi di flessibilità. Recentemente è stata nuovamente modificata nel quadro delle riforme attuate dal Governo Renzi (c.d. *Jobs Act*) – con gli artt. 13-18 d.lgs. n. 81 del 2015²⁴.

Trattasi dunque di una materia particolarmente contrastata, tenacemente ribadita nella convinzione che si tratterebbe di una tipologia di contratti che consentirebbe il più agevole inserimento del giovane nel mondo del lavoro attraverso l'esperienza acquisita, favorita dalla diminuzione di vincoli per il datore di lavoro.

Nel nostro caso, il lavoratore, a fronte del licenziamento per il superamento del limite di età al tempo previsto per la stipulazione del particolare tipo di contratto, aveva impugnato il recesso avanti al Tribunale di Milano adducendone l'illegittimità, per ragioni di discriminazione in base all'età, con conseguente illegittimità del licenziamento. Il ricorso veniva rigettato dal primo giudice ed il lavoratore aveva appellato. La Corte di Milano, diversamente, aveva accertato l'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed aveva condannato la società datrice di lavoro a riammettere al lavoro l'interessato, oltre che a risarcirgli i danni.

La Abercrombie era ricorsa in Cassazione la quale, con ordinanza 3982/2016 aveva rimesso la questione alla Corte europea chiedendo di verificare se la fattispecie costituisse una discriminazione per età.

24 Su questa tipologia, vedi: C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul Welfare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2008, 68; F. Bacchini, *Lavoro intermittente: la nuova flessibilità e il contratto di lavoro ripartito*, Milano, 2004; V. Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pag. 216 e segg.; R. Voza, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2005, 69; D. Gottardi, *Lavoro intermittente*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pag. 483 e segg.; A. Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Padova, 2012, pag. 1252 e segg.; C. Spinelli, *Il lavoro intermittente dopo il Jobs Act*, in *Lav. Giur.*, 2015, pag. 1125 e segg.; A. Mattei, *La continuità nel lavoro intermittente*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, pag. 653 e segg.; P. Albi, *Il lavoro intermittente e il lavoro accessorio dopo il Jobs Act*, in F. Carinci (a cura di), *Jobs Act: un primo bilancio*, Modena, 2016, pag. 19 e segg.

Come era prevedibile la Corte UE, in forza del principio di finalità legittima (nella specie favorire l'ingresso nel mondo del lavoro) dichiarata in causa dallo Stato italiano, ha ritenuto non ostativa la norma con il principio di non discriminazione.

La Cassazione italiana ha recepito acriticamente la sentenza della Corte con la pronuncia 4223/2018, disattendendo anche la richiesta di passaggio alla Consulta affermando che la Corte «non può sostituire il proprio giudizio a quello della Corte di Lussemburgo» e che «non sono vi sono ragioni di ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalle fonti internazionali»

Qualche perplessità resta però sulla proporzionalità dell'intervento.

Sul punto è stato osservato: «Tornando alle osservazioni dell'Esecutivo italiano, viene altresì rimarcato che, al fine di fornire il maggior numero di opportunità di ingresso nel mondo del lavoro, le forme contrattuali in parola non possono che essere flessibili: se fossero stabili «le imprese non potrebbero di offrire lavoro a tutti i giovani», asserisce la Corte con un'infelice formulazione che indurrebbe a ritenere che in virtù di tale disciplina, al contrario, «tutti i giovani» riescano ad essere assunti. Infine, a suffragio della tesi sostenuta, vengono riportate le rassicurazioni del Governo in ordine alle garanzie che corredano la normativa in discussione, quali la previsione che «il lavoratore intermittente non deve ricevere, per i periodi lavorati, un trattamento economico e normativo complessivamente meno favorevole rispetto al lavoratore di pari livello, a parità di mansioni svolte» (art. 38, d.lgs. 276/2003). (...) Sulla scia di queste ultime, si inserisce la sentenza in commento, la quale, aderendo – talvolta quasi acriticamente – alle osservazioni avanzate dal datore di lavoro e dal Governo italiano²⁵, attraverso le argomentazioni succinte (quando non lacunose) di cui si è cercato di dare conto, ha dichiarato che la normativa sovranazionale dev'essere interpretata nel senso che non osta alle disposizioni interne controverse nel procedimento principale²⁶».

Del resto, come giustamente si è sottolineato, «L'Avvocato generale, infatti, aveva evidenziato, rispetto al fine generale di promuovere la flessibilità nel mercato del lavoro, come non fosse chiaro *“perché l'onere di realizzarlo dovrebbe gravare soltanto su specifiche fasce di età”* con il risultato di esporre i giovani lavoratori al rischio *“di restare confinati nei gruppi più precari del mercato del lavoro”*²⁷.

25 Analogamente si è espressa la Corte nella sentenza Santoro dell'8 marzo 2018 (C-494/16, EU:C:2018:166), dando inusitato credito alle assicurazioni del Governo italiano circa il risarcimento spettante ai lavoratori pubblici in caso di abuso nell'utilizzo dei contratti a termine:” 49 A questo proposito, il governo italiano sostiene che i giudici nazionali adottano criteri di particolare favore sia nell'accertamento che nella liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio, ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione del danno sofferto, anche in mancanza di elementi concreti di prova prodotti dal lavoratore interessato”. Si tratta di affermazioni del tutto ipotetiche e prive di un serio fondamento, come risulta dalla più costante giurisprudenza della Cassazione italiana.

26 N. Fuccaro, Disparità di trattamento per ragioni di età: la CGUE “salva” la cessazione automatica del contratto di lavoro intermittente, cit.

27 R. Cosio, Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie, cit., dove si rileva anche che: «... alle affermazioni contenute nella sentenza Age Concern England [del 5 marzo 2009, C-388/07, EU:C:2009:128] dove si legge che *“semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito da tale provvedimento possa essere tale da giustificare una deroga al*

Il rilievo dell'Avvocato generale è rimasto in ombra nella sentenza della Corte ed in quella successiva della Cassazione, ma i dubbi sulla proporzionalità rispetto al fine perseguito restano, visto che la bilancia pare pesare in favore soprattutto dei datori di lavoro.

4. La decisione di rinvio in esame

Tanto premesso in linea generale sulla discriminazione per età, veniamo al merito dell'ordinanza in commento.

Le considerazioni sinora svolte sono utili anche per l'esame dell'ordinanza in commento.

Come si è visto al punto 1, la discriminazione operata nei confronti dei piloti impiegati presso CAI riguarda coloro i quali sono specificamente addetti alla guida di aerei di Stato che, si presume, siano utilizzati non solo per il trasporto di soggetti istituzionali in missione ma anche in operazioni riservate e delicate, verosimilmente anche di natura militare.

Per quanto attiene l'applicabilità del Regolamento UE 1178/2011 va subito detto che il limite di 65 anni ivi fissato per operare come pilota riguarda i voli commerciali.

Diversa è la situazione dei voli CAI e dunque pare opportuna una valutazione circa l'applicabilità ad un settore specifico come quello in cui operano i servizi segreti dello Stato membro²⁸.

La Direttiva 2000/78 poi, già si è cennato, all'art. 6, n. 1, prevede una serie di ipotesi di disparità di trattamento che il legislatore europeo ritiene possano considerarsi legittime.

A ciò si aggiunga che il n. 2 dell'art. 6 dispone che « 2. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso».

principio di non discriminazione in funzione dell'età".

²⁸ Si vedano, del resto le considerazioni tratte dalla sentenza *Werner Fries c/ Lufthansa* (C-190/16, EU:C:2017:513), citata ai punti 10 e 11 della ordinanza, dove il limite di 65 anni è stato ritenuto adeguato in considerazione della maggiore complessità dei voli nel settore del trasporto aereo commerciale.

L'art. 2, n. 5, inoltre, dispone che « 5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui». L'art. 3, n. 4, infine, dispone che: « 4. Gli Stati membri possono prevedere che la presente direttiva, nella misura in cui attiene le discriminazioni fondate sull'handicap o sull'età, non si applichi alle forze armate».

Così stando la normativa in tema, non appare *prima facie* del tutto implausibile che i voli di Stato possano presentare particolarità²⁹ che rendano opportuno prevedere che i piloti addetti debbano versare in condizioni di perfetta forma fisica in ragione dei compiti delicati che possono venire affidati a tali incombenti ed in grado di presentare una resistenza psico-fisica sia per la natura delle missioni che per la loro durata, resistenza che normalmente diminuisce con l'avanzare dell'età.

La sentenza Prigge, come si ricorderà, affermava che il limite di 60 anni fissato dalla normativa tedesca per esercitare l'attività di volo «non è una misura necessaria alla sicurezza pubblica ed alla tutela della salute ai sensi del medesimo art. 2 n. 5».

Nel caso in esame non appare semplice valutare, se non in linea teorica, sulla base del contenuto dell'ordinanza, se gli specifici compiti che possono essere svolti in occasione dei voli di Stato – ed ai quali si è cennato in via ipotetica ma ragionevole – rientrino nell'ambito della sicurezza pubblica e della tutela dell'ordine pubblico e, dunque, rendano plausibile la fissazione di un limite inferiore a quello stabilito dalla normativa generale UE.

Resta poi da sciogliere il nodo se l'attività dei servizi segreti possa rientrare nel settore "forze armate", cui non si applica, *de plano*, la Direttiva.

Tali considerazioni comprendono anche il divieto generale di cui all'art. 21 della CDFUE, di cui la Direttiva esaminata costituisce applicazione.

Pare dunque che la Corte UE non potrà che ribadire la propria giurisprudenza, eventualmente esaminando in astratto la fattispecie, rinviando poi al giudice remittente la valutazione concreta delle modalità dei voli di Stato al fine di verificare se la deroga operata sia nella fattispecie giustificata ai sensi della clausola 2 n. 5 e/ o 3 n. 5 della Direttiva, sicché era forse il caso che la Cassazione fornisse qualche elemento in più al giudice europeo.

²⁹ Sul punto la ordinanza qui in commento tace ma probabilmente si avranno lumi dall'esame degli atti di causa che la Corte UE avrà modo di valutare.

5. L'ordinanza di rinvio e la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale

L'ordinanza in commento si caratterizza poi per la precisazione in merito all'opportunità del rinvio alla luce della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale³⁰ dove si danno indicazioni circa l'opportunità di rinvii pregiudiziali in Corte di giustizia EU. Tale aspetto sembra costituire una ragione non secondaria della decisione di rinvio in sede europea.

Come si è già avuto modo di precisare, la scelta della Cassazione di sollevare la pregiudiziale è fondata su due motivazioni.

La prima, incontestabile, è che l'"invito" ai giudici italiani fatto dalla Consulta sia un *obiter dictum* che come tale – è noto – non li vincola nelle loro decisioni.

L'ordinanza, poi, afferma che la sentenza 296/2017 (al punto 5.2 della motivazione) avrebbe fatto comunque salvo il potere del giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

30 Su questa pronuncia v.: Antonio Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing* (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), per g.c. della Rivista di Diritti Comparati; Corrado Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269/2017*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Luigi Salvato, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Andrea Guazzarotti, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?* In margine alla sent. n. 269/2017, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Roberto Conti, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Gino Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Diletta Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso dei rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Lucia Serena Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, per g.c. di Federalismi.it; Massimo Luigi Ferrante, *La vicenda "Taricco" e la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, per g.c. di Dirittifondamentali.it; Michele Nisticò, *Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti*, per g.c. dell'Osservatorio Costituzionale AIC; Roberto Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, per g.c. della Rivista di Diritti Comparati; Alessia-Ottavia Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali; Adele Anzon Demmig, *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei "controlimiti"*, per g.c. del Forum di Quaderni Costituzionali.

Per il vero, la Consulta, non è così chiara sul punto. Si legge infatti al punto 5.2 della motivazione: «D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali. A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" – vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione –, la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli). In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

E non paiono esservi dubbi sul fatto che nel caso specifico si sia trattato proprio di «diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria», con la conseguenza che, secondo la Consulta andava «sollevata la questione di legittimità costituzionale». La possibilità di rinvio diretto sembra essere limitata «alle questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE», che non sembrano ricorrere nel caso specifico.

Fuor di dubbio, comunque, è che l'*obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale abbia fatto nascere qualche irritazione in Corte di cassazione.

La conferma si ha dal fatto che la seconda sezione civile della Corte, con ordinanza 3831 del 16 febbraio 2018 ha sollevato questione di costituzionalità di due disposizioni del d.lgs. 58/1998 (TUF), entrambe sospettate di violare diverse disposizioni sia della CDFUE che della Costituzione.

E' stato osservato³¹ che « In tale ordinanza la Cassazione – dopo aver evidenziato come, alla stregua della giurisprudenza costituzionale anteriore alla sentenza n. 269/2017, nelle cause rientranti nell'ambito applicativo del diritto dell'Unione europea, la disposizione interna della quale si accertasse (eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia) il contrasto con una norma auto applicativa di diritto Ue, anche di contenuto materialmente costituzionale, dovesse essere disapplicata (con conseguente irrilevanza della questione di legittimità costituzionale di tale norma con riferimento a parametri interni) – ha ritenuto che, alla luce della sentenza n. 269 del 2017, la segnalata doppia pregiudizialità andasse risolta privilegiando, in prima battuta, l'incidente di costituzionalità. Nel sollevare la questione di costituzionalità, peraltro, la Cassazione prospetta, per il caso che le disposizioni sospettate di illegittimità costituzionale superino il vaglio della Corte costituzionale, l'eventualità di attivare essa il rinvio pregiudiziale ex art. 267 Tfu (ove già non attivato dalla Corte costituzionale nel giudizio incidentale), sottolineando il proprio dovere «dare al diritto dell'UE un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia». In vista di tale evenienza, la Cassazione – con un quesito la cui portata va evidentemente ben oltre la questione specifica – chiede alla Corte costituzionale di precisare se il potere del giudice comune di disapplicare una norma interna che abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche sotto il profilo della conformità alla Cdfue) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui (secondo il giudice comune o la Corte di giustizia Ue, dal medesimo adita) la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai medesimi profili che la Corte costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale)».

31 V. A Cosentino (peraltro anche estensore dell'ordinanza di rimessione), Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea, in *Questione giustizia*, 3/2018.

Come si vede l'ordinanza della seconda sezione si pone nell'ottica di un confronto (ma altri l'hanno definita un'"ordinanza sfida" alla Consulta³²) perché ipotizza che il dialogo tra la Cassazione e la Corte costituzionale possa trasformarsi in un dialogo a tre, allorquando, in ipotesi di rigetto della questione di costituzionalità, entri in gioco anche la Corte europea UE attraverso un'ordinanza di rimessione da parte della Cassazione in sede di rinvio.

L'ordinanza qui in commento, invece, si pone in aperto contrasto con la Consulta, così come la sentenza 12108 del 17 maggio 2018³³ che disapplica, senza sollevare l'incidente di costituzionalità, l'art. 3, comma 7 del D.L. 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni in materia di personale dipendente dalle fondazioni lirico-sinfoniche), il quale, consentendo date diverse tra uomo e donna nel collocamento a riposo, introduceva una discriminazione diretta fondata sul sesso vietata dall'art. 14, paragrafo 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006.

Come si vede, tempi non tranquilli per il colloquio tra le Corti, soprattutto da parte della Consulta che, del resto, appare comprensibilmente preoccupata del naturale ridimensionamento del suo ruolo a fronte dell'avanzare dell'ordinamento europeo in quello dei singoli Stati aderenti all'Unione.

Non può quindi che convenirsi con quanto detto dal nuovo giudice in Corte di giustizia UE³⁴: « È dunque auspicabile che la Consulta, anche in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, non imponga ai giudici nazionali rigide formule prestabilite, ma lasci al sistema la flessibilità necessaria per assicurare una leale cooperazione con l'ordinamento dell'Unione europea. Questo anche al fine di mantenere un dialogo costruttivo con la Corte di Giustizia, la quale, come ha mostrato la recente sentenza M.A.S. e M.B., non è affatto sorda alle richieste di accogliere all'interno della nozione "comune" i diritti e valori fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana».

Roma, 7 gennaio 2019

32 Come riferisce Cosentino, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, cit., l'espressione è di L.S. Rossi in *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, <https://bit.ly/2N2r4LA>.

33 MM. E altri c/ Fondazione dell'Opera di Roma. La sentenza è stata resa da un collegio con gli stessi Presidente e relatrice dell'ordinanza qui in commento.

34 L. S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter 'creativi' (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, cit.