

La Corte di giustizia chiamata a decidere sulla prevalenza tra il diritto alla non discriminazione per età e alla tutela della disabilità.

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista in Milano e Roma

Sommario: 1. Il caso portato all'esame della Corte. – 2. La disciplina europea in tema di discriminazione per età. - 3. Quella a tutela della disabilità. –4. La decisione della Corte

1. Il caso portato all'esame della Corte

La questione sollevata dal Bundesarbeitsgericht (Corte di giustizia federale del lavoro), dopo due decisioni contrapposte dei giudici nazionali, è decisa dalla Corte di giustizia con la sentenza J.M.P. del 7 dicembre 2023 (C-518/22), riguarda il caso di una lavoratrice di 50 anni che aveva risposto a un'offerta di lavoro pubblicata da AP, un'agenzia che offre alle persone disabili servizi di assistenza e consulenza per l'organizzazione della loro vita quotidiana.

In particolare, l'offerta conseguiva ad una richiesta effettuata da una studentessa universitaria di 28 anni che necessitava di assistenza in tutti gli ambiti della vita quotidiana e che avesse, preferibilmente, un'età tra i 18 e 30 anni.

J.M.P. riceveva un rifiuto da parte della società all'assunzione e svolgeva in via stragiudiziale richiesta di risarcimento del danno derivante dalla discriminazione per età operata, alla quale seguiva il ricorso al Tribunale del lavoro di Colonia.

JMP assumeva innanzi tutto che l'unica ragione che aveva portato alla sua esclusione dall'accesso all'offerta di lavoro in questione fosse riferibile unicamente alla sua età e, in ogni caso, che il rifiuto di assunzione non fosse sorretto da alcuna ragione oggettiva in ragione degli specifici compiti di assistenza richiesti.

AP, nelle sue difese, eccepiva che la differenza di trattamento in ragione dell'età dell'interessata era pienamente giustificata in considerazione del fatto che *«l'attività di assistenza personale consisterebbe in un accompagnamento quotidiano altamente personale che comporta una dipendenza permanente della persona assistita. Pertanto, il requisito di avere una certa età consentirebbe di soddisfare le*

esigenze strettamente personali di A. nell'ambito della sua vita sociale in quanto studentessa universitaria».

Più in particolare, osservava che la preferenza da parte della persona di assistere e le sue esigenze soggettive potessero legittimamente costituire *«unrequisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa»* richiesta, come del resto previsto dall'art. 8, par. 1, dell'AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, legge generale tedesca sull'eguaglianza di trattamento) il quale prevede che *«una differenza di trattamento per uno dei motivi di cui all'articolo 1 è consentita laddove la natura dell'attività lavorativa da esercitare o del contesto in cui essa viene espletata costituiscono un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».*

La norma si intersecava poi con l'art. 8, par. 1, dell'SGB (Sozialgesetzbuch, Neuntes Buch, Libro IX del Codice della previdenza sociale del 26 dicembre 2016) il quale prevede che *«quando vengono adottate decisioni in materia di prestazioni e quando quest'ultime vengono erogate al fine di promuovere la partecipazione [alla vita sociale], devono essere soddisfatti i desideri legittimi dei beneficiari delle prestazioni. Al riguardo, si tiene conto anche della situazione personale, dell'età, del sesso, della famiglia nonché delle esigenze religiose e ideologiche dei beneficiari delle prestazioni».*

In particolare, osservava la AP, l'attività di assistenza richiesta nel caso specifico riguardava l'accompagnamento personale e giornaliero dell'assistito e quindi l'età richiesta si presentava tale da soddisfare le specifiche esigenze di una ragazza giovane in una situazione di dipendenza permanente che necessitava della possibilità di inserimento anche dell'assistente in un ambiente universitario.

La scelta effettuata trovava poi ulteriore conferma nell'art. 78, par. 1 dell'SGB IX nel quale si prevede che *«le prestazioni assistenziali sono erogate per consentire una gestione autonoma e indipendente della vita quotidiana, compresa l'organizzazione della giornata. Sono compresi, in particolare, i servizi per le attività generali della vita quotidiana, come la gestione della casa, l'organizzazione delle relazioni sociali, la pianificazione della vita personale, la partecipazione alla vita comunitaria e culturale, l'organizzazione delle attività del tempo libero, comprese quelle sportive, nonché la garanzia dell'efficacia delle prestazioni mediche e prescritte dal medico. Esse comportano la comunicazione con le persone operanti in questi ambiti».*

l'ArbeitsgerichtKöln (Tribunale del lavoro di Colonia) accoglieva il ricorso di J.M.P., ma la sentenza, su appello dalla AP Assistenzprofisveniva riformata dalLandesarbeitsgerichtKöln (Tribunale superiore del lavoro del Land, Colonia, Germania).

Di seguito il ricorso avanti alla Corte federale (giudice di ultima istanza) della lavoratrice che portava il giudice tedesco a formulare alla Corte di giustizia il seguente quesito:

«Se l'articolo 4, paragrafo 1, l'articolo 6, paragrafo 1, l'articolo 7 e/o l'articolo 2, paragrafo 5, della direttiva 2000/78 – alla luce delle disposizioni della [Carta] e dell'articolo 19 della [Convenzione dell'ONU] – possano essere interpretati nel senso che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, possa ritenersi giustificata una discriminazione diretta fondata sull'età».

Il giudice del rinvio rileva in primo luogo che la situazione di J.M.P. rientrava certamente nell'ambito di applicazione della Direttiva 2000/78, in quanto atteneva ai criteri di selezione per l'accesso all'occupazione e al lavoro (art. 3, par. 1. lett. a) e che la sua esclusione da parte della società resistente abbia costituito una discriminazione diretta fondata sull'età, ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) di detta direttiva. Ne consegue che la Corte si trovava nella situazione di dover ponderare la rilevanza della discriminazione subita da J.M.P. a fronte di quella che avrebbe subito la persona da assistere in ragione della sua disabilità, posto che il principio dell'autodeterminazione dell'assistito finalizzato a rendere possibile alla persona disabile un'organizzazione della sua vita quotidiana nel modo più autonomo e indipendente, in modo tale da tenere presenti i legittimi desideri dei beneficiari delle prestazioni di assistenza, tenuto conto che la legislazione nazionale in tema prevede in tale attività (art. 78, par. 1, del SGB IX) tutti i *«compiti generali della vita quotidiana, quali la gestione della casa, l'organizzazione delle relazioni sociali, la pianificazione della vita personale nonché la partecipazione alla vita comunitaria e culturale»*(§§ 38 e 39 sentenza in commento).

Inoltre, la citata direttiva 2000/78, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia¹, la convenzione dell'ONU sulla tutela dei diritti del disabile è richiamata espressamente nell'atto del suo recepimento nel diritto dell'Unione, sicché trova applicazione nella fattispecie anche l'art. 19 di quest'ultima che prevede la possibilità del disabile *«di vivere con la stessa autonomia e la stessa libertà delle*

¹ Si cita la sentenza dell'11 settembre 2019, Nobel PlastiquesIbérica, C397/18, EU:C:2019:703, punti 39 e 40 nonché giurisprudenza ivi citata.

altre persone» (§ 40), principio che trova fondamento anche nell'art. 1 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione e nella normativa nazionale tedesca e nei cui principi anche la persona che fornisce assistenza al disabile è parimenti coinvolta, dovendosi occupare della sfera privata ed intima dell'assistito, con la conseguenza che i desideri e le necessità di quest'ultimo debbono essere rispettati, sempre che risultino in concreto ragionevoli (§ 41).

Aggiunge inoltre che nella specie vengono in rilevanza anche le precisazioni di cui agli artt. 2, par. 5, della direttiva 2000/78 secondo il quale la tutela dei diritti e delle libertà altrui possono giustificare differenti trattamenti in merito all'età per l'accesso a posizioni lavorative, 4, par. 1, ove si prevede che l'età possa costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa e 6, nella parte in cui dispone che, disparità di trattamento in tema di età nell'accesso al lavoro, possano considerarsi in presenza di «*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*». Infine, ancora, l'art. 7 della direttiva prevede che gli Stati membri possano, «*mantenere o adottare disposizioni in materia di tutela della salute e sicurezza sul posto di lavoro né alle misure intese a creare o mantenere disposizioni o strumenti al fine di salvaguardare o promuovere il loro inserimento nel mondo del lavoro*» (§§ 42-45).

2. La disciplina europea in materia di discriminazione per età

Il divieto di discriminazione per ragioni di età² è uno tra gli ultimi divieti di differenziazione, tanto da essere denominato il “fattore cenerentola”³, tra i fattori di discriminazione.

La sua tutela appare definita in modo palese solo nel 1997, quando si 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

² Su cui vedi, in generale, Cosio, *La discriminazione per ragioni di età. La figlia di un dio minore si prende la scena*, LDE 25.07.19; Galleano, *La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia Ue: l'ordinanza 13678/2018 della sezione lavoro della Corte di cassazione*, europeanrights.eu, 15.01.19

³ 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.

Consiglio a prendere i «*provvedimenti opportuni*» per combattere le discriminazioni.

In precedenza, l'età era considerata un fattore di discriminazione in quanto rientrante in dizione del tipo e di «ogni altra condizione»⁴

Ciò perché, tra tutti, il divieto di discriminazione per età⁵ 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 discriminazione⁶.

Infatti, in questo quadro giuridico, l'art. 6 della Direttiva 2000/78 (la direttiva quadro sulle discriminazioni in materia di lavoro) introduce, solo per le disparità di trattamento collegate all'età⁷, una clausola generale di giustificazione delle

⁴ Con espressioni analoghe si esprime la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo all'art. 14 e la nostra Costituzione all'art. 3.

⁵ Sul quale, in linea generale si veda: 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; 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>; 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>; 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>; 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>.

⁶ Come ricorda Amato in *Discriminazione per età: cenerentola troverà la sua scarpetta?* (Europeanrights.eu, 24.04.2009) per l'Avvocato generale Mazàk (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».

⁷ Sul punto, v. *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 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, in talune situazioni, 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.

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.

A ciò si aggiunga che la stessa Direttiva, all'art. 2, par. 5, con una norma che rileva nel giudizio in esame prevedendo che «*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*».

Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che in tema di discriminazione per età si è pronunciata in molteplici occasioni, ci limiteremo a ricordare le sentenze più rilevanti al fine di delineare la cornice dello sviluppo dell'istituto.

La Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta direttamente sulla discriminazione per età nella nota sentenza *Mangold*⁸, che ha trattato il caso, ritenuto costruito a tavolino da un avvocato tedesco che si era fatto fare causa da un suo dipendente licenziato allo scadere del termine del contratto al compimento del 52mo anno di età, in forza di una normativa nazionale, poi dichiarata incompatibile con la direttiva 2000/78.

La sentenza è stata sottoposta a rilevanti critiche sulla rigosità del controllo di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità nella valutazione delle cause di giustificazione⁹.

⁸ Corte di giustizia grande sezione, 22 novembre 2005 (C-144/04, EU:C:2005:709). Molti su questa decisione. Qui ci si lita ad alcuni tra i più rilevanti: Guarisio nota a *Mangold*, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2006, p. 387; 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.; 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.; Piccone, Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in Foro It., 2006, IV, col. 342 e segg.; Schiek, *The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation*, in Ind. LawJourn., 2006, pag. 329 e segg.. Per una disamina ex post: Fuchs, *La lunga storia del caso Mangold*, in Lav. Dir., 2011, pag. 81 e segg.

⁹ Secondo 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*

La sentenza più importante ai fini di un'impostazione sistematica della materia, è, però, la *Kucukdeveci*¹⁰, nella quale si è affermata 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 vincolante.

Un punto di arrivo è poi la sentenza *Dansk industri*¹¹, 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. Qui la Corte, per la prima volta, affronta direttamente il problema della prevalenza del diritto europeo in materia di discriminazione – nella sentenza si legge: «“il Giudice nazionale ... è tenuto” ad applicare il diritto unionale, qualora l'interpretazione conforme sia impossibile.

In merito alle rimesse italiane, ricordiamo la sentenza *Abercrombie*¹², che riguardava la particolare fattispecie del contratto a chiamata a tempo indeterminato che cessa automaticamente a 25 anni di età e che viene ritenuto non contrastato con la normativa europea.

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

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 Chacòn Navas (sentenza 11 luglio 2006, C-13/05), Lindorfer (sentenza 11 settembre 2007, C-227/04) Palacios de la Villa (sentenza 16 ottobre 2007, C-411/05) e Maruko (sentenza 17 febbraio 1998, C-249/96). Interessante notare che in nessuna di queste sentenze la Corte ha rivisto (o menzionato) la decisione assunta nella sentenza Mangold».

¹⁰Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG., grande sezione, 19.01.10 (C-555/07, EU:C:2010:21, su cui: Cosio, *La sentenza Küçükdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1079; Küçükdeveci. *Swedex GmbH & Co. KG*, in *Foro it.*, 2011, IV, p. 150 ss., con nota di Militello, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Küçükdeveci"*.

¹¹Dansk Industri (DI) contro Successione KarstenEigil Rasmussen del 19.04.16 (C-441/14, EU:C:2016:278). V. 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; Piccone, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato, Quale giustizia*, 15 febbraio 2017.

¹²*Abercrombie & Fitch Italia Srl contro Antonino Bordonaro* del 19 luglio 2017, C- 143/16, EU:C:2017:566, sulla quale v. Cosio, *Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie*, cit.; 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; 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

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 2015¹³.

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.

¹³ Su questa tipologia, vedi: Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del Protocollo sul Welfare*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2008, 68; Bacchini, *Lavoro intermittente: la nuova flessibilità e il contratto di lavoro ripartito*, Milano, 2004; Bavaro, *Sul lavoro intermittente. Note critiche*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pag. 216 e segg.; 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; Gottardi, *Lavoro intermittente*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, pag. 483 e segg.; Morone, *Il contratto di lavoro intermittente*, in Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani, Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Padova, 2012, pag. 1252 e segg.; Spinelli, *Il lavoro intermittente dopo il Jobs Act*, in *Lav. Giur.*, 2015, pag. 1125 e segg.; Mattei, *La continuità nel lavoro intermittente*, in Zilio Grandi, Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, pag. 653 e segg.; Albi, *Il lavoro intermittente e il lavoro accessorio dopo il Jobs Act*, in 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.

Tanto, come si comprende, in forza di una delle ipotesi di disapplicazione del divieto di discriminazione prevista dalla Direttiva 2000/78, art. 4, punto 1, ovvero gli obiettivi «*di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale*».

3. Quella a tutela della disabilità

Maggiore attenzione è stata data alla tutela della disabilità¹⁴, che da sempre accompagna la storia dell'umanità¹⁵, sia da parte della normativa internazionale che di quella europea¹⁶ e nazionale¹⁷, soprattutto in tema di lavoro ed al suo accesso¹⁸.

Sin dal 1974, il Consiglio europeo approvava la prima risoluzione del Consiglio che raccomandava l'elaborazione di un Programma di azione per l'integrazione occupazionale e sociale delle persone con disabilità¹⁹, con lo sviluppo di quattro programmi finalizzati all'inserimento al lavoro e la formazione professionale dei disabili.

Di rilevanza, anche sotto il profilo temporale, è certamente la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite, n. 48/96 del 20 dicembre 1993, che venne successivamente recepita dall'Unione europea con nel 1996²⁰, programmando

¹⁴ In generale vedi: Bernardini, “*Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e disability studies*”, Giappichelli, 2016; A. Tamborrino, “*Tutela giuridica delle persone con disabilità, Diritti e libertà fondamentali delle persone diversabili*”, Key editore, 2019; Arconzo, “*I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*”, FrancoAngeli2020.

¹⁵ Per brevi cenni e rinvii v. Galleano, *Cassazione 6497/21 e le tutele dei lavoratori fragili, anche al tempo del Covid 19*, europeanrights.eu, 15.05.21.

¹⁶ V., per una panoramica sul tema, Ferri, “*L’Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent’anni dalla prima ‘Strategia’*” su Politiche sanitarie.it, Aprile-giugno 2017, Vol. 17, n. 2, per una complessiva ricostruzione normativa, M. Cadonna, “*La lunga storia del concetto di disabilità nell’ordinamento dell’Unione europea*”, su foroeuropa.it, 2/2015.

¹⁷ 25 Per una panoramica, v. Borzetti, “*L’evoluzione della legislazione italiana sulla disabilità*”, su didaweb.net, 06.12.2018

¹⁸ Marchisio, Curto, “*Diritto al lavoro e disabilità. Progettare pratiche efficaci*”, Carocci editore, 2019; Angelica Riccardi, “*Disabili e lavoro*”, Cacucci, 2018; Mesiti, *Diritto della previdenza sociale*, Giuffrè, 2020, in particolare, capp. IV, V e VI; Garofalo, “*La riforma del collocamento obbligatorio*”, in Garofalo, Lagala (a cura di), *Collocamento e mercato del lavoro*, De Donato, Bari, 1982, 229 ss.; Garofalo, “*Il sostegno all’occupazione dei soggetti svantaggiati*”, in Riv. dir. sic. soc., 2009, 1, 39 ss.; Garofalo, “*Il sistema del collocamento obbligatorio tra tutela dell’invalido e tutela dell’impresa*”, in Foro it., 1985, I, 536 ss.

¹⁹ Priestley M, In search of Europeandisability policy: between national and global, ALTER - Revue européenne de recherche sur le handicap, fasc 1, 2007, pp 61-74.

«un più forte impegno a identificare e rimuovere i vari ostacoli che si frappongono alla parità di opportunità e alla piena partecipazione a tutti gli aspetti della vita²¹⁾», secondo le indicazioni della Risoluzione, con l'affermazione del cd. «*modello sociale della disabilità*²²⁾» che ridefinisce la disabilità non solo come effetto della menomazione del singolo, ma anche come conseguenza di fattori sociali.

Il Trattato di Amsterdam, adottato nel 1999 incarica l'allora Comunità europea di adottare misure a combattere le discriminazioni fondate sulla disabilità (articolo 13 TCE, ora articolo 19 TFUE) e, a margine del trattato, viene approvata una dichiarazione allegata all'articolo 95 TCE (oggi articolo 114 TFUE), secondo la quale nell'elaborazione di misure per l'armonizzazione del mercato interno si deve tener conto, per la prima volta, «delle esigenze delle persone con disabilità».

A tali interventi, segue finalmente la Direttiva 2000/78 nella quale la disabilità diventa un dei fattori più rilevanti delle discriminazioni sul lavoro, giungendo anche a recepire le indicazioni sul raggiungimento di «accomodamenti ragionevoli²³⁾», finalizzati a consentire l'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro, poi istituzionalizzati anche dalla Convenzione ONU del 2006²⁴⁾ recepita dall'Unione nel

²⁰ Comunicazione della Commissione sulla parità di opportunità per i disabili, Una nuova strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili, Bruxelles, 30 luglio 1996, COM(96)406 def.

²¹ Comunicazione della Commissione sulla parità di trattamento di opportunità per i disabili, Una nuova strategia della Comunità europea nei confronti dei disabili, Bruxelles, 30 luglio 1996, COM(96)406 def., Sintesi e conclusioni strategiche.

²² 7 Sul modello sociale si veda ex multis Barnes C, «*Capire 'il modello sociale della disabilità'*» (trad. it. Di AD Marra), in *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol 2, 1, 2008 al sito <http://www.intersticios.es/article/viewFile/2382/1893>

²³ Su questo aspetto, si veda Giubboni, «*Anni difficili, I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*», Giappichelli, 2020», in particolare, il cap. 4 «*il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione*». Sulla rilevanza dell'aspetto discriminatorio, tra i tanti, si vedano, con riferimento a casi specifici, i contributi di Basilico, «*Non si può licenziare il lavoratore affetto da handicap senza adottare ogni misura ragionevole a sua tutela*», commento a Tribunale Pisa, ordinanza 16 aprile 2015, in *Questione giustizia*, 27/05/2015 e di Tarquini, «*Cassazione, il licenziamento per inidoneità sopravvenuta del lavoratore divenuto inabile alle mansioni e i ragionevoli accomodamenti*», in *Questione giustizia*, 13.06.2019. In sede nazionale, l'obbligo, sancito dalla Direttiva - e già suggerito dall'UNRPD - di «ragionevole accomodamento» in ipotesi di inidoneità alle mansioni ha dovuto attendere la condanna da parte della Corte di giustizia nella causa Commissione c/ Italia, nella causa C-312/11 (sentenza del 4 luglio 2013), su cui si vedano Cinelli, «*Insufficiente per la Corte di Giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, vol 4, 2013, pp 935-938; Milizia, «*L'UE condanna l'Italia per la disparità di trattamento dei disabili sul lavoro*», *Diritto & Giustizia*, 2013, pp 1001-1003; Danisi, «*Disabilità, lavoro e 'soluzioni ragionevoli': l'inadempimento dell'Italia alla Corte di Giustizia*», *Quaderni Costituzionali*, vol 4, 2014, pp 1005-1008; Marasca, «*La Corte di Giustizia bocchia l'Italia: verso i disabili un 'irragionevole' trattamento sul luogo di lavoro*», *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, vol 3, 2013, pp 629-638 .

2007²⁵.

Secondo l'art. 2 della Convenzione, per "accomodamenti" si intendono «*le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati*» che si debbono adottare «*per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali*». Più in particolare, poi, l'art. 5 della direttiva dell'Unione, parla di «*provvedimenti appropriati*» del datore di lavoro, «*in funzione delle esigenze delle situazioni concrete*», per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro e di continuare a svolgerlo.

Nel 2000, il Consiglio europeo di Nizza approva la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che comprende due disposizioni specificamente riguardanti la disabilità. L'articolo 21 afferma il principio di non discriminazione richiamandolo espressamente tra i fattori di rischio, mentre l'articolo 26 stabilisce che l'Ue «*riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*»²⁶.

²⁴ Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e il suo Protocollo opzionale (A / RES / 61/106), adottata il 13 dicembre 2006 presso la sede delle Nazioni Unite a New York ed è stata aperta alla firma il 30 marzo 2007. C'erano 82 firmatari della convenzione, 44 firmatari del protocollo facoltativo e 1 ratifica della convenzione. Questo è il numero più alto di firmatari nella storia di una Convenzione delle Nazioni Unite nel suo giorno di apertura. È il primo trattato globale sui diritti umani del XXI secolo ed è la prima convenzione sui diritti umani aperta alla firma delle organizzazioni di integrazione regionale. La convenzione è entrata in vigore il 3 maggio 2008. Sulla quale v. Marchisio, Cera, Della Fina, *La convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone con disabilità*, Aracne, 2010; Corto, Marchisio, *I diritti delle persone con disabilità. Percorsi di attuazione della Convenzione ONU*, Carocci, 2020; Piccione, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Giappichelli, 2023.

²⁵ Alla Convenzione hanno aderito 175 Stati ed è la prima convenzione internazionale a cui ha aderito l'Unione europea. Ed è anche la prima a trattare nello specifico i diritti delle persone con disabilità, che viene riconosciuta nel preambolo della Convenzione come un concetto in evoluzione, e che essa è strettamente legata all'interazione tra persone con menomazione ed il resto della popolazione e finalizzata a superare (oltre ai pregiudizi) le barriere comportamentali ed ambientali che impediscono la loro piena ed effettiva inclusione nella società su un piano di uguaglianza con gli altri. Di rilievo è che la nozione di "disabilità" non viene fissata una volta per tutte, ma può cambiare a seconda degli ambienti che caratterizzano le diverse società. Sul punto v. Marchisio, «*I diritti delle persone con disabilità. Percorsi di attuazione della convenzione ONU*», Carocci, 2020; Osio, Braibanti (a cura di), «*Il diritto ai diritti. Riflessioni e approfondimenti a partire dalla Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità*», Franco Angeli, 2016.

²⁶ Sul quale v. Ferri, «*L'Unione europea e i diritti delle persone con disabilità: brevi riflessioni a vent'anni dalla prima 'Strategia'*», in *politichesanitarie.it*, aprile giugno 2016, vol. 17, n. 2.

Il 2003 viene proclamato Anno europeo delle persone con disabilità²⁷ e, nello stesso anno, viene poi approvato il Piano di azione europeo sulla disabilità (2004-2010)²⁸, con l'obiettivo di completare l'attuazione della direttiva sulla parità di trattamento in tema di occupazione, di rafforzare l'integrazione dei disabili nei diversi ambiti delle politiche comunitarie e di migliorare la loro partecipazione alla società anche attraverso l'abbattimento delle barriere architettoniche²⁹, cui fa seguito la strategia europea sulla disabilità 2010-2020, che aveva l'obiettivo di “*mettere le persone con disabilità in condizione di esercitare tutti i loro diritti e di beneficiare di una piena partecipazione alla società e all'economia europea*”³⁰.

Attualmente è in vigore una nuova strategia per il decennio 2021-2030 che si basa sui risultati della precedente e che intende proseguire la strada verso un'Europa senza barriere e verso l'emancipazione delle persone con disabilità, affinché possano godere dei loro diritti e partecipare pienamente alla società e all'economia, tenendo conto una prospettiva intersettoriale in linea con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile e gli obiettivi di sviluppo sostenibile (OSS). Nonostante i progressi compiuti nell'ultimo decennio, le persone con disabilità affrontano ancora notevoli ostacoli e presentano un maggiore rischio di povertà ed esclusione sociale.

4. La decisione della Corte

Quello descritto è dunque il quadro nel quale la Corte era stata incaricata di effettuare una scelta.

Infatti, nella sentenza si osserva (§§ 48-49) che la fattispecie riguarda un caso in cui l'accesso al lavoro risulta limitato a candidati i quali abbiano un'età tra i 18 e i 30 anni, così così costituendo certamente un'ipotesi di discriminazione diretta per età ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) e che la direttiva 2000/78 riguarda «*le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro (...) compresi i criteri di selezione e di assunzione*» ai sensi dell'art 3, par. 1 lett. a).

²⁷ Decisione del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa all'anno europeo dei disabili 2003.

²⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni - Pari opportunità per le persone con disabilità: un piano d'azione europeo, 30 ottobre 2003, COM(2003) 650 final.

²⁹ V. Amato, “*L'eliminazione delle barriere architettoniche, ambientali e sociali all'integrazione delle persone. Elementi per un approfondimento e considerazioni minime*”, *Questione giustizia*, 3/2018.

³⁰ Comunicazione della Commissione del 15 novembre 2010, Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere, SEC(2010) 1324.

Allo stesso tempo, ai sensi dell'art. 2, par. 5 della direttiva sono impregiudicate le disposizioni nazionali che sono «*necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati, alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui*». Tale norma, costituendo una deroga al principio generale di non discriminazione, andrà interpretata in modo restrittivo.

Nel verificare se la fattispecie rientri nell'ambito di applicabilità di quest'ultima norma, la Corte sottolinea come la normativa nazionale, con l'art. l'articolo 8, paragrafo 1, del SGB IX, in combinato disposto con l'articolo 33 del SGB I, imponga che i servizi di assistenza personale finalizzati all'inserimento sociale dei soggetti beneficiari siano tali da soddisfare i legittimi desideri di questi ultimi, tenuto conto della loro ragionevolezza, valutata sulla base della loro situazione specifica delle varie esigenze dei destinatari della assistenza.

Tenuto conto della specifica situazione di fatto descritta dal giudice del rinvio e salva la verifica in concreto da parte di questi, la specifica del range di età nel quale individuare i candidati ad accedere al posto di lavoro in questione, pare essere riconducibile all'art. 2, par. 5 della Direttiva, sotto il profilo della «*tutela dei diritti e delle libertà altrui*», posto che si concretizza in una disposizione finalizzata a perseguire «*un obiettivo volto alla tutela dell'autodeterminazione delle persone disabili, garantendo il diritto all'espressione dei desideri e alla libera scelta di dette persone al momento dell'adozione di decisioni relative alle prestazioni di servizi di assistenza personale e alla loro fornitura, prestazioni che riguardano tutti gli ambiti della vita e si estendono profondamente alla sfera privata e intima delle persone che le ricevono*» (§ 68).

Trattandosi dunque di una misura che mira al diritto all'autodeterminazione del disabile, cui è necessario poter scegliere come e con chi vivere in relazione alla sua specifica situazione, alla possibilità di inserimento sociale e professionale e alla partecipazione alla vita della comunità ove opera.

La Corte ricorda anche la direttiva richiama anche la Convenzione ONU che, all'art. 19 prevede il rispetto dell'autodeterminazione delle persone disabili e che dunque l'art. 2, par. 5 va interpretato in modo conforme alle disposizioni della Convenzione.

L'età richiesta al candidato per l'attività da svolgersi appare poi non solo legittima, ma anche giustificata in considerazione della necessità del disabile di integrarsi in un ambiente universitario, di regola frequentato da persone giovani, così costituendo un provvedimento adeguato al fine di tutelare il diritto del disabile.

Considerato che tale aspetto appare determinante, risultano assorbite le altre possibili giustificazioni al principio di non discriminazione per età contemplate dall'articolo 4, paragrafo 1, dall'articolo 6, paragrafo 1, e/o dall'articolo 7 della direttiva 2000/78.

5. Conclusioni

Pare davvero difficile trovare argomenti che giustifichino critiche alla decisione della Corte.

E' sufficiente pensare che, mentre una persona normale, indipendentemente dalla sua età, ha comunque la possibilità di reperire altre occasioni di lavoro e, comunque, di modulare la sue esigenze di inserimento nel mondo del lavoro, il soggetto disabile si trova in una situazione nella quale talune condizioni, in particolare le caratteristiche di chi si deve occupare della sua assistenza giornaliera, possano rappresentare elementi di essenzialità al fine di garantire il suo diritto autodeterminazione e la possibilità di inserimento nell'attività o nell'ambiente di vita nel quale aspira a svolgere la sua formazione professionale.

In una situazione di particolare bilanciamento tra due possibili discriminazioni che si interconnettono tra loro, la Corte pare avere interpretato pienamente e correttamente i principi generali di solidarietà che connaturano la legislazione internazionale e la nostra stessa costituzione³¹.

Roma, 10 gennaio 2024

³¹ Sul punto è doveroso un rinvio a Giubboni, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Feltrinelli, 2022.