

CORSO DI AGGIORNAMENTO IN DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

Firenze, 5 aprile 2019

Il divieto di discriminazione in base all'età

Dott.ssa Deborah Russo

Art. 3 Cost.

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 37.

La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione.

La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato.

La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.

Art. 19 TFUE

*«Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'**età** o l'orientamento sessuale»*

Art. 21 Carta dei diritti fondamentali

«E' 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, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale»

DIRETTIVA 2000/78/CE DEL CONSIGLIO

che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro

art. 1

Obiettivo

*«La presente direttiva mira a stabilire **un quadro generale per la 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 al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.»*

NB: quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, nella quale trova espressione concreta, in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il principio di non discriminazione fondata sull'età, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, gli Stati membri e le parti sociali devono agire nel rispetto di tale direttiva

Articolo 2

Nozione di discriminazione

1. Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1.

2. Ai fini del paragrafo 1:

a) sussiste **discriminazione diretta** quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;

b) sussiste **discriminazione indiretta** quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, **a meno che:**

i) tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; o che

ii) nel caso di persone portatrici di un particolare handicap, il datore di lavoro o qualsiasi persona o organizzazione a cui si applica la presente direttiva sia obbligato dalla legislazione nazionale ad adottare misure adeguate, conformemente ai principi di cui all'articolo 5, per ovviare agli svantaggi provocati da tale disposizione, tale criterio o tale prassi.

Art. 3, comma 4:

«Gli Stati membri possono prevedere che la presente direttiva, nella misura in cui attiene alle discriminazioni fondate sull'handicap o sull'età, non si applichi alle forze armate»

Discriminazione e previdenza

- Il considerando 14 della direttiva lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che disciplinano l'età pensionabile;
- La CGUE, a partire dal caso *Palacios de la Villa* (2007), ha però sottoposto al suo scrutinio il pensionamento obbligatorio o la risoluzione automatica del contratto al compimento di una certa età.

Articolo 6

Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età

1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, 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.**

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

- 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.



Norma riprodotta nell'art. 3, comma 4 bis e 4 ter, del **decreto legislativo 216/03**

Considerando n. 25

«(25) Il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione. Tuttavia in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e **richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri. È quindi essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale, e le discriminazioni che devono essere vietate».**

Sentenza «Mangold» C-144/04

Par. 75-77:

«Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto

(...) è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in base all'età, assicurare nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale».

Il richiamo al principio generale ha permesso di superare l'ostacolo della pendenza del termine del recepimento della direttiva

Sentenza «Kucukdeveci» C-555/07

Norma tedesca che aumenta i termini di preavviso del licenziamento in base alla durata dei rapporti di lavoro, senza calcolare il lavoro prestato prima dei 25 anni.

Controversia tra privati, termine recepimento direttiva era scaduto

Ove non sia possibile procedere all'interpretazione conforme il giudice ha obbligo di disapplicare (senza necessità di preventiva pronuncia in via pregiudiziale) → effetto diretto orizzontale

L'interpretazione delle deroghe

Articolo 6

Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età

1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, 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.**

Il test applicato dalla CGUE

- Finalità legittime: approccio in genere flessibile (per es: La preservazione dell'equilibrio finanziario del sistema sanitario nazionale; la lotta alla disoccupazione e il ricambio generazionale; tutela della salute)
- Necessità e proporzionalità dei mezzi impiegati:
 - Caso «Palacios de la Villa» pensionamento obbligatorio è proporzionato al fine della piena occupazione nazionale se sono previste adeguate compensazioni economiche per il lavoratore
 - Caso «Petersen» limite di età di 68 anni per l'esercizio della prof. dentista proporzionato in presenza di deroghe come continuità in zone carenti di dentisti
 - Caso «kukudveci» l'obiettivo era consentire una gestione più flessibile del personale e rafforzare lavoratori con più anzianità... misura giudicata irragionevole perché inutile

Il contratto intermittente (art. 33-34, d.lgs. 276/2003)

Contratto per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente che può in ogni caso essere concluso con riferimento a prestazioni rese da soggetti con **meno di 25 anni o con più di 45 anni di età, anche pensionati**

Nel caso di lavoratori di età compresa tra i 25 e i 45 anni, il contratto di lavoro intermittente può essere concluso solo per l'esecuzione di prestazioni a carattere discontinuo o intermittente, secondo le modalità specificate dai contratti collettivi e per periodi predeterminati, mentre, nel caso di lavoratori di età inferiore ai 25 anni o superiore ai 45, la conclusione di un simile contratto di lavoro intermittente non è subordinata ad alcuna di tali condizioni e può avvenire «in ogni caso», con la precisazione, e i contratti conclusi con lavoratori di età inferiore ai 25 anni cessano automaticamente quando i medesimi compiono 25 anni.

Il caso «Abercrombie»

Caso:

Il sig. Bordonaro ha lavorato presso la Abercrombie a far data dal 14 dicembre 2010 con mansioni di magazziniere notturno. A termini del contratto, l'interessato doveva, senza carattere di continuità, ad ogni richiesta in tal senso dell'azienda, «garantire l'assistenza ai clienti e operare i registratori di cassa».

Nel corso del rapporto, per i primi mesi di servizio il sig. Bordonaro ha svolto tra i quattro e i cinque turni settimanali di lavoro notturno, e poi, dal 2011, tre o quattro turni settimanali. I turni venivano assegnati a tutto il personale mediante un prospetto quindicinale. Avendo constatato che il suo nome non figurava più nel prospetto successivo a quello che terminava il 16 luglio 2012, e non avendo più ricevuto nuove chiamate al lavoro, il sig. Bordonaro si è rivolto all'Ufficio risorse umane della Abercrombie. Con email del 30 luglio 2012 il responsabile di detto ufficio gli ha comunicato che il suo rapporto di lavoro con la Abercrombie era terminato il 26 luglio 2012, data che corrispondeva al giorno del suo 25° compleanno, «a causa del venir meno [in tale data] del requisito soggettivo dell'età».

Il sig. Bordonaro ha depositato ricorso presso il Tribunale di Milano (Italia) chiedendo fosse accertata l'illegittimità, per discriminazione in ragione dell'età, del suo contratto di lavoro intermittente a tempo determinato nonché del suo licenziamento. Avendo il Tribunale di Milano dichiarato improponibile detto ricorso, l'interessato ha proposto appello dinanzi alla Corte d'appello di Milano (Italia), la quale, con sentenza del 3 luglio 2014, ha accertato l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e ha condannato la Abercrombie a riammettere l'interessato nel posto di lavoro e a pagargli il risarcimento del danno.

Corte di Appello di Milano sent. del 15 aprile 2014

Diritto:

«La Corte di giustizia ha infine evidenziato come l'art. 6 della direttiva 2000/78 imponga, per rendere accettabile un trattamento differenziato in base all'età, due precisi requisiti dettati dalla finalità legittima e dalla proporzionalità e necessità dei mezzi utilizzati per il perseguimento degli obiettivi. Detti requisiti tuttavia non appaiono rinvenibili nella disciplina predisposta dal legislatore nazionale il quale si è limitato a introdurre un trattamento differenziato che trova fondamento esclusivamente sull'età senza alcuna altra specificazione non avendo richiamato alcuna ulteriore condizione soggettiva del lavoratore (disoccupazione protratta per un certo tempo o assenza di formazione professionale per esempio) e non avendo esplicitamente finalizzato tale scelta ad alcun obiettivo individuabile...»

«...Né possono valere in tale contesto mere valutazioni o interpretazioni personali circa la probabile o possibile intenzione del legislatore di voler agevolare l'ingresso dei giovani nel mercato del lavoro. *Il mero requisito dell'età pertanto non può giustificare l'applicazione di un contratto pacificamente più pregiudizievole, per le condizioni che lo regolano, di un ordinario contratto a tempo indeterminato e la discriminazione che si determina rispetto a coloro che hanno superato i 25 anni non trova alcuna ragionevole e obiettiva motivazione. Analogamente nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25 ° anno, il contratto debba essere risolto»*

Discriminazione e colpa

«L'elemento soggettivo non ha pertanto alcuna valenza ..ciò che rileva è l'esito finale costituito dall'obiettiva condizione di trattamento disuguale sulla base esclusivamente di avere una determinata età»

Sent. *Abercrombie* C-143/16

La Cassazione s'interroga circa la compatibilità dell'articolo 34, paragrafo 2, del decreto legislativo n. 276/2003 con la direttiva n. 2000/78 nonché con il principio di non discriminazione in base all'età.

Sulla legittimità della misura

- 30 A tal proposito, l'articolo 6, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2000/78 enuncia che gli Stati membri possono prevedere che 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.
- 31 Si deve ricordare che gli Stati membri *dispongono di un ampio margine di discrezionalità non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo*
- 32 Per quanto concerne la questione se la disposizione di cui al procedimento principale sia giustificata da una finalità legittima, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, risulta dalle osservazioni del governo italiano che tale disposizione si inserisce in un contesto normativo finalizzato a valorizzare la flessibilità nel mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione.

Sulla legittimità della finalità...

- 33 Per quanto concerne, in particolare, la categoria dei lavoratori di età inferiore ai 25 anni, emerge infatti dalle osservazioni del governo italiano che la facoltà accordata ai datori di lavoro di concludere un contratto di lavoro intermittente «in ogni caso» e di risolverlo quando il lavoratore di cui trattasi compia 25 anni di età ha l'obiettivo di favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro. Il governo italiano ha sottolineato che l'assenza di esperienza professionale, in un mercato del lavoro in difficoltà come quello italiano, è un fattore che penalizza i giovani. Inoltre, la possibilità di entrare nel mondo del lavoro e di acquisire un'esperienza, anche se flessibile e limitata nel tempo, può costituire un trampolino verso nuove possibilità d'impiego.
- 37 Inoltre, va ricordato che la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri, in particolare quando si tratta di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione .
- 38 Allo stesso modo, la Corte ha dichiarato che l'obiettivo di favorire il collocamento dei giovani nel mercato del lavoro onde promuovere il loro inserimento professionale e assicurare la protezione degli stessi può essere ritenuto legittimo ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 (sentenza del 10 novembre 2016, de Lange, C-548/15, EU:C:2016:850, punto 27). In particolare, è stato anche dichiarato come rappresenti una finalità legittima l'agevolazione dell'assunzione di giovani lavoratori aumentando la flessibilità nella gestione del personale.
- 39 In tali circostanze, si deve constatare che la disposizione nazionale di cui al procedimento principale, avendo la finalità di favorire l'accesso dei giovani al mercato del lavoro, persegue una finalità legittima, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

Sulla necessità e appropriatezza dei mezzi

- 41 Per quanto concerne l'adeguatezza di una disposizione come quella di cui al procedimento principale, si deve rilevare che una misura che autorizza i datori di lavoro a concludere contratti di lavoro meno rigidi, tenuto conto dell'ampio potere discrezionale di cui godono gli Stati membri in materia, può essere considerata come idonea a ottenere una certa flessibilità sul mercato del lavoro. È immaginabile, infatti, che le aziende possano essere sollecitate dall'esistenza di uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario e, quindi, incentivate ad assorbire maggiormente la domanda d'impiego proveniente da giovani lavoratori.
- ...
- 43 A sua volta, il governo italiano ha spiegato, in udienza, che dette forme flessibili di lavoro sono necessarie per favorire la mobilità dei lavoratori, rendere gli stipendi più adattabili al mercato del lavoro e facilitare l'accesso a tale mercato delle persone minacciate dall'esclusione sociale, eliminando allo stesso tempo le forme di lavoro illegali.
- 44 Il governo italiano ha anche sottolineato, in udienza, che è necessario che il maggior numero possibile di giovani possa far ricorso a tale tipo di contratto, al fine di raggiungere l'obiettivo perseguito dalla disposizione nazionale di cui al procedimento principale. Orbene, se i contratti di lavoro conclusi ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 2, del decreto legislativo n. 276/2003 fossero stabili, le imprese non potrebbero offrire lavoro a tutti i giovani, con la conseguenza che un numero considerevole di giovani non potrebbe accedere a tali forme di lavoro.
- 45 Peraltro, il governo italiano ha evidenziato che la misura di cui al procedimento principale è accompagnata da un certo numero di tutele. Infatti, l'articolo 38 del decreto legislativo n. 276/2003 stabilisce 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».
- 46 Alla luce di tali considerazioni, si deve ritenere, considerato l'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato in materia di politica sociale e dell'occupazione, ma altresì nella definizione delle misure atte a realizzarlo, che il legislatore nazionale abbia potuto ragionevolmente considerare come necessaria l'adozione di una disposizione quale l'articolo 34, paragrafo 2, del decreto legislativo n. 276/2003.

Sent. Cass. 4223/2018

Facendo leva sugli art. 267 TFUE e 4 TUE la Corte si attiene a quanto accertato dalla CGUE ed esclude in ogni caso l'opportunità di un rinvio alla Corte Cost