

Numero 2 / 2019

(estratto)

Roberto Cosio

## **La discriminazione per ragioni di età**

La figlia di un dio minore si prende la scena

# La discriminazione per ragioni di età

## La figlia di un dio minore si prende la scena

Roberto Cosio

*Avvocato giuslavorista del foro di Catania*

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il messaggio “costituzionale” contenuto nella sentenza Kucukdeveci. - 3. La sentenza Dansk Industri. - 4. Il principio generale di non discriminazione per ragioni di età. Inquadramento e rapporto con la direttiva. - 5. Sull’obbligo di interpretazione conforme in presenza di una giurisprudenza nazionale consolidata in contrasto con gli scopi della direttiva. - 6. (segue) Sul principio del legittimo affidamento. - 7. Il caso Sorondo. Dalla Vital Perez alla Sorondo. Tra continuità e distinguo. - 8. Sull’interpretazione dell’art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78. - 9. Il caso Abercrombie. - 10. La sentenza della CGUE del 19 luglio 2017 C-143/16. - 11. La sentenza n. 4223/2018 della Cassazione. - 12. Il caso Cafaro ed il problema della doppia pregiudizialità. - 13. La sentenza della Grande sezione del 4 dicembre 2018, C-378/17 e le sentenze, gemelle, dell’8 maggio 2019 C-24/17 e C-396/17.

### 1. Premessa.

Il c.d. “diritto europeo della non discriminazione” comprende le disposizioni della CEDU e quelle del diritto dell’Unione europea.

Il divieto di discriminazione è sancito dall’art. 14 della CEDU, che garantisce la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella convenzione.

Si tratta di una disposizione che non ha una esistenza autonoma, in quanto vale unicamente per “*il godimento dei diritti e delle libertà*” sanciti dalla Convenzione. Infatti, “*come costantemente dichiarato dalla Corte Edu, l’art. 14 CEDU integra le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli*”<sup>1</sup>.

Peraltro, attraverso il filtro del primo comma dell’art. 117 Cost., il principio di “non discriminazione” di cui all’art. 14 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento giuridico in materia di prestazioni assistenziali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. M.G. PUTATURO DONATI, Il principio di non discriminazione ai sensi dell’art. 14 CEDU: risvolti sul piano del diritto internazionale e del diritto interno, in [www.europeanrights](http://www.europeanrights), 2015, n.51 (articoli).

<sup>2</sup> In dottrina si veda V. BONGIOVANNI, La tutela dei disabili tra Carta di Nizza e Convenzioni delle Nazioni Unite, *Famiglia e diritto*, 2011, fasc. 3, pag. 310.

Il diritto dell'Unione della non discriminazione, fino al 2000, riguardava unicamente il contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale e comprendeva soltanto le discriminazioni basate sul sesso.

Nel 2000 sono state adottate due direttive: la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione e la direttiva sull'uguaglianza razziale.

Ma la consacrazione del diritto antidiscriminatorio si ha solo con la Carta dei diritti fondamentali, segnatamente con il suo art. 21.

Le discriminazioni per ragioni di età hanno assunto, in questo contesto, un ruolo sempre più importante nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>3</sup>.

Le origini del divieto di discriminazione non sono, però, così antiche.

Basti pensare che solo nel 1999 la Commissione affermava che: “*Negli stati membri esistono pochissime disposizioni legislative sulla discriminazione in base all'età*”.

Malgrado ciò, il “*fattore cenerentola*”<sup>4</sup> ha finito per conquistare il centro della scena europea offrendo alla Corte di giustizia la possibilità di chiarire il suo pensiero in una serie notevole di pronunce, molte delle quali assegnate alla grande sezione della Corte.

La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea risale alla fondamentale sentenza Mangold.

Il caso Mangold, al di là delle critiche a cui è stata sottoposta<sup>5</sup>, ha aperto le porte ad una fitta serie di pronunce della Corte di giustizia.

La sentenza più importante, in questo contesto, è, certamente, la Kucukdeveci<sup>6</sup> del 2010, che confermando il “*messaggio costituzionale*” contenuto nella Mangold ha ribadito la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha carattere vincolante<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Per un panorama della giurisprudenza della Corte di giustizia e di quella di Strasburgo si veda L. TRIA, Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne, in [www.europeanrights](http://www.europeanrights), 2015, n. 48.

<sup>4</sup> D. IZZI, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, Il diritto discriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005, pag. 388. ROCCELLA, D. IZZI, Lavoro e diritto nell'Unione europea, Padova, 2010, 115. La Corte costituzionale, nell'importante sentenza n. 227 del 2010 (Foro it., 2010, I, pa. 2951) ci ricorda che il “*contrasto della norma con il principio di non discriminazione non è sempre di per sé sufficiente a consentire la non applicazione della confliggente norma interna da parte del giudice comune*”.

<sup>5</sup> Il punto focale delle critiche era che, in detta sentenza, la Corte avrebbe esteso la portata della direttiva, ritenendola efficace prima dello scadere del termine per il recepimento e attribuendole un'efficacia orizzontale. La sentenza era stata, inoltre, criticata per avere indotto una situazione di notevole incertezza giuridica (V- PICCONI – S. SCIARRA, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme*, in Foro it., 2006, IV, pag. 342). 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.

<sup>6</sup> Cfr. R. COSIO, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, 1079.

<sup>7</sup> Sul tema si veda R. COSIO e R. FOGLIA (a cura di) *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, Milano, 2013.

Negli ultimi nove anni, il tema della discriminazione per ragioni di età è stata oggetto di molte pronunce.

In questa sede ci limiteremo ad esaminare quelle più rilevanti.

In particolare, esamineremo due sentenze della Grande sezione (la Dansk Industri<sup>8</sup> e la Sorondo<sup>9</sup>) emesse nel 2016; la sentenza Abercombrie del 2017 e la più recente ordinanza Cafaro della Corte di Cassazione (del 2018).

Da ultimo, ci soffermeremo sulla sentenza della CGUE, della Grande sezione, del 4 dicembre 2018 (C-378/17) e sulle sentenze, gemelle, dell'8 maggio 2019 C-24/17 e C-396/17.

Ma conviene procedere con ordine, esaminando, in primo luogo, la famosa sentenza Kucukdeveci.

## **2. Il messaggio “costituzionale” contenuto nella sentenza Kucukdeveci.**

Prima di tutto, il caso.

La sig.ra Kucukdeveci, nata il 12 febbraio 1978, lavorava, dal 4 giugno 1996, alle dipendenze della Swedex; società che, in data 19 dicembre 2006, procedeva al suo licenziamento con effetto dal 31 gennaio 2007.

La sig.ra Kucukdeveci contestava il suo licenziamento dinnanzi al giudice tedesco, sostenendo che il termine di preavviso nei suoi confronti avrebbe dovuto essere di quattro mesi a decorrere dal 31 dicembre 2006, vale a dire fino al 30 aprile 2007, in applicazione dell'art. 622, n. 2, primo comma, punto 4, del BGB.

A parere della sig.ra Kucukdeveci, la norma della disciplina tedesca, nella parte in cui prevede che per il calcolo della durata del termine di preavviso non sono presi in considerazione i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età, costituiva una misura di discriminazione in base all'età contraria al diritto dell'Unione e andava disapplicata.

Il giudice tedesco, sospendeva il procedimento, e sottoponeva alla Corte due questioni.

Con la prima, veniva chiesto se una normativa nazionale (la quale prevede che i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età non sono presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento) costituiva una disparità di trattamento in base all'età vietata dal diritto dell'Unione.

Con la seconda questione, veniva chiesto quali erano le conseguenze dell'incompatibilità tra la disciplina nazionale e quella dell'Unione, in particolare se era possibile disapplicare la disposizione nazionale in una controversia tra privati<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> CGUE, sentenza 19 aprile 2016, C-441/14.

<sup>9</sup> CGUE sentenza 15 novembre 2016, C- 258/15.

Per risolvere i quesiti occorre, prima di tutto, individuare la normativa applicabile; e, segnatamente, se la fattispecie dovesse essere affrontata alla luce del diritto primario dell'Unione o della direttiva 2000/78.

L'avvocato generale riteneva, nelle sue conclusioni, che la norma di riferimento fosse da individuare nella **direttiva 2000/78** (punto 29) perché, tra l'altro, *“i fatti all'origine della controversia sono avvenuti dopo la scadenza del termine di cui ha beneficiato la Repubblica federale di Germania per trasporre la direttiva”* (punto 31).

Precisazione importante per superare una parte delle critiche rivolte alla sentenza Mangold<sup>11</sup>; ma insufficiente per resistere alla classica obiezione che anche una disposizione chiara, precisa e incondizionata di una direttiva volta a conferire diritti o ad imporre obblighi ai privati non poteva trovare applicazione in quanto tale nell'ambito di una controversia che vedeva contrapposti (come nella specie) esclusivamente dei singoli<sup>12</sup>.

L'avvocato generale riteneva, però, di potere superare tale obiezione<sup>13</sup> affermando che *“la presente causa ha come oggetto solo l'esclusione di una disposizione nazionale incompatibile con la direttiva 2000/78, in questo caso l'art. 622, n. 2, ultima frase, del BGB per consentire al giudice nazionale di applicare le restanti disposizioni di tale articolo, nella fattispecie i termini di preavviso determinati sulla base della durata del rapporto”* (punto 88).

Nelle parole dell'avvocato generale riecheggia la dottrina dell'effetto diretto incidentale che ha trovato credito in una parte della dottrina<sup>14</sup>.

Secondo tale dottrina, il contenuto di una direttiva non può decidere l'esito di una controversia tra privati, sostituendosi alla normativa nazionale altrimenti applicabile. Tuttavia la direttiva può avere l'effetto di escludere l'applicazione della norma statale configgente, *“fungendo da pietra di paragone della legittimità comunitaria della norma statale”*<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Nell'ambito della seconda questione veniva, altresì, chiesto se il giudice nazionale avesse l'obbligo di adire in via pregiudiziale la Corte prima di poter disapplicare una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario. Quesito al quale la Corte risponde ricordando che trattasi di facoltà e non di obbligo (punto 54). Questione che, secondo l'Avvocato generale (punto 55) non richiedeva *“una lunga trattazione. E' infatti chiaro, dopo la sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal”* che tale quesito merita una risposta negativa. Sul tema si veda F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo la Kucukdeneci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2010, 1155-1156.

<sup>11</sup> CGUE 22 novembre 2005, C-144/04.

<sup>12</sup> Ad esempio CGUE sentenza 7 giugno 2007, C-80/06.

<sup>13</sup> *“Accogliere tale tesi non porta la Corte a ritornare sulla sua giurisprudenza relativa all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive”*, scrive l'avvocato generale YVES BOT nel punto 88 delle sue conclusioni. Opinione che, parte della dottrina, aveva, invece, adombrato con riferimento alla Mangold; sul tema si veda L. PIGNATARO, *Il principio di non discriminazione nelle fonti comunitarie primarie e la sua declinazione nella regolamentazione derivata, (la direttiva 2000/78/CE e la direttiva 2000/43/CE)*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea* a cura di F. CARINCI-PIZZOFERRATO, 2010, Milano, 427.

<sup>14</sup> Per un'analisi esaustiva di questa teoria si veda PABLO V. FIGUEROA REGUEIRO, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of Horizontal Direct Effect of Directives* NYU, in *Jean Monnet Working Papers*, 2002, 7. Prende le distanze da tale teoria l'avvocato generale VERICA TRSTENJAK nelle conclusioni presentate l'8 settembre 2011 nella causa C-282/10, punto 63.

<sup>15</sup> Cfr. F. FONTANELLI, *I principi generali dell'ordinamento*, cit., 1160. Si veda, altresì, D. DEL VESCOVO, *La Corte di giustizia sembra considerare che una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 3, 932.

Teoria che, però, “*trascura il fatto che nelle ipotesi in considerazione la disapplicazione della norma nazionale in causa sarebbe in realtà un effetto diretto dell’atto comunitario e sarebbe quindi proprio quest’ultimo a precludere al soggetto interessato di avvalersi dei diritti concessigli dalla norma del suo ordinamento*” (punto 106)<sup>16</sup>. E ciò in evidente contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Consapevole di tali difficoltà, l’avvocato generale “*invita la Corte a seguire un percorso più ambizioso*” (punto 70) richiamando le affermazioni contenute nella sentenza Mangold (punti 71-75) ed invitando ad attenuare le critiche che le sono state rivolte (punto 76) .

In sostanza, sarebbe il principio di non discriminazione fondata sull’età<sup>17</sup>, in quanto strettamente collegato alla direttiva 2000/78 (punto 34), a consentire al giudice nazionale di disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale anche in una controversia che vede contrapporsi due privati (punto 85).

La Corte<sup>18</sup> accoglie l’invito dell’avvocato generale formulando una affermazione di grande rilievo: “*è in base al **principio generale del diritto dell’Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all’età**<sup>19</sup>, come specificato dalla direttiva 2000/78, che va esaminato se il diritto dell’Unione osti a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale*”.

Quindi il principio che vieta la discriminazione in base all’età non si desume dalla direttiva (vedi il punto 50 della sentenza); ma è “*la direttiva 2000/78*” che “*dà espressione concreta a tale principio*” (punto 21), che lo esprime “*concretamente*” (punto 43).

Ciò considerato, precisa la Corte, “*è compito del giudice nazionale (...), assicurare (...) la tutela giuridica che il diritto dell’Unione attribuisce ai soggetti dell’ordinamento, garantendone la piena efficacia e **disapplicando**, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge*” (punto 51)<sup>20</sup>.

L’applicazione della disapplicazione, nell’economia della motivazione, costituisce una extrema ratio<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Testualmente A. TIZZANO, nelle conclusioni rese nella causa Mangold.

<sup>17</sup> È noto che nel diritto dell’Unione i principi generali del diritto possono essere fatti valere verticalmente nei confronti dello Stato. In alcune occasioni, la Corte (sentenza 12 dicembre 1974, C- 36/74, punti 17-18) ha ammesso che il principio generale della parità di trattamento può ricevere **applicazione orizzontale** se è incluso in una disposizione sostanziale del Trattato. Nella sentenza Angonese (6 giugno 2000, C-281/98) , la Corte si è spinta oltre dichiarando che “*il divieto della discriminazione in base alla cittadinanza si applica **anche ai privati***”.

<sup>18</sup> La sentenza Kucukdeveci è stata preceduta dalle sentenze Wolf (sentenza 12 gennaio 2010, C-229/08) e Petersen (12 gennaio 2010, C-341/08). Sentenze importanti perché affrontano il tema degli “*incerti confini della discrezionalità concessa ai legislatori nazionali dalla clausola di giustificazione “omnibus” dettata dalla direttiva (ex art. 6.1) e il rapporto tra la causa di giustificazione in argomento e l’eccezione motivata dalla sussistenza di requisiti indispensabili per lo svolgimento dell’attività lavorativa*”; cfr. V. PAPA, *Il fattore new-comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali. A proposito di tre recenti sentenze della Corte di giustizia*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT, 2010, 85, 8.

<sup>19</sup> L’età è un criterio fluido (conclusioni avvocato generale del 23.9.2008, C-388/07), un elemento variabile e dunque “*la discriminazione in base all’età può essere graduata*” (conclusioni dell’avvocato generale del 15.2.2007, C-411/05).

<sup>20</sup> La pronuncia è stata aspramente criticata. Sul tema si veda F. FONTANELLI, *I principi generali*, cit., 1149, nt. 19.

<sup>21</sup> La Corte, nella sentenza Dominguez, 24 gennaio 2012, causa 282/10, punto 23, afferma che “*la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell’Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme a tale disposizione*”

La Corte, al punto 49, della sentenza Kucukdeveci afferma, infatti, che “*secondo il giudice di rinvio (...) per la sua chiarezza e precisione, l’art. 622, n. 2, secondo comma, del BGB non si presta ad un’interpretazione conforme alla direttiva 2000/78*”.

Ma non vi è dubbio che il segnale lanciato dalla sentenza è molto forte.

In presenza di diritti fondamentali sanciti dalla Carta, ove non sia possibile una interpretazione conforme, il giudice nazionale deve disapplicare il diritto nazionale in contrasto con le disposizioni della Carta medesima.

Un orientamento che, in presenza di diritti fondamentali, si è progressivamente, consolidato<sup>22</sup>.

### **3. La sentenza Dansk Industri.**

La sentenza della Corte di giustizia resa nella causa C-441/14 del 19 aprile 2016 è molto importante.

La questione verte sull’interpretazione del principio di non discriminazione in ragione di età e sul suo bilanciamento con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.

La controversia oggetto della causa vede la Dansk Industri, per conto dell’Ajos A/S, contrapposta agli eredi del sig. Rasmussen sul rifiuto dell’Ajos di riconoscere al sig. Rasmussen un’indennità di licenziamento.

La Corte aveva già affrontato la questione nella causa Ingeniorforeningen i Danmark<sup>23</sup>.

La controversia, in quel caso, contrapponeva un dipendente a un datore di lavoro pubblico.

Nel caso in esame, invece, sono due soggetti privati a contendere sul versamento dell’indennità di licenziamento.

Ciò impone alla Corte di esaminare, nuovamente, la questione della modalità di applicazione, da parte dei giudici nazionali, del diritto dell’Unione nell’ambito del contenzioso fra privati.

Gli snodi problematici sono molteplici e spaziano in diverse direzioni.

In questo contesto, ne analizzeremo tre:

- Il rapporto tra il principio generale di non discriminazione per ragioni di età e la direttiva 2000/78;
- La portata dell’obbligo conforme;
- Il bilanciamento del principio generale di non discriminazione per ragioni di età con il principio della tutela del legittimo affidamento.

---

<sup>22</sup> Tra le più recenti si veda CGUE 19 aprile 2016, C-441/14, punto 37.

<sup>23</sup> CGUE sentenza del 12 ottobre 2010, C-499/08

#### **4. Il principio generale di non discriminazione per ragioni di età. Inquadramento e rapporto con la direttiva.**

Con la prima questione, la Corte suprema di Danimarca, chiede, in sostanza, se il principio generale di non discriminazione in ragione dell'età debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella del 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.

La Corte, al fine di rispondere a tale questione, opera alcune premesse.

In **primo luogo**, ricorda “che tale principio, ora sancito all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un **principio generale del diritto dell'Unione**” (punto 22).

In **secondo luogo**, la Corte precisa che “dal punto 47 della sentenza *Association de mediation sociale* risulta che il principio di non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati un **diritto soggettivo** evocabile in quanto tale che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio” (punto 36).

In **terzo luogo**, la Corte precisa che “la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, **ma lo esprime soltanto concretamente**” (punto 23).

L'affermazione non è nuova.

La Corte, nella sentenza Defrenne<sup>24</sup>, aveva già rilevato che la direttiva “**precisa**” sotto determinati aspetti la portata dell'art. 119 del Trattato. Nella sentenza Jenkins<sup>25</sup> si formulavano considerazioni analoghe.

Affermazioni riprese nella sentenza Kucukdeveci<sup>26</sup> dove si legge che la fattispecie è regolata dal “**principio generale del diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78**”.

L'affermazione contenuta nella Kucukdeveci è stata criticata sotto diversi profili.

In particolare, si è affermato che<sup>27</sup>: “delle due l'una, o si applica (solo) il principio generale (...) e allora il riferimento alla direttiva non solo è inutile, ma addirittura inesatto (...); oppure bisogna ammettere, che si sta applicando (anche, e) almeno in qualche misura e/o con qualche effetto la direttiva”.

<sup>24</sup> CGUE sentenza 8 aprile 1976, C-43/75.

<sup>25</sup> CGUE sentenza 31 marzo 1981, C-96/80.

<sup>26</sup> CGUE, sentenza 19 gennaio 2010, C-555/07.



La critica non convince perché sovrappone due profili della materia (quello della fonte a cui attribuire efficacia e quello del contenuto del principio).

In altre parole, “*pur non essendo applicabile alla controversia di specie, la direttiva codifica in modo inequivoco il contenuto del principio di non discriminazione in base all’età, che invece è applicabile in sé*”<sup>27</sup>.

La Corte, sulla base di queste premesse e richiamando quanto esposto nella sentenza Ingeniorforeningen i Danmark<sup>29</sup>, conclude rispondendo positivamente alla prima questione: il principio di non discriminazione per ragioni di età “*osta, anche in una controversia tra privati, a una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale*”.

### **5.Sull’obbligo di interpretazione conforme in presenza di una giurisprudenza nazionale consolidata in contrasto con gli scopi della direttiva.**

Con la seconda questione il giudice danese chiede alla Corte “*se il diritto dell’Unione debba essere interpretato nel senso che esso consente a un giudice nazionale investito di una controversia tra privati, qualora risulti che la disposizione nazionale pertinente è contraria al principio generale di non discriminazione in ragione dell’età, di bilanciare detto principio con i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e di concludere che occorre far prevalere i secondi sul primo. In tali circostanze, il giudice di rinvio s’interroga altresì sulla questione se, in occasione di tale ponderazione, esso possa o debba tener conto del fatto che gli Stati membri hanno l’obbligo di risarcire il danno causato ai privati dalla trasposizione inesatta di una direttiva quale la direttiva 2000/78*”.

La risposta della Corte si articola in due parti.

Nella prima parte della motivazione la Corte precisa:

- a) Che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico del privato e non può, quindi, essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti;
- b) Che i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, con il limite di una interpretazione contra legem del diritto nazionale;
- c) Che l’esigenza di un’interpretazione conforme include l’obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un’interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva;
- d) Che il giudice nazionale, qualora ritenga di trovarsi nell’impossibilità di assicurare un’interpretazione conforme delle disposizioni nazionali, dovrà disapplicare la disposizione nazionale contraria al principio di non discriminazione in ragione dell’età (che conferisce ai privati un diritto soggettivo).

---

<sup>27</sup> Sul tema V. SCIARABBA, *La sentenza Küçükdereci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, Relazione in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa del 4-5 giugno 2010, dattiloscritto, anche in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2010. L’Autore, nell’ambito del saggio, ha cura, comunque, di ridimensionare la critica.

<sup>28</sup> Cfr. F. FONTANELLI, *I principi generali*, cit., 1153.

<sup>29</sup> CGUE sentenza del 12 ottobre 2010, C-499/08.

Molte delle affermazioni della Corte sono note e consolidate<sup>30</sup>.

E', però, molto significativa la precisazione della Corte sulla giurisprudenza interna in contrasto con gli scopi della direttiva.

Il principio di interpretazione conforme “*non può servire da fondamento ad una interpretazione contra legem del diritto nazionale*”<sup>31</sup>.

L'obbligo della interpretazione conforme viene, quindi, meno quando la norma interna appaia assolutamente configgente con quella sovranazionale.

Al giudice nazionale è, infatti, preclusa una funzione “creativa” che abbia l'effetto di attribuire un significato “comunitariamente compatibile” a disposizioni nazionali che regolino espressamente la fattispecie in modo manifestamente incompatibile con i precetti sovranazionali<sup>32</sup>.

Nella sentenza Pupino, però, si ha cura di precisare che “*tale principio richiede tuttavia che il giudice nazionale prenda in considerazione, se del caso, il diritto nazionale nel suo complesso per valutare in che misura quest'ultimo può ricevere una applicazione tale da sfociare in un risultato contrario a quello perseguito dalla decisione quadro*” (punto 47).

*Spetta “al giudice nazionale verificare se (...) un'interpretazione conforme del suo diritto sia possibile* (punto 48).

Affermazione, quest'ultima, che attribuisce al giudice nazionale una competenza esclusiva in ordine alla valutazione di un “possibile” ricorso all'interpretazione conforme.

Ciò non esclude, tuttavia, che la Corte di giustizia, fornendo adeguate indicazioni normative, inviti il giudice nazionale ad una rimediazione delle sue conclusioni negative (“*prendendo in considerazione il complesso del diritto interno*”).

Precisazione che trova, puntuale, riscontro nella sentenza in esame.

Come ricorda l'avvocato generale, nei punti 61-63 delle conclusioni, un'interpretazione conforme della normativa danese con la direttiva 2000/78 sembrava “*senz'altro possibile*” all'avvocato generale Kokott che, nella causa Ingeniorforeningen i Danmark<sup>33</sup> aveva esaminato una questione analoga.

La Commissione europea e lo stesso governo danese (nella causa Ingeniorforeningen i Danmark) non ritenevano, peraltro, impossibile un'interpretazione conforme agli scopi della direttiva 2000/78.

---

<sup>30</sup> Specie quelle contrassegnate dai numeri a), b) e d).

<sup>31</sup> Sentenza della grande sezione 16 giugno 2005, C- 105/03, Pupino, n. 47.

<sup>32</sup> Cfr. F. POLLACCHINI, Cedu e diritto dell'unione europea nei rapporti con l'ordinamento costituzionale interno, parallelismi e asimmetrie alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale, in. Consulta OnLine.

<sup>33</sup> CGUE sentenza del 12 ottobre 2010, C-499/08.

La Corte, sulla scorta di tali premesse, precisa che il giudice nazionale “*non può validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare la disposizione nazionale di cui trattasi conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto di avere costantemente interpretato detta disposizione in un senso che è incompatibile con tale diritto*”.

La Corte, in sostanza, esclude che un “diritto vivente” in contrasto con il diritto dell'unione europea possa costituire ostacolo ad una interpretazione conforme.

Con questa indicazione, naturalmente, la Corte non invade la competenza, esclusiva, del giudice nazionale lasciandogli la scelta tra l'interpretazione conforme e la disapplicazione<sup>34</sup>.

### **6.(segue) Sul principio del legittimo affidamento.**

La tutela del legittimo affidamento, in questo contesto, non trova applicazione.

La Corte **sottolinea** (punto 38) “*che un giudice nazionale non può basarsi su detto principio per continuare ad applicare una norma nazionale contraria al principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva 2000/78. Infatti, l'applicazione del principio del legittimo affidamento, quale prospettata dal giudice di rinvio, equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale*” (punto 39).

Affermazione ineccepibile ove si consideri che una sentenza resa in sede pregiudiziale dalla Corte di giustizia ha valore non costitutivo ma dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata<sup>35</sup>.

La “*norma così interpretata può e deve essere applicata dai giudici anche a rapporti giuridici sorti e costituitisi prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione*”<sup>36</sup>.

Peraltro, la Corte si è costantemente pronunciata nel senso che è “**solo in via eccezionale**, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico” dell'Unione “*che la stessa può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede*”<sup>37</sup>.

### **7. Il caso Sorondo. Dalla Vital Perez alla Sorondo. Tra continuità e distinguo.**

La sentenza della Corte di giustizia resa nella causa C-258/15 è la seconda sentenza fondamentale del 2016.

---

<sup>34</sup> La Corte, nella sentenza Dominguez, 24 gennaio 2012, causa 282/10, punto 23, afferma, però, che “*la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme a tale disposizione*”.

<sup>35</sup> CGUE, sentenza 16 gennaio 2014, C-429/12, punto 30.

<sup>36</sup> CGUE, sentenza 6 marzo 2007, C-292/04, punto 34.

<sup>37</sup> CGUE, sentenza 6 marzo 2007, C-292/04, punto 35. Sugli effetti temporali delle sentenze della nostra Corte costituzionale si veda DANILO DIACO, Gli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità tra Legge fondamentale e diritto costituzionale vivente, in [www.consulta](http://www.consulta) online, 26 aprile 2016.

La Corte Superiore di giustizia della Comunità autonoma dei Paesi Baschi, con la sua questione pregiudiziale, chiede, in sostanza, se l'art. 2, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, in combinato disposto con l'art. 4, paragrafo 1, e con l'art. 6, paragrafo 1, lettera c), di quest'ultima, debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella controversa nel procedimento principale, la quale prevede che i candidati agli impieghi di agente di un corpo di polizia non debbano aver compiuto 35 anni di età.

La Corte aveva già affrontato la questione nella causa *Vital Pèrez*<sup>38</sup>.

Le fattispecie, peraltro, sono simili ma non identiche.

Nella causa *Sorondo* non si tratta di una polizia di un comune, bensì della polizia di una comunità autonoma che svolge funzioni sensibilmente diverse. Inoltre, il limite di età pertinente nella sentenza *Vital Pèrez* era di 30 anni. Nella fattispecie in esame, viceversa, il sig. *Sorondo* si è visto opporre un limite superiore, fissato a 35 anni.

Malgrado tali differenze, la sentenza *Vital Perez* risolve alcune questioni preliminari pertinenti alla causa *Sorondo*.

Mi riferisco, in primo luogo, alla verifica se le circostanze di cui al procedimento principale rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.

La risposta positiva (punto 26 della sentenza) era scontata considerato che il limite di età incide sulle condizioni di assunzione dei lavoratori.

In secondo luogo, la Corte, sulla scia della sentenza *Vital Perez*, ravvisa una disparità di trattamento basata sull'età considerato che la normativa nazionale *“ha l'effetto di riservare a talune persone, per il solo fatto di aver compiuto 35 anni di età, un trattamento meno favorevole di altre che versano in situazioni analoghe”* (punto 29).

Resta la questione più delicata.

Se tale disparità di trattamento possa essere giustificata ai sensi dell'art. 4, paragrafo 1, o dell'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

La Corte risolve la questione sulla base dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva, ritenendo non *“necessario esaminare se essa potrebbe essere giustificata in base all'art. 6, paragrafo 1, della stessa direttiva”* (punto 49).

#### **8. Sull'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.**

L'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 enuncia che *“gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata (all'età) non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un*

---

<sup>38</sup> CGUE sentenza del 13 novembre 2014, causa C-416/13.

*requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato*".

Il ricorrente e la Commissione ritenevano che la normativa nazionale non poteva trovare giustificazione nell'art. 4, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

Di parere opposto erano i governi d'Irlanda, Francia ed Italia.

In realtà, nella fattispecie, non era controverso che il fatto di possedere capacità fisiche particolari poteva essere considerato un "*requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa*".

Infatti, la Corte aveva già dichiarato che "*le funzioni attinenti alla protezione di persone e beni, alla detenzione e custodia degli autori di atti criminosi e al pattugliamento a scopo preventivo possono esigere l'utilizzo della forza fisica*"<sup>39</sup>.

La natura di tali funzioni presuppone, infatti, un'attitudine fisica particolare, in quanto "*le carenze fisiche possono avere conseguenze rilevanti per gli agenti di polizia, per la popolazione e per il mantenimento dell'ordine pubblico*" (punto 35).

Anche la "finalità legittima" della normativa non era in discussione, considerato l'intento di assicurare il carattere operativo e il buon funzionamento dei servizi di polizia<sup>40</sup>.

La vera questione atteneva al requisito della proporzionalità della normativa nazionale.

In sostanza, occorreva determinare se la fissazione di un limite di età di 35 anni per entrare nella polizia della Comunità autonoma dei Paesi Baschi costituiva una misura necessaria e proporzionata rispetto alla finalità legittima di garantire il carattere operativo e il buon funzionamento dei servizi di polizia di detta comunità.

Sotto tale profilo, osserva la Corte, la causa **si distingue** da quella che ha dato luogo alla sentenza Vital Perez (punto 45).

Le funzioni esercitate dalla polizia autonoma dei Paesi baschi sono quelle di una polizia "vera e propria".

A differenza delle funzioni di cui si trattava nella causa Vital Perez quelle esercitate dalla polizia della comunità autonoma dei Paesi Baschi, considerate nel loro insieme, sembrano (in base agli atti trasmessi alla Corte) richiedere una notevole condizione fisica per poter rispondere a tutte le sollecitazioni a cui è soggetto un agente di polizia nel pieno esercizio della sua professione.

Ne consegue, afferma la Corte (punto 48), "*che una normativa, come quella controversa nel procedimento principale, che prevede che i candidati agli impieghi di agente di polizia della Comunità autonoma dei Paesi baschi non devono aver compiuto 35 anni di età può, **a condizione che il giudice del rinvio si accerti che siano esatte le diverse indicazioni risultanti dalle osservazioni formulate e***

<sup>39</sup> CGUE sentenza del 13 novembre 2014, causa C-416/13, punti 37 e 39.

<sup>40</sup> CGUE sentenza del 13 novembre 2014, causa C-416/13, punti da 42 a 44.

***dai documenti prodotti dall'Accademia** e di cui si è fatta menzione, essere considerata, da un lato, adeguata all'obiettivo consistente nel garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del servizio di polizia di cui trattasi e, dall'altro lato, non eccedente quanto necessario al conseguimento di tale obiettivo".*

## **9. Il caso Abercrombie.**

Prima di tutto, il caso.

Il ricorrente era stato assunto dalla società con “contratto a chiamata a tempo determinato” di iniziali quattro mesi e poi prorogato in relazione al fatto che alla data di assunzione aveva meno di 25 anni ed era disoccupato.

Dall'1/1/2002 il contratto c.d. intermittente era stato convertito in contratto a tempo indeterminato senza specificazione delle ipotesi legittimanti previste dal d.lgs. 276/03.

Ultimato il piano di lavoro (in data 26/7/2012), il lavoratore non era stato più inserito nella programmazione e gli era stato comunicato che avendo egli compiuto 25 anni ed essendo venuto meno il requisito soggettivo dell'età, il rapporto di lavoro era da considerarsi cessato alla suddetta data.

La Corte di appello di Milano, riformando la sentenza di primo grado, riteneva proponibile le domande avanzate dal ricorrente.

Per quanto riguarda il comportamento discriminatorio, la Corte di appello di Milano sottolineava come l'unico requisito rilevante al momento dell'assunzione del ricorrente, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 276/03<sup>41</sup>, fosse quello anagrafico (meno di 25 anni o più di 45).

La Corte di appello, richiamando le sentenze Mangold e Kucukdeveci, affermava che “nessuna ragionevole giustificazione è ravvisabile nel fatto che, per il solo compimento del 25 anno, il contratto debba essere risolto” evidenziando “il contrasto tra quanto disposto dal comma 2 dell'art. 34 del d.lgs. n. 276/03 ed i principi affermati dalla direttiva 2000/78 la cui efficacia diretta non può essere messa in discussione essendo essa espressione di un principio generale dell'Unione Europea”.

Ritenuto il carattere discriminatorio della norma censurata, la Corte milanese condannava la società a riammettere l'appellante nel posto di lavoro con il risarcimento dei danni subiti.

La Corte di cassazione, preferendo “evitare lo sdruciolevo terreno della disapplicazione<sup>42</sup>”, percorso in silenzio dalla Corte di merito<sup>43</sup> ha rimesso la questione alla Corte di giustizia.

La scelta operata dalla Suprema Corte<sup>44</sup> appare assolutamente corretta.

---

<sup>41</sup> Sull'evoluzione della disciplina sul lavoro intermittente si veda R. ROMEI, Il contratto di lavoro intermittente, in G. SANTORO-PASSARELLI, Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico, Torino, 2014, pag. 494 e seg..

<sup>42</sup> Cfr. D. COMANDE, Requisito anagrafico e contratto di lavoro intermittente: la scure del principio fondamentale di non discriminazione per ragioni di età, in [www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it)

<sup>43</sup> Sul tema si veda la nota di L. CALAFA' alla sentenza della Corte di appello di Milano, cit., pag. 544.

<sup>44</sup> Cassazione, sez. lavoro, ordinanza 29 febbraio 2016, n. 3982.

L'art. 267 TFUE stabilisce un **obbligo di rinvio** solo in capo agli organi giurisdizionali “*avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno*”, mentre gli altri organi hanno una facoltà di rinvio.

La ratio della previsione dell'obbligo di rinvio in capo alle giurisdizioni di ultima istanza risiede, evidentemente, nel fatto che esse costituiscono l'ultima sede in cui è possibile operare il rinvio. A tale ragione, però, si aggiunge la considerazione che tale obbligo “*mira ad evitare che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie*”<sup>45</sup>.

L'obbligo per il giudice di ultima istanza di operare il rinvio non impedisce, però, che lo stesso possa compiere una valutazione in ordine alla fondatezza del dubbio interpretativo.

La questione fu affrontata dalla Corte di giustizia nella fondamentale sentenza CILFIT del 1982<sup>46</sup>.

La sentenza chiarì che il giudice nazionale di ultima istanza può astenersi da sottoporre la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia quando la corretta applicazione del diritto dell'UE si impone “*con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio*”(c.d. teoria dell'atto chiaro).

Il principio viene enunciato in termini restrittivi (non deve esistere “*alcun ragionevole dubbio*”) e circondato da ulteriori cautele, attraverso l'affermazione che il giudice nazionale deve “*maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli Stati membri e alla Corte di giustizia*” e rammentando che l'interpretazione delle norme Ue comporta un raffronto tra le varie versioni linguistiche, la considerazione del suo contesto e del suo stato di evoluzione (punti nn. 16-20 della sentenza CILFIT).

Nella specie, La Corte di legittimità non ha ravvisato gli estremi del c.d. atto chiaro.

In mancanza di un precedente specifico sul tema, la Suprema Corte ha, quindi, ritenuto, di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di sapere se la normativa italiana si pone in contrasto con il “*principio generale di non discriminazione in base all'età di cui alla direttiva 2000/78/CE e all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali*”.

Scelta condivisibile, perlomeno, per due ragioni.

In primo luogo, perché si pone in linea con quanto enunciato nella sentenza CILFIT.

In secondo luogo, perché ribadisce, sia pure implicitamente, che il compito di assicurare la c.d. nomofilachia europea<sup>47</sup> spetta alla Corte di giustizia, sia pure con la collaborazione dei giudici nazionali.

## **10. La sentenza della CGUE del 19 luglio 2017, C-143/16.**

<sup>45</sup> Cfr. CGUE Sentenza 12 giugno 2008, causa C-458/06.

<sup>46</sup> CGUE sentenza 6 ottobre 1982, causa C-283/81.

<sup>47</sup> Sul tema si veda R.COSIO, Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una nomofilachia europea, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) relazioni 15 aprile 2016.

La Suprema Corte, con la sua questione pregiudiziale, ha chiesto, in sostanza, se l'art. 21 della carta nonché l'art. 2, paragrafo 1, l'art. 2, paragrafo 2, lett. a), e l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva *“debbono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una disposizione, quale quella di cui al procedimento principale, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni, qualunque sia la natura delle precisazioni da eseguire e a licenziare detto lavoratore al compimento del 25 anno”*.

Nell'esaminare la questione, la Corte doveva scegliere se esaminarla alla luce del diritto primario e/o della direttiva.

La Corte sceglie di esaminarla alla luce del direttiva (punto 17), secondo un orientamento consolidato<sup>48</sup>.

In realtà, come precisa l'Avvocato generale BOBEK nelle conclusioni del 23 marzo 2017, assumere la direttiva come ambito di analisi principale *“non preclude in alcun modo la contestuale applicabilità dell'art. 21, paragrafo 1, della Carta. Infatti, fintantoché le disposizioni in questione rientrano nell'ambito del diritto dell'Unione attraverso l'applicazione della direttiva 2000/78, l'ambito di tutela della Carta trova applicazione in forza del suo articolo 51, paragrafo 1”*<sup>49</sup>.

In sostanza, il rapporto tra l'art. 21 della Carta e la direttiva non è di reciproca esclusione ma, viceversa, di attuazione e complementarietà.

Affermazioni di grande importanza che comporta, perlomeno, tre ricadute operative.

La prima consiste nel ritenere rilevante l'art. 21 della Carta nell'interpretazione del diritto derivato dell'Unione e del diritto nazionale *“rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione”*.

La seconda comporta che le disposizioni della Carta rappresentano il criterio *“di riferimento ultimo per la validità del diritto derivato dell'Unione”*.

La terza attiene alla possibilità di ricorrere al “principio generale” laddove l'applicazione della direttiva sia ostacolata dal fatto che la controversia riguarda soggetti privati.<sup>50</sup>

La seconda questione che la Corte ha esaminato attiene alla qualifica come “lavoratore” del Bordonaro, ai sensi dell'art. 45 TFUE.

La Corte, in primo luogo, ha ricordato la nozione “comunitaria” di lavoratore caratterizzata dalla circostanza *“che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione”*.

A questi elementi, la Corte aggiunge che, in una valutazione globale del rapporto di lavoro del sig. Bordonaro *“siano presi in considerazione elementi relativi non solo alla durata del lavoro e al livello della*

---

<sup>48</sup> Si vedano le sentenze citate al punto 17 della motivazione.

<sup>49</sup> In tal senso si veda CGUE sentenza 19 aprile 2016, C-41/14, punto 24. Sul tema si veda V. PICCONE, Principio di non discriminazione e lavoro intermittente: la vicenda Abercrombie & Fitch, in *www.Lavoro-Diritti-Europa*, 1 fascicolo.

<sup>50</sup> Come nel famoso caso esaminato nella sentenza Kucukdeveci (CGUE 19 gennaio 2010, C-555707).



*retribuzione, ma anche all'eventuale diritto a ferie retribuite, alla continuità della retribuzione in caso di malattia, all'applicabilità al contratto di lavoro di un contratto collettivo, al versamento di contributi e, nel caso, alla natura di questi ultimi*".

“E’ dunque verosimile”, afferma la Corte, “che il contratto di lavoro del sig. Bordonaro sia tale da consentirgli di avvalersi della qualità di lavoratore (...) considerato che non si può ritenere che la sua attività “sia stata puramente marginale e accessoria” (punti 20-22).

Valutazione, finale, che la Corte demanda al giudice di rinvio (punto 23).

Le affermazioni della Corte sono state criticate (“*un fuor d’opera*”) da chi<sup>51</sup> evidenzia che l’ambito della direttiva 2000/78 “*ha un ambito di applicazione più ampio (del lavoro subordinato) in quanto ricomprende anche l’accesso al lavoro autonomo*”.

Resta il fatto che la riflessione sulla nozione “comunitaria” di lavoro subordinato resta centrale al momento attuale.

Basti pensare all’incerta qualificazione delle nuove forme di lavoro digitale.

Il passaggio successivo della Corte attiene all’esame del problema della “disparità di trattamento”.

Comparabilità non significa essere identici.

Come ricorda l’Avvocato generale, si tratta soltanto di esaminare se, “*rispetto a una determinata qualità (ossia, il tertium comparationis, che può essere un valore, un obiettivo, un’azione, una situazione) gli elementi di paragone (quali persone, imprese, prodotti) dimostrino più analogie o più differenze*”.

Esame che deve essere condotto non in maniera generale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi<sup>52</sup>.

Sulla base di queste premesse, la Corte, esaminato l’art. 34 del d.lgs. 276/2003, ha constatato l’esistenza di una disparità di trattamento basata sull’età (punto 28)<sup>53</sup>.

A questo punto, la Corte ha affrontato il problema della “giustificazione” della norma interna (in base all’art. 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78).

In sostanza, la Corte ha esaminato se la disparità di trattamento accertata potesse essere oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per conseguire tale finalità fossero appropriati e non sproporzionati rispetto a quanto necessario per conseguire la finalità perseguita.

---

<sup>51</sup> O. BONARDI, Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie, Riv. giur. lav., 2017, II, pag. 547.

<sup>52</sup> CGUE sentenza 12 dicembre 2013, C-267/12, punto 33.

<sup>53</sup> Per una analisi della definizione dell’ambito di comparazione si veda O. BONARDI, C. MERAVIGLIA, dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio, in O. BONARDI (a cura di), Eguaglianza e divieti di discriminazione nell’era del diritto del lavoro derogabile, Roma, Ediesse, 2017.

Sulla finalità legittima, la risposta della Corte appariva scontata, considerato l'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati non solo nella scelta di perseguire uno scopo determinato fra altri in materia di politica sociale e di occupazione, ma anche nella definizione delle misure atte a realizzarlo<sup>54</sup>.

La promozione delle assunzioni, peraltro, costituisce 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<sup>55</sup>

Sotto questo profilo, il governo italiano aveva indicato una serie di obiettivi alla base della misura quali: la promozione della flessibilità nel mercato del lavoro al di aumentare il tasso di occupazione; favorire l'inserimento dei giovani nel mercato del lavoro; fornire un'opportunità di prima occupazione.

Obiettivi che, in linea di principio<sup>56</sup>, possono, certamente costituire una finalità legittima.

Ed in questo senso si è espressa la Corte (punto 39).

Ma il vero punto critico era un altro: l'appropriatezza della misura di politica occupazionale.

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”*.

Rispetto all'obiettivo di promuovere l'occupazione giovanile non appariva coerente la previsione del licenziamento automatico al compimento dei 25 anni di età che *“sposta semplicemente il problema, rinviando la disoccupazione alla fascia di età successiva”*.

Quanto alla finalità di fornire ai giovani un'opportunità di prima occupazione, infine, la norma risulterebbe inefficace perché non richiede che i giovani da assumere con contratto intermittente siano privi di una pregressa esperienza professionale, ma *“fa riferimento unicamente all'età”*.

Per tali ragioni, l'Avvocato generale riteneva opportuno demandare al giudice del rinvio l'esistenza, in concreto di una finalità legittima e la proporzionalità dei mezzi impiegati.

La Corte è stata di parere opposto ritenendo i mezzi adoperati per il conseguimento delle finalità descritte dal governo italiano *“appropriati e necessari”* (punto 46) *“considerato l'ampio margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri”*.

---

<sup>54</sup> CGUE sentenza 11 novembre 2014, C-530/13, punto 38.

<sup>55</sup> CGUE sentenza 21 luglio 2011, C-159/10, punto 49.

<sup>56</sup> Anche su questa valutazione sono state espresse forti critiche da una parte della dottrina, O. BONARDI, Il divieto di discriminazione per età alla deriva, cit., pag. 550 e seg., per una analisi della giurisprudenza sul tema si veda E. PASQUALETTO, Da Mangold a Hornfeldt: il giudizio di proporzionalità sulle differenziazioni per età in materia di lavoro nella giurisprudenza comunitaria, in AAVV, Principio di proporzionalità e dialogo tra Corti, Padova, 2012, pag. 213 e seg..

Affermazione che non si fa carico delle osservazioni dell'Avvocato generale non delegando, peraltro, al giudice del rinvio alcun margine di valutazione.

La conclusione a cui perviene la Corte di giustizia è stata criticata da una parte della dottrina<sup>57</sup>.

In realtà, il mancato rinvio al giudice del rinvio desta più di una perplessità.

Non spetta alla Corte pronunciarsi sulle interpretazioni del diritto interno, compito che incombe esclusivamente ai giudici nazionali competenti.

La Corte, nel pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, può fornire precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione, ma non può sostituirsi ad esso, come ribadito nella recente sentenza della Corte di giustizia (sempre in tema di discriminazione per ragioni di età) del 28 febbraio 2018, C-46/17.

Resta il fatto che la Corte, in questa fattispecie, ha seguito una via diversa.

A questo punto, la parola è tornata alla Corte di Cassazione.

### **11. La sentenza della cassazione nella sentenza 21 febbraio 2018, n. 4223.**

La Suprema Corte, nella sentenza n. 4223/18, ha preso atto della sentenza della Corte di Giustizia.

E' scontato che la sentenza interpretativa della Corte di Giustizia vincoli il giudice a quo<sup>58</sup>, salva la possibilità di un nuovo rinvio pregiudiziale, sia per sollecitare un revirement sulla base di nuovi elementi di valutazione<sup>59</sup>, sia per avere chiarimenti su una pronuncia già resa<sup>60</sup>.

La Corte di Cassazione "*non può sostituire il proprio giudizio a quello della Corte di Lussemburgo*", si legge, correttamente, nella motivazione.

Né ha ritenuto che fossero sussistenti "*ragioni di sorta per disporre un nuovo rinvio pregiudiziale avendo la Corte di giustizia chiarito tutti gli aspetti della vicenda ed escluso la sussistenza di profili discriminatori rilevanti sotto il profilo dell'Unione*".

*Né sono emersi nuovi elementi di valutazione essendo la formulazione del contratto da sempre nota ed essendo valutata dai giudici di merito*".

La Suprema Corte ha ritenuto, infine, che non vi fossero gli estremi per una rimessione alla Consulta perché "*non vi sono ragioni per ritenere che la giurisprudenza costituzionale offra una tutela (antidiscriminatoria) ai giovani più intensa di quella che proviene dalle fonti sovranazionali*".

Partita chiusa?

---

<sup>57</sup> Si veda F.G. PASQUARELLI, Discriminazioni per età: Cenerentola ha perso per sempre la sua scarpetta, in *Questione giustizia*, 2 ottobre 2017 e O. BONARDI, Il divieto di discriminazione per età alla deriva, cit., pag. 555-557.

<sup>58</sup> CGUE sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, punti 26 e seg.

<sup>59</sup> CGUE Sentenza 11 giugno 1987, causa C- 14/86, punto 12.

<sup>60</sup> CGUE Sentenza 24 giugno 1969, causa C-29/68.

Nella specie, certamente, sì.

Ma, in generale, non credo che Cenerentola abbia perso la scarpetta.

La discriminazione in base all'età è diversa dagli altri "motivi sospetti", quali la religione, le convinzioni personali, l'handicap o le tendenze sessuali.

Diversamente dagli altri motivi, la discriminazione diretta in base all'età può essere giustificata ai sensi dell'art. 6 della direttiva 2000/78.

Ma malgrado tale "diversità", la discriminazione per età ha fatto molto strada.

Basti ricordare le affermazioni contenute nella sentenza *Vital Perez*<sup>61</sup> dove si legge che il margine di discrezionalità concesso agli Stati membri "non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età".

O 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 principio di non discriminazione in funzione dell'età"<sup>62</sup>.

La questione non può, quindi, ritenersi definitivamente chiusa.

## **12. Il caso Cafaro ed il problema della doppia pregiudizialità.**

La controversia riguardava un pilota di aereo che operava presso la CAI spa (società costituita per svolgere un'attività di copertura dei servizi segreti).

Il pilota si era visto confermare in appello la risoluzione del rapporto di lavoro in forza del DPCM del 9 settembre 2008 che regolava i limiti per l'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 l'8 aprile 2012, in 65 anni il pilota ricorreva in Cassazione osservando, oltre alla violazione del Regolamento, la violazione della direttiva 2000/78.

La Cassazione, nell'ordinanza del 30 maggio 2018, n. 13678<sup>63</sup> rinviava alla CGUE chiedendo se il DPCM del 9 settembre 2008 fosse in contrasto con il Regolamento n. 1178/2011 o, in subordine, se la normativa nazionale fosse in contrasto con il principio di discriminazione in base all'età.

L'ordinanza, al di là del caso di specie, è molto interessante in ordine al problema della doppia pregiudizialità.

---

<sup>61</sup> CGUE 13 novembre 2014, C-416/13.

<sup>62</sup> CGUE 5 marzo 2009, C-388/07.

<sup>63</sup> Sul tema si veda S. GALEANO, La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia UE: l'Ordinanza 13678/2018 della Sezione lavoro della Cassazione, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

La Consulta in presenza di una “doppia pregiudizialità” riteneva inammissibile la questione considerata l’onere del giudice nazionale di rivolgersi alla Corte di giustizia e, solo dopo avere esperito tale rimedio, rivolgersi al giudice delle leggi<sup>64</sup>.

Tale orientamento, a partire dalla sentenza n. 269/2017, è, però, mutato.

La Corte costituzionale, nella sentenza 269/17,<sup>65</sup> ha affermato che nel caso in cui “*la violazione di un diritto alla persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione*” ritiene necessario “*un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale*”.

Si tratta di un’inversione dell’ordine logico e cronologico della “doppia pregiudizialità”.

La Consulta, pur non imponendo la necessità dell’inversione (la Corte giudicherà “*alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei secondo l’ordine di volta in volta appropriato*”), lascia intendere che la questione di legittimità costituzionale sarà ordinariamente trattata per prima, lasciando la pregiudiziale comunitaria in posizione temporalmente successiva ed eventuale.

La Corte costituzionale ritiene opportuno il cambiamento di rotta “*alla luce delle trasformazioni indotte sul sistema dei rapporti fra diritto nazionale ed europeo dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e in particolare dall’attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea della medesima efficacia giuridica vincolante dei Trattati*”, anche perché, prosegue la Corte, la Carta presenta “*un contenuto tipicamente costituzionale*”.

Le affermazioni contenute nella sentenza non sembrano in contrasto con i precedenti della Corte di giustizia.

La Consulta, non a caso, precisa che il carattere prioritario del giudizio di costituzionalità è compatibile con il diritto dell’Unione “*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

---

<sup>64</sup> In sostanza, se la questione di costituzionalità veniva sollevata prima di quella “comunitaria”, la Corte affermava di non poter decidere nel merito e restituiva gli atti al giudice *a quo* affinché questi potesse rimettere la questione alla Corte di giustizia (ordinanza n. 206 del 1976). Se, invece, il giudice di merito percorreva contemporaneamente entrambe le vie, sollevando sia la questione di costituzionalità che quella “comunitaria”, la prima veniva dichiarata inammissibile (ordinanza n. 85 del 2002). La pronuncia di inammissibilità, inoltre, veniva adottata anche quando la questione “comunitaria” pendente avanti la Corte di giustizia fosse stata sollevata nel corso di un giudizio diverso da quello a quo per il fatto stesso che la soluzione della questione “comunitaria” poteva, comunque, incidere sull’oggetto del giudizio di costituzionalità (ordinanza n. 391 del 1992). Per la giurisprudenza più recente si vedano le sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010, n. 75 del 2012 e l’ordinanza n. 48 del 2017. Su questi aspetti si veda M. CARTABIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di N. ZANON), Napoli, 2006, 101 ss.

<sup>65</sup> Cfr. Corte cost. sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

*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*"<sup>66</sup>.

Resta, però, il fatto che si tratta di un'inversione di rotta.

E invero, prima di questa pronuncia, la stessa Corte costituzionale<sup>67</sup> aveva costantemente affermato che l'accertamento della compatibilità della norma nazionale con la norma dell'Unione aveva carattere di priorità logica rispetto all'accertamento della incostituzionalità.

Con la sentenza n. 269/17, la Corte rovescia l'ordine fin qui seguito rivendicando a sé il ruolo di attore principale<sup>68</sup>.

La sentenza, che presenta molte zone d'ombra<sup>69</sup>, ha suscitato un acceso dibattito in dottrina<sup>70</sup>, trovando un riscontro (diversificato) in sede di giudizi di legittimità.

Secondo un primo orientamento<sup>71</sup>, la presa di posizione della Consulta non sarebbe vincolante per il giudice comune in quanto espressa in un "obiter" contenuto in una decisione di inammissibilità.

Questo orientamento si basa su argomentazioni diverse.

Nella sentenza Maturi (n. 12108/2018), la Suprema Corte evita di applicare la sentenza n. 269 non solo sulla considerazione che, secondo prassi abituale, la Corte di Cassazione non segue gli

---

<sup>66</sup> Si veda CGUE 11 settembre 2014, C-112/13, A contro B ed altri; 22 giugno 2010, C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli. L'innovazione richiama la riforma francese e, in parte, quella austriaca.

<sup>67</sup> Corte cost. sentenza del 6 luglio 2016, n. 193.

<sup>68</sup> Per i contributi dottrinali che hanno preparato la "svolta" si veda Cfr. A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la corte di giustizia*, rivista AIC, fasc. 4, 2017 <http://www.rivistaaic.it/la-carta-dei-diritti-per-un-dialogo-fra-la-corte-italiana-e-la-corte-di-justizia.html>. e M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei Diritti fondamentali dell'unione europea*, rivista AIC fasc. 3, 2017 <http://www.rivistaaic.it/convergenze-e-divergenze-nell-interpretazione-delle-clausole-finali-della-carta-dei-diritti-fondamentali-dell-unione-europea.html>

<sup>69</sup> Il primo attiene all'estensione della regola di priorità posta dalla sentenza. La Corte sembra fare riferimento ai soli casi in cui venga in questione l'applicazione della Carta dei diritti. Ma cosa succede nel caso si censuri il contrasto con disposizioni di Trattati sprovviste di effetto diretto? L'esclusione dal raggio di azione della sentenza può argomentarsi sulla base della considerazione che i diritti consacrati nei Trattati "sono principi di struttura, istituzionali, essenziali al mercato comune, per i quali è richiesto il massimo grado di uniformazione normativa" (cfr. G. SCACCIA, *L'inversione della doppia pregiudizialità nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposto teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* 25 gennaio 2018). Ma la questione resta controversa.

<sup>70</sup> Una strenua difesa dell'indicazione contenuta nella sentenza n. 269/2017 della Consulta è contenuta in L. SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269 del 2017*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) 18 dicembre 2017; parimenti argomentata la tesi volta al mantenimento del meccanismo della diretta applicazione delle norme comunitarie *Self-executing*, V.R. CONTI, *la Cassazione dopo Corte Cost. n. 269/17*. Qualche riflessione a seconda lettura, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) 28 dicembre 2017. Sul rapporto tra la sentenza della Consulta n. 269 del 2017 e la sentenza della CGUE del 20 dicembre 2017, C-322/16 si veda A. RUGGERI, *Ancora in tema di congiunte violazioni della Costituzione e del diritto dell'Unione, dal punto di vista della Corte di giustizia* (Prima Sez. 20 dicembre 2017, *Global StarNet*), rivista di Diritti Comparati, Fasc. 1, 2018. Sulla possibilità che la svolta della Consulta costituisca, per il giudice comune, un incentivo all'uso della tecnica dell'interpretazione conforme alla UE si veda V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte Costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti comparati*, n. 1/2018, pag. 301, da ultimo, si veda G. BRONZINI "Massimo D'Antona" WP CSDLE n.373/2018.

<sup>71</sup> Cfr. Cass. sentenza 17 maggio 2018, n. 12108 e ordinanza del 30 maggio 2018, n. 13678.

*obiter* delle sentenze costituzionali ma anche, perché, nella controversia, si trattava di applicare una direttiva (la 2006/54) e non la Carta dei diritti fondamentali<sup>72</sup>.

Nella Ordinanza Cafaro (n. 13678/2018) la Cassazione segue un percorso diverso.

La Suprema Corte, in questo caso, rimette la questione alla Corte di giustizia non ritenendosi vincolata all'*obiter* della Consulta anche perché, nel caso di specie, vi era una “chiara prevalenza degli aspetti UE su quelli nazionali” che imponeva che a pronunciarsi fosse la CGUE.

Un secondo orientamento si adegua, invece, alle indicazioni della Consulta.

Espressione di tale orientamento è la sentenza Bolognesi<sup>73</sup>, nell'ambito della quale, però, si percepisce una notevole preoccupazione<sup>74</sup>.

Un rinvio alla Consulta potrebbe innescare, infatti, un potenziale conflitto con la Corte di giustizia, non a caso, da subito, evidenziato da attenta dottrina<sup>75</sup>.

Non occorre dimenticare, infatti, che una decisione della Corte costituzionale non potrebbe impedire un successivo intervento della Corte di giustizia.

Negare tale possibilità sarebbe sicuramente in contrasto con la giurisprudenza della CGUE laddove<sup>76</sup> afferma che *“il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme costituzionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quelle delle norme del diritto dell'Unione”*.

E non è certo un caso che la Cassazione<sup>77</sup> abbia già evocato tale potenziale “conflitto” con la sentenza Global Starnet, auspicando un “chiarimento”<sup>78</sup> da parte della Consulta e rilevando che se il “conflitto” fosse confermato *“la Corte di Cassazione dovrebbe misurarsi con il dovere sulla stessa gravante ai sensi del terzo comma dell'art. 267 TFUE, di attivare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*

---

<sup>72</sup> Sulla questione (che riguardava una norma che differenziava per uomini e donne il licenziamento per superamento del limite di età, configurando così un problema di discriminazione basata sul sesso) si era già pronunciata la CGUE che, con ordinanza resa nelle cause riunite C-142/17 e C-143/17, aveva dichiarato la legge italiana incompatibile con la direttiva 2006/54.

<sup>73</sup> Cfr. Cass. sentenza 16 febbraio 2018, n. 3831.

<sup>74</sup> Sul tema si veda R. MASTROIANNI, Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti, in Osservatorio sulle fonti, n. 1/2018, [www.ossrvatoriosullefonti.it](http://www.ossrvatoriosullefonti.it)

<sup>75</sup> Cfr. A. RUGGERI, Dopo la sentenza n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 23 marzo 2018.

<sup>76</sup> Cfr. CGUE sentenza 20 dicembre 2017, Global Starnet, C-322/16.

<sup>77</sup> Cass., sentenza 16 febbraio 2018, n. 3831.

<sup>78</sup> Chiarimento estremamente importante perché consentirebbe alla Corte costituzionale di (re)interpretare la sentenza n. 269 limitandone la portata, come suggerito dalla dottrina (cfr. L. S. ROSSI, Il triangolo giurisdizionale e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 1 agosto 2018, n. 16/2018), alle ipotesi in cui gli standard nazionali di protezione dei diritti fondamentali risultano più alti di quelli offerti dalle norme dell'Unione “come è avvenuto ad esempio nei casi Melloni e Taricco”. In tali casi “è necessario un bilanciamento fra diritti fondamentali – garantiti dalle Costituzioni e dalla Carta dei diritti dell'Unione – e primato del diritto dell'Unione. E' in questi casi che la Corte costituzionale è chiamata a dialogare direttamente con la Corte di giustizia”.

*(ove già non attivato dalla stessa Corte costituzionale nel giudizio incidentale) e di dare al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di giustizia*<sup>79</sup>.

Ma lo scenario è in movimento.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, ha affrontato un complesso caso di pretesa violazione della normativa europea della privacy concernente l'obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di pubblicare sui loro siti la documentazione dei compensi ricevuti dai dirigenti pubblici per l'espletamento dei loro incarichi nonché le dichiarazioni relative ai dati reddituali e patrimoniali degli stessi e dei loro congiunti.

Due i tratti della sentenza che balzano agli occhi.

La prima considerazione attiene alla dilatazione pressoché indefinita del meccanismo del controllo accentrato in luogo dell'applicazione diretta delle norme dell'ordinamento UE dotate di efficacia diretta.

Il TAR Lazio aveva evocato, oltre alla violazione delle disposizioni della Carta anche dei principi di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, previsti dagli artt. 6 e 7 della direttiva del '95 che “si presentano in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE: non solo nel senso che ne forniscono specificazione o attuazione ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito modello per quelle norme e che partecipano all'evidenza della loro stessa natura come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta”.

Qui sembra che si dica che anche il diritto secondario dell'Unione che chiama in gioco oggettivamente i diritti protetti dalla CDFUE valgano le indicazioni della 269 con una chiara vis espansiva del metodo introdotto da detta sentenza.

In secondo luogo, e quasi in funzione di contrappeso, della riespansione, a tutto campo, del rinvio pregiudiziale che, in “un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione”

Quest'ultima affermazione (la riespansione del rinvio pregiudiziale) si ritrova nella sentenza n. 63 del 21 marzo 2019 (laddove la Corte precisa che resta fermo “il potere del giudice ordinario di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla CGUE **anche** dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale” e fermo restando – ricorrendone i presupposti – alla possibilità di non applicare nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti della Carta) ma con una significativa correzione di rotta laddove la possibilità di controllo accentrato sembra limitato (in linea con la 269) “alle norme corrispondenti della Carta”.

---

<sup>79</sup> Sul tema si veda A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della cassazione a Corte Cost. n. 269/2017 (a prima lettura di cass. 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi C. Consob)*, [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 23 febbraio 2018.



**13. La sentenza della Grande sezione del 4 dicembre 2018, C-378/17 e le sentenze, gemelle, dell'8 maggio 2019 C-24/17 e C-396/17.**

Tra le sentenze degli ultimi mesi<sup>80</sup> si segnalano, infine, quella della Grande sezione del dicembre dell'anno scorso e le due sentenze, a sezione semplice, dell'8 maggio di quest'anno sulle questioni sollevate dalla Corte amministrativa federale e dalla Corte suprema austriaca.

La questione sottoposta alla CGUE (nella sentenza C-78/17) riguardava la compatibilità con il principio di primazia del diritto dell'Unione di una norma che ripartisce la competenza, in cause specifiche, tra l'Alta Corte d'Irlanda e la Commissione per le relazioni sul luogo di lavoro d'Irlanda.

Dalla decisione di rinvio emerge che, secondo il diritto irlandese, vi è una ripartizione di competenze tra gli organi giurisdizionali designati come tali dal diritto nazionale e la Commissione per le relazioni professionali.

Quest'ultima è competente a pronunciarsi sui ricorsi proposti contro misure o decisioni asseritamente incompatibili con la direttiva 2000/78 e con le leggi sulla parità di trattamento.

L'Alta Corte di Irlanda, viceversa, è competente qualora l'accoglimento di un siffatto ricorso richieda la disapplicazione e l'annullamento di una disposizione nazionale contraria al diritto dell'Unione.

La questione sottoposta alla Corte ruota su un problema di fondo.

Dove si collocano i limiti dell'autonomia procedurale degli Stati membri?

In che misura il principio della primazia del diritto dell'Unione limita la possibilità degli Stati membri di applicare norme (costituzionali) concernenti l'attribuzione della competenza di un determinato settore del diritto ?

Questa, in sostanza, è la questione sottoposta alla Corte.

Infatti, spetta agli Stati membri designare gli organi giurisdizionali e/o le istituzioni competenti a verificare la validità di una disposizione nazionale e prevedere i mezzi di ricorso e le

---

<sup>80</sup> Nella sentenza del 7.2.2019 (C-49/18) la CGUE ha dichiarato che l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 2 della direttiva 2000/78 non ostano ad una normativa nazionale, come quella del diritto spagnolo, che nell'ambito di misure generali di riduzione salariale associate ad esigenze di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio, abbia fissato percentuali di riduzione salariale differenti per le retribuzioni di base e le retribuzioni integrative dei membri della magistratura giudicante. Nella sentenza del 14.2.2019 (C-154/18) la CGUE ha dichiarato che non costituisce una discriminazione indiretta fondata sull'età una misura che, a partire da una determinata data, prevede l'applicazione, al momento dell'assunzione di nuovi insegnanti, di una tabella salariale e di un inquadramento retributivo meno favorevoli di quelli applicati, ai sensi di una normativa precedente alla misura in questione, nel caso di insegnanti assunti prima di tale data. Nella sentenza del 24 giugno 2019 C-619/2018, la Grande Sezione ha dichiarato che la Repubblica di Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti ai sensi dell'art. 19 par. 1, II comma TUE prevedendo, da un lato l'applicazione della misura consistente nell'abbassare l'età per il pensionamento dei giudici presso la Corte Suprema polacca, nominati prima del 3 aprile 2018, e attribuendo dall'altro, al Presidente della Repubblica, il potere discrezionale di prorogare la funzione giudiziaria attiva dei giudici di tale organo giurisdizionale, oltre l'età per il pensionamento di nuova fissazione. La sentenza, particolarmente importante, verrà commentata nel prossimo numero della Rivista.

procedure che consentono di contestare tale validità, ove il ricorso sia fondato, di annullare detta disposizione e, se del caso, di stabilire gli effetti di un simile annullamento.

Ma, come ricorda la sentenza C-378/17, il primato del diritto dell'Unione impone che i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione abbiano l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale<sup>81</sup>.

E' quindi incompatibile "con le esigenze inerenti la natura stessa dell'Unione" qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto dell'Unione per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme direttamente applicabili dell'Unione<sup>82</sup>.

Orbene, si legge nella sentenza (punto 37), "è quanto si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto dell'Unione ed una legge nazionale, la soluzione di tale conflitto fosse riservata ad un'autorità diversa dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione, dotato di un autonomo potere di valutazione".

Alla luce di queste considerazioni la Corte ha dichiarato che "Il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio del primato dello stesso, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, secondo la quale un organismo nazionale, istituito per legge al fine di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione in un particolare settore, non è competente a decidere di disapplicare una norma di diritto nazionale contraria al diritto dell'Unione".

Non meno significative sono le questioni decise l'8 maggio di quest'anno.

Le questioni sollevate dai giudici austriaci erano, in parte, analoghe.

In entrambi i casi, la Corte di giustizia ha ritenuto che:

"Gli art. 1, 2 e 6 della direttiva 2000/78 (...) in combinato disposto con l'art. 21 della Carta dei diritti sociali dell'Unione, devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale (...) la quale, per porre fine a una discriminazione fondata sull'età, prevede, un reinquadramento degli agenti a contratto in servizio in un nuovo regime di retribuzione" (nella causa C-24/17) o "un trasferimento dei funzionari in servizio verso un nuovo regime retributivo e di avanzamento di carriera" (nella causa C-396/17) "nell'ambito del quale il primo inquadramento (...) viene determinato in funzione dell'ultima retribuzione percepita a titolo di precedente regime".

---

<sup>81</sup> In tal senso la famosa sentenza Simmenthal, sentenza 9 marzo 1978, C-106/77.

<sup>82</sup> Fra le altre la sentenza della CGUE dell'8 settembre 2010, C-409/06.

Nell'ipotesi in cui le disposizioni nazionali non possano essere interpretate conformemente alla direttiva 2000/78, il giudice nazionale è tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica scaturente per i singoli da tale direttiva e a garantire la piena efficacia di quest'ultima (secondo le indicazioni fornite nelle due sentenze) e disapplicando ove necessario ogni disposizione nazionale contraria.

Ma non basta.

Nella sentenza C- 396/17 si afferma che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'articolo 9 della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale, la quale, in una situazione come quella in discussione nel procedimento principale, riduca la portata del controllo che i giudici nazionali sono in grado di esercitare, escludendo le questioni correlate al fondamento dell'importo di riferimento per il reinquadramento calcolato secondo le regole del vecchio regime retributivo e di avanzamento.

Una riaffermazione del principio della primazia del diritto dell'Unione certamente opportuna nei tempi in cui viviamo.