

LA DISCRIMINAZIONE SECONDO L'ETÀ NEL MONDO DEL LAVORO

di Marco Proietti

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Direttiva 2000/78/CE. – 3. La legislazione italiana prima e dopo la Direttiva CE. – 4. La percezione della discriminazione. – 5. La contrattualistica del lavoro italiana: modelli per l'uguaglianza. – 6. I partner europei: la Germania. – 7. Un caso a parte, il Regno Unito. – 8. Conclusioni e prospettive per il futuro.

1.- Perdere il lavoro per un uomo sopra i 50 anni di età, magari con una famiglia e dei figli, può divenire oggi un danno irreparabile, con conseguenze facili da immaginare e chiaramente legate a quelle difficoltà oggettive di reinserimento; parimenti, trovare lavoro per un neo laureato under 25 significa effettuare ricerche di mercato estenuanti, se non velleitarie, con risultati a volte parossistici: annunci di offerte di lavoro per «neo-laureati con esperienza pluriennale» hanno del grottesco.

In questo senso si può parlare di discriminazioni in base all'età. Discriminazioni dirette e indirette, come si vedrà nel proseguito, che vengono attuate sia nelle fasce di lavoratori molto giovani che in quelle di lavoratori con età più avanzata; è una tematica molto ampia che finisce con l'intrecciarsi con problemi quali la disoccupazione giovanile, l'*outplacement* e le forme di ammortizzatori sociali per chi perde il lavoro, se non anche con il più generico e incontestabile dei diritti ovvero quello ad una esistenza libera e dignitosa (tanto per richiamare la Costituzione); è chiaro, comunque, che per poter comprendere la portata di tali problematiche è necessaria un'analisi su diversi fronti contemporaneamente: (i) una valutazione complessiva del mercato del lavoro dell'area europea, quali prospettive e quali criticità; (ii) sempre in eurizona, tenere conto di quelle che sono le prospettive demografiche e, quindi, quale sarà l'età media dei lavoratori nei prossimi 50 anni; (iii) analizzare i quesiti posti alla Corte di Giustizia europea e le soluzioni offerte; (iv) infine, approfondire la ricerca sui singoli interventi legislativi attuati da parte degli Stati membri.

L'analisi del mercato del lavoro è probabilmente quella più complicata. Il sistema è mutato radicalmente dalla metà degli anni Novanta ad oggi, vuoi per l'esplosione delle tecnologie informatiche – prima di tutte la diffusione

dei pc e poi, ovviamente, la rivoluzione di internet – che hanno visto il moltiplicarsi di forme contrattuali ibride e diverse dalle classiche; vuoi anche perché i flussi dell'alta finanza e le crisi più o meno previste, hanno determinato la richiesta (da parte delle imprese) di rapporti di lavoro più flessibili, necessari a fare fronte all'alea maggiore della propria attività: una regressione cronica dell'economia, determinata probabilmente da un mutamento radicale della società europea che è chiaramente diversa da quella lanciata dalla rivoluzione industriale nell'Ottocento.

A questo aspetto squisitamente economico, si deve aggiungere un profilo più sostanziale che è dettato dal numero reale di soggetti che si immettono nel mercato alla ricerca di lavoro, dalle qualifiche che gli stessi posseggono e da quelle che, invece, sono richieste dalle imprese; da un'analisi statistica fatta dalla Commissione Europea nel 2006¹ sono emersi dati interessanti se visti con l'ottica di ciò che sarà l'Europa nel 2050 che, inutile dirlo, vivrà un inevitabile invecchiamento di tutta la forza lavoro.

Dalla comunicazione 571 emerge infatti che, nel 2050, i cittadini europei di età compresa tra i 65 ed i 79 anni aumenterà del 45% mentre, come contro altare, il numero di coloro che hanno meno di 15 anni diminuirà del 18% e quelli nella fascia dai 15 ad i 24 anni diminuirà del 24% e ciò in ragione di una serie di fattori: (i) riduzione del tasso di crescita, che si attesta intorno ad un 1,5 figli per ciascuna donna contro il 2,1 considerato necessario per il ricambio generazionale; (ii) aumento delle aspettative di vita; (iii) naturale invecchiamento dell'attuale generazione, figlia del boom di nascite del dopoguerra.

Mutando la forza lavoro, si finisce inevitabilmente con il generare delle disparità di trattamento che possono sfociare in vere e proprie forme di discriminazione sia all'ingresso nel mercato del lavoro che nel tentativo di reinserimento.

In realtà, si può fin da qui anticipare che si tratta di un problema solo a metà.

La Commissione Europea, infatti, già sul finire del secolo scorso aveva dato impulso ai legislatori degli Stati membri al fine di adottare quelle misure ritenute necessarie per garantire la parità di trattamento per tutti i lavoratori ma, al contempo, evitare di strozzare l'intero sistema con la creazione di una

¹ Commissione Europea, *The demographic future of Europe – from challenge to opportunity*, COM. (2006) 571.

categoria di «diritto all'aspettativa» che poco avrebbe (ed in fatto non ha) senso in un mercato in evoluzione perenne.

È su queste basi che si è mossa dapprima la Comunicazione n. 221 e in seguito la Direttiva n. 78.

2.- Con la Comunicazione 221 del 21.5.1999 la Commissione Europea ha tracciato un'analisi dettagliata circa la situazione dei cambiamenti demografici in corso a fine secolo e sul loro impatto sul mercato del lavoro, con le inevitabili ripercussioni in termini di diritti acquisiti².

La comunicazione 221, partendo da una considerazione introduttiva ove ha analizzato il contesto demografico continentale³, ha valutato l'incidenza dell'invecchiamento della forza lavoro sul mercato in termini sia di produttività che di previdenza (che tenderà inevitabilmente ad essere più onerosa); la Commissione non manca di osservare come questa situazione imprimerà una certa pressione sugli Stati membri, costretti ad adeguare le proprie normative ad un sistema in rapido capovolgimento e, cosa più importante, comporterà l'onere per gli stessi di dover mettere mano pesantemente alla disciplina lavoristica al fine di mantenere gli equilibri fin a questo momento garantiti: trattandosi di una relazione di circa 12 anni fa, oggi si vedono solo parzialmente gli effetti di quando allora previsto ma, in ogni caso, è un utile punto di partenza per comprendere le problematiche

² Commissione Europea, *Verso un'Europa di tutte le età*, in COM (1999) 221 def.

³ Si legge infatti a p. 7 che «... la popolazione europea smetterà presto di aumentare (cfr. grafico 1). Comincerà quindi a diminuire gradualmente, sia pure a ritmi e momenti diversi nei vari paesi e regioni. In quasi un quarto delle regioni d'Europa, la popolazione avrà già raggiunto il livello di crescita zero prima della fine del secolo. Ben presto la nostra società sarà formata da una proporzione di gran lunga maggiore di anziani rispetto ad un gruppo più ristretto di persone in età lavorativa (cfr. grafico 2)»; proprio su questo ultimo punto, come sui avrà modo di valutare in modo più approfondito, in ambito europeo ci si è posti il dubbio se fosse necessario o meno rivalutare (o meglio, rivalorizzare) il lavoro dei prestatori più «anziani», ritardando l'accesso al pensionamento e cercando in tal modo di equilibrare anche le entrate e uscite previdenziali: il ragionamento di fondo, si vedrà, è basato sull'idea che obbligare un uomo alla pensione solo per aver raggiunto una determinata età equivale ad una forma di discriminazione per l'età. Opinione non condivisibile, tuttavia, per chi – come noi italiani – concepiamo la previdenza in senso più profondo e stabile degli Stati assistenziali, un concetto che rimane indissolubilmente connesso all'idea di Stato Sociale evidentemente diversa – se non antitetica – a quella di Welfare State.

che la Commissione si era posta allora per affrontare il problema della discriminazione⁴.

Partendo da queste basi, la Commissione Europea ha quindi adottato la Direttiva 2000/78/CE in materia di parità di trattamento nelle condizioni di lavoro⁵.

L'approccio della Direttiva è in realtà contraddittorio poiché, se il fine ultimo è quello di eliminare forme di discriminazione in base all'età sia per i più giovani che per i lavoratori più anziani, allo stesso tempo riconosce la necessità di una differenza di trattamento tra categorie di lavoratori al fine di venire incontro alle esigenze di mercato; nel Preambolo della Direttiva, infatti, si fa espresso richiamo ad una serie di carte internazionali (Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, Convenzioni ONU varie sui diritti civili e politici, Convenzione Europea sui Diritti Umani, e così via) ponendo l'attenzione alla necessità di favorire – nell'ambito del mercato del lavoro – l'integrazione sociale, ovvero una forma di organicità strutturale di tutto il sistema, coinvolgendo tutta la categoria dei prestatori di lavoro (autonomi e subordinati) e realizzare un ricambio generazionale continuo⁶.

Allo stesso tempo però – come si evidenziava – la Commissione si è resa conto anche che non sempre la disparità di trattamento comporta una forma di discriminazione o danno alla professionalità e che, invece, il principio di uguaglianza e la parità di trattamento – obiettivi fissati nell'art. 1 della Direttiva – possono essere infranti in determinate circostanze ove legittime

⁴ Si legge ancora nell'introduzione che «... *l'invecchiamento della popolazione obbligherà la società europea ad adattarsi e i cittadini europei a cambiare comportamento. La misura in cui questi cambiamenti della società e dei comportamenti potranno essere prodotti in modo positivo dipenderà in gran parte dalla scelta di politiche formulate a livello europeo, nazionale e locale*»; sul punto è interessante anche l'opinione di alcuni autorevoli autori tra cui A. Marsh -M. Sahin-Dikmen, *Discrimination in Europe*, in *Eurobarometer*, 2003, che riportano un'importante inchiesta svoltasi all'interno della UE sulla percezione della gente comune riguardo alla discriminazione ed indicano al primo posto, tra i motivi discriminanti, proprio l'età del lavoratore.

⁵ Un'ampia analisi, di respiro comparatistico, è stata svolta da M. Sargeant, *I giovani lavoratori e la discriminazione in base all'età*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 1261 – 1277.

⁶ «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» così l'art. 1 della Direttiva.

politiche occupazionali, il raggiungimento di obiettivi di mercato, l'adeguamento delle normative nazionali, richiedano interventi distinti e mirati nel mondo del lavoro⁷; si pensi, in questo senso, alle vicende relative al pre-pensionamento oppure al pensionamento forzato una volta superato un certo limite di età: se di principio potrebbe sembrare una forma di discriminazione per chi ha superato una data «soglia» di età, dall'altro lato questa disparità di trattamento è necessaria e si può azzardare anche auspicabile se si vuole garantire l'ingresso di energie nuove nel mondo del lavoro.

In materia di discriminazione, la Direttiva prevede tre tipi di disparità di trattamento considerate pienamente legittime: 1) l'esistenza e definizione di condizioni speciali di accesso al mercato del lavoro al fine di agevolare l'ingresso di giovani e anziani, considerando i primi i lavoratori compresi nella fascia dai 14 ai 25 anni, ed i secondi gli over 50 anni; 2) esistenza di vantaggi collegati all'età, all'esperienza professionale ed all'anzianità di servizio; 3) esistenza di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento.

A ben vedere, agli occhi di un giurista italiano, alcune affermazioni della Commissione sono anche pleonastiche. Il riconoscimento di una parità di trattamento, e la ponderazione dello stesso in ragione delle politiche occupazionali, rappresenta la spina dorsale del sistema sociale italiano che – affondando le proprie radici nel codice del 1942 – è il più antico e (forse) completo tra gli ordinamenti giuridici del lavoro in Europa; semmai, il vero ostacolo per l'operatore del diritto italiano è rappresentato dal crescere esponenziale di burocrazia e di leggi speciali (spesso frettolosamente approvate o abrogate) che hanno finito con il rendere complesso e farraginoso l'intero sistema.

Tornando alla posizione della Commissione, si può quindi comprendere l'esigenza della stessa di porre una bivalenza nel trattare la c.d. discriminazione in base all'età. La soluzione che si trae dal testo della Direttiva è di concepire l'idea di uguaglianza in modo più maturo e meno emotivo, ovvero considerare la stessa come un eguale punto di partenza ma

⁷ D. Morondo Taramundi, *Appunti sul maschio vittima innocente nel diritto comunitario*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2002, 309 s. ma anche interessante, sempre genericamente sul tema della discriminazione, P. Chieco, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 77 s.

non come un diritto ad un determinato punto di arrivo; solo in questo modo si riesce a garantire, da un lato, il diritto di accesso a tutti i cittadini al mondo del lavoro e, dall'altro, una sana libera concorrenza che anima il mercato, lo tiene vivo e stuzzica le professionalità (costrette ad essere sempre pronte ad innovazioni e quindi ad automigliorarsi)⁸.

L'attuazione della Direttiva è stata diversa nei vari stati membri. Si analizzano qui tre casi particolari: Italia, Germania e Regno Unito.

3.- La legislazione italiana, seppur con un proprio e importante sostrato giuridico/culturale, ha risentito molto dell'accelerazione imposta dalla Commissione Europea nell'approvazione di quei testi normativi atti ad arginare, se non addirittura eliminare, ogni forma di discriminazione sul posto di lavoro basata sul c.d. fattore età; nell'ordinamento italiano, infatti, non mancano norme in tale senso – si diceva del codice civile, per l'appunto – ma è solo a seguito della Direttiva 78 che si è stimolata la discussione tra gli operatori del diritto e si è giunti all'approvazione di una legge (forse con una portata poco incisiva) di attuazione delle disposizioni comunitarie.

Andando con ordine cronologico – e tralasciando considerazioni e valutazioni sulla normativa del passato, che richiederebbe uno spazio a parte – si possono riassumere i passi del legislatore italiano in tre fasi:

1) 1927 – 1948: la nascita della legislazione del lavoro moderna con l'adozione di una serie di provvedimenti finalizzati a stabilire, una volta per tutte, una serie di regole chiare e definitive per i lavoratori: contrattualistica, orario di lavoro, previdenza sociale, assicurazioni, diritti e doveri dei lavoratori. Si inizia nel 1927 con l'approvazione della Carta del Lavoro e la successiva adozione di circa trenta testi di legge in materia di lavoro e

⁸ «Se si assume che con il termine si alluda in realtà ad una parità di opportunità, allora può diventare possibile conciliare i due differenti approcci [ndr. disparità e non discriminazione]. In questo contesto la creazione di una forza lavoro diversificata è il mezzo per creare opportunità per i lavoratori anziani e ciò è considerato come un mezzo per incoraggiare positivamente le pari opportunità nel lavoro. Se si ritiene invece che il principio di uguaglianza comporti che l'età non dovrebbe costituire un criterio decisionale relativamente alle condizioni di lavoro, e che dovrebbe procedere la fissazione di qualsiasi requisito mirato in rapporto a qualunque misura volta alla creazione di pari opportunità, allora sussiste una vera contraddizione tra l'approccio pluralista e quello antidiscriminatorio. Il primo tipo d'approccio indebolisce in maniera considerevole lo sviluppo dell'altro legittimando la discriminazione in base all'età», così M. Sargeant, *L'approccio contraddittorio del regno Unito alla discriminazione in base all'età nel lavoro*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2005, 968.

previdenza sociale, si attraversa la guerra con in tasca il codice del 1942 e si giunge sino alla soglia della Costituente con un bagaglio giuridico piuttosto rilevante.

2) 1948 – 1992: il ventennio post-bellico e la legislazione c.d. «sociale». Con la Costituzione repubblicana, ed in ragione del noto art. 3, ogni cittadino italiano ha pari dignità e diritti e non vi possono essere discriminazione per ragioni politiche, religiose, etniche o di sesso; per altro, proprio in quegli anni nasce una ricca giurisprudenza sulla tutela dei diritti politici per i lavoratori c.d. «indesiderabili»: si faceva riferimento, in primis, ai lavoratori vicini al Partito Fascista o comunque ad organi di quel partito e, in secondo luogo, ai lavoratori sindacalizzati e più vicini alla sinistra radicale. In buona sostanza, si inizia a porre e ad affrontare il problema sul corretto equilibrio tra i diritti dei lavoratori (associazione, pensiero, sindacato, etc.) e la libera iniziativa economica privata ad opera dell'imprenditore⁹.

Si arriva così un pò affannati alle soglie del nuovo secolo con una legislazione ampia, forse la migliore in Europa, ma comunque piuttosto macchinosa e non più adeguata ad un mercato estremamente mutato negli ultimi decenni.

3) 1992 – ad oggi: dopo Maastricht si passa ad un nuovo modello di lavoro. Flessibilità, privatizzazioni, nuove forme contrattuali ed interventi della UE sugli ordinamenti nazionali.

Sicuramente un discorso a parte deve essere fatto per la l. 20.5.1970, n. 300, il c.d. Statuto dei Lavoratori che fissa norme inequivocabili sulla discriminazione agli artt. 15 e 16; si legge infatti nel testo della legge, ovviamente dalla forte evocazione costituzionale, che:

«1. È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero.

2. Le disposizione di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti

⁹ Alcuni esempi, e casistica, al riguardo si possono trovare in A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro: nozioni, interessi e tutele*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.* diretto dal F. Galgano, Padova, Cedam, 2010, 21 s. ma anche V. Crisafulli, *Diritti di libertà e poteri dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 67 s.

diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali»(art. 15, l. 300/1970).

E poi ancora il successivo art. 16 stabilisce che: «1. *È vietata la concessione di trattamenti economici di maggior favore aventi caratteri discriminatorio a mente dell'articolo 15.*

2. Il pretore, su domanda dei lavoratori nei cui confronti è stata attuata la discriminazione di cui al comma precedente o delle associazioni sindacali alle quali questi hanno dato mandato, accertati i fatti, condanna il datore di lavoro al pagamento, a favore del fondo adeguamento pensioni, di una somma pari all'importo dei trattamenti economici di maggior favore illegittimamente corrisposti nel periodo massimo di un anno».

La portata dei due articoli è epocale. Ma nello specifico riferimento all'oggetto di questo contributo, ovvero la discriminazione in base all'età, l'originaria formulazione dello Statuto dei lavoratori non prevedeva alcuna indicazione al riguardo; l'art. 15, nel testo originario, si soffermava infatti solo sul concetto di discriminazione così come stabilito dall'art. 3 della Costituzione, limitandosi agli aspetti politici, religiosi, razziali e sessuali.

Solo con il D.lgs. 9.7.2003, n. 216, si introduce – per la prima volta nell'ordinamento italiano – il divieto di discriminazione legato al fattore età, con tutta una serie di polemiche che hanno accompagnato il provvedimento; la legge ha quindi introdotto anche alcune modifiche alla legislazione vigente e, in particolare, all'art. 15 dello Statuto dei lavoratori ove, allo stato, è espressamente vietata ogni forma di discriminazione anche in base all'età.

Da un certo punto di vista il D.lgs. 216/2003 è chiaramente innovativo poiché – come visto – sino ad allora mancava nell'ordinamento italiano una espressa previsione legislativa in materia di discriminazione secondo l'età; sotto un altro profilo, però, ovvero da un punto di vista più generalista della discriminazione, il testo di legge è addirittura pleonastico poiché l'ordinamento italiano – concedendo un po' di enfasi – è di per sé perfettamente autosufficiente, se non altro poiché è la stessa Costituzione a fare dell'uguaglianza un principio fondamentale.

Tuttavia, l'attuazione della Direttiva europea non ha mancato di suscitare diverse discussioni.

Sicuramente, si affermava, vi è l'esigenza concreta di evitare che i lavoratori possano incorrere in forme di discriminazione arbitraria e del tutto illegittima sul posto di lavoro, poiché ciò comprimerebbe

eccessivamente i propri diritti; è, al contrario, anche vero che forme di disparità di trattamento sono in alcuni casi addirittura necessarie per venire incontro alle esigenze degli operatori del mercato (leggasi, imprese) e per garantire l'opportuna flessibilità. Infatti, è la stessa UE ad aver avviato un procedimento di infrazione a carico dell'Italia per la mancata corretta trasposizione della Direttiva 78, con riferimento all'art. 6, §1, ovvero – paradossalmente – proprio nella parte in cui la Direttiva ammette forme di disparità di trattamento a determinate condizioni; il legislatore nazionale è dovuto, così, intervenire nuovamente con l'art. 8-*septies* della l. 101/2008 e modificare il precedente decreto legislativo per adeguarsi alle disposizioni europee: allo stato attuale, pertanto, vengono fatte salve le disposizioni che prevedono disparità di trattamento dei lavoratori in base all'età in determinati casi¹⁰.

4.- Partendo da questi presupposti, ed in assenza di una tipizzazione legislativa sulle forme di trattamento differenziato considerate legittime, è l'analisi del caso concreto che aiuta l'operatore del diritto a individuare cosa si può e cosa non si può (meglio, non si deve) fare.

La giurisprudenza, infatti, ha cercato di colmare le lacune lasciate dal legislatore.

Un punto importante, in questo senso, è il contrasto tra il D.lgs. 216/2003 e le altre leggi nazionali nel punto in cui queste si occupano del fattore età ritenendolo determinante ai fini del licenziamento¹¹; come si

¹⁰ Sono dunque fatte salve le disposizioni che riguardano «... 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, allo scopo di favorire l'inserimento professionale o di 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 sulla necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento».

¹¹ Tra le tante si indicano le seguenti pronunce della Cassazione in materia di tutela reale e discriminazione in base all'età pensionabile: Cass. 2-10-2009, n. 21120, in *Orient. giur. lav.*, 2009, I, 1036; Cass. 12-5-2008, n. 11668, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, 671; Cass. 1-6-2006, n. 13045, in *Notiz. giur. lav.*, 2006, 493; Cass. 5-3-2006, n. 5635, in *Impresa*, 2006, 879; Cass. 6-2-2006, n. 2472, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, 578; Cass. 11-4-2005, n. 7359, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 558; Cass. 28-8-2003, n. 12655, in *Mass.*

vedrà nello specifico caso della Germania, si fa riferimento ai casi di recesso *ad nutum* per il lavoratore ultrasessantenne in possesso di tutti i requisiti pensionistici e che non abbia optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro ove il legislatore italiano prevede – tra le tante cose – che il prestatore in questione non mantenga il diritto alla tutela reale *ex art. 18* Statuto dei Lavoratori. È in apparenza un contrasto tra il decreto legislativo – quindi la Direttiva CE – ed il resto della legislazione italiana del lavoro ma, invero, si tratta di un perfetto equilibrio tra le esigenze di uguaglianza e il legittimo esercizio di una disparità di trattamento così come prevista dal citato art. 6, § 1, della Direttiva 2000/78/CE¹².

Sono proprio le politiche di pensionamento anticipato ad aver portato, soprattutto in ambito europeo, alle prime importanti analisi relative alla discriminazione sul posto di lavoro; queste politiche, infatti, sono state tradizionalmente un mezzo per incoraggiare i lavoratori anziani ad uscire dalla forza lavoro, riducendo l'ambito della volontarietà di tale opzione: se in linea di massima si può pensare che un lavoratore, superata una data soglia di età, abbia interesse a concludere ogni vicenda lavorativa, è anche vero l'esatto contrario e che quindi – a parità di condizioni – molti lavoratori *senior* preferirebbero continuare il rapporto in corso.

Giur. lav., 2003.

¹² La Corte di Giustizia Europea, investita di una questione analoga, ha discusso il caso C-411/2005 ed ha deciso con sentenza del 16.10.2007 affermando come il divieto di qualsiasi discriminazione basata sull'età non impedisce di considerare valide le clausole di pensionamento obbligatorio stabilite dai contratti collettivi: posizione non del tutto condivisa dalla Cassazione italiana, si veda Cass. 11-8-2004, n. 15593. Sotto un altro profilo è interessante l'analisi di M. P. Monaco, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, 876 e ss. ove l'autore si sofferma sulla giurisprudenza italiana relativa ai licenziamenti collettivi. In questo caso, infatti, seguendo il ragionamento della Corte di Giustizia Europea deve ritenersi giustificata la disparità di trattamento e la fruizione di una mobilità lunga per i soggetti prossimi al pensionamento in ragione di un minore impatto sociale: ovviamente deve essere esclusa ogni forma di discrezionalità da parte del datore di lavoro. Tra le tante sentenze cfr. Cass. 24-4-2007, n. 9866, in *Notiz. giur. lav.*, 2007, 445; Cass. 6-10-2006, n. 21541, in *Mass. Giur. lav.*, 2007, 461; Cass. 21-9-2006, n. 20455, in *Foro it.*, 2007, I, 1846. Ma in senso opposto è la giurisprudenza di merito prodotta a ridosso del Decreto legislativo, cfr. Trib. Milano 26 aprile .2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, I, 408; Trib. Milano 4 aprile .2006, in *Banca borsa*, 2008, II, 217; Trib. Milano 22 luglio 2005, n. 2970 in *LG*, 2006, 4, 397; Trib. Milano 12 luglio 2005, in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 694; Trib. Milano 7 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2006, c. 2252 s.

In questo settore, pertanto, si percepisce una forma di «discriminazione indiretta» dettata da quegli accordi sindacali e dalle proposte aziendali che portano il lavoratore, più o meno convinto, a chiedere un pensionamento anticipato, ponendo il tutto sotto una forma edulcorata come (ad esempio) una incentivazione all'esodo; i lavoratori in età pensionabile o comunque over 50, dunque, si possono trovare di fronte a una duplice scelta: (i) pensionamento (anche anticipato); (ii) licenziamento *ad nutum* e ricerca sul mercato (c.d. *outplacement*). Questa seconda situazione, per altro, è quella che genera le forme di discriminazione indiretta più evidenti poiché se, da un lato, il mercato del lavoro richiede figure con un tasso di professionalità sempre maggiore, dall'altro lato un lavoratore anziano ha dei costi molto più elevati per un'azienda (retribuzione, rischio di sinistri, etc.) rispetto ad un lavoratore più giovane, e quindi finisce per avere maggiori difficoltà di ricollocamento: si parla pertanto di discriminazione indiretta, poiché non è stabilita in regole o norme ma è generata da comportamenti contigui al mercato del lavoro.

Quella appena descritta è la forma di discriminazione più difficile da individuare e che – nella maggior parte dei casi – rientra in quelle forme di disparità di trattamento considerate legittime dalla Direttiva CE seppur la stessa richieda la presenza di determinati requisiti e ragioni obiettive a suo fondamento.

Diverso è il discorso per le forme di discriminazione c.d. diretta attuate nei confronti di due categorie di lavoratori: giovani e donne.

Per quanto riguarda i giovani, la discriminazione diretta è rappresentata dall'imposizione di limiti di età negli annunci di lavoro che comporterebbe un diverso trattamento tra i lavoratori al momento del loro (a volte primo) accesso al mondo del lavoro; in realtà – e ciò vale tanto nella legislazione italiana che in quella di altri ordinamenti giuridici di *civil law*, come Germania e Francia, e di *common law*, come il Regno Unito – molto spesso l'indicazione di un vincolo di età «all'entrata» è accompagnata dall'esistenza di forme contrattuali più snelle per i giovani lavoratori: quali siano queste forme contrattuali e l'utilizzo che ne viene fatto lo si vedrà più avanti, qui è sufficiente dire che negli annunci di lavoro il limite di età viene visto come forma legittima di autoselezione poiché effettuare una ricerca di mercato finalizzata ad individuare determinati profili non necessariamente comporta una discriminazione. Diverso il discorso quando, sempre con riferimento ai

più giovani, si attuano forme di discriminazione indiretta legate al possesso di determinati requisiti (conoscenze specifiche, titoli o altro) difficilmente già acquisite da un giovane under 25; queste situazioni talvolta assumono connotati grotteschi se si pensa ad annunci contraddittori per «giovani neolaureati, massimo 25 anni, con esperienza pluriennale», ove l'esperienza pluriennale risulta difficilmente acquisibile in determinati settori da parte di un soggetto che ha trascorso gli ultimi anni tra i banchi di un'università.

In realtà il problema di fondo resta sempre lo stesso: gli operatori del mercato (intendendo in questo caso le aziende) si pongono la massimizzazione dei profitti tramite l'abbattimento dei costi, abbattimento che (a ben vedere) si attua solo tramite l'utilizzo di quelle forme contrattuali – finalizzate all'inserimento dei giovani – atte a introdurre sgravi fiscali per chi assume. Al contempo però l'azienda ricerca forza lavoro immediatamente applicabile sul posto poiché la stessa formazione comporta proprio quei costi che si vogliono abbattere; ecco quindi che la discriminazione dei giovani lavoratori assume molto l'idea di un cane che si morde la coda poiché tanto più si incentivano forme di inserimento agevolato per i profili *junior*, tanto più si riduce il numero dei soggetti che effettivamente beneficiano di tali agevolazioni: problemi di politiche sociali o, meglio ancora, di formazione scolastica e universitaria.

Per quanto riguarda la discriminazione nei confronti delle giovani donne, la situazione è andata migliorando solo nell'ultimo decennio grazie a interventi della Corte di Giustizia ed alla volontà dei legislatori nazionali di porre rimedio pesantemente a quella che è sempre stata la disparità di trattamento illegittima per eccellenza; alcuni studi hanno aiutato a capire come fosse estremamente difficile l'ingresso nel mercato del lavoro per una donna e come, di pari passo, divenisse ancor più complesso e arduo il mantenimento del posto del lavoro: la donna, infatti, viene classificata come «lavoratore anziano» molto più rapidamente di un uomo, con tutto quello che ne consegue in termini di ricambio della forza di lavoro¹³.

¹³ Nel 1984 quando un pensionato odierno aveva, allora, intorno ai 40 anni, il tasso di occupazione per le donne era del 65% contro il quasi 90% degli uomini e, tra queste, il 55% aveva lavorato con contratto part-time contro il misero 1% degli uomini; tutto ciò si riflette, oggi, sui profili pensionistici poiché chiaramente le donne di quegli anni hanno potuto accumulare meno in termini di diritti previdenziali, sul punto cfr. Pensions Commission, «Pensions: Challenges and Choices», in HMSO, 2004, 262 ove si tracciano profili statistici del mercato del lavoro per il 382

5.- È solo il caso di porre qualche accenno alla contrattualistica italiana del lavoro, al fine di rendere al meglio l'idea di quelle forme contrattuali che sono state concepite con l'idea di aiutare i più giovani ed evitare forme di discriminazione diretta o indiretta.

La prima disciplina riguardante l'inserimento nel mercato del lavoro è prevista, chiaramente, proprio dal codice civile che agli artt. 2130 – 2134 fissa i requisiti per il c.d. tirocinio, la retribuzione prevista, l'istruzione professionale ed il rilascio di uno specifico attestato; la premura del legislatore è stata, fin da allora, di assicurare l'inserimento di forza lavoro qualificata o che, in caso contrario, tale qualificazione potesse essere acquisita attraverso il lavoro, così da ridurre tensioni sociali e forme di disparità di trattamento: l'evoluzione della legislazione del lavoro italiana è giunta solo nel 2003, con la Riforma Biagi, ad un punto di svolta.

Dopo un lungo periodo di «sperimentazioni» con contratti a termine e co. co. co., è con il D.lgs. 276/2003 che si individuano in modo chiaro quei contratti ispirati ad un concezione «flessibile» del mercato del lavoro; è utile ricordare fin da subito che, nonostante i proclami iniziali, la Riforma Biagi è solo parzialmente attuata e che parte della disciplina prevista dal decreto delegato rimane allo stato ancora lettera morta.

In ogni caso, il D.lgs. 10.9.2003, n. 276, ha disciplinato ed introdotto una serie di figure lavorative nuove con la prospettiva di garantire un migliore flusso del mercato del lavoro e, al contempo, azzerare forme di discriminazione o disparità di trattamento; più in particolare, dalla riforma Biagi sono state disciplinate sei forme di lavoro principali e distinte dal lavoro a tempo indeterminato e determinato, ovvero: 1) la somministrazione; 2) il lavoro a progetto; 3) l'apprendistato; 4)

periodo 1984 – 2004. Altri autori riferiscono, in base a studi statistici e rivelazioni di mercato, come il trattamento delle giovani donne sia in certi casi discriminatorio se paragonato al trattamento riservato agli uomini lavoratori; sul punto cfr.: S. McKay – S. Meddleton, *Characteristics of Older Workers*, Centro per la Ricerca in Politica Sociale, Università di Loughborough, 1998, RR45 DfEE; H. Metcalf – M. Thompson, *Older workers: Employers' attitude and practices*, Istituto di Studi Manpower, 1990, n. 194; A.E. Hurley – C. Giannantonio, *Career attainment for women and minorities: the interactive effects of age, gender and race*, in *Rivista delle donne manager*, 1999, vol. 14, n. 1, 4 – 13.

l'inserimento; 5) il lavoro ripartito; 6) il lavoro intermittente¹⁴.

È utile analizzare, seppur brevemente, le varie figure contrattuali per comprendere il tentativo del legislatore italiano di attuare un'uguaglianza sostanziale per tutti i prestatori di lavoro.

Il contratto di somministrazione: è stata introdotta dagli artt. 20 – 28, del D.lgs. 276/2003 che ha previsto un rigido schema di autorizzazioni ministeriali al fine di evitare di incorrere in sanzioni. Il rapporto si instaura tra tre soggetti ovvero: (i) il somministratore, rappresentata da un'agenzia per il lavoro autorizzata dal Ministero del lavoro, che stipula il contratto di assunzione con il lavoratore; (ii) l'utilizzatore, rappresentata dall'azienda che utilizza il lavoratore; (iii) il lavoratore. Il contratto di somministrazione è quello che lega il somministratore all'utilizzatore, e lo impegna a fornire forza lavoro a determinate condizioni; questa figura contrattuale sostituisce il vecchio lavoro interinale pur mantenendone la medesima flessibilità.

Il lavoro a progetto¹⁵: è la forma contrattuale più discussa degli ultimi anni e viene disciplinata dagli artt. 61 – 69, del D.lgs. 276/2003 e sostituisce la precedente disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative che ora – per essere valide e non rischiare una controversia avente ad oggetto il riconoscimento della natura subordinata del rapporto – devono prevedere l'esecuzione di uno specifico progetto, allegato al contratto, in totale autonomia e con mezzi propri del collaboratore¹⁶; è il contratto flessibile per definizione che permette all'azienda di utilizzare forza lavoro con costi ridotti rispetto ad un'ordinaria assunzione e fermo restando quanto previsto dall'art. 69 con riferimento alla conversione del rapporto.

Il contratto di apprendistato¹⁷: anche questo ridisciplinato dalla Legge Biagi, è stato suddiviso in tre distinte categorie: (i) apprendistato per l'espletamento del diritto/dovere di istruzione e formazione; (ii) apprendistato professionalizzante per il conseguimento di una qualifica attraverso la formazione sul posto di lavoro; (iii) apprendistato per l'acquisizione di un diploma o percorsi di alta formazione. È probabilmente

¹⁴ Per una prima analisi E. Ghera, *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2006 ma anche AA. VV., *Lavoro a progetto e co. co. 2008*, Eurconference, 2008.

¹⁵ Si veda anche L. Cacciapaglia – E. De Fusco, *Collaborazione a progetto e lavoro occasionale*, in *Il Sole 24 ore*, 2005 nonché anche G. Santoro Passarelli – G. Pellacani, *Subordinazione e lavoro a progetto*, Torino, 2009.

¹⁶ P. Pirruccio, *Le collaborazioni a progetto*, Torino, 2006.

¹⁷ C. Pozzoli, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in *Il Sole 24 Ore*, 2006.

la forma contrattuale che meglio si adegua al ragionamento fatto sulla discriminazione poiché gli intenti, almeno quelli dichiarati, sono proprio di agevolare l'ingresso nel mercato del lavoro da parte di determinate categorie di lavoratori (sono previste delle fasce di età fino ad un massimo di 26 anni); purtroppo è rimasto in parte inattuato, soprattutto per quanto riguarda l'apprendistato professionalizzante che non potrà mai realizzarsi in mancanza di una profonda riforma scolastica.

Il contratto di inserimento¹⁸: previsto quale sostituto del contratto di formazione e lavoro, è disciplinato dagli artt. 54 – 59 del D.lgs. 276/2003 ed è «*diretto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo, l'inserimento ovvero il reinserimento nel mercato del lavoro*»; lo scopo è dunque di agevolare la collocazione di alcune specifici soggetti: giovani tra i 18 ed i 29 anni, disoccupati di lunga durata nell'età tra i 29 ed i 32 anni, disoccupati con più di 50 anni, donne di qualsiasi età e residenti in zone ad alto rischio di disoccupazione femminile, persone con grave *handicap*.

Il lavoro ripartito: detto anche *job sharing* è il contratto di lavoro tramite il quale due prestatori assumono in solido l'esecuzione di una medesima obbligazione lavorativa.

Il lavoro intermittente: è la più classica forma di lavoro a chiamata che, ovviamente, richiede la sussistenza di determinati requisiti.

Questa abbondante scelta tra diverse forme contrattuali dovrebbe riuscire a conciliare il divieto di discriminazione con la flessibilità del mercato di lavoro e la richiesta di professionalità diverse, più o meno ampie; nonostante ciò, non mancano situazioni di attrito anche di una certa rilevanza mediatica, e l'analisi comparata europea può fornire quegli spunti di riflessione dovuti.

6.- Un caso molto interessante¹⁹ – al punto da essere quasi un *leading case* in materia – è stato quello discusso dalla Corte di giustizia Europea su ricorso promosso da parte di una cittadina tedesca, sig.ra Kucukdeveci, la quale lamentava di essere stata illegittimamente licenziata dalla propria azienda (presso la quale lavorava da oltre dieci anni) e di essersi vista riconoscere un preavviso più breve in ragione della propria età, così come

¹⁸ C. Pozzoli, op. cit.

¹⁹ La sentenza è la Cgce, Grande Sezione 19.1.2010, C-555/07

previsto dall'art. 622 del B.G.B.²⁰.

La controversia, partendo dall'idea che il preavviso più breve aveva comportato un'illegittima disparità di trattamento, ha posto poi un delicato tema relativo alla attuazione della nota Direttiva 2000/78/CE in quanto la comunicazione di licenziamento era avvenuta dopo la scadenza del termine per la trasposizione della Direttiva; investito prima l'Arbeitsgericht Monchengladbach e poi il Landesarbeitsgericht Dusseldorf, la vicenda è finita innanzi alla Corte di Giustizia Europea poiché ritenuta in contrasto con il divieto di discriminazione posto dalla citata Direttiva. La Corte, argomentando in base all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e partendo dagli stessi ragionamento della precedente sentenza *Mangold*²¹, ha ritenuto che il principio di non discriminazione sia compreso nei principi generali del diritto comunitario e che, pertanto, l'intera vicenda della sig.ra Kucukdeveci fosse pienamente rientrante nel raggio della Direttiva 78²²; partendo da questi presupposti la Corte ha concluso che – ai sensi del noto art. 6, § 1, della Direttiva 78 – la previsione dell'art. 622, comma 2°, B.G.B. non fosse conforme al diritto comunitario poiché l'utilizzo di strumenti che comportino una disparità di trattamento è legittima solo se «appropriati e necessari».

Sempre dalla Germania sorgono, a distanza di pochi mesi dal *case* appena analizzato, altre due vicende simili.

Un primo intervento è stato quello relativo alla sentenza *Wolf*, C-229/08 decisa con sentenza della Grande Sezione del 12.1.2010 e relativa al limite di

²⁰ La sig.ra Kucukdeveci, nata nel 1978, è stata dipendente della Swedex dal giugno 1996 ossia da quando aveva circa 18 anni di età; licenziata nel dicembre 2006, il datore di lavoro ha calcolato un preavviso di soli 30 giorni come se la ricorrente avesse avuto solo 3 anni di anzianità di servizio invece dei dieci effettivamente svolti. Il datore di lavoro, infatti, ha applicato l'art. 622 B.G.B. per il quale, ai fini del preavviso, non si devono considerare i periodi lavorativi svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età; la lavoratrice, pertanto, ha sollevato la questione innanzi alla Corte di Giustizia Europea poiché ha ritenuto la vicenda come una forma di discriminazione in base all'età.

²¹ Sentenza 22.11.2005, C-144/04.

²² «Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia in cui è messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, assicurare, nell'ambito delle sue competenze, 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 nazionale (v., in questo senso, sentenza *Mangold*, cit., punto 7)» così in C-555/07, punto 51.

età massima (30 anni) per l'assunzione quale vigile del fuoco²³ e decisa in senso diametralmente opposta alla precedente; la Corte infatti – sempre con riferimento all'art. 6, § 1 della Direttiva – ha ritenuto idonea la limitazione in base all'età in ragione dei requisiti fisici e professionali che l'attività di vigile del fuoco richiede: l'intento di garantire il buon funzionamento dei vigili del fuoco è considerato un obiettivo legittimo e compatibile con la disparità di trattamento in base all'età. È evidente, comunque, che si tratta di un vincolo per i lavoratori più anziani in quanto – stando ai dati scientifici riportati – solo una minoranza dei funzionari di età superiore ai 45 anni dispone di quei requisiti, soprattutto fisici, idonei allo svolgimento di tali mansioni.

Un secondo intervento è stato quello relativo alla sentenza Bulicke, C-246/2009, anche in questo caso relativo a lavoratori anziani o comunque in età lavorativa avanzata²⁴; nel *case* in questione, la ricorrente sostiene la natura discriminatoria di un annuncio di lavoro limitato ai giovani compresi tra i 18 ed i 35 anni, in quanto la stessa è stata esclusa dal colloquio per aver già

²³ «Directive 2000/78/EC provides more than one justification or exception to discrimination. The German Court aligned its preliminary questions to Article 6 of the Directive which provides an objective justification clause specifically for age discrimination. However, interestingly, the ECJ found Article 4, providing a GOR exception for all grounds, was to be assessed. This means that the ECJ assessed whether physical fitness is a characteristic related to age, whether it constitutes a genuine and determining occupational requirement and, further, whether the aim pursued by the provision was legitimate and the requirement proportionate. The ECJ stated that the activities that come with the job, such as fighting fires, rescuing persons and protecting the environment, are characterized by their physical nature. The possession of particular high physical capacities may therefore be regarded as a GOR. Crucial in this judgement is the demonstration of a link between the need to possess high physical capacities and the age of a person. The German government produced scientific data which shows that respiratory capacity, musculature and endurance diminish along with age. From these data the ECJ drew the conclusion that only few officials over the age of 45 have sufficient physical capacity to perform the fire-fighting part of their job. Moreover, there are no officials at the age of 50 that have the capacity of rescuing persons. Finally, the ECJ found the age limit of 30 was appropriate and necessary to ensure the efficient functioning of the professional fire service. In conclusion, the ECJ ruled that a national provision such as that at issue is in conformity with the GOR exception of Article 4» in Merkourios, vol. 27/Issue 71m Case Note, pp. 26-28

²⁴ Allo stato attuale, in effetti, i *cases* relativi a giovani lavoratori discriminati sono stati pochi se rapportati a quelli per i colleghi *senior*; in questo senso, infatti, se si fa eccezione al C-555/07, una controversia fondamentale per i giovani lavoratori è quella relativa alla sentenza David Hutter, C-88/08, relativa alla retribuzione commisurata al grado di anzianità che – per disposizione del *Vertragsbedienstetebgesetz* – non tiene conto del lavoro svolto prima dei 18 anni.

compiuto 41 anni: il giudice tedesco, valutato il termine di due mesi per le violazioni relative alla Direttiva 78, ha poi rigettato la domanda di parte ricorrente poiché decorso il termine di prescrizione per le impugnazioni.

7.- Un contributo rilevante sulla strada della lotta contro le discriminazioni in base all'età lo fornisce un ordinamento di *common law* che, nonostante le distinzioni, non è geneticamente troppo distante dagli ordinamenti tedesco e italiano; si fa riferimento a quanto accaduto nel Regno Unito a partire dal 1996 con l'approvazione dell'Employment Rights Act 1996, figlio di una specifica volontà politica che ha voluto abbracciare le istanze della società reale proiettata verso una maggiore riconsiderazione dei diritti dei lavoratori.

A ben vedere, l'Act del 1996 si sofferma solo su aspetti quali la razza, la religione ed il sesso, che erano molto sentiti in quegli anni, soprattutto in un paese ove convivevano (e convivono) culture ed etnie completamente diverse tra di loro; anche in questo caso, quindi, il fattore età è rimasto inizialmente escluso ed è entrato a far parte delle discussioni giuridiche solo dopo la nota Direttiva 78 che ha sollevato un'importante questione relativa alle c.d. *harassment* ovvero le molestie, ovviamente riferite al prestatore di lavoro²⁵: a partire dal 2000, anno spartiacque, si assiste ad un crescendo progressivo di interventi dottrinali in materia di discriminazioni in base all'età.

In questo contesto del tutto nuovo, generato dalle posizioni assunte da parte della Commissione Europea, il governo inglese ha iniziato una serie di sondaggi statistici per tutto il paese ed ha poi concluso i propri lavori con

²⁵ Nel Regno Unito di fine anni Novanta, infatti, la discriminazione in base all'età era considerata meno rilevante rispetto ad altri fattori di impatto sociale più forte quali, nell'ordine, etnia, religione e sesso, ma anche rispetto a forme di discriminazione riferite a soggetti con disabilità o menomazioni permanenti; l'ordinamento inglese, in primis, e via via gli altri, si sono preoccupati principalmente di fornire quelle risposte politicamente più rilevanti sulla scena interna, oltre che maggiormente incisive in termini di effetti concreti. Alcuni spunti di riflessione li fornisce la dottrina più autorevole, ovvero M. Sargeant, *Misure di contrasto alle discriminazioni legate all'età: il caso del regno Unito nel contesto europeo*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 933 – 934, ma è certamente di rilievo anche H. Metcalf – P. Meadows, *Survey of employers' policies, practices and preferences relating to age*, Research report 325, DTI Employment Relations Research series n. 49, Departement for work and Pensions, 2006

L'adozione dell'Employment Equality Age of Regulations 2006, più comunemente conosciuto come Age Regulations 2006²⁶; gli studi svolti e propedeutici, evidentemente, all'approvazione delle Age of Regulations, hanno dimostrato che le due fasce di età comprese tra i 16 ed i 19 anni (prima fascia) e gli over 50 (seconda fascia) sono oggetto di forme di discriminazione diretta e indiretta secondo il c.d. *fattor età*²⁷.

Scendendo nel particolare, le Age Regulations 2006 è diviso in 6 parti, per complessivi 46 articoli, e nella prima parte – definita parte generale – individua le varie forme di discriminazione: (i) *discrimination on grounds of age*; (ii) *discrimination by way of victimisation*; (iii) *instructions to discriminate*; (iv) *harassment on grounds of age*²⁸. Il testo sente molto l'influenza della Direttiva 78 ed infatti pone una disciplina relativa alle discriminazione con specifica previsione di quelle forme di disparità di trattamento considerate legittime, alla stregua del noto art. 6, § 1; in questo senso le Age Regulations prevedono, come requisito necessario, l'esistenza di una giustificazione oggettiva per la disparità di trattamento poiché la discriminazione diviene illegittima nel momento in cui non si può dimostrare che il trattamento o la pratica adottata siano un mezzo proporzionato al raggiungimento di uno scopo lecito (così nell'art. 3 dell'Act)²⁹. Viene previsto, all'art. 4³⁰, che per «vittimizzazione» debba

²⁶ Dai sondaggi effettuati è emerso che, alle soglie del 2006, circa il 50% dei lavoratori interpellati aveva dichiarato di essere stato oggetto di forme di discriminazione in base all'età e che potevano consistere in: pensionamenti anticipati, disinteresse verso determinate candidature per assunzioni, esclusione da corsi di formazione, età quale ostacolo all'avanzamento di carriera. Sul punto è interessante quanto riporta M. Sargeant, *I giovani lavoratori e la discriminazione in base all'età*, in *Dir. lav. e relazioni ind.*, 2010, 1270 -1271, secondo il quale «... la questione secondo cui un soggetto giovane non viene promosso in quanto ritenuto 'acerbo' dal datore di lavoro è, talvolta, il risultato di un atteggiamento pregiudiziale circa l'età che si presume si debba avere per aver maturato un'esperienza che permetta una promozione. Qualora invece a non regredire di carriera sia un lavoratore anziano, la causa potrebbe essere un pregiudizio in merito all'età per cui, presumibilmente, una persona ha già dato il meglio di sé in termini di rendimento, o perché si ritiene che il soggetto sia troppo in avanti con l'età per essere formato».

²⁷ L'aspetto forse più interessante è che, per la prima fascia, circa il 36% degli intervistati ha affermato di aver rassegnato dimissioni volontarie dal lavoro.

²⁸ Gli articoli 3, 5 e 6 sono quelli di maggiore interesse.

²⁹ **Discrimination on grounds of age.** 3.—(1) For the purposes of these Regulations, a person ("A") discriminates against another person ("B") if— (a) on grounds of B's age, A treats B less favourably than he treats or would treat other

intendersi un trattamento meno favorevole di A per il fatto che B ha posto in essere alcune iniziative indicate nel corpo dell'Act e poi un divieto specifico di molestie (harassment) previsto dal successivo art. 6³¹. Infine, dal punto di vista dei candidati ad una possibile assunzione, le Age Regulations prevedono l'illegittimità della discriminazione posta al momento della decisione sulla persona da assumere ma, al contempo, consentono di operare differenziazioni sulla base dell'età per tutti quei soggetti prossimi all'età pensionabile: questa previsione è stata inserita per bilanciare la parità

persons, or (b) A applies to B a provision, criterion or practice which he applies or would apply equally to persons not of the same age group as B, but— (i) which puts or would put persons of the same age group as B at a particular disadvantage when compared with other persons, and (ii) which puts B at that disadvantage, and A cannot show the treatment or, as the case may be, provision, criterion or practice to be a proportionate means of achieving a legitimate aim. (2) A comparison of B's case with that of another person under paragraph (1) must be such that the relevant circumstances in the one case are the same, or not materially different, in the other. (3) In this regulation— (a) "age group" means a group of persons defined by reference to age, whether by reference to a particular age or a range of ages; and (b) the reference in paragraph (1)(a) to B's age includes B's apparent age.

³⁰ Discrimination by way of victimization. 4.—(1) For the purposes of these Regulations, a person ("A") discriminates against another person ("B") if he treats B less favourably than he treats or would treat other persons in the same circumstances, and does so by reason that B has—(a) brought proceedings against A or any other person under or by virtue of these Regulations;(b) given evidence or information in connection with proceedings brought by any person against A or any other person under or by virtue of these Regulations;(c) otherwise done anything under or by reference to these Regulations in relation to A or any other person; or(d) alleged that A or any other person has committed an act which (whether or not the allegation so states) would amount to a contravention of these Regulations, or by reason that A knows that B intends to do any of those things, or suspects that B has done or intends to do any of them.(2) Paragraph (1) does not apply to treatment of B by reason of any allegation made by him, or evidence or information given by him, if the allegation, evidence or information was false and not made (or, as the case may be, given) in good faith.

³¹ Harassment on grounds of age. 6.—(1) For the purposes of these Regulations, a person ("A") subjects another person ("B") to harassment where, on grounds of age, A engages in unwanted conduct which has the purpose or effect of—(a) violating B's dignity; or(b) creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment for B.(2) Conduct shall be regarded as having the effect specified in paragraph (1)(a) or (b) only if, having regard to all the circumstances, including in particular the perception of B, it should reasonably be considered as having that effect.

di trattamento con le generazioni più giovani.

Sulla scia di queste regolamentazioni, a cui ha fatto seguito l'approvazione dell'Equality Act 2010, sono sorte le prime controversie di rilievo europeo, in ragione del rilievo sempre maggiore assunto dalla nota Direttiva 2000/78/CE; in questo senso la Corte di Giustizia Europea con sentenza 5 marzo 2009, C-388/07, ha deciso la controversia sorta tra l'Age Concern England – un ente assistenziale – e la Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform: anche in questo caso si è partiti dal noto art. 6, § 1, ove si considerano legittime le disparità di trattamento poste in determinate condizioni.

Nello specifico, la Corte di Giustizia è stata investita della questione inerente la corretta trasposizione della Direttiva 78 da parte delle Age Regulations 2006 che prevedono, con riferimento ai lavoratori ultra sessantacinquenni, la possibilità del datore di lavoro di intimare il licenziamento per pensionamento, con un preavviso di 6 mesi, e senza alcun obbligo ad accogliere le eventuali domande di prosecuzione del rapporto di lavoro; a fronte di tale disparità di trattamento la Corte di Giustizia Europea ha affermato la propria competenza in virtù della Direttiva 78 ed ha svolto due precisazioni con riferimento all'art. 6, § 1, ovvero: (i) l'articolo in questione autorizza alcune forme di disparità di trattamento, che non possono essere tipizzate e che, invece, devono essere analizzate caso dopo caso, valutando la peculiarità della singola vicenda; (ii) anche ammettendo forme di disparità di trattamento, gli ordinamenti nazionali non possono eludere il divieto di discriminazione ed il principio di uguaglianza³².

La Corte di Giustizia, pertanto, partendo dalle note valutazione inerenti la «ragionevolezza di forme di disparità di trattamento in base all'età – ove la ragionevolezza è rappresentata da esigenze di mercato e di inserimento sociale – conclude ribadendo, anche nel *case* inglese, la primazia del principio di uguaglianza sopra ogni altra disposizione della legislazione nazionale.

8.- Nonostante i proclami che hanno accompagnato la Direttiva 2000/78/CE e le sue diramazioni nei vari ordinamenti nazionali, non ci si può soffermare al mero dato esteriore ed ridurre il tutto a sole valutazioni

³² Per un'analisi più approfondita della sentenza si rimanda a *Miscellanea: discriminazioni in base all'età*, in *Dir. prat. lav.*, inserto, par. 8, in *Il Sole 24 Ore*, 2009, n. 45.

statistiche che – relegando la propria rilevanza ad un mero dato numerico – si limitano ad assistere passivamente alle fluttuazioni percentuali relative alla casistica discriminatoria; allo stesso tempo non basterebbe neppure un metaforico atteggiamento esteriore da parte del legislatore, affannato in affermazioni di principio molto spesso prive di un riscontro concreto nella società reale: non si può, direbbe Hume, provare l'esistenza del mondo con l'evidenza dell'esperienza.

La Commissione Europea è intervenuta in modo chiaro sul tema della discriminazione in base al fattore età.

Da un lato, infatti, la Direttiva 78 ha stabilito un divieto inequivocabile contro ogni forma di discriminazione in base all'età, sia per i giovani lavoratori che per i lavoratori più anziani; ragionando sulle difficoltà oggettive di un *under 25* di entrare nel mondo del lavoro e, parimenti, di un *under 50* di essere ricollocato dopo un licenziamento, la Commissione ha voluto stabilire (una volta per tutte) la parità di trattamento tra tutti i lavoratori.

Da l'altro lato, la Commissione si è fatta portavoce delle esigenze degli operatori del mercato che invocano una maggiore flessibilità nel mondo del lavoro ed una riduzione al minimo dei cavilli burocratici; ecco dunque che l'art. 6, § 1, suona come la risposta a chi – pur riconoscendo la necessità di non addivenire a forme di discriminazione – solleva la necessità di poter operare con maggiore libertà nelle assunzioni e pensionamenti: l'articolo in questione, come visto, garantisce la possibilità di attuare una legittima disparità di trattamento in presenza di ragioni obiettive legate alla specifica prestazione di lavoro.

I primi ad inserirsi in questa interpretazione sono stati gli ordinamenti tedesco e inglese. Le sentenze della Corte di Giustizia Europea, infatti, mettono in evidenza come questi due ordinamenti abbiano approntato gli strumenti giuridici necessari sia per garantire la parità di trattamento sia, al contempo, per poter porre in essere le dovute distinzioni quando si è di fronte a mansioni particolari (esemplare è la sentenza Wolf); l'ordinamento italiano, invece, pur partendo dalle medesime considerazioni dei propri omologhi europei, non riesce ancora a dimostrare di avere quella disinvoltura utile nell'affrontare situazioni spesso dal forte impatto ideologico ed emotivo.

É anche vero che la discriminazione in base all'età si inserisce all'interno

di un contesto più ampio, ove affluiscono questioni di politica economica e sociale, prima ancora che questioni di coordinamento tra gli ordinamenti europei; è una vicenda dai contorni non facilmente individuabili, poiché spesso la discriminazione non viene percepita all'interno di una società ove le questioni dei «diritti» vengono prima delle analisi «in diritto» o meglio «giuridiche» che, richiedendo un maggiore approfondimento, sono per natura estremamente complesse.

Si è quindi visto come tre ordinamenti europei abbiano affrontato il problema dell'attuazione della Direttiva 78 e, quindi, della legiferazione in materia di discriminazione in base all'età; non si può non percepire l'estrema maturità del legislatore europeo rispetto a quello delle singole esperienze nazionali – forse proprio perché racchiude in un *unicum* le medesime – e ciò è ancora più chiaro nella lettura del citatissimo art. 6, § 1: si afferma l'esistenza di un divieto alla discriminazione in base al c.d. fattore età ma, al contempo, si percepisce l'esigenza di disparità di trattamento connaturate all'esistenza stessa del mercato di lavoro e si conclude con l'ammetterle in determinate condizioni.

Uno sguardo superficiale potrebbe ritenere ciò una contraddizione, mentre un giurista del lavoro attento si accorge come tale disposizione cerca di addivenire ad un compromesso tra le istanze degli operatori economici (le imprese) e quelle dei lavoratori, più o meno giovani, che sono considerati la parte (economicamente) più debole in un contratto di lavoro; è solo in questa ottica che ci si può rendere conto della strada che dovrebbe percorrere anche il legislatore italiano poiché – prima ancora della tutela del singolo caso, da cui comunque non si può prescindere in ragione delle specifiche peculiarità dello stesso – è indispensabile una valutazione globale del mercato del lavoro.