

# EQUAL

## RIVISTA DI DIRITTO ANTIDISCRIMINATORIO

### IN EVIDENZA:

- Il lavoro libero professionale: verso l'universalizzazione delle tutele?
- Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema
- L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze
- La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco
- Premi di risultato e discriminazioni retributive
- Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità
- *Caregiver*, chi era costui? Il modello italiano avanti alla Corte di Giustizia
- *Preuve des discriminations*: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Prima parte)

n. 2 / 2024

Rivista bimestrale

**COMITATO DI DIREZIONE**

Matteo Borzaga, Barbara de Mozzi, Valerio Maio, Anna Zilli

**COMITATO SCIENTIFICO**

Emilio Balletti, Judith Brockmann, Marina Brollo, Carlo Cester, Gabriele Carapezza Figlia, Fulvio Cortese, Domenico Garofalo, Barbara Godlewska-Bujok, Esther Happacher, Enrico Gragnoli, Frédéric Guiomard, Ljubinka Kovacevic, Fiorella Lunardon, Marco Pertile

**COMITATO DI REDAZIONE**

Vincenzo Cangemi, Alessia Gabriele, Carmela Garofalo, Laura Torsello

**COMITATO DI REFERAGGIO**

Alessandro Boscati, Stefano Caffio, Davide Casale, Lorenzo Maria Dentici, Loredana Ferluga, Paola Ferrari, Emanuela Fiata, Valeria Filì, Laura Foglia, Gabriele Franza, Emanuele Menegatti, Gabriella Nicosia, Antonello Olivieri, Annalisa Pessi, Antonio Preteroti, Federico Maria Putaturo Donati Viscido Di Nocera, Angela Riccardi, Alessandro Riccobono, Fabrizia Santini, Rosario Santucci, Alessandra Sartori, Elena Signorini, Anna Trojsi, Lucia Valente, Riccardo Vianello

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Ospedaletto (PI)

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

[www.pacineditore.it](http://www.pacineditore.it) • [info@pacineditore.it](mailto:info@pacineditore.it)

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

# Indice

## Saggi

- DOMENICO GAROFALO, *Il lavoro libero professionale: verso l'universalizzazione delle tutele?* .....» 129
- LILLI CASANO, *Certificazione della parità di genere e trasparenza: riflessioni a margine della prima attuazione del sistema* .....» 161
- MATTEO TURRIN, *L'accesso "preferenziale" al lavoro agile tra disabilità e condizione di fragilità: analogie e differenze* .....» 179

## Giurisprudenza

- ELENA SIGNORINI, *La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco* .....» 201  
[Corte di Giustizia UE, sentenza 7 dicembre 2023, n. 518/2022]
- MICHELE DALLA SEGA, *Premi di risultato e discriminazioni retributive* .....» 219  
[Corte d'appello di Torino, sentenza 31 ottobre 2023]
- ISABELLA ACCARDO, *Licenziamenti discriminatori per motivi di genere e per maternità* .....» 229  
[Corte di Cassazione, sez. lav., ordinanza 8 novembre 2023, n. 35527]
- MARIAVITTORIA BIONDO, *Caregiver, chi era costui? Il modello italiano avanti alla Corte di Giustizia...*» 241  
[Corte di Cassazione, IV sez. civ., ordinanza interlocutoria 8 novembre 2023, n. 1788]

## Dialogues

- FRÉDÉRIC GUIOMARD, *Preuve des discriminations: la consécration française d'un «droit à la preuve» permet-elle de mieux garantir les droits des victimes? (Prima parte)* .....» 259

CORTE DI GIUSTIZIA UE, sentenza 7 dicembre 2023, n. 518/2022; Pres. A. Prechal – Rel. F. Biltgen, N. Wahl, J. Passer e M.L. Arastey Sahún – Avv. Gen J. Richard de la Tour – AP Assistenzprofis GmbH (Avv. O. Viehweg, Rechtsanwalt) – J.M.P. (Avv. T. Nick, Rechtsanwalt)

**Rinvio pregiudiziale – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva 2000/78/CE – Art. 2. Par. 5 – Discriminazione fondata sull'età – Servizio di assistenza personale a persone disabili – Offerta di lavoro contenente l'indicazione di un'età minima e una massima della figura ricercata – Presa in considerazione dei desideri e degli interessi della persona con disabilità – Normativa tedesca – Giustificazione.**

*L'articolo 2, paragrafo 5, della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, (...), letto alla luce dell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, (...), deve essere interpretato nel senso che: esso non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui.*

## La garanzia della autodeterminazione del disabile. Il caso tedesco

**Elena Signorini**

*Prof. Ass. Università degli studi di Bergamo*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: i fatti di causa. – 2. Contesto normativo di riferimento. – 2.1. Il diritto internazionale. – 2.2. Il diritto dell'Unione. – 2.2.1. Cenni sulla giurisprudenza in tema di discriminazione per età. – 2.3. Il diritto tedesco riferito alla vicenda in esame. – 3. Cause giustificatrici della natura discriminatoria del trattamento. – 4. Alcune considerazioni generali e riflessioni conclusive

*Sinossi:* La Corte di Giustizia con la pronuncia in esame sancisce il principio che la tutela del diritto di autodeterminazione della persona con disabilità debba prevalere sulla tutela contro la discriminazione basata sull'età, nel caso di assunzione di un assistente per un soggetto portatore di handicap. Il contributo affronta il ragionamento che la Corte ha elaborato per rispondere alle esigenze riconducibili a due distinti gruppi

protetti: ciò che contraddistingue il cuore della vicenda è proprio la “competizione” che si instaura tra distinte minoranze e la posizione che va ad assumere il diritto antidiscriminatorio.

*Abstract: The Court of Justice, with the ruling in question, establishes the principle that the protection of the right of self-determination of the person with disabilities must prevail over the protection against discrimination based on age in the case of hiring an assistant for a person with a disability. The paper deals with the reasoning that the Court has developed to respond to the needs of two distinct protected groups: what distinguishes the heart of the case is precisely the “competition” that is established between distinct minorities and the position that anti-discrimination law assumes.*

## 1. Introduzione: i fatti di causa

La vicenda portata all’attenzione della Corte di Giustizia<sup>1</sup> (di seguito Corte) attiene alla interpretazione ed al bilanciamento di una serie di norme destinate a disciplinare il principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (art. 2, par. 5, art. 4, par. 1, art. 6 par. 1 e art. 7 della Direttiva 2000/78/CE) (di seguito Direttiva), alla luce delle previsioni della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea (di seguito Carta) e della Convenzione delle Nazioni Unite dedicata ai diritti delle persone con disabilità (di seguito Convenzione)<sup>2</sup>.

Focus della questione è come equilibrare la tutela della discriminazione fondata sull’età (della ricorrente lavoratrice) con la tutela contro la discriminazione fondata sulla disabilità (di cui è destinataria una ragazza disabile di anni ventotto, di cui si vuol garantire il diritto all’autodeterminazione), nell’ambito delle norme che disciplinano la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro (riferita alle modalità di ricerca del personale applicate dalla agenzia di assistenza).

La controversia ha origine nel luglio 2018 in Germania allorquando la società AP Assistenzprofis GmbH, prestatore di servizi di assistenza e consulenza ai disabili, pubblica un’offerta di lavoro tesa alla individuazione di un’assistente personale di sesso femminile per una studentessa di anni ventotto. L’annuncio in questione puntualizzava che la candidata avrebbe dovuto aiutare la giovane in tutti gli ambiti della vita quotidiana e che, per tale motivo, avrebbe dovuto avere preferibilmente un’età compresa tra i 18 e i 30 anni.

A seguito dell’esito negativo della candidatura presentata dalla ricorrente, nata nel 1968, questa ricorre *in primis* in via stragiudiziale ed in seguito presso l’Arbeitsgericht Koln (Tribunale del lavoro di Colonia, Germania) al fine di ottenere il risarcimento del danno per discriminazione diretta fondata sull’età<sup>3</sup>. Preliminarmente la ricorrente denuncia come la sua esclusione fosse, presumibilmente, derivante dall’età, che non ricadeva nell’intervallo

---

<sup>1</sup> <https://curia.europa.eu>.

<sup>2</sup> Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, in [www.lavoro.gov.it](http://www.lavoro.gov.it)

<sup>3</sup> Art. 15 AGG

anagrafico previsto, circostanza che la resistente peraltro non confuta. In secondo luogo, denuncia che la differenza di trattamento fondata sull'età non trovasse la sua giustificazione nella natura dei servizi di assistenza personale, né fosse autorizzata dalla normativa nazionale<sup>4</sup>, dato che, una determinata età non sarebbe rilevante ai fini del rapporto di fiducia nell'ambito di una siffatta assistenza personale.

Il percorso della vicenda prima di giungere al Bundesarbeitsgericht (Corte Federale del lavoro, Germania) vede il primo grado vinto dalla lavoratrice, mentre il secondo, avanti il Landesarbeitsgericht Köln (Tribunale superiore del lavoro del Land, Colonia, Germania) vinto dall'agenzia.

Il caso in esame si connota per la duplicità degli ambiti di tutela ad essa riconducibili. La sua complessità deriva, infatti, dalla circostanza che, entrambi i soggetti coinvolti nella vicenda, la persona disabile da un lato e la lavoratrice dall'altro, sono destinatarie di tutele specifiche che debbono necessariamente trovare un equo temperamento. Proprio per individuare e dettare precisamente l'ambito di operatività di tali tutele, la questione, è stata fatta oggetto di rinvio pregiudiziale, onde accertare se nel caso in oggetto fosse giustificata la discriminazione fondata sull'età dell'aspirante lavoratrice indicata nell'annuncio. Il tutto alla luce della Direttiva citata. Il ricorso a questa modalità risponde alla necessità di garantire un'interpretazione corretta e uniforme del diritto europeo ai sensi dell'art. 267 del TFUE<sup>5</sup>.

L'iter procedurale si conclude con la decisione della Corte che sancisce che “ L'articolo 2, paragrafo 5, della Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, (...), letto alla luce dell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'articolo 19 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, (...), debba essere interpretato nel senso che: esso non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui”<sup>6</sup>.

Si tratta di una pronuncia che produrrà un forte impatto poiché va a legittimare la preferenza in termini di età, espressa dal richiedente, determinando il superamento dei criteri di oggettività, che contraddistinguono gli scostamenti da quanto previsto dalle norme, a favore della soggettività. Allo stesso tempo la decisione costituisce una risposta specifica per la categoria delle persone disabili, non riferibile agli altri criteri su cui vige il divieto

<sup>4</sup> Art. 8, comma 1, AGG

<sup>5</sup> Art. 267, TFUE, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

<sup>6</sup> C. giust., 7 luglio 2023, C518/22 in <https://curia.europa.eu/juris/document>; R. A. DE ROSAS, *Assistenti personali dei disabili e discriminazioni fondate sull'età*, Nota a Corte di giustizia Unione Europea, 07/12/2023, n. 518, in *FI*, 22 dicembre 2023 in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it).

posto dalla Direttiva, che cela però il rischio che l'approccio soggettivo possa produrre uno scostamento influenzato dagli eventuali pregiudizi che il richiedente stesso potrebbe trasporre nella sua preferenza.

## 2. Contesto normativo di riferimento

Nel quadro dei divieti di discriminazione quello fondato sull'età è considerato il più giovane del diritto antidiscriminatorio comunitario<sup>7</sup>, ciò nonostante numerose<sup>8</sup> sono state le questioni sollevate dalle autorità giudiziarie aventi ad oggetto la compatibilità con la Direttiva di alcune previsioni legislative<sup>9</sup> rese dal legislatore nazionale per giustificare discriminazioni dirette ai danni di lavoratori anziani e/o giovani sulla base di caratteristiche presuntivamente correlate all'età dei medesimi<sup>10</sup>.

In generale le discriminazioni sono definite come “differenze illegittime di trattamento”<sup>11</sup> sulla base di una determinata caratteristica, tra cui appunto figura anche l'età. Con riferimento al caso in esame, va richiamato come la tutela venga garantita non solo per quanto attiene le condizioni di lavoro, ma anche “alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alla promozione”<sup>12</sup>.

Nel corso degli anni il diritto antidiscriminatorio ha rappresentato uno dei fulcri dell'azione dell'UE, indirizzata al contrasto di ogni tipo di pratica discriminatoria, anche attraverso il coordinamento delle politiche nazionali che possano favorire l'inclusione sociale ed alti livelli di occupazione. Sono state quindi emanate tre diverse direttive dirette a dare attuazione al principio di non discriminazione e diversità: la n. 2000/43/Ce, riguardante la discriminazione per razza e origine etnica; la n. 2000/78/Ce, concernente convinzioni personali, credo, età, handicap e tendenze sessuali; e la n. 2000/73/Ce sulla parità di genere.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> BONARDI, *Le discriminazioni basate sull'età*, in BARBERA, (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 125.

<sup>8</sup> C. giust., 22 novembre 2005, causa C/144/04, W. M. c. R. H., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); nonché in <https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>; C. giust., 19 gennaio 2010, causa C555/07, K., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust. 16 ottobre 2007, causa C.411/05, P. de la V., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust., 5 marzo 2009, causa C-388/07, Age concern England, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust. 19 aprile 2016, causa C441/14, D. I., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust., 15 aprile 2021, causa C-511/19, ABF – O., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>9</sup> C. giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, cit.

<sup>10</sup> C. giust., 12 gennaio 2010, W. c. S. F. am M., causa C-229/08, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust., 12 gennaio 2010, P. c. B. fur Z. fur den B. W.-L., causa C341/08, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della natura giudica vincolante della Carta di Nizza (nota a CGCE 19 gennaio 2010, S. K. c. S., C-555/07)*, 2011, <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Feliziani>.

<sup>11</sup> SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Giappichelli editore, 2015, 4.

<sup>12</sup> Art. 3, Dir. 2000/78, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>13</sup> BONARDI, *op. cit.*; BLANPAIN, *Le differenze di trattamento e la discriminazione connessa all'età: una società per tutte le età*,

In questo ampio contesto quella fondata sull'età costituisce un caso peculiare, giacché sono tollerate deroghe all'applicazione del principio di parità di trattamento in presenza di determinate cause giustificatrici<sup>14</sup>.

Nel caso di specie, poi, bisogna tenere conto del fatto che sia il lavoratore, che lamenta la natura discriminatoria dell'annuncio di assunzione, sia la persona con disabilità hanno, al contempo, diritto alla tutela contro la discriminazione; bisogna quindi comprendere come sia possibile conciliare i diritti di entrambi i soggetti, appartenenti ai gruppi protetti, e se l'art. 4, par. 1, l'art. 6, par. 1, l'art. 7 e/o l'art. 2, par. 5 della Direttiva possano essere interpretati nel senso che, in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, possa ritenersi giustificata una discriminazione diretta fondata sull'età.

Nel proseguo le riflessioni ripercorreranno il contenuto della pronuncia che dedica le sue prime sezioni al contesto normativo soffermandosi sul diritto internazionale, sul diritto europeo. Il contributo previo un rapido richiamo alla normativa indicata e ad un breve (e non esaustivo) *excursus* sulla giurisprudenza della Corte sul tema, si focalizzerà sulla disciplina tedesca per poi affrontare il procedimento principale e la questione pregiudiziale.

## 2.1. Il diritto internazionale

Nel caso in esame la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesarbeitsgericht nasce nell'ambito di una vicenda i cui contorni di incertezza, riguardo l'interpretazione delle norme, sono tratteggiati e ravvisabili nell'azione intentata dalla ricorrente che denuncia di essere stata vittima di una discriminazione diretta. Tale discriminazione sarebbe ravvisabile all'interno dell'offerta di lavoro, a cui la stessa risponde, in cui si ricercava una assistente personale di sesso femminile di età compresa tra i 18 e i 30 anni di età per una studentessa di anni 28. L'annuncio puntualizzava che tale assistente avrebbe dovuto aiutare l'assistita in tutti gli ambiti della vita quotidiana.

Nella sezione dedicata al diritto internazionale la sentenza ripercorre le norme contenute nella Convenzione (approvata con decisione 2010/48/CE dal Consiglio) partendo dal preambolo di cui richiama le lett. c), h), j) ed n) che offrono un quadro di riferimento a favore delle persone con disabilità (incluse quelle che richiedono un maggior sostegno), riaffermando l'universalità, indivisibilità, interdipendenza e interrelazione dei diritti umani (che vanno promossi e protetti) e delle libertà fondamentali, di cui si deve garantire il pieno godimento, costituendo la discriminazione sulla base della disabilità una violazione della dignità e del valore della persona umana. La Convenzione richiama, peraltro, già in apertura il diritto all'autodeterminazione, obiettivo che mira ad assicurare, alle persone

in *DRI*, 2005, 942; BORELLI, *Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione*, *Commento* 9 gennaio 2009 a *Corte di Giustizia* 23 settembre 2008, C427/06, Bartsch, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, 2008, 23; IZZI, *Active ageing e divieti di discriminazioni in base all'età: quali tutele per i lavoratori anziani dell'Unione europea?* 2014, in <https://iris.unito.it>

<sup>14</sup> IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, 2005, 388; SCHIAVETTI, *Limiti e deroghe al divieto di discriminazione per età*, in *RGL*, I, 2011, 661 ss.

con disabilità, l'autonomia, l'indipendenza individuale, ivi compresa la libertà di compiere le proprie scelte.

L'inquadramento normativo di questa sezione segue un tracciato che parte dall'art. 1, rimarcando l'intento di tutelare il pieno ed uguale godimento dei diritti e libertà fondamentali delle persone con disabilità, promuovendo il rispetto della loro dignità, e passa attraverso l'art. 3 richiamando, tra i principi cui la stessa si ispira, il rispetto della dignità intrinseca per l'autonomia individuale; la tutela contro le discriminazioni; la piena ed effettiva inclusione nella società e il rispetto per la differenza, attuato, favorendo l'accettazione della disabilità come parte della diversità umana.

Concorrono a completare il quadro di riferimento i principi generali degli artt. 5, 12 e 19 che segnalano come il contrasto all'esclusione sociale passi per l'indipendenza che può esser raggiunta solo garantendo uguaglianza e contrastando le discriminazioni.

Contribuisce a tale obiettivo quanto previsto dalla lett. b dell'art. 19 laddove richiama la necessità che sia assicurato loro l'accesso ad una serie di servizi adattati ai loro bisogni (lett. c), tra i quali l'assistenza personale necessaria per consentire il quotidiano inserimento nella società, evitando l'isolamento o il rischio di segregazione.

## 2.2. Il diritto dell'Unione

A livello europeo la Corte traccia il diritto antidiscriminatorio<sup>15</sup>, esplorando la Direttiva 2000/78/CE<sup>16</sup> che stabilisce il quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro sulla base della religione o delle convinzioni personali, della disabilità, dell'età o dell'orientamento sessuale<sup>17</sup>. La rilettura della norma dà vita ad un percorso<sup>18</sup> che produce la trama nella quale si cala la questione in esame<sup>19</sup>.

Tutto prende l'avvio dai considerando 23 e 25. Il primo individua i casi strettamente limitati in cui una disparità di trattamento può essere giustificata. Tra questi spicca l'età,

<sup>15</sup> BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007; BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria – Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019; BARBERA, GUARISO, *La tutela antidiscriminatoria. Fonti strumenti interpreti* Giappichelli, 2020; DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Giappichelli, 2018; LA TEGOLA, *Il divieto di discriminazione per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2017; ZILLI, "Non ho l'età": ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico, in *VTDL*, 2023, 2; ZILLI, BILOTTA, *Combattere le discriminazioni*, Editrice Universitaria Udinese, 2021.

<sup>16</sup> PALADINI, *La Dir. 2000/78 e i pertinenti obblighi internazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *GI*, 2020, 2500-2516.

<sup>17</sup> C. giust., 17 aprile 2018, E., ECLI:EU:C:2018:2571, in <https://www.osservatoriosullefonti.it>; COSIO, *La discriminazione per ragioni di età. La figlia di un dio minore si prende la scena*, in *LDE*, 2019, 2, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>.

<sup>18</sup> C. giust., 19 aprile 2016, causa C441/14, D. I., per conto della A. A/S, c. S. K. E. R., in <http://curia.europa.eu>; CALAFÀ, *Sull'assenza di limiti alla disapplicazione: l'effetto diretto orizzontale dopo il caso Dansk*, in *RIDL*, 2016, II, 472.

<sup>19</sup> IZZI, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *RGL*, 2012, 125; COSIO, *La discriminazione per ragioni di età – La figlia di un dio minore si prende la scena*, cit.; CURCIO, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazione*, 2010, <http://www.europeanrights.eu>.

definito in dottrina anche fattore Cenerentola<sup>20</sup>, perché ultimo arrivato<sup>21</sup> tra i fattori di discriminazione<sup>22</sup>. Con il secondo la Direttiva sottolinea l'essenzialità del divieto di discriminazione basata sull'età per il raggiungimento degli obiettivi in materia di occupazione e promozione della diversità nell'occupazione, pur ammettendone deroghe ed eccezioni, la cui operatività è affidata a disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione nazionale<sup>23</sup>. Ricadono in queste ipotesi limitate quelle disparità di trattamento che possono essere giustificate quando una caratteristica, che sia collegata all'età<sup>24</sup>, costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, a condizione che la finalità sia legittima ed il requisito proporzionato<sup>25</sup>.

### 2.2.1. Cenni sulla giurisprudenza in tema di discriminazione per età

La discriminazione per età è un concetto in evoluzione sul quale la Corte in più occasioni si è pronunciata<sup>26</sup>. Tra le molte questioni portate alla sua attenzione vi sono quelle a favore dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati<sup>27</sup>; a favore del regime di riserva di manodopera quale mezzo che risponde a giustificati obiettivi di politica del lavoro<sup>28</sup>; a favore del possesso da parte dei candidati ad una assunzione di una specifica caratteristica (ad es. il possesso di capacità fisiche particolarmente elevate) correlata a uno dei criteri di differenziazione<sup>29</sup>. Nella casistica si segnalano i casi nei quali la Corte: con riguardo al reclutamento nel corpo dei vigili del fuoco, sancisce giustificato l'età massima dei 35 anni essendo legato all'obiettivo di garantire una capacità operativa ed il limite dell'età previsto non si pone al di sotto di quanto necessario per raggiungere l'obiettivo<sup>30</sup>; con riguardo al reclutamento nel corpo della polizia, di minori di anni 30, dichiara che il margine discrezionale riconosciuto agli Stati non può avere l'effetto di svuotare nella sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in ragione dell'età e che

<sup>20</sup> AMATO, *Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta?*, 2009, in <http://www.europeanrights.eu>.

<sup>21</sup> GRILLO PASQUARELLI, *Discriminazioni per età: Cenerentola ha perso per sempre la sua scarpetta*, 2017, in <https://www.questionegiustizia.it>.

<sup>22</sup> Compare infatti nel 1997 all'interno dell'art. 13 TUE e poi lo si ritrova nell'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.

<sup>23</sup> COSIO, *Le discriminazioni per età: il giudice nazionale si trasforma in giudice europeo*, 2013, in <http://www.europeanrights.eu>; LASSANDARI, *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *RIDL*, 2014, 750.

<sup>24</sup> BAILLY, *Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en oeuvre en droit interne*, *Droit social* 2012, 223.

<sup>25</sup> C. giust., 15 novembre 2016, causa C416/13, S. in <http://curia.europa.eu>; 2 giugno 2022, causa C587/2020, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>26</sup> C. giust., 19 luglio 2017, causa C143/16, in <http://curia.europa.eu>; COSTO, *Le discriminazioni per ragioni di età. La saga Abercrombie*, in *LDE*, 1, 2018; BONARDI, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in *RIDL*, 2017, II, 545.

<sup>27</sup> C. giust., 22 novembre 2005, causa C144/04, M., in <http://curia.europa.eu>; CALAFÀ, *Licenziamenti collettivi alle poste e discriminazioni in base all'età: la prima applicazione nazionale della sentenza Mangold*, in *RCDL*, 2006, 915, nota a App. Firenze 27 marzo 2006, P.I. c. O.

<sup>28</sup> C. giust., 15 aprile 2021, causa C511/19, ABF – O., in <http://curia.europa.eu>.

<sup>29</sup> C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, W. Stadt Frankfurt am Main, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>30</sup> C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, W., cit.

pertanto la normativa spagnola non possa esser giustificata *ex art. 6*<sup>31</sup>; con riguardo al reclutamento di agenti destinati a svolgere funzioni operative ed esecutive dichiara che l'esclusione dei candidati di età superiore a 35 anni da un concorso, per tale motivazione, è compatibile con il diritto dell'Unione<sup>32</sup> perché è stato dimostrato che la capacità operativa può ridursi dopo i 40 anni<sup>33</sup>. Nel caso ultimo indicato si evidenzia come la previsione di limiti anagrafici possano trovare giustificazione ove collegati ad esigenze operative (scopo legittimo), ma la proporzionalità di tali misure deve essere comprovata.

Nel senso della sproporzionalità e irragionevolezza del limite d'età si è invece pronunciata tra le tante la Corte in occasione del raggiungimento del 60° anno di età dei piloti di linea della Lufthansa<sup>34</sup>, nonché più recentemente la Corte, ritornando sul reclutamento<sup>35</sup>, dichiara illegittime le norme nazionali che pongano condizioni sproporzionate (limite di anni 30) rispetto alle funzioni effettivamente da esercitare (ruolo di Commissario di Polizia).

L'attenzione alla caratteristica correlata si amplia di contenuto nel caso in oggetto ove i fattori attenzionati sono l'età ma anche l'obiettivo perseguito (cui fa riferimento il considerando 25) e nei quali fattori come la soggettività e la suscettibilità giocano un ruolo importante nell'instaurazione di relazioni<sup>36</sup> lavorative, basate sulla fiducia, come quella in esame. Il quadro di riferimento europeo si sviluppa focalizzando l'obiettivo della Direttiva, l'ambito applicativo, sia in termini oggettivi che soggettivi, e la nozione di discriminazione diretta. Di rilievo è il ruolo attivo nell'attuazione del diritto antidiscriminatorio attribuito al legislatore nazionale che deve rendere effettivo il principio della parità di trattamento, (art.1) lasciando impregiudicate le misure della legislazione nazionale che, in una società democratica, siano necessarie (...) alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui (art. 2, par. 5).

Si tratta di una disposizione aperta che affida pertanto al legislatore nazionale, l'individuazione dei casi in cui le deroghe al divieto di discriminazione dirette per età siano giustificate. Tali deroghe dovranno inoltre scaturire da apposite "disposizioni", che potranno essere contenute in provvedimenti aventi forma di norme di legge o di contratto collettivo, che rispondano alle finalità previste dal par. 5 dell'art. 2 di tutela dell'interesse pubblico e del bilanciamento degli interessi collettivi. L'attribuzione della legittimità ad una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a uno dei motivi fissati nell'art. 1 pre-

<sup>31</sup> C. giust., 13 novembre 2014, causa C416/13, V. P., in <http://curia.europa.eu>.

<sup>32</sup> C. giust., 15 novembre 2016, causa C258/15, G. - A V. de Policia y Emergencias, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>33</sup> <https://curia.europa.eu>.

<sup>34</sup> C. giust., 13 settembre 2011, causa C447/09, P., in <http://curia.europa.eu>; ZEPPELLI, *Gli ultimi approdi dei giudici di Lussemburgo in tema di discriminazioni per età: la sentenza C297/10, C298/10 e la sentenza C447/09*, 2011, in <http://www.europeanrights.eu>.

<sup>35</sup> C. giust., 17 novembre 2022, causa C304/21, in <http://curia.europa.eu>.

<sup>36</sup> C. giust., 08 novembre 1983, n. 165, causa C165/82, in <http://www.era-comm.eu>.

suppone altresì che essa sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità legittima (art. 6).

Nel ripercorrere lo scheletro della Direttiva, la Corte rammenta che l'art. 6 pone solo per alcuni fattori clausole generali di giustificazione delle discriminazioni dirette, dando vita ad una limitazione preventiva corposa. Non si tratta però di un elenco specifico, poiché "le finalità legittime e le disparità di trattamento hanno un valore meramente indicativo"<sup>37</sup> e sono contraddistinte dal carattere di interesse generale. L'eventuale deroga al principio del divieto di discriminazione deriva pertanto dalla rispondenza agli obiettivi di politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, che possono essere giustificate da una finalità legittima,

Sull'ampia sfera applicativa dell'art. 6 ha impattato l'azione della Corte che nel tempo ha adottato un atteggiamento prudente nel sindacato giudiziale sulle finalità predeterminate a livello nazionale oltre che sugli strumenti prescelti per conseguirle nel solco di quanto prescritto anche dall'art. 7. Completa il quadro di riferimento il richiamo alla Carta, nello specifico all'art. 26 che garantisce il diritto delle persone disabili di beneficiare di "misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"<sup>38</sup>, nonché alla Convenzione, con particolare rilievo dell'art. 19 già citato.

In questo contesto di riferimento normativo e giurisprudenziale si va a porre il rinvio alla Corte nel cui ruolo essa viene guidata dalla lettura armonica delle norme della Direttiva con quelle della Convenzione<sup>39</sup>, supportate dal rimando all'allegato II della decisione 2010/48/CE, che traccia i contorni interpretativi tra i due *corpus* normativi<sup>40</sup>.

Il nucleo intorno al quale devono svilupparsi le riflessioni è l'art. 2, par. 5 della Direttiva che va letto in senso restrittivo verificando se la differenza di trattamento oggetto del procedimento principale derivi da una misura prevista dalla normativa nazionale. Esito di tale azione combinata è il riconoscimento che la discriminazione fondata sull'età, come quella di cui al procedimento principale, derivi da una misura necessaria a garantire la tutela dei diritti e delle libertà altrui, ex art. 2, par. 5 della Direttiva indicata, ed in particolare la tutela del diritto all'autodeterminazione della persona interessata al momento della prestazione di servizi di assistenza personale<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> C. giust., 5 marzo 2009, causa C388/07, cit.

<sup>38</sup> Art. 26, Carta dei diritti dell'Unione europea, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>39</sup> C. giust., 11 settembre 2019, causa C397/18, EU:C:2019:703, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>40</sup> C. giust., 11 aprile 2013, HK Danmark, cause C335/11 e C337/11, EU:C:2013:222, in <https://curia.europa.eu>; C. giust., 1° dicembre 2016, causa C 395/15, EU:C:2016:917, in <https://eur-lex.europa.eu/>; C. giust., 10 febbraio 2022, causa C485/20, in <https://www.aranagenzia.it>;

<sup>41</sup> C. giust., 11 settembre 2019, causa n. C397/18, cit.; C. giust., 18 gennaio 2018, causa C270/16, EU:C:2018:17, in <https://curia.europa.eu>.

### 2.3. Il diritto tedesco riferito alla vicenda in esame

Il terzo nucleo normativo è quello dedicato al diritto tedesco applicabile al caso in esame<sup>42</sup>. La sentenza richiama il Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (di seguito GG) corrispondente alla Costituzione della Repubblica federale di Germania del 1949, nonché l'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (di seguito AGG), corrispondente alla Legge generale sull'uguaglianza di trattamento del 2006, con cui è stata trasposta la Direttiva nell'ordinamento tedesco. Di tale norma sono richiamati, rispettivamente l'art. 7 che vieta le discriminazioni di cui ai motivi indicati all'art. 1 (tra cui l'età); l'art. 5 che autorizza una differenza di trattamento in presenza di misure appropriate e idonee dirette ad evitare o compensare svantaggi esistenti a causa dei motivi di cui all'art. 1 (tra i quali l'età); nonché gli artt. 8, par. 1 e 10 che ricalcano letteralmente gli artt. 4 e 6 della Direttiva. Completa il quadro tedesco dell'AGG il richiamo all'art. 15 che delinea gli effetti patrimoniali conseguenti ad una discriminazione, prescrivendo al comma 1, l'obbligo per il datore di lavoro, nel caso di violazione del divieto di discriminazione, di risarcire il danno conseguente anche se di natura non patrimoniale (art. 15, comma 2).

L'ultima fonte tedesca richiamata è il Sozialgesetzbuch (di seguito SGB I) corrispondente al libro I del codice della previdenza sociale del 1975 di cui si richiama l'art. 33 ultimo periodo laddove pone l'accento sui "desideri dell'avente diritto o dell'obbligato che devono essere soddisfatti nella misura in cui essi sono ragionevoli".

La normativa tedesca è imperativa nel disporre che, quando vengano adottate decisioni in materia di prestazioni finalizzate a favorire la partecipazione alla vita sociale, debbano essere accolti i desideri individuali delle persone che hanno diritto alle prestazioni di servizi di assistenza personale (art. 8, par. 1, SGB IX), purché essi siano legittimi e ragionevoli, con riferimento alla situazione e alle caratteristiche della persona (art. 8, par. 1, SGB IX<sup>43</sup> e art. 33, SGB I)<sup>44</sup>. Con tali previsioni il legislatore tedesco non si è però limitato ad attribuire una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo teso al compimento degli obiettivi individuati nell'art. 78, par. 1, del SGB IX, che indica gli aspetti della vita quotidiana sui quali va ad incidere l'attività di assistenza.

La Corte, come vedremo nel proseguo, riconosce la legittimità alla normativa nazionale di normare sul punto dando rilievo alle scelte e preferenze delle persone disabili prevedendo, che in particolari situazioni, l'indicazione di un intervallo anagrafico, si allinei con il dettato del sistema giuridico europeo.

È soprattutto intorno al principio di autodeterminazione (art. 33 del Sozialgesetzbuch I) che la società resistente sviluppa la sua richiesta di rigetto delle richieste della lavoratrice<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> PROIETTI, *La discriminazione secondo l'età nel mondo del lavoro*, in *RDETA*, 2011, 371.

<sup>43</sup> Art. 8 del SGB IX.

<sup>44</sup> C. giust., 7 dicembre 2023, causa C518/22, in <https://curia.europa.eu>.

<sup>45</sup> La AP Assistenzprofis contesta, infatti, la domanda della ricorrente ponendo in evidenza come l'ammissibilità e l'origine del trattamento differenziato basato sull'età indicata nell'annuncio trovasse la propria radice normativa giustificatrice proprio

A sostegno della legittimità del criterio anagrafico contenuto nell'offerta di lavoro la resistente sottolinea come la natura dell'attività di assistenza personale contempla l'accompagnamento permanente oltre che altamente personale, tale da comportare una dipendenza permanente della persona assistita. Il soddisfacimento di tali necessità verrebbe ad essere garantito, proprio, dall'accoglimento dei desideri di avere come assistente personale una persona tra i 18 e i 30 anni, ritenuta idonea a soddisfare quelle esigenze strettamente personali nell'ambito della vita sociale, in quanto studentessa universitaria.

Con riguardo al criterio della proporzionalità di cui all'art. 8 dell'AGG la Corte ha evidenziato come questo rappresenti uno dei principi generali del diritto che esige che siffatte limitazioni non eccedano quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze della pubblica sicurezza che sono determinanti per le condizioni di esercizio dell'attività di cui trattasi<sup>46</sup>. L'assunto così rappresentato consentirebbe, inoltre, di perseguire l'obiettivo della tutela del diritto della personalità *ex art. 2, par. 1, del GG*, in combinato disposto con l'art. 1 del GG.

### 3. Cause giustificatrici della natura discriminatoria del trattamento

Alla luce della ricostruzione operata nelle prime sezioni la Corte è stata quindi chiamata a stabilire se rientri e possa considerarsi giustificata dalla normativa nazionale tedesca un'eventuale differenza di trattamento basata sull'età che poggia sui desiderata dei destinatari della prestazione assistenziale.

Il diritto antidiscriminatorio si caratterizza per una forte stratificazione e per la grande influenza che su di esso ha prodotto sia il diritto comunitario, che la stessa giurisprudenza<sup>47</sup>. Il diritto antidiscriminatorio con riferimento all'età ha però anche un'altra caratteristica poiché esso rappresenta uno degli ambiti cui vengono fatte convergere varie deroghe garantite che lasciano spazio a discrezionalità, sebbene queste vadano comunque interpretate in modo restrittivo<sup>48</sup>.

negli artt. 8, par. 1 e 10 dell'AGG citati.

<sup>46</sup> C. giust., 15 maggio 1986, C222/84, J.- C. C. R. U. C. in <https://curia.europa.eu>.

<sup>47</sup> MANFREDI, *Discriminazione in base all'età: la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, 2020, in <http://www.era-comm.eu>; TRIA, *Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne*, 2014, <http://www.european-rights.eu>.

<sup>48</sup> CAPROTTI, *Riflessioni sul margine di discrezionalità degli Stati membri in materia di disciplina antidiscriminatoria*, in *DPCE on line*, n. 2, 2018, 479 e ss; GALLEANO, *La Corte di giustizia chiamata a decidere sulla prevalenza tra il diritto alla non discriminazione per età e alla tutela della disabilità*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); MEENAN, *Age discrimination – of Cinderella and 'The Golden Bought'*, in *Id. (ed.), Equality law in an enlarged European Union understanding the Article 13 directives*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2007, 278-312

Si esprime in tal senso il Considerando 25 della Direttiva già richiamato.

Con la questione pregiudiziale il giudice di rinvio sollecita una riflessione sul combinato di norme sulle quali ha formulato la questione domandandosi se le stesse, lette alla luce delle disposizioni della Carta nonché dell'art. 19 della Convenzione debbano essere interpretate adottando il criterio restrittivo. A tal riguardo preliminarmente appare necessario comprendere se la normativa nazionale (nel caso quella tedesca) possa essere considerata riconducibile tra gli obiettivi individuati dall'art. 2 par. 5 della Direttiva. Il contesto di riferimento nel cui perimetro si sarebbe posta la discriminazione diretta è una procedura di accesso al lavoro (*ex art. 3, par. 1, lett. a)*) nella quale la ricorrente denuncia essersi concretizzata un'ipotesi di discriminazione diretta fondata sull'età, espressamente prevista dall'art. 2, par. 2, lett. a) sempre della Direttiva. In particolare, occorre comprendere se tra le misure affidate al legislatore, che la Direttiva lascia impregiudicate, ricadano quelle che il legislatore tedesco individua per garantire quel diritto all'autodeterminazione cui più volte la Corte fa riferimento (artt. 33 del SGB I, 8 del SGB IX, 8, par. 1, AGG e 78 par. 1 del SGB IX). È possibile tracciare un filo di connessione tra quello che è l'impegno che traspare dalla normativa tedesca e lo scopo auspicato dalla beneficiaria disabile delle prestazioni.

L'indicazione anagrafica sarebbe, infatti, tesa a concretizzare un obiettivo che presuppone la pianificazione del servizio di assistenza finanche con la inclusione dei criteri della selezione oltre che la partecipazione attiva al processo di assunzione. Il diritto all'espressione dei desideri e alla libera scelta delle persone concretizza il diritto di beneficiare di misure che ne garantiscano allo stesso tempo l'autonomia, l'inserimento professionale e sociale oltre che la vita comunitaria, come prescritto dal diritto dell'unione conformemente all'art. 26 della Carta.

A fronte di tali finalità è da considerarsi ragionevole che l'intervallo anagrafico imposto dalla beneficiaria delle prestazioni si esprima a favore di un soggetto appartenente alla medesima generazione, adatto ad integrarsi nell'ambiente universitario, in cui l'assistita desidera inserirsi. Depongono nel senso che il diritto alla libertà di scelta debba esser garantito alle persone con disabilità nell'ambito dell'assistenza personale molti elementi della vicenda.

La stessa giurisprudenza della Corte conferma che con l'adozione della norma citata il legislatore dell'Unione ha voluto prevenire e comporre il potenziale conflitto tra principio di parità di trattamento da un lato, e necessità di garantire tutte quelle condizioni necessarie al funzionamento di una società democratica, dall'altro. In ossequio a ciò la Corte<sup>49</sup>, partendo dal presupposto che il diritto antidiscriminatorio europeo si applica a tutti co-

<sup>49</sup> C. giust., 12 gennaio 2023, causa C356/21, J.K. contro TP S.A., in <https://www.italianequalitynetwork.it/>; BRONZINI, *Sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, <https://movimentoeuropeo.it/>; COUNTOURIS, FREEDLAND, DE STEFANO, *Making labour law fit for all those who labour*, <https://www.socialeurope.eu/>; BORELLI, RANIERI, *La discriminazione nel lavoro autonomo. Riflessioni a partire dall'algoritmo Frank*, in *LLI*, 2021, 7(1), I.18-I.47, <https://labourlaw.unibo.it/>; Corte Suprema del Regno Unito, 27 luglio 2011, UKSC 40, causa J. contro H., in <https://www.supremecourt.uk>.

loro che svolgano una qualsiasi attività di lavoro personale, senza distinzione tra lavoro subordinato ed autonomo, ha esteso in senso ampio l'ambito di applicazione dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva<sup>50</sup>. Questo ha aperto la via ad un nuovo concetto di lavoro personale, andando davvero “*au-delà de l'emploi*”<sup>51</sup>.

La risposta al quesito sottoposto alla Corte lo si trova pertanto vergato nelle parole dell'avv. Generale Jean Richard De La Tour che, nelle sue conclusioni, puntualizza come la deroga al divieto di discriminazione, costituita dal rilievo dato ai desideri espressi dal soggetto assistito deve essere considerata rispettosa del requisito della necessità, in quanto preordinata a garantire il diritto all'autodeterminazione, consentendo ai beneficiari delle prestazioni di scegliere come, dove e con chi vivere.

Sembra, infatti, ragionevole aspettarsi che un'assistente personale corrispondente ai requisiti indicati coadiuvi la persona disabile nell'ambiente personale, sociale e universitario. Il rispetto dei desiderata promuove pertanto il rispetto del diritto all'autodeterminazione e concorre alla concretizzazione della tutela dei diritti e delle libertà altrui *ex art. 2, par. 5*. Sebbene il quesito chiedesse alla Corte di valutare la questione alla luce di una pluralità di norme questa formula il suo giudizio limitatamente all'*art. 2, par. 5*. Per quanto riguarda le altre la Corte opta per non verificare se la disparità di trattamento in funzione dell'età potesse essere giustificata in forza delle stesse.

Si tratta di una soluzione ermeneutica sulla quale è possibile avanzare qualche obiezione di carattere sistematico poiché, una volta effettuata l'opzione per la giustificabilità di una discriminazione diretta *ex art. 2, par. 5*, sarebbe risultato utile precisare i rapporti intercorrenti tra i meccanismi giustificativi predisposti, rispettivamente, con riguardo agli articoli 4, par. 1 e 6, par. 1 e 7 della Direttiva. Ciò nonostante, volendo rileggere la decisione nel contesto generale della sentenza va sottolineato come con riguardo all'*art. 4, par. 1*, la Corte non esclude che una siffatta discriminazione possa, in virtù di tale norma, trovare una giustificazione. Sul punto però il giudice si domanda se la preferenza espressa, pur maturata nel contesto del diritto all'autodeterminazione, rappresenti una di quelle “caratteristiche” a cui fa riferimento la norma; ed ancora si domanda se una preferenza per una particolare fascia anagrafica abbia le connotazioni riferite dall'*art. 4, par. 1, cit.* Nel caso specifico la funzione di assistente implica una partecipazione regolare e duratura alla vita della disabile il cui scopo è fungere da intermediario con il mondo esterno. Tale scopo potrebbe dunque spiegare le ragioni dell'accoglimento dei desiderata indicati per garantire l'esecuzione ottimale del servizio. Ma la Corte comunque sceglie di non intraprendere la via tracciata nell'*art. 4* per rispondere alla questione postale. La nozione del requisito

<sup>50</sup> C. giust., 2 gennaio 2023, causa C356/21, cit. annotata da BIAGIOTTI, *La tutela antidiscriminatoria si applica ai lavoratori autonomi: una rilevante pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *ADL*, 2023, 591; COSIO, *La tutela contro le discriminazioni nell'ambito di un'attività autonoma: verso un cambio di paradigma*, in *LG*, 2023, 257; MAGAGNOLI, *Divieti di discriminazione e lavoro autonomo: un primo passo nella ridefinizione dei confini del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2023, 544.

<sup>51</sup> SUPIOT, *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris, Flammarion, 1999.

per lo svolgimento dell'attività lavorativa è stata, infatti, interpretata in senso soggettivo<sup>52</sup> e bisognerebbe fornire la prova che le caratteristiche richieste sono indispensabili affinché l'attività si possa svolgere efficacemente. A ben vedere forse un ruolo facilitatore nell'integrazione avrebbe potuto esser reso da una persona con una maggior esperienza e quindi maturità. Prendere in considerazione la concezione personale di un servizio da parte dei suoi destinatari però potrebbe inoltre consentire l'emersione di pregiudizi<sup>53</sup>, ne deriva se sia opportuno adottare un approccio soggettivo per i servizi di assistenza personale, in ragione della necessaria riservatezza e della particolare relazione e rapporto fiduciario che essi stabiliscono con il fruitore dell'assistenza. A tale quesito risponde il principio di interpretazione restrittiva delle esenzioni<sup>54</sup> che potrebbe opporsi a tale approccio, poiché l'implementazione del diritto discriminatorio va nella direzione di contribuire a far evolvere le sue implicazioni anche riguardo a comportamenti insiti in rapporti professionali che implicano un legame di fiducia.

Quanto poi all'esenzione per età di cui all'art. 6 citato, l'ipotesi prospettata non può essere accolta<sup>55</sup>. In conformità con il principio di interpretazione restrittiva delle deroghe, la Corte nel suo ragionamento aveva già evidenziato come questa norma non coprisse tutte le finalità legittime ma solo quelle dettate da considerazioni di politica sociale come la promozione dell'impiego<sup>56</sup> circostanza che non ricorre in questo caso.

Potrebbe anche essere utile verificare se le caratteristiche a cui la norma fa riferimento possono riguardare, oltre alle particolari condizioni fisiche collegate all'età<sup>57</sup>, anche ulteriori attitudini o requisiti in particolare di natura sociale o psicologica. Ammettere una tale estensione, però, potrebbe essere di difficile applicazione, in primo luogo, perché in contrasto con il principio sancito dal considerando 23 della Direttiva, secondo il quale è necessario adottare un'interpretazione restrittiva di tale disposizione in conseguenza della quale la giustificazione da essa prevista è ammissibile solo in "casi strettamente limitati". Inoltre, i requisiti e le qualità, che possono costituire oggetto del diritto di preferenza del soggetto che accede alle prestazioni di assistenza, dipendendo esclusivamente dalle scelte e dai desideri di quest'ultimo, non sembrano possedere il carattere dell'oggettività, rendendo impossibile predeterminarne contenuti e perimetro. Ancora riguardo all'art. 7 la Corte si chiede se lo scopo di assicurare la completa parità nella vita professionale, sia pertinente per giustificare una discriminazione fondata sull'età in una situazione come quella sulla quale è chiamata ad esprimersi. Come anticipato, la Corte però si sottrae a

<sup>52</sup> C. giust., 17 novembre 2022, causa C304/21, in <https://curia.europa.eu>.; C. giust., 7 novembre 2019, C396/18 C, cit.

<sup>53</sup> C. giust., 14 marzo 2017, causa C188/15, B e H, in <https://curia.europa.eu>.

<sup>54</sup> C. giust., 21 ottobre 2021, causa C824/19 K.S, in <https://curia.europa.eu>.

<sup>55</sup> Art. 7, dir. 2000/78, in <https://curia.europa.eu>.

<sup>56</sup> C. giust., 5 marzo 2009, causa C388/07, in <https://curia.europa.eu>.

<sup>57</sup> C. giust., 12 gennaio 2010, causa C229/08, in <https://curia.europa.eu>; C. giust., 15 novembre 2016, causa C258/15, in <https://op.europa.eu>; C. giust., 7 novembre 2019, causa C396/18, in <https://eur-lex.europa.eu>.

queste valutazioni, ritraendosi nell'affermazione secondo cui, alla luce dell'ammissibilità della deroga al divieto di discriminazione sulla base del dettato dell'art. 2, par. 5, ulteriori indagini possono essere considerate non necessarie.

#### 4. Alcune considerazioni generali e riflessioni conclusive

Nel caso giunto alla attenzione della Corte questa si trova ad affrontare esigenze riconducibili a due distinti gruppi protetti: ciò che contraddistingue il cuore della vicenda è proprio la competizione che si va a sviluppare tra distinte minoranze. La difficoltà con cui la Corte si è scontrata e che ci dà l'idea dello stato di salute del diritto antidiscriminatorio<sup>58</sup>, risiede nel fatto che non si trattava di convalidare una differenza nel trattamento, a discapito di un gruppo protetto, per motivi di interesse generale, bensì di giustificarla, con l'intento di preservare e conservare degli interessi di un altro gruppo protetto. L'occasione di sciogliere i nodi della vicenda perviene, pertanto, dopo una ricostruzione sistematica dell'impianto normativo su cui poggia il divieto di discriminazione fondato sull'età.

Va segnalato però come la Corte formuli il suo giudizio limitatamente alla deroga di cui all'art. 2, par. 5, non accogliendo nel suo percorso decisionale i tracciati normativi dell'art. 4, par. 1, nonché dell'art. 6, par. 1. Essa ha preferito, pertanto, incentrare la sua decisione sulla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Si tratta di un richiamo ai diritti fondamentali contro il divieto di discriminazione che ha attribuito alla Corte un maggior spazio di manovra derivante dalla consapevolezza che le persone disabili sono titolari di una condizione speciale delineata nell'art. 26 della Carta, nonché nella Convenzione.

Ciò si traduce in un obbligo positivo di adottare le misure necessarie per garantire l'effettività di tale autodeterminazione con la medesima libertà di scelta di cui godono gli altri soggetti. È pertinente riflettere sulla tutela dei diritti altrui e sulla conciliazione dei diritti riconosciuti a gruppi di minoranza. Sul tema può aprirsi un complesso dibattito derogatorio dovendo decidere se il ricorso a un criterio vietato dalla legge possa favorire l'integrazione della persona protetta. Il rischio celato è che tali criteri possano velare dei pregiudizi e che in questa maniera essi si possano diffondere celati in misure a favore di soggetti protetti. Per affrontare il rischio, da un lato si potrebbe, infatti, esser tentati di considerare che le difficoltà specifiche che le persone disabili incontrano quotidianamente possano giustificare un adattamento di alcuni obblighi nei loro confronti ed in questo senso si potrebbe considerare legittimo acconsentire ad accogliere l'indicazione, anche se discriminatoria, quando siano riferita all'assunzione di una persona che in qualche modo condivide la loro vita. Allo stesso tempo però, tale rimodulazione porterebbe a sottrarre gli stessi soggetti

<sup>58</sup> BELLO, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologico giuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *DPCE Online*, 2020, Vol. 43.

dagli sforzi richiesti ad ogni altro individuo, circostanza che potrebbe tradursi in una contrazione del sistema di tutela.

Un altro aspetto su cui è necessario riflettere, e non emerso, è quello del criterio del sesso indicato nell'offerta di lavoro insieme a quello dell'età. A ben vedere la proposta di lavoro contestata non solo contiene il requisito contestato dell'età ma anche quello del sesso. Si tratta di un criterio che la ricorrente non ha contestato, essendo una donna, ma occorrerebbe chiedersi cosa sarebbe occorso se il candidato fosse stato un uomo o se la persona disabile avesse fatto valere le sue preferenze in materia religiosa<sup>59</sup>, di orientamento sessuale, di convinzione<sup>60</sup> ecc.

La giurisprudenza della Corte ha indicato che, nei casi di discriminazione fondata sul sesso, tale eccezione vada interpretata in modo restrittivo, assicurando il rispetto dei principi di proporzionalità e trasparenza. Deve inoltre esser applicata ad attività professionali specifiche e previo l'esame di ogni singolo caso offrendo uno spaccato che riflette l'evoluzione sul ruolo che questo criterio ricopre<sup>61</sup>.

La questione presenta non pochi risvolti di complessità alla cui risoluzione ha concorso l'approccio convincente offerto dall'Avv. Generale citato. Nel caso in esame tutto consegue alla constatazione che siamo di fronte alla instaurazione di un rapporto di lavoro regolarmente remunerato che ricade sotto l'ombrello protettivo della Direttiva. Dalla possibilità attribuita alle persone disabili di manifestare le proprie preferenze consegue l'onere per gli Stati di predisporre misure e strumenti per esercitare tale diritto al pari degli altri individui. Tuttavia, a causa delle limitazioni che ne ostacolano l'esistenza questi soggetti godono, talvolta in maniera sfumata, delle libertà e della *privacy* riconosciuta a tutti gli individui. Dalle riflessioni della Corte emerge, pertanto, la consapevolezza che costoro hanno necessità di un intermediario, una figura che costituisce l'anello di congiunzione con la società. Nel caso *de quo* questo anello è nei desiderata indicati. Al tempo stesso tener conto delle preferenze personali o anche del pregiudizio nell'assunzione (che in esso può celarsi) può esser visto come un mezzo per restituire alla persona protetta perché disabile, un margine di apprezzamento e di rivalutazione per la propria condizione, che le ha sottratto l'autonomia di auto organizzarsi.

Le condizioni poste dall'art. 2, par. 5 paiono quindi esser soddisfatte poiché l'obbligo di tener conto della volontà del destinatario della prestazione è previsto dalla legislazione nazionale tedesca ed è necessario in una società democratica per garantire il diritto alla

<sup>59</sup> C. giust., 14 marzo 2017, causa C188/15, B e H, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C. giust., 10 luglio 2008, F. causa (C54/07, EU:C:2008:397), in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); Poso, *Religione e pregiudizio. La Corte di Giustizia e la discriminazione per il velo islamico indossato nei luoghi di lavoro tra libertà religiosa dei lavoratori e libertà di impresa*, in *LB*, n. 2017, 050.

<sup>60</sup> C. giust., 17 aprile 2018, causa C414/16, in *LDE*, 2018, 2 con nota di BALDETTI, *Requisiti occupazionali delle organizzazioni di tendenza e tutela del lavoratore. L'intervento della Corte di Giustizia nel caso Egenberger v. Evangelisches Werk*.

<sup>61</sup> C. giust., 11 gennaio 2000, causa C285/98, T. K. – Repubblica Federale tedesca, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

autodeterminazione per le persone disabili. Ne consegue che la differenza di trattamento fondata sull'età deriva da una misura necessari ai sensi della norma richiamata.

La decisione della Corte non è però destinata ad essere generalizzata: in questo caso appare ragionevole accogliere la preferenza dell'età, perché porta con sé una certa somiglianza e vicinanza anagrafica che potrebbe facilitare la sua integrazione nella società. Resta fermo che la volontà di porre le persone disabili nella stessa situazione di chi non lo è deve conciliarsi con altri principi fondamentali poiché l'assimilazione non è assoluta. Altresì non è assoluto il diritto all'integrazione delle persone disabili: le difficoltà sono principalmente legate all'individuazione delle limitazioni operative e dall'interazione di esse con l'ambiente di vita<sup>62</sup>.

La Direttiva ne fornisce un esempio anche per quanto attiene all'accesso al mercato del lavoro richiamando quanto previsto dall'art. 5 in ordine ai ragionevoli adeguamenti idonei a consentire l'accesso al lavoro delle persone con disabilità purché l'onere rimanga proporzionato<sup>63</sup>. La ricerca di un equilibrio degli interessi in gioco è pertanto essenziale ed il criterio di ragionevolezza si applica anche quando la persona disabile utilizza gli interessi e le proprie preferenze nell'assunzione di un assistente personale.

Ne consegue che la sentenza del 7 dicembre 2023 non pregiudica in alcun modo la decisione della Corte federale in merito agli altri criteri vietati dalla Direttiva. Il criterio dell'età è soggetto a un regime derogatorio più ampio rispetto agli altri fattori richiamati dalla norma<sup>64</sup>.

Il divieto di discriminazione in oggetto si presenta meno radicale, il che può spiegare perché il diritto all'autonomia delle persone con disabilità ha prevalso. In argomento sovrviene però un altro dubbio. Cosa accadrebbe se l'offerta di lavoro come assistente personale prescrivesse l'appartenenza ad una particolare religione, o prescrivesse il sesso, convinzioni personali o orientamento sessuale? La questione si complica anche perché nella Direttiva 2006/54, non si ravvede una deroga analoga a quella dell'art. 2, par. 5. In tale Direttiva la tutela dei diritti e delle libertà altrui non è contenuta nel dispositivo, con la conseguenza che si dovrà ricorrere alle previsioni di cui ai requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa (quelli che la Direttiva 2000/78 contempla all'art. 4), che sono invece previsti, pur con le perplessità sopra espresse. Con riguardo invece agli altri criteri, la prova della ragionevolezza sarà sottoposta a dura prova e si dovrà trovare un nuovo equilibrio.

Alla luce di queste considerazioni la decisione assunta dalla Corte è sicuramente coraggiosa pur sollevando molti interrogativi. Ma la materia è assai vischiosa e va apprezzato lo sforzo che la Direttiva ha fatto promuovendo l'avvio di alcune dinamiche virtuose che hanno indotto gli operatori giuridici e gli Stati membri ad interrogarsi sulla legittimità delle

<sup>62</sup> FRANZINI, SOLICAPA, *L'inclusione sociale delle persone con disabilità: un processo ancora lungo*, 2020, in <https://www.welforum.it/>.

<sup>63</sup> SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *DLM*, 2017, 1, 39.

<sup>64</sup> CAVALLINI, *L'âge Contribution pour « Le temps en droit du travail »*, 2017, (a cura di Teyssié), éd.Panthéon, Assas, 172-197.

condotte discriminatorie e su principi fondamentali come l'uguaglianza e la non discriminazione<sup>65</sup>.

Fatte queste riflessioni generali va segnalato come al termine del percorso di analisi la Corte abbia risposto alla questione sollevata in via pregiudiziale dichiarando che *“l'art. 2, par.5, della Direttiva, (...) non osta a che l'assunzione di una persona che fornisce assistenza personale sia soggetta a un requisito di età, in applicazione di una normativa nazionale la quale prevede che siano presi in considerazione i desideri individuali delle persone che, a causa della loro disabilità, hanno diritto a prestazioni di servizi di assistenza personale, qualora tale misura sia necessaria alla tutela dei diritti e delle libertà altrui”*.

Il fulcro della riflessione si volge dunque sulla necessità di bilanciare i diritti della persona disabile con il diritto del lavoratore a non essere discriminato che è la prospettiva con cui è stata affrontata la disabilità la cui evoluzione è dovuta anche grazie alla Convenzione citata che ha offerto un approccio che ha ampliato la visione agli elementi, materiali e immateriali, che circondano e ostacolano la persona e che andrebbero rimossi.

Quello delle discriminazioni per età peraltro è un tema complesso che opera sia con riferimento alla giovane età o alle età più avanzate e che spesso si fonde anche con valutazioni culturali.

La risposta al quesito chiaramente non può essere unica, la richiesta deve essere, come già anticipato a livello europeo e come giustamente richiesto anche dalla normativa tedesca legittima e ragionevole, una legittimità e una ragionevolezza che vengono definite di volta in volta prendendo in considerazione le esigenze della persona che necessita di un supporto. Nel caso specifico la richiesta risulta essere motivata dal fatto che una persona di età vicina al destinatario dell'assistenza sarebbe riuscita ad *“integrarsi più facilmente nell'ambiente personale, sociale e universitario”* frequentato dalla giovane, motivo per cui non sono state rilevate discriminazioni.

L'imposizione di un requisito di età può quindi essere necessaria e giustificata alla luce della tutela del diritto all'autodeterminazione della persona disabile interessata. La *ratio* della decisione è quella di dare effettività al diritto di integrazione delle persone disabili (contemplato nell'art. 2 della nostra Costituzione) in un ambito particolarmente sensibile come quello delle discriminazioni.

Nel caso in esame il diritto, e nel caso specifico il diritto antidiscriminatorio, si fonde quindi con altre discipline, capaci di comprendere le esigenze della persona evidenziando quali siano le caratteristiche del prestatore di assistenza che possano effettivamente agevolare l'inclusione nella società. Serve un approccio concreto e multidisciplinare per garantire la maggiore tutela di tutte le parti coinvolte e per definire comunque in modo chiaro il confine tra la tutela dei diritti e delle libertà altrui e il diritto antidiscriminatorio.

<sup>65</sup> BELLO, cit.