

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO EUROPEO**

(curriculum: Diritto dell'Unione Europea)

Ciclo XXVII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E1 – Diritto internazionale e dell'Unione Europea

Settore scientifico-disciplinare di afferenza: IUS 14

**Il principio di non discriminazione e l'identità
costituzionale dell'Unione Europea**

Presentata da:

Giovanni Zaccaroni

Coordinatore Dottorato

Chiar.ma Prof.ssa

Lucia Serena Rossi

Relatore

Chiar.ma Prof.ssa

Lucia Serena Rossi

Correlatore

Chiar.mo Prof.

Patrick Wachsmann

Tesi in cotutela tra l'Università di Bologna e l'Università di
Strasburgo

Esame finale anno 2015

SOMMARIO

Il Principio di Non Discriminazione e l'Identità Costituzionale dell'Unione Europea

Introduzione: l'identità costituzionale dell'Unione Europea

Sezione I: la struttura del giudizio sulla discriminazione davanti alle Corti Europee

Prima Parte: il giudizio davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Capitolo I: L'introduzione del giudizio e l'individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Capitolo II: La fase di comparazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Seconda Parte: il giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Capitolo I: La fase introduttiva del giudizio e di individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Capitolo II: la fase di comparazione e la eventuale giustificazione della violazione del principio di non discriminazione davanti alla Corte di Giustizia

Sezione II: il contributo dato dalla lotta contro specifiche tipologie di discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea

Prima parte: Le tipologie di discriminazione tradizionalmente riconosciute dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Capitolo I: il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità

Capitolo II: il principio di non discriminazione sulla base del genere

Seconda parte: le tipologie di discriminazione tutelate dalle due direttive gemelle (2000/43/CE e 2000/78/CE)

Capitolo I: il divieto di discriminazione sulla base della disabilità

Capitolo II: il divieto di discriminazione sulla base dell'età

Capitolo III: il divieto di discriminazione sulla base della razza

Capitolo IV: il divieto di discriminazione sulla base della religione

Capitolo V: il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

Conclusioni

Introduzione¹

L'identità costituzionale dell'Unione Europea

Sommario: 1. La nozione di identità costituzionale dell'Unione Europea – 2. Il contenuto dell'identità costituzionale: Principi, valori e diritti – 3. Il rapporto fra il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale dell'Unione Europea – 4. L'insorgenza e la novità dell'analisi del contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea – 5. Premessa metodologica

1. La nozione di identità costituzionale dell'Unione Europea

L'ambito di indagine di questa ricerca, relativa al contributo fondamentale dato dal principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea, impone alcuni chiarimenti preliminari. Non si ignora infatti che l'analisi proposta tocca da vicino uno dei temi più dibattuti nella recente storia del diritto dell'Unione Europea: l'esistenza di un ordinamento costituzionale comunitario². Questa analisi non può

¹ NB: la presente versione della tesi è provvisoria e fa fede soltanto nei confronti dell'ufficio verso cui è prodotta. L'autore, che trattiene i diritti d'autore, si riserva il diritto di modificarne i contenuti sino alla data della discussione, prevista per il 22 Maggio 2015. Le citazioni sono benvenute, ma si invita a contattare l'autore per ottenere versioni più aggiornate del documento all'indirizzo e-mail giovanni.zaccaroni@gmail.com.

² Sulla cui esistenza persino la Corte di Giustizia dell'Unione Europea pare essersi espressa in senso favorevole: cfr. *Les Verts*, C-294/83, par. 23. “A questo proposito, si deve anzitutto sottolineare che la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto, nel senso che né gli stati che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato”. Sul punto si veda poi il dibattito ospitato dallo *European Law Journal* poco dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht (e successivamente alla sentenza della Corte Costituzionale Tedesca sulla compatibilità fra la Legge Fondamentale e il Trattato Europeo) che andava oltre, discettando sul fatto che l'esistenza di un ordinamento costituzionale non avesse necessariamente bisogno di una “Grundnorm” in senso formale. D. GRIMM *Does Europe need a Constitution?* *European Law Journal*, (1995) 1. J. HABERMAS, *Remarks on Dieter's Grimm “Does Europe need a Constitution?”*, *European Law Journal*, (1995) 1 303 and J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos, and the Maastricht decision*, (1995) 1, *European Law Journal*, 219.

prescindere dalla considerazione che un tentativo solenne di costituzionalizzazione *formale*³ è già stato fatto, e che esso si è risolto in un fallimento, a causa dei referendum che si sono opposti alla ratifica del Trattato-Costituzione⁴ in Olanda⁵ ed in Francia⁶. Dalle ceneri del Trattato-Costituzione è sorto invece il Trattato di Lisbona, che evita meticolosamente di fare riferimento ad un processo di costituzionalizzazione⁷, ma che nei fatti esercita una potestà costitutiva (al punto di farlo ritenere un trattato *quasi* costituzionale). La questione dell'esistenza di un ordinamento costituzionale europeo è dunque lontana dall'essere risolta. Né potrebbe essere altrimenti, poiché l'Unione stessa è compenetrata sin dalla sua creazione dalle teorie funzionalistiche⁸, come risultato dell'influenza dominante del suo primo fondatore ed ideologo, Jean Monnet. Le ricostruzioni più convincenti del cammino dell'integrazione sono quelle che non la vedono come *progetto*, piuttosto che come idea, ma come *processo*, cioè come un'entità vivente, che si adatta alle esigenze contingenti, siano esse di natura giuridica, istituzionale o persino politica. Anche il fallimento del tentativo di

³ Con riferimento alla nozione di costituzione formale come contrapposta a quella materiale vedi C. Mortati, *la costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁴ Su cui si veda G. Amato, H. Bribosia e B. De Witte (a cura di), *Genesis and destiny of the European Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2007. L.S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione (verso una nuova architettura dell'Unione Europea)*, Giuffrè, Milano 2004.

⁵ Nel caso olandese, peraltro, la consultazione popolare si è tenuta in assenza di una base giuridica in costituzione (è stata infatti indetta con legge ordinaria), che non prevede alcun genere di referendum abrogativo di un trattato internazionale (anzi, non ne prevede alcuno). Questo a significare quanto fosse radicata l'opposizione al processo di costituzionalizzazione formale. Soltanto dall'Aprile 2014 la costituzione olandese prevede una forma di referendum consultivo.

⁶ Questo caso è invece rilevante per il rapporto che insiste fra il risultato del referendum ed il livello di informazione degli elettori. La domanda "*Approuvez-vous le projet de loi qui autorise la ratification du traité établissant une Constitution pour l'Europe ?*" è apparsa quasi semplicistica, ed è difficile pensare che la maggioranza dei cittadini francesi avesse la consapevolezza delle conseguenze che comportava la ratifica del trattato, né a questo scopo è giovato il tentativo del governo francese di inviare una copia del Trattato-Costituzione a casa di ogni avente diritto di voto. Sul punto, si vedano le considerazioni di un politologo: S. B. Hinbolt, *Direct democracy and european integration*, Journal of European Public Policy, (2006) 1, 153.

⁷ Si veda G. De Búrca, *Reflections on the path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper no. 03/08.

⁸ E.B. Haas, *The Uniting of Europe, Political, Social and Economic forces*, Stanford University Press, 1968.

costituzionalizzazione può essere letto in questa chiave: come un auto-rinnovamento, conseguente alla presa di coscienza di non potere realizzare le proprie aspettative nel loro punto più alto, ma di potere procedere allo stabilimento di un architettura istituzionale profondamente innovativa⁹. Per questo, come è stato autorevolmente sostenuto¹⁰, anche in mancanza di un dato formale i trattati costitutivi sono assimilabili ad un testo costituzionale. Tuttavia, l'ordinamento costituzionale dell'Unione non è soltanto costituito da norme codificate; se così fosse presterebbe il fianco a un certo numero di critiche sulla sua incompletezza. Per questo è più corretto parlare dell'esistenza di una identità costituzionale piuttosto che volere individuare nei trattati le vestigia di una costituzione. Ma dai trattati questa nozione prende forza ed ispirazione: è dunque a partire da essi che si può definire il contenuto dell'identità costituzionale dell'Unione Europea.

2. Il contenuto dell'identità costituzionale

L'identità, come concetto psicologico, è la concezione che un individuo o una collettività hanno di se. In un ordinamento giuridico, l'identità è la concezione di se, la modalità in cui un determinato ordinamento definisce se stesso. Nel caso di specie è l'insieme degli elementi attraverso i quali l'Unione Europea si definisce come organizzazione sovranazionale che ha come scopo la sempre maggiore integrazione fra i

⁹ E' noto infatti che il Trattato di Lisbona abbia introdotto nello schema trattatizio delle figure e dei poteri che non avevano un precedente negli emendamenti anteriori, come l'istituzionalizzazione del Consiglio Europeo, il riconoscimento del valore giuridico alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, l'introduzione della figura dell'Alto Rappresentante per la Politica Estera e di Sicurezza Comune, l'abolizione della struttura a pilastri. Si veda L.S. Rossi, F. Casolari (a cura di) *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Springer, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2014. H. Bribosia, *The Main Institutional Innovations of the Lisbon Treaty*, S. Griller, J. Ziller, (a cura di), *The Lisbon Treaty – EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* Vienna/New York, Springer, 2008, 57.

¹⁰ A. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea (Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

suoi stati membri. La nozione di identità costituzionale¹¹ è in effetti lo strumento attraverso il quale si è tentato di definire l'ordinamento costituzionale europeo a partire dal fallimento del Trattato Costituzione, ed è anche con tutta probabilità lo spazio intorno al quale si costruiranno le future modifiche ai trattati costitutivi.

a) *I principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea*

Ogni elemento di questa identità costituzionale, come è stato detto, non è soltanto codificato all'interno dei trattati, pur se quello è il luogo in cui le sue manifestazioni più evidenti possono essere reperite. Dall'analisi combinata delle fonti legislative e giurisprudenziali, si possono distinguere tre diversi elementi che costituiscono la nozione di identità costituzionale dell'Unione: principi, valori e diritti¹². Ciascuno di questi elementi è caratterizzato da una diversa combinazione di elementi legislativi e giurisprudenziali, anche se è ragionevole sostenere che gran parte del percorso fatto dai principi si sia realizzato con il contributo fondamentale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. A questo riguardo, non si può non partire dall'esame della nozione di principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea, nozione che affonda le sue radici nel diritto internazionale. Nell'ordinamento UE i principi fondamentali rappresentano una lista aperta che, in ossequio alla natura di ordinamento *sui generis* dell'Unione, si è sviluppata in maniera precipua mediante l'intervento

¹¹ Non è un caso che la letteratura sul tema sia fiorita copiosa a partire dal 2007. Si vedano, fra gli altri, V. Constantinesco, *La convergence entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales: convergence ou contradiction? Contrepoint ou hierarchie?* In *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p.63-95, F. Benoit Romher, *Identité Européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflict?* In *Mélangées en l'honneur de J.P. Jaque*, 2010, Dalloz, p. 63-81. E. Di Salvatore, *L'identità costituzionale dell'Unione Europea e degli stati membri*, Giappichelli, Torino, 2008, 30. S. Ninatti, *Ai confini dell'identità costituzionale (dinamiche familiari e integrazione europea)*, Giappichelli, Torino, 2012. Si deve tuttavia ammettere che un contributo fondamentale allo sviluppo della nozione, pur se basato in gran parte sull'esistenza del progetto di Trattato-Costituzione, era stato dato anche prima dell'entrata in vigore di Lisbona. Si veda, per tutti, A. Von Bogdandy, *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, *International Journal of Constitutional Law*, (2005) 3, 295.

¹² L.S. Rossi, *Fundamental Values, Principles and Rights After the Treaty of Lisbon: the long journey toward a EU System*, in L.S. Rossi e G. Di Federico, *Fundamental Rights in Europe and China, between Regional identities and Universalism*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 1.

giurisprudenziale. La nozione di principio fondamentale tende a “confondersi” con quella di principio generale¹³ di diritto dell’Unione Europea. Non è infatti un caso se all’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea i diritti fondamentali sono descritti come principi generali del diritto dell’Unione. Ma è innegabile che essi stessi siano anche principi fondamentali, e cioè principi sul cui rispetto l’azione dell’Unione è fondata e le sue politiche sono informate. Nella sentenza *Kadi*, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea si è spinta persino oltre, affermando che il principio fondamentale del rispetto per i diritti fondamentali ha un rango costituzionale. Quando ci si riferisce ai principi generali, dunque, altro non si fa se non dare un nome all’utilizzo che dei principi fondamentali fa la Corte di Giustizia nella sua attività di interpretazione del diritto dell’Unione. La parola *generale*, infatti, si riferisce all’ambito di applicazione degli stessi principi, che non è ristretto soltanto alle pronunce della Corte, ma si estende fino all’attività interpretativa del diritto nazionale secondo il diritto dell’Unione Europea che viene svolta dai giudici nazionali nella loro veste di giudici dell’Unione Europea. Essi sono infatti principi *generali* in quanto suscettibili di applicazione *erga omnes, ratione personae*¹⁴ ed in maniera ancora più importante, *ratione materiae* e dunque non limitata a taluni aspetti del diritto dell’Unione Europea. La sostanza dei principi fondamentali¹⁵ si ritrova nelle tradizioni giuridiche comuni agli stati membri, nel diritto internazionale, e persino nei Trattati. Anche se in quest’ultimo caso, come bene dimostra il principio di non discriminazione, non è chiaro se sia il principio che ha costituito la base per la stesura degli articoli dei trattati, o se siano gli articoli dei trattati che hanno contribuito alla individuazione del principio generale di non discriminazione. Questa domanda non è tuttavia fondamentale per lo sviluppo di questo lavoro, ma è probabile che la verità stia in mezzo: per quanto l’attività della Corte abbia contribuito all’individuazione dei principi, è attraverso la loro codificazione che essi sono entrati “*in pompa magna*” a

¹³ T. Tridimas, *General Principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹⁴ Seppure gli stessi principi non siano sempre azionabili in giudizio, e dunque applicabili, anche nei confronti di altri privati cittadini (c.d. effetto diretto orizzontale), ma solo nei confronti delle istituzioni dell’Unione Europea e degli stati membri (c.d. effetto diretto verticale).

¹⁵ X. Groussot, *General Principles of European Community Law*, European Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2006, 9.

fare parte dell'ordinamento dell'Unione. Per capire come la fonte principale dei principi fondamentali sia da reperirsi nei principi comuni alle tradizioni giuridiche degli stati membri è sufficiente riferirsi alla formulazione dell'art.6 TUE, nella forma precedente al trattato di Lisbona:

Articolo 6 (Trattato di Nizza)

1. L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri.
2. L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.
3. L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri.
4. L'Unione si dota dei mezzi necessari per conseguire i suoi obiettivi e per portare a compimento le sue politiche.

I principi fondamentali ed i principi generali non sempre sono nozioni sovrapponibili. Tuttavia, ad ogni principio fondamentale ricompreso all'articolo 6 vecchia formulazione (e, come vedremo successivamente, ora inclusi con la denominazione di valori all'articolo 2 del Trattato di Lisbona) possono essere ricondotti più principi generali. Al principio democratico possono essere ricondotti principio di attribuzione, principio di sussidiarietà e financo il principio di proporzionalità, che regolano l'esercizio delle competenze fra Unione Europea e stati membri come risultato della libera scelta dei governi democraticamente eletti di associarsi in una *ever closer Union*. Al principio dello stato di diritto possono essere invece ricondotti altri principi generali, come il principio della certezza del diritto e del giusto processo¹⁶.

A partire dal Trattato di Lisbona, i principi fondamentali hanno parzialmente modificato la loro destinazione, scomponendosi nella nuova formulazione dell'articolo 2 TUE (dove però questa volta ci si riferisce ai "valori") e dell'articolo 6 TUE. La ragione è da individuarsi nella introduzione, all'articolo 6, della menzione alla Carta dei Diritti

¹⁶ Individuati nella giurisprudenza della Corte da Tridimas, cit. *supra*, 89, 276.

Fondamentali dell'Unione Europea¹⁷ ed al suo carattere vincolante, che converte i valori ed i principi in diritti azionabili davanti alle Corti nazionali (seppure a certe e ben determinate condizioni).

b) I valori informanti l'azione dell'Unione Europea

Secondo alcuni autori¹⁸, il nucleo essenziale dei valori che compongono l'identità costituzionale europea è individuabile nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea, nella formulazione successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Articolo 2 (Trattato di Lisbona)

L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

E' evidente che i valori di cui all'articolo 2 TUE (Lisbona) sono i medesimi principi di cui all'articolo 6 (Nizza). La ragione per cui si è mutata la denominazione sta nel fatto che a livello comunitario i valori ed i principi sono stati recepiti nella maggior parte all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Una ulteriore ragione per distinguere i valori dai principi e dai diritti sta nel volerli rendere l'ultimo baluardo a difesa dell'identità dell'Unione Europea, attraverso l'attivazione della procedura di cui all'articolo 7 TUE. E' infatti possibile in questo modo mettere, per così

¹⁷ Notevole peraltro il dibattito sulla collocazione della Carta all'interno dello schema di Lisbona. Se infatti nel Trattato-Costituzione la Carta avrebbe dovuto essere incorporata all'interno del testo costituzionale, il Trattato di Lisbona la vede meramente annessa, seppure dotata del medesimo valore giuridico dei Trattati stessi. La ragione è facilmente individuabile nella nuova procedura di modifica dei trattati ex art. 48 TUE, che, qualora si fosse seguita la strada dell'incorporazione, avrebbe reso sensibilmente più facile la modifica della Carta. Mediante la sua scorporazione, invece, non solo si lega la sua modifica all'apertura di una Convenzione internazionale (la medesima attraverso la quale la Carta è stata preparata), ma rende più agevole effettuare degli *opt-out* alla Carta, come avvenuto nel caso del Regno Unito e della Polonia.

¹⁸ Constantinesco e Benoit Romher, cit. *supra*.

dire, in stato d'accusa, uno degli stati membri dell'Unione Europea per violazione dei valori fondamentali di cui all'articolo due. Questo strumento, benché di difficile attuazione, non va sottovalutato. Non è stato infatti pensato per essere un contraltare delle procedure di infrazione, ma per essere il campanello d'allarme attraverso il quale l'Unione Europea possa provare a contrastare dei deficit sistemici¹⁹ che ne mettano a repentaglio se non l'esistenza stessa, ne possano condizionare in maniera endemica il suo funzionamento (come, per esempio, la svolta autoritaria del governo di uno stato membro, od un suo perdurante rifiuto di dare attuazione alle norme relative alla circolazione delle persone). Collocando quelli che prima erano i principi ex art. 6 vecchia formulazione sotto il più ampio cappello dei valori, si è infatti voluto conferire una nuova maggiore solennità ai principi, ed in qualche modo "costituzionalizzarli". Si può meglio comprendere questa affermazione facendo riferimento all'art. 3 TUE, dove l'Unione, dopo avere elencato i valori che ne sono alla base, si impegna al loro rispetto:

Articolo 3 (Trattato di Lisbona)

1. L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli.
2. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima.
3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.

L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.

¹⁹ Anche se l'adeguatezza dello strumento allo scopo è stata messa in discussione da uno studio che ha sostenuto la necessità dell'introduzione di uno strumento *ad hoc*. Si veda A. Von Bogdandy, *Common Market Law Review*, 2014.

Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.

4. L'Unione istituisce un'unione economica e monetaria la cui moneta è l'euro.

5. Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite.

L'Unione Europea non si limita a riconoscere i valori, ma se ne fa portatrice attiva in tutte le sue manifestazioni, ed in particolare per quanto riguarda la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (con particolare riferimento alla questione delle persone richiedenti asilo²⁰), allo stabilimento di un mercato interno, e nelle relazioni internazionali. Questo retroterra di valori è parte fondamentale dell'identità costituzionale dell'Unione Europea, e senza di esso si potrebbero nutrire seri dubbi sulla sua esistenza.

c) I diritti fondamentali

La differenza più rilevante fra valori, principi e diritti sta nel fatto che, al contrario dei valori ed al contrario di taluni principi, i diritti sono azionabili in giudizio. Proprio per questo, mentre il Trattato di Nizza all'art. 6 parlava di principi, il Trattato di Lisbona allo stesso articolo fa riferimento ai diritti (nonché alle libertà ed ai principi) contenuti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Articolo 6 (Trattato di Lisbona)

²⁰ Su cui si veda la sentenza C175/08, C176/08, C178/08 e C179/08, *Salahadin Abdulla e a.* par. 90.

1.L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2.L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.

3.I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali."

I diritti entrano nell'identità costituzionale dell'Unione Europea attraverso il veicolo della Carta, a cui viene concesso il medesimo valore giuridico dei Trattati. Prima di Lisbona non era così, poiché la Carta, sprovvista di valore giuridico, non aggiungeva molto a quello che era già contenuto all'interno dei Trattati. Con la sua azionabilità in giudizio, i diritti contenuti al suo interno prendono vita, ed è in tale modo molto più difficile negare che essi facciano parte dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Certo, dubbi in questo senso rimangono, e sono soprattutto legati all'ambito di applicazione della Carta, la quale, ex. Art. 51, si applica soltanto alle istituzioni ed agli stati membri nel momento in cui danno attuazione al diritto dell'Unione Europea. I diritti contenuti nella Carta sono dunque giustiziabili in casi ben determinati, e non è un caso che la Corte di Giustizia, per ribadire l'estensione dell'ambito di applicazione, abbia fatto riferimento alla nozione dei principi nella sentenza *AMS*²¹. Nella sentenza, infatti, la Corte ribadisce che solo alcuni principi (e nella fattispecie il principio di non discriminazione sulla base dell'età) conferiscono agli individui un diritto soggettivo

²¹ C-176/12, *Association de Mediation Sociale*, par. 47: *A questo proposito, occorre notare come le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della citata sentenza Küçükdeveci, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale.*

invocabile in una controversia nei confronti di un altro privato cittadino. Di conseguenza, l'ambito di applicazione della Carta rimane fermamente ancorato ai suoi limiti ex art. 51.

L'articolo 6 TUE non si riferisce però soltanto alla Carta, ma fa cenno anche alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La Convenzione, alla quale aderiscono tutti i paesi membri ma non l'Unione Europea e le sue istituzioni, ha un contenuto molto simile alla Carta, benché non sia fornita delle numerose disposizioni inerenti ai diritti sociali. Due sono le innovazioni che il Trattato di Lisbona ha introdotto rispetto alle relazioni fra l'Unione e la Convenzione: la prima è l'indicazione che l'Unione "deve" accedere alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. La seconda è invece che i diritti inclusi all'interno della Convenzione sono riconosciuti come principi generali del diritto dell'Unione Europea. La Convenzione, dunque, come principio generale (e soprattutto come principio generale che ha a che fare con il rispetto dei diritti fondamentali) è parte dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Per questa ragione, nel presente lavoro ci riferiremo con una certa frequenza ai diritti contenuti all'interno della Convenzione, e soprattutto alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che è l'unica istituzione legittimata alla sua interpretazione.

3. Il legame fra il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale dell'Unione Europea

La ragione di questo studio consta nel fatto che il principio di non discriminazione²² è molto probabilmente la parte più importante²³ dell'identità costituzionale dell'Unione Europea, che ha contribuito a caratterizzarla in modo diverso rispetto alle identità costituzionali nazionali, senza al tempo stesso rifiutarne l'eredità. I primi studi sull'integrazione europea²⁴, tuttora punto di riferimento, riconoscono al principio di non discriminazione il ruolo di motore del processo di integrazione, in particolare per quello che riguarda il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. Ma è nei Trattati dove possiamo trovare i segni più profondi di questa importanza. Nel già citato articolo 2 l'*uguaglianza* viene citata come uno dei valori fondamentali dell'Unione. Ma la non discriminazione viene anche annoverata fra gli scopi che il rispetto dei valori fondamentali si prefigge di realizzare:

Art. 2 TUE

Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.

All'articolo 3 (3 comma) TUE, invece, l'Unione afferma di includere la lotta contro le discriminazioni e promozione della parità fra uomini e donne nelle priorità da affrontare nello stabilimento del mercato interno:

²²Sull'importanza che il principio di non discriminazione ha rivestito nell'ordinamento UE si veda R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, LGDJ, Paris, 2003, 42. D. Martin, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2006. Secondo questi autori, gran parte dello sviluppo del mercato interno si deve proprio all'utilizzo fatto dalla Corte di questo principio. Gli stessi autori fanno poi notare la progressiva emancipazione del principio di non discriminazione dalla sfera economica per collocarsi in quella dei diritti soggettivi. Inutile rimarcare come queste considerazioni siano di ancora maggiore attualità al giorno d'oggi, con la sempre maggiore autonomia posseduta dal principio di non discriminazione e con l'entrata in vigore della Carta e con la sempre maggiore attenzione dedicata ai diritti dei cittadini europei nei trattati.

²³ V. anche quello che dice la stessa Commissione Europea nella Comunicazione COM (95) 653 del 13 Dicembre 1995 su razzismo, xenofobia ed antisemitismo: "[...] The right to equal treatment and freedom from discrimination is one of the core principles underlying all Community policies."

²⁴ S.A. Scheingold, *The Rule of Law in European Integration*, Westport, Greenwood Press, 1976. E.B. Haas, *The Uniting of Europe*, cit. *supra*. E.B. Haas, *Beyond the nation state: functionalism and international organizations*, Stanford University Press, Stanford, 1964.

Art. 3.3 TUE

“L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore.”

Un ulteriore ambito dei trattati in cui il principio di non discriminazione gioca un ruolo molto importante è quello delle competenze dell'Unione Europea.

Articolo 8 TFUE

(ex articolo 3, paragrafo 2, del TCE)

Nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne.

Articolo 10 TFUE

Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Ulteriori elementi che suggeriscono la centralità del principio di non discriminazione si possono reperire nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Già nel momento in cui l'architettura istituzionale dell'Unione Europea era improntata principalmente all'integrazione economica, gli avvocati generali Van Gerven e Tesauero definivano il principio di non discriminazione come la “pietra agolare”²⁵ del diritto della Comunità Europea, seppure con riferimento alle quattro libertà fondamentali.

Il principio di non discriminazione si è poi emancipato progressivamente dalle libertà fondamentali, ed ha acquisito una sua indipendenza all'interno del diritto dell'Unione Europea. Due sentenze della Corte di Giustizia attraverso le quali è possibile apprezzare questo cammino, e che saranno ulteriormente dettagliate più avanti in questo lavoro. La

²⁵ Conclusioni dell'A.G. Van Gerven, C-340/89, *Vlassopolou*, par. 6. Conclusioni dell'A.G. Tesauero, C-63/89, *Les Assurance du Credit et Companie belge d'assurance credit S.A.*, par. 11.

prima è *Mangold*²⁶, nella quale per la prima volta la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'applicazione del principio di non discriminazione *sulla base dell'età* alle controversie fra privati, conferendogli dunque quello che si definisce “effetto diretto orizzontale”²⁷. La questione ineriva l'applicazione della direttiva 2000/78/CE, la quale, secondo il dettato dei trattati istitutivi non può istituire obblighi in capo agli individui, poiché è caratteristica delle direttive essere strumento legislativo che vincola gli stati al raggiungimento di determinati obiettivi senza generare diritti in capo ai singoli. Questa dottrina è stata più volte ribadita dalla Corte²⁸, anche se si era ingenerata una qualche incertezza, legata soprattutto al fatto che la stessa Corte aveva per un certo tempo elargito l'efficacia diretta orizzontale in maniera piuttosto libera, giungendo persino ad attribuirle a determinate disposizioni dei Trattati²⁹ (che, come è noto, sono fatte per essere dettagliate dagli stati membri). E poiché l'intento della Corte in questo caso non è altro se non assicurare l'*effetto utile* del diritto dell'Unione, fornendo ai cittadini gli strumenti per rimediare in maniera autonoma alle violazioni degli stati membri,

²⁶ C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, raccolta 2005 I-09981.

²⁷ Non si ignora qui il dibattito, sterminato, sulla diretta applicabilità e l'effetto diretto dei principi generali di diritto e degli ulteriori strumenti giuridici, siano essi di origine legislativa o giurisprudenziale. Si segnala ulteriormente il dibattito, in giurisprudenza ed in dottrina, riguardo l'efficacia diretta verticale od orizzontale delle direttive, o persino della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Per tutti si vedano B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011. J.H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, 53. Si veda anche J. M. Prinssen, A. Schrauwen, *Direct effect : rethinking a classic of EC legal doctrine*, Europa law, Groningen, 2002. Fra i contributi in riviste si segnala invece: S. Prechal, *Does direct effect still matters?*, *Common Market Law Review*, 2000 (4), 1047. Ulteriori contributi più datati ma che costituiscono un punto di riferimento in materia sono C. W. A. Timmermans, *Directives: their Effect within the National Legal Systems*, *Common Market Law Review*, 1979 (4), 533. J. A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, *Common Market Law Review*, 1972 (4), 425.

²⁸ Si veda la famosa giurisprudenza Marshall, nella quale la Corte di Giustizia ha ricordato che il conferimento dell'effetto diretto delle direttive andrebbe contro la natura dello strumento giuridico. C-271/91, *M. Helen Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR I-91 04367. La sentenza Marshall è stata più volte ripresa dalla Corte di Giustizia ogniquale una corte nazionale sollevava una questione pregiudiziale inerente alla applicazione delle direttive alle controversie fra privati. Da ultimo si veda C-282/10, *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*, pubblicato nella raccolta elettronica.

²⁹ L'attribuzione dell'efficacia diretta orizzontale all'articolo 119 TCE (ora 152 TFUE) sulla parità di retribuzione fra uomo e donna sul luogo di lavoro. C-149/77, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, raccolta I-78 01365.

sembrava coerente che al conferimento dell'efficacia diretta orizzontale ad alcune disposizioni dei Trattati conseguisse quello alle direttive. Tuttavia, poiché questo passo avrebbe comportato un superamento, e non di poco conto, del principio di attribuzione, la Corte di Giustizia ha giustificato i casi in cui le disposizioni contenute all'interno delle direttive dell'Unione Europea venivano applicate alle controversie tra privati attraverso l'applicazione dei principi fondamentali da cui traevano ispirazione le direttive stesse. Dunque, in *Mangold* la direttiva 2000/78/CE non è stata ritenuta applicabile in quanto tale, ma bensì come espressione del più alto principio di non discriminazione sulla base dell'età. Questo passaggio è stato poi ribadito dalla Corte di Giustizia anche in *Kucukdeveci*³⁰, dove la Corte di Giustizia ha chiarito, seppure con qualche incertezza che ha spinto taluni interpreti a parlare di effetto diretto orizzontale delle direttive, ancora una volta che non sono i diritti contenuti nella Carta o nelle direttive ad essere attuabili in giudizio davanti alle corti nazionali, bensì il principio di non discriminazione, o quantomeno alcuni specifici aspetti di questo principio³¹. Il conferimento dell'effetto diretto orizzontale al principio di non discriminazione testimonia il rango che esso ha assunto e suggerisce che tale principio occupi un posto particolare fra i principi fondamentali che fanno parte dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Non è questo l'unico dettaglio che spiega la relazione fra il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale, seppure è forse uno dei più rilevanti.

Non si possono poi neppure ignorare le ulteriori disposizioni dei Trattati che si occupano di discriminazioni, soprattutto per quanto riguarda la discriminazione sulla

³⁰ C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, raccolta 2010 I-00365.

³¹ Per quanto concerne il principio di non discriminazione, sinora la Corte di Giustizia ha riconosciuto efficacia orizzontale a quello sulla base dell'età, della nazionalità, della razza (sentenza *Deckmyn*) e del genere. Come si descriverà più avanti in questo lavoro, non tutti gli aspetti del principio di non discriminazione sono attuabili nelle controversie fra i privati, ed è necessario chiedersi le ragioni di questa scelta (che può essere forse reperita nel consenso degli stati membri rispetto a queste misure).

base della nazionalità³², la politica agricola³³, la libera circolazione delle merci³⁴, la libera circolazione delle persone³⁵ (intesa sia come circolazione dei lavoratori subordinati che come libertà di stabilimento), la libera circolazione dei capitali³⁶, trasporti³⁷, la disciplina degli aiuti di stato³⁸, in tema di base giuridica³⁹, di parità di retribuzione fra uomo e donna⁴⁰, di “territori d’oltremare”⁴¹, di aiuti umanitari⁴² e di cooperazione rafforzata⁴³.

4. La necessità e la novità di un’analisi sul contributo del principio di non discriminazione all’identità costituzionale dell’Unione Europea

L’autore non ignora certamente che i lavori che hanno per oggetto lo studio del principio di non discriminazione sono tanti e poderosi. Tuttavia, la novità offerta da questa analisi è che non è volta ad esaminare tutto lo spettro occupato dal principio di non discriminazione (come peraltro fanno già altri testi), ma soltanto quegli aspetti del

³² Art. 18 – 19 – 20 – 21 – 22 – 23 – 24 – 25 TFUE.

³³ Art. 40 TFUE.

³⁴ Art. 36-37 TFUE.

³⁵ Art. 45 TFUE.

³⁶ Art. 65 TFUE.

³⁷ Art. 95 TFUE.

³⁸ Art. 107.2 a) TFUE.

³⁹ Art. 114.6 TFUE.

⁴⁰ Art. 157 TFUE.

⁴¹ Art. 200 TFUE. Sono quei territori che fanno parte del territorio di uno o più stati membri o che con loro hanno particolari accordi di associazione, ma che non fanno necessariamente parte dell’Unione Europea a causa dell’autonomia loro concessa rispetto al dispiegamento degli effetti giuridici degli accordi di adesione all’Unione Europea concessi ai singoli stati. Esempi ne sono la Groenlandia, la Polinesia Francese, Aruba, le Isole Vergini, le Bermuda. Questi territori sono soggetti a particolari limitazioni per quanto riguarda l’imposizione di nuovi dazi sulle merci in entrata ed in uscita, che possono dare origine a discriminazioni basate sulla provenienza merceologica.

⁴² Art. 214.2 TFUE.

⁴³ Art. 326 TFUE.

principio che hanno fornito un contributo specifico allo sviluppo dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. La lotta contro talune specifiche tipologie di discriminazione che sono da lungo tempo conosciute dalla Corte di Giustizia (nazionalità e genere) e contro altre invece introdotte decisamente più di recente (età, religione, orientamento sessuale, disabilità e razza) che sono contenute nelle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, ha giustificato l'introduzione di strumenti giuridici, legislativi e giurisprudenziali, che hanno arricchito l'identità costituzionale dell'Unione Europea, prendendo spunto dall'identità costituzionale degli stati membri, ma a volte differenziandosene⁴⁴. L'introduzione di strumenti come il congedo di maternità o paternità, le azioni positive a sostegno della parità di trattamento fra uomo e donna, l'introduzione di linee guida del Consiglio sulla libertà religiosa, una tutela *de minimis* nei confronti dei diritti degli omosessuali, la definizione dello status di cittadino europeo come "status fondamentale del cittadino degli stati membri", che non può essere superato neppure laddove non si applichi il diritto dell'Unione Europea (e dunque capace, in casi particolari, di vincere il principio di attribuzione delle competenze) e, non da ultimo, l'applicazione anche nelle controversie fra privati del principio di non discriminazione sulla base dell'età (con conseguenti riflessi in termini di *effetto utile* e di sostegno nei confronti del principio del primato), sono il contributo principale che tale principio è stato in grado di offrire al processo di formazione dell'identità costituzionale europea.

5. Indicazioni metodologiche

Per dare ragione del contributo offerto dal principio di non discriminazione all'identità costituzionale europea si è scelto un approccio casistico, al tempo stesso *analitico*, perché tenta di coprire una parte più ampia possibile della giurisprudenza in materia, e *dogmatico*, perché inteso a giustificare il ruolo preminente svolto dal principio di non

⁴⁴ Il caso della tutela offerta alla non discriminazione sulla base della religione e dell'orientamento sessuale è significativo. Anche la tutela contro la discriminazione sulla base della nazionalità è una peculiarità dell'ordinamento costituzionale dell'Unione che non trova un contraltare in quella degli stati membri.

discriminazione nell'ordinamento dell'Unione Europea. Per questo nella prima parte di questo lavoro si analizzerà la struttura del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁵, con l'intento di spiegare il ragionamento logico-giuridico che soggiace alle argomentazioni della Corte. Per spiegare il contributo offerto da questo principio, infatti, non basta descriverne gli effetti. E' importante comprendere l'uso che le Corti europee hanno fatto di questo principio attraverso diversi strumenti giuridici, come (ma non esclusivamente) il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia e il ricorso davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. In particolare, è fondamentale capire il modo in cui le due Corti arrivano a sostenere la comparabilità di due situazioni che, almeno da una prospettiva esterna, si presentano differenti nella maggioranza dei casi. Solo una volta compiuta questa analisi, nella prima parte di questa ricerca, si potrà provvedere alla analisi del contributo offerto dalla lotta contro determinate tipologie di discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea, ed in particolare dalla lotta contro: la discriminazione sulla base dell'età, del genere, della nazionalità, della religione e dell'orientamento sessuale. Le ragioni di questa scelta constano principalmente nel fatto che le tipologie elencate sono quelle che sono previste agli articoli 18 e 19 del TFUE e che sono fornite di una base giuridica specifica per darne attuazione tramite il diritto derivato. Dunque, nella seconda parte di questo lavoro ci si occuperà del contributo fornito all'identità costituzionale dell'Unione Europea dalla lotta contro la discriminazione sulla base della nazionalità (art. 18 TFUE e direttiva 2004/38/CE), del genere (articolo 19 TFUE, direttive 2006/54/CE e 2004/113/CE), della religione o del credo, dell'orientamento sessuale, della disabilità o dell'età (articolo 19 TFUE e direttiva 2000/78/CE) e della razza (articolo 19 TFUE e direttiva 2000/43/CE).

⁴⁵ La Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo ha, ex art. 6 TUE, valore di principio generale del diritto dell'Unione Europea. Nell'Aprile 2013, poi, i negoziati per l'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sono terminati con la stesura dell'accordo, sul quale la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è espressa con parere negativo. Sul punto si veda la

**Sezione I: la struttura del giudizio sulla discriminazione davanti alle
Corti Europee**

*Prima Parte: il giudizio davanti alla Corte Europea dei Diritti
dell'Uomo*

Capitolo I

**L'introduzione del giudizio e
l'individuazione dello svantaggio nella
giurisprudenza della Corte Europea dei
Diritti dell'Uomo**

Il giudizio sulla discriminazione rappresenta l'applicazione concreta del principio di non discriminazione. Attraverso di esso si può comprendere in che modo la Corte ha sviluppato e personalizzato la tutela offerta dalla CEDU al principio di non

discriminazione⁴⁶. Al momento in cui la Convenzione è stata aperta alla firma il 4 Novembre 1950 il testo prevedeva la menzione del divieto di discriminazione all'articolo 14 secondo una formulazione che per l'epoca rappresentava una novità di rilievo, per il dettaglio cui era sottoposta la tutela e per l'individuazione di specifiche tipologie di discriminazione nei confronti delle quali il testo della Convenzione era espressamente indirizzato:

Article 14 of the European Convention of Human Rights

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.⁴⁷

⁴⁶ Su cui si vedano: Jacobs, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 1976, p.188. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 175.; S. Livingstone, *Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 25. Schokkenbroek, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, *Human Rights Law Journal*, Vol. 19, 1998.; Arnadóttir, *Equality and non discrimination under the European Convention of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2004. Wintemute, "Within the Ambit": *How is the Gap in Article 14 European Convention on Human Rights?*, *European Human Rights Law Review*, 2004, p. 366. Van Dijk & Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Intersentia, 2006, p. 1027. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007. Sudre & Surrel, *Le droit a la discrimination au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008. Malik, Bamforth & O'Conneide, *Discrimination Law, Theory and Context*, London, Sweet and Maxwell, 2008. O'Connell, *Cinderella comes to the Ball: Article 14 and the right to non-discrimination in the ECHR*, *The Journal of the Society of Legal Scholars*, 2009(2) p. 211. Cassetti (a cura di), *Diritti principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012. *Handbook on non discrimination*, FRA, 2011. Dolso & Spitalieri, *Commento all'art. 14*, in Bartole, De Sena, Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Milano, Cedam, 2012, p. 518. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, Jovene, 2013.

⁴⁷ Si veda però anche la versione francese (ugualmente vincolante), che pare avere un'ambito di applicazione ancora più ampio a causa dell'utilizzo della parola *distinction*: «*La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.*» Sul punto si veda poi *Belgian Linguistic*, in cui la Corte afferma che la versione che più risponde alla natura del divieto di discriminazione secondo il mandato degli stati membri è quella inglese.

Se infatti si procede all'esame dello spazio dedicato al principio di non discriminazione nei testi convenzionali risalenti allo stesso periodo della Convenzione o comunque di poco successivi, si comprende che è ben diverso il risalto concesso al principio. Nell'unico testo che cronologicamente precede la Convenzione, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, si prevede la menzione del divieto di discriminazione nell'articolo 2⁴⁸. E' evidente che i lavori preparatori della Convenzione avevano in mente questo precedente, perché il testo presenta somiglianze notevoli. Quello che è diverso, invece, è il contesto: il carattere della Dichiarazione Universale è eminentemente programmatico, mentre la Convenzione è stata concepita come testo giuridicamente vincolante destinato all'applicazione giurisdizionale. Questo non limita naturalmente la dimensione storica dell'asserzione contenuta nella Dichiarazione, che permette al principio di non discriminazione di fare il suo ingresso all'interno del diritto internazionale moderno.

Article 2, Universal Declaration of Human Rights

«Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

Il diritto internazionale ha poi assicurato la tutela della discriminazione attraverso altri strumenti: è sufficiente ricordare l'art. 3 della Convenzione sui Rifugiati del 1951, l'art. 3 della Convenzione sugli apolidi del 1954, l'art. 1.1 della Convenzione n.11 dell'Organizzazione Internazionale sul Lavoro concernente la discriminazione in materia di impiego e professionale (1958), l'art.1.1 della Convenzione UNESCO (1960) concernente la lotta alla discriminazione nel campo dell'educazione, e l'articolo 1.1

⁴⁸ Anche l'articolo 7 della Dichiarazione cita il divieto di discriminazione all'interno del principio di uguaglianza davanti alla legge: «*All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.*»

della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale(1965). Si ricordano poi anche la Carta Sociale Europea (del 1961), che nel preambolo menziona appunto il termine discriminazione, ed i Patti internazionali del 1966 relativi ai diritti sociali, economici e culturali, nonché quelli relativi ai diritti civili e politici, che menzionano all'art. 2 una formula molto simile a quella già proposta nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Si tralasciano qui naturalmente i riferimenti più precisi all'ordinamento dell'Unione Europea, poiché saranno oggetto di specifico esame nei capitoli dedicati più avanti.

Dal punto di vista del testo convenzionale, la Convenzione EDU è rimasta immutata sin dal 1950. L'unica novità di rilievo è stata quella dell'introduzione, nel 2000, della clausola generale di divieto di discriminazione all'articolo 1 del Protocollo n.12.

L'obiettivo principale di questa innovazione è quello di introdurre una censura delle discriminazioni che sia autonoma ed indipendente dal contenuto degli altri diritti della Convenzione, in modo tale da permetterne una più estesa tutela. Tuttavia la sua portata è sinora limitata dal numero non eccessivamente alto di ratifiche da parte degli stati membri⁴⁹, tra cui soltanto Spagna e Olanda dei paesi maggiormente popolati.

Protocol n. 12, article 1 – General prohibition of discrimination

The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

Dopo questa analisi dello stato dell'arte, si comprende quale sia stata la portata innovativa del primo divieto di discriminazione inscritto all'interno di una Convenzione internazionale, soprattutto dopo l'istituzione nel 1959 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, deputata al controllo giurisdizionale sull'applicazione della Convenzione da parte degli stati che vi hanno aderito. La tutela giurisdizionale assicurata dal principio all'interno del Consiglio d'Europa però pone dei problemi fondamentali: innanzitutto,

⁴⁹ Sinora sono 19 gli Stati che hanno ratificato il protocollo n. 12.

assicurare la protezione della Convenzione in un sistema che è arrivato sino ad avere 47 Stati membri, espressione di tradizioni giuridiche molto diverse. E, ancora più importante, garantire la legittimazione di una Corte che è basata sul mandato degli stati membri e non su un testo costituzionale o sulla necessità di amministrare la giustizia a livello nazionale. Per questo il giudizio di uguaglianza ha favorito la nascita di strumenti⁵⁰ di interpretazione che permettessero di lasciare agli stati membri la possibilità di applicare la Convenzione adattandola alle proprie tradizioni giuridiche. Tra questi quello che ha avuto più successo è sicuramente il margine di apprezzamento⁵¹, che prende spunto dalla dottrina francese sul *margin d'appreciation*, e che consente agli stati di vedere giustificate talune violazioni della Convenzione fintanto che rientrano all'interno del margine individuato di volta in volta dalla Corte⁵². Accanto a questo si è imposto un altro strumento per risolvere le questioni giuridiche il cui accomodamento potrebbe costituire una ragione di scontro politico con gli stati membri coinvolti (sino al limite estremo del loro ritiro dalla Convenzione⁵³): la *teoria del consenso*, attraverso la quale un singolo stato membro può venire vedere limitato od aumentato il suo margine di apprezzamento in virtù del diverso livello di tutela

⁵⁰ Nota terminologica: nel riferirsi alle modalità con cui la Corte ha affrontato le peculiarità dell'ordinamento giuridico della Convenzione si preferisce qui ricorrere alla parola *strumenti*, piuttosto che a quella di *dottrine*. Questo perché è evidente che la sistematizzazione delle costruzioni giurisprudenziali che vedremo in seguito non abbia i caratteri di coerenza e rigore tipici delle dottrine giuridiche (né ci si aspetta che li abbia, per il suo carattere finalistico) ma sia il prodotto dell'analisi dei costi e dei benefici che ciascuna decisione della Corte può portare al fragile compromesso alla base del Consiglio d'Europa.

⁵¹ Tra chi ritiene il margine di apprezzamento una dottrina, si veda Sapienza, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Rivista di diritto internazionale, 1991, p. 571. Fra chi invece non lo ritiene sufficientemente coerente si veda Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights*, Human Rights Files, Council of Europe Publishing, 2000. Per una ricostruzione completa si veda invece Arai, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Bruxelles, 2002. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 145.

⁵² Per una trattazione approfondita rimandiamo al paragrafo 1.4 del presente capitolo.

⁵³ Cosa peraltro già successa con la Grecia, che si era ritirata dalla Convenzione nel 1969 per poi tornare a farne parte nel 1974.

assicurato da un numero considerevole di stati membri, comunque tale da fare ritenere che vi sia un diffuso favore alla messa in opera od alla censura della misura⁵⁴.

Un'altra questione che ha influito notevolmente sul giudizio di uguaglianza è l'esigenza di interpretare la Convenzione secondo lo spirito dei tempi. In effetti una Convenzione introdotta nel 1950 (per quanto sia generale il carattere della sua formulazione) è uno strumento che pone problemi interpretativi di natura multiforme. Per questo si ricorre sempre più spesso alla nozione di *interpretazione evolutiva o dinamica*⁵⁵ della Convenzione per giustificare il discostarsi dei giudici dalla interpretazione letterale. Un esempio particolarmente evidente dell'utilizzo di questa tecnica è la tutela nei confronti della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, la quale non è inclusa fra le tipologie espresse nell'articolo 14 della Convenzione. Tuttavia, si ritiene che essa debba essere tutelata proprio in virtù del fatto che all'epoca della stipula della Convenzione non era ancora emersa la necessità di proteggere da questa categoria di discriminazioni. Questi strumenti di interpretazione, dei quali si è dato brevemente conto, caratterizzano in modo del tutto peculiare il giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo rispetto a quello della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Pur senza nulla togliere alla centralità delle diverse fasi del giudizio, ne influenzano fortemente lo sviluppo, aumentando o diminuendo le possibilità di giustificare la violazione della Convenzione.

1. La struttura e le caratteristiche del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani

La tutela in giudizio del principio di non discriminazione ha una articolazione che lo distingue da tutte le altre ipotesi di verifica delle violazioni della Convenzione. Se altre ipotesi di tutela della convenzione seguono lo schema tradizionale dell' a) ammissibilità, b) individuazione della violazione incorsa e c) cause di giustificazione, il giudizio sulla

⁵⁴ Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Public Law, 2011, p. 541.

⁵⁵ Su cui si veda: Arai, cit. Dzehtsiarou, *European Consensus and Evolutive Intepretation of the Convention*, German Law Journal, 2011 (10), p. 1730.

discriminazione aggiunge una fase molto importante: la fase di comparazione. Come si può intuire dall'analisi dei testi convenzionali presentati sopra, la tutela dalla discriminazione non può esistere a sé stante, ma proprio per la sua natura di principio di interpretazione tradotto in atto necessita di essere abbinata alla tutela assicurata dalla Convenzione ad altri diritti. In virtù del suo carattere accessorio, le cause intentate sulla base dell'articolo 14 rappresentano un numero decisamente meno cospicuo rispetto a quelle intentate sulla base di altri articoli. Il numero più alto di cause si rileva⁵⁶ soprattutto per le violazioni in congiunzione con i diritti inclusi all'art. 8 (diritto alla vita privata e familiare) e 9 (libertà di religione). Sono un buon numero anche le violazioni richiamate sulla base del combinato disposto fra l'articolo 12 e l'articolo 14.

L'accessorietà del giudizio è comunque un dato che non si può eludere, e che è necessario tenere presente quando si istruisce una causa avanti alla Corte Europea dei Diritti Umani. E' anche una differenza importante della tutela offerta dalla Convenzione rispetto alla tutela offerta dall'Unione Europea, poiché nell'ordinamento comunitario la tutela dalla discriminazione ha una netta connotazione autonoma, collegata anche al suo carattere di motore dell'integrazione degli stati membri. Mentre nella CEDU, che è in fondo l'ultimo livello di giudizio disponibile negli ordinamenti degli stati che vi aderiscono, si procede sempre attraverso l'aggancio della tutela offerta dal principio con quella degli altri diritti protetti. Questo anche perché la tutela dalla discriminazione offerta dalla CEDU è una tutela sul merito, mentre quella avanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea è una tutela incidentale, sull'interpretazione o sulla validità della norma impugnata secondo il diritto dell'Unione Europea. Anche per questa ragione, la tutela offerta dalla Convenzione ex articolo 14 è una tutela più vasta (ma non altrettanto penetrante) rispetto a quella offerta dall'Unione Europea, che invece deve mantenersi all'interno dell'ambito delle sue competenze⁵⁷. Il principio di attribuzione infatti limita la censura delle ipotesi di discriminazione a quelle descritte nei Trattati e nella Carta,

⁵⁶ Fonte: database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Hudoc).

⁵⁷ All'interno dell'ordinamento dell'Unione però gli stati non possono contare sui complessi meccanismi di giustificazione che invece caratterizzano la CEDU.

cosa che non accade per la Convenzione, che non è soggetta a limitazioni materiali riguardo all'ambito di applicazione. Questo fattore ha creato i presupposti per un'interpretazione ampia del divieto di discriminazione da parte della Corte, che ha precisato in diverse occasioni come la natura della proibizione delle discriminazioni non sia limitata a determinate tipologie ma sia piuttosto un divieto generale. Questo pone delle questioni non da poco, soprattutto in relazione a coloro che sostengono che il mandato originale della convenzione fosse ben più ristretto⁵⁸. Non si può ignorare però anche che vi siano esigenze di effettività della tutela, che fanno propendere per una interpretazione della Convenzione che abbracci anche quelle tipologie di discriminazione che non erano nel piano originale degli stati membri della Convenzione. Anche perché la Convenzione presenta già per sua natura dei problemi intrinseci in relazione alla efficace trasposizione delle pronunce della Corte a livello nazionale⁵⁹, legate al carattere monista o dualista degli ordinamenti che ne fanno parte. Per cui sarebbe molto delicato non tenere conto in sede interpretativa delle esigenze emerse dalla evoluzione della società.

Compiuta una analisi preliminare delle caratteristiche del giudizio sulla discriminazione, procediamo ora nell'esposizione della struttura peculiare del giudizio, che come detto si compone delle fasi descritte più quella ulteriore della comparazione.

1.1. La fase di valutazione ed ammissibilità dei motivi d'appello

L'ammissibilità dei motivi di appello che dettagliano la violazione della discriminazione è determinata dal carattere accessorio e sussidiario della violazione sulla discriminazione rispetto alla violazione degli altri diritti protetti. La Corte in questa fase si preoccupa soprattutto di valutare se la violazione di cui si chiede la censura implichi

⁵⁸ Un esempio interessante è quello del difficile rapporto fra alcuni studiosi inglesi e l'interpretazione evolutiva della Convenzione, bene testimoniata in Hoffmann, *Bringing rights back home: making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, 2011, Michael Pinto-Duschinsky. Editore.

⁵⁹ Si veda il rapporto 2013 del Comitato dei Ministri sull'esecuzione ed applicazione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, reperibile al link http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2013_en.pdf

effettivamente un coinvolgimento dell'articolo 14 e non abbia invece una natura diversa, basata sulla violazione indipendente di uno degli altri articoli della Convenzione. Questo perché, come già detto, la valutazione sulla sussistenza di una violazione dell'articolo 14 è sempre preceduta, nella struttura del giudizio di non discriminazione, dalla valutazione sulla sussistenza di una violazione di altro articolo della Convenzione (*carattere sussidiario*). Oltre a ciò, bisogna anche rilevare che il divieto di non discriminazione deve sempre presentare un legame con uno degli altri diritti tutelati nella Convenzione, perché non può sussistere, almeno secondo un'interpretazione dominante, in maniera autonoma rispetto ad essa (*carattere accessorio*). Questa posizione pare suggerire un ruolo più ridotto per il principio di non discriminazione⁶⁰ all'interno della Convenzione. Vi è però chi nota⁶¹ come attraverso l'interpretazione evolutiva della Convenzione sia possibile mettere in dubbio la concezione sussidiaria del principio di non discriminazione fino a giungere ad una sua progressiva emancipazione, rilevando come la Corte in almeno una decisione riguardo l'ammissibilità⁶² sembri avere accettato la sempre maggiore portata del principio di cui all'articolo 14:

«The prohibition of discrimination in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and Protocols require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention article, for which the State has voluntarily decided to provide.»⁶³

⁶⁰ Arnadottir, cit. p. 37.

⁶¹ Tulkens, *L'Evolution du Principe de non discrimination a la lumiere de la jurisprudence de la Court Européenne des Droits de l'Homme*, in Carlier (a cura di), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.197, ma anche Dolso, cit. p. 25.

⁶² *Stec and others v. The United Kingdom*, 6 Luglio 2005.

⁶³ *Stec and others*, par. 40.

E' dunque limitato descrivere il divieto di discriminazione soltanto in termini di dipendenza da altri principi della Convenzione, poiché l'evoluzione cui sono sottoposti i diritti protetti ha il potenziale necessario per superare questa distinzione.

1.2. L'individuazione della forma della discriminazione

Se la Corte ritiene che la questione possa riguardare effettivamente una violazione dell'articolo 14, allora si pone il problema dell'individuazione della forma che assume la violazione del divieto di discriminazione. A questo livello, la discriminazione rimane ancora una ipotesi, poiché per valutarne l'effettiva sussistenza è necessario attendere la fase successiva, quella della comparazione. Per il vero, le due fasi non sono nettamente separabili⁶⁴ poiché alla fase dell'individuazione segue immediatamente quella della comparazione, per cui tra le due vi è uno stretto rapporto funzionale. La ragione per cui larga parte della dottrina propende per questa scelta è che ponendo eccessivamente l'accento sulla comparazione si possa sminuire il ruolo del principio di non discriminazione. Per cui si tende a ricomprenderla ora all'interno di quella che individua la forma della discriminazione, ora all'interno di quella che invece la giustifica. E' invece vero che per l'orizzonte sempre più pregnante della tutela della discriminazione, che introduce una sorta di presunzione di uguaglianza nei rispetti di molte tipologie di discriminazione, è importante porre il giusto accento sulla fase di comparazione, che sarà trattata successivamente in maniera autonoma.

Le forme più comuni che i comportamenti discriminatori possono assumere appartengono a tre tipologie diverse: discriminazione diretta, discriminazione indiretta e intimidazione (*harassment*). Rispetto all'ordinamento comunitario, però, dove tutte e tre le forme sono riconosciute a livello della legislazione secondaria, la Cedu ha sempre riconosciuto soprattutto le forme di discriminazione diretta, lasciando in secondo piano discriminazione indiretta e le varie forme di intimidazione. Questo è naturalmente connesso con la moltitudine di ordinamenti che fanno parte della Convenzione, e che si

⁶⁴ Si vedano per esempio Mahlik, Arnadottir e l'Handbook on non Discrimination (FRA) che trattano la fase di comparazione e quella di individuazione della forma di discriminazione in maniera non disgiunta.

riflettono nelle diverse nazionalità dei giudici che fanno parte della Corte. Pertanto è sicuramente molto più difficile, in mancanza di un apparato legislativo e di una forte struttura istituzionale che invece caratterizzano l'Unione Europea, trovare punti di accordo fra le differenti tradizioni giuridiche che ciascun membro della Corte riflette. E' invece più semplice riuscire a trovare espressioni comuni sulle forme più evidenti di discriminazione, quelle dirette, che sono quantomeno formalmente riconosciute dagli ordinamenti di molti stati membri. Questo pone delle problematiche che sono comunque rilevanti, poiché le forme che le discriminazioni assumono ormai nella maggior parte dei casi sono sempre meno dirette e sempre più indirette o intimidatorie.

1.2.1. Le discriminazioni dirette

Quando una persona è trattata in maniera manifestamente diversa rispetto ad un'altra persona che si trova in una situazione uguale (o almeno comparabile) allora si versa in una situazione di discriminazione diretta⁶⁵. Questo tipo di discriminazione è uno dei più facili da individuare, perché la differenza di trattamento perpetrata è spiegabile soltanto con l'appartenenza del soggetto discriminato ad una delle categorie individuate dall'articolo 14, che comunque non costituisce un catalogo chiuso, ma ampliabile sulla base della giurisprudenza. Il concetto di discriminazione diretta non ha trovato sin da subito una collocazione all'interno della giurisprudenza della Convenzione, perché con ogni probabilità all'epoca del primo caso in cui la Corte si fa carico di esaminare una violazione dell'articolo 14 della Convenzione, il *Caso Linguistico Belga*, non era ancora sorta l'esigenza di distinguere fra le diverse tipologie. Per il vero, questa distinzione non viene neppure fatta, sino ad un'epoca molto recente, nella giurisprudenza successiva, ma questo essenzialmente perché l'unica forma di discriminazione riconosciuta dalla Corte era quella diretta.

⁶⁵ *Belgian Linguistic Case*, 23 Luglio 1968, par. 9. Più recentemente in *Carson and Others v. the United Kingdom*, 16 Marzo 2010; par. 61. *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 13 Novembre 2007, para. 175; *Burden v. The United Kingdom*, 29 Aprile 2008, par. 60.

La riluttanza della Corte nel riconoscere le diverse forme di discriminazione sembra dovuta ad una concezione analitica⁶⁶ e rigorosa⁶⁷ di uguaglianza, da cui poi discende una minore probabilità di individuare la discriminazione. Il rovescio della medaglia è che se la concezione di uguaglianza è particolarmente rigorosa, allora l'ambito in cui il divieto di discriminazione potrà operare sarà ridotto in maniera considerevole. Per questo Mahlik, criticando la giurisprudenza della Corte, afferma che la nozione di discriminazione diretta non deve riflettere una concezione ristretta di uguaglianza, bensì essere strumentale al concetto di uguaglianza. Alcuni stralci delle motivazioni del *Caso Linguistico Belga* possono fare comprendere la differenza profonda che vi è nel ragionamento dei giudici della Corte di allora rispetto al linguaggio tipico del diritto antidiscriminatorio odierno:

«In spite of the very general wording of the French version ("sans distinction aucune"), Article 14 (art. 14) does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognised. This version must be read in the light of the more restrictive text of the English version ("without discrimination")»

In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 (art. 14) an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognised. (par. 10)

Il primo tentativo di dare una definizione più ordinata al concetto di discriminazione diretta è comunque di qualche anno successivo al *Caso Linguistico Belga*, in *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*⁶⁸ un caso di supposta discriminazione sulla base dell'appartenenza religiosa di studenti di scuole danesi che erano sottoposti

⁶⁶Arnadottir, p. 39

⁶⁷Mahlik et al. p. 237.

⁶⁸ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 Dicembre 1976.

all'obbligo di frequentare le lezioni di educazione sessuale all'interno delle scuole pubbliche.

The Court first points out that Article 14 prohibits, within the ambit of the rights and freedoms guaranteed, discriminatory treatment having as its basis or reason a personal characteristic ("status") by which persons or groups of persons are distinguishable from each other.⁶⁹

La giurisprudenza della Corte in relazione alla definizione di discriminazione diretta non varia poi in maniera sensibile rispetto alla posizione presa in queste sentenze, ma costituisce un punto di partenza: da qui partono tutte le linee direttrici che conducono alle ulteriori tipologie di discriminazioni ed alle altre fasi del giudizio.

1.2.2. Le discriminazioni indirette

Questo genere di comportamenti che violano il divieto di discriminazione rappresentano una delle prospettive future di sviluppo del diritto antidiscriminatorio, poiché sono sempre più frequentemente individuate nella prassi e nella normativa degli stati membri. Non sono per il vero ipotesi di facile evidenziazione, poiché rappresentano comportamenti che *prima facie* non paiono discriminatori, e che rivelano il loro intento soltanto ad una analisi più accurata. Le discriminazioni indirette rappresentano la seconda fase della lotta alle discriminazioni, quella in cui non solo ci si pone il problema di contrastarne l'insorgere, ma anche di censurare quelle pratiche che sono soltanto potenzialmente generatrici di una discriminazione. Un esempio abbastanza comune è quello, ai fini dell'attribuzione di una posizione lavorativa, di prediligere persone disposte a dare una disponibilità a tempo pieno rispetto a quelle disposte a darla a tempo parziale, requisito che finisce inevitabilmente per danneggiare le candidate di sesso femminile rispetto a quelle di sesso maschile.

⁶⁹ *Keijlsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 Dicembre 1976, par. 56.

Per identificare questo genere di discriminazioni è dunque necessario conoscere approfonditamente l'ambiente in cui si sviluppano, al fine di poterne identificare correttamente la portata. Proprio per questo la Corte di Strasburgo è stata storicamente più restia di altre corti ad accoglierle fra le forme di discriminazione riconosciute. Il ruolo della Corte EDU è in effetti un ruolo sussidiario, che si declina all'interno di un apprezzamento per la sua applicazione che è concesso agli stati membri. All'interno di questo margine i giudici di ciascuno stato dovrebbero poter essere in grado di giudicare quali prassi o misure introdotte sono surrettiziamente in grado di essere discriminatorie. Il giudice internazionale ha invece maggiori difficoltà ad effettuare l'analisi, che potrebbe peraltro condurre alla sopravvalutazione di determinati fattori piuttosto che alla sottovalutazione di altri. Solo in ragione della consapevolezza di questo ruolo di arbitro dei diritti fondamentali si può spiegare l'accortezza con cui la Corte ha accolto le istanze provenienti dai ricorrenti in merito alle ipotesi di discriminazioni indirette. Nel tempo però esse hanno comunque trovato una propria collocazione, ed è interessante riflettere sul modo in cui le discriminazioni indirette sono state riconosciute nell'ordinamento della Convenzione: l'impulso infatti è giunto per la maggior parte dall'introduzione delle due direttive⁷⁰ quadro sulla discriminazione da parte dell'Unione Europea e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, che viene più volte citata dalla Corte nella ricognizione legislativa e giurisprudenziale che precede l'analisi della posizione delle parti in causa.

A partire dal 2000 in almeno tre casi, *Hoogendjik v. the Netherlands*⁷¹, *Hugh Jordan v. United Kingdom*⁷², *D. and H. v. Czech Republic*⁷³, la Corte ha riconosciuto che la discriminazione indiretta consiste nell'individuazione di una norma o regola specifica, la quale, sebbene formulata in maniera neutrale, di fatto stabilisce una differenza di trattamento fra le categorie individuate:

⁷⁰ 2000/78/CE e 2000/43/CE.

⁷¹ *Hoogendjik v. the Netherlands*, 6 Gennaio 2005.

⁷² *Hugh Jordan v. United Kingdom*, 4 Maggio 2001.

⁷³ *D. and H. v. Czech Republic*, 13 Novembre 2007.

“[W]here an applicant is able to show, on the basis of undisputed official statistics, the existence of a prima facie indication that a specific rule – although formulated in a neutral manner – in fact affects a clearly higher percentage of women than men, it is for the respondent Government to show that this is the result of objective factors unrelated to any discrimination on grounds of sex. If the onus of demonstrating that a difference in impact for men and women is not in practice discriminatory does not shift to the respondent Government, it will be in practice extremely difficult for applicants to prove indirect discrimination.”⁷⁴

Una questione fondamentale che riguarda le discriminazioni indirette è il loro carattere oggettivo ed indipendente. La loro individuazione non dipende infatti dalla sussistenza della volontà di discriminare del soggetto (come avviene invece nella maggioranza dei casi di discriminazione diretta), ma dalla semplice introduzione della regola, che si presta in maniera surrettizia a introdurre una differenza di trattamento fra due categorie individuabili di persone.

1.2.3. L'intimidazione, gli *hate speeches* e gli *hate crimes*

Queste forme di discriminazione non sono ascrivibili alle categorie che abbiamo appena descritto, perché non costituiscono un vero e proprio comportamento discriminatorio, quanto piuttosto lo precedono oppure lo favoriscono. La categoria più interessante è di certo quella delle intimidazioni perché è l'unica che ha trovato un riconoscimento giurisprudenziale abbastanza ampio, ed anche quella più rilevante per l'oggetto della presente ricerca. Gli *hate crimes* e gli *hate speeches* sono comportamenti che possono essere perseguiti soprattutto attraverso strumenti legislativi e che certamente richiedono l'intervento delle corti, ma nei quali l'opera interpretativa dei giudici non ha sicuramente i connotati di centralità che invece possiede rispetto a definizioni ampie e generali come quella di discriminazione indiretta e intimidazione. In effetti l'assemblea

⁷⁴ *D.H. v. Czech Republic*, par. 180.

parlamentare del Consiglio d'Europa si è pronunciata avverso questi comportamenti con una risoluzione rivolta ai suoi stati membri in cui si richiede di introdurre misure legislative a censura di questo tipo di azioni, sottolineando la centralità del legislatore nella regolazione di questo ambito.

Vi sono tuttavia alcuni casi di intimidazione che si possono individuare nella giurisprudenza della Corte e che sono prodromici alla realizzazione di un vero e proprio comportamento discriminatorio.

Capitolo II

La fase di comparazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

La seconda parte del giudizio, che riguarda essenzialmente la comparazione, è una parte molto delicata del giudizio, perché una buona percentuale della probabilità della determinazione della violazione dipende dall'individuazione del corretto termine di paragone (*comparator*) che si utilizza per sottolineare la differenza di trattamento. L'obiettivo finale del giudizio sulla discriminazione è infatti quello di *trattare in maniera eguale situazioni uguali, ed in maniera diversa situazioni diverse*⁷⁵. Questa concezione (per quanto riguarda lo studio del diritto) è stata però duramente messa in crisi dalle teorie sull'uguaglianza emerse nella seconda parte del XX secolo, perché è evidente che l'individuazione di situazioni perfettamente sovrapponibili integra gli estremi di una vera e propria *probatio diabolica*. Per questa ragione in alcuni studi sul tema dell' si dà conto dell'esistenza di costruzioni dogmatiche che criticano fortemente⁷⁶ l'idea stessa di comparazione alla base del giudizio di uguaglianza, perché sarebbe origine di una interpretazione restrittiva del principio di non discriminazione, che porrebbe in grave pericolo l'effettività della legislazione antidiscriminatoria. Ma la *natura* della fase di comparazione non è la sua unica caratteristica ad essere messa in discussione, poiché si può mettere in dubbio anche l'*autonomia* della sua collocazione all'interno del giudizio sull'uguaglianza. In effetti non è affatto agevole trovare tracce di uno sforzo autonomo di comparazione delle diverse situazioni di fatto all'interno delle

⁷⁵ Aristotele, *Etica Nicomachea*, capitolo III.

⁷⁶ Fredman, *Discrimination law*, Oxford University Press, 2011, p. 10, in cui l'autrice fa l'esempio dell'individuazione del corretto termine di paragone rispetto, per esempio, alla discriminazione sulla base del sesso.

prime pronunce sull'articolo 14 della Corte (come si vede, per esempio, nel *Caso Linguistico Belga*). La struttura del giudizio in queste prime decisioni della Corte si limita all'individuazione della discriminazione ed alla sua successiva giustificazione sulla base della supposta profonda diversità intercorrente fra gli ordinamenti degli stati membri. Anche nella giurisprudenza successiva non è affatto semplice evidenziare l'articolazione della fase di comparazione, che viene assorbita sia nella fase di determinazione della forma della discriminazione (1.2) che in quella di giustificazione (1.4). Questo avviene tuttavia non perché le fasi non siano strutturalmente autonome, ma in virtù di un rapporto di funzionalità che le lega e che rende difficile distinguere l'una dall'altra. Per questo nel processo argomentativo delle motivazioni delle sentenze della Corte non è facile distinguere la fase di comparazione. Il processo logico però è necessariamente distinto: affinché a) implichi b) che implica a sua volta c) è prima necessario identificare a), b) e c). Se da a) la Corte giunge a c) deve essere necessariamente passata attraverso b), oppure avere deciso di presumere che il passaggio b) di comparazione si sia concluso in maniera positiva per esigenze superiori di tutela.

Il problema che ruota intorno al riconoscimento della fase di comparazione è che l'accoglimento o meno di una determinata categoria come termine di paragone determina il grado di severità dello scrutinio della Corte rispetto alla discriminazione che si chiede di censurare, e dunque l'aumentare o il diminuire delle possibilità di giustificare le discriminazioni eventualmente individuate. Il dettaglio con cui è analizzata la situazione di fatto è infatti inversamente proporzionale alla severità cui soggiace la fase di giustificazione. Se la Corte decide di sottoporre ad un rigoroso test di comparazione le situazioni proposte, allora verranno inevitabilmente alla luce le differenze (poiché, come detto da taluni studiosi, non si hanno mai due situazioni veramente uguali), con conseguente allargamento del margine di discrezionalità che viene concesso agli stati membri. Ma più la Corte accetta di mettere a confronto le situazioni proposte, di fatto introducendo una presunzione di comparabilità, meno è probabile che allora abbracci la giustificazione addotta dal governo e sia indotta ad applicare a categorie diverse ma quantomeno comparabili la stessa normativa.

Per evitare che una concezione troppo rigorosa di uguaglianza possa mettere in crisi il giudizio sulla discriminazione, la Corte ha evidenziato delle categorie particolari di c.d. scrutinio severo (*strict scrutiny/serious grounds of discrimination*) per le quali si presume che i soggetti discriminati si trovino nella stessa condizione dei soggetti non discriminati, o che in ogni modo comporta l'inversione dell'onere della prova nei confronti del soggetto che non subisce la discriminazione (o del governo che dà attuazione alla legislazione) di dimostrare che vi sono buone ragioni per mantenere la differenza di trattamento. Le ulteriori categorie, essenzialmente una lista aperta, rappresentano delle ipotesi nelle quali il giudice di Strasburgo non ritiene vi siano esigenze particolari di tutela, con la conseguenza che i margini per rilevare le differenze e le similitudini fra le situazioni che si presentano aumentano notevolmente.

1.2.1. Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio c.d. "leggero"

Le tipologie sottoposte a scrutinio leggero sono quelle in cui la Corte non ritiene di dovere operare una presunzione di uguaglianza perché i soggetti coinvolti non appartengono ad una categoria protetta. Pertanto in questi casi opera una piena comparazione che per le ragioni esposte sopra (1.3), è più probabile si concluda con esito negativo. Seguendo una impostazione convincente⁷⁷, si ritiene che queste tipologie di differenza di trattamento possano essere divise in due grandi gruppi.

1.3.1.1 Tipologie non basate su caratteristiche personali

Sono sicuramente la categoria più eterogenea, poiché al loro interno troviamo (senza pretesa di completezza, poiché ulteriori casi possono sempre insorgere) tipologie di discriminazione basate sulla *localizzazione geografica* e cioè *sull'appartenenza ad un ordinamento federale*, o *ad una determinata giurisdizione*, sulla base delle *classificazioni legislative*, sulla *professione* e persino sulla base della *proprietà*.

⁷⁷ Arnadottir, p. 129 e ss.

a) *Localizzazione geografica, appartenenza ad un ordinamento federale e ad una determinata giurisdizione*

All'interno di questa categoria si possono trovare quelle tipologie di discriminazione che sono determinate dalla appartenenza ad una determinata forma di stato o ad una determinata giurisdizione. Per esempio, all'interno di un ordinamento federale possono verificarsi differenze di trattamento sulla base della legislazione che si applica ad uno degli stati membri rispetto agli altri. In questo caso il termine di paragone, cioè l'appartenenza allo stato che non applica la legislazione discriminatoria, non viene considerato in una situazione analoga e quindi nemmeno sottoposto a test sulla giustificazione⁷⁸ (in quanto non può per nessun motivo costituire una discriminazione). Anche in *Magee v. the United Kingdom*⁷⁹ la Corte compie una valutazione simile, poiché non ritiene di dovere individuare una discriminazione nella applicazione di una diversa legislazione antiterrorismo fra Inghilterra e Galles, adducendo quale motivazione che l'appartenenza ad una diversa articolazione federale giustifica la differenza di trattamento (avvalorando dunque la tesi secondo la quale fra comparazione e giustificazione c'è un rapporto di proporzionalità inversa). Un discorso analogo viene fatto in merito alla disparità di trattamento basata sulla giurisdizione, in un caso che era sorto poiché alcuni quotidiani inglesi⁸⁰ lamentavano di essere discriminati avverso le testate straniere poiché la legislazione inglese li sottoponeva ad un maggiore numero di vincoli e controlli. Anche qui la Corte ha affermato di non essere in grado di mettere a confronto soggetti appartenenti a giurisdizioni differenti e dunque ha argomentato in favore dell'insussistenza della discriminazione.

b) *Differenze di trattamento sulla base della professione*

⁷⁸ *Dungeon v. the United Kingdom*, 22 ottobre 1981. Sul punto si veda l'opinione in dissenso del giudice Matscher, seconda parte (citata anche da Arnadottir), la quale finisce per essere sostanzialmente appoggiata dalla Corte.

⁷⁹ *Magee v. the United Kingdom*, 6 giugno 2000.

⁸⁰ *Sunday Times v. United Kingdom; The Guardian and The Observer v. the United Kingdom*, 26 Novembre 1991.

In questa categoria troviamo alcune professioni che non vengono giudicate come poste in una situazione comparabile a quella dei non appartenenti ad alcuna professione piuttosto che ad altra categoria professionale. Un esempio comune alle tradizioni giuridiche di molti stati membri è quello della differenza di trattamento fra militari e civili (anche con riferimento alle sanzioni penali) giudicata dalla Corte⁸¹ non in grado di passare il test di comparazione. Poi, ancora, la differenza di trattamento fra gli avvocati e le altre categorie professionali sulla base dei loro specifici diritti e doveri deontologici⁸². Da ultimo, la proibizione per i membri delle forze di polizia di fare parte di partiti politici o associazioni di ispirazione politica⁸³, in cui la Corte afferma che i membri delle forze armate non sono in una posizione paragonabile ai comuni cittadini. In questi casi, rileva Arnadottir, la Corte ritiene che il termine di paragone ideale (il comune cittadino) sia così poco significativo da non poterne neppure tenere conto in sede di valutazione della messa a raffronto delle situazioni.

c) *Differenze di trattamento sulla base dei diritti di proprietà*

Alla presente categoria appartengono i possessori a vario titolo di diritti reali sui beni immobili. Per esempio, una sentenza della Corte ha giudicato non comparabile la differenza di trattamento imposta dalla legislazione italiana fra proprietari residenti e non residenti all'interno di un immobile sottoposto ad espropriazione per pubblica utilità⁸⁴. In *P.M. v. Italy*⁸⁵ la Corte ribadisce la sua posizione anche per quello che riguarda il trattamento privilegiato concesso ai proprietari che concedono l'immobile in locazione rispetto a quelli che non lo fanno. Non in tutti i casi in cui la Corte si trova ad avere a che fare con questo genere di differenze di trattamento però si può dire che il

⁸¹*Engels and others v. The Netherlands*, 8 Giugno 1976.

⁸²*Van der Musselle v. Belgium*, 23 Novembre 1983.

⁸³*Rekvenj v. Hungary*, 23 Novembre 1983, par. 68.

⁸⁴*Spadea and Scalabrino v. Italy*, 28 Settembre 1995.

⁸⁵*P.M. v. Italy*, 11 Gennaio 2001.

test di comparazione abbia sempre esito negativo: in *Larkos v. Cyprus*⁸⁶ i soggetti entrati in un contratto di locazione su immobili dello stato non erano protetti dallo spossessamento una volta cessato il termine del contratto, mentre quelli in un contratto di locazione con privati potevano comunque ottenere la proroga del contratto. La Corte afferma l'inaccettabilità di questa differenza di trattamento, poiché i soggetti locatari del governo e dei privati cittadini versano in una situazione comparabile. Anche in un'altra sentenza la Corte considera paragonabile la condizione dei grossi e piccoli proprietari terrieri⁸⁷ in relazione all'obbligo di questi ultimi di mettere a disposizione i loro terreni per attività venatorie, vincolo che i grossi proprietari terrieri riuscivano invece ad evitare.

d) *Differenza di trattamento basata su classificazioni legislative*

Questa categoria è molto eterogenea, e comprende essenzialmente tutte quelle distinzioni che trovano la loro ragione di essere nella scelta del legislatore di corrispondere differenti trattamenti a categorie diverse. Naturalmente, è piena discrezionalità della Corte stabilire quali siano le tipologie di discriminazione che non hanno passato il test di comparazione, pertanto non è escluso che alcune di queste tipologie possano passare da uno scrutinio leggero ad uno severo. Alcuni esempi sono l'appartenenza a determinate categorie di sindacati⁸⁸, oppure a determinate categorie di lavoratori all'interno del medesimo sindacato. Altre ancora, per esempio, riguardano trascurabili differenze di trattamento nei diritti delle parti nei processi civili o penali⁸⁹, sulla base delle peculiarità dei sistemi giuridici all'interno degli stati membri. Altre ancora vertono sulla distinzione fra vittime di fatto illecito doloso piuttosto che

⁸⁶*Larkos v. Cyprus*, 18 Febbraio 1999.

⁸⁷*Chassagnou and others v. France*, 29 Aprile 1999.

⁸⁸*Swedish engine drivers' Union v. Sweden*,; *National Union of Belgian Police v. Belgium*. 6 Febbraio 1976.

⁸⁹*Kamarinski v. Austria*, 19 Dicembre 1989. *Eliazer v. The Netherlands*, 16 Ottobre 2001.

colposo⁹⁰. Queste tipologie sono soprattutto casi in cui la corte stabilisce di in maniera piuttosto arbitraria e con un approccio caso per caso di non applicare alcun test di comparazione, perché ritiene le situazioni diverse. Questo approccio, come già detto, può cambiare in maniera piuttosto repentina.

1.3.1.2 Tipologie di differenze di trattamento basate su caratteristiche personali

Come vedremo in seguito, gran parte delle categorie sottoposte a scrutinio severo sono inerenti a caratteristiche personali (religione, orientamento sessuale, razza e così via) dei soggetti discriminati. Non tutte però sembrano ricadere all'interno delle categorie che presumono la conclusione in senso positivo del test di comparazione: vi è dunque un margine per operare una differenza di trattamento. Fra queste tipologie vi sono, per esempio, le differenze di trattamento legate alle relazioni personali⁹¹, come la condizione degli immigrati sposati con cittadini europei rispetto a quelli che non possono dimostrare tale legame affettivo. O ancora, quelle rispetto al luogo di nascita, come dimostrato dalla mancata censura del requisito imposto da un'isola inglese di dimostrare uno stretto legame con il territorio per ottenere un "*licenza per risiedere*"⁹². Persino i transessuali sono stati, per un certo periodo, una categoria che non veniva considerata paragonabile al sesso maschile e femminile (in questo senso poi è noto come ormai la loro eventuale disparità di trattamento venga assimilata ad una discriminazione sulla base del genere, e dunque sottoposta a scrutinio severo). Una ulteriore categoria che permette una differenza di trattamento basata su caratteristiche personali sembra essere il linguaggio, in seguito alla conclusione della Corte nel *Caso Linguistico Belga*⁹³ di giustificare gran parte delle violazioni della Convenzione (tutte a parte una) rilevate dal ricorrente sulla base di ragioni di interesse pubblico addotte dallo stato membro. E' chiaro che in questo, come in altri casi, la fase di comparazione e

⁹⁰*Stubbing and others v. the United Kingdom*, 22 Ottobre 1996.

⁹¹*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, 28 Maggio 1985.

⁹²*Gillow v. The United Kingdom*, 24 Novembre 1986.

⁹³*Belgian Linguistics*, cit. par. 32.

quella di giustificazione sono in un rapporto molto stretto, perché dall'esito del test di comparazione dipende l'andamento della fase di giustificazione.

1.3.2 Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo: i *serious grounds of discrimination*

Mentre nella parte precedente abbiamo visto degli esempi in cui il test di comparazione ha esito per lo più negativo (ed in taluni casi persino si presume la differenza di trattamento), in questo paragrafo daremo conto invece di quei casi in cui il test di comparazione si conclude in senso positivo (o comunque si presume l'uguaglianza), poiché sono categorie considerate particolarmente a rischio, all'interno delle quali la promozione di una differenza di trattamento non è dunque ammissibile. Questo ha conseguenze naturalmente anche sul margine di apprezzamento e sulla ripartizione dell'onere della prova, che saranno esaminate più avanti nel presente capitolo.

a) Discriminazione sulla base del sesso

La centralità del principio di non discriminazione sulla base del sesso in Europa è tale che sin dagli anni '70 la legislazione comunitaria ha affermato la parità di trattamento fra uomo e donna nella retribuzione, e che la Corte di Giustizia dell'UE ha dichiarato che il principio gode di effetto diretto orizzontale⁹⁴. Non deve dunque stupire che anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia seguito il medesimo solco e che abbia deciso di includere il sesso fra le tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo. Come affermato dalla Corte in *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*:⁹⁵

«the advancement of equality of sexes is today a major goal in the member states of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be

⁹⁴*Test d'achtas*

⁹⁵*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 Maggio 1985, par. 78.

advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention»

Per la prima volta la Corte utilizza una nozione che diventerà estremamente importante in seguito, le *very weighty reasons*: “motivazioni particolarmente stringenti” che debbono essere adottate dagli stati membri per giustificare la discriminazione perpetrata. Una proposizione simile a quella in *Abdulaziz* viene utilizzata in *Schluler-Zgraggen v. Switzerland*⁹⁶, dove si affermava che per privare una donna di una pensione di invalidità non bastava sostenere che la sua condizione di giovane madre le avrebbe impedito di trovare lavoro anche se fosse stata sana. Queste “motivazioni particolarmente stringenti” sono il connotato distintivo dei *serious grounds of discrimination*. E’ attraverso una valutazione molto rigorosa delle stesse che la Corte decide se accettare la giustificazione dello stato.

Il comportamento della Corte non è meno severo quando vengono in gioco discriminazioni perpetrate avverso gli uomini, come dimostrano alcune sentenze e sull’attribuzione del cognome⁹⁷ e sul servizio civile obbligatorio per gli uomini⁹⁸. La Corte ha invece avuto maggiori remore nell’attribuzione del congedo di paternità⁹⁹ (per il quale ha concesso agli stati membri un ampio margine di apprezzamento, ma sul quale si dovrebbero attendere pronunce più recenti anche alla luce della legislazione comunitaria in materia introdotta da qualche anno). La ragione di questa differenza sta nel fatto che i congedi parentali appartengono alla categoria delle azioni positive, che hanno, per natura, come obiettivo quello di colmare uno svantaggio dato da fattori ambientali o da stereotipi.

b) *Discriminazione sulla base della razza, dell’etnia e del colore della pelle*

⁹⁶*Shuler-Zgraggen v. Switzerland*, 24 Giugno 1993.

⁹⁷*Burgharitz v. Switzerland*, 22 Febbraio 1994.

⁹⁸*Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 Luglio 1994.

⁹⁹*Petrovic v. Austria*, 27 Marzo 1998.

Anche queste tipologie di discriminazione rientrano nelle categorie protette scelte dalla Corte. Come è stato rilevato in *Ciprus v. Turkey*¹⁰⁰: «*A special importance should be attached to discriminations based on race*». Alcuni autori¹⁰¹ tuttavia lamentano una ambiguità della Corte nei confronti di questo genere di discriminazioni, soprattutto in merito al mancato riconoscimento dell'inversione dell'onere della prova (che, nelle discriminazioni razziali, è particolarmente importante).

Si sono verificati invece diversi casi di discriminazioni etniche perpetrate attraverso gli appartenenti all'etnia rom, che sono stati affrontati dalla Corte in modo particolare in *Beard and Others v. the United Kingdom*¹⁰².

c) *Discriminazione sulla base di rapporti giuridici di diritto naturale (illegittimità)*

I rapporti in questione sono per lo più quelli di filiazione naturale, per esempio inerenti alla comparazione fra figli nati all'interno del matrimonio rispetto a quelli nati all'estero del rapporto. Anche in questo caso la Corte ha stabilito in diverse sentenze¹⁰³ come ricorrano motivazioni particolarmente stringenti al fine di determinare una differenza di trattamento fra figli naturali e figli concepiti all'interno del matrimonio. Un comportamento simile, seppure mitigato dalla necessaria volontà del padre, è stato tenuto dalla Corte nei casi di differenza di trattamento fra padri riconosciuti e padri non riconosciuti¹⁰⁴, i quali non hanno in taluni ordinamenti gli stessi diritti nei confronti dei figli. La Corte ha sostenuto che anche in questo caso operi, previa valutazione della disponibilità del padre a prendere parte al rapporto familiare, la regola dei *motivi stringenti* che soli possono giustificare la disparità di trattamento.

¹⁰⁰*Cyprus v. Turkey*, 10 Maggio 2001.

¹⁰¹Arnadottir, cit. p. 146.

¹⁰²*Beard and others v. The United Kingdom*, 18 Gennaio 2001.

¹⁰³*Marckx v. Belgium*, 13 Giugno 1976; *Inze v. Austria*, 28 Ottobre 1987; *Vermiere v. Belgium*, 29 Novembre 1991.

¹⁰⁴*McMichel v. The United Kingdom*, 24 Febbraio 1992.

d) *Discriminazione sulla base della nazionalità*

La nazionalità è stata riconosciuta come tipologia di discriminazione sottoposta a scrutinio severo nel famoso caso *Gaygusuz v. Austria*¹⁰⁵, nel quale la Corte ha affermato:

«Very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment on the ground of nationality as compatible with the Convention»

Questa considerazione particolarmente *tranchant* della Corte pone delle problematiche essenziali in considerazione al grado di integrazione che è raggiungibile all'interno del Consiglio d'Europa. Molti stati membri hanno aderito alla Convenzione per dare ai propri cittadini una ulteriore possibilità di giudizio e per ottenere legittimazione sulla protezione dei diritti fondamentali, mentre sono molto gelosi delle loro politiche migratorie. Un discorso differente merita di essere fatto per gli stati membri dell'Unione Europea, che sono già assoggettati a una regolamentazione interna della discriminazione sulla base della nazionalità e che dunque ne sono vincolati al rispetto nei confronti degli altri stati membri. Ma la stessa questione potrebbe porsi in merito alle politiche migratorie fra stati UE e stati non UE, con il risultato che sarebbe messo in pericolo il fragile equilibrio esistente all'interno della Comunità in materia di politiche di asilo e di immigrazione. Per questo alcuni commentatori sono portati a sostenere che lo scrutinio severo non possa operare nei confronti degli stati membri dell'Unione Europea¹⁰⁶. Questo anche in virtù del fatto che la Convenzione stessa all'art. 16 (seppure non letto alla luce dell'interpretazione evolutiva) riconosce che l'interpretazione degli articoli 10, 11 e 14 non può in alcun modo condizionare le politiche degli stati membri in materia di trattamento degli stranieri.

¹⁰⁵ *Gaygusuz v. Austria*, 16 Settembre 1996.

¹⁰⁶ A questo punto però si potrebbe argomentare che ciò sia in violazione del principio di non discriminazione fra gli stati all'interno delle organizzazioni internazionali.

e) *Discriminazione sulla base della religione*

L'appartenenza di questa categoria di discriminazione¹⁰⁷ a quelle sottoposte a scrutinio severo è storicamente abbastanza dibattuta, soprattutto in virtù del fatto che l'espressione di questa categoria di discriminazione può entrare in contatto con altre categorie, ma può anche entrare in conflitto (almeno potenzialmente) con la legislazione di alcuni degli stati membri del Consiglio d'Europa che hanno religioni di stato o in cui lo stato mostra un supporto particolare nei confronti di una determinata religione. Tuttavia a partire dagli anni '90, con *Hoffman v. Austria*¹⁰⁸ e *Thilemmenos v. Greece*¹⁰⁹ la Corte ha confermato che la libertà religiosa ricade all'interno delle categorie che richiedono di essere giustificate sulla base di *very weighty reasons*. Recentemente questa posizione è stata di nuovo confermata in *Eweida and others v. United Kingdom*¹¹⁰, dove la Corte, pur non trovando una violazione sulla base dell'art. 14 in congiunzione con l'articolo 8 faceva notare come fossero comunque necessarie motivazioni stringenti per derogare all'obbligo di assicurare la parità di trattamento sulla base della religione.

f) *Discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale*

Questa ultima tipologia ha goduto di una rapida espansione nell'ultimo decennio, soprattutto alla luce di una interpretazione estensiva ed evolutiva della Convenzione

¹⁰⁷ Su cui si veda Casolari, *L'azione dell'Unione Europea contro le discriminazioni sulla base della religione: l'impatto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, Diritti Umani e Diritto Internazionale, 2012, p. 475.

¹⁰⁸ *Hoffmann v. Austria*, 22 Giugno 1993.

¹⁰⁹ *Thilemmenos v. Greece*, 6 Aprile 2000.

¹¹⁰ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, 15 Gennaio 2013.

Europea dei Diritti dell’Uomo¹¹¹. Bisogna però considerare che il riconoscimento dell’orientamento sessuale come tipologia richiedente gravi motivi perché la discriminazione ivi ricompresa sia giustificata ha avuto una storia piuttosto tormentata, al punto tale da fare ritenere alcuni commentatori che la Convenzione non fornisse una protezione adeguata avverso questo tipo di discriminazioni¹¹². Tuttavia, la giurisprudenza più recente, inaugurata da alcune sentenze in apertura del 2000, ha decisamente invertito la tendenza. Sono numerose infatti le sentenze nelle quali la Corte ha con decisione stabilito che si richiedono motivazioni particolarmente stringenti per sottoporre una disparità di trattamento al vaglio delle giustificazioni proposte dalla Convenzione¹¹³. Questa tendenza della Corte a farsi carico delle istanze di questa categoria è confermata anche da alcune analisi in dottrina¹¹⁴. Di conseguenza, il test di comparazione si conclude in buona sostanza con esito positivo se ad essere trattate in maniera diversa sono le persone omosessuali rispetto a quelle eterosessuali, come per esempio è accaduto nell’ambito dei diritti successori¹¹⁵.

Diversa però è la situazione quando si tratta della differenza di trattamento rispetto al diritto delle persone dello stesso sesso di sposarsi, negato in molti paesi del Consiglio d’Europa alle persone dello stesso sesso. In questo ambito la Corte, pur avendo affermato che le situazioni possono essere comparabili poiché la discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale è una categoria protetta, ha però ribadito che la difesa della famiglia in senso tradizionale può essere una *motivazione*

¹¹¹ Si veda Danisi, *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its nondiscrimination jurisprudence*, International Journal of Constitutional Law, 2011(4), p. 793.

¹¹² Si veda per esempio R. Wintermute, *Sexual orientation and human rights*, Oxford University Press, 1995, che affermava la insufficiente tutela offerta dalla Convenzione.

¹¹³ *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Dicembre 1999; *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 Settembre 1999; Opinione dissenziente dei giudici Bratza e Tulkens in *Frette v. France*, 26 Febbraio 2002, *Karner v. Austria*, 24 Luglio 2003; *E.B. v. France*, 22 Gennaio 2008; *Kozak v. Poland*, 2 marzo 2010. *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010.

¹¹⁴ Danisi, cit. Cartabia, *The European Court of Human Rights: Judging nondiscrimination*, International Journal of Constitutional Law, 2011(4), p.808.

¹¹⁵ *Kozak v. Poland*, cit.

*particolarmente stringente*¹¹⁶, tale da giustificare una differenza di trattamento. Non basta naturalmente questa considerazione ad ammettere una distinzione in tutti i casi, poiché, per esempio, in *Kozak v. Poland* la Corte ha stabilito la modalità in cui la Polonia esercitava questa giustificazione non era proporzionata allo scopo. In *Schalk and Kopf v. Austria* la Corte ha invece ritenuto che gli stati membri del Consiglio d'Europa siano liberi(cioè rientri all'interno del loro margine di apprezzamento) di stabilire delle differenze di trattamento in merito al diritto di coppie dello stesso sesso e di sesso opposto di sposarsi. In questo caso non bisogna però dimenticare che la Corte non ha mancato di riferirsi ad altri fattori: sia l'interpretazione evolutiva della Convenzione che il crescente consenso fra gli stati membri in merito a questo genere di unioni lasciano aperta la possibilità che nei prossimi anni la Corte estenda la sua tutela.

¹¹⁶*Schalk and Kopf v. Austria*, cit. par. 77. *Kozak v. Poland*, cit. par. 98. *Karner v. Austria*, cit. par. 40.

Capitolo I

La fase introduttiva del giudizio e di individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Questa parte sarà dedicata alla struttura del giudizio sulla discriminazione nelle cause davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'importanza dello studio della struttura delle sentenze della Corte di Giustizia in materia di discriminazione si fonda sulla convinzione che senza individuare le caratteristiche del giudizio è difficile valutare il contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea¹¹⁷. Quello che si vuole qui mettere in luce è come la struttura del giudizio sulla discriminazione non segua uno schema prestabilito, benché possano essere distinte alcune fasi (che peraltro caratterizzano anche lo scrutinio della Corte Edu). L'evoluzione dello scrutinio sulla discriminazione ha infatti seguito un tragitto tortuoso, ragione per cui è bene porre in evidenza sin dall'inizio la sua evoluzione¹¹⁸ a partire dai primi anni dalla fondazione del diritto dell'Unione Europea.

¹¹⁷ Questo in virtù del ruolo primario che ha svolto la Corte di Giustizia nella formazione della nozione di identità costituzionale, attraverso il riconoscimento dei principi generali, primo fra tutti il principio di non discriminazione.

¹¹⁸ Sull'evoluzione storica e critica dello scrutinio sulla discriminazione V. G. More, *The principle of equal treatment: from market unifier to fundamental right?* in P. Craig, G. De Burca, *The Evolution of EU Law*, 1 ed, Oxford University Press, Oxford, 1999. M. Bell, *The principle of equal treatment: widening and deepening*, in P. Craig, G. De Burca, *The Evolution of EU Law*, 2 ed, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Le prime applicazioni pratiche del principio giungono all'attenzione della Corte mediante il divieto di misure discriminatorie nello stabilimento dei prezzi al pubblico, secondo quanto disposto dagli art. 4¹¹⁹ e 60¹²⁰ (tra gli altri) del Trattato CECA. La giurisprudenza di quegli anni è ancorata allo sviluppo del mercato interno¹²¹, ed in particolare alla censura delle misure volte ad ostacolare l'importazione delle merci provenienti da stati membri che adottavano politiche industriali particolarmente aggressive. Le sentenze riconducibili agli anni '60 e '70 rappresentano dei punti di partenza importanti per il successivo sviluppo del principio di non discriminazione, attraverso nozioni terminologiche e di diritto sostanziale che verranno ampiamente utilizzate anche in seguito.

Due esempi interessanti della giurisprudenza dei primissimi anni delle Comunità Europee sono quelli delle sentenze *Société des Fonderies de Pont à Mousson*¹²² e *Erzbergbau*¹²³, relativa ad agevolazioni speciali di cui godevano alcune imprese francesi e tedesche rispetto alle concorrenti straniere. Il regime agevolatorio era stato disapplicato attraverso alcune decisioni dell'Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, e le imprese che fruivano delle tariffe speciali avevano

¹¹⁹ Nell'interno della Comunità sono ritenuti incompatibili con il mercato comune del carbone e dell'acciaio e, in conseguenza, sono abiliti e vietati nei modi previsti dal seguente trattato: [...]

b)Le disposizioni e i sistemi che creino una discriminazione fra produttori, fra acquirenti o fra consumatori, specie per quanto concerne le condizioni di prezzo o di consegna e le tariffe dei trasporti, come pure le disposizioni e i sistemi che ostacolano la libera scelta del fornitore da parte dell'acquirente.

¹²⁰ In materia di prezzi sono vietati i sistemi contrari agli articoli 2, 3, e 4 ed in particolare:[...]

- I sistemi discriminatori che comportano, nel mercato comune, l'applicazione da parte di un venditore di disuguali condizione a parità di operazioni, specie in base alla nazionalità degli acquirenti.

¹²¹ Cfr. J.P. Jacqué, *Le principe d'égalité en droit économique*, FIDE, L'Aja, 1984.

¹²² Corte giust. 17 dicembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson contro l'Alta Autorità*, causa 14-59, Racc. 1959, p. 445.

¹²³ Corte giust. 10 Maggio 1960, *Erzbergbau*, Cause riunite n. 3/58, 18/58, 25/58 e 26/58, Racc. 1960, pp. 00369.

impugnato i provvedimenti dell'Alta Autorità per richiederne l'annullamento¹²⁴. Le ricorrenti sostenevano che il variegato regime tariffario dei trasporti, per quanto discriminatorio, non arrecasse alcun danno concreto alle imprese straniere. La Corte di Giustizia invece constatava che, affinché la misura fosse considerata discriminatoria, non era necessario che la violazione arrecasse un danno concreto:

La Corte rileva che il concetto di discriminazione non implica, per definizione, che un danno diretto sia stato causato : esso invece presuppone anzitutto che un trattamento diverso sia stato riservato a casi comparabili. È vero che l'applicazione di diverso trattamento è in taluni casi atto a provocare dei danni, i quali possono considerarsi come la conseguenza rivelatrice di una discriminazione; sarebbe tuttavia arbitrario applicare il concetto di discriminazione ai soli casi di trattamento diverso nei quali gli interessati subiscano un danno effettivo.¹²⁵

Il danno arrecato dalla misura discriminatoria, dunque, non deve necessariamente disporre dei connotati dell'immediatezza e della concretezza. Questa è una posizione che precede di molti anni altre sentenze della Corte, ed è un caso piuttosto isolato nei primi anni dalla fondazione delle Comunità Europee. In effetti, non tutte le sentenze di quel periodo sembrano avere la stessa preoccupazione per l'immaterialità della violazione, ed effettuano un test sulla discriminazione molto più restrittivo. E' il caso della sentenza *Commissione contro Italia (frigoriferi)*¹²⁶, in cui il governo italiano adiva la Corte per ottenere l'annullamento di una decisione della Commissione Europea con cui si autorizzava l'imposizione di una tassa sulle importazioni di elettrodomestici italiani da parte dello stato francese. Il tributo veniva qualificato come misura di salvaguardia ex art. 226 del trattato CEE, poiché l'importazione di elettrodomestici italiani ad un prezzo sensibilmente più basso di quelli francesi metteva in pericolo la produzione industriale francese. La Corte, nel resistere alle richieste di parte appellante,

¹²⁴ Questo è peraltro uno dei primi casi di ricorso per annullamento fondato su una discriminazione. Benché infatti l'analisi di una situazione discriminatoria venga affrontata per lo più mediante il sollevamento di una questione pregiudiziale, essa può essere introdotta anche con un annullamento o un ricorso per inadempimento, come si vedrà *infra*.

¹²⁵ *Ezbergbau*, par. 3, pag 393 Racc.

¹²⁶ Corte giust. 17 Luglio 1963, *Governo della Repubblica Italiana contro Commissione*, causa n. 13/63, Racc. 1962, pp.377.

insisteva sul fatto che la misura impugnata non fosse in grado di discriminare materialmente fra i prodotti italiani, destinatari del tributo, e quelli di altri paesi europei, che non venivano tassati in misura superiore. L'approccio della Corte alla discriminazione era dunque quello più tradizionale¹²⁷. Secondo questo ragionamento, la situazione dei prodotti italiani non era la medesima di quella dei prodotti provenienti da altri paesi, poiché dagli altri paesi membri non era aumentato il flusso di importazioni di elettrodomestici.

Questa sentenza è particolarmente interessante perché rivela un aspetto del divieto di discriminazione che viene portato alla luce meno di frequente: discriminazione non è solo considerare diverse due situazioni eguali, ma anche considerare eguali due situazioni diverse. Questo concetto di discriminazione viene definito dalla Corte come *materiale*¹²⁸, ed è in effetti così che si può definire questo tipo di scrutinio molto rigoroso che implica un test di comparazione molto dettagliato (anche mediante l'uso di indicatori statistici). La Corte contrappone alla nozione materiale di discriminazione una nozione *formale*, che però, come è stato correttamente notato¹²⁹, si finisce per qualificarsi con una discriminazione meramente apparente. L'individuazione di una nozione materiale di discriminazione contrapposta ad una formale può rivelarsi un'arma a doppio taglio, perché risulta difficile in questo modo evidenziare quelle tipologie di discriminazione che sono meno evidenti o indirette. Lo stesso test applicato alla precedente sentenza *Erzbergbau* avrebbe probabilmente impedito, per esempio, di individuare una discriminazione. E' per questo che la Corte ha poi gradualmente

¹²⁷ L'approccio c.d. aristotelico, tratto da *Etica a Nicomaco*.

¹²⁸ *Governo della Repubblica Italiana contro Commissione*, par. 4 a): "La Corte osserva che dal diverso trattamento fatto a situazioni non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione: una discriminazione formale apparente può quindi corrispondere, in fatto, ad assenza di discriminazione materiale.

La discriminazione materiale sarebbe consistita sia nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse."

¹²⁹ Si veda D. Martin, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, 2006, p. 43, dove l'autore critica la contrapposizione effettuata nella sentenza citata fra discriminazione materiale e discriminazione formale, poiché a suo parere quest'ultima non costituisce affatto una tipologia di discriminazione, mentre la discriminazione materiale costituisce quella che poi sarà, nella giurisprudenza successiva, la tipologia più frequente di discriminazione individuata.

abbandonato questo approccio mano a mano che la giurisprudenza abbandonava l'ambito economico per inoltrarsi nella sfera dei diritti soggettivi.

Parzialmente diversa pare essere la situazione per quello che riguarda il caso *Ugliola*¹³⁰, in cui la Corte interpretava una disparità di trattamento originata dal mancato calcolo del servizio militare sostenuto in altro paese membro della Comunità ai fini dell'anzianità lavorativa. La Corte infatti stabiliva che non hanno luogo ad aversi differenze di trattamento fra i lavoratori che hanno espletato l'obbligo di servire la loro patria in uno stato membro diverso da quello in cui stanno svolgendo un'attività lavorativa.

Anche nella successiva sentenza *Casagrande*¹³¹ la Corte di Giustizia rimarcava come il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità impedisse allo stato ospite di negare un sussidio a cittadini stranieri che ne facessero richiesta, in particolare per quanto riguarda i sussidi atti a facilitare la scolarizzazione di allievi con particolari disabilità.

I. 1 Dalla circolazione delle merci alla parità di retribuzione fra uomo e donna: il carattere misto del giudizio sulla discriminazione

Una delle caratteristiche che emergono dallo studio delle prime sentenze della Corte è la natura *mista*¹³² del principio di non discriminazione. Questa caratteristica emerge in particolare nell'applicazione del principio della parità di retribuzione fra uomini e donne sul luogo di lavoro di cui all'articolo 119 del trattato CEE (poi 141 CE ed ora articolo

¹³⁰ Corte giust. 15 Ottobre 1969, *Ugliola*, Causa n. 15/69, Racc. 1969, p. 363.

¹³¹ Corte giust. 3 Luglio 1974, *Donato Casagrande contro Landeshauptstadt München*, causa 9-74, Racc. 1974, p. 773.

¹³² Sul punto si veda la dettagliata analisi effettuata da K. Lenaerts, *L'egalité de traitement dans le droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples?* in Cahiers de Droit Européenne, 1991, p. 3. La ragione della natura mista di questo principio consta nel fatto che nasce a metà fra una libertà fondamentale con il fine di favorire il processo di integrazione economica e un principio fondamentale che è fonte di diritti per i singoli.

157 TFUE). Degne di nota in questo senso sono le tre sentenze *Defrenne* della Corte di Giustizia.

La progressiva emancipazione del principio di non discriminazione dall'area del mercato interno è testimoniata anche dalla sentenza *Ruckdeschel*¹³³ (di poco precedente all'ultima *Defrenne*) che è di particolare importanza perché la Corte definisce il divieto di discriminazione contenuto all'articolo 34 par. 2 in relazione al più generale principio di uguaglianza, descritto qui come *principio fondamentale del diritto comunitario*. Il caso riguardava la comparabilità dell'amido e del quellmehl, due prodotti usati come agenti lievitanti nell'industria di panificazione, ai fini dell'applicabilità di un regime di restituzioni alla produzione¹³⁴.

La Corte specificava che, quand'anche non fosse possibile applicare l'articolo 40 a questo particolare regime, la sua disciplina dovesse rispettare il principio fondamentale di uguaglianza, di cui il principio di non discriminazione fra produttori e consumatori è un'espressione:

L'art. 40, n. 3, 2° comma del trattato dispone che l'organizzazione comune dei mercati «deve escludere qualsiasi discriminazione fra produttori o consumatori della Comunità»; questa norma, benché vieti indiscutibilmente qualsiasi discriminazione fra produttori dello stesso prodotto, non contempla altrettanto inequivocabilmente i rapporti fra diversi settori industriali o commerciali nel campo dei prodotti agricoli trasformati; ciò non toglie che il divieto di discriminazione enunciato dalla norma summenzionata è solo l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario; questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvoché una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata.

Una lettura decontestualizzata di questo paragrafo potrebbe convincere l'interprete che all'interno del diritto dell'Unione sussista una sorta di rapporto gerarchico fra la nozione di principio di uguaglianza e quella di principio di non discriminazione nel diritto

¹³³ Corte giust. 19 Ottobre 1977, Causa C-117/76, *Ruckdeschel*, Racc. 1977, p. 1753.

¹³⁴ Sistema di incentivi volto ad aumentare la competitività di prodotti dell'industria di panificazione della Comunità Europea rispetto a quelli provenienti da paesi terzi.

dell'Unione Europea. Non sono dello stesso avviso le conclusioni¹³⁵ presentate alla Corte dall'AG Capotorti, il quale argomenta in favore dell'identità del concetto di uguaglianza e di quello di non discriminazione¹³⁶. L'avvocato generale riconosce anche come il detto principio abbia valore di diritto umano all'interno degli stati membri, mentre, conformemente agli scopi della Comunità Economica Europea, in tale ordinamento avrebbe lo scopo di evitare disparità di trattamento fra le imprese all'interno del mercato interno. E' dunque facilmente visibile anche in questo caso l'intreccio fra principio di non discriminazione come motore del mercato interno e l'embrione del principio di non discriminazione come diritto fondamentale.

Anche nella successiva sentenza *Macarthys*¹³⁷ si possono trovare tracce di un approccio integrato fra diritti fondamentali ed integrazione economica, poiché una delle parti della causa incidentale suggerisce alla Corte di adottare, per la determinazione della violazione, lo stesso metodo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel famoso *Caso Linguistico Belga*¹³⁸. Il fatto che la Corte scelga di non riprendere il ragionamento in maniera esplicita ma comunque lo ricalchi dal punto di vista logico ed argomentativo è

¹³⁵ Queste conclusioni sono particolarmente innovative anche per la nozione di comparabilità - il test di comparazione - delle situazioni potenzialmente oggetto di discriminazione, che anticipa di molto tempo l'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di test di comparazione. V. le pp. 1780 e ss. della sentenza (in *Racc. 1977*). V. anche il paragrafo dedicato al test di comparazione, *infra*.

¹³⁶ Conclusioni dell'AG Capotorti, par. 3, p. 1777 della Raccolta: "Nella misura in cui si rivolge al potere pubblico, sia esso rappresentato dagli Stati membri o dalle istituzioni comunitarie, il principio di non discriminazione si identifica con quello dell'eguaglianza di trattamento dei singoli, assoggettati a tale potere. Nei diritti interni, esso rappresenta in primo luogo un aspetto essenziale di ogni catalogo dei diritti dell'uomo, e perciò ha generalmente un valore costituzionale; ma esso è stato applicato, parallelamente allo sviluppo degli interventi pubblici nell'economia, anche a favore delle imprese nel quadro del diritto dell'economia. Il divieto di discriminazioni in campo economico ha acquistato rilievo in primo luogo nella giurisprudenza americana, fin dalla fine del secolo scorso, soprattutto in connessione ai principi che tutelano la libertà della concorrenza. Ma la nozione si è poi estesa nel senso di limitare la libertà d'azione dei poteri pubblici quanto agli interventi in campo economico, allo scopo di proteggere le imprese da abusive diversità di trattamento."

¹³⁷ Corte giust. 27 Marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthys*, *Racc.* 1980, p. 1275.

¹³⁸ Corte Eur. dei Dir. dell'Uomo 23 Luglio 1968, *Caso Linguistico Belga*, ricorsi n. 1474/62 e ss.

da ascrivere alla difficile relazione fra le due massime corti europee¹³⁹ piuttosto che alla considerazione del principio di non discriminazione come esclusivamente economico. La giurisprudenza risalente ai primi 20 anni dalla fondazione della Corte di Giustizia da dunque il quadro generale all'interno del quale si sviluppa la tutela avverso la discriminazione, ponendo anche l'accento su alcuni dei punti problematici che più ritorneranno nella casistica successiva. In particolare, quelli che si impernano sulla comparazione delle situazioni svantaggiate e sulla qualificazione del principio di non discriminazione come principio costituzionale.

1. STRUTTURA E CARATTERISTICHE DEL GIUDIZIO SULLA DISCRIMINAZIONE DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA

Il giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia presenta alcune peculiarità che lo distinguono dal giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Non è possibile ravvisare all'interno della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo una chiara distinzione in fasi, come invece è possibile fare, seppure con le dovute cautele, con il ragionamento seguito dalla Corte di Strasburgo. Vi sono comunque autori¹⁴⁰ che, con un considerevole sforzo teorico, suddividono in almeno tre fasi¹⁴¹ l'argomento giuridico della Corte di Giustizia. Qui si ritiene che lo sforzo teorico della distinzione in fasi sia necessario, soprattutto per

¹³⁹ Espressa da una certa giurisprudenza che attribuiva ai diritti fondamentali il rango di principi generali dell'ordinamento comunitario, senza fare menzione della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, lo strumento regionale più importante a tutela dei diritti fondamentali. Si vedano Corte giust. del 17 Dicembre 1970, *Internationale Handelgesellschaft*, causa n. 11/70, *Racc.* 1970, 01135. Per l'evoluzione della successiva giurisprudenza in materia si vedano anche *Cinetheque*, *Demirel*, e *ERT*.

¹⁴⁰ Fra tutti, in particolare v. C. Favilli, *La non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008. Ma, seppure con i dovuti distinguo V. anche M.V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Cedam, Padova, 1989, che adotta una visione meno strutturata del principio di non discriminazione, ma finisce per distinguere la comparazione dalle altre fasi, evidenziando così la necessità di dare una struttura al giudizio. V. anche R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2003, p. 298 ss.

¹⁴¹ Una prima fase di comparazione, una seconda fase di individuazione dello svantaggio ed una terza fase di giustificazione.

cercare di costruire un modello che permetta, oltre all'analisi delle sentenze preesistenti della Corte di Giustizia, di formulare anche delle previsioni su alcuni indirizzi futuri. Nella maggioranza dei casi però l'introduzione della causa davanti alla Corte avviene attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, che non si presta all'utilizzo di una struttura che potrebbe avere l'effetto di influenzare eccessivamente il giudice nazionale. Vi sono tuttavia un buon numero di decisioni nelle quali l'individuazione della discriminazione avviene attraverso lo strumento del ricorso per annullamento o per inadempimento. In questi casi, poiché è la Corte di Giustizia a sindacare sul merito, una strutturazione per fasi è ravvisabile più facilmente.

La fase più interessante fra quelle individuabili è sicuramente quella di comparazione. Ma non meno interessanti sono le fasi che la precedono e la succedono. La fase di ammissibilità (o di introduzione) è importante perché in base al ricorso introdotto varia anche la possibilità per la Corte di sindacare la violazione. Nella fase di giustificazione o comunque di esenzione dall'applicazione della legislazione discriminatoria assumono una certa rilevanza anche altri fenomeni, come quello delle situazioni puramente interne che permangono tuttora come limite all'applicazione delle misure anti-discriminatorie e del principio stesso (ma si veda anche la questione dell'effetto diretto orizzontale, che in alcuni casi è percepito come una possibile soluzione alle profonde differenze nell'applicazione nazionale delle misure legislative comunitarie, omettendo però di considerare che l'Unione si regge sull'equilibrio fra principio di attribuzione e fase espansiva dell'integrazione, oppure le c.d. azioni positive, che sono discriminazioni perpetrate per bilanciare una situazione di perdurante discriminazione nei confronti della categoria svantaggiata).

Un'ulteriore caratteristica del giudizio sulla discriminazione di fronte alla Corte di Giustizia consta nel fatto che la tutela della discriminazione non ha carattere accessorio rispetto alle altre violazioni di diritti o principi fondamentali. Dunque, diversamente da quanto accade per il sistema convenzionale, la Corte può perseguire una violazione del principio di non discriminazione senza particolari limiti, a patto che l'oggetto della

richiesta delle parti rientri all'interno delle competenze dell'Unione¹⁴². Con il Trattato di Amsterdam è stata infatti riconosciuta all'Unione, oltre alla già presente competenza a legiferare in materia di discriminazione sulla base della nazionalità¹⁴³, una competenza specifica ad adottare azioni volte a contrastare le discriminazioni sulla base del età, del genere, della razza, della religione della disabilità e dell'orientamento sessuale¹⁴⁴. Questa disposizione ha costituito la base giuridica più importante (se si tralascia l'attuale articolo 157 del TFUE) per gli interventi legislativi che caratterizzano la lotta alle discriminazioni. In particolare, un ruolo di primaria importanza è rivestito dalle

¹⁴² V. Corte giust. 11 marzo 2010, *Attanasio Group Srl contro Comune di Carbognano*, Causa C-384/08, Racc. 2010, p. I-2055. Corte giust. 5 febbraio 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. contro Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, causa C-385/12, Racc. non pubblicata.

¹⁴³ Art. 18 TFUE: *Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni.*

¹⁴⁴ Art. 19 TFUE: *1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.*

2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1.

La particolare maggioranza richiesta al primo paragrafo dell'articolo 19 rende estremamente arduo adottare strumenti legislativi volti a contrastare questo tipo di discriminazioni. Sinora sono state però adottate attraverso questa base giuridica le due direttive quadro 2000/78/CE e 2000/43/CE volte rispettivamente a contrastare le discriminazioni religiose, di genere, sulla disabilità sull'età e sull'orientamento sessuale sul luogo di lavoro, e a stabilire un quadro generale di protezione contro le discriminazioni etniche e razziali. Un ulteriore e molto ambizioso progetto di direttiva quadro sulla discriminazione è fermo al Consiglio, per il veto posto sulla sua approvazione da alcuni stati membri.

direttive 2000/78/CE¹⁴⁵ e 2000/43/CE¹⁴⁶, che, adottate sotto l'egida dell'attuale art. 19 TFUE, costituiscono il primo tentativo di armonizzazione quadro su una pluralità di tipologie di discriminazione in materia di legislazione antidiscriminatoria. I precedenti testi legislativi, infatti, riguardavano eminentemente i settori della discriminazione sulla base del sesso¹⁴⁷ e della nazionalità¹⁴⁸. L'abbondanza di testi legislativi non sminuisce tuttavia il ruolo svolto dalla giurisprudenza e non rende meno necessario questo lavoro. E' anzi proprio nella funzione di interpretazione dell'opera di ravvicinamento delle legislazioni fatta in queste direttive che si trovano le ragioni più profonde di questo studio.

¹⁴⁵ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, GU L 303 del 2.12.2000, pagg. 16–22.

¹⁴⁶ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, GU L 180 del 19.7.2000, pagg. 22–26.

¹⁴⁷ Si vedano la direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, la direttiva 86/378/CEE del Consiglio, del 24 luglio 1986, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, la direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, la direttiva 97/80/CE del Consiglio, del 15 dicembre 1997, riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, che contengono disposizioni che perseguono l'attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne. Tali direttive sono state rifuse per chiarezza e per raggruppare in un unico testo le principali disposizioni in materia, l'attuale Direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

¹⁴⁸ V. la direttiva 68/360/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità; la direttiva 73/148/CEE del Consiglio, del 21 maggio 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei cittadini degli Stati membri all'interno della Comunità in materia di stabilimento e di prestazione di servizi; la direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno; la direttiva 90/365/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale e la direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti.

1.1 La fase introduttiva del giudizio sulla discriminazione e le differenti tipologie di ricorso

Una causa avente per oggetto una discriminazione può raggiungere la Corte di Giustizia in tre modi principali¹⁴⁹: una domanda di rinvio pregiudiziale sollevata dal giudice nazionale, un ricorso per annullamento di un atto dell'Unione oppure un ricorso per inadempimento, a fronte dell'apertura di una procedura di infrazione. Benché nella grande maggioranza dei casi la causa venga introdotta attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, non sono meno gli episodi di discriminazione che sono stati posti all'attenzione della Corte attraverso un ricorso per annullamento o per inadempimento. Nei primi anni della Comunità Economica (o persino della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio) erano molto numerose le cause di annullamento in materia di tariffe speciali e deroghe al mercato interno. I soggetti coinvolti facevano infatti domanda per ottenere l'annullamento di provvedimenti della Commissione che permettevano agli stati di mantenere in vigore delle tariffe speciali considerate come misure ad effetto equivalente alle restrizioni quantitative¹⁵⁰. In una prospettiva cronologica si può dire che lo strumento del ricorso per annullamento abbia avuto un maggiore successo nella fase di integrazione economica. Le domande di rinvio pregiudiziale caratterizzano invece il momento in cui il principio di non discriminazione ha cominciato ad emanciparsi dal mercato interno, cominciando così a porre problemi di interpretazione della legislazione secondaria e della sua efficacia davanti ai giudici nazionali (come accade per la giurisprudenza già citata sull'articolo 157 TFUE (ex art. 119 Trattato CEE). Per completezza riportiamo di seguito i tratti principali di ciascuno

¹⁴⁹ Alcuni, pochissimi casi (anche se non di secondaria importanza), sono stati introdotti tramite ricorso in carenza: v. per esempio Corte giust. 10 dicembre 1969, *Società "Eridania" Zuccherifici Nazionali ed altri contro Commissione delle Comunità europee, sostenuta dalla società Co.Pro.B. - Cooperativa Produttori Bieticoli ed altri (Eridania c. Commissione)*, cause riunite 10 e 18-68, Racc. 1969, p. 459.

¹⁵⁰ Corte giust. 15 Dicembre 1971, *International fruit*, causa 51-54/71, Racc. 1971, p. 1107; Corte giust. 11 Luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, Racc. 1974, p. 837. Corte giust. 15 Dicembre 1976, *Donckerwolcke*, causa 41/76, Racc. 1976, p. 1921; Corte giust. 20 Febbraio 1978, *Rewe Centrale (Cassis de Dijon)*, causa 120/78, Racc. 1979, p. 649. Corte giust. 16 Dicembre 1980, *Fietje*, causa 27/80, Racc. 1980, p. 2299.

dei ricorsi citati arricchiti da considerazioni inerenti la loro importanza per il giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia.

a) Il ricorso per annullamento dell'atto dell'Unione Europea

Il ricorso è disciplinato all'articolo 263 del TFUE¹⁵¹, che attribuisce alla Corte di Giustizia la possibilità di sindacare la legittimità di un atto delle istituzioni dell'Unione Europea (naturalmente intese in senso ampio). Si possono infatti impugnare gli atti del Consiglio, della Commissione, della Banca Centrale, del Parlamento e del Consiglio Europeo¹⁵² destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Possono essere impugnati anche gli atti degli organi ed organismi dell'Unione¹⁵³, sempre che abbiano anche essi effetti giuridici nei confronti dei terzi.

¹⁵¹ Art. 263 TFUE: “La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione.

La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative.

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti.”

¹⁵² Importante modifica introdotta attraverso il Trattato di Lisbona, che riconosce la giurisdizione della Corte sugli atti del Consiglio Europeo. Prima dell'entrata in vigore del Trattato l'organo di indirizzo politico dell'Unione rimaneva al di fuori dell'ambito di applicazione dei trattati, creando non pochi problemi in termini di accesso alle Corti per le persone fisiche e giuridiche oggetto dei suoi atti.

¹⁵³ Come per esempio le agenzie, tra cui, nel caso del presente lavoro, assume una particolare importanza l'Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (FRA). La FRA, tuttavia, a differenza di altre agenzie, è dotata soprattutto di compiti consultivi e non produce atti vincolanti.

Di conseguenza, l'atto adottato dalle istituzioni dell'Unione deve essere un atto *vincolante*, per cui, per esempio, il risultato di una procedura legislativa ordinaria.

La gamma degli atti dell'Unione che può essere impugnata attraverso questo ricorso è dunque estremamente ampia.

L'oggetto del ricorso, invece, può essere l'incompetenza, la violazione di forme sostanziali¹⁵⁴, della norma dei Trattati o di qualsiasi norma di diritto relativa alla loro applicazione¹⁵⁵, oltre allo sviamento di poteri.

Sui soggetti titolari dell'interesse ad impugnare si sono invece posti problemi maggiori, poiché il testo dei trattati divide i ricorrenti in tre categorie. Il Parlamento, il Consiglio, la Commissione e gli stati membri godono infatti dello status di *ricorrenti privilegiati*, poiché possono impugnare tutti gli atti delle istituzioni. A godere dello status di ricorrenti *semi-privilegiati* sono la Banca Centrale Europea, il Comitato delle Regioni e la Corte dei Conti, che possono impugnare solo quegli atti che ledono le loro prerogative¹⁵⁶.

Le persone fisiche e giuridiche invece, possono impugnare gli atti delle istituzioni solo a condizione che gli atti impugnati: 1) siano adottati nei loro confronti 2) li riguardino individualmente e direttamente. Gli atti regolamentari possono invece essere impugnati

¹⁵⁴ Le cause più comuni di annullamento per violazione di forme sostanziali sono l'assenza, l'insufficienza o la contraddittorietà intrinseca nelle motivazioni dell'atto. L'istituzione che produce l'atto deve di conseguenza indicare i presupposti di fatto e di diritto su cui si fonda la violazione, in modo da rendere esplicito il procedimento logico che si è voluto seguire. Non sono poche le cause che riguardano, anche tangenzialmente, una discriminazione, che riguardavano atti potenzialmente viziati nella loro forma: V. Corte giust, causa 5/67, *Beus*, Racc 1968, p.113; Corte giust. causa 166/78, *Italia c. Consiglio*, Racc. 1979, p.2575, Corte giust. causa C-250/80, *Eridania*, Racc.1986, p.117. Sul punto V. Benedettelli, op.cit. p. 394.

¹⁵⁵ Si vedano qui per esempio i Protocolli e le Dichiarazioni allegati ai trattati, oppure i trattati di adesione degli stati membri all'Unione Europea.

¹⁵⁶ E' chiaro che la dizione dell'interesse ad impugnare più generale del comma 3 rispetto al comma 4 è finalizzata a graduare la connessione che l'atto oggetto dell'impugnazione deve avere con l'istituzione o persona fisica o giuridica che promuove l'impugnazione. L'interesse ad impugnare della BCE, della Corte dei Conti e del Comitato delle Regioni, sussisterà a patto che l'atto riguardi, almeno tangenzialmente, l'ambito di influenza delle istituzioni coinvolte. I redattori del trattato hanno invece inteso stabilire un vincolo estremamente forte fra l'interesse ad impugnare delle persone fisiche e l'atto, essenzialmente per ragioni di economia processuale (se l'interesse ad agire fosse diffuso probabilmente si avrebbe un proliferare di ricorsi che metterebbe in crisi il funzionamento della Corte di Giustizia).

dalle persone fisiche e giuridiche a condizione che 1) le riguardino direttamente e 2) non comportino alcuna misura di esecuzione. La restrizione dell'interesse ad impugnare, soprattutto per le persone fisiche, è stata fonte di un certo dibattito in dottrina. Altrettanto acceso dibattito è stato suscitato dalla definizione di atto regolamentare¹⁵⁷, che viene intesa dalla Corte in maniera molto rigorosa, per evitare abusi dello strumento del ricorso per annullamento.

La differenza principale fra questo strumento e gli ulteriori ricorsi che possono venire proposti dalla Corte di Giustizia sta nella radicalità del rimedio proposto, che permette di eliminare gli effetti giuridici dell'atto a partire dalla declaratoria di annullabilità della Corte.

Il ricorso per annullamento è dunque uno dei rimedi a disposizione di chi ritiene che un atto adottato dalle istituzioni dell'Unione violi il principio di non discriminazione. Gli stati membri e le istituzioni possono utilizzarlo per risolvere le tensioni che tuttora insistono fra principio di non discriminazione e principio di attribuzione delle competenze, chiedendo alla Corte di verificare se un atto legislativo è stato adottato nel rispetto della corretta base giuridica e se sussistevano le competenze dell'Unione nell'adozione dell'atto. Attraverso questo ricorso, invece, le persone fisiche e giuridiche possono impugnare le norme comunitarie che permettendo regimi derogatori alle libertà fondamentali in violazione delle norme dei trattati stabiliscono delle disparità di trattamento che le riguardano direttamente ed individualmente.

b) Il ricorso per inadempimento

Il ricorso per inadempimento è il risultato, in linea generale, dell'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea nei confronti dello Stato Membro. Attraverso questo strumento si persegue il fine di porre rimedio all'inadempimento da parte di uno stato membro degli impegni presi sulla base dei

¹⁵⁷ Sulla nozione di atti regolamentari v. Corte giust. 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, causa C-583/11 P, Racc. non ancora pubblicata.

trattati. Questo tipo di ricorso, disciplinato dall'articolo 258¹⁵⁸ e 259¹⁵⁹ del TFUE, ha per obiettivo il comportamento di uno stato membro. E' uno strumento che rappresenta di solito l'ultima chance dell'Unione di ottenere l'adempimento dello stato membro, dopo avere tentato di comporre la violazione dei Trattati in fase pre-contenziosa o attraverso altri strumenti che tutelano l'efficacia del diritto dell'Unione¹⁶⁰.

La Corte di Giustizia, se giudica che il comportamento dello stato membro sia contrario agli obblighi di cui gli stati membri si sono fatti carico attraverso i Trattati, emette una prima sentenza di accertamento dell'inadempimento, che ha un'efficacia meramente

¹⁵⁸ Art. 258 TFUE: “La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea.”

¹⁵⁹ Art. 259 TFUE: “Ciascuno degli Stati membri può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea quando reputi che un altro Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati.

Uno Stato membro, prima di proporre contro un altro Stato membro un ricorso fondato su una pretesa violazione degli obblighi che a quest'ultimo incombono in virtù dei trattati, deve rivolgersi alla Commissione.

La Commissione emette un parere motivato dopo che gli Stati interessati siano posti in condizione di presentare in contraddittorio le loro osservazioni scritte e orali.

Qualora la Commissione non abbia formulato il parere nel termine di tre mesi dalla domanda, la mancanza del parere non osta alla facoltà di ricorso alla Corte.”

¹⁶⁰ Come per esempio il principio dell'effetto diretto degli strumenti legislativi, attraverso il quale si ottiene l'effetto di applicare, per mezzo dei giudici nazionali, la norma (sia essa direttiva o regolamento) a cui il paese membro non può o non vuole dare attuazione

dichiarativa. Qualora lo stato membro persista nell'inadempimento¹⁶¹, allora la Commissione può ulteriormente deferire lo Stato alla Corte e ottenere una sentenza di condanna al pagamento di un'ammenda forfettaria che viene quantificata in base alla persistenza nel tempo dell'inadempimento.

Questa breve analisi degli elementi fondamentali del ricorso per inadempimento è sufficiente per comprendere che questo ricorso non è lo strumento più adatto per portare alla Corte una violazione del principio di non discriminazione. Ottenere un'effettiva condanna tramite un ricorso per inadempimento può richiedere diversi anni, al contrario di quanto avviene per la richiesta di annullamento dell'atto¹⁶². L'attuazione del ricorso nei confronti dello stato oltretutto non è attuabile direttamente dal singolo, ma soltanto da un altro stato membro o dalla Commissione¹⁶³.

c) La domanda di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale

¹⁶¹ Art. 260 TFUE: “Quando la Corte di giustizia dell'Unione europea riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù dei trattati, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta.

2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso le misure che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione, dopo aver posto tale Stato in condizione di presentare osservazioni, può adire la Corte. Essa precisa l'importo della somma forfettaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che essa consideri adeguato alle circostanze.

La Corte, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminarli il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità.

Questa procedura lascia impregiudicate le disposizioni dell'articolo 259.

3. La Commissione, quando propone ricorso dinanzi alla Corte in virtù dell'articolo 258 reputando che lo Stato membro interessato non abbia adempiuto all'obbligo di comunicare le misure di attuazione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa, può, se lo ritiene opportuno, indicare l'importo della somma forfettaria o della penalità da versare da parte di tale Stato che essa consideri adeguato alle circostanze.”

¹⁶² Infatti l'articolo 263 TFUE sottopone l'esperibilità del ricorso di annullamento a rigidi requisiti temporali: “I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza.”

¹⁶³ E' pur vero che le persone fisiche e giuridiche hanno la possibilità di inviare informalmente informazioni alla Commissione Europea, la quale, sulla base del materiale fornito, può stabilire di iniziare una procedura di infrazione.

Il rinvio pregiudiziale¹⁶⁴ ha lo scopo di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione Europea da parte degli stati membri. La scelta dei redattori dei trattati è ricaduta in maniera intelligente su questo strumento, che permette ai giudici nazionali di rivolgere una richiesta alla Corte di Giustizia sulla corretta interpretazione della disciplina nazionale alla luce di quella comunitaria oppure sulla interpretazione del diritto derivato dell'Unione in conformità con il testo dei Trattati (*rinvio pregiudiziale di interpretazione*). Attraverso il rinvio pregiudiziale è anche possibile sottoporre alla Corte una richiesta che verte sulla validità dell'atto oggetto della causa nazionale secondo il diritto dell'Unione¹⁶⁵ (*rinvio pregiudiziale di validità*).

La domanda di rinvio pregiudiziale viene sollevata dal giudice nazionale su richiesta di una delle parti della causa, o d'ufficio qualora sia il giudice *a quo* a ravvisarne la necessità. La corte nazionale non è obbligata ad accogliere la richiesta, a meno che non si tratti di un giudice di ultima istanza¹⁶⁶.

Una volta che la Corte ha preso una decisione in merito all'interpretazione o alla validità della norma di diritto dell'Unione, spetta al giudice nazionale darne applicazione nel diritto interno, secondo le caratteristiche che sono tipiche di ogni ordinamento giuridico.

¹⁶⁴ Art. 267 TFUE: La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

¹⁶⁵ Può essere, per esempio, il caso di una direttiva che non soddisfa i requisiti stabiliti dalla Corte per ottenere l'effetto diretto, oppure un regolamento che non dispone di un livello sufficiente di dettaglio per essere direttamente applicabile all'interno dello stato nazionale.

¹⁶⁶ Significa che non è possibile proporre appello avverso le sentenze l'organo giudicante. Per esempio, la Corte Costituzionale italiana è giudice di ultima istanza, e dunque obbligata a proporre richiesta di rinvio pregiudiziale, solo nei casi in cui giudica un conflitto di attribuzione fra stato e regioni.

Ai fini del presente lavoro assume una grande importanza la questione della discrezionalità lasciata alle corti degli stati membri nella valutazione delle indicazioni interpretative pervenute dalla Corte di Giustizia. Per quanto il principio di leale collaborazione ed il ruolo di giudici dell'Unione che i giudici degli stati membri rivestono nel diritto dell'Unione imponga loro di seguire la via interpretativa segnata dalla Corte di Giustizia, non è possibile misurare con certezza il grado di conformazione della sentenza nazionale alle indicazioni del giudice comunitario. Gli organi giurisdizionali degli stati membri attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale godono di un'ampia discrezionalità, a differenza di quanto accade per l'annullamento (che estingue gli effetti giuridici dell'atto impugnato dal momento della sentenza della Corte) o dell'inadempimento (che, per quanto in tempi non brevissimi, impone l'esecuzione della sentenza di condanna al pagamento dell'ammenda nei confronti dello stato membro).

Il rinvio pregiudiziale è però uno strumento particolarmente prezioso per la definizione del principio di non discriminazione come principio costituzionale. Il ruolo di questo principio è stato declinato prevalentemente attraverso l'opera di interpretazione della Corte di Giustizia, svolta attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale. Buona parte delle spinte innovative nella giurisprudenza sono state ottenute attraverso l'opera di interpretazione della Corte di Giustizia: il principio di non discriminazione sulla base dell'età è stato dichiarato applicabile anche alle controversie fra privati nella sentenza *Mangold*¹⁶⁷. Successivamente, la Corte ha precisato (ma senza ridurre la portata innovativa della prima sentenza) l'ambito di applicazione del principio in *Küküdeveci*¹⁶⁸ e *AMS*¹⁶⁹. L'applicazione del diritto dell'Unione alle situazioni puramente interne, sulla base del principio di non discriminazione sulla base della

¹⁶⁷ Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Causa C-144/04, Racc. 2005, p. I-9981.

¹⁶⁸ Corte giust. 19 Gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, Racc. 2010, p. I-365.

¹⁶⁹ Corte giust. 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, causa C-176/12. Racc. non pubblicata;

nazionalità, è stata ammessa dalla Corte di Giustizia in due diverse, ma egualmente importanti, richieste di rinvio pregiudiziale¹⁷⁰. La Corte ha anche suggerito, nella recente sentenza *Deckmyn*¹⁷¹, l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della razza in una controversia fra privati, seppure lasciando alla discrezionalità della Corte nazionale la possibilità di valutare le condizioni per la sua applicazione. E' indubbio dunque che questo strumento sia stato utilizzato in maniera estesa dalla Corte di Giustizia per chiarire l'ambito di applicazione del principio di non discriminazione, e che il suo contributo all'attribuzione di un significato di volta in volta più preciso al principio di non discriminazione sia maggiore per questo piuttosto che per i due precedentemente elencati.

La fase introduttiva del giudizio, dunque, si compone dell'introduzione di uno dei ricorsi appena elencati (nulla impedisce, naturalmente, che siano proposti anche altri ricorsi, ma questi sono certamente i più importanti), attraverso il quale lo Stato membro oppure la persona fisica o giuridica possono tentare di ottenere giustizia rispetto alle violazioni del principio di non discriminazione perpetrate dagli stati membri o dalle istituzioni dell'Unione.

2. La fase di individuazione dello svantaggio

Il momento dell'individuazione dello svantaggio è quello in cui la Corte di Giustizia ricerca la differenza di trattamento cui è sottoposto il soggetto che lamenta la discriminazione. Vi sono in dottrina alcuni dubbi relativi alla sua collocazione, ed in particolare al fatto che questa fase segua o preceda la fase di comparazione. In alcuni casi, gli autori tendono a identificarla con la fase di comparazione stessa, ed in effetti

¹⁷⁰ V. Corte giust. 19 ottobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contro Secretary of State for the Home Department*, causa C-200/02, Racc. 2004, p. I-9925. Corte giust. 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*, Causa C-34/09, Racc. 2011, p. I-1177.

¹⁷¹ Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, causa C-201/13

nel procedimento logico non è agevole distinguersela dalle altre. E' sufficiente tuttavia richiamare un principio di logica formale per capire che se non vi è svantaggio, non vi sarà alcuna necessità di procedere ad una comparazione. Per questo sembra più opportuno, contrariamente a quanto fanno altri autori (ma non necessariamente in contrapposizione) collocare la fase di individuazione dello svantaggio in un momento precedente a quella di comparazione. Questo non implica necessariamente che lo svantaggio cui è sottoposta la vittima della discriminazione debba per forza essere materiale. Lo svantaggio può ben essere potenziale, soprattutto tenendo conto del fatto che nella grande maggioranza dei casi l'onere della prova incombe sulla persona che avrebbe perpetrato la discriminazione.

Bisogna segnalare che nel caso dello scrutinio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia le tipologie di svantaggio che la Corte può individuare per riconoscere un comportamento discriminatorio sono sicuramente un numero più alto rispetto a quelle riconosciute da altre giurisdizioni, come quella della Corte europea dei diritti dell'Uomo. La Corte di Giustizia ha infatti riconosciuto la possibilità di censurare non soltanto gli svantaggi che sono causati da un comportamento direttamente discriminatorio, ma anche quelli che sono causati da un comportamento indirettamente discriminatorio oppure da una semplice intimidazione. Vi sono poi ulteriori tipologie di svantaggio che sono meramente potenziali, a tal punto che non possono essere individuate in via giurisprudenziale. Vengono pertanto fatte oggetto di strumenti specifici di *soft law*, al fine di creare un ambiente normativo favorevole alla realizzazione delle condizioni ottimali per l'ottenimento della parità di trattamento fra categorie svantaggiate. In linea generale si potrebbero inquadrare fra le azioni positive a sostegno della parità di trattamento, ma possono comunque essere elencate assieme alle altre soprattutto in ragione del fatto che la Corte, nel suo ragionamento, tiene conto anche degli strumenti non vincolanti per determinare lo svantaggio cui è sottoposta la presunta vittima.

a) Le tipologie di svantaggio riconosciute dalla Corte: la discriminazione diretta

Per comportamenti direttamente discriminatori si intendono quelle condotte volte, senza alcuna dissimulazione, a stabilire una differenza di trattamento fra persone che si trovano in una situazione comparabile, o che appartengono a categorie protette. Un esempio di questa tipologia di discriminazione può essere, ad esempio, una misura nazionale volta a impedire l'accesso a prodotti provenienti da un altro paese europeo sulla base della sfiducia nutrita dai consumatori del paese membro nella qualità dei prodotti provenienti dall'altro paese. Nell'ambito dei diritti individuali, invece, un comportamento direttamente discriminatorio può essere quello del datore di lavoro che dichiara apertamente, per esempio, che non assumerebbe un dipendente in ragione del suo orientamento sessuale¹⁷². Il riconoscimento delle ipotesi di discriminazione diretta non è stato però sempre riconducibile alla condotta del soggetto che violava il divieto di discriminazione. Nelle prime sentenze riguardanti il principio della parità di retribuzione fra uomo e donna (art. 157 TFUE, ex art. 119 CEE), la Corte per esempio sembrava definire come discriminazione diretta soltanto quella tipologia di discriminazione che era individuabile esclusivamente con l'ausilio dei criteri previsti all'interno dei trattati, e per la cui determinazione non era necessario fare riferimento ad alcun testo nazionale:

Ai fini dell'applicazione di queste disposizioni, si deve fare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione complessiva dell'art. 119, fra le discriminazioni dirette e palesi, che si possono accertare con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo, da un lato, e, d'altro lato, le discriminazioni indirette e dissimulate, che possono essere messe in luce solo valendosi di disposizioni d'attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale.¹⁷³

¹⁷² Caso peraltro giunto all'attenzione della Corte di Giustizia in una domanda di rinvio pregiudiziale che riguardava il caso del presidente di una nota squadra di calcio rumena (lo Steaua Bucarest) che, durante un'intervista rilasciata sui media, aveva dichiarato che mai avrebbe assunto un calciatore omosessuale. V. Corte giust. 25 aprile 2013, *Asociația ACCEPT contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, Causa C-81/12, Racc. non ancora pubblicata.

¹⁷³ *Defrenne II*, cit., par 18/19.

Questa linea di ragionamento viene seguita dalla Corte, seppure con alcune lievi evoluzioni, anche nella giurisprudenza di poco successiva. In *Macarthy's*¹⁷⁴ la Corte ribadiva ancora una volta la definizione espressa in *Defrenne II*,

Come la Corte ha indicato nella sentenza *Defrenne*, dell'8 aprile 1976, la disposizione citata si applica direttamente, e senza necessità di provvedimenti di applicazione più dettagliati da parte della Comunità o degli Stati membri, ad ogni forma di discriminazione diretta e palese, che possa essere accertata con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo. Fra le discriminazioni che possono essere in tal modo accertate giudizialmente, la Corte ha menzionato in particolare il caso di retribuzione diseguale di lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per lo stesso lavoro, svolto nella stessa azienda o ufficio.¹⁷⁵

evidenziando dunque una certa prudenza nell'aver a che fare con uno strumento che poteva apparire estremamente all'avanguardia per l'epoca. Per questo poteva apparire particolarmente importante attenersi a quelle tipologie di discriminazione che trovavano espresso rimando nei Trattati. Anche in *Lloyd Bank*¹⁷⁶ la Corte continuava a citare la giurisprudenza *Defrenne* per ribadire come la definizione di discriminazione diretta fosse data dal legame fra i trattati ed il divieto di non discriminazione:

Come la Corte ha sancito nella sua giurisprudenza (sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne* 43/75, Racc. pag. 455; sentenza 27 marzo 1980, *Macarthy's*, causa 129/79, Racc. pag. 1275), l'art. 119 del Trattato si applica direttamente a qualsiasi forma di discriminazione che possa venir rilevata in base ai soli criteri di identità del lavoro e di parità di retribuzione da esso indicati, senza che provvedimenti comunitari o nazionali che determinino detti criteri siano necessari per la loro attuazione. Tra le discriminazioni che possono venir così rilevate dal giudice, la Corte ha menzionato in particolare il caso di disparità di retribuzione tra lavoratori e lavoratrici per lo stesso lavoro, prestato nella stessa azienda o nello stesso ufficio, privati o pubblici. Di fronte ad una siffatta situazione, il giudice è in grado di accertare tutti gli elementi di fatto che gli consentono di stabilire se una lavoratrice sia retribuita in misura inferiore rispetto ad un lavoratore che svolga lo stesso lavoro o un lavoro di pari valore.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Corte giust. del 27 Marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthy's*, Racc. 1980, p. 1275

¹⁷⁵ *Macarthy's*, cit., par. 10.

¹⁷⁶ Corte giust. dell'11 marzo 1981, causa 69/80. *Susan Jane Worringham e Margaret Humphreys contro Lloyds Bank Limited*, Racc.1981, p. 767

¹⁷⁷ *Lloyds Bank*, cit. par. 23.

E' probabile che il formalismo adottato nella definizione di discriminazione diretta fosse legato per lo più alla necessità di evitare di esorbitare dall'ambito delle competenze dell'allora Comunità Europea. In questo modo si può però comprendere come sia facile correlare alla nozione di discriminazione diretta intesa in questo modo una concezione restrittiva¹⁷⁸ di discriminazione, che impone di considerare come fatto tipico che genera uno svantaggio soltanto quello che si può ricondurre direttamente ai Trattati. Questo naturalmente escluderebbe una serie di altri comportamenti che determinano uno svantaggio, perché per la loro valutazione sarebbe necessario ricorrere a strumenti legislativi nazionali o comunitari che ne dettino il contenuto¹⁷⁹. Come può essere agevole ricavare dalla definizione data all'inizio del paragrafo, tuttavia, la nozione di discriminazione diretta si è oramai emancipata dal requisito della tipicità alla lettera dei trattati per assumere una forma legata alla qualità della condotta discriminatoria, che sarà tanto più diretta quanto più intensamente connotata a violare senza alcuna dissimulazione una delle tipologie inscritte all'interno dei trattati. Per ovviare comunque all'incertezza generata dallo sviluppo della giurisprudenza, l'evoluzione normativa ha dato delle definizioni abbastanza chiare di discriminazione diretta, che sono attualmente incluse nella direttiva *recast* 2006/54/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne¹⁸⁰, nella direttiva quadro 2000/78/CE sulle discriminazioni nel mondo del lavoro¹⁸¹, nella direttiva 2000/43/CE sulla discriminazione etnica e razziale¹⁸², e nella

¹⁷⁸ Il concetto di *strict equality*, ripreso da Bamforth, O'Conneide e Malik, *Discrimination Law: theory and context*, op. cit. p 240 e ss.

¹⁷⁹ Si veda infatti la nozione di discriminazione indiretta data dalla Corte in *Macarthys* al par. 15, cit. *infra*.

¹⁸⁰ Art. 2(1) a “discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto un'altra persona sia, sia stata o sarebbe trattata in una situazione analoga”.

¹⁸¹ Art. 2(2) a “sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”.

¹⁸² Art. 2(2) a “sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga”.

direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne nel mercato dei beni e dei servizi¹⁸³.

Come evidenziato da Ellis¹⁸⁴, oltretutto, l'evoluzione del concetto di discriminazione diretta ha reso possibile la tutela di ipotesi di svantaggio non direttamente connesse con la persona vittima della discriminazione, come le c.d. discriminazioni dirette *per associazione*¹⁸⁵. Questo ulteriore passaggio dà la misura del modo in cui si è evoluta la figura, emancipandosi progressivamente da una lettura in qualche modo restrittiva per arrivare ad abbracciare anche quelle ipotesi che sono quantomeno collaterali agli svantaggi che discriminano direttamente.

b) Le discriminazioni indirette

Le discriminazioni indirette¹⁸⁶ sono quelle ipotesi di discriminazione che, a differenza di quelle dirette, non attuano uno svantaggio attraverso un comportamento apertamente discriminatorio ma attraverso delle misure che almeno in apparenza sono applicabili indistintamente. Pertanto si possono considerare discriminazioni indirette quelle ipotesi di discriminazione che in maniera surrettizia, mediante l'utilizzo di dissimulazioni, discriminano avverso una determinata categoria di persone. Questa categoria di discriminazioni non è facilmente identificabile, a tal punto che altri ordinamenti, come quello della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, hanno solo di recente iniziato a riconoscerla. La genesi del concetto di discriminazione indiretta è parallela a quella di

¹⁸³ Art. 2(1) a “sussiste discriminazione diretta quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra persona in una situazione paragonabile”.

¹⁸⁴ E. Ellis, P. Watson, *EU Anti discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 146.

¹⁸⁵ Corte giust. 17 luglio 2008, *Coleman*, causa C-303/06, Racc. 2008, p. I-5603. Si vedano anche le conclusioni dell'AG Poiares Maduro, che sostiene che per discriminare avverso una persona non sia necessario che lo svantaggio la colpisca direttamente, ma sia sufficiente che colpisca direttamente una persona che le permette di condurre una vita dignitosa, come nel caso di specie, in cui la discriminazione sul luogo del lavoro colpiva una dipendente che si prendeva cura del figlio disabile.

¹⁸⁶ Cfr. per tutti C. Tobler, *Indirect discrimination: a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia Pub. Antwerp, 2005.

discriminazione diretta. Nel ragionamento della Corte dei primi anni dalla fondazione delle Comunità, la figura della discriminazione indiretta era rappresentata da quella tipologia di svantaggio che non era riconducibile alla lettera dei trattati, perché il, per così dire “fatto tipico” della discriminazione per le sue caratteristiche specifiche doveva essere ricavato dalla lettura della disciplina di applicazione a livello nazionale o comunitario. Nella già citata sentenza *Macarthys* la Corte infatti descrive la discriminazione indiretta come quel tipo di discriminazione “*la cui identificazione, come la Corte ha spiegato nella citata sentenza Defrenne, richiede studi comparativi riguardanti interi settori dell'industria ed esige quindi la determinazione preliminare di criteri di valutazione da parte degli organi legislativi, comunitari o nazionali.*”¹⁸⁷ La nozione è dunque definita come una specificazione di quella nozione di discriminazione diretta che si legava ad un criterio di interpretazione letterale, e dunque eminentemente formale. La Corte ha avuto modo, nel tempo, di evolvere il suo ragionamento sulla nozione di discriminazione indiretta, partendo, come spesso è accaduto nella storia del diritto antidiscriminatorio, dal principio della parità di retribuzione fra uomini e donne sul posto di lavoro. Uno dei primi segnali dell'applicazione di un approccio integrale alle discriminazioni indirette¹⁸⁸ è infatti rappresentato dall'applicazione di una diversa

¹⁸⁷*Macarthys*, cit., par.16: “La seconda questione posta dalla Court of Appeal, espressa nella forma di un'alternativa, concerne l'ambito nel quale si deve accertare l'esistenza di una eventuale discriminazione in materia di retribuzione. Questa questione deve consentire al giudice di accogliere l'argomento, esposto dall'appellata nella causa principale e da essa svolto dinanzi alla Corte di giustizia, secondo il quale il lavoratore di sesso femminile potrebbe pretendere non soltanto la retribuzione percepita da un lavoratore di sesso maschile che abbia svolto in precedenza le stesse mansioni per lo stesso datore di lavoro, ma inoltre, e più in generale, la retribuzione cui essa potrebbe pretendere se fosse uomo, anche in mancanza di lavoratori di sesso maschile che svolgano al momento o abbiano svolto anteriormente un lavoro comparabile. L'appellata nella causa principale ha definito questo termine di paragone con riferimento alla nozione di quello che essa chiama un «ipotetico lavoratore maschile». È evidente che quest'ultima ipotesi, oggetto della questione 2, lett. a), riguarderebbe discriminazioni indirette e dissimulate, la cui identificazione, come la Corte ha spiegato nella citata sentenza Defrenne, richiede studi comparativi riguardanti interi settori dell'industria ed esige quindi la determinazione preliminare di criteri di valutazione da parte degli organi legislativi, comunitari o nazionali. Ne risulta che i raffronti, nel caso di discriminazione di fatto riguardanti il campo di applicazione diretta dell'art. 119, si limitano ad analogie riscontrabili sul piano di valutazioni concrete, relative a prestazioni lavorative svolte effettivamente, nell'ambito di uno stesso stabilimento o ufficio, da lavoratori di sesso diverso.”

¹⁸⁸ V. Corte giust. 31 marzo 1981, *J.P. Jenkins contro Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, Causa 96/80, Racc. 1981, p. 911. Corte giust. 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contro Karin Weber von Hartz*, causa C-170/84, Racc. 1986, p. 1607. Corte giust. 27 giugno 1990, *Kowalska*, causa C-33/89, Racc. 1990.

retribuzione o trattamento previdenziale ai lavoratori *part-time* rispetto a quelli *full-time*. Nella sentenza *Jenkins* la Corte ammetteva per la prima volta che l'articolo 119 trattato CEE (poi 141 CE, ora 157 TFUE) potesse tutelare anche forme di discriminazione non diretta, benché affermasse che in linea di principio non era contrario ai trattati tentare di incentivare la stipula di contratti a tempo pieno:

Pertanto, in assenza di tale distinzione, il fatto di corrispondere per il lavoro pagato a tempo una retribuzione oraria diversa a seconda del numero di ore lavorative settimanali non stride con il principio della parità di retribuzione sancito dall'art. 119 del Trattato, sempreché la differenza di retribuzione tra il lavoro ad orario ridotto e il lavoro a tempo pieno sia dovuta a fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione a motivo del sesso.

Ciò può verificarsi in particolare allorché il datore di lavoro, corrispondendo per il lavoro ad orario ridotto una retribuzione oraria inferiore a quella corrisposta per il lavoro a tempo pieno, mira, per motivi economici obiettivamente giustificati, ad incentivare il lavoro a tempo pieno, indipendentemente dal sesso del lavoratore.¹⁸⁹

Tuttavia la Corte affermava poi che nel caso in cui si fosse verificato che l'orario a tempo parziale si fosse applicato in misura preponderante alle lavoratrici di sesso femminile, allora vi sarebbe stata ben ragione di dubitare della fondatezza della giustificazione addotta dal datore di lavoro:

Per contro, se risulti che una percentuale notevolmente inferiore di lavoratrici, rispetto ai colleghi maschi, effettua il minimo di ore lavorative settimanali prescritto per poter fruire della paga oraria ad aliquota intera, la disparità di retribuzione è in contrasto con l'art. 119 del Trattato allorché, tenuto conto delle difficoltà che devono superare le lavoratrici per poter prestare questo minimo di ore settimanali, il sistema retributivo applicato dall'impresa di cui trattasi non possa giustificarsi con fattori che escludono una discriminazione fondata sul sesso.¹⁹⁰

Nella successiva sentenza *Bilka Kaufhaus*¹⁹¹ la Corte rafforzava ulteriormente il suo ragionamento:

¹⁸⁹ *Jenkins*, cit., par. 10-11

¹⁹⁰ *Jenkins*, cit. par. 13.

¹⁹¹ Corte giust. 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contro Karin Weber von Hartz*, causa C-170/84, Racc. 1986, p. 1607.

Si deve pertanto risolvere la prima questione [sulla sussistenza della discriminazione indiretta per la maggiore incidenza del contratto part-time sulle lavoratrici di sesso femminile, *ndr*] del giudice nazionale nel senso che un'impresa di grandi magazzini che escluda i dipendenti ad orario ridotto dal regime pensionistico aziendale viola l'art. 119 del trattato CEE, qualora detta esclusione colpisca un numero molto più elevato di donne che di uomini, a meno che l'impresa non provi che detta esclusione è basata su fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso.¹⁹²

Nel caso di specie, attraverso l'applicazione di un criterio neutro (il numero di ore lavorative) si giungeva alla conclusione che i lavoratori part-time avevano diritto ad una pensione inferiore a quella dei lavoratori part-time. E' tuttavia un dato che appartiene alla conoscenza comune (seppure al limite dello stereotipo) quello per cui i contratti part-time vengono sottoscritti, per la vasta maggioranza dei casi, da lavoratori di sesso femminile che hanno esigenze di conciliare la carriera lavorativa con la vita familiare. Per questa ragione, oltre che per la presenza di evidenti dati statistici¹⁹³ a supporto del superiore utilizzo dello strumento del contratto part time per i lavoratori di sesso femminile, la Corte ha ritenuto che dietro l'applicazione di un diverso trattamento previdenziale o di diverse condizioni lavorative ai contratti part-time rispetto a quelli full-time si celasse un'ipotesi di discriminazione indiretta.

Una ulteriore ipotesi di discriminazione indiretta data dalla disparità di trattamento fra la retribuzione di persone di sesso maschile e quelle di sesso femminile è stata evidenziata

¹⁹² *Bilka-Kaufhaus*, cit. par. 31.

¹⁹³ V. il sondaggio di Eurostat riferito al 2013, da cui risulta che il numero di donne impiegate con un rapporto di lavoro a tempo parziale è almeno 5 volte maggiore al numero degli uomini. V. [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/File:Persons_employed_part-time_age_group_15%E2%80%9364_2013_\(1\)_%25_of_total_employment_YB15.png](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/File:Persons_employed_part-time_age_group_15%E2%80%9364_2013_(1)_%25_of_total_employment_YB15.png)

V. anche le statistiche citate da Ellis, *op. cit.*, a p. 149 del suo lavoro, in cui risulta che nel 1995 circa l'80% delle persone con un contratto di lavoro a tempo parziale (nel Regno Unito e nell'Unione Europea) fossero di sesso femminile.

dalla Corte nel caso *Nimz*¹⁹⁴. Le circostanze della causa presentavano una forma ancora più sottile di discriminazione indiretta, che era data questa volta dalla disposizione di un contratto collettivo che obbligava i lavoratori a tempo parziale a soddisfare il requisito del doppio dell'anzianità lavorativa rispetto a quelli a tempo pieno per effettuare lo scatto salariale di anzianità. La Corte, senza lasciare dubbi di sorta sulla configurabilità della discriminazione indiretta nel caso di specie affermava che:

Orbene, un simile contratto collettivo, permettendo ai datori di lavoro di mantenere una differenza di retribuzione globale tra due categorie di lavoratori, ossia tra coloro che effettuano un numero minimo settimanale o mensile di ore di lavoro e coloro i quali, pur espletando le stesse mansioni, non effettuano tale numero minimo di ore, si risolve de facto in una discriminazione dei lavoratori di sesso femminile rispetto a quelli di sesso maschile, qualora risulti che di fatto lavora a tempo parziale una percentuale di uomini notevolmente inferiore a quella delle donne. Un simile accordo collettivo deve quindi considerarsi, in linea di principio, incompatibile con l'art. 119 del Trattato. Diversamente avverrebbe soltanto nell'ipotesi in cui la disparità di trattamento tra le due categorie di lavoratori fosse motivata da fattori obiettivamente giustificati ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso (v. sentenza 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus*, causa 170/84, Racc. pag. 1607).¹⁹⁵

Il caso *Nimz* è probabilmente l'esempio più convincente del significato della nozione di discriminazione indiretta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁹⁶. E lo è al punto tale che l'AG Cruz Villalon lo ha più volte richiamato nelle sue conclusioni in una recente sentenza¹⁹⁷ come il precedente più autorevole per il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia di questo tipo di discriminazioni. A questo punto è agevole

¹⁹⁴ Corte giust. 7 febbraio 1991, *Helga Nimz contro Freie und Hansestadt Hamburg*, causa C-184/89, Racc.1991, p. I-297. Su cui si veda anche A. Adinolfi, *Comment on Nimz*, *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992. G. Burrigato, *La discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia: oneri probatori e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993. S. Deakin, *Levelling Down Employee Benefits*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, 1995. G. More, *Seniority Pay for Part-time Workers*, in *European Law Review*, 1991.

¹⁹⁵ *Nimz*, cit. , par. 12.

¹⁹⁶ Ma v. anche, più di recente Corte giust. 14 febbraio 1995, *Schumacker*, causa C-279/93, Racc.1995, p. I-225, punto 26; del 22 marzo 2007, *Talotta*, causa C-383/05, Racc. 2007, p. I-2555, punto 17, e del 18 marzo 2010, *Gielen*, causa C-440/08, Racc. 2010, p. I-2323, punto 37.

¹⁹⁷Corte giust. 22 giugno 2011, *Marie Landtová contro Česká správa socialního zabezpečení*, causa C-399/09, Racc.2011, p. I-5573, punto 64.

ricavare una definizione di discriminazione indiretta che permetta di riassumere e generalizzare quella contenuta all'interno degli strumenti legislativi¹⁹⁸, e di sintetizzare la giurisprudenza della Corte: *“un comportamento che, attraverso l'applicazione di un criterio neutro, finisce per svantaggiare in maniera sproporzionata ed ingiustificata le persone appartenenti ad una categoria protetta”*.¹⁹⁹

c) I comportamenti intimidatori

Un'ulteriore differenza fra il giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e quello avanti alla Corte di Giustizia è che la Corte di Giustizia è competente a conoscere casi di discriminazione in cui lo svantaggio sia da individuarsi nell'intimidazione subita dalla vittima nell'esibire i caratteri che la contraddistinguono come appartenente ad una categoria protetta. Le ipotesi di discriminazione attraverso comportamenti intimidatori, siano essi molestie o di altro genere, sono infatti attualmente disciplinati dalle quattro direttive quadro sulla discriminazione, che li hanno affiancati alle più numerose ipotesi di discriminazione diretta ed indiretta. La dizione contenuta all'interno dei testi legislativi prende le mosse dalla dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991²⁰⁰, che a sua volta richiama la raccomandazione della Commissione che stabilisce un codice di condotta per evitare le molestie (anche

¹⁹⁸ Art. 2 1) b della Direttiva 2006/54/CE. Art. 2 2) b della Direttiva 2000/78/CE. Art. 2 2) b della direttiva 2000/43 CE. Art. 2 b della direttiva 2004/113/CE.

¹⁹⁹Da segnalare qui invece la voce isolata dell'*Handbook on European Anti-discrimination Law*, edito dall'Agenzia per i Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, che cita a pag. 29: “Both the ECHR and EU law acknowledge that discrimination may result not only from treating people in similar situations differently, but also from offering the same treatment to people who are in different situations. The latter is labelled ‘indirect’ discrimination.” Quest'ultima affermazione appare quantomeno generalizzare, se non confondere, poiché vi sono ipotesi di discriminazione diretta che risultano dal trattare nello stesso modo situazioni differenti.

²⁰⁰Dichiarazione del Consiglio, del 19 dicembre 1991, relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta volto a combattere le molestie sessuali, Gazzetta ufficiale n. C 027 del 04/02/1992, pag. 1 -1.

sessuali) sul luogo di lavoro²⁰¹. L'articolo 2 della citata raccomandazione ci dà infatti la prima definizione di molestie, per quanto delimitate alla sfera sessuale, che è stata inserita nell'*aquis communautaire*:

Per molestia sessuale s'intende ogni comportamento indesiderato a connotazione sessuale o qualsiasi altro tipo di comportamento basato sul sesso che offenda la dignità degli uomini e delle donne nel mondo del lavoro (1), ivi inclusi atteggiamenti malaccetti di tipo fisico, verbale o non verbale.

Pertanto, per definire la molestia sessuale va presa in considerazione tutta una serie di atteggiamenti diversi. Essa diventa inaccettabile qualora siffatti comportamenti siano indesiderati, sconvenienti e offensivi per coloro che li subiscono; qualora il rifiuto o l'accettazione della persona interessata di siffatti comportamenti vengano assunti esplicitamente o implicitamente dai datori di lavoro o lavoratori (superiori e colleghi inclusi) a motivo di decisioni inerenti all'accesso alla formazione professionale, all'assunzione di un lavoratore, al mantenimento del posto di lavoro, alla promozione, alla retribuzione o a qualsiasi altra decisione attinente all'occupazione e/o siffatti comportamenti creino un ambiente di lavoro intimidatorio, ostile o umiliante (2).

Questo genere di comportamenti vengono per lo più affrontati dal diritto nazionale (anche attraverso le sanzioni previste dal diritto penale). Per questo, a differenza di quanto accade per le ipotesi di discriminazione diretta ed indiretta²⁰², lo strumento più valido per ricercare una definizione di comportamenti intimidatori, sia che assumano la forma di molestie o di istigazione alla discriminazione, è ancora la legislazione derivata dell'Unione, o quella nazionale.

²⁰¹Raccomandazione 92/131/CEE della Commissione, del 27 novembre 1991, sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro Gazzetta ufficiale n. L 049 del 24/02/1992 pag. 1 - 8.

²⁰² Nei quali la definizione è ancora eminentemente giurisprudenziale.

Capitolo II

La fase di comparazione e la eventuale giustificazione della violazione del principio di non discriminazione davanti alla Corte di Giustizia

La nozione tradizionale di uguaglianza, descritta nell'*Etica a Nicomaco* di Aristotele, rende molto bene l'idea dell'importanza della fase di comparazione per il giudizio sulla non discriminazione. Considerare uguale ciò che è uguale e diverso ciò che è diverso comporta necessariamente che al cuore di qualunque giudizio sull'uguaglianza stia la comparazione fra due situazioni al fine di capire se possono essere messe sullo stesso piano. Questo stretto legame che insiste fra principio di non discriminazione e comparazione è dato dalla *natura essenzialmente relazionale*²⁰³ del principio di uguaglianza. L'uguaglianza infatti non si può verificare se non in un rapporto/relazione fra due situazioni che appaiono, almeno in partenza, diverse. La relazione che insiste fra queste due situazioni crea i presupposti per l'applicazione della stessa disposizione normativa (oppure, se le situazioni pretese uguali sono diverse, di una differente disposizione).

Tuttavia fra gli studiosi del diritto antidiscriminatorio sono una minoranza²⁰⁴ quelli che dedicano una parte apposita all'analisi delle specificità della fase di comparazione, prediligendo invece un approccio cronologico²⁰⁵, dogmatico²⁰⁶, per tipologie di

²⁰³V. Benedettelli, op. cit., p. 32.

²⁰⁴ Tra cui C. Favilli, op. cit., R. Hernu, *Principe d'égalité et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes*, LGDJ, Paris, 2003.

²⁰⁵ D. Martin, op. cit. nota 10.

²⁰⁶ M.V. Benedettelli, op.cit. e l'impianto generale dell'opera di R. Hernu, op.cit.

discriminazione²⁰⁷, oppure comparato²⁰⁸. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio, infatti, sta lentamente abbandonando uno schema di ragionamento che parta dalla comparazione di situazioni diverse, in favore di un approccio presuntivo “per categorie”²⁰⁹. L'interpretazione giudiziale per sua natura è flottante, e non fornisce adeguate garanzie in termini di applicazione uniforme²¹⁰. Per questo i governi degli stati membri dell'Unione e l'Unione Europea stanno adottando strumenti legislativi che permettono di evidenziare talune tipologie di discriminazione che meritano un maggiore livello di protezione (questo anche in ragione del fatto che a queste tipologie di discriminazione appartengono solitamente soggetti protetti), in modo tale da ricondurre l'aleatorietà riconducibile al ragionamento giurisdizionale entro livelli accettabili di certezza. Ci si può dunque chiedere quale sia la ragione per cui questo lavoro attribuisca tanta importanza alla centralità del *momentum comparationis*. Essenzialmente per due motivi: il primo è che l'oggetto di questo studio sono le decisioni dei giudici e non l'approfondimento esclusivo dell'evoluzione dei testi legislativi. Il secondo è che si ritiene che l'approccio flessibile delle giurisdizioni rappresenti tuttora un elemento di ricchezza piuttosto che di impoverimento, e che gli approcci presuntivi, per quanto riducano sensibilmente il margine di errore della giurisprudenza, corrano il rischio di ingabbiare il giudizio sulla discriminazione nell'applicazione della stessa disciplina a categorie che vengono messe a confronto per l'espressione della volontà politica del legislatore, e non per una accurata analisi delle circostanze che soggiacciono alla discriminazione. Un approccio che tenda a limitare il ruolo della giurisprudenza non

²⁰⁷ V. E. Ellis e P. Watson, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. N. Bamforth, M. Malik e C. O'Conneide, *Discrimination Law: theory and context*, Thomson, Sweet&Maxwell, Londra, 2008. S. Friedman, *Discrimination law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

²⁰⁸ A. McColgan, *Discrimination, Equality and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

²⁰⁹ Si veda il “*ground based approach*” della Corte Suprema degli Stati Uniti, descritto da McColgan, op. cit. *supra*, p.39 e ss.

²¹⁰ In effetti più che le questioni giuridiche ai fini della soluzione di una causa sulla discriminazione ciò che rileva sono le posizioni personali, politiche ed ideologiche dei giudici (se sono conservatori o progressisti, per esempio). Questo può influenzare molto il giudizio sulla comparazione, che è essenzialmente meta-giuridico.

appare infatti concedere sufficiente credito al ruolo di valorizzazione del corpus normativo comunitario che la Corte ha svolto con costanza sin dall'inizio dell'esperienza dell'integrazione europea, attraverso il quale è stato possibile affermare la specificità dell'ordinamento giuridico europeo.

1. La fase di comparazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

a) Comparazione, razionalità e ragionevolezza

L'esigenza di effettuare un paragone fra situazioni almeno in partenza diverse nasce dal divieto dell'arbitrario, cioè dall'esigenza di evitare il comando legislativo che non trova altra giustificazione se non in se stesso. Questo ha fatto sì che nelle tradizioni costituzionali moderne²¹¹ ci si riferisse alla comparazione fra situazioni diverse come ad una "assenza di arbitraria differenziazione" intesa come l'atto dell'autorità volto a distinguere fra categorie altrimenti omogenee in virtù di una determinata appartenenza politica oppure ideologica. Se è corrispondente a ragione ciò che non è arbitrario, e dunque ciò che può trovare una giustificazione nelle esigenze contingenti che devono essere realizzate dall'ordinamento giuridico, è invece corrispondente a ragionevolezza il bilanciamento da effettuarsi fra le differenti esigenze che possono confliggere nell'azione legislativa e giurisdizionale dell'ordinamento giuridico. Il principio di ragionevolezza impone, secondo i teorici di questa ricostruzione dogmatica, di considerare uguale ciò che è ragionevolmente uguale e diverso ciò che è ragionevolmente diverso. Il problema è determinare che cosa sia "ragione" e "ragionevole" in un ordinamento giuridico, che non fa riferimento, se non in via del tutto tangenziale e supplementare, a categorie che appartengono invece al pensiero

²¹¹ V. p.e. quella italiana, espressa da C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p.1020. V. Crisafulli, *Ancora in tema di uguaglianza*, Giurisprudenza costituzionale, 1959, p. 745 ss. Paladin, *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza*. Aprile 1979 - Dicembre 1983. Giurisprudenza Costituzionale, 1984, vol. I, p. 219 e ss. Più recentemente v: A. Celotto, *Corte Costituzionale ed "eccesso di potere legislativo"*, Giurisprudenza costituzionale, 1995, p. 3724 ss. G. Mignemi, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1995, p. 167 ss. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; 07; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007.

filosofico oppure politico. Il contenuto della ragione sarà dunque la rispondenza della disposizione a dei criteri di logica formale (primo fra tutti il principio di non contraddizione): una norma può entrare in contraddizione con i principi della logica formale, per esempio, perché sono mutate le condizioni storiche che l'hanno resa necessaria²¹²

Altre caratteristiche della norma che la possono opporre ad una elementare regola di ragione sono, per esempio, la falsità dei giudizi di fatto che si giustificano una determinata normativa. In questo caso il giudice opera nel tentativo di dimostrare la contrarietà della norma alla ragione attraverso il ricorso a nozioni quali la *conoscenza comune*, la *massima di esperienza*, la *natura delle cose* o la finzione del *reasonable man*. Più di recente, il giudice può avvalersi anche dell'ausilio di determinate teorie scientifiche che rendano manifestamente obsoleta l'esistenza di una norma, e perciò contraria alla ragione.

Inoltre, secondo le teorie dell'analisi economica del diritto, è contraria ai principi di ragione anche quella norma che, mantenuta in vigore, causa un'inefficienza economica: se una norma che privilegia una determinata categoria e ne svantaggia necessariamente un'altra può essere sostituita da una norma che privilegiando una determinata categoria non ne svantaggi un'altra, la seconda sarà da privilegiare in quanto più rispondente ad un criterio di efficienza²¹³.

²¹²Pensiamo, in via del tutto astratta, ad un'amnistia od un indulto comminati per reati esclusivamente politici, che potrebbero provocare una differenza di trattamento fra persone hanno commesso delitti della stessa efferatezza, ma puniti in maniera diversa perché i primi erano giustificati da un'affiliazione partitica, mentre i secondi non lo erano: la sua persistenza oltre la fine di un conflitto porterebbe inevitabilmente alla discriminazione. Stessa considerazione per misure che, a seguito di una catastrofe naturale, allocano una serie di risorse a disposizione di un determinato territorio, oltre che conferire aiuti fiscali ed economici dovuti naturalmente alla necessità di provvedere alla ricostruzione dell'esistente: una loro persistenza ben oltre la cessazione dell'emergenza, magari a causa della mancata sorveglianza delle autorità politiche, renderebbe sicuramente discriminatorie queste misure. Ancora, il caso di azioni positive che hanno raggiunto l'obiettivo di colmare il divario persistente fra diverse categorie di persone e che continuano ad essere applicate causando dunque una discriminazione non più giustificata dalle esigenze della categoria protetta.

²¹³ Ed in effetti sembra conformarsi ad un ragionamento simile la Corte di Giustizia quando applica i principi generali del diritto, e fra tutti il principio di non discriminazione, in virtù del principio dell'effetto utile (che altro non è se non il principio che impone il raggiungimento del fine stabilito dalla norma, per cui in certa misura anche efficienza).

La possibilità di mettere a confronto due situazioni dipenderà dunque dalla corrispondenza della situazione di fatto con questi criteri elementari di ragione. Questi criteri possono tuttavia entrare in conflitto fra di loro (elementare il caso di una norma che, pur rispondendo a dei criteri di efficacia, provochi una discriminazione) e rendere necessario un bilanciamento dei diversi fini che l'ordinamento giuridico persegue, secondo quelli che, per dirla col Benedettelli, sono i "valori di giustizia distributiva parimenti protetti dall'ordinamento": è questo il caso che giustifica la sussistenza del test di ragionevolezza. Sempre Benedettelli richiama almeno tre criteri guida per il test di ragionevolezza: l'uguaglianza come sinonimo di "giustizia procedurale", la "pari dignità dei consociati", e "l'eguaglianza nel godimento dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti". Quest'ultimo criterio è quello che più spesso è stato ripreso nel c.d. test di ragionevolezza, che è arrivato per lo più a divenire sinonimo di bilanciamento fra differenti tipologie di diritti fondamentali tutelati dagli ordinamenti giuridici. La comparazione di situazioni diverse può provocare infatti, ed a diverso titolo, il contrasto di una pluralità di diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico, facendo così insorgere quelli che vengono definiti come "conflitti di diritti". La comparazione come rispondenza ad un criterio di ragione ed a un test di ragionevolezza non è direttamente ravvisabile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, se non nella sua ultima manifestazione (quella del bilanciamento dei diritti fondamentali). E' tuttavia importante capire quale sia quella che viene definita la "nozione materiale di uguaglianza", perché l'argomentazione della Corte di Lussemburgo risente fortemente, nel giudizio sulla discriminazione, di questa impostazione.

b) Comparazione come individuazione del corretto tertium comparationis

Una volta esaminate le ragioni teoriche che rendono necessario attuare una comparazione al fine di dimostrare l'esistenza di una discriminazione, è necessario comprendere come fa la Corte di Giustizia ad individuare il termine di paragone adeguato ai fatti in causa. E la questione non è pacifica neppure in dottrina. Alcuni

autori, fra cui Martin²¹⁴, ritengono che la Corte non eserciti sufficientemente il test di comparazione, quantomeno nell'area della libera circolazione delle persone e dei servizi, limitandosi all'area della libera circolazione delle merci (dove in effetti si ritrova in gran parte la giurisprudenza citata finora). Altri, come Hernu²¹⁵, attribuiscono una grande importanza alla comparazione (pur non distinguendola come fase autonoma nel ragionamento della Corte) e la identificano nel reperimento di un criterio non arbitrario che permetta di porre in relazione due situazioni che, almeno in apparenza, sono differenti. Altri ancora, come Malik²¹⁶, ritengono al contrario che l'esercizio del test di comparazione non possa soddisfare l'altissima domanda di uguaglianza che è posta dalla società moderna, e che conduca ad una interpretazione restrittiva del divieto di discriminazione. In ogni caso, come già argomentato, il concetto di *uguaglianza relazionale* rende difficile descrivere una violazione del principio di non discriminazione se non in relazione a un'altra categoria di soggetti. Per cui la necessità di un paragone si pone: quello che varia è il modo in cui il paragone viene effettuato, se analizzando le circostanze della causa in maniera analitica o se invece facendo riferimento ad un ragionamento più concreto, che guarda alla discriminazione come ostacolo da eliminare nel raggiungimento del fine dell'uguaglianza sostanziale. La prima sentenza di una certa importanza in cui la Corte si sofferma sul rapporto fra principio di non discriminazione e comparazione, è *Société des Fonderies de Pont a Mousson*²¹⁷:

Va poi rilevato che una discriminazione — consistente nel trattare in modo diverso situazioni comparabili — presuppone l'obbligo e la possibilità di riservare un identico trattamento a tutti gli interessati e che nella specie l'Alta Autorità avrebbe potuto commettere l'asserita discriminazione solo qualora fosse stata

²¹⁴ Martin, *Egalité et non discrimination*, op. cit., pag. 529 e ss.

²¹⁵ Hernu, op. cit., pag. 298 e ss.

²¹⁶ Malik, Bamphorth, O' Cinneide, op cit. pag. 287.

²¹⁷ Corte giust. del 17 dicembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson contro l'Alta Autorità*, causa 14-59, Racc. 1959, p. 445.

autorizzata ed obbligata, vuoi ad esonerare la ricorrente dalla perequazione, vuoi ad assoggettarvi i suoi concorrenti.²¹⁸

C'è poi la copiosa giurisprudenza a cavallo degli anni '60 e '70²¹⁹ (in parte già citata nel paragrafo introduttivo), che trova il suo apice nella sentenza *Ruckdeschel*²²⁰, riguardante la comparabilità di sostanze amidacee ai fini dell'applicabilità di un regime di restituzioni alla produzione. Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Capotorti formula un'interessante descrizione del significato di comparazione nel diritto dell'Unione, che riflette il suo carattere *analitico e teleologico*:

La comparabilità dei casi, delle situazioni in cui le imprese si trovano, nell'ambito del settore a cui si applica una determinata regolamentazione, è un presupposto essenziale per stabilire se certe norme, introducendo una diversità di trattamento, abbiano carattere discriminatorio. È chiaro che la nozione di comparabilità delle situazioni non va confusa con l'assoluta identità delle stesse. La comparabilità va determinata tenendo conto del profilo della concorrenza (cit. sentenza 17 dicembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson*), e in ogni caso alla luce delle finalità della disciplina che entra in considerazione: è soprattutto in relazione a queste finalità che si potrà stabilire se talune differenze sussistenti fra le imprese siano sufficienti ad escludere la comparabilità delle rispettive situazioni, e quindi a con sentire un trattamento diverso. In altri termini, il principio di non discriminazione dovrà considerarsi violato — nel campo degli interventi pubblici nell'economia — quando siano trattate in modo diverso due situazioni analoghe rispetto alle finalità perseguite da tali interventi: in questo senso si espresse l'avvocato generale Lagrange nelle sue conclusioni sul citato caso 13/63, *Governo della Repubblica Italiana/Commissione* (Raccolta 1963, p. 380-81).²²¹

Le conclusioni dell'AG Capotorti probabilmente forniscono anche il primo importante elemento che caratterizza la ricerca del corretto termine di paragone: *comparabilità*

²¹⁸ *Ib.*, p. 463.

²¹⁹ Citata dall'AG Capotorti nelle sue conclusioni in *Ruckdeschel*, cit. *infra*, a p. 1777-78 della Raccolta della giurisprudenza.

²²⁰ Corte giust. del 19 Ottobre 1977, Causa C-117/76, *Ruckdeschel*, Racc. 1977, p. 1753.

²²¹ *Ib.* p. 1777 e ss. dove l'AG fa un bilancio del significato del principio di non discriminazione all'interno della politica agricola comunitaria, per riassumere che "a) vi è discriminazione quando sono trattate in modo diverso situazioni comparabili; b) sono da considerare discriminatori gli interventi comunitari che recano squilibrio alla capacità concorrenziale delle imprese; c) sono lecite le differenziazioni fondate su criteri oggettivi, mentre costituisce discriminazione ogni disparità di trattamento non giustificata."

delle situazioni non significa identità. E' proprio in virtù di questa considerazione che Capotorti ritiene opportuno specificare che nella determinazione della comparabilità di due situazioni bisogna prestare particolare attenzione al fine della norma che si suppone violare l'obbligo di non discriminazione. Infatti, in una successiva sentenza, *Italia contro Commissione*²²², la Corte rifiuta di paragonare la situazione dei prodotti amidacei e della fecola nell'attribuzione di un premio di produzione da parte di un regolamento:

Benchè, in effetti, il premio in questione sia attribuito ad un solo settore industriale [quello della fecola, *ndr*], e non invece al settore concorrente, tale differenza di trattamento non costituisce tuttavia una discriminazione ai sensi del Trattato. Il premio è stato istituito per far fronte alle particolari difficoltà di cui il Consiglio aveva constatato l'esistenza nel settore della fecola, in seguito all'evoluzione, in senso sfavorevole a questo settore, di taluni fattori economici, e in particolare del valore dei sottoprodotti dei rispettivi prodotti di base. Il diverso trattamento non può essere considerato discriminatorio.²²³

Dunque, la Corte sosteneva che amidi e fecole non fossero in una situazione paragonabile, perché il fine del regolamento impugnato dal governo italiano era quello di favorire i prodotti ed i sottoprodotti della fecola di patate, che in quel momento storico era penalizzata dalle contingenze del mercato agricolo.

Come risulta evidente da questa breve disamina, le prime pronunce della Corte sull'ambito di applicazione del principio di non discriminazione riguardano la politica agricola e la libera circolazione delle merci, con l'eccezione, di sicuro rilievo, del principio della parità di retribuzione fra uomini e donne. I primi test di comparazione applicati al di fuori dell'ambito della libera circolazione delle merci si sono visti in effetti in questo ambito.

Un esempio particolarmente interessante è la sentenza *Murphy*²²⁴, in cui la Corte era stata investita dalla *High Court* inglese della richiesta di determinare se l'articolo 119 CEE (poi 141 CE, ora 157 TFUE) si applicasse anche nel caso in cui il termine di

²²²Corte giust. del 12 luglio 1979, *Governo della Repubblica italiana contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 166/78, Racc.1979, p. 2575.

²²³ *Ib.* par. 20.

²²⁴ Corte giust. del 4 febbraio 1988, *Mary Murphy e altri contro An Bord Telecom Eireann*, causa 157/86, Racc.1988, p. 673.

paragone per l'ottenimento della stessa retribuzione fosse un soggetto che svolgeva un lavoro che aveva (quantomeno potenzialmente) un valore diverso. In questo caso la questione riguardava alcune lavoratrici donne che svolgevano mansioni di assemblaggio del prodotto finito in una fabbrica di prodotti di telefonia e che richiedevano di essere equiparate nella retribuzione all'equivalente maschile (che sostanzialmente svolgeva mansioni da magazziniere e fattorino). L'*equality officer* inglese, istruito della questione secondo il procedimento dell'*Anti-discrimination pay act* allora in vigore, riteneva che il termine di paragone fosse inesatto poiché il lavoratore di sesso maschile svolgeva delle mansioni differenti da quelle femminili e non ricadeva dunque nell'ambito di applicazione dell'articolo 119 CEE. L'articolo 119 infatti parla di "stessa retribuzione per lo stesso lavoro". La Corte, invece, rispettando il principio dell'effettività del divieto di discriminazione, affermava che il lavoratore maschile poteva ben costituire un termine di paragone valido ai fini dell'applicazione della medesima retribuzione ai lavoratori di sesso femminile:

E vero che l'art. 119 del trattato, stando alla sua lettera, impone l'applicazione del principio della parità di retribuzione dei lavoratori di sesso maschile e di quelli di sesso femminile solo nel caso in cui il lavoro sia uguale ovvero, secondo la costante giurisprudenza della Corte, sia di valore uguale, non già nel caso del lavoro di valore diverso. Questo principio, tuttavia, se osta a che in considerazione del sesso una retribuzione inferiore sia corrisposta ai lavoratori di un determinato sesso che svolgono un lavoro di valore pari a quello del lavoro svolto dai lavoratori dell'altro sesso, vieta a maggior ragione una siffatta differenza di retribuzione, nel caso in cui la categoria di lavoratori meno retribuita effettui un lavoro di valore superiore.²²⁵

Il principio di effettività del divieto di discriminazione appare più evidente se si fa riferimento al paragrafo successivo:

L'interpretazione contraria si risolverebbe nel privare il principio della parità di retribuzione di efficacia pratica e nel svuotarlo di contenuto. Come il governo irlandese ha giustamente rilevato, in questo caso il datore di lavoro potrebbe facilmente eludere il principio assegnando compiti ulteriori o più pesanti ai lavoratori di un determinato sesso, ai quali potrebbe in tal caso corrispondere una retribuzione inferiore.

²²⁵ Ib. par. 9.

Questo utilizzo del termine di paragone riflette in modo evidente le parole dell'AG Capotorti in *Ruckdeschel*, con il risultato di evidenziare ulteriormente il carattere *teleologico*²²⁶ del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia. La Corte infatti mostra di non porre al primo posto l'esercizio di un test di comparazione in senso restrittivo, bensì l'obiettivo del raggiungimento della parità di genere.

Un caso simile era stato portato all'attenzione della Corte da un'altra Corte inglese, la *Court of Appeal* del Galles. Il giudice nazionale aveva sottoposto ai giudici di Lussemburgo la questione se le mansioni dirigenziali di una professione paramedica (logopedista) svolta prevalentemente da lavoratori di sesso femminile fossero paragonabili a quelle di un'altra professione paramedica (farmacista), svolta però in maggioranza da lavoratori di sesso maschile. Il sistema sanitario inglese (l'NHS) infatti applicava alle dirigenti femminili una retribuzione mediamente inferiore del 25% rispetto ai (supposti) equivalenti maschili. In questo caso²²⁷ la Corte non ha compiuta una disamina delle condizioni di comparazione. Si è invece limitata, riferendosi alla giurisprudenza precedente, a presumere la comparabilità delle due situazioni, per concentrarsi sullo svantaggio che, indirettamente, finiva per colpire in maniera notevolmente superiore il sesso femminile rispetto a quello maschile.

Tuttavia, se la retribuzione relativa alla funzione di logopedista è notevolmente inferiore a quella relativa alla funzione di farmacista e se la prima di queste funzioni è esercitata quasi esclusivamente da donne, mentre la seconda viene esercitata in prevalenza da uomini, una siffatta situazione sembra, a prima vista, implicare una discriminazione fondata sul sesso, quanto meno nel caso che le due funzioni considerate abbiano uguale valore e che i dati statistici da cui risulta tale situazione siano attendibili. Spetta al giudice

²²⁶ Si vedano oltretutto le conclusioni dell'AG Lenz nella causa Murphy, cit., par. 16: "Lo scopo dell'art. 119 del trattato CEE obbliga quindi ad applicare questa norma all'ipotesi in esame. Qualunque altra soluzione priverebbe la disposizione di qualsiasi efficacia pratica (*effet utile*). Come il governo irlandese ha giustamente rilevato, in caso diverso il datore di lavoro potrebbe sottrarsi all'obbligo di trattare nello stesso modo i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile attribuendo mansioni ulteriori o più pesanti ai lavoratori di un sesso, ai quali potrebbe quindi essere corrisposta una retribuzione inferiore. Se si volesse dichiarare compatibile con l'art. 119 un siffatto modo di procedere, ciò significherebbe istituzionalizzare la possibilità di abuso." Qui l'avvocato generale specifica ulteriormente l'importanza del perseguimento dello scopo della norma anti-discriminatoria, che non giustifica un'applicazione letterale dell'art. 119.

²²⁷ Corte giust. 27 ottobre 1993, *dott.ssa. Pamela Mary Enderby contro Frenchay Health Authority e Secretary of State for Health*, Causa C-127/92, Racc. 1993, p. I-5535.

nazionale valutare se tali dati statistici possano essere presi in considerazione, cioè se riguardino una popolazione sufficiente, se non riflettano fenomeni puramente fortuiti o congiunturali e se, in generale, appaiano significativi.²²⁸

In questo caso, ai fini della valutazione del corretto termine di paragone, rileva dunque l'utilizzo di alcuni indicatori statistici. Essi fanno presumere che l'attribuzione di una maggiore retribuzione a delle mansioni svolte in maggioranza da persone di sesso maschile sia discriminatoria nei confronti delle persone di sesso femminile. Viene però in questo caso demandata al giudice nazionale la missione più gravosa, quella di accertare la bontà e la rappresentatività degli indicatori statistici utilizzati ai fini della presunzione della comparabilità.

La Corte ha utilizzato il medesimo criterio, quello degli indicatori statistici, per rilevare un'altro caso di discriminazione indiretta basata sulla cittadinanza degli stati membri dell'Unione. Qui bisogna rilevare che l'individuazione del termine di paragone è più agevole (come in parte accade anche con le discriminazioni di genere), perché è sufficiente che i soggetti coinvolti possiedano la cittadinanza di uno degli stati membri per potere disapplicare le norme nazionali che impongono una differenza di trattamento. Il caso, *Allué II*²²⁹, riguardava la conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato riservato esclusivamente alla categoria dei lettori di lingua straniera, categoria che, nelle università italiane, è riservata a quegli esperti provenienti da paesi terzi che vengono assunti per insegnare nella loro lingua madre. Questi esperti venivano assunti con un contratto della durata di 6 anni, inquadrati con le mansioni che per lo più spettano ai ricercatori universitari, assunti invece con contratto a tempo indeterminato. Verificato che, sulla base di indicatori statistici, soltanto il 25% dei lettori di lingua straniera era di cittadinanza italiana, la Corte di Giustizia dichiarava che la disposizione interna contrastava con il diritto dell'Unione:

²²⁸ *Ib.*, par. 16.

²²⁹ Corte giust. 2 agosto 1993, *Pilar Allué e altri contro Università degli studi di Venezia e Università degli studi di Parma*, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, Racc. 1993, p. I-4309.

L'art. 48, n. 2, del trattato dev'essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di una norma nazionale che limiti la durata del rapporto di lavoro fra le università e i lettori di lingua straniera, mentre tale limitazione non esiste, in via di principio, per quanto riguarda gli altri lavoratori.²³⁰

Nella giurisprudenza più recente, in particolare a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, questo carattere del test di comparazione viene notevolmente accentuato, con il risultato che la componente *analitica* ne risulta in qualche modo ridimensionata (ma bisogna dire che al di fuori della libera circolazione delle merci un vero e proprio test di comparazione non è mai stato attivato dalla Corte). A questo fatto hanno contribuito anche le direttive in materia di inversione dell'onere della prova²³¹, le quali, presumendo la discriminazione e dunque in qualche modo anche la comparabilità, hanno permesso di accentuare il carattere *teleologico* e *strumentale* della fase di comparazione.

La giurisprudenza in materia è comunque estremamente ampia, ed è necessario effettuare una scelta che permetta di tracciare il percorso dell'evoluzione del test di comparazione, in particolare in seguito alle modifiche ai trattati²³² effettuate a cavallo degli anni '90 e '00 che hanno dato un notevole impulso al diritto antidiscriminatorio introducendo le competenze in materia di non-discriminazione. Ulteriore impulso, che ha rafforzato il carattere *strumentale* del test di comparazione, è stato dato dall'entrata in vigore degli strumenti legislativi quadro a tutela delle discriminazioni: le già ben note direttive 2000/78/CE (ristretta al mondo del lavoro) e 2000/43/CE.

c) L'evoluzione recente del carattere strumentale del test di comparazione

L'impatto del nuovo *corpus* normativo sul potenziamento del diritto antidiscriminatorio è piuttosto evidente nella giurisprudenza più recente della Corte in due ambiti: 1) il

²³⁰ Ib. par. 16.

²³¹ Direttiva 97/80/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso, Gazzetta ufficiale n. L 014 del 20/01/1998 pag. 6 - 8. La direttiva è stata riassorbita nella c.d. direttiva *recast* sulla parità di trattamento fra uomini e donne, n. 2006/54/CE.

²³² V. in particolare l'introduzione con il trattato di Amsterdam dell'art. 13 CE, ora art. 19 TFUE.

primo verte sull'applicazione della tutela riservata alla parità di genere alle persone che si sono sottoposte ad intervento chirurgico per modificare il proprio sesso. 2) Il secondo invece verte sulle discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale, ed in particolare sulla comparabilità fra coppie che contraggono matrimonio e coppie che contraggono un'unione registrata, secondo i numerosi modelli nazionali a disposizione. Bisogna tuttavia specificare che la comparazione effettuata dalla Corte fra i diversi modelli non è volta all'ottenimento della parificazione fra diverse tipologie di unioni, cosa che rimane naturalmente nella disponibilità degli stati membri, bensì all'applicazione senza distinzioni arbitrarie di taluni sussidi (per esempio agevolazioni per il trasporto ferroviario) o di rapporti previdenziali, come le pensioni di reversibilità.

1) la comparabilità fra le persone transessuali e persone del genere opposto

Nel primo ambito si segnala in particolare *P. contro S. e Cornwall City Council*²³³, in cui la Corte applica ad un transessuale, che era stato licenziato dopo avere cambiato sesso, la tutela offerta dalla Comunità Europea in merito alla parità di trattamento fra uomini e donne sul luogo di lavoro:

“Di conseguenza, la sfera d'applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell'interessata.

Infatti, siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell'interessato. Così, una persona, se licenziata in quanto ha l'intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.”²³⁴

La comparabilità delle situazioni era peraltro abbastanza intuitiva, ed il caso di specie era invero stato generato da un'interpretazione restrittiva del *Sex Discrimination Act* da

²³³ Corte giust. 30 aprile 1996, *P contro S e Cornwall County Council*, causa C-13/94, Racc. 1996 p. I-02143.

²³⁴ *Ib.*, par. 20-21.

parte della Corte inglese che aveva sollevato la richiesta di rinvio pregiudiziale. L'*Industrial Tribunal* inglese in effetti individuava il corretto termine di paragone non nella persona di sesso maschile che non aveva cambiato sesso, bensì nella persona di sesso femminile che avrebbe cambiato sesso per diventare di sesso maschile. In questo senso, dunque, nessuna discriminazione avrebbe avuto luogo perché anche in quel caso la donna sarebbe stata licenziata. La Corte, al contrario, stabilisce che è appropriato paragonare la situazione di chi si sottopone ad un cambio di sesso a quella delle persone che non hanno necessità di sottoporsi a questo cambio. Dunque la Corte ritiene, nel caso di specie, che la ricorrente nel procedimento principale fosse stata discriminata a causa della sua volontà di diventare di sesso femminile.

Nella successiva sentenza *Grant*²³⁵ invece la Corte ritiene di essere di fronte ad un caso di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Non è tuttavia nelle condizioni di censurarla (benché non manchi di fare riferimento alla tutela offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo) poiché al tempo della domanda di rinvio pregiudiziale non era ancora entrata in vigore la direttiva 2000/78/CE. Poiché la sentenza riguardava la possibilità di applicare una riduzione sui prezzi del trasporto pubblico locale, la Corte, nel garantire il beneficio richiesto affermava che, quantomeno in linea di principio, persone sposate di sesso opposto e persone non sposate dello stesso sesso potessero essere in una situazione comparabile.

Nella sentenza *K. B.*²³⁶ invece i giudici di Lussemburgo erano chiamati a decidere sull'attribuzione della pensione di reversibilità secondo il diritto inglese ad una coppia composta da un transessuale ed una donna. In questo caso la Corte adottava l'approccio di *Cornwall City Council*, e stabiliva che il corretto termine di paragone per una coppia composta da una persona transessuale ed una donna sarebbe una coppia di persone di

²³⁵Cort giust. 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant contro South-West Trains Ltd*, causa C-249/96, Racc.1998, p. I-00621.

²³⁶ Corte giust. 7 gennaio 2004, *K.B. contro National Health Service Pensions Agency e Secretary of State for Health*, Causa C-117/01, Racc. 2004, p. I-00541.

sesto opposto²³⁷. La Corte stabilisce che una persona transessuale è in una situazione comparabile a quella delle persone il cui sesso desidera assumere. Nella successiva sentenza *Richards*²³⁸, invece, la Corte affermava che è attribuibile ad un transessuale che è transitato dal sesso maschile a quello femminile l'età pensionabile riservata dalla legislazione inglese alle donne. Nell'effettuare questi paragoni la Corte, diversamente da quanto fatto dalle corti nazionali nel procedimento principale, riteneva di dovere attribuire un peso maggiore allo scopo della norma (quello di assicurare la parità di trattamento fra uomini e donne, anche nel caso in cui una persona apparente al sesso per così dire privilegiato desiderasse appartenere a quello svantaggiato), rispetto alle eventuali esigenze di analisi dettagliata delle circostanze di fatto sottostanti alla causa.

2) la comparabilità fra coppie di persone di sesso opposto e dello stesso sesso

L'utilizzo del test di comparazione nell'ambito della giurisprudenza sulla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è particolarmente interessante perché rappresenta in maniera molto chiara l'evoluzione dell'approccio nei confronti del test di comparazione. In questa linea di sentenze, che riguarda la normativa in vigore in due stati membri (Germania e Francia) sulla possibilità di ottenere la reversibilità della pensione dopo il decesso del proprio partner, il giudizio sulla comparazione delle situazioni si basa in gran parte sulle considerazioni allegate alla domanda di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale. Questo fattore è evidente in *Tadao Maruko*²³⁹ dove nella causa principale il ricorrente impugnava la disciplina tedesca che, pur concedendo la possibilità alle persone dello stesso sesso di entrare in un'unione

²³⁷Bisogna considerare che al momento dei fatti della causa in Regno Unito non era possibile né il matrimonio fra persone dello stesso sesso (diventato legittimo nel Marzo 2014) né la modifica dei dati anagrafici a seguito di attribuzione di un sesso diverso da quello originale, cosa che invece è ammessa nella maggioranza degli stati membri.

²³⁸ Corte giust. 27 aprile 2006, *Sarah Margaret Richards contro Secretary of State for Work and Pensions*, causa C-423/04, Racc. 2006, p. I-3585.

²³⁹ Corte giust. 1 aprile 2008, *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, causa C-267/06, Racc. 2008, p. I-1757.

solidale, non assegnava la facoltà di ottenere, alla morte del partner, la reversibilità della pensione di anzianità. Nel propendere o meno per la comparabilità fra le due situazioni, la Corte rinviava alle argomentazioni del giudice nazionale:

Il giudice a quo ritiene che, tenuto conto di tale ravvicinamento tra matrimonio e unione solidale, che esso considera come un'equiparazione progressiva e che risulta, a suo avviso, dal regime stabilito dal LPartG, in particolare dalle modifiche intervenute con la legge 15 dicembre 2004, l'unione solidale, senza essere identica al matrimonio, ponga le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale.

Orbene, esso constata che il beneficio di tale prestazione ai superstiti è limitato, in base alle disposizioni dello statuto della Vddb, ai soli coniugi superstiti ed è negato ai partner di unione solidale superstiti.²⁴⁰

Utilizzando dunque un argomento che può essere fatto risalire sino alle conclusioni dell'AG Capotorti in *Ruckdeschel*, la Corte insiste sul fatto che le due situazioni, benché non identiche, possono essere considerate sullo stesso piano.

In questo caso, tali partner di unione solidale si vedono quindi trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti per quanto riguarda il beneficio della detta prestazione ai superstiti.

Ammessi che il giudice a quo decida che i coniugi superstiti e i partner di unione solidale superstiti siano in una posizione analoga per quanto concerne questa stessa prestazione ai superstiti, una normativa come quella controversa nella causa principale deve di conseguenza essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78.²⁴¹

La Corte, pur demandando al giudice nazionale l'ultima parola sulla comparabilità, afferma che lo svantaggio generato dalla normativa tedesca per le persone che hanno contratto un'unione solidale è sensibile di costituire una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. Una posizione simile è quella tenuta dal supremo tribunale europeo in *Römer*²⁴². Anche in questo caso la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla assegnazione di un privilegio concesso alle coppie sposate secondo la disciplina tedesca,

²⁴⁰ *Ib.* par. 69-70. Ma v. anche le conclusioni dell'AG Colomer nella stessa sentenza, par. 100-101.

²⁴¹ *Ib.* par. 70-71.

²⁴² Corte giust. 10 maggio 2011, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, causa C-147/08, Racc. 2011, p. I-3591.

che consente di ottenere una pensione di anzianità più elevata qualora si abbia un coniuge a carico. Nel caso di specie il ricorrente nella causa principale non poteva domandare il calcolo più favorevole poiché esso non si applicava al regime delle unioni solidali fra persone dello stesso sesso. I giudici di Lussemburgo nell'analizzare la comparabilità delle due situazioni fanno diretto riferimento al precedente *Maruko*:

A questo proposito occorre sottolineare che, come risulta dalla citata sentenza *Maruko* (punti 67-73), da un lato, non è necessario che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano paragonabili, e, dall'altro, l'esame di tale carattere paragonabile deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi. Infatti, nella sentenza sopra citata, avente ad oggetto il rifiuto di concedere una pensione di reversibilità alla persona legata in unione civile ad un affiliato ad un regime di previdenza professionale poi deceduto, la Corte non ha effettuato una comparazione globale del matrimonio e dell'unione civile registrata all'interno dell'ordinamento tedesco [...] ²⁴³.

In questo caso, però, aggiungendo qualcosa alla giurisprudenza precedente, la Corte sembra volere dare indicazioni più precise sull'opportunità di mettere a confronto la situazione di coppie sposate e coppie non sposate:

[...] il raffronto tra le situazioni deve essere fondato su un'analisi incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner dell'unione civile registrata, quali risultanti dalle disposizioni nazionali applicabili e che appaiono pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione controversa nella causa principale, e non deve consistere nel verificare se il diritto nazionale abbia operato un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio. ²⁴⁴

Le finalità cui la Corte fa riferimento vengono individuate nel procurare, al raggiungimento della pensione, un reddito sostitutivo che si presume andare a vantaggio non solo dell'interessato, ma anche delle persone che più genericamente vivono con lui. Un compito di mutua assistenza che è pienamente paragonabile a quello delle persone che hanno contratto matrimonio. Dunque se è vero che la questione della comparabilità

²⁴³ *Ib.* par. 42.

²⁴⁴ *Ib.* par. 44.

per la Corte deve essere effettuata almeno *prima facie* dal giudice del rinvio, d'altro canto la Corte fornisce anche ulteriori indicazioni importanti, che ribadiscono come il test di comparazione abbia lo scopo di trovare delle somiglianze piuttosto che sottolineare delle differenze:

La valutazione della comparabilità ricade nella competenza del giudice del rinvio e deve essere incentrata sui rispettivi diritti ed obblighi dei coniugi e delle persone legate in un'unione civile, quali disciplinati nell'ambito dei corrispondenti istituti e che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione in questione.²⁴⁵

Un'ulteriore conferma della giurisprudenza *Romer-Maruko* perviene dalla più recente sentenza *Hay*²⁴⁶, che riguarda la possibilità di mettere a confronto coppie di persone dello stesso sesso e di sesso opposto ai fini dell'ottenimento di un premio ai dipendenti che contraggono matrimonio (composto da una somma di denaro e di alcuni giorni di congedo retribuito). Anche in questo caso la Corte effettua un paragone fra la normativa francese in materia di matrimonio e quella che stabilisce la possibilità per le persone dello stesso sesso di organizzare la propria vita in comune (i c.d. PACS).

Dalla decisione di rinvio e dal fascicolo all'esame della Corte emerge che le persone del medesimo sesso possono concludere un PACS per organizzare una vita in comune impegnandosi, nell'ambito di tale vita in comune, in un aiuto materiale e in un'assistenza reciproci. Il PACS costituisce, [...] al pari del matrimonio, una forma di unione civile di diritto francese, che pone la coppia in un contesto giuridico preciso, fonte di diritti e di obblighi reciproci e verso terzi. Se è vero che esso è accessibile altresì a persone di sesso diverso, ferme restando nel complesso le differenze rispetto al regime matrimoniale, il PACS era l'unica possibilità che il diritto francese offriva, alla data dei fatti del procedimento principale, alle coppie del medesimo sesso per dare alla loro unione una veste giuridica certa e opponibile ai terzi.

²⁴⁵ *Ib.*, par. 52.

²⁴⁶ Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12, Racc. non pubblicata. La sentenza dà anche ulteriori spunti per l'affermazione del principio di non discriminazione come principio costituzionale, perché la Corte sembra applicare una direttiva ad una controversia tra privati (per quanto la fonte del privilegio impugnato fosse un contratto collettivo nazionale) avverando così un'ipotesi di effetto diretto orizzontale delle direttive. Qui probabilmente la Corte omette di specificare che non è la direttiva in se ad essere la fonte dell'effetto diretto orizzontale, bensì il principio generale di non discriminazione, che in altri casi è già stato ritenuto fonte idonea di questo tipo di effetto diretto (v. sentenze *Deckmyn*, *Kukukdeveci*, *Mangold*, *Zambrano*, *Defrenne II*).

Il paragone effettuato dalla Corte si conclude, come per i precedenti *Maruko* e *Romer*, con la conferma della comparabilità delle due situazioni, effettuata non sulla base di un criterio di sovrapposibilità, bensì di somiglianza.

Questi ultimi esempi dell'evoluzione del test di comparazione nella giurisprudenza della Corte permettono di considerare che, fra i caratteri del test di comparazione descritti in questo paragrafo (*analitico, teleologico e strumentale*), quello *strumentale* sia senza dubbio preponderante. Di conseguenza, il ritratto del test di comparazione che emerge da questa breve analisi è quello di un confronto indirizzato alla realizzazione del fine della lotta alle discriminazioni, in modo da assicurare una tutela che sia, compatibilmente con le competenze dell'Unione Europea (che la Corte sta sempre bene attenta a non prevaricare) il più completa possibile. Per questo la tendenza è certamente quella di utilizzare questo test per aumentare le possibilità di effettuare un paragone piuttosto che per diminuirle, nel tentativo di arginare la tendenza di alcune corti nazionali ad un atteggiamento restrittivo nei confronti dell'applicazione del principio di non discriminazione, evitando di ricadere, attraverso un'analisi eccessivamente dettagliata dei fatti ed un'applicazione pedissequa del termine di paragone nell'applicazione di uno *strict concept of equality*.

3. La fase di giustificazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Il procedimento logico alla base del giudizio sulla discriminazione impone, dopo la verifica della comparabilità delle situazioni, di verificare la possibilità della loro giustificazione²⁴⁷. La giurisprudenza della Corte, infatti, ammette una discriminazione che non sia arbitraria²⁴⁸ e che sia dunque giustificata (o giustificabile) sulla base di criteri obiettivi. L'obiettività della situazione è riconosciuta solitamente dal dato

²⁴⁷ V. Casolari, *op. cit.* che cita il test per la giustificazione della misura come articolazione indipendente del giudizio sulla discriminazione.

²⁴⁸ V. p.e. il testo dell'art. 36 TFUE: "Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri."

giurisprudenziale oppure da quello legislativo. I trattati ed il diritto derivato sono la fonte più comune delle giustificazioni al principio di non discriminazione così come si articola all'interno delle quattro libertà previste dal mercato interno, ma vi sono anche ulteriori tipologie di giustificazione, o comunque di eccezione al divieto generale di discriminazione, che si sono originate dall'attività di interpretazione della Corte di Giustizia e godono tuttora di un certo successo. Due che per l'importanza che hanno rivestito (e per certi versi anche per le polemiche che hanno suscitato) non possono essere tralasciati sono le ipotesi di situazioni puramente interne originanti dei casi di *discriminazioni a rovescio* e le *discriminazioni obbligatorie*, che si traducono nelle c.d. azioni positive (prevalentemente in favore della parità di trattamento fra uomo e donna).

a) *Le deroghe previste dai trattati e dal diritto derivato*

Le disposizioni del Trattato di Lisbona che permettono di derogare alle quattro libertà fondamentali si possono trovare all'articolo 36 per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, all'articolo 45.2 per la libera circolazione dei lavoratori, all'articolo 56 per la libertà di stabilimento e all'articolo 62 per la libera circolazione dei servizi. L'articolo 36²⁴⁹, riguardando un diritto di circolazione che non dà adito ad alcun genere di contrasto, almeno in linea di principio, con i diritti fondamentali della persona, conosce un catalogo di limitazioni che è notevolmente più ampio degli altri, per quanto si debba rilevare che queste limitazioni non possono essere in alcun modo utilizzate per mascherare una giustificazione di natura economica e debbano allo stesso tempo essere intese in senso restrittivo. Le deroghe alla libera circolazione dei lavoratori, di stabilimento e dei servizi seguono invece lo schema più tradizionale delle limitazioni per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica. La ragione

²⁴⁹ “Le disposizioni degli articoli 34 e 35 lasciano impregiudicati i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri.”

dell'essenzialità dello schema di deroghe dei trattati è data dal fatto che questo genere di limitazioni possono in alcuni casi scontrarsi con l'espressione di un diritto fondamentale, o comunque mascherarne una sua compressione da parte degli stati membri. Si ricorre dunque ad un'interpretazione restrittiva²⁵⁰ dello schema derogatorio che trova una certa rispondenza anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Le differenze di trattamento previste ed ammissibili secondo il diritto derivato, ed in particolare secondo le direttive 2006/54²⁵¹ e 2000/78²⁵², sono invece riferibili per lo più al possesso di requisiti occupazionali che giustifichino una disparità di trattamento nell'accesso ad una determinata tipologia di lavoro. Bisogna dire che su questo punto non vi è una giurisprudenza particolarmente abbondante (3 le sentenze che si occupano della deroga di cui all'art. 4.1 della direttiva 2000/78, nessuna sull'art. 4.2 della stessa direttiva e soltanto una²⁵³ per la deroga ex art. 14.2 della direttiva 2006/54/CE). La

²⁵⁰ V. a riguardo dell'art. 45.3 TFEU (ex art. 48.3 CEE) che stabilisce un sistema di deroghe alla libera circolazione dei lavoratori *Ugliola*, cit. al par. 3: "Detto articolo non patisce alcun'altra eccezione oltre a quelle limitativamente previste al n. 3 e relative all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza ed alla sanità pubblica."

²⁵¹V. art. 14.2 dir. 2006/54/CE: "Per quanto riguarda l'accesso al lavoro, inclusa la relativa formazione, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica specifica di un sesso non costituisca discriminazione laddove, per la particolare natura delle attività lavorative di cui trattasi o per il contesto in cui esse vengono espletate, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato."

²⁵²Art. 4 dir. 2000/78/CE, p. 1-2: "Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato. 2.Gli Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi."

²⁵³ Corte giust. 6 marzo 2014, *Loredana Napoli contro Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, Causa C-595/12, Racc. non pubblicata.

Corte, per esempio, ha giudicato conforme al diritto dell'Unione la legislazione tedesca che stabilisce in 30 anni il limite massimo per assumere il ruolo di vigile del fuoco con mansioni operative²⁵⁴. In un altro caso, ha giudicato che la clausola di un contratto collettivo che stabiliva in 60 anni l'età pensionabile dei piloti di aereo mentre la legislazione nazionale ed internazionale la fissavano a 65 anni fosse discriminatoria²⁵⁵. Ancora, ed in parziale contrasto con la precedente sentenza *Wolf*, la Corte ha stabilito che l'età massima di 30 anni per agenti di polizia locale in Spagna costituisse una discriminazione sulla base dell'età²⁵⁶. Non è agevole cogliere quali siano i criteri su cui si basa la Corte per stabilire la necessità del requisito occupazionale (qui prevalentemente l'età). Pare in effetti che buona parte del suo ragionamento si basi sulle motivazioni addotte dagli stati membri a difesa della loro scelta, ed in particolare in relazione al legame che deve insistere fra il requisito che si considera necessario allo svolgimento di un determinato lavoro e le mansioni che devono essere svolte dai lavoratori. Nè potrebbe essere altrimenti, perché tutte le professioni di cui si occupa la Corte nel suo esame della disparità di trattamento (l'agente di polizia, il pilota di aereo civili e il vigile del fuoco) sono egualmente delicate e per la loro stessa natura fonte di possibili violazioni dell'ordine o della sicurezza pubblica.

Queste limitazioni non sono tuttavia destinate a rimanere in vigore senza alcuno scrutinio sulla loro persistente proporzionalità da parte della Corte di Giustizia. Una deroga molto simile a quelle disposte dalle due direttive citate sopra è infatti stata annullata dalla Corte nella sentenza *Test d'Achats*²⁵⁷, perché il suo mantenimento in vigore violava il principio generale della parità di trattamento fra uomini e donne²⁵⁸.

²⁵⁴ Corte giust. 12 gennaio 2010, *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, Racc. 2010, p. I-00001.

²⁵⁵ Corte giust. 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*, Causa C-447/09, Raccolta della giurisprudenza, 2011, p. I-08003.

²⁵⁶ Corte giust. 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez contro Ayuntamiento de Oviedo*, Causa C-416/13, Racc. non pubblicata.

²⁵⁷ Corte giust. 1 marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri contro Conseil des ministres*, Causa C-236/09, Racc. 2011, p. I-00773.

²⁵⁸ Questa sentenza sarà affrontata anche nella seconda parte del presente lavoro, come manifestazione del carattere costituzionale del principio di non discriminazione.

L'art. 5.2²⁵⁹ della direttiva 2004/113/CE, direttiva che è tuttora in vigore, che stabilisce un quadro generale di parità di trattamento fra uomini e donne per l'accesso a beni e servizi, disciplinava una deroga basata su evidenze statistiche per il mercato assicurativo. Questo permetteva in alcuni stati membri dotati di un mercato delle assicurazioni molto competitivo (come il Regno Unito) di concedere premi molto meno elevati alle donne rispetto agli uomini nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria di responsabilità civile per il conducente di autoveicoli, basandosi sul fatto che la propensione ai sinistri delle guidatrici di sesso femminile era statisticamente molto inferiore a quella dei guidatori di sesso maschile.

b) le situazioni puramente interne nell'ambito della libera circolazione delle persone

Una ulteriore possibilità di limitazione al principio di non discriminazione è rappresentata dalle c.d. situazioni puramente interne, cioè quelle situazioni di fatto e di diritto che non possono ricadere all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea perché si svolgono interamente all'interno del territorio degli stati membri. Queste situazioni si vengono per lo più a creare nell'ambito di applicazione dei diritti di circolazione dei cittadini europei²⁶⁰, grazie ad una deroga in bianco che è prevista dai trattati agli articoli 19 e 20 del TFUE. Il diritto dei cittadini europei di muoversi e stabilirsi in uno stato membro diverso da quello di provenienza non è infatti estendibile anche all'interno dello stesso stato membro, qualora le regole comunitarie siano più favorevoli di quelle nazionali. Gli stati membri possono, per esempio,

²⁵⁹ Art. 5.2 dir 2004/113/CE:2. Fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri possono decidere anteriormente al 21 dicembre 2007 di consentire differenze proporzionate nei premi e nelle prestazioni individuali ove il fattore sesso sia determinante nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici. Gli Stati membri interessati informano la Commissione e provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all'utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante. Tali Stati membri riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione.

²⁶⁰ Ma non solo, come dimostra una fiorente giurisprudenza della Corte sulle discriminazioni a rovescio nell'ambito della libera circolazione delle merci.

prevedere misure più rigide per l'acquisto del permesso di soggiorno ai familiari extracomunitari di cittadini che non hanno esercitato il loro diritto di movimento, oppure applicare tariffe doganali interne al loro stato membro per la circolazione di beni da una zona sottoposta a un regime fiscale agevolato rispetto ad una che non gode dello stesso regime (v. p.e. il caso dei "territori d'oltremare"). Naturalmente non tutte le situazioni puramente interne sono discriminatorie. Ma quando esse generano il paradosso (perchè questo è) per cui la legislazione dell'Unione è più generosa di quella dello stato membro allora si verificano le c.d. ipotesi di *discriminazioni a rovescio*, attraverso le quali lo stato membro discrimina avverso i suoi stessi cittadini. Fra le limitazioni che più hanno generato questo genere di situazioni la più famosa è sicuramente quella della direttiva 2004/38/CE che ne limita l'ambito di applicazione alle situazioni in cui è stato esercitato il diritto di movimento. Secondo alcuni autori questo genere di situazioni sarebbero in evidente contrasto con la natura dell'ordinamento dell'Unione, e pertanto andrebbero ricondotte all'interno dell'ambito di applicazione dei Trattati. Di diverso avviso è la Corte di Giustizia, che ha sempre ribadito come questo genere di situazioni non ricadano all'interno dell'ambito di applicazione dei Trattati. Vi sono però due sentenze della Corte che hanno fatto pensare ad un ripensamento o quantomeno ad un parziale cambio di rotta rispetto al divieto di applicazione del diritto dell'Unione. In *Chen* ed in *Zambrano* infatti, la Corte è apparsa applicare il diritto dell'Unione a due situazioni puramente interne, nelle quali i ricorrenti non esercitavano alcun modo i loro diritti di movimenti, vedendosi però riconosciuto il diritto a risiedere all'interno dello stato membro ospitante. In alcune successive sentenze, tuttavia, la Corte ha chiarito che l'applicazione del diritto dell'Unione a queste due decisioni non era legata alla possibilità di ampliare l'ambito di applicazione dei trattati, ma soltanto alla particolare situazione di emergenza in cui versavano i ricorrenti (in un caso una signora cinese con un bimbo neonato, nell'altro caso una famiglia sudamericana trapiantata in Belgio con due bambini di età inferiore ai 6 anni). A causa della tenerissima età dei bambini coinvolti, la Corte stabiliva che non fosse possibile negare il permesso di soggiorno qualora insistessero in capo ai ricorrenti le condizioni stabilite dal diritto dell'Unione (nel caso dei coniugi Zambrano, non è chiaro neppure se

esistessero le condizioni secondo il diritto dell'Unione). Tuttavia, il fatto che i minori in tenera età fossero cittadini dell'Unione garantiva loro l'applicazione di quello che la Corte definisce come “il nucleo essenziale dei diritti della persona umana”. Successivamente²⁶¹, tuttavia, la Corte abbandona questa interpretazione ampia dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, per confermare che le situazioni puramente interne non possono, al di fuori di casi eccezionali quali sono quelli iscritti nelle circostanze di *Chen* e *Zambrano*, ricadere all'interno del diritto dell'Unione anche quando generino ipotesi di discriminazione a rovescio, confermando che le situazioni puramente interne che generano discriminazioni a rovescio, nell'ambito della libera circolazione delle persone e delle merci, rimangono una eccezione al principio generale di non discriminazione.

c) Discriminazioni o azioni positive

Un'ulteriore ipotesi di limitazione al principio di non discriminazione è data da quelle differenze di trattamento che vengono istituite appositamente per avvantaggiare una categoria svantaggiata. Queste discriminazioni vengono definite come “discriminazioni positive” perché autorizzano a discriminare per realizzare il fine di combattere una discriminazione. Sulla loro ammissibilità si è ampiamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, e l'ordinamento dell'Unione è certamente uno di quelli che si è distinto maggiormente nell'introduzione e nella promozione di questo strumento, inquadrandolo in una logica più ampia di *gender mainstreaming*.

Questo genere di discriminazioni sono espressamente previste sia dai Trattati (art. 157 TFUE) che dal diritto derivato.

²⁶¹ V. le conclusioni dell'AG Kokott in *McCarthy*, par. 51.

Sezione II

Il contributo dato dalla lotta contro specifiche tipologie di discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea

1. I motivi di discriminazione che contribuiscono allo sviluppo dell'identità costituzionale dell'Unione Europea

Nella prima parte di questo lavoro si è esaminata la struttura del giudizio sulla discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Questa analisi è strumentale alla necessità di individuare, attraverso questo giudizio, il contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea. L'analisi del giudizio ha però una vocazione generalista. Per questo è necessario affrontare anche l'esame dei diversi modi di discriminazione che sono riconosciuti dal diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, essi, come già detto in altre parti di questa opera, sono profondamente eterogenei fra di loro, e non sono indicati nella stessa quantità all'interno dei Trattati piuttosto che all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

(Art. 21 Carta) Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited.

(Art. 18.1 TFUE) Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

(Art. 19.1 TFUE) 1. Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate

action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

(Art. 157 TFUE) 1. Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied.

2. For the purpose of this Article, 'pay' means the ordinary basic or minimum wage or salary and any other consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer.

Equal pay without discrimination based on sex means:

(a) that pay for the same work at piece rates shall be calculated on the basis of the same unit of measurement;

(b) that pay for work at time rates shall be the same for the same job.

3. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures to ensure the application of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, including the principle of equal pay for equal work or work of equal value.

4. With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.

La natura di queste disposizioni è sicuramente molto diversa, poiché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea non ha il medesimo ambito di applicazione dei Trattati dell'Unione Europea. Inoltre, le disposizioni di cui agli articoli 18, 19 e 157 TFUE costituiscono basi giuridiche, che si prestano dunque a giustificare l'adozione di strumenti legislativi nel diritto dell'Unione. La Carta è infatti uno strumento che nasce per assicurare il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni dell'Unione Europea, e che è indirizzata agli stati membri soltanto mentre applicano il diritto dell'Unione. La Carta, dunque, riconosce 14 motivi di discriminazione diversi (e si ritiene che se ne possano individuare anche di ulteriori, poiché non è chiaro se l'articolo 21 sia una lista chiusa o aperta), mentre i Trattati forniscono la base giuridica per legiferare su 7 (ed invero la giurisprudenza ha affrontato soprattutto questi motivi di discriminazione. Per quanto, dunque, i motivi di discriminazione inclusi nella Carta non siano certamente meno importanti, in una visione prospettica, rispetto a quelli che costituiscono basi giuridiche per l'adozione di atti vincolanti, non si può negare che i

sette motivi di discriminazione che si possono trovare all'interno dei trattati sono stati affrontati in maniera molto più approfondita sia nella giurisprudenza della Corte che nella legislazione. Gli atti adottati su queste basi giuridiche infatti costituiscono un corpus normativo di una rilevante solidità, e che spinge a ritenere centrale l'importanza di motivi di discriminazione quali il sesso, la razza, l'età, la religione, la disabilità, l'orientamento sessuale e la nazionalità. Per questo, l'analisi portata avanti nella seconda parte del lavoro sarà ristretta a queste tipologie, sulle quali si è concentrata in modo particolare la produzione legislativa e giurisprudenziale già citata nella prima parte.

2. Il contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea

L'identità costituzionale dell'Unione Europea è il risultato della transizione dell'ordinamento dell'Unione da ordinamento sovranazionale (e perciò basato sulla disciplina pattizia dei trattati costitutivi) ad ordinamento *quasi* costituzionale, forte oltretutto di una ripartizione sul modello federale delle attribuzioni fra le articolazioni centrali e quelle periferiche. Costituisce dunque la norma fondamentale europea, sia essa in forma scritta, come risultato dell'evoluzione dei trattati e della Carta che in forma non scritta, come principio fondamentale del diritto dell'Unione Europea. Il principio di non discriminazione ha contribuito in maniera decisiva alla cristallizzazione di questa nozione, attraverso la tutela assicurata ai singoli motivi di discriminazione tramite il giudizio sulla discriminazione della Corte di Giustizia. E' bene però specificare che cosa si intenda qui per contributo: lo sviluppo del principio di non discriminazione da principio generale (e perciò di interpretazione) a principio fondamentale, che si presti, da un lato, ad un controllo di costituzionalità degli atti di diritto derivato con il parametro del principio, e dall'altro ad essere applicato qualora non vi siano le condizioni per applicare gli strumenti giuridici adottati prendendo come riferimento le già citate basi giuridiche.

Questo contributo si può scomporre in tre direttrici principali: l'attitudine del principio di non discriminazione ad essere fonte di diritti per i singoli (e questo non solo nelle controversie avverso lo stato, ma anche in quelle avverso i privati), il *godimento del nucleo fondamentale dei diritti annessi allo status di cittadino europeo*, e la valorizzazione delle identità costituzionali degli stati membri (anche attraverso il rispetto del principio della parità di trattamento fra gli stati membri). In ciascuno dei motivi di discriminazione elencati nelle basi giuridiche contenuti nei trattati si può reperire uno specifico contributo del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità

*Prima parte: Le tipologie di discriminazione tradizionalmente riconosciute
dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

Capitolo I

Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità

La vastità, in ampiezza e profondità, dell'applicabilità del principio di non discriminazione richiede, nel parere di chi scrive, di essere analizzata alla luce di un denominatore comune, per valutare soprattutto il positivo che questo principio ha portato alla storia dell'Unione.

Per questo, affrontare il principio di non discriminazione tenendo presente il contributo che lo stesso ha portato all'integrazione europea²⁶² significa concentrare l'ambito di studio su quelle particolari tipologie di non discriminazione che possono sostenere, e hanno sostenuto, il cammino dell'Unione Europea da organizzazione internazionale ad ordinamento *quasi* costituzionale, che da alcuni è ormai ritenuto una forma embrionale di stato federale²⁶³. Integrazione e identità, per questa trattazione, assumono un significato pressoché eguale. Non si può avere integrazione senza identità, e non si può avere identità senza integrazione. Soprattutto, il processo di integrazione conduce ed aiuta la formazione di una vera e propria identità europea, la cui ricognizione è anche parte di questo lavoro. Non vi è certamente la presunzione di indagare il principio dal punto di vista sociologico o politico, ma vi è tuttavia la certezza che identità ed

²⁶³ In questo senso si vedano MANCINI, G.F., *op.cit.* e J.H.H. WEILER, 'The political and legal culture of the European integration: an exploratory essay', (2011), Vol. 3, International Journal of Constitutional Law.

integrazione siano strettamente legate, e che il principio di non discriminazione possa dare un contributo importante e decisivo al loro definitivo sviluppo.

Il principio di non discriminazione, infatti, può essere la cerniera che tiene unite le numerose differenze, in termini soprattutto di sistemi giuridici, che connotano gli Stati membri. Proprio per questo motivo è necessario tentare di capire quale sia il punto in cui questa opera di cucitura delle differenze nazionali ha avuto inizio, e cioè partire da quella particolare declinazione del principio di non discriminazione che ha permesso l'esistenza stessa della storia dell'Unione: il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità²⁶⁴. I trattati, che ancora oggi sono inevitabilmente legati e fondati su questo principio²⁶⁵, fin dagli inizi hanno contemplato un generale divieto di non discriminazione sulla base della nazionalità, che si rivolgeva soprattutto alla libera circolazione delle merci e delle persone, nella loro qualità di lavoratori²⁶⁶. Grazie proprio a quest'ultimo ambito di applicazione, il principio è stato infatti il cuneo attraverso cui sono penetrati all'interno dell'ordinamento comunitario sia le libertà che i diritti fondamentali. Si realizza, dunque, attraverso questo principio, un passaggio da una condizione di mercato ad una condizione di stato che rappresenta un punto di riferimento per tutti coloro che desiderano intraprendere una ricerca sul futuro dell'Unione. Utilizzando parole diverse, si può dire che attraverso l'allora Art. 7 del Trattato CEE si è realizzato il passaggio da una fase di integrazione economica ad una di integrazione politica, legislativa e perfino culturale. Bisogna tuttavia tenere presente come questa fase di integrazione è ancora piuttosto lontana dall'essere portata a compimento. E' proprio a causa della penetrazione soltanto parziale del principio di non discriminazione all'interno della legislazione dell'Unione che si sono create delle vere e

²⁶⁴ Sul contributo offerto da questo principio all'integrazione europea, e sulle possibili evoluzioni, si vedano in particolare MARON, F. POZARLIK, G. (eds.) *Identites citoyennetés et démocratie : 20 ans apres*, Bruylant, 2011. GUILD, E. GROENENDIJK, K. CARRERA, S. (eds.) *Illiberal liberal states: Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Ashgate 2009. GOUDAPPEL, F. *The Effects of EU Citizenship*, TMS Asser Press, 2010.

²⁶⁵ Basti pensare all'attuale Art. 18 del TFUE.

²⁶⁶ Ex art. 7 Trattato CE.

proprie “zone d’ombra” all’interno delle quali gli stati hanno la possibilità di continuare ad applicare la propria normativa interna senza temere l’influsso del diritto dell’Unione. Il fenomeno più famoso, in questi termini, è quello che prende il nome di *reverse discrimination* (discriminazione a rovescio)²⁶⁷, che, in via generale, propone una discriminazione fra i soggetti che godono dell’applicazione del diritto dell’Unione e fra coloro ai quali il diritto dell’Unione non si applica. Questo fenomeno ha infatti avuto origine anche perché i principi fondanti il diritto dell’Unione non hanno potuto penetrare fino in fondo nei sistemi giuridici nazionali. Poiché infatti l’Unione Europea si è sviluppata come un’area di libero mercato, i governi degli stati nazionali hanno sempre imposto una notevole pressione sulle istituzioni europee affinché la legislazione comunitaria si applicasse soltanto nel momento in cui ci fosse una situazione di movimento da uno stato verso un’altro²⁶⁸, in modo da poterne limitare l’applicazione agli scambi fra gli stati e mantenere indenne la legislazione nazionale suscettibile soltanto di applicazione interna. Questa possibilità ottenuta dagli stati membri ha dato origine al fenomeno delle discriminazioni a rovescio di cui si è riferito sopra. L’effetto più evidente è quello di mettere i cittadini/lavoratori nazionali in una posizione svantaggiata rispetto ai cittadini di altri stati membri che si trovano all’interno del territorio nazionale per motivi di studio o di lavoro, o anche semplicemente per turismo. Ai cittadini stranieri che esercitano il proprio diritto di movimento, infatti, si applicano numerose disposizioni inerenti il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità²⁶⁹ che non trovano invece applicazione nel caso in cui un cittadino di uno stato membro chieda giustizia direttamente al proprio tribunale nazionale, perché ricadono all’interno delle c.d. *purely internal situations*²⁷⁰. La direttiva sulla

²⁶⁷ Si veda in materia A. TRYFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, 2010.

²⁶⁸ Il c.d. *cross-border element*, che è tuttora un elemento distintivo della giurisprudenza della Corte di Giustizia nell’interpretare la legislazione sul mercato interno.

²⁶⁹ Fra tutte, la direttiva sulla cittadinanza, 2004/58/CE, che regola la situazione dei familiari dei cittadini europei e i loro diritti, conferendo, soprattutto in termini di residenza, una tutela maggiore di quella proposta da numerosi stati nazionali.

²⁷⁰ Per alcuni casi molto famosi si veda in particolare

cittadinanza, 2004/58/EC, ne è uno degli esempi più famosi e importanti: nonostante la portata universale riconosciuta in dottrina e giurisprudenza all'istituto, la cittadinanza europea è essenzialmente un elenco di diritti che prendono vita nel momento in cui si verifica il movimento del cittadino da uno stato dell'Unione verso l'altro. Non è possibile richiederne l'applicazione²⁷¹ all'interno del territorio nazionale, e nella maggioranza dei casi sarebbe persino inutile, visto che sono le stesse previsioni in materia di cittadinanza ad avere effetto soltanto nel momento in cui il cittadino si sposta, o nei confronti delle istituzioni europee.

Il mantenimento di queste condizioni crea dunque dei "recinti di sovranità" all'interno dei quali gli Stati Nazionali hanno la possibilità di avere un controllo sullo sviluppo dei diritti dei singoli. Proprio per questo, anche se nel breve periodo sembrano essere maggiormente adatte a rispondere alle esigenze, soprattutto di spesa, degli stati nazionali, nel lungo periodo danno vita a situazioni endemiche di incertezza normativa, che contribuiscono a dare un'immagine frammentata dell'Unione Europea²⁷². Di pari passo a queste ipotesi vanno altre figure di discriminazione sulla base della nazionalità che vengono tollerate come residui di sovranità statale, come la possibilità che hanno gli stati membri di limitare la circolazione dei lavoratori nei primi anni di ingresso delle nuove nazioni candidate²⁷³.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che spesso si distingue per le sue posizioni anticipatrici e in controtendenza rispetto alla normativa nazionale, in questo ambito è ancora molto lontana dal fare luce. In materia di situazioni puramente interne, infatti, nel recente caso *Mc Carthy*²⁷⁴ la Corte di Lussemburgo ha ribadito ancora una volta di essere sprovvista dei poteri necessari ad applicare il diritto dell'Unione, anche a

²⁷¹ A parte i diritti politici che seguono la condizione del cittadino (elettorato attivo, che, però, vengono di fatto esercitati in un altro paese dell'Unione: i parlamentari europei sono eletti per essere un legame tra la popolazione nazionale e Bruxelles, e gli stessi diritti di petizione e di proposizione dell'iniziativa legislativa popolare vengono esercitati nelle istituzioni europee, e non all'interno del territorio nazionale.

²⁷² Si veda, in questo senso, la revisione dei c.d. Regolamenti di Dublino.

²⁷³ Come avvenuto con l'ingresso della Polonia a partire dal 2004, nei confronti della quale Germania e Italia tuttora detengono limitazioni alla circolazione dei lavoratori polacchi.

²⁷⁴ *Shirley Mc Carthy vs Secretary of State and Home Department*, Caso C-434/09.

costo di intaccare diritti fondamentali riconosciuti all'interno della Carta e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo²⁷⁵.

L'effetto che questo genere di misure hanno sulla integrazione europea è chiaro, così come lo è il fatto che gli stati membri mantengono alcune buone ragioni per limitare l'influsso del diritto dell'Unione sulle loro politiche interne. La circolazione senza limiti dei cittadini di ogni nazionalità impone delle spese considerevoli per le autorità dei paesi ospitanti, che dunque necessitano di tempo per adeguare i propri sistemi fiscali alle nuove esigenze.

In questo senso, il contributo del principio di non discriminazione non può essere analizzato prescindendo da altri due principi generali dell'ordinamento dell'Unione: il principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità.

Entrambi i principi, infatti, contribuiscono a scandire il ritmo a cui l'azione dell'Unione in materia di non discriminazione deve muoversi, stabilendo un limite all'interno del quale la competenza spetta agli stati membri.

Il principio di sussidiarietà, infatti, così come è stato elaborato nella dottrina della Corte di Giustizia, stabilisce che l'Unione deve limitare la sua azione a quanto necessario per raggiungere gli obiettivi stabiliti dai trattati. Il principio di proporzionalità, d'altro canto, evidenzia come l'azione dell'Unione all'interno dei suoi obiettivi/competenze debba sempre essere proporzionata all'obiettivo da raggiungere. E questo atteggiamento è sicuramente differente da quello imposto dagli stati nazionali attraverso la pratica della *reverse discrimination*²⁷⁶.

Un maggiore utilizzo di questi principi generali nella legislazione non discriminatoria, infatti, avrebbe il pregio di ridurre la possibilità che gli stati membri ricorranò a soluzioni di comodo per evitare l'applicazione della normativa comunitaria. E questo può essere fatto soprattutto tramite un maggiore utilizzo della c.d. *minimum*

²⁷⁵ Nel caso di specie, il diritto all'integrità familiare della signora Mc Carthy.

²⁷⁶ Si deve però notare che la *reverse discrimination*, mantenendo delle "riserve indiane" di sovranità nazionale, ha sortito l'effetto opposto a quello per cui è stata creata. Se all'interno delle "riserve" l'opinione pubblica era concentrata sui casi nazionali, all'esterno la legislazione dell'Unione ampliava l'ambito di applicazione. In definitiva, si può dire che la *reverse discrimination* ha, paradossalmente, dato una spinta indiretta all'integrazione europea maggiore di molte misure legislative, secondo l'adagio per cui "gli opposti finiscono per attrarsi".

harmonization, attraverso la quale si stabiliscono parametri di tutela della non discriminazione che, pur non essendo particolarmente elevati, hanno il pregio di non essere valicabili dagli Stati Membri. In questo senso, l'esperienza parzialmente positiva della Direttiva Quadro sulla non discriminazione²⁷⁷, che aveva l'obiettivo di riorganizzare il numeroso materiale normativo in materia attraverso un unico testo che permettesse l'applicazione omogenea della legislazione non discriminatoria. Purtroppo, l'influenza dei gruppi di pressione sul testo legislativo ha spinto a modifiche che non hanno permesso di raccogliere intorno alla proposta di legge il consenso necessario a superare lo scoglio dell'unanimità al Consiglio, richiesta dall'articolo 19 TFUE.

Il problema dell'efficacia del principio di non discriminazione, poi, solleva un'altra questione molto importante: se, e a che condizioni, il principio di non discriminazione goda di effetto diretto, anche orizzontale. I principi generali del diritto, infatti, di loro natura sono principi interpretativi²⁷⁸, e non sono idonei a imporre per ciò stessi degli obblighi in capo ai singoli. La Corte di Giustizia, tuttavia, attraverso sentenze piuttosto controverse, ma di portata storica, ha stabilito che alcune tipologie di non discriminazione, nella sua formulazione di principio (dunque, senza andare a toccare la questione dell'effetto diretto delle direttive), godono di effetto diretto orizzontale²⁷⁹. Questa impostazione ha però, secondo alcuni, un effetto negativo: quello di creare una gerarchia di livelli di non discriminazione che rischia di svilire alcuni aspetti del principio per privilegiarne altri.

Questa preoccupazione, tuttavia, non è rispecchiata dalle evidenti differenze di tutela che ogni aspetto del principio di non discriminazione ha al suo interno. Non a caso, infatti, i principi che la Corte di Giustizia ha dotato di effetto diretto orizzontale sono alcuni tra quelli fondanti gli ordinamenti giuridici dell'Unione, inseriti nel progetto di

²⁷⁷ *Supra*, nota 37.

²⁷⁸ Si vedano in materia TRIDIMAS, T. *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2012 e anche HARTLEY, T. *Constitutional Law of the EU*, Oxford University Press, 2011.

²⁷⁹ Si veda in particolare *Mangold vs Helm (C - 144/04)*. Poi *Kukudeveci vs Swedex, (C- 555/07)* dove il principio di non discriminazione sulla base dell'età è stato giudicato avente effetto diretto orizzontale.

Trattato Costituzionale fra i valori costitutivi²⁸⁰ dell'Unione, e inclusi nel Trattato di Lisbona. L'uguaglianza fra uomo e donna, infatti, è espressamente menzionata fra i valori fondanti l'Unione Europea, mentre tra le categorie di non discriminazione, anch'esse incluse nell'elenco dei valori fondanti, quella sull'età è sicuramente tra le meno sensibili di costituire un problema politico per gli stati membri.

I giudici, poi, hanno dato un contributo decisivo all'integrazione europea, che varrà la pena di analizzare a fondo. Se infatti il principio di non discriminazione è una delle cerniere dell'integrazione europea, gli strumenti di *judicial review* sono la "lampo" che permette la saldatura tra le due parti: ai giudici non è affidato solo il delicato compito di decidere. Anche le modalità con cui affrontano la decisione finale contribuiscono a integrare un determinato principio all'interno di un ordinamento giuridico.

In particolare, sono due le tecniche di *decision-making* adottate dai giudici europei che più hanno contribuito allo sviluppo dell'integrazione europea. La prima tecnica è quella del *bilanciamento dei valori*. Il punto in cui, infatti, in cui si sviluppano i problemi giuridici(e politici) più rilevanti, sia a livello interstatale che interistituzionale, è sempre più spesso quello dei *conflict of rights*²⁸¹. Questa categoria è infatti particolarmente difficile da risolvere, si verifica quando due diritti fondamentali si scontrano, perlopiù in cause davanti ai giudici sovranazionali²⁸². Come risolvere questi casi? Alcuni hanno proposto l'istituzione di gerarchie tra i diritti fondamentali, che permettano di dirimere le controversie con un rapporto di forze, che però è destinato a rendere ancora più difficile la scelta. Giudicare infatti un diritto più fondamentale dell'altro, può portare a

²⁸⁰ Art. 2 TCE (poi mancata la ratifica). Ora art. 2 TUE, "*The Union is founded on the values of respect for [...]equality[...]. This values are common to the Member States in a society in which [...]non-discrimination[...],and equality among women and men prevail*".

²⁸¹ In tema, si veda il libro di ZUCCA, L. "Constitutional Dilemmas: Conflict of Fundamental Rights in the EU and USA", OUP, 2007.

²⁸² Per esempio, principio di non discriminazione sulla base dell'appartenenza religiosa e libertà di iniziativa economica nel caso della chiusura domenicale degli esercizi commerciali.

un modello di stato che promuove attivamente alcuni valori, a discapito di altri²⁸³, rischiando di degenerare una figura di stato che non si limita a promuovere alcuni valori ma addirittura li impone. Il bilanciamento pertanto, si ispira a un giudizio di ragionevolezza, che impone un'indagine caso per caso al fine di determinare, mettendo sui piatti della bilancia le differenti opportunità (da qui, bilanciamento di valori), quale sia il diritto fondamentale che deve prevalere. La Corte Europea di Giustizia, nelle sue sentenze sui diritti fondamentali, ha finora prediletto questa tecnica.

Il secondo modello è quello del *margin of appreciation*. Questa modalità di decisione delle sentenze è stata inventata “su misura” dalla Corte EDU per risolvere i *conflict of rights* in un ordinamento che comprende paesi con distanze socio-culturali molto differenti. Per questo, anziché propendere per la vittoria di un diritto sull'altro, si stabilisce un limite (un margine) all'interno del quale lo stato membro della Convenzione ha libertà di manovra, a patto che la violazione della Convenzione non sia seria. Questo metodo, per il vero abbastanza pilatesco, è stato aspramente criticato, vuoi perché non è considerato completamente giuridico²⁸⁴, vuoi perché lascia una ampia libertà agli Stati di infrangere la Convenzione, ma di fatto è quello che ha accompagnato l'integrazione di molti diritti fondamentali all'interno di ordinamenti giuridici che non avrebbero accettato di buon grado una severa condanna da parte di una Corte internazionale.

Entrambi i metodi, pur molto diversi tra di loro, hanno dato un contributo decisivo all'integrazione Europea, permettendo la penetrazione del principio di non discriminazione anche laddove sarebbe stata più difficoltosa. Per questo sarà particolarmente importante metterli a confronto nei diversi casi in cui sono stati

²⁸³ Interessante, per certi versi, la *third party intervention* del professor WEILER, J.H.H. nel caso *Lautsi v Italia (Grand Chamber) app. no. 30814/06 [CEDU]* in cui sosteneva che l'approccio *laico* francese, (che si oppone all'esposizione dei simboli religiosi contrapponendo loro il muro bianco) non è neutrale, ma promuove un'assenza di valori, che costituisce essa stessa una posizione ideologica tanto quanto quella dell'esposizione del simbolo. Il caso riguardava un “conflitto” fra diritti fondamentali, la libertà religiosa degli appartenenti alla fede cattolica, contro il diritto dei non appartenenti di non essere discriminati attraverso l'esposizione di simboli cui loro non si sentono appartenere.

²⁸⁴ La Corte, di fatto, non applica alla lettera la Convenzione, ma valuta la *seriousness* della violazione. Solo a quel livello interviene censurando il comportamento antigiuridico dello Stato.

utilizzati dalle Corti Europee, verificando poi l'evoluzione del principio negli stati membri contro cui le sentenze sono state proclamate.

Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità è, come ben noto, descritto e tutelato sia all'interno dei Trattati fondativi²⁸⁵ che all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea²⁸⁶. L'art. 18 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea prevede infatti che qualunque discriminazione sulla base della nazionalità sia proibita, come presupposto e condizione preliminare alla costituzione di un mercato libero. Tuttavia, ritenere il principio soltanto strumentale al processo di integrazione economica sarebbe sicuramente riduttivo. Senza dubbio, questo genere di discriminazione²⁸⁷ si è sviluppata soprattutto all'interno del mercato unico²⁸⁸, sia come attitudine ad impedire la circolazione di merci provenienti da altri paesi membri²⁸⁹ che anche come tentativo di ostacolare la libera circolazione delle persone. Bisogna però segnalare che la costituzione di un mercato del lavoro a livello europeo risale nel tempo già alla fine degli anni '70, quando sono state introdotte le prime direttive sulla libera circolazione dei lavoratori. Negli anni, l'ambito di applicazione di questo principio è venuto allargandosi, fino a raggiungere la forma che conosciamo oggi.

E' già stato ribadito il ruolo fondamentale che il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ha svolto all'interno della legislazione dell'Unione Europea, in modo particolare per quanto riguarda la penetrazione dei diritti fondamentali da principi

²⁸⁵ Art. 2 TUE, Art. 18 TFUE.

²⁸⁶ Art. 21 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

²⁸⁷ A. TRIFONIDOU, *Reverse discrimination in purely internal situations: an incongruity in a citizens Europe*, (2008) 35, *Legal Issues of European Integration*, pp.43-67.

²⁸⁸ Una delle prime sentenze in cui la Corte di Giustizia ha evidenziato il concetto di situazione puramente interna, legato proprio a questo tipo di discriminazione, è stato C 115/78, *Knoors vs Secretary of State for Economic Affairs*, ECR 399. Poi, nella più famosa *Queen vs Vera Ann Saunders*, ECR 112, ha definito il concetto in maniera più dettagliata.

²⁸⁹ Vedi in part. la giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia a partire da *Cassis de Dijon*, sentenza n. 120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECR 78, 00649.

generali a parte del patrimonio costituzionale europeo²⁹⁰. Quello che è invece meno esplorato è, per così dire, il lato oscuro del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità. In particolare, il modo in cui questo principio è stato per lungo tempo un simbolo della tensione fra l'Unione Europea e gli Stati Membri, che sono storicamente poco inclini ad accogliere l'applicazione del diritto dell'Unione Europea in maniera trasversale all'interno del proprio territorio. Il problema dunque che sottende all'applicazione del detto principio in maniera trasversale è essenzialmente un problema di sovranità. L'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, infatti, prevede astrattamente non solo che i cittadini degli stati membri non debbano essere discriminati nei confronti dei cittadini degli altri stati membri, ma anche che vi sia un livello minimo di applicazione del diritto dell'Unione Europea che deve essere rispettato a dispetto dei confini territoriali degli stati membri. Per questo, a partire dall'area del mercato interno, ed in particolare dei dazi doganali²⁹¹, si è introdotto una sorta di principio per il quale le questioni interne degli stati membri non riguardano l'Unione Europea e possono venire liberamente regolamentate dal singolo stato di competenza. Questo ha dato vita alla possibilità che i singoli stati potessero applicare ai propri cittadini in determinate aree del diritto normative più sfavorevoli rispetto a quelle applicate ai cittadini di un'altro stato membro che esercitava il suo diritto di movimento. Gli stati hanno, dunque, trattenuto la propria sovranità all'interno delle loro frontiere, nel tentativo di creare delle vere e proprie "riserve" territoriali di sovranità nazionale, come opera difensiva nei confronti dell'incalzante armonizzazione del diritto dell'Unione Europea. Questo atteggiamento di chiusura, reazione sicuramente poco lungimirante, perché le posizioni difensive pagano sempre dazio, ha fatto sì che, nell'evoluzione della tutela normativa accordata al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, si arrivasse perfino a mettere nero su bianco l'ammissibilità

²⁹⁰ Sul tema, si vedano T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2012, e L.S. ROSSI, "How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy of the EU Law, Principles of the national Constitutions and Fundamental Rights after Lisbon", in *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, p. 801-822, Giuffè, Milano, 2009

²⁹¹ Si diceva infatti che per quanto le frontiere esterne non rilevassero, potessero continuare ad essere applicate le frontiere interne, come accade in numerosi stati (es. il Regno Unito).

di questo genere di pratiche di conservazione della sovranità nazionale. Tutto questo è avvenuto per causa di una sentenza della Corte Europea di Giustizia, *Chen*²⁹², nella quale la Corte sembrava avere dichiarato l'incompatibilità delle c.d. discriminazioni a rovescio con il diritto dell'Unione Europea. Per quanto la sentenza fosse accolta da più parti con molto ottimismo, è abbastanza evidente l'incoerenza di questo genere di comportamenti con la disciplina del diritto dell'Unione Europea. L'incoerenza non è appena una questione di forma, o in una dimostrazione di forza da parte dell'UE nei confronti degli Stati membri. E' piuttosto un problema di opportunità politica: la creazione di riserve di sovranità su base territoriale, per quanto in astratto possa essere lecita perché compatibile con il principio dei poteri conferiti (il fatto cioè che l'Unione Europea possiede poteri fintanto che vengono a lei conferiti dagli Stati Membri che ne fanno parte) appare in contrasto con un principio di evidente realismo. Basare la limitazione dei poteri dell'Unione Europea su un criterio meramente territoriale non tiene conto del *butterfly effect* che la disciplina interna de-regolamentata può avere su quella comunitaria, e neppure del fatto che, in caso di crisi, le reazioni su base territoriale ostacolano e rendono più difficile la reazione su base comunitaria. Due esempi, fra tutti, sono particolarmente emblematici: le direttive sulla libera circolazione dei cittadini e dei loro famigliari all'interno dell'Unione Europea, e le politiche fiscali. Il primo caso, che si può facilmente ravvisare all'art. 3 della direttiva 2004/52/EC, prevede che i diritti di residenza attribuibili al cittadino comunitario possano essere esercitati soltanto nel caso in cui il cittadino eserciti simultaneamente la sua libertà di movimento. E' interessante notare come la normativa introduce un divieto volto ad evitare il ripetersi di situazioni simili a quella del caso *Chen* citato in precedenza: il caso di una madre cinese che, usando in maniera abbastanza strumentale il diritto dell'Unione Europea aveva ottenuto per la figlia appena nata la cittadinanza europea, senza però esercitare alcun movimento una volta giunta in Europa. Il caso era dunque puramente interno, e per questo motivo il Regno Unito, ospite della signora *Chen*, reclamava la possibilità di regolamentare autonomamente la situazione giuridica,

²⁹² Sentenza C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v Secretary of State for the Home Department*, ECR I-04, 09925.

impedendo alla madre di continuare a risiedere sul territorio nazionale per accudire la figlia. La Corte di Giustizia, probabilmente in considerazione della tenera età della piccola Chen, aveva ceduto alle richieste della madre, ed aveva dichiarato l'applicabilità del diritto dell'Unione Europea alla questione. Di fatto, si paventava la possibilità che riserve territoriali di sovranità fossero inammissibili ai sensi del diritto dell'Unione Europea, creando così i presupposti per la rigida regolamentazione di cui all'art. 3 della direttiva 2004/52/EC. Si potrebbe argomentare, come peraltro fatto da alcuni studiosi²⁹³, che questo genere di riserve abbia in realtà un sottoeffetto positivo: quello di persuadere i cittadini dell'Unione Europea ad esercitare i propri diritti di movimento per godere di quelli di cittadinanza. Tuttavia, le politiche sull'immigrazione sono un ambito all'interno del quale gli effetti della normativa proposta da uno stato si faranno sentire nei confronti degli altri stati. Ed il fatto, per esempio, che uno stato pratici la discriminazione a rovescio può effettivamente incentivare il movimento nei confronti degli altri stati, ma non è detto che gli stessi siano disposti a farsi carico del "fardello" del cittadino europeo. Il problema delle discriminazioni a rovescio, dunque, non è appena sull'opportunità o meno di limitare le competenze dell'Unione Europea, quanto piuttosto sul come farlo. E' evidente che ci sono campi, come quelli proposti sopra inerenti le politiche fiscali e l'immigrazione, che potrebbero essere regolamentati più efficientemente dall'Unione Europea invece che dai singoli stati. Per questo, anziché utilizzare degli strumenti di limitazione della sovranità di tipo territoriale, si potrebbero utilizzare strumenti di limitazione di tipo materiale, o per competenza. Sarebbe dunque più saggio, in ottica *de jure condendo*, tentare di rivolgersi al problema delle discriminazioni a rovescio con un approccio per materia. Con l'ulteriore effetto della possibilità, all'interno di questo campo, dell'operabilità del principio di sussidiarietà, che potrebbe condurre l'immigrazione nell'ambito di quelle competenze in cui l'azione legislativa potrebbe essere esercitata meglio a livello centrale. Si potrebbero così evitare momenti di tensione come quello accaduto di recente, verso la fine del 2011, per causa

²⁹³Si veda l'unica opera completa sul tema, A. TRIFONIDOU, *Reverse Discrimination in EC law*, Kluwer law International, 2009. Si veda anche il contributo che ha anticipato di molto numerose considerazioni sul tema, E. CANNIZZARO, *Producing Reverse Discrimination through the Exercise of EC Competences*, 1997, *Yearbook of European Law*, pp. 29-46.

della chiusura delle frontiere operata dalla Francia nei confronti del confine italiano, poiché numerosi permessi di residenza all'interno del territorio italiano erano stati concessi troppo facilmente nei confronti di numerosi cittadini extracomunitari.

Il profilo della opportunità politica non è l'unica ipotesi di incompatibilità fra la legislazione dell'Unione e le discriminazioni a rovescio. Si deve infatti sottolineare come la restrizione dei diritti di cittadinanza rappresenti, ai sensi del diritto UE, una restrizione ad uno²⁹⁴ dei Diritti contenuti all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e dunque anche una restrizione ai diritti fondamentali. A questa argomentazione è spesso stato obiettato che l'applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ai sensi del secondo comma dell'articolo 51, sia applicabile soltanto nel caso in cui gli stati membri stiano implementando una normativa comunitaria. Cosa che evidentemente non è se si tiene conto del fatto che la direttiva in questione esclude le situazioni puramente interne dallo scopo di applicazione del diritto UE. Fino a poco tempo fa, si riteneva però che una ulteriore argomentazione fosse capace di scardinare l'inapplicabilità del diritto UE alle c.d. situazioni puramente interne: che, per opera della loro qualifica di principi generali del diritto, i diritti fondamentali fossero in grado di essere applicati anche al di fuori degli stretti limiti imposti dalla Carta. La Corte di Giustizia, che anche in questo non aveva ancora preso una posizione ben definita, ha recentemente escluso questa possibilità, in un caso riguardante proprio l'applicazione della direttiva sui diritti di residenza (questa volta però dei cittadini extracomunitari)²⁹⁵. Bisogna anche segnalare come la Corte di Giustizia abbia recentemente rafforzato la convinzione che lo strumento delle discriminazioni a rovescio non costituisca una violazione del diritto dell'Unione Europea.

²⁹⁴ Due, se si tiene in considerazione anche il diritto alla famiglia dei cittadini europei a cui sulla base della legislazione nazionale viene negata la possibilità di ricongiungimento.

²⁹⁵ C-40/11, *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, n.p.

Se dopo *Chen* si era consolidata una linea giurisprudenziale che tendeva ad applicare il diritto dell'Unione al di fuori degli eventuali legami territoriali (il caso *Carpenter*²⁹⁶ ne è un esempio), e comunque bilanciando lo strumento dei diritti fondamentali nei confronti delle libertà fondamentali (come avvenuto, per esempio, nel caso *Schmidberger*²⁹⁷ e più di recente con il caso *Kamberaj*²⁹⁸), già con il famoso caso *Zambrano*²⁹⁹ si pongono le basi per un cambiamento radicale. *Zambrano*, infatti, pur confermando la decisione presa in *Chen* di concedere l'applicazione del diritto dell'Unione Europea anche in una situazione puramente interna, rafforza l'idea che questa limitazione della sovranità degli Stati Membri possa avvenire soltanto in circostanze del tutto eccezionali, come quelle, appunto, della crescita dei figli. Nella suo parere sul caso, tuttavia, l'avvocato generale Sharpston propone un vero e proprio sistema di superamento delle ipotesi di discriminazioni a rovescio. E' di poco successiva invece la sentenza *Mc Carthy*³⁰⁰, con cui un altro avvocato generale, questa volta la tedesca Kokott, stabilisce una chiara distinzione fra la cittadinanza dell'Unione Europea da una parte, e dall'altra le condizioni alle quali viene concessa. Il risultato finale è essenzialmente quello di riportare la discriminazione a rovescio all'interno dell'alveo dei Trattati, restituendole la dignità di una vera e propria limitazione dei diritti fondamentali in considerazione della competenza, rimasta saldamente in capo agli Stati Membri, sulla concessione della cittadinanza europea in combinato con quella nazionale. Questo approccio alle nuove questioni non ha dato segni di cedimento, anzi, si potrebbe dire che la giurisprudenza successiva abbia contribuito a fondare la convinzione che dell'ammissibilità dell'istituto della discriminazione a rovescio. Alcuni

²⁹⁶ C-60/00, *Mary Carpenter v Secretary of State for the Home Department*, ECR I-02, 06279.

²⁹⁷ C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich*, ECR I-03, 05659

²⁹⁸ C-571/10, *Servet Kamberaj v Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et al.*, n.p.

²⁹⁹ C- 34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi*, n.p.

³⁰⁰ C-434/09, *Shirley McCarthy v Secretary of State for the Home Department*, n.p.

casi successivi a *Mc Carthy*, tra cui *Dereci*³⁰¹ e *Ziolkowski*³⁰², confermano infatti che la Corte di Giustizia ha ormai abbandonato il suo originario attivismo per abbracciare una posizione maggiormente sensibile alle esigenze degli Stati Membri.

Rivolgendosi però con uno sguardo distaccato alla questione delle discriminazioni a rovescio è abbastanza evidente che lo strumento utilizzato presenta una considerevole quantità di limiti. Innanzitutto, vi è il fatto che questioni europee richiedono risposte europee. In questo senso, se per il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità non si riuscirà a trovare soluzioni alternative a quella di una sua limitazione territoriale, posto sempre che la limitazione dei poteri dell'Unione Europea fa parte delle prerogative che spettano agli Stati Membri, difficilmente sarà possibile arrivare al riconoscimento di una identità costituzionale comune. Se infatti ogni stato può permettersi di derogare meramente su base territoriale alla disciplina dell'Unione, avrà poi buon gioco ad obiettare, sempre su base territoriale, al riconoscimento di una identità costituzionale comune. Vi è poi da sottolineare la progressiva quanto incalzante crisi del principio di territorialità del diritto interno in relazione a quello europeo ed internazionale. Ovviamente, qui non si pretende di sostenere che l'esistenza stessa degli stati sia in pericolo³⁰³. La loro presenza continuerà ad accompagnarci nei decenni a venire: semplicemente, si tratta di prendere coscienza della crisi di un modello, quello affermatosi dopo il Trattato di Westfalia, che non riesce più a reggere il confronto con l'avanzata delle grandi federazioni di stati del mondo globalizzato³⁰⁴. Per questo volere regolare la relazione fra Stati Nazionali e Unione Europea sulla base del semplice principio di territorialità ha un che di antistorico: suggerisce un'idea dell'inadeguatezza delle classi politiche nazionali a confrontarsi con la sfida dell'ordinamento europeo piuttosto che misurare l'influenza del singolo stato sul sistema dell'Unione Europea.

³⁰¹ C-256/11, *Murat Dereci and Others v Bundesministerium für Inneres*, n.p.

³⁰² Sentenze riunite C-424/10 e C-425/10, *Tomasz Ziolkowski (C-424/10) e Barbara Szeja e al. (C-425/10) v Land Berlin*. N.p.

³⁰³ N. MC CORMICK, *Questioning post sovereignty*, (2004) 29, *European Law Review*, pp. 852-863.

³⁰⁴ Basti pensare a Cina, Russia, India, Brasile e Stati Uniti di America, che hanno adottato modelli, seppur diversi, di stampo federale o comunque attuato politiche di decentramento.

Capitolo II

Il divieto di discriminazione sulla base del sesso

Il divieto di discriminazione sulla base del sesso³⁰⁵ è, insieme a quello sulla base della nazionalità, uno dei primi e più importanti risultati raggiunti dall'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Ci siamo già soffermati, nella parte dedicata al giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sull'importanza che ha avuto questa tipologia di discriminazione nello sviluppo e nella determinazione del corretto termine di paragone³⁰⁶. Questo perché in virtù dell'orientamento dell'ordinamento comunitario allo scopo dell'integrazione economica e dell'eliminazione delle barriere allo sviluppo, uno dei maggiori ostacoli alla crescita economica (e perciò stesso obiettivo delle politiche comunitarie prima e dell'Unione dopo) che l'Unione si è trovata ad affrontare è sempre stato rappresentato dalle diseguaglianze fra uomini e donne nel mondo del lavoro³⁰⁷.

La parità di trattamento fra uomini e donne è uno degli obiettivi principali non solo delle azioni dell'Unione Europea dal Trattato di Parigi, ma è anche un valore

³⁰⁵ Cfr. per tutti, F. Casolari, *Commento all'art. 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in F. Pocar, M.C. Baruffi, *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1733 ss. M. Poiaras Maduro, *The ECJ and Anti-discrimination law*, *Anti discrimination law review*, vol. 2, 2005, pp. 13 ss. S. Besson, *Gender discrimination under the EU and the ECHR: never shall the twain meet?*, *Human Rights Law Review*, vol. 4, 2008, pp. 647 e ss.

³⁰⁶ Si veda la giurisprudenza *Defrenne* (infra), ma anche sentenze come *Jenkins* e *Bilka Kaufhaus*, citate nel Capitolo I e II della II Parte della I Sezione.

³⁰⁷ Al di là dei luoghi comuni, vi sono anche numerose evidenze scientifiche che testimoniano come una maggiore integrazione delle donne nel mondo del lavoro potrebbe avere un impatto positivo sulla crescita economica. V. in particolare B. Esteve-Volart, *Sex discrimination and growth*, *International Monetary Fund Working Paper*, April 2000. Con un approccio più settoriale (in particolare allo sviluppo scientifico e tecnologico) si veda il Report UNESCO 2007, *Science, Technology and Gender*. Entrambi questi documenti mettono in relazione l'aspetto utilitaristico della parità di genere, che mette a fuoco l'inefficienza della pratica della marginalizzazione delle donne dal mondo del lavoro e dalla vita pubblica in generale.

espressamente previsti all'articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea, che fanno parte, come abbiamo sostenuto nell'introduzione di questo lavoro, dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. E' interessante notare come fra i valori che riguardano l'uguaglianza la parità di trattamento fra gli uomini e le donne sia l'unica descritta con un'accezione positiva. Fra i valori ex articolo 2 infatti si parla, da un lato, di *non discriminazione* in generale, mentre dall'altro si parla di *eguaglianza* fra uomini e donne. Questo ci riporta al contenuto essenziale del divieto di discriminazione sulla base del genere all'interno dell'Unione Europea, che non consiste soltanto nell'astenersi da qualunque discriminazione fra uomo e donna, ma anche in un'attività di promozione attiva dell'uguaglianza, che può prodursi, a determinate condizioni, in una serie di *discriminazioni positive*. Le discriminazioni positive prevedono che gli stati membri dell'Unione possano porre in essere dei comportamenti (delle azioni, le c.d. azioni positive) che avvantaggiano una determinata categoria di soggetti (in questo caso le donne) nei confronti di altre categorie. Questa possibilità è stata per così dire "costituzionalizzata" all'interno della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, che, oltre a prevedere una nozione particolarmente estesa di parità di trattamento fra uomo e donna all'articolo 23 1 comma, al secondo comma recepisce in toto la categoria delle discriminazioni positive. Tuttavia bisogna segnalare che l'ambito di applicazione della Carta è tuttora più ristretto rispetto a quello dei Trattati. Soprattutto, come vedremo più oltre (con particolare riferimento al principio di non discriminazione sulla base della razza) non è possibile applicare la Carta alle controversie tra privati, al contrario di quello che accade per il principio di non discriminazione.

1. Il ruolo di apripista svolto dall'articolo 119 CEE (poi 141 CE ed ora 157 TFUE) nell'affermazione del divieto di discriminazione sulla base del genere

L'importanza della giurisprudenza sul principio di non discriminazione sulla base del genere risale, come già detto, agli anni '70 del XX secolo, in ragione dell'inclusione all'interno del trattato costitutivo della Comunità Economica Europea dell'articolo 119,

che disciplinava la parità di trattamento fra uomini e donne all'interno del mondo del lavoro, con particolare riferimento alla retribuzione. Su questa base giuridica, infatti, la signora Defrenne riusciva ad a portare all'attenzione della Corte di giustizia una normativa che discriminava notevolmente le donne nei confronti degli uomini. Tutte e tre le pronunce hanno la loro causa scatenante nella impugnazione da parte di un'assistente di volo della normativa belga in materia di pensione di anzianità applicabile alla categoria. La disciplina nazionale prevedeva infatti per le donne la cessazione del rapporto di lavoro al raggiungimento dei 40 anni di età, con ovvie conseguenze in termini di consistenza dell'assegno di loro spettanza una volta maturata la pensione. Nella prima sentenza *Defrenne*³⁰⁸ la Corte di Giustizia viene investita dal *Conseil d'Etat* (III Sezione Amministrativa) della richiesta di chiarire se la nozione di contributo previdenziale costituisse una retribuzione (ai sensi dell'articolo 119, 1 comma) o comunque una elargizione assimilabile alla retribuzione (ex articolo 119, 2 comma). La ricorrente argomentava a favore del fatto che il versamento mensile che veniva accantonato ogni mese come contributo previdenziale costituisse una parte della retribuzione percepita dal dipendente, che doveva dunque corrispondere alla medesima garantita ai lavoratori di sesso maschile.

Nel parere del governo belga, invece, “*il diritto alla pensione ha carattere di aleatorietà, di incertezza*”³⁰⁹. Secondo l'argomento dello stato membro il contributo previdenziale conteso non aveva la sua fonte nel contratto/rapporto di lavoro esistente fra l'assistente di volo e la compagnia aerea, ma negli obblighi stabiliti dal legislatore sulla base di considerazioni di politica sociale. Queste “ragioni imperative” impedivano che l'accantonamento previdenziale potesse costituire una retribuzione ai sensi dell'articolo 119, poiché svincolavano il contributo previdenziale dal contratto di lavoro. Anche la Commissione Europea³¹⁰, costituitasi nel giudizio, si esprimeva contro la qualificazione del contributo previdenziale come retribuzione, poiché il trattamento di

³⁰⁸ Corte giust. del 25 maggio 1971, Causa 80/70, *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, Racc. 1971, p. 445.

³⁰⁹ *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, p. 449.

³¹⁰ *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, p. 450.

quiescenza trovava la sua ragion d'essere nella "funzione sociale" di garantire la sussistenza del lavoratore anche una volta che fosse trascorsa l'età lavorativa. La Corte, attraverso l'uso di un argomento piuttosto succinto³¹¹ tipico dei primi anni della sua fondazione, decideva di escludere l'applicazione dell'articolo 119 ai contributi previdenziali, privilegiando l'argomento dello stato belga. Una decisione improntata ad un certo formalismo, che ricorda molto da vicino l'approccio della giurisprudenza in *Commissione contro Italia (frigoriferi)*. La posizione della Corte è stata però probabilmente influenzata dalla natura del contributo previdenziale in questione³¹² e dal timore, ingeneratosi fra le tesorerie nazionali, che il diritto dell'Unione Europea potesse costituire una solida base giuridica per un grande numero di azioni risarcitorie intentate da lavoratrici di sesso femminile con lo scopo di recuperare la differenza rispetto al trattamento previdenziale maschile.

In effetti la stessa Gabrielle Defrenne parallelamente all'azione davanti al Consiglio di Stato proponeva richiesta di risarcimento nei confronti della compagnia aerea al Tribunale del Lavoro (*Tribunal du Travail*), chiedendo al giudice nazionale di applicare l'articolo 119 del Trattato. Rigettate tutte le pretese attoree in primo grado, in appello il tribunale gerarchicamente superiore (la *Cour du Travail*) avanzava una seconda volta una domanda³¹³ di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. In questo caso però la richiesta di interpretazione riguardava l'effetto diretto dell'articolo 119 e, nel caso di risposta affermativa, l'eventuale influenza che il suo riconoscimento potesse avere nei confronti del riparto delle competenze fra stato e Comunità Europea nell'ambito della parità di retribuzione fra uomo e donna. Come era facile prevedere, alcuni governi nazionali che non avevano dato completa applicazione all'articolo 119 all'interno della

³¹¹ Il dispositivo della sentenza è di soli 12 paragrafi.

³¹² Si veda *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, Racc., pag. 451: "In linea di principio, i vantaggi aventi il carattere di prestazioni previdenziali non sono quindi estranei alla nozione di retribuzione. Questa ultima tuttavia, così come è definita all'art. 119, non può essere estesa ai regimi o alle prestazioni previdenziali, in specie alle pensioni di vecchiaia, direttamente disciplinate dalla legge al di fuori di qualsiasi concertazione nell'ambito dell'impresa o della categoria professionale interessata, e obbligatorie per categorie generali di lavoratori."

³¹³ Corte Giust. 8 aprile 1976, Causa 43/75, *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, Racc. 1976 00455.

legislazione nazionale (la data di scadenza per l'adeguamento della disciplina interna risaliva al 1961) paventavano conseguenze disastrose per i bilanci dello stato nel caso in cui la Corte avesse giudicato che i singoli potessero chiedere ai giudici nazionali di applicare il diritto comunitario per sostenere le pretese risarcitorie. In particolare il governo irlandese e quello inglese³¹⁴ ritenevano insussistenti le condizioni di chiarezza e precisione necessarie a produrre l'effetto diretto dell'articolo 119, poiché il principio espresso era ritenuto troppo vago per generare effetti giuridici senza che fosse dettagliato da strumenti legislativi comunitari o nazionali. La Corte, nel reagire all'argomento degli stati, restituisce probabilmente una delle prime definizioni del principio di non discriminazione come principio fondamentale del diritto dell'Unione e della sua attitudine a produrre effetti diretti all'interno della normativa degli stati membri:

Non si può invocare, contro l'efficacia diretta, l'uso del termine «principio», giacché il trattato usa questa espressione proprio per porre in rilievo l'importanza fondamentale di determinate disposizioni, come si desume ad esempio dall'intestazione della prima parte del trattato, dedicata ai «principi», e dall'art. 113, a norma del quale la politica commerciale della Comunità è basata su «principi uniformi». Se si attenuasse questa nozione, fino al punto di ridurla al rango di indicazione vaga, si metterebbero quindi indirettamente in forse le basi stesse della Comunità e la coerenza delle sue relazioni esterne.³¹⁵

Il ruolo dei principi non è dunque appena quello di essere strumenti di interpretazione, secondo quanto stabilito dalla dottrina del diritto internazionale e di *common law*, ma quello di essere dei veri e propri “principi costituzionali”, che generano dei diritti in capo ai singoli.

La Commissione Europea, costituitasi in giudizio, specificava tuttavia che i principi del diritto comunitario, ed in particolare quello di cui all'articolo 119, possono generare diritti soggettivi soltanto nei confronti dello stato membro, e non nei confronti dei privati cittadini.

³¹⁴ *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, p. 459 ss.

³¹⁵ *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, par. 27/30.

La Corte si spingeva ben oltre i limiti prospettati dalla Commissione, giungendo a sostenere che l'articolo 119 esprima un principio di natura imperativa³¹⁶. L'applicazione del principio, sempre nelle parole della Corte, non vale soltanto per le pubbliche autorità, ma può essere estesa sino ai contratti fra i singoli, arrivando dunque a prospettare un'ipotesi di applicazione del c.d. *effetto diretto orizzontale*. L'ultima questione su cui la Corte era chiamata a rispondere era quella della applicazione *ratione temporis* dell'effetto diretto di cui all'articolo 119. Per evitare incresciose conseguenze per le casse degli stati inadempienti, la Corte stabiliva l'irretroattività dell'effetto diretto alle cause precedenti la sentenza, di modo che la sua decisione non disponesse che per l'avvenire.

Nella terza sentenza *Defrenne*³¹⁷, invece, era la *Cour de Cassation* che solleva un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, poiché Gabrielle Defrenne aveva appellato la sentenza del tribunale di seconda istanza per la parte in cui risultava soccombente. Rispetto alle prime due sentenze quest'ultima compie alcuni passi avanti importanti, dal punto di vista del ragionamento logico ed argomentativo, ma anche alcuni altrettanto importanti passi indietro. La Corte parla apertamente dell'esistenza di un principio generale di non discriminazione, che sussiste indipendentemente dalla formulazione dei trattati. Ma nello stesso tempo ammette che questo principio generale non possa essere applicato ai fatti della causa, in virtù del fatto che i principi generali paiono avere una funzione meramente interpretativa delle norme del diritto comunitario. E visto che al momento dei fatti della causa (e cioè alla cessazione del rapporto di lavoro nel 1968) la Comunità non aveva ancora dato attuazione nel diritto derivato al principio della parità di trattamento fra uomo e donna, allora non era neppure possibile applicare il principio generale. Un ragionamento molto diverso rispetto a quello fatto dalla Corte nella

³¹⁶*Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, par. 38/39: "Dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli".

³¹⁷ Corte giust. 15 Giugno 1978, Causa 149/77, *Defrenne c. Sabena (Defrenne III)*, Racc. 1978, p. 1365.

seconda *Defrenne*, che pareva suggerire non un principio d'interpretazione bensì un principio costituzionale.

La Corte tuttavia non smentisce l'applicazione diretta dell'articolo 119. Dall'altro lato, però, ammette che l'ambito di applicazione dell'articolo 119 non possa estendersi oltre l'interpretazione della sua nozione letterale, che si riferisce alla parità di trattamento nelle retribuzioni e non alle altre discriminazioni che vertono sulle condizioni del contratto di lavoro.

Questa sentenza pare mettere in contrapposizione due visioni differenti dei principi alla base del diritto dell'Unione: sono principi costituzionali atti ad essere fonte di diritti per i singoli, seppure a ben determinate condizioni, oppure sono principi di interpretazione che vengono in gioco soltanto quando è necessario interpretare il diritto derivato?

La domanda è destinata a rimanere aperta: la dicotomia fra diritti e principi non è stata risolta neppure dalla giurisprudenza più recente³¹⁸.

2. La parità di genere in pratica: il mainstreaming e le azioni positive a tutela della non discriminazione fra uomo e donna sul luogo di lavoro (le quote rosa)

Ai fini del presente lavoro, considereremo il problema della parità di trattamento fra uomo e donna non nella sua accezione più generale³¹⁹, ma nel suo aspetto forse più problematico ed insieme interessante. A partire dalla metà del XX secolo, infatti,

³¹⁸ V. in particolare Corte giust. 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, causa C-176/12. Racc. non pubblicata; Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, causa C-201/13, Racc. non pubblicata. In entrambi i casi non è chiara la distinzione fra principi generali, principi fondamentali e diritti fondamentali nell'applicazione del principio di non discriminazione, ambiguità che attraversa la giurisprudenza della Corte sin dagli inizi.

³¹⁹ Impresa che, in effetti, necessiterebbe di un'opera a parte vista l'importanza del principio di parità di trattamento fra uomo e donna per la genesi e lo sviluppo dell'Unione Europea, nonché per il suo passaggio da entità meramente funzionale a finalità economiche a quella di sistema quasi costituzionale. Si rimanda, qui, per la giurisprudenza, all'interessante documento che viene prodotto ed aggiornato regolarmente dalla Commissione Europea, *Compilation of Case Law on the Equality of Treatment between women and men and non discrimination in the European Union*, Third Edition. Link reperibile presso http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/case-law-compilation_en.pdf. Per la legislazione, invece, ricordiamo fra tutte la direttiva riguardante l'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione ed impiego, n.2006/54/CE, che modifica la precedente 76/207/CEE del 1976.

l'impegno delle istituzioni europee è stato pressante nel tentativo di garantire una effettiva parità di genere fra uomini e donne nei campi più vari. Dalla previdenza sociale, ai servizi, alla retribuzione, la maternità, alle ferie, sono davvero pochi i campi nei quali l'Unione Europea non sia stata una sorta di apripista della parità fra uomo e donna.

La tutela accordata a questo genere di discriminazione, tuttavia, negli ultimi anni non avviene più soltanto per mezzi legislativi e giurisprudenziali, ma la promozione attiva delle politiche per la parità di genere all'interno dell'Unione Europea e dei singoli Stati membri. Questo ha portato alla creazione di una serie di misure³²⁰ che riteniamo interessanti e degne di essere esaminate ai fini dell'obiettivo del presente lavoro.

Una fra tutte cattura l'attenzione dello studioso del diritto europeo: il problema delle quote, nonché la loro ammissibilità ed opportunità.

Lo strumento è a tutt'oggi grandemente usato sia in politica che nel mondo dell'economia per supplire alla cronica carenza di donne in posizioni apicali nel mondo del lavoro³²¹. Tuttavia, è lecito chiedersi, fino a che punto è permesso discriminare la categoria favorita avverso quella che si intende favorire? Cioè, fino a che punto è di buon senso riservare delle quote nei parlamenti nazionali piuttosto che negli organi societari delle società quotate o in quelle in cui lo stato ha una partecipazione rilevante? Per rispondere a questa domanda, procederemo con l'analisi della giurisprudenza di cui la Corte di Giustizia si è occupata per risolvere il problema delle quote, o comunque delle misure che a parità di merito danno la precedenza ai candidati di sesso femminile.

La prima sentenza di una certa importanza in cui la Corte si è occupata della questione è stata *Kalanke*³²². Il caso trattava di un dipendente tedesco di una società pubblica di pulizie di parchi e giardini che richiedeva una promozione. Una sua collega di sesso

³²⁰Per esempio, il Portogallo ha riservato una percentuale dei posti per gli eletti in Parlamento a sole donne.

³²¹ Si veda per esempio il recente studio pubblicato dalla Commissione Europea sul rapporto fra uomini e donne all'interno delle istituzioni dell'Unione Europea: *Women and Men in Leadership Position in the EU*, 2013, reperibile al link http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_balance_decision_making/131011_women_men_leadership_en.pdf.

³²² C-450/93, *Eckhard Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen*.

femminile, tuttavia, faceva domanda per la stessa posizione e vinceva il concorso, poiché la normativa locale per la parità di trattamento fra uomo e donna nell'accesso ai concorsi pubblici prevedeva che, a parità di merito, fosse data la precedenza ai candidati di sesso femminile, qualora fosse risultato che nella categorie di riferimento le stesse fossero sotto-rappresentate.

Nella sua opinione, poi recepita dalla Corte di Lussemburgo nella sua sentenza, l'Avvocato generale Tesaurò³²³ sottolineava come non fosse compatibile con la direttiva 76/207/CEE sulla parità di trattamento fra uomini e donne una misura nazionale che avvantaggiasse una donna nei confronti di un uomo. Nel parere dell'Avvocato generale, infatti, le discriminazioni fra uomo e donna non potevano essere risolte attraverso l'imposizione di una preferenza, ma creando delle condizioni lavorative e sociali (disponibilità di strutture per accompagnare la maternità ed esigenze lavorative, orari di lavoro flessibili) pensati su misura per le lavoratrici di sesso femminile.

Inutile dire che gli Stati membri propendono per gli strumenti legislativi e per la promozione attiva delle donne al momento dell'accesso al posto di lavoro. Le misure proposte dall'Avvocato generale, infatti, impongono un dispendio di risorse economiche molto rilevante, che non appare certamente accessibile in taluni stati membri, vuoi per le prassi insite nel mercato del lavoro, vuoi per la situazione dei bilanci dello stato.

La giurisprudenza successiva, tuttavia, seppure con taluni chiaroscuri, sembra discostarsi in maniera abbastanza forte dalla prima posizione dell'avvocato generale in *Kalanke*. Due sentenze in particolare, *Badeck*³²⁴ e *Marcshall*³²⁵, fanno un salto in avanti, e dichiarano la compatibilità con la direttiva 76/207/CEE di misure che favoriscano la donna nei confronti dell'uomo.

La successiva sentenza *Anderson/Abramsonn*³²⁶, tuttavia, sembra invece riportare indietro la giurisprudenza ai tempi di *Kalanke*, sottoponendo le azioni positive messe in

³²³ Si veda la sentenza *Kalanke*, par. 18.

³²⁴ C-158/97, *Georg Badeck e altri, interveniente: Hessische Ministerpräsident e Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*.

³²⁵ C-409/95, *Hellmut Marschall contro Land Nordrhein-Westfalen*.

³²⁶ C-407/98, *Katarina Abrahamsson e Leif Anderson contro Elisabet Fogelqvist*.

atto dagli stati membri ad un vero e proprio giudizio di proporzionalità. La domanda di rinvio pregiudiziale, infatti, era stata sollevata dall'organo competente a ricevere i ricorsi del personale amministrativo di un'università tedesca. L'università in oggetto prevedeva che, nella selezione di posizioni accademiche, le donne fossero avvantaggiate anche qualora non possedessero i medesimi titoli degli uomini ma i titoli in loro possesso fossero sufficienti a svolgere i compiti annessi alla posizione per cui si faceva domanda. La Corte dichiara la misura in contrasto con la direttiva 76/207/CEE proprio in virtù della sua mancanza di proporzionalità. Dunque, anche se in questo caso la Corte sembra strizzare l'occhio alla precedente *Kalanke*, è evidente che ormai l'istituto delle quote è accettato dal giudice europeo.

Ulteriori sentenze pronunciate dalla Corte di Lussemburgo in tempi diversi continuano a sottoporre le azioni positive a favore delle donne ad un giudizio di proporzionalità. In particolare, ricordiamo *Griesmar*³²⁷, *Lommers*³²⁸, *Briheche*³²⁹, *Roca Alvarez*³³⁰.

La Corte di Giustizia, dunque, non privilegia né censura eccessivamente questo tipo di azioni positive riservate ai dipendenti di sesso femminile, ma si limita a sottoporle ad un'analisi caso per caso.

Nell'ottica tuttavia della promozione della parità di genere che distingue l'attività degli ultimi anni della Commissione Europea, tuttavia, la posizione della Corte non è sufficiente ad assicurare una vera e propria parità di trattamento fra uomini e donne. E' dunque per questo che la Commissione ha proposto, il 12 Novembre 2012, l'adozione di una direttiva³³¹ che si prefigge di raggiungere il 40% di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa, anche a seguito della copiosa normativa

³²⁷ C-366/99, *Joseph Griesmar contro Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie e Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*.

³²⁸ C-476/99, *H. Lommers contro Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*.

³²⁹ C-319/03, *Serge Briheche contro Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale e Ministre de la Justice*.

³³⁰ C-104/09, *Pedro Manuel Roca Álvarez contro Sesa Start España ETT SA*.

³³¹ COM (2012) 614, *Directive of the EP and of the Council on improving the gender balance among non-executive directors of companies listed on stock exchanges and related measures*.

nazionale prodotta in materia³³². L'azione della Commissione, tra l'altro, stabilisce un obiettivo considerevolmente alto, che si basa principalmente sul fatto che la disoccupazione femminile sarebbe (come già detto) uno dei principali ostacoli al ritorno alla crescita dell'Eurozona³³³.

3. Il divieto di discriminazione sulla base del genere come parametro di validità della legislazione europea: il caso dei fattori attuariali nei contratti di assicurazione

Il principio della parità di trattamento fra uomini e donne non ha tuttavia operato soltanto nel senso di avvantaggiare il genere femminile rispetto a quello maschile. Ha anche operato in senso inverso, in un caso molto importante. Infatti la Corte ha, in *Test d'Achats*³³⁴, annullato una disposizione della direttiva 2004/113/CE, sulla parità di trattamento fra uomini e donne nel recepimento di beni e servizi, sulla base del fatto che era in contrasto con l'articolo 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Il caso che ha causato questo annullamento è piuttosto singolare: si trattava infatti del calcolo di fattori attuariali (che consentono di valutare la speranza di vita) al fine di valutare il premio da fare pagare nei confronti degli assicurati di sesso maschile per un'assicurazione sugli infortuni piuttosto che sulla vita. Poiché è abbastanza noto (e suffragato da numerose evidenze statistiche) che le donne vivono mediamente più degli uomini, vi sono diverse compagnie assicuratrici che mantengono in vigore pratiche che assegnano un premio più alto agli uomini rispetto alle donne come corrispettivo dell'assicurazione. Tuttavia questo genere di pratiche sono espressamente vietate dal principio della parità di trattamento fra uomini e donne, ed erano permesse soltanto in virtù del fatto che la direttiva 2004/113/CE conteneva una disposizione ad hoc che

³³²In Italia per esempio l'obiettivo stabilito con legge nel 2012 è del 30% di donne nei consigli di amministrazione delle società in cui lo Stato ha partecipazioni rilevanti.

³³³Il parere del COMECOSOC sulla proposta di direttiva fornisce le statistiche di Goldman Sachs, secondo le quali (punto 4.1.5) «una maggiore presenza delle donne nella forza lavoro farebbe aumentare il PIL del 21 % in Italia 19 % in Spagna, 9 % in Francia e Germania, 8 % nel Regno Unito.»

³³⁴ Corte giust. 1 marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri contro Conseil des ministres*, Causa C-236/09, Racc. 2011 I-00773.

permetteva agli stati membri di mantenere in vigore le pratiche discriminatorie nella fornitura di beni e servizi che risultassero dalle prassi commerciali in vigore fino al momento di scadenza del periodo transitorio per l'attuazione della direttiva (nel 2007). Questo genere di eccezioni tuttavia avrebbe dovuto tuttavia essere oggetto di monitoraggio da parte della Commissione, che però, alla data della causa, non aveva ancora intrapreso alcuna azione volta a controllare le pratiche discriminatorie in vigore negli stati membri. Per questa ragione, dunque, la Corte di giustizia ha stabilito di dovere annullare l'articolo 5.2 della direttiva con effetto a partire dal 1 Gennaio 2012. In questo caso la Corte ha dunque dato prova di potere utilizzare il principio di non discriminazione sulla base del genere, come trasposto dall'articolo 23 della Carta dei Diritti Fondamentali, alla stregua di un parametro di costituzionalità per annullare la norma del Unione in contrasto con il principio della parità di trattamento. Vi è però un'ulteriore considerazione da fare. Nel caso di specie la domanda di rinvio pregiudiziale proveniva direttamente dalla Corte Costituzionale Belga, la quale, in mancanza di una pronuncia in questo senso, avrebbe ben potuto dichiarare l'incostituzionalità della norma dell'Unione (o quantomeno della norma nazionale che ne dava attuazione), facendo così sollevare un certo clamore. La Corte, dunque, interrogata da una sua pari, ha voluto affermare il suo controllo di costituzionalità in anticipo rispetto alla Corte costituzionale nazionale, ottenendo così un duplice effetto: da un lato affermare l'utilizzo del principio di non discriminazione come parametro costituzionale e dall'altro quello di evitare un possibile contrasto con l'ordinamento costituzionale di uno stato membro.

Ulteriori, ed interessanti, considerazioni possono essere fatte sull'utilizzo degli indicatori statistici nell'individuazione di un'ipotesi di discriminazione diretta. Come infatti è noto, la Corte accetta di giustificare una discriminazione indiretta sulla base di evidenze statistiche, mentre non accetta che la giustificazione di una discriminazione diretta venga data con lo stesso strumento. In questo caso l'utilizzo di fattori attuariali dava luogo ad una discriminazione diretta, che non poteva essere provata soltanto tramite strumenti statistici ma esigeva un livello superiore di certezza³³⁵. La Corte ha

³³⁵ Come afferma del resto l'avvocato generale Kokott al paragrafo 60 delle sue conclusioni.

poi avuto occasione di ribadire ancora una volta il suo ragionamento nel caso X³³⁶, in cui si disputava della legittimità di una misura simile a quella rigettata dalla Corte in *Test d'Achats*, anche se questa volta in relazione alle assicurazioni per infortuni.

³³⁶ Corte giust. 3 settembre 2014, X., Causa C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133.

Seconda parte: le tipologie di discriminazione tutelate dalle due direttive gemelle (2000/43/CE e 2000/78/CE)

Capitolo I

Il divieto di discriminazione sulla base della disabilità

La tutela della discriminazione sulla base della disabilità ha conosciuto uno sviluppo accelerato negli ultimi 15 anni, in virtù di tre passaggi che hanno contribuito ad includere questo motivo di discriminazione a pieno titolo all'interno del diritto dell'Unione Europea. Il primo passaggio è stato dettato dall'entrata in vigore della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea³³⁷, nel 2001. La Carta prevede infatti, oltre all'inclusione del motivo sulla disabilità all'articolo 21, una disposizione specifica (l'articolo 26) che è nata con natura eminentemente programmatica e che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona costituisce un obbligo giuridicamente vincolante per le istituzioni dell'Unione Europea e per gli stati membri nel momento in cui applicano il diritto dell'Unione.

Il secondo passaggio si è realizzato attraverso l'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE, che attua le disposizioni contenute all'interno dell'articolo 19 del TFUE, assicurando una tutela quadro contro le discriminazioni sulla base della disabilità, disciplinando in particolare quelle situazioni in cui l'accessibilità al posto di lavoro deve essere bilanciata con le esigenze del datore di lavoro.

³³⁷ Su cui v. F. Casolari, *Commento all'art. 26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in F. Pocar, M.C. Baruffi, *op.cit.*

Il terzo passaggio si è verificato attraverso la ratifica, ad opera dell'Unione Europea, della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006³³⁸ sui diritti delle persone con disabilità, primo accordo internazionale concluso dall'Unione Europea sulla base delle competenze potenziate in materia disposte dal Trattato di Lisbona. Attraverso questi tre diversi passaggi la tutela nei confronti delle persone disabili si è considerevolmente potenziata, andando ben oltre il carattere programmatico inizialmente attribuito alle disposizioni dei trattati fino a costituire un'obbligazione vincolante nei confronti degli stati membri, come si è visto nella recente condanna della Corte di Giustizia nei confronti dell'Italia per non avere correttamente trasposto la nozione di *reasonable accommodation* (anzi, per mancata trasposizione) nel diritto interno.

1. Gli strumenti internazionali a tutela dalle discriminazioni basate sulla disabilità

Fra gli strumenti internazionali che assicurano una tutela nei confronti della disabilità, ricordiamo innanzitutto la Convenzione delle Nazioni Unite di cui l'Unione Europea è divenuta parte contraente, assieme ad un buon numero dei suoi stati membri³³⁹. L'obbligo giuridico che ne discende è dunque quello di fare osservare alle istituzioni ed agli stati membri le obbligazioni che derivano dalla Convenzione³⁴⁰. Alla Convenzione hanno aderito 151 stati membri delle Nazioni Unite, ma non tutti hanno ratificato il protocollo addizionale che impone un meccanismo di controllo sull'operato degli stati membri rispetto alle obbligazioni contenute all'interno della Convenzione in termini di accessibilità ai servizi sociali ed al lavoro delle persone con disabilità. Il protocollo addizionale infatti prevede che il Comitato di controllo sull'attuazione della Convenzione abbia la capacità di "*ricevere e ad esaminare comunicazioni presentate da individui o gruppi di individui o in rappresentanza di individui o gruppi di individui*

338

³³⁹ Fra gli stati dell'Unione Europea che sono membri della Convenzione, soltanto Irlanda, Paesi Bassi e Finlandia, pur avendo siglato la Convenzione non l'hanno ancora ratificata.

³⁴⁰ Obblighi che spaziano in maniera trasversale dai diritti fondamentali (come diritto alla vita, accesso alla giustizia, libertà ed uguaglianza) ai c.d. diritti sociali (accesso alla sanità, all'educazione, all'accesso al mondo del lavoro ed al mantenimento dell'impiego ottenuto in condizioni di non disabilità).

*soggetti alla sua giurisdizione che pretendano di essere vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di quello Stato Parte.*³⁴¹

Il Comitato ha poi poteri di indagine rispetto al contenuto delle comunicazioni che vengono presentate, e rispetto alla loro fondatezza. Gli stati membri possono contestare le comunicazioni, che poi vengono esaminate dal Comitato, che provvede alla trasmissione di suggerimenti e raccomandazioni nei confronti dello stato membro nei cui confronti era indirizzata la comunicazione. Il comitato, poi, gode di una ulteriore competenza disciplinata agli articoli 6 e 7 del Protocollo Addizionale alla Convenzione. Secondo l'art. 6 infatti, la Convenzione è competente a ricevere *“informazioni attendibili indicanti violazioni gravi o sistematiche dei diritti enunciati nella presente Convenzione da parte di uno Stato Parte”*. Questa competenza è, rispetto a quella descritta agli art. 1 e ss del detto protocollo addizionale, di natura più spiccatamente giurisdizionale (o *para-giurisdizionale*) poiché impone agli stati membri di riconoscere al Comitato la facoltà di ammonire lo stato che viene sospettato di violazioni sistemiche della Convenzione attraverso la pubblicazione delle risposte alle osservazioni pervenute dal Comitato nel rapporto annuale sul rispetto degli obblighi istituiti attraverso la Convenzione. Si tratta tuttavia di sanzioni, se così possono essere definite, che non implicano per lo stato membro alcun genere di azione concreta per l'adeguamento del diritto interno a quello internazionale. La natura del documento convenzionale è infatti essenzialmente programmatica, cosa che se da un lato permette di estenderne l'ambito di applicazione orizzontale (la Convenzione infatti si occupa dei temi più vari riguardo alla disabilità), dall'altro ne sminuisce la forza di penetrazione verticale, che viene affidata alla capacità degli stati membri di darne attuazione nel diritto interno. Per potenziarne la trasposizione a livello nazionale, la Convenzione è stata aperta alla firma delle organizzazioni d'integrazione regionale (espressione che indica quelle parti della Convenzione che non sono stati, come per esempio l'Unione Europea), per interporre fra le obbligazioni internazionali e quelle nazionali delle specifiche obbligazioni sovranazionali, date dalla trasposizione della Convenzione negli ordinamenti giuridici delle dette organizzazioni. Questo ha reso possibile l'adesione dell'Unione Europea alla

³⁴¹Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili, art. 1.

Convenzione, vincolandola in questo modo al rispetto degli obblighi assunti all'atto della stipula. Come diretta conseguenza dell'assunzione di questa obbligazione, l'Unione ha promosso la Strategia Europea per la Disabilità (2010-2020)³⁴² con lo scopo di potenziare i diritti delle persone disabili e di ridurre le barriere fisiche e legislative che si frappongono fra le persone disabili e la società.

2. La Carta sociale europea

Fra le organizzazioni volte all'integrazione regionale mediante lo strumento dei diritti fondamentali è di particolare importanza il Consiglio d'Europa, che prevede uno strumento *ad hoc* volto alla tutela dei diritti delle persone disabili. La Carta Sociale Europea infatti è una carta dei diritti sociali intesa ad integrare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sul modello delle due dichiarazioni gemelle delle Nazioni Unite³⁴³. La Carta Sociale Europea è nata nel 1961 in seno al Consiglio d'Europa (come la gemella Cedu), allo scopo di integrare la dichiarazione sui diritti fondamentali con un'altra sui diritti sociali, che riguardano principalmente l'educazione, la sanità ed il mondo del lavoro. Dei 47 stati membri del Consiglio d'Europa, 43 hanno ratificato la Carta sociale. E' una Carta dotata di disposizioni molto più circostanziate di quelle della Convenzione, e che non è provvista di un vero e proprio meccanismo di ricorso individuale a tutela delle prerogative dei soggetti offesi, ma di un duplice strumento di controllo, uno affidato al Comitato europeo dei diritti sociali, e l'altro ad un meccanismo di ricorso collettivo (che può dunque essere promosso da associazioni di categoria, sindacati e organizzazioni non governative).

I diritti delle persone disabili sono inclusi all'articolo 15 della Carta sociale europea.

Articolo 15

³⁴² COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO, AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO E AL COMITATO DELLE REGIONI, Strategia europea sulla disabilità 2010-2020: un rinnovato impegno per un'Europa senza barriere, COM/2010/0636.

³⁴³ Il patto internazionale sui diritti civili e politici del 1969, ed il patto internazionale sui diritti economici, culturali e sociali.

Diritto delle persone portatrici di handicap all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità

Per garantire alle persone portatrici di handicap l'effettivo esercizio del diritto all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità, a prescindere dall'età e dalla natura ed origine della loro infermità, le Parti si impegnano in particolare:

1 ad adottare i provvedimenti necessari per somministrare alle persone inabili o minorate un orientamento, un'educazione ed una formazione professionale nel quadro del diritto comune ogni qualvolta ciò sia possibile oppure, se tale non è il caso, attraverso istituzioni specializzate pubbliche o private;

2 a favorire il loro accesso al lavoro con ogni misura suscettibile d'incentivare i datori di lavoro ad assumere ed a mantenere in attività persone inabili o minorate in un normale ambiente di lavoro e ad adattare le condizioni di lavoro ai loro bisogni o, se ciò fosse impossibile per via del loro handicap, mediante la sistemazione o la creazione di posti di lavoro protetti in funzione del grado di incapacità. Tali misure potranno giustificare, se del caso, il ricorso a servizi specializzati di collocamento e di accompagnamento;

3 a favorire la loro completa integrazione e partecipazione alla vita sociale mediante misure, compresi i presidi tecnici, volte a sormontare gli ostacoli alla comunicazione ed alla mobilità ed a consentire loro di avere accesso ai trasporti, all'abitazione, alle attività culturali e del tempo libero.

In linea di massima si può dire che il sistema di controllo della Carta segua un modello simile a quello della Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili, ma con elementi di maggiore complessità e raffinatezza.

a) Il controllo attraverso il Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato governativo ed il Comitato dei ministri

Questa prima tipologia di controllo sul corretto adempimento delle obbligazioni della Carta è basata su tre livelli di revisione delle attività degli stati membri nell'ambito di applicazione della Carta sociale. Il primo livello è affidato al Comitato europeo dei diritti sociali, un organo composto "*da un elenco di esperti della massima integrità e di riconosciuta competenza in questioni sociali nazionali ed internazionali, nominati dalle Parti contraenti.*"³⁴⁴ Il Comitato di esperti prende in esame i rapporti biennali redatti

³⁴⁴ Art. 25 della Carta Sociale Europea.

dagli stati membri sulla II parte della Carta³⁴⁵, i quali possono vertere sia sugli articoli *a scelta vincolata* sia su quelli *la cui scelta non vincola* gli stati contraenti. Il Comitato europeo dei diritti sociali a sua volta redige un rapporto per ognuno dei 43 stati membri della Carta al c.d. Comitato governativo, dove siedono i rappresentanti dei governi degli stati membri (solitamente funzionari governativi o diplomatici di alto rango). Questa articolazione funzionale ha lo scopo di rendere più efficace il lavoro del Comitato dei ministri, l'organo del Consiglio d'Europa che è deputato a prendere la decisione finale circa il contenuto dei rapporti sullo stato di applicazione della Carta, e che può eventualmente proporre di includere nella versione finale di questi rapporti gli elementi reperiti dal Comitato di esperti e da quello governativo, rendendo una pubblica ammonizione a quegli stati membri che non hanno dato adeguata attuazione ai principi contenuti nella Carta. Questa ammonizione si verifica concretamente attraverso una risoluzione del Comitato dei ministri, adottata a maggioranza di due terzi, che include al suo interno le informazioni e i rapporti degli stati membri, le osservazioni del Comitato di esperti, e quelle del Comitato governativo.

b) Il meccanismo di ricorso collettivo

Il meccanismo di ricorso collettivo è stato allegato alla Carta sociale mediante il protocollo addizionale aggiunto nel 1995 ed entrato in vigore nel 2008, che conferisce al Comitato dei ministri la possibilità di giudicare il merito di una violazione delle disposizioni della Carta sociale europea. Legittimati a proporre il ricorso sono le organizzazioni internazionali dei lavoratori e dei datori di lavoro, le organizzazioni non governative internazionali che hanno chiesto di essere iscritte al registro dei soggetti abilitati a proporre ricorso³⁴⁶ e le organizzazioni non governative nazionali (qualora gli stati membri abbiano optato includerle). Non è dunque possibile per i singoli adire al Comitato europeo, ma soltanto per le associazioni di categoria. Una volta proposto il

³⁴⁵ Gli stati membri della Carta sono infatti obbligati a considerarsi vincolati da almeno sei dei nove articoli seguenti della parte II della Carta: articoli 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 e 20;

³⁴⁶ E che devono dimostrare una capacità operativa sufficiente a redigere in modo adeguato il ricorso.

ricorso, la fase istruttoria prevede che il Comitato europeo richieda allo stato chiamato in causa i necessari chiarimenti basati sul reclamo proposto dall'associazione di categoria. Sulla base del reclamo e delle memorie scritte dello stato membro, il Comitato europeo provvede poi a redigere un rapporto che valuta la violazione della disposizione della Carta. Il rapporto viene poi inoltrato al Comitato dei ministri, che emana a maggioranza dei componenti una raccomandazione sulla violazione della disposizione della Carta, ed invita lo stato membro ad uniformarsi. Lo stato giudicato in violazione della Carta può chiedere, a maggioranza dei due terzi dei componenti del Comitato dei ministri, che il reclamo sia esaminato anche dal Comitato governativo.

3. Gli strumenti del diritto dell'Unione Europea a tutela delle persone disabili

a) La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali

Questo strumento di diritto comunitario rappresenta il primo tentativo fatto dall'Unione Europea di dotarsi di una carta dei diritti fondamentali (seppure limitata a quelli sociali, che hanno una connessione più immediata con la libera circolazione dei lavoratori). La Carta comunitaria è quindi una sorta di punto di contatto fra la Carta sociale europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, ed è tuttora in vigore, benché sia sostanzialmente caduta in desuetudine a causa dell'entrata in vigore della Carta di Nizza nel 2001. L'impianto della Carta comunitaria ha costituito la prima "tavola dei valori" di riferimento per il Trattato di Maastricht, nel cui preambolo è stata enunciata, e ha costituito anche una delle principali fonti di ispirazione della Carta dei Diritti Fondamentali. L'articolo 26 della Carta comunitaria (che curiosamente riprende la numerazione dell'attuale Carta dei diritti fondamentali), infatti, disciplina la tutela nei confronti delle persone disabili.

Art. 26

Persone portatrici di handicap

Ogni persona handicappata, a prescindere dall'origine e dalla natura dell'handicap, deve poter beneficiare di concrete misure aggiuntive intese a favorire l'inserimento sociale e professionale.

Tali misure devono riguardare la formazione professionale, l'ergonomia, l'accessibilità, la mobilità, i mezzi di trasporto e l'alloggio e devono essere in funzione delle capacità degli interessati.

Si può ritenere anche che l'articolo 26 abbia fornito da fonte di ispirazione per il diritto derivato, poiché l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli per i portatori di handicap, in termini di accessibilità al luogo di lavoro e di mantenimento e conservazione dell'impegno, è contenuto anche nelle disposizioni della direttiva 2000/78/CE.

b) La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

La disciplina della Carta trova all'articolo 26 una specifica disposizione con riguardo ai diritti dei disabili.

Articolo 26

Inserimento delle persone con disabilità

L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

Questa disposizione è dotata di una duplice portata³⁴⁷, che le consente di precisare il contenuto del principio di non discriminazione sulla base della disabilità di cui all'articolo 21, e nello stesso tempo di estendere l'ambito di applicazione della Carta anche alle questioni inerenti l'accessibilità del luogo di lavoro. La Carta è indirizzata principalmente alle istituzioni, che sono le responsabili dell'assicurare l'accessibilità ai disabili che lavorano al loro interno a servizi sociali elementari come l'educazione, la sanità ed il lavoro. Tuttavia, nella sua giurisprudenza più recente³⁴⁸ la Corte ha voluto mettere in luce come la portata dell'articolo 26 non sia tale da conferire dei diritti in capo ai singoli in assenza di una disciplina interna od europea, facendo dunque propendere per una sua portata, rispetto all'articolo 21, eminentemente programmatica.

³⁴⁷ F. Casolari, *op. cit.*

³⁴⁸ Corte giust. del 22 maggio 2014, *Wolfgang Glatzel contro Freistaat Bayern*, Causa C-356/12, Racc. non pubblicata.

Tuttavia, sebbene l'articolo 26 della Carta prescriva dunque all'Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, il principio così consacrato non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Esso non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile (v. in tal senso, riguardo all'articolo 27 della Carta, sentenza *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punti 45 e 47).³⁴⁹

c) La direttiva 2000/78/CE

Se non si considerano le due proposte, tuttora in fase di negoziazione, di una direttiva quadro a contrasto delle discriminazioni³⁵⁰ di cui all'articolo 19 TFUE e di una direttiva sull'accessibilità ai servizi riservata unicamente alle persone disabili³⁵¹, l'unico testo in vigore nel diritto derivato dell'Unione a tutela delle persone disabili è la direttiva 2000/78/CE. All'interno della direttiva vi sono alcune disposizioni che tutelano la specifica posizione delle persone disabili, nel tentativo di armonizzare la tutela offerta a diversi livelli all'interno del diritto degli stati membri³⁵² e di diversificarla per riconoscere la specificità rappresentata da questo tipo di discriminazione. A differenza degli altri strumenti, fra cui in particolare la proposta di direttiva quadro, la direttiva 2000/78/CE è applicabile soltanto al mondo del lavoro. In conseguenza, la tutela riservata alle persone disabili dal diritto dell'Unione Europea rimane principalmente ristretta a questo ambito, e non può essere estesa anche a quegli ulteriori servizi che non vi sono collegati (come per esempio l'educazione).

Lo scopo della direttiva 2000/78/CE nei confronti delle persone disabili è reso esplicito nel 18mo considerando:

³⁴⁹ *Glatzel*, cit. par. 78.

³⁵⁰ Proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale, COM (426)2008.

³⁵¹ La proposta per un European Accessibility Act, che tuttavia è ancora in preparazione presso la Commissione Europea, che non ha ancora promosso l'iniziativa legislativa (nonostante nella relativa roadmap fosse prevista per la prima parte del 2012).

³⁵² Si veda il rapporto *Developing Antidiscrimination law in Europe: the 27 Member states compared*, Commissione Europea, 2012, p. 20 e ss.

La messa a punto di misure per tener conto dei bisogni dei disabili sul luogo di lavoro ha un ruolo importante nel combattere la discriminazione basata sull'handicap.

La portata del considerando non è da sottovalutare, soprattutto nel momento in cui mette in relazione la necessità di combattere la discriminazione basata sull'handicap con la messa a punto di misure *ad hoc*, come risulta anche dal considerando n. 20.

(20) È opportuno prevedere misure appropriate, ossia misure efficaci e pratiche destinate a sistemare il luogo di lavoro in funzione dell'handicap, ad esempio sistemando i locali o adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro, la ripartizione dei compiti o fornendo mezzi di formazione o di inquadramento.

Il dettato letterale dei considerando, letto in combinato con alcuni articoli della direttiva, rivela l'esistenza per gli stati membri di un obbligo giuridico ad intraprendere azioni positive a sostegno dei disabili, anche mediante interventi di ristrutturazione od adeguamento della postazione lavorativa. Questo obbligo viene esplicitato in maniera ancora più chiara all'articolo 5 della direttiva, che disciplina le c.d. soluzioni ragionevoli per i disabili.

Articolo 5

Soluzioni ragionevoli per i disabili

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.

L'obbligo di prevedere soluzioni ragionevoli sul luogo del lavoro consiste nel trovare un bilanciamento fra le esigenze del datore di lavoro e quelle del lavoratore, per evitare che il datore trascuri di assumere persone portatrici di handicap, ma che dall'altro lato il reperimento di soluzioni per i disabili non rappresenti un onere sproporzionato per l'azienda.

Tuttavia questo obbligo non è opponibile a tutte le categorie professionali. Quando infatti le mansioni collegate al contratto di lavoro hanno a che fare con la salute, la sicurezza o l'ordine pubblico, gli stati membri sono liberi di imporre una differenza di trattamento basata anche sulla disabilità³⁵³. Come cita il considerando n. 18 della direttiva 2000/78/CE:

(18) La presente direttiva non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi.

Questa possibilità è ulteriormente dettagliata all'articolo 4.1 della direttiva 2000/78/CE, che prevede la possibilità di mantenere in vigore una differenza di trattamento qualora una specifica caratteristica dell'attività lavorativa costituisca un requisito essenziale per il suo svolgimento.

Art. 4.1

Fatto salvo l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Per l'attuazione del principio di non discriminazione a motivo della disabilità e per l'analisi del suo specifico contributo all'identità costituzionale dell'Unione Europea, è dunque molto importante valutare il significato del concetto di “soluzioni ragionevoli” e quello di “requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa”. A differenza di quanto accade negli ordinamenti nazionali, o comunque come elemento di sostanziale novità non conosciuto in molti ordinamenti prima dell'entrata in vigore della direttiva 2000/78/CE, il principio di non discriminazione (nella sua attuazione pratica) impone un obbligo giuridico di trovare delle soluzioni ragionevoli per i lavoratori disabili, a

³⁵³ Perché, come vedremo, in questi casi è piuttosto comune derogare anche al principio di non discriminazione sulla base dell'età.

meno che la loro disabilità non costituisca un requisito essenziale per il compimento delle mansioni correlate al contratto di lavoro.

4. La nozione di disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia/la giurisprudenza della CEG sul principio di non discriminazione sulla base della disabilità

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di disabilità è piuttosto recente, al punto che prima del 2006 per dare una definizione di questo motivo di discriminazione bisognava ricorrere alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo³⁵⁴, in maniera non dissimile da quanto avviene tuttora per la giurisprudenza sulla libertà religiosa. Le sentenze che si sono occupate di disabilità, quantomeno nella veste prevista dalla direttiva 2000/78/CE, sono finora soltanto cinque (più una del Tribunale della funzione pubblica) ma sono tutte importanti per lo sviluppo della nozione di disabilità nel diritto dell'Unione Europea.

La ragione del ritardo nel dare una definizione comunitaria di disabilità consta nel fatto che la data di scadenza per l'applicazione della direttiva 2000/78/CE a livello nazionale era il 2 dicembre 2005, per cui, dati anche i tempi tecnici per la presentazione della causa davanti alla Corte di Giustizia, non è stato possibile promuovere alcuna causa prima del 2006. Oltre a questo bisogna rilevare che la disciplina comunitaria non prevede una definizione medico/scientifica di disabilità, per cui non è dato sapere quali siano i disagi patiti dalle persone sottoposte ad una particolare menomazione, temporanea o permanente, che è possibile definire come handicap. Per questo le sentenze della Corte di Giustizia riguardano per lo più situazioni limite, che si chiede di fare ricadere all'interno della disciplina comunitaria per godere della superiore tutela offerta. Nella sentenza *Chacon Navas*³⁵⁵, per esempio, la ricorrente sottoponeva

³⁵⁴ V. V. Van Goethem, *Comment of Article 26 of the Charter*, in O. De Schutter, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, 2006.

³⁵⁵ Corte giust. 11 luglio 2006, *Sonia Chacón Navas contro Eurest Colectividades*, Causa C-13/05, Racc. 2006 I-06467.

all'attenzione della Corte la questione se una malattia invalidante tale da giustificare una assenza dal luogo di lavoro potesse essere equiparata ad una disabilità.

La Corte si trovava per la prima volta a dovere dare una definizione di disabilità, poiché il ricorrente chiedeva se una malattia potesse essere assimilata ad un handicap per il diritto dell'Unione Europea.

Tenuto conto del detto obiettivo, la nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78 deve, in conformità della regola ricordata al punto 40 della presente sentenza, essere oggetto di un'*interpretazione autonoma e uniforme*.

La direttiva 2000/78 mira a combattere taluni tipi di discriminazione per quanto riguarda l'occupazione e le condizioni di lavoro. In tale contesto, deve intendersi che la nozione di «handicap» va intesa come un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale.

Nondimeno, utilizzando la nozione di «handicap» all'art. 1 della direttiva di cui trattasi, il legislatore ha deliberatamente scelto un termine diverso da quello di «malattia». È quindi esclusa un'assimilazione pura e semplice delle due nozioni.³⁵⁶

La Corte individua due caratteristiche della nozione di disabilità: l'*autonomia* rispetto alle definizioni contenute all'interno del diritto degli stati membri, ed il suo essere uno *stato invalidante permanente*, che non consente al soggetto portatore di handicap di ritornare nelle condizioni precedenti al posto di lavoro o di interagire sul posto di lavoro allo stesso modo delle persone non colpite dallo stato invalidante. Un ulteriore problema sollevato dalla causa era che la malattia che aveva causato il licenziamento della ricorrente non era stata definita in maniera adeguata dalla Corte remittente. Per cui la Corte basa la sua asserzione (che la malattia non è riconducibile alla nozione di handicap) su una generalizzazione del concetto di patologia medica, che non comprende le numerose tipologie di malattie che possono portare ad un invalidamento permanente, e dunque ad una disabilità. Per questo la sentenza *Navas* è stata successivamente utilizzata³⁵⁷ per sostenere una definizione restrittiva della nozione di disabilità, che finisce per penalizzare quelle persone che soffrono di malattie che causano stati

³⁵⁶ *Chacon Navas*, cit. par. 41-43.

³⁵⁷ V. i governi di Regno Unito, Italia e Paesi Bassi in *Coleman*.

invalidanti (benchè molto gravi) anche solo temporanei, e per questa ragione vengono licenziate.

Per comprendere appieno la portata di *Navas*, tuttavia, è fondamentale considerarla insieme alla successiva sentenza *Coleman*³⁵⁸, che riguarda il caso di una lavoratrice discriminata sul posto di lavoro poiché aveva recentemente partorito un figlio disabile. Alcuni stati membri³⁵⁹ che erano intervenuti nella causa infatti affermavano che una discriminazione che non fosse rivolta nei confronti della persona affetta da disabilità non potesse essere inclusa all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva.

Il governo del Regno Unito nonché i governi greco, italiano e olandese sostengono, alla luce sia delle disposizioni menzionate ai due punti precedenti sia dei 'considerando' sedicesimo, diciassettesimo e ventisettesimo della direttiva 2000/78, che il divieto di discriminazione diretta previsto da quest'ultima non può essere interpretato nel senso che esso ricomprenderebbe una situazione come quella della ricorrente nella causa principale, dal momento che quest'ultima non è essa stessa disabile. Potrebbero far valere le disposizioni di questa direttiva soltanto le persone che, in una situazione analoga a quella di altre persone, vengono trattate in maniera meno favorevole o poste in una situazione di svantaggio a causa di caratteristiche loro proprie.³⁶⁰

Ed in effetti la questione è controversa, poiché l'esempio della madre discriminata in virtù del figlio disabile non può essere ricondotto, quantomeno nel suo senso letterale, né alla definizione di discriminazione diretta né a quella di discriminazione indiretta incluse all'interno della direttiva 2000/78/CE. E' piuttosto una discriminazione *mediata*, nella quale cioè la persona disabile viene discriminata attraverso la discriminazione della persona che le sta più vicino (in questo caso la madre). La Corte, per rispondere alla domanda del tribunale proponente il rinvio pregiudiziale, stabilisce di estendere l'ambito di applicazione della direttiva anche alle persone che non sono esse stesse

³⁵⁸ Corte giust. 17 luglio 2008, *S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law*, Causa C-303/06, Racc. 2008, p. I-05603.

³⁵⁹ V. *Coleman*, cit. par. 44: I governi del Regno Unito, italiano e olandese sostengono altresì che un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva 2000/78 risulta dalla sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacón Navas* (Racc. pag. I-6467). Secondo il governo italiano, in detta sentenza la Corte ha accolto un'interpretazione restrittiva della nozione di disabilità e della sua pertinenza nel rapporto di lavoro.

³⁶⁰ *Coleman*, cit. par. 41.

disabili, ma per cui il mantenimento del posto di lavoro è una condizione essenziale perché le persone disabili che da loro sono dipendenti possano condurre una vita normale. Questa estensione dell'ambito di applicazione della direttiva può sembrare, almeno in prima analisi, essere in contraddizione con la precedente sentenza *Navas*, che pareva interpretare in senso restrittivo la nozione di discriminazione contenuta all'interno della direttiva. Tuttavia, secondo i giudici, la sentenza *Navas* si limitava soltanto a specificare che ai motivi di discriminazione già presenti nella direttiva non ne potevano essere aggiunti di ulteriori (come la malattia della signora Navas nel caso di specie), anziché sostenere che il dettato della direttiva imponesse una interpretazione restrittiva della nozione di disabilità. Questa interpretazione autentica è però problematica nel momento in cui trascura che il ragionamento della Corte in *Navas* era imperniato su due direttrici: la prima, sulla base della quale la nozione di disabilità non poteva ricomprendere al suo interno il concetto di malattia, e la seconda, per la quale la malattia non poteva costituire un motivo autonomo di discriminazione. Per cui se è vero che la seconda articolazione del ragionamento della Corte in *Navas* (quella inerente l'autonomo motivo di discriminazione), non ostava ad un'interpretazione non-restrittiva della nozione di disabilità, dall'altro lato il fatto di non ricomprendere la malattia all'interno della nozione di disabilità poteva bene essere interpretato come segno di un'approccio severo della Corte al tema della disabilità. Tuttavia, secondo la Corte, il ragionamento di *Navas* pertiene solamente l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva, lasciandone impregiudicato l'ambito di applicazione *ratione personae*.

Infatti, anche se al punto 56 della sentenza *Chacón Navas*, citata, la Corte ha precisato che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 non può, tenuto conto della formulazione dell'art. 13 CE, essere esteso al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente all'art. 1 di quest'ultima, con la conseguenza che la fattispecie di una persona licenziata dal suo datore di lavoro esclusivamente per causa di malattia non rientra nell'ambito di applicazione generale della direttiva 2000/78, essa non ha tuttavia dichiarato che il principio della parità di trattamento e l'ambito di applicazione *ratione personae* di questa direttiva devono, con riferimento a tali motivi, essere interpretati in senso restrittivo.³⁶¹

³⁶¹ *Coleman*, cit. par. 46.

Da qui la ragione per cui si rende necessario estendere l'ambito di applicazione della direttiva, al fine di assicurare l'effettività della tutela del principio di non discriminazione.

Riguardo agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2000/78, quest'ultima, come risulta dai punti 34 e 38 della presente sentenza, mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su uno dei motivi di cui al suo art. 1, tra i quali figura, tra l'altro, la disabilità, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento. Dal trentasettesimo 'considerando' di tale direttiva risulta che essa mira altresì alla realizzazione di una base omogenea all'interno della Comunità per quanto riguarda la parità in materia di occupazione e condizioni di lavoro.³⁶²

Per questo la Corte afferma che, qualora una persona sia vittima di una discriminazione diretta sulla base della disabilità del figlio, una interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione della direttiva ne potrebbe mettere a repentaglio l'effetto utile. Di conseguenza, la direttiva 2000/78/CE non è applicabile soltanto alle persone disabili discriminate, ma anche ai familiari o congiunti delle persone disabili che vengono stigmatizzati in virtù della loro disabilità.

La questione della nozione di disabilità viene affrontata ancora nella giurisprudenza successiva, in una causa molto simile al precedente di *Navas*. In *HK Denmark*³⁶³ infatti, la Corte si trova a rispondere alle domande sollevate da un tribunale danese che le sottopone una questione pregiudiziale molto simile a quella della lavoratrice spagnola licenziata per avere contratto una malattia che la aveva allontanata per qualche tempo dal luogo di lavoro. In particolare, in tribunale danese chiedeva:

1a) Se la condizione di una persona che, a causa di menomazioni fisiche, mentali o psichiche, non può svolgere la propria attività lavorativa o può farlo soltanto entro certi limiti per un arco di tempo che soddisfa i requisiti, in termini di durata, di cui al punto 45 della sentenza della Corte nella causa C-13/05 ("Navas") rientri nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.

³⁶² *Coleman*, cit. par. 47.

³⁶³ Corte giust. 11 aprile 2013, *HK Danmark, che agisce per conto del Jette Ring contro Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11)* e *HK Danmark, che agisce per conto del Lone Skouboe Werge contro Dansk Arbejdsgiverforening che agisce per conto del Pro Display A/S (C-337/11)*, Cause riunite C-335/11 e C-337/11, Racc. non ancora pubblicata

1b) Se una condizione causata da una malattia diagnosticata incurabile possa rientrare nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.

1c) Se una condizione causata da una malattia diagnosticata temporanea possa rientrare nella nozione di handicap ai sensi della direttiva.³⁶⁴

C'è però una differenza sostanziale rispetto alla precedente sentenza *Navas*: l'Unione Europea ha ratificato la Convenzione Onu per i diritti delle persone disabili, che contiene al suo interno una definizione di disabilità che, se da un lato non è dissimile da quella stabilita in *Navas*, dall'altro è però una nozione dinamica, in evoluzione, che può dunque essere adattata a situazioni che non rientrano strettamente nel novero delle disabilità intese in senso medico. Questo *dinamismo (o interpretazione dinamica)*, dunque, entra a fare parte della nozione di disabilità ai sensi del diritto dell'Unione Europea proprio grazie alla stipula della Convenzione Onu per i diritti delle persone disabili.

Dal canto suo, la Convenzione dell'ONU, ratificata dall'Unione europea con decisione del 26 novembre 2009, ossia dopo la pronuncia della sentenza *Chacón Navas*, citata, alla sua lettera e) riconosce che «la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri». In tal modo, l'articolo 1, secondo comma, di tale Convenzione dispone che sono persone con disabilità «coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su una base di uguaglianza con gli altri».³⁶⁵

Un ulteriore aspetto di novità dato dalla sentenza viene introdotto dalle conclusioni dell'avvocato generale, che evidenzia come il concetto di disabilità e quello di malattia non siano in una relazione di inclusione, bensì in una relazione causale. Non importa dunque quale sia la causa scatenante della disabilità, quello che importa sono gli effetti invalidanti permanenti o comunque duraturi che essa cagiona.

³⁶⁴ *HK Denmark*, cit. par. 19.

³⁶⁵ *HK Denmark*, cit. par. 37.

In particolare, non risulta che la direttiva 2000/78 intenda ricomprendere solo gli handicap congeniti o derivanti da incidenti. Distinguere, ai fini della determinazione dell'ambito di applicazione della direttiva, a seconda della causa dell'handicap, sarebbe un'opzione arbitraria e quindi in contrasto con la finalità stessa della direttiva di assicurare la parità di trattamento.

Occorre, quindi, distinguere tra la malattia quale possibile causa della minorazione e la minorazione che da essa deriva. È ricompresa nell'ambito di tutela della direttiva anche la limitazione duratura derivante da una malattia, che comporta un ostacolo alla partecipazione alla vita professionale.³⁶⁶

L'avvocato generale, nelle sue conclusioni, distingue tra diverse tipologie di cause di un'invalidità permanente: gli handicap congeniti, quelli derivati da incidenti e quelli derivanti da malattia. Dunque, la malattia che cagiona uno stato invalidante permanente o duraturo può essere ricondotta all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva, ed essere considerata come invalidante. In questo senso la sentenza *HK Denmark* completa la precedente *Navas* colmando l'aporia che poteva generarsi in merito alle malattie cause di invalidità permanente, che non erano chiaramente ricondotte all'ambito di applicazione della direttiva. Come cita la Corte nel dispositivo:

La nozione di «handicap» di cui alla direttiva 2000/78/CE [...] deve essere interpretata nel senso che essa include una condizione patologica causata da una malattia diagnosticata come curabile o incurabile, qualora tale malattia comporti una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, che, in interazione con barriere di diversa natura, possa ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori, e tale limitazione sia di lunga durata. [...]³⁶⁷

E' chiaro che questa definizione di disabilità lascia un ampio margine di discrezionalità agli stati membri, nel decidere, per esempio, quale sia la definizione di malattia che comporti una limitazione permanente o duratura, o quali possano essere le barriere che ostacolano la partecipazione alla vita professionale.

L'ultima questione di una certa rilevanza inerente la definizione di disabilità che è stata sottoposta alla Corte riguarda l'inclusione all'interno della nozione di disabilità di una donna che non può procreare a causa dell'assenza dell'utero. I fatti della causa

³⁶⁶ Conclusioni dell'AG Kokott in *HK Denmark*, cit, par. 32-33.

³⁶⁷ *HK Denmark*, cit., par. 91 punto 1).

riguardavano un caso di maternità surrogata, *Z contro A*³⁶⁸, in cui la maternità veniva portata avanti da una terza persona dietro pagamento di un corrispettivo, e in cui veniva negato il congedo di maternità alla donna che aveva commissionato la gravidanza. Per questo chiedeva alla Corte di verificare la validità della direttiva 2000/78/CE alla luce dell'art. 10 TFUE e degli articoli 21, 26 e 34 della Carta. Quello che la Corte remittente chiede alla Corte di Giustizia è dunque se la direttiva 2000/78/CE debba essere considerata invalida per manifesta violazione del principio di non discriminazione nella parte in cui non consenta di considerare l'assenza dell'utero come un handicap. Non solo, la Corte remittente chiedeva anche se, qualora non fosse sufficiente riferirsi alla disciplina dei trattati e della Carta per giudicare la validità della detta direttiva, la Convenzione Onu sui diritti dei disabili fosse fonte per la madre surrogata del diritto di ottenere il congedo di maternità.

La Corte, con una sentenza che è sicuramente destinata a fare parlare di se (la maternità surrogata non è legale in molti paesi dell'Unione Europea, ma sta godendo di sempre maggiore favore in Europa), ha deciso di non applicare al caso di specie la direttiva, pur considerando la menomazione fisica cui è sottoposta l'appellante come una limitazione che di per se può rientrare all'interno della definizione di handicap.

Tenuto conto della nozione di «handicap» ricordata al punto 76 della presente sentenza, è pacifico che una simile patologia costituisce una limitazione risultante, segnatamente, da menomazioni fisiche, mentali o psichiche, e che presenta carattere durevole. A tal riguardo, in particolare, è innegabile che l'incapacità di procreare possa causare a una donna grande sofferenza.³⁶⁹

Quello che difetta nel caso è dunque il legame con la situazione lavorativa, che nel caso di specie è assente, poiché la possibilità della lavoratrice di portare o meno avanti la maternità non ha alcuna ricaduta sull'accessibilità della donna al luogo di lavoro o ad ulteriori posizioni lavorative.

³⁶⁸ Corte giust. 18 marzo 2014, *Z. contro A Government Department e The Board of management of a community school*, Causa C-363/12, Racc. non ancora pubblicata.

³⁶⁹ *Z. contro A*, par. 79.

Così, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi da 95 a 97 delle conclusioni, l'incapacità di procreare naturalmente non costituisce di per sé, in via di principio, un impedimento per la madre committente ad accedere a un impiego, a svolgerlo o ad avere una promozione. Nel caso in esame, dalla decisione del rinvio non risulta che la patologia di cui soffre la sig.ra Z. le abbia impedito di svolgere il suo lavoro o abbia ostacolato l'esercizio della sua attività professionale.³⁷⁰

Dunque, se la Corte sembra giudicare sussistente il requisito della limitazione ma non quello dell'*attinenza all'attività lavorativa*, che è presupposto indispensabile all'applicazione della direttiva 2000/78/CE, si potrebbe pensare che uno strumento giuridico che si proponga di contrastare le discriminazioni anche al di fuori dell'ambiente lavorativo sarebbe applicabile alle circostanze del caso di cui si parla. Potrebbe essere, per esempio, il caso della proposta di direttiva orizzontale sul principio di non discriminazione che è attualmente all'esame del Consiglio. Di conseguenza, questa sentenza non osta all'apertura di scenari futuri in cui l'impedimento dell'accesso a congedi di maternità per le persone che scelgano tecniche di maternità surrogata per procreare possa essere considerato una violazione del principio di non discriminazione, a patto che si preveda l'istituzione di strumenti giuridici con un ambito di applicazione che non sia ristretto soltanto al mondo del lavoro.

Anche sulla possibilità che la Convenzione Onu sui diritti dei disabili possa costituire un parametro per misurare la validità della direttiva, la Corte è stata particolarmente netta, giudicando insussistenti i caratteri di chiarezza, precisione ed incondizionalità necessari all'esercizio dell'effetto diretto:

Di conseguenza, le disposizioni della convenzione dell'ONU sono subordinate, quanto ad esecuzione o a effetti, all'intervento di atti ulteriori che competono alle parti contraenti. In tale contesto, l'allegato II della decisione 2010/48 reca una dichiarazione relativa alla competenza dell'Unione nell'ambito cui si riferisce la convenzione dell'ONU ed elenca gli atti dell'Unione attinenti alle materie disciplinate da tale convenzione.

Pertanto, senza che occorra esaminare la natura e la struttura della convenzione dell'ONU, si deve dichiarare che le sue disposizioni non sono, dal punto di vista del contenuto, incondizionate e sufficientemente precise, secondo la giurisprudenza citata ai punti 85 e 86 della presente sentenza, e

³⁷⁰ *Z. contro A*, par. 81.

mancano dunque di effetti diretti nel diritto dell'Unione. Ne consegue che la validità della direttiva 2000/78 non può essere esaminata in riferimento alla convenzione dell'ONU.³⁷¹

La definizione di disabilità secondo il diritto dell'Unione consta dunque di quattro elementi: 1) l'autonomia rispetto a quella degli stati membri, 2) l'essere causata da uno stato invalidante fisico, mentale o psichico 3) che presenta una connessione con l'attività lavorativa svolta, ma che allo stesso tempo 4) deve essere interpretato in maniera dinamica, tenendo conto del fatto che i fattori che cagionano lo stato invalidante possono essere genetici, patologici oppure ambientali (come per esempio i sinistri stradali).

5. Lo specifico contributo del principio di non discriminazione sulla base della disabilità all'identità costituzionale dell'Unione Europea: l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli per le persone disabili

Fra gli elementi che caratterizzano il principio di non discriminazione sulla base della disabilità, e che ne caratterizzano la dimensione costituzionale (dunque di parte dell'identità costituzionale dell'Unione Europea), cioè la particolare connotazione con cui il principio di non discriminazione entra a fare parte dell'identità costituzionale dell'Unione Europea, l'obbligo giuridico di trovare soluzioni ragionevoli per le persone disabili³⁷² occupa certamente un posto di rilievo.

L'obbligo di reperire soluzioni ragionevoli per i disabili rappresenta, per la maggior parte degli stati membri, una novità³⁷³ introdotta dal diritto dell'Unione Europea cui

³⁷¹ *Z. contro A*, par. 87 e 89.

³⁷² L. WADDINGTON, *Reasonable Accommodation*, in D. SCHECK, L. WADDINGTON and M. BELL (a cura di), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*, Oxford, Hart, 2007, pp. 629-756.

³⁷³V. per esempio L. WADDINGTON, *Implementing and Interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practice*, EU network of experts on disability discrimination, EU Commission, 2004, pg. 6.

molti di loro hanno faticato ad uniformarsi³⁷⁴. La fonte di questo obbligo di fare si ritrova all'articolo 2 della Convenzione Onu sui diritti dei disabili (cui l'Unione Europea ha aderito) ed all'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, che stabilisce che specifiche soluzioni debbano essere reperite *“per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione”*, attraverso quelle che i considerando 26 e 27 della direttiva definiscono *“misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone”*, e *“azioni positive in favore delle persone disabili”*:

Il divieto di discriminazione non dovrebbe pregiudicare il mantenimento o l'adozione di misure volte a prevenire o compensare gli svantaggi incontrati da un gruppo di persone di religione o convinzioni personali determinate o avente determinati handicap, età o tendenze sessuali e tali misure possono autorizzare l'esistenza di organizzazioni di persone di religione o convinzioni personali determinate o aventi determinati handicap, età o tendenze sessuali se il loro principale obiettivo è la promozione di necessità specifiche delle persone stesse.

In particolare, il considerando n. 27³⁷⁵ fa riferimento alla raccomandazione n. 86/379/CEE del 24 Luglio 1986³⁷⁶, che elenca alcuni esempi di azioni positive che dovrebbero essere poste in essere sulla base dell'obbligo di reperire soluzioni ragionevoli:

b) azioni positive a favore dei minorati, in particolare:

³⁷⁴ Come risulta dall'ultimo rapporto della Commissione sullo stato di avanzamento del diritto anti-discriminatorio all'interno dell'Unione Europea, 2012, pag. 22 e ss, benchè la maggiore parte degli stati membri abbia incluso l'obbligo giuridico all'interno della legislazione secondaria, molti di loro non vi hanno dato una concreta attuazione, ed alcuni l'hanno attuato con un ambito di applicazione inferiore, oppure non vi hanno dato attuazione in alcun modo.

³⁷⁵ Nella sua raccomandazione 86/379/CEE del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei disabili nella Comunità, il Consiglio ha definito un quadro orientativo in cui si elencano alcuni esempi di azioni positive intese a promuovere l'occupazione e la formazione di portatori di handicap, e nella sua risoluzione del 17 giugno 1999 relativa alle pari opportunità di lavoro per i disabili ha affermato l'importanza di prestare un'attenzione particolare segnatamente all'assunzione e alla permanenza sul posto di lavoro del personale e alla formazione e all'apprendimento permanente dei disabili.

³⁷⁶ Raccomandazione 86/379/CEE del Consiglio del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei minorati nella Comunità .

- i) [...] la determinazione, da parte degli Stati membri, [...] di obiettivi realistici di occupazione espressi in cifre per le persone minorate nelle imprese pubbliche o private con un numero minimo di dipendenti, che potrebbe essere compreso tra 15 e 50. [...]
- ii) La disponibilità in ciascuno Stato membro di una guida o di un codice di buona prassi per l'occupazione dei minorati [...];
- iii) incentivi, da parte degli Stati membri, alle imprese pubbliche e private ad adottare le misure adeguate in materia di occupazione dei minorati conformi fondamentalmente alla guida o al codice di buona prassi; [...]
- iv) quando un lavoratore abbia subito una menomazione, la cooperazione del datore di lavoro e dei servizi di riadattamento per il reinserimento del lavoratore, possibilmente nella medesima impresa.³⁷⁷

Queste sono solo alcune delle azioni positive che possono essere applicate per tenere conto dell'obbligo giuridico stabilito dai trattati di trovare soluzioni ragionevoli per i disabili in termini di accessibilità al posto di lavoro. Gli stati membri sono, in linea di principio, liberi di adottarne ulteriori. Il problema è però inerente alle spese che un obbligo di questo tipo può imporre nei confronti degli stati, poiché l'articolo 5 della direttiva parla specificamente di "*misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.*" Pertanto rimane da sciogliere il nodo sul destinatario della direttiva: un insieme di obblighi nei confronti del datore di lavoro, oppure è lo stato membro che deve permettere la realizzazione di questo genere di azioni positive contribuendo tramite incentivi allo sforzo di adeguamento del datore, in modo che le soluzioni da reperire non rappresentino "*un onere finanziario sproporzionato*"?

Questa ambiguità ha rappresentato un ostacolo alla entrata in vigore di strumenti giuridici capaci di estendere la portata dell'obbligo di imporre soluzioni ragionevoli anche al di fuori del settore dell'impiego (che comunque rimane quello in cui l'esigenza di assicurare l'accesso ai disabili è più pressante), e ha causato i maggiori problemi in fase di implementazione. Questo fino alle estreme conseguenze della procedura di infrazione³⁷⁸ attivata nei confronti della Repubblica Italiana per avere mancato di dare attuazione nel diritto derivato agli obblighi di cui all'articolo 5 della direttiva 2000/78/CE, e conclusasi con una sentenza dichiarativa di condanna della Corte di Giustizia. La

³⁷⁷ Racc. 86/379/CEE, punto 2 b).

³⁷⁸Corte giust. 4 luglio 2013, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, Causa C-312/11, Racc. non pubblicata.

situazione di infrazione dello stato italiano perdurava comunque dal 2005, anno in cui scadeva il termine per l'applicazione della direttiva, e la situazione di infrazione è stata notificata dalla Commissione già nel 2006.

La Repubblica italiana, infatti, aveva dato attuazione alla direttiva 2000/78/CE attraverso una combinazione di strumenti giuridici³⁷⁹ che istituiva un sistema di incentivi per i datori di lavoro che avevano lo scopo di agevolare l'assunzione di persone portatrici di handicap, ma che non imponeva direttamente ai datori di lavoro di favorire l'accessibilità dei disabili al luogo di lavoro, di modificarne gli orari in senso favorevole alle loro esigenze, o di aumentarne le possibilità di carriera. In questo modo, secondo la Commissione, lo stato italiano aveva mancato di adempiere agli obblighi stabiliti dal diritto dell'Unione Europea, poiché la direttiva 2000/78/CE non era diretta soltanto nei confronti dello stato, ma anche nei confronti dei datori di lavoro, che dovevano fare tutto il possibile per rendere l'ambiente lavorativo accessibile anche alle persone disabili:

In definitiva, la Commissione considera che il sistema italiano di promozione dell'integrazione lavorativa dei disabili è essenzialmente fondato su un insieme di incentivi, agevolazioni e iniziative a carico delle autorità pubbliche e riposa solo in minima parte su obblighi imposti ai datori di lavoro. Orbene, l'articolo 5 della direttiva 2000/78, letto alla luce dei considerando 20 e 21, introdurrebbe un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro, che non possono essere sostituiti da incentivi e aiuti forniti dalle autorità pubbliche.³⁸⁰

Secondo la Commissione, dunque, la direttiva istituisce effettivamente un regime di obblighi a carico dei datori di lavoro per garantire alle persone disabili la massima accessibilità, in contrasto almeno apparente con molto di quello che si era ritenuto sino a quel momento. La Corte abbraccia interamente l'interpretazione data dalla

³⁷⁹ Secondo quanto trascritto nel dispositivo della sentenza al par. 50: "Il decreto legislativo n. 216/2003 avrebbe infatti previsto una tutela giurisdizionale, sul piano civile, del principio di parità di trattamento, senza distinzione in funzione della gravità dell'handicap. Sul piano del diritto pubblico, il decreto n. 333/2000 prevederebbe un sistema sanzionatorio a vari livelli in caso di inottemperanza agli obblighi previsti dalla legge n. 68/1999."

³⁸⁰ *Commissione contro Italia*, cit. par. 53.

Commissione, affermando che il diritto dell'Unione Europea riconosce una “nozione ampia” di soluzioni o accomodamenti ragionevoli nei confronti delle persone disabili:

Gli «accomodamenti ragionevoli» sono «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali». Ne consegue che tale disposizione contempla un'ampia definizione della nozione di «accomodamenti ragionevoli».³⁸¹

La Corte di Giustizia poi, sostanzialmente per la prima volta, elenca una serie di azioni positive a sostegno dei disabili che debbono essere portate avanti dagli stati membri:

Gli Stati membri devono stabilire nella loro legislazione un obbligo per i datori di lavoro di adottare provvedimenti appropriati, cioè provvedimenti efficaci e pratici, ad esempio *sistemando i locali, adattando le attrezzature, i ritmi di lavoro o la ripartizione dei compiti in funzione delle esigenze delle situazioni concrete*, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione, senza imporre al datore di lavoro un onere sproporzionato³⁸²

Gli adempimenti che si chiedono ai datori di lavoro, dunque, sono ben suscettibili di valutazione economica, e per ciò stesso di costituire un vero e proprio onere nei loro confronti. Una ulteriore sentenza, di poco precedente e già citata con riguardo alla definizione di disabilità, *HK Denmark*, ha dotato di ulteriore forza l'affermazione per cui l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli per i disabili non sarebbe appena nei confronti degli stati membri, ma costituirebbe un comando vincolante anche per i datori di lavoro. Questo in particolare per quanto riguarda l'adeguamento dell'orario di lavoro alle esigenze delle persone disabili, che può bene essere annoverato fra le azioni positive in loro soccorso aventi il minore impatto (quantomeno nel breve periodo) sull'economia dell'azienda.

³⁸¹ *Commissione contro Italia*, cit., par. 58.

³⁸² *Commissione contro Italia*, cit., par. 60.

Alla luce di quanto precede, si deve rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 5 della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che la riduzione dell'orario di lavoro può costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui a tale articolo.³⁸³

Le azioni positive a tutela dei disabili, dunque, prevedono un regime misto, che deve essere composto sia di incentivi da parte dello stato nei confronti delle persone disabili che di adeguamenti sostanziali (siano essi strutturali o solamente in termini di orario lavorativo) da parte del datore di lavoro. Questa interpretazione è confermata anche dall'unico caso del tribunale della Funzione Pubblica³⁸⁴ nel quale la Corte è stata chiamata a giudicare un funzionario che aveva impugnato il sistema di rotazione previsto dalla Commissione Europea per i suoi dipendenti, affermando che non era compatibile con la disabilità parziale che gli era cagionata da una patologia non meglio precisata. La Corte ha risposto che le misure poste in essere dalla Commissione per andare incontro ai bisogni dei propri dipendenti erano sufficienti ad assicurare alla persona disabile l'accesso alla posizione lavorativa, e che la sua esclusione dal meccanismo di rotazione non era giustificabile sulla base dei referti medici della Commissione ed era dunque sproporzionata:

Partant, sous réserve de la question de savoir si le fonctionnaire concerné serait dans l'impossibilité d'exercer les fonctions essentielles liées au poste auquel il devrait être réaffecté, même moyennant des aménagements raisonnables, ce qui, s'agissant du cas d'espèce, relève de l'examen du troisième moyen, permettre à une personne d'être dispensée de toute rotation, sans examen concret des besoins du poste concerné et des mesures appropriées, et ce en guise d'aménagement raisonnable, irait au-delà des exigences prévues par la décision « aménagements raisonnables ».³⁸⁵

Da ultimo, nella sentenza *Z. contro A* la Corte ha giudicato che non costituisce una discriminazione basata sull'handicap, e dunque non sussiste neppure l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli, nel caso del diniego di un congedo di maternità o di altre

³⁸³ *HK Denmark*, cit., par. 64.

³⁸⁴ Trib. funz. pubb. 15 settembre 2011, *Jürgen Esders contro Commissione europea*, Causa F-62/10, Racc. non ancora pubblicata.

³⁸⁵ *Esders*, cit., par. 71 (testo disponibile solo in francese).

forme assistenziali ad una donna che concepisce un figlio attraverso una tecnica di maternità surrogata³⁸⁶.

Conclusioni preliminari

Rimangono comunque alcuni punti ancora irrisolti, affinché l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli possa essere ritenuto a pieno titolo come tratto distintivo del principio di non discriminazione sulla base della disabilità: il fatto che esso sia ristretto soltanto all'ambito lavorativo, nonostante gli stati membri e la stessa Unione abbiano aderito alla Convenzione Onu per i diritti dei disabili che sancisce un obbligo di trovare soluzioni ragionevoli anche al di fuori del mondo del lavoro, e nonostante il progetto di direttiva quadro sulle discriminazioni, che è ristretto soltanto alla dimensione della vita lavorativa. E poi permane la difficoltà nella sua applicazione, data dalla natura mista dell'obbligo che genera la direttiva, che è condiviso dagli stati e dai datori di lavoro, ma che in definitiva si traduce in un obbligo che può essere portato avanti con efficienza soprattutto dallo stato attraverso l'erogazione di incentivi (anche se, come abbiamo visto, la Corte ha ritenuto che vi sia un obbligo di adeguamento anche da parte dei datori di lavoro. I rimedi disponibili per le persone disabili alla ricerca di soluzioni ragionevoli per l'accessibilità al mondo del lavoro, poi, sono ancora insufficienti. Qualora il datore decida di non acconsentire alle richieste del lavoratore, in effetti, non vi è alcuna certezza che la persona possa adire le vie legali, o che abbia le risorse sufficienti a farlo (cosa che, per esempio, non accade in altri ambiti del principio di non discriminazione, come quello sulla base del genere, dove sono stati istituiti speciali Consiglieri di parità che possono promuovere azione in giudizio anche in nome e per conto delle persone discriminate). In questo senso alcune soluzioni potrebbero essere contenute nell'*European Accessibility Act*, una proposta di direttiva che avrebbe dovuto

³⁸⁶ *Z. contro A*, cit., par. 92, punto 2): “La direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, deve essere interpretata nel senso che non costituisce una discriminazione fondata sull'handicap il fatto di negare la concessione di un congedo retribuito equivalente a un congedo di maternità o a un congedo di adozione a una lavoratrice che sia incapace di sostenere una gravidanza e si sia avvalsa di un contratto di maternità surrogata.”

essere adottata dalla Commissione nel 2012 e che ambiva a fornire una protezione alle persone disabili che andasse al di là del luogo di lavoro, all'interno della strategia 2010-2020 per le persone disabili. Al momento però pare che il progetto della Commissione sia in stand by, e non possa essere presentato in tempi brevi. La questione più spinosa rimane infatti il costo dell'adeguamento delle strutture pubbliche e private alle esigenze delle persone handicappate, che rimane un ostacolo difficilmente superabile per la maggior parte degli stati membri.

Capitolo II

Il divieto di discriminazione sulla base dell'età

1. Lo sviluppo altalenante della giurisprudenza sulle discriminazioni sulla base dell'età: da Mangold a Kucukdeveci

a) *Il primo caso di efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione? la sentenza Mangold*

Il principio di non discriminazione sulla base dell'età³⁸⁷ è regolato, oltre che dalla norma dei trattati, dalla direttiva 2000/78/CE³⁸⁸. Insieme al principio di non discriminazione sulla base della disabilità, è quello ha presentato maggiori difficoltà rispetto alla sua applicazione nella prassi degli stati membri, per l'eterogeneità del suo contenuto rispetto a quello del principio di non discriminazione sulla base dell'età nel diritto interno. In ragione di questo la direttiva 2000/78/CE ha previsto, come per la disabilità, un'estensione del termine di scadenza³⁸⁹ per l'applicazione del motivo di discriminazione sulla base dell'età determinato in ulteriori tre anni rispetto a quello

³⁸⁷ Su cui in generale si vedano G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, in I. CASTANGIA, G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 257 ss. O BONARDI, *le discriminazioni basate sull'età*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*, 2007, p. 125 e ss.

³⁸⁸ V. in particolare art. 4.1 e art. 6 direttiva 2000/78/CE.

³⁸⁹ Art. 18.2 direttiva 2000/78/CE: «Per tener conto di condizioni particolari gli Stati membri possono disporre se necessario di tre anni supplementari, a partire dal 2 dicembre 2003 ovvero complessivamente di sei anni al massimo, per attuare le disposizioni relative alle discriminazioni basate sull'età o sull'handicap. In tal caso essi informano immediatamente la Commissione. Gli Stati membri che decidono di avvalersi di tale periodo supplementare presentano ogni anno una relazione alla Commissione sulle misure adottate per combattere le discriminazioni basate sull'età e sull'handicap e sui progressi realizzati in vista dell'attuazione della direttiva. La Commissione presenta ogni anno una relazione al Consiglio».

individuato per religione, orientamento sessuale e genere. Questo non ha impedito lo sviluppo della giurisprudenza, decisamente più accelerato rispetto ad altri motivi³⁹⁰, che è arrivato sino a giungere all'affermazione dell'efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione senza le ambiguità che avevano invece contraddistinto la sentenza *Defrenne II* in relazione alla parità di genere³⁹¹ e persino in assenza della realizzazione della condizione della scadenza del termine della direttiva per la attivazione dell'effetto diretto.

La prima sentenza che ha affrontato il tema della discriminazione sulla base dell'età secondo quanto disposto dalla direttiva 2000/78/CE è stata *Mangold*³⁹²(in realtà la prima vera sentenza della Corte sull'interpretazione della direttiva 2000/78/CE sulla discriminazione), inerente la possibilità data dal diritto tedesco di stipulare contratti a tempo determinato rinnovabili per un numero indefinito di volte per i lavoratori aventi più di 52 anni. La facoltà di stipulare questo genere di contratti, in deroga al regime comunitario di diritto derivato (che non era tuttavia entrato in vigore alla data di presentazione della causa) era avallata dalle possibilità concesse dalla combinazione dell'accordo quadro dell'Unione Europea sui contratti a tempo determinato³⁹³ con la clausola derogatoria specifica per la discriminazione sulla base dell'età, di cui

³⁹⁰ V. L. CALAFÀ, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio "emergente"*, Rivista di Diritto del Lavoro, 2010, vol. 4, p. 993 ss.

³⁹¹ Un ulteriore differenziazione tra le due situazioni è quella inerente la norma veicolo dell'effetto diretto, che rappresenta dall'articolo 157 nel caso della sentenza *Defrenne II*, mentre nel caso di *Mangold* è la direttiva 2000/78/CE. Tuttavia, come specificato dalla Corte in *Mangold*, l'applicazione del divieto di discriminazione non dipende dallo strumento giuridico, bensì dalla sua natura di principio generale del diritto.

³⁹² Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Racc. 2005, I-09981.

³⁹³ Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e attuato con direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43).

all'articolo 6³⁹⁴ della direttiva 2000/78/CE. La causa *Mangold*³⁹⁵ si distingue anche per una ulteriore ragione: coinvolgere due privati, e dunque implicare l'analisi dell'attitudine del principio di non discriminazione a produrre effetti diretti orizzontali partendo da una norma d'appoggio, la direttiva, che non è sensibile di produrre questo genere di effetti per la sua natura di strumento giuridico che conferisce diritti, e non obblighi, sui singoli³⁹⁶. La Corte, dunque, non era attesa ad una pronuncia che potesse determinare o favorire, anche indirettamente, l'indebolimento della dottrina *Marshall*³⁹⁷ sull'effetto diretto orizzontale delle direttive. L'interpretazione della norma nazionale alla luce della direttiva tuttavia conduce ad un risultato quantomeno parzialmente inaspettato, poiché la Corte sostiene che la norma tedesca che permette il rinnovo dei contratti a tempo indeterminato, per quanto persegua il fine legittimo di favorire l'impiego dei lavoratori più anziani e di catalizzare la stipula dei contratti a tempo indeterminato nei confronti di quelli più giovani, e sia dunque sensibile di ricadere all'interno dell'ambito di applicazione della clausola derogatoria di cui all'articolo 6, non sia appropriata e necessaria a realizzare il fine preposto dalla direttiva.

³⁹⁴ Art. 6 direttiva 2000/78/CE: Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

- a) la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione professionale, di occupazione e di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e di retribuzione, per i giovani, i lavoratori anziani e i lavoratori con persone a carico, onde favorire l'inserimento professionale o assicurare la protezione degli stessi;
- b) la fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione o a taluni vantaggi connessi all'occupazione;
- c) la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro in questione o la necessità di un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento.

³⁹⁵ Su cui v. O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2006, p.266-279.

³⁹⁶V. S. PRECHAL, *Does Direct Effect Still Matter?*, Common Market Law Review, 2000, p. 1047 e ss. P. CRAIG, *Directives: Direct Effect, Indirect Effect and the Construction of National Legislation*, European Law Review, 1997, p. 556 ss. D. CURTIN, *Directives: the Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, Common Market Law Review, 1990, p. 709 ss. P. CRAIG, *Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (a cura di), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

³⁹⁷

Una siffatta normativa, nella misura in cui considera l'età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età, in quanto tale, indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi e dalla situazione personale dell'interessato, sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità perseguita. Il rispetto del principio di proporzionalità richiede infatti che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito³⁹⁸

Questo tuttavia non è sensibile di comportare, in sé, una violazione del divieto di discriminazione imposto dalla direttiva poiché, come già detto, al momento dei fatti in causa il termine di applicazione della direttiva non era ancora scaduto. La Corte in questo caso però non applica la direttiva, bensì richiama il principio di non discriminazione.

75 Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Quando una normativa nazionale rientra nella sfera di applicazione di quest'ultimo, come è il caso dell'art. 14, n. 3, del TzBfG, modificato dalla legge del 2002, in quanto misura di attuazione della direttiva 1999/70 (v., a questo proposito, i punti 51 e 64 della presente sentenza) la Corte, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari alla valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità della detta normativa con tale principio [...].³⁹⁹

Il principio tuttavia necessita di una norma-veicolo per essere attuato, norma che non può essere la direttiva 2000/78/CE (perché il termine non è ancora scaduto), bensì l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato. Tuttavia la questione non è di facile soluzione: la Corte afferma che il veicolo attraverso il quale la situazione di fatto ricade all'interno del diritto dell'Unione è l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato (direttiva 1999/70/CE), che, come lei stessa aveva precedentemente detto poche pagine

³⁹⁸ *Mangold*, cit., par. 64

³⁹⁹ *Mangold*, cit., par. 75.

prima, non osta in sé alla misura nazionale⁴⁰⁰ che abbassa l'età alla quale si possono concludere contratti a tempo determinato. Il legame insistente fra il principio di non discriminazione ed i fatti della causa è dunque molto tenue, al punto da spingere alcuni autori a parlare di effetto diretto orizzontale della direttiva 2000/78/CE. Il principio di non discriminazione è dunque applicabile alla causa anche se sussiste un legame tenuissimo con il diritto dell'Unione, concedendo dunque a questo principio un carattere di spiccata autonomia ed indipendenza rispetto all'ambito di applicazione tradizionale del diritto dell'Unione.

Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva [...].

Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, investito di una controversia che metta in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito di sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale [...]⁴⁰¹.

La sentenza *Mangold* è molto importante per la definizione del principio di non discriminazione. La consistenza del legame fra il principio di non discriminazione e il diritto dell'Unione è molto più impalpabile rispetto a quanto accade in altri ambiti dello stesso principio, ma ancora di più rispetto a quanto accade per gli altri principi generali del diritto dell'Unione. Per questo la sentenza *Mangold* testimonia con sufficiente chiarezza che il principio di non discriminazione non è un principio tale e quale gli altri, ma gode di uno status privilegiato, che si rivela nella sua applicazione quando gli strumenti legislativi comunitari non sono applicabili. Questo fungere da parametro di interpretazione della norma nazionale in presenza di un legame così flebile con il diritto dell'Unione può dunque contribuire a rafforzare la tesi principale che sostiene questo lavoro, e cioè che il principio di non discriminazione riveste, fra i principi generali, un ruolo molto particolare all'interno dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Non si ignora qui che la giurisprudenza non è univoca in tal senso, come si vedrà anche poco

⁴⁰⁰ *Mangold*, cit., par. 54.

⁴⁰¹ *Mangold*, cit. par. 76-77.

più oltre. Tuttavia questo non sminuisce il valore del precedente di *Mangold*, ed il suo contributo alla definizione del principio di non discriminazione come principio costituzionale.

b) La Corte chiarisce? La necessità di un legame con il diritto dell'Unione Europea

La tendenza espansiva di *Mangold* pare ritrarsi, almeno in prima battuta, nella giurisprudenza immediatamente successiva. Un indizio di questo parziale campo di atteggiamento della Corte può essere ritrovato in *Palacios Villa*⁴⁰², dove la Corte è chiamata ad interpretare il limite posto dal legislatore spagnolo in 65 anni di età per il pensionamento del lavoratore, limite che viene considerato in armonia con il diritto europeo. In *Palacios Villa*, infatti, la Corte è chiamata per la prima volta a risolvere una controversia basata sul principio di non discriminazione sulla base dell'età espresso dalla direttiva 2000/78/CE a fronte della scadenza del termine per l'applicazione della direttiva per lo stato membro coinvolto (la Spagna), che non aveva chiesto la proroga concessa dall'articolo 18 della direttiva. Dunque non vi sono dubbi, come per la precedente sentenza *Mangold*, in merito al legame fra i fatti della causa e il diritto dell'Unione Europea, poiché la direttiva è entrata pienamente in vigore per lo stato spagnolo. Tuttavia questo caso è di particolare interesse perché porta l'attenzione sull'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2000/78/CE sulle discriminazioni, che esclude le disposizioni inerenti l'età di pensionamento dal suo scopo materiale. La Corte ritiene tuttavia che in questo caso non sia in discussione la facoltà dello stato membro di stabilire liberamente l'età pensionabile in 65 anni, bensì la clausola del contratto di lavoro che prevede che il rapporto lavorativo cessi automaticamente al raggiungimento dell'età pensionabile. Il ricorrente infatti aveva ritenuto che la sua capacità di svolgere le mansioni connesse alla sua posizione lavorativa (direttore organizzativo di un'azienda) non fosse stata diminuita dall'età, e che dunque insistesse nelle circostanze attuali una discriminazione sulla base dell'età fra lui ed i lavoratori più giovani. In questo caso però la Corte, a differenza di quanto

402

accaduto in *Mangold*, ritiene che la misura nazionale sia necessaria ed appropriata per raggiungere un obiettivo legittimo di politica dell'impiego che permetta di favorire i lavoratori più giovani rispetto a quelli più anziani, o comunque di convertire i contratti esistenti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, discriminando in questo modo sulla base dell'età. Dunque la Corte stabilisce di applicare l'articolo 6 della direttiva, tenendo conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli stati nell'applicazione delle disposizioni della direttiva che vertono sull'età come motivo di discriminazione.

La successiva sentenza *Bartsch*⁴⁰³, invece, è di particolare interesse, perché proviene ancora una volta da un giudice tedesco, e perché pare dare alla Corte l'occasione perfetta per chiarire la sua posizione sul legame insistente fra la norma nazionale che si chiede di interpretare ed il diritto dell'Unione Europea, condizione che, come detto dalla Corte in *Mangold*, osterebbe all'applicazione del principio di non discriminazione (ma, come detto in precedenza, in *Mangold* il legame insistente con il diritto dell'Unione era davvero flebile). Il caso riguardava la possibilità della vedova del signor Bartsch di godere della pensione di reversibilità a seguito della morte del marito. La vedova del signor Bartsch era infatti molto più giovane del marito, e la legislazione tedesca impediva la reversibilità della pensione qualora la moglie del soggetto deceduto avesse più di 15 anni di differenza rispetto al marito.

L'importanza della sentenza risulta evidente dalla domanda di rinvio pregiudiziale rivolta dal giudice nazionale, dove si chiede conto dell'esistenza di un divieto di discriminazione sulla base dell'età che gli stati membri debbono rispettare anche al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario:

1) a) Se il diritto primario della Comunità europea includa un divieto di discriminazione fondato sull'età la cui osservanza i giudici degli Stati membri devono garantire anche qualora l'eventuale comportamento discriminatorio non abbia attinenza con il diritto comunitario.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Corte giust. 23 settembre 2008, *Birgit Bartsch contro Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, Causa C-427/06, Racc. 2008, I-07245.

⁴⁰⁴ *Bartsch*, cit. par. 13.

E' chiaro che una risposta affermativa e senza ambiguità della Corte alla domanda in questione renderebbe molto più agevole la dimostrazione della tesi principale su cui si sostiene il presente lavoro. L'esistenza di un principio di non discriminazione svincolato dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione lo renderebbe a pieno titolo un principio *sui generis*, che riflette un valore fondamentale per il diritto dell'Unione Europea e che permetterebbe la sua qualificazione come principio costituzionale. Ma una risposta positiva della Corte metterebbe in crisi un sistema basato sulle competenze e sul rispetto delle identità costituzionali degli stati membri, che deriva gran parte della sua autorevolezza ed importanza proprio dall'atteggiamento di *restraint* mostrato in più di un'occasione dai giudici della Corte. Probabilmente è anche per questa ragione che la Corte esclude chiaramente che la causa ricada all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, a causa della mancanza di un legame fra la norma nazionale impugnata e quella comunitaria. Con riferimento ad un precedente sul principio di non discriminazione sulla base della nazionalità⁴⁰⁵, la Corte infatti precisa che:

L'applicabilità del diritto comunitario nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Saldanha e MTS non derivava dunque solo dalla circostanza che si trattasse di una discriminazione in base alla cittadinanza, ma dipendeva dalla constatazione che la disciplina nazionale in esame si collocava nell'ambito di applicazione del Trattato.

Quest'ultimo aspetto distingue, inoltre, la presente controversia principale da quella che ha dato luogo alla citata sentenza Mangold. Infatti, in quest'ultima causa, la disciplina nazionale in esame costituiva una misura di attuazione di una direttiva comunitaria, ossia la direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (GU L 175, pag. 43), grazie alla quale tale disciplina era così entrata nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (v. citata sentenza Mangold, punto 75). Per contro, le linee direttrici di cui trattasi nella causa principale non corrispondono a misure di recepimento di disposizioni comunitarie.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ V. Corte giust. 2 ottobre 1997, *Stephen Austin Saldanha e MTS Securities Corporation contro Hiross Holding AG.*, Causa C-122/96, Racc. 1997, I-05325.

⁴⁰⁶ *Bartsch*, cit. par. 23-24.

La differenza fra *Mangold* e *Bartsch* consiste nella connessione della situazione di fatto con il diritto dell'Unione Europea (almeno nel parere della Corte), poiché nel primo caso si tratta di una misura nazionale che applica una direttiva comunitaria. Nel secondo caso, invece, non vi è traccia dell'applicazione della misura sovranazionale, poiché si chiede l'interpretazione di una misura nazionale non sottoposta ad alcun genere di vincolo comunitario, in quanto le linee direttrici che contravvenivano al rilascio della pensione di reversibilità non rappresentavano un'attuazione della direttiva, ed il termine per l'applicazione della direttiva 2000/78/CE non era ancora scaduto alla morte del signor Bartsch (la direttiva dunque, pur essendo ancora in vigore, non poteva essere attuata). Tuttavia, permangono alcuni dubbi in merito all'argomentazione della Corte. Per quanto sia evidente che in questo caso non c'è un legame particolarmente stretto con il diritto dell'Unione Europea (salvo il richiamo alla disciplina dei Trattati) e che la direttiva 2000/78/CE non era ancora scaduta in relazione allo stato tedesco, neppure in *Mangold* la direttiva era scaduta (infatti la Corte fa strumentalmente riferimento all'accordo quadro sui contratti a tempo indeterminato), e la citazione della normativa comunitaria appare piuttosto strumentale. E' dunque lecito chiedersi se la sentenza in questione non sia piuttosto il tentativo di arginare l'espansione incontrollata del principio di non discriminazione in seguito a *Mangold*.

c) Kucukdeveci: si spezza di nuovo il legame fra il diritto UE ed il principio di non discriminazione?

La giurisprudenza sul divieto di discriminazione sulla base dell'età ha contribuito in maniera sostanziale allo sviluppo del principio di non discriminazione in quanto tale. Se da un lato *Mangold* è stata la prima sentenza a sancire l'effetto diretto orizzontale del principio di non discriminazione e la sua (quantomeno parziale) autonomia rispetto al resto del diritto dell'Unione Europea, *Kucukdeveci*⁴⁰⁷ è particolarmente importante⁴⁰⁸ perché conferma l'indirizzo giurisprudenziale di *Mangold*, rendendo evidente la natura

⁴⁰⁷

⁴⁰⁸ V. G. Di Federico

sui generis del principio di non discriminazione, e la sua capacità di essere quantomeno in potenza applicato anche qualora non ricorra il più stretto legame con il diritto dell'Unione. Questa questione ne solleva un'altra, che viene aperta da *Kucukdeveci*, ma veniva introdotta già in *Mangold*, e che rimarrà un punto irrisolto anche nella giurisprudenza successiva: il rapporto fra il principio di non discriminazione e l'effetto diretto orizzontale delle direttive⁴⁰⁹. In particolare, secondo alcuni autori⁴¹⁰ la conclusione cui potrebbero portare sentenze quali *Mangold* e *Kucukdeveci* è il rafforzamento dell'esigenza di conferire l'effetto diretto orizzontale alle direttive, evitando così di dovere ricorrere ad equilibrismi argomentativi che costringono il giudice a ricorrere (o a non ricorrere) ad una norma di appoggio per veicolare il diritto dell'Unione. In realtà, attraverso quest'opera di interpretazione la Corte non fa altro che ribadire la centralità del principio di non discriminazione, ed il suo valore di parametro di interpretazione che si applica quando non è possibile applicare il diritto derivato, anche in assenza di un legame evidente con il diritto dell'Unione Europea. Se il conferimento dell'effetto diretto orizzontale delle direttive correrebbe comunque il pericolo di contraddire la loro natura di strumenti giuridici destinati ad una ulteriore specificazione da parte del giudice nazionale, un ruolo autonomo ed indipendente del principio di non discriminazione non andrebbe contro la sua natura di principio, avvalorando la tesi di studiosi che vedono nel diritto dell'Unione Europea un ordinamento costituzionale fondato sui principi⁴¹¹. Il principio di non discriminazione si presta dunque ad essere utilizzato come parametro di interpretazione anche quando non sono applicabili gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea e la questione non ricade, *stricto sensu*, all'interno del suo ambito di applicazione.

In particolare, l'argomentazione della Corte nel rispondere alla seconda questione pregiudiziale del giudice nazionale in *Kucukdeveci* sembra avvalorare questa

⁴⁰⁹ V. G. Di Federico, cit. supra.

⁴¹⁰ V. p.e. E. Howard, *ECJ Advances Equality in Europe by Giving Horizontal Direct Effect to Directives*, *European Public Law*, 2011, vol. 4, pp. 729–743.

⁴¹¹ V. Von Bogdandy.

considerazione, nel momento in cui si definisce (riprendendo *Mangold*) il principio di non discriminazione come sussistente anche al di là della direttiva 2000/78/CE:

A tal proposito, occorre ricordare, da un lato, che, come già si è detto al punto 20 della presente sentenza, la direttiva 2000/78 si limita a dare espressione concreta – senza sancirlo – al principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e, d’altro lato, che il principio di non discriminazione in base all’età è un principio generale del diritto dell’Unione, in quanto rappresenta un’applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento (v., in questo senso, sentenza *Mangold*, cit., punti 74–76).⁴¹²

In *Kucukdeveci* la Corte ha poi avuto occasione di pronunciarsi sull’applicazione del principio di non discriminazione da parte del giudice nazionale, anche quando la sua interpretazione ricada all’interno di una controversia tra privati. Tra le righe della domanda di rinvio pregiudiziale sollevata dal giudice tedesco è infatti piuttosto agevole notare il timore che l’interpretazione di un principio costituzionale nazionale quale il principio di non discriminazione, seppure nella sua veste di principio generale dell’Unione Europea, possa avocare la competenza delle Corti costituzionali nazionali come unici interpreti della conformità del diritto interno con i valori costituzionali. Questo contrasto è dato dal fatto che, mentre i sistemi nazionali (e quello tedesco non fa eccezione) sono a controllo di costituzionalità accentrato, il sistema costituzionale europeo è a controllo diffuso, poiché sulla base del primato del diritto dell’Unione Europea sul diritto degli stati membri ogni giudice nazionale può disapplicare la norma interna in contrasto con la norma europea.

Questo fatto è anche all’origine di un ulteriore paradosso. Come sottolineato dalla Corte in *Mangold*⁴¹³, e come viene ribadito anche nei considerando 1 e 4 della direttiva 2000/78/CE, il principio di non discriminazione trova la sua fonte negli strumenti

⁴¹² *Kucukdeveci*, cit. par. 51.

⁴¹³ V. *Mangold*, cit., par. 74: In secondo luogo, e soprattutto, la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro. Infatti, tale direttiva, ai sensi del suo art. 1, ha il solo obiettivo di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali», dal momento che il principio stesso del divieto di siffatte forme di discriminazione, come risulta dai ‘considerando’ 1 e 4 della detta direttiva, trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri. Dunque, il diritto dell'Unione Europea conferisce ai giudici nazionali poteri che superano quelli conferiti loro dagli ordinamenti costituzionali nazionali, poiché interpretando il principio di non discriminazione come principio di diritto dell'Unione Europea essi, per quanto in via indiretta o mediata, interpretano e modificano il contenuto del principio di uguaglianza secondo la tradizione costituzionale dell'ordinamento cui appartengono. E' dunque comprensibile che il giudice nazionale abbia chiesto chiarimenti in merito alla sovrapposizione delle funzioni del giudice nazionale in veste di giudice dell'Unione ed i giudici costituzionali.

Per quel che riguarda, in secondo luogo, l'obbligo che graverebbe sul giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, di chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione prima di poter disapplicare una norma nazionale che ritenga contraria a tale diritto, si deve rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che tale aspetto della questione è motivato dal fatto che, in forza del diritto nazionale, il giudice del rinvio non può disapplicare una disposizione vigente della legislazione nazionale se essa non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* (Corte costituzionale federale).⁴¹⁴

Come nota correttamente la Corte, il giudice nazionale non può disapplicare la norma interna se non è stata dichiarata previamente incostituzionale dal giudice costituzionale, mentre può disapplicarla qualora giudichi che la norma stessa viola il principio di non discriminazione secondo il diritto dell'Unione.

In proposito, occorre sottolineare che la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale.⁴¹⁵

Di conseguenza il giudice nazionale ha la facoltà di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, ma non può in nessun modo essere obbligato a farlo

⁴¹⁴ *Kucukdeveci*, cit. par. 52.

⁴¹⁵ *Kucukdeveci*, cit. par. 53.

anche se in questo modo potrebbe correre il rischio di esercitare una funzione tipica del giudice costituzionale nazionale.

La facoltà così riconosciuta dall'art. 267, secondo comma, TFUE di chiedere alla Corte un'interpretazione pregiudiziale prima di disapplicare la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione non può tuttavia trasformarsi in obbligo per il fatto che il diritto nazionale non consente a tale giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale. Infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata (v., in questo senso, sentenza *Mangold*, cit., punto 77).⁴¹⁶

Il bilancio della sentenza *Kucukdeveci* è sicuramente fortemente innovativo, perché cristallizza la funzione del giudice nazionale come interprete dei principi fondamentali dell'Unione anche quando questa sua prerogativa possa entrare in conflitto con quelle dei giudici costituzionali, certificando dunque che il principio di non discriminazione fornisce ai giudici nazionali poteri che vanno ben oltre quelli che sono loro conferiti dagli ordinamenti nazionali, e li rende attori di un controllo di costituzionalità diffuso della norma nazionale con il principio di diritto dell'Unione. Il principio di non discriminazione, dunque, supplisce in questo modo alla necessità di conferire effetto diretto orizzontale alle direttive, e si conferma come parametro ultimo di validità della norma interna con quella comunitaria, caratteristica che contraddistingue i parametri interpretativi di rango costituzionale.

2. L' "ampio margine di discrezionalità" che hanno gli stati nel dare applicazione al divieto di discriminazione sulla base dell'età

La giurisprudenza successiva a *Mangold* e *Kucukdeveci* risente, come del resto la giurisprudenza della Corte su altri motivi di discriminazione, della forza dei precedenti espressi. In questo modo la Corte nelle sue successive prese di posizione può chiarire l'ambito di applicazione del divieto di discriminazione, mettendo in luce la plasticità del

⁴¹⁶ *Kucukdeveci*, cit. par. 54.

principio generale, quantomeno in relazione alle esigenze di differenziazione di trattamento degli stati membri. Sotto un certo punto di vista, è come se in *Mangold* e in *Kucukdeveci* la Corte avesse fissato la regola (il principio di non discriminazione sulla base dell'età è un principio generale del diritto dell'Unione Europea atto ad essere applicato anche alle controversie tra privati), e nella giurisprudenza successiva si spendesse per chiarire che lo spazio in cui questo principio esprime un divieto è uno spazio ampio, che assicura la tutela delle differenti interpretazioni date negli ordinamenti costituzionali ad un tale principio generale.

Nel caso *Hutter*⁴¹⁷ infatti la Corte pare molto chiara nel ribadire quanto detto in *Mangold*, e cioè nel descrivere come gli stati membri godano di un ampio “margine di apprezzamento” nel perseguire le loro politiche occupazionali:

A questo proposito, gli Stati membri dispongono incontestabilmente di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione (sentenza *Mangold*, citata supra, punto 63).⁴¹⁸

Nonostante l'ampio margine di discrezionalità concesso, tuttavia, la Corte non ritiene che la limitazione al principio di non discriminazione sulla base dell'età espressa dalla legislazione austriaca, che non teneva conto dei periodi lavorativi svolti prima dei 18 anni per gli scatti di anzianità ai fini della retribuzione del dipendente pubblico, fosse adeguata a perseguire l'obiettivo di politica sociale dello stato membro.

Tuttavia, è giocoforza rilevare che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale non si limita a remunerare l'esperienza ma istituisce, a parità di esperienza, una differenza di trattamento in funzione dell'età alla quale tale esperienza è stata acquisita. Ciò premesso, un siffatto criterio connesso all'età è pertanto privo di rapporto diretto con l'obiettivo consistente, per il datore di lavoro, nel ricompensare l'esperienza professionale acquisita.⁴¹⁹

⁴¹⁷Corte giust. 18 giugno 2009, *David Hütter contro Technische Universität Graz*, Causa C-88/08, Racc. 2009 I-05325.

⁴¹⁸ *Hütter*, cit., par. 45.

⁴¹⁹ *Hütter*, cit., par. 47.

Anche la di poco successiva sentenza *Wolf*⁴²⁰ riguarda una delle eccezioni espressamente previste dalla direttiva 2000/78/CE ed in particolare quella in ordine al reclutamento del personale delle forze armate o di sicurezza pubblica. Questa eccezione poggia, oltre che sul considerando n. 18 della direttiva, che ne esclude espressamente l'applicazione per *“le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso”*⁴²¹, sull'articolo 4.1 della direttiva, sulla base del quale si possono istituire deroghe specifiche al divieto di discriminazione a motivo dell'età per caratteristiche che *“costituiscano un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa”*⁴²². Tale può essere considerato appunto il caso dello stabilimento di un'età minima per esercitare le funzioni di vigile del fuoco.

Su tale punto va rilevato che il corpo dei vigili del fuoco professionali fa parte dei servizi di soccorso. Orbene, il diciottesimo 'considerando' della direttiva precisa che quest'ultima non può avere l'effetto di costringere tali servizi ad assumere persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di detti servizi.⁴²³

La stessa posizione viene ribadita nelle sue conclusioni dall'avvocato generale Bot, che afferma che, in linea di principio, una finalità di politica del lavoro come quella di reclutare personale adatto, per età e per condizioni fisiche, a svolgere il ruolo e le mansioni di vigile del fuoco potrebbe essere giustificata anche ai sensi dell'articolo 6.1 della stessa direttiva.

A mio avviso, l'obiettivo volto a stabilire una struttura delle età equilibrata, che consenta di garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del corpo dei vigili del fuoco, costituisce una finalità di

⁴²⁰ Corte giust. 12 gennaio 2010, *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, Racc. 2010 I-00001

⁴²¹ Considerando n. 18, direttiva 2000/78/CE: La presente direttiva non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi.

⁴²² Art. 4.1 dir. 2000/78/CE.

⁴²³ *Wolf*, cit. par. 38.

politica del lavoro che presenta un carattere «legittimo» ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78. La realizzazione di una configurazione delle età equilibrata in seno al corpo dei vigili del fuoco può essere infatti considerata parte della definizione di una politica dell'impiego all'interno di tale corpo, i cui parametri derivano dai compiti che essi devono svolgere, e che risponde ad un imperativo di interesse generale.⁴²⁴

In *Petersen*⁴²⁵, invece, la Corte era chiamata a decidere su una ulteriore eccezione, che limitava l'esercizio della professione di odontoiatra a 68 anni per i medici convenzionati con il servizio sanitario nazionale. L'abilitazione alla professione, infatti, cessava al raggiungimento dell'età stabilita nel solo caso in cui il medico odontoiatra erogasse una prestazione che poteva essere rimborsata dallo stato, mentre così non era nel caso in cui l'odontoiatra fosse un libero professionista svincolato dal sistema sanitario nazionale.

La Corte in questo caso non accettava pienamente le motivazioni addotte dallo stato membro (la Germania), che sosteneva che la misura fosse legata: alla necessità di tutelare la salute dei pazienti dall'incedere dell'età del medico curante, a ragioni di equilibrio del finanziamento del sistema sanitario nazionale ed all'esigenza di incentivare l'attività professionale dei dentisti più giovani. Secondo una giurisprudenza consolidata, tuttavia, la Corte lasciava al giudice nazionale di giudicare se la misura fosse lecita nel momento in cui la limitazione di età fosse applicabile indistintamente ai medici convenzionati e non convenzionati.

In aggiunta, il giudice nazionale domandava, come per *Kucukdeveci*, come dovesse comportarsi nel caso in cui la norma nazionale fosse risultata in contrasto con quella comunitaria e, in particolare, se fosse necessario provvederle alla disapplicazione anche nel caso in cui l'ordinamento interno non prevedesse tale soluzione. Con grande chiarezza, la Corte spiega ancora una volta che spetta al giudice nazionale non applicare la normativa in contrasto con il diritto dell'Unione:

Si deve pertanto risolvere la terza questione nel senso che, qualora una normativa come quella controversa nella causa principale sia, considerato l'obiettivo che essa persegue, contraria alla direttiva,

⁴²⁴ Conclusioni dell'AG Bot in *Wolf*, cit. , par. 42.

⁴²⁵ Corte giust. 2 gennaio 2010, *Domnica Petersen contro Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, Causa C-341/08, Racc. 2010 I-00047.

spetta al giudice nazionale investito di una controversia tra un singolo e un organismo amministrativo, quale il Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, lasciare inapplicata tale normativa, anche se quest'ultima è precedente alla direttiva e il diritto nazionale non ne prevede la disapplicazione.⁴²⁶

Questo potere-dovere che grava sulle spalle del giudice nazionale è naturalmente una conseguenza del primato del diritto dell'Unione Europea su quello degli stati membri. Tuttavia, combinando il primato con l'esercizio del principio di non discriminazione, si ottiene (come abbiamo già fatto notare in precedenza) l'effetto di concedere al giudice tedesco un potere maggiore di quello che il suo ordinamento costituzionale gli concederebbe: interpretare il diritto interno alla luce del principio di non discriminazione seppure nella sua veste di principio generale del diritto dell'Unione Europea.

Un altro elemento importante da tenere presente nell'esame delle eccezioni al divieto di discriminazione sulla base dell'età è quello della differenza fra discriminazione diretta ed indiretta. Questo elemento viene affrontato nelle conclusioni dell'AG Kokott nella sentenza *Ingeniørforeningen i Danmark*⁴²⁷, che riguardava un caso di mancata concessione di un'indennità di licenziamento al lavoratore che avesse già maturato la pensione di anzianità. La possibilità di giustificare una discriminazione diretta è infatti, nelle parole dell'avvocato generale, molto inferiore rispetto a quella di giustificarne una indiretta, perché l'unica possibilità è quella di fare appello alle esigenze di politica sociale, ai requisiti professionali essenziali, oppure ad esigenze di ordine pubblico. Dal che risulta che la misura nazionale, giudicata direttamente discriminatoria dalla Corte e dal suo avvocato generale, non passa il test di proporzionalità e non viene dunque giustificata.

La distinzione fra discriminazione diretta e indiretta è importante sotto il profilo giuridico soprattutto in quanto le possibilità di giustificazione divergono a seconda se la disparità di trattamento su cui la discriminazione si fonda sia collegata all'età direttamente o indirettamente (28). Le possibilità di

⁴²⁶ *Petersen*, cit., par. 81.

⁴²⁷ Corte giust. del 12 ottobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark contro Region Syddanmark*, Causa C-499/08, Racc. 2010 I-09343.

giustificare una discriminazione indiretta fondata sull'età sono formulate in termini molto generali nell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78 («oggettivamente giustificati da una finalità legittima»), mentre una disparità di trattamento diretta basata sull'età può essere giustificata unicamente da considerazioni di politica sociale ai sensi dell'art. 6, n. 1, della direttiva (29), da requisiti professionali essenziali ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva (30) oppure da esigenze di ordine pubblico ai sensi dell'art. 2, n. 5, della direttiva. Ne consegue che i possibili obiettivi che possono essere presi in considerazione per giustificare una disparità di trattamento diretta fondata sull'età hanno una minore estensione di quelli che possono giustificare una discriminazione indiretta, per quanto i requisiti inerenti l'esame di proporzionalità siano sostanzialmente gli stessi.⁴²⁸

La Corte ha poi nella sua giurisprudenza successiva stabilito che gli stati possono derogare in modi differenti al divieto di discriminazione stabilito dal diritto dell'Unione. Possono, per esempio, stabilire un'età di pensionamento obbligatorio per un docente universitario in 68 anni⁴²⁹ oppure fissare un termine al rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile⁴³⁰ (a patto che non si precluda al lavoratore l'accesso ad ulteriori contratti di lavoro) giustificati dall'obiettivo di ridistribuire l'occupazione fra le generazioni più giovani ed i lavoratori invece in età più avanzata, ed a patto naturalmente che la restrizione attesa sia giudicata proporzionata secondo i criteri dell'appropriatezza e della necessità. Un'attenzione particolare merita il caso *Georgiev*⁴³¹, relativo alla possibilità di stipulare contratti a tempo determinato di massimo tre anni per i professori universitari in servizio al compimento del 65 anno di età. La Corte ha valutato che la disciplina dell'Unione non osta alla fissazione di clausole contrattuali che utilizzino l'età come criterio esclusivo per la sospensione di un contratto a tempo indeterminato ed il successivo pensionamento obbligatorio anche se non vi sono evidenze specifiche in merito all'incapacità del lavoratore di portare avanti le sue mansioni con l'aumentare dell'età (specie in una professione intellettuale). Questo significa che gli eventuali interventi del legislatore volti ad abbassare l'età

⁴²⁸ Conclusioni dell'AG Kokott in *Ingeniørforeningen*, cit., par. 31.

⁴²⁹Corte giust. 18 novembre 2010, *Vasil Ivanov Georgiev contro Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, Cause riunite C-250/09 e C-268/09, Racc. 2010 I-11869.

⁴³⁰ Corte giust. 12 ottobre 2010, *Gisela Rosenbladt contro Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Causa C-45/09, Racc. 2010 I-09391

⁴³¹*Vasil Ivanov Georgiev contro Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, Cause riunite C-250/09 e C-268/09, cit. supra.

pensionabile per categorie di lavoratori che svolgono un'attività meramente intellettuale, in cui il passare del tempo incide in maniera meno evidente ed omogenea sulle prestazioni lavorative, non dovrebbero trovare l'opposizione del giudice europeo.

In un'altra causa di grande importanza, la sentenza *Prigge*⁴³², la Corte di Giustizia ha analizzato una violazione del principio di non discriminazione alla luce delle tre principali deroghe previste dalla direttiva 2000/78/CE: l'art. 2.5, l'art. 4.1 e l'art. 6.1. I fatti della causa riguardavano una normativa nazionale che comportava la cessazione automatica del rapporto di lavoro per i piloti al raggiungimento del 60o anno di età, con 5 anni di anticipo rispetto alla legislazione internazionale vigente. Per fare questo, l'avvocato generale Cruz Villalon nelle sue conclusioni sottopone la misura nazionale ad un triplice test⁴³³:

a) *ex art. 2.5 della direttiva 2000/78/CE*

Secondo questa prima tipologia di test la misura⁴³⁴ nazionale deve essere sottoposta ad un test piuttosto rigido che riguarda l'ammissibilità della misura nazionale alla luce di esigenze di salute o sicurezza pubblica. In questo caso non si lascia al giudice nazionale un ampio margine di discrezionalità, poiché la misura nazionale dovrebbe essere sottoposta ad un test che l'avvocato generale definisce di "*stretta necessità*":

D'altra parte, anche se le parti sociali, nell'ambito della contrattazione collettiva, possono tenere conto di obiettivi, in linea di principio, estranei alla loro sfera di operatività, l'art. 2, n. 5, si riferisce espressamente a misure che risultino «necessarie» per il conseguimento dei citati obiettivi. Secondo il mio parere, tale aggettivo non soltanto esprime la necessità di verificare la proporzionalità della misura in questione rispetto all'obiettivo indicato, ma pone inoltre in evidenza che quest'ultima deve risultare essenziale per il conseguimento di tale obiettivo. Il carattere eccezionale di ogni deroga al principio di non

⁴³²Corte giust. 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*, Causa C-447/09, Racc. 2011 I-08003.

⁴³³ Il test viene poi ripreso anche dalla Corte, che giunge ad un risultato solo in parte diverso da quello dell'avvocato generale. Tuttavia, il ragionamento dell'AG sintetizza in maniera efficace le principali eccezioni di fonte legislativa al divieto di discriminazione. E' dunque parso interessante riportarne lo scheletro in maniera fedele.

⁴³⁴ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit., par. 47-55.

discriminazione (che costituisce, non dobbiamo dimenticarlo, l'oggetto della disposizione in parola) spiega perché non potrebbe trattarsi di misure che contribuiscano solo in maniera accessoria alla sicurezza o alla sanità pubbliche, ma, al contrario, di disposizioni specificamente adottate con tali finalità, che sono degne di speciale protezione.⁴³⁵

Di conseguenza, la misura nazionale di riduzione a 60 anni dell'età pensionabile per i piloti di aereo-veicoli non può essere giustificata alla luce dell'articolo 2.5, poiché non si basa direttamente su una ragione di sicurezza pubblica, soprattutto in quanto la misura nazionale si discosta in maniera piuttosto evidente da quella internazionale che prevede un'età pensionabile di 5 anni più elevata.

b) ex art. 4.1 della direttiva 2000/78/CE

L'articolo 4.1 rappresenta l'eccezione più rilevante all'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE. Prevede infatti che si possa derogare al dettato della stessa direttiva nel momento in cui il requisito professionale che il lavoratore deve possedere risulti essenziale e determinante per lo svolgimento delle mansioni previste. Vi sono già stati casi in cui l'età è stata considerata un requisito essenziale e determinante, come nel caso dello svolgimento dell'attività di vigile del fuoco, oppure, come nel caso di specie, per i piloti di aereo-veicoli. Questo criterio potrebbe essere usato in futuro anche per giustificare deroghe relative ai corpi di polizia, oppure a soggetti che esercitano professioni mediche⁴³⁶.

Per superare il test previsto⁴³⁷ all'articolo 4.1 della direttiva, la norma nazionale che si intende giustificare deve superare due diverse fasi. Nella prima fase si valuta se la caratteristica che il lavoratore deve possedere sia attinente ai motivi di discriminazione di cui all'articolo 1 della direttiva (che sono orientamento sessuale, religione, età e

⁴³⁵ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 53

⁴³⁶ L'unico caso finora affrontato era relativo all'esercizio della professione di odontoiatra. Ma pensiamo per esempio al caso dell'abbassamento dell'età pensionabile di un medico chirurgo, che svolge una professione medica ancora più delicata ed in cui con l'incedere dell'età le capacità operative possono necessariamente scemare.

⁴³⁷ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 55-68.

disabilità), mentre nella seconda si verificano l'essenzialità e la determinatezza della norma.

Nel caso di specie, la caratteristica che il lavoratore deve possedere per attivare la deroga di cui all'articolo 4.1 è una determinata prestanza fisica e psicologica che scema inevitabilmente con il passare dell'età. Di conseguenza, è collegata direttamente con uno dei motivi di discriminazione di cui alla direttiva 2000/78/CE.

Nella seconda parte del test, invece, è maggiormente articolata: bisogna infatti verificare se la prestanza fisica e psicologica che il pilota deve avere è un requisito *essenziale e determinante* nel momento in cui la norma nazionale pretende di fare cessare il contratto di lavoro, con 5 anni di anticipo rispetto alla disciplina internazionale. Anche questa seconda fase è sottoposta ad uno scrutinio molto severo, poiché, come afferma l'avvocato generale, la giurisprudenza ha interpretato in maniera piuttosto restrittiva il requisito dell'essenzialità e determinatezza della norma, come peraltro suggerisce anche il dettato dell'articolo 4.1:

Poiché riguarda l'esigenza di un requisito «essenziale e determinante», l'art. 4, n. 1, è indubbiamente inequivocabile: l'uso dei due aggettivi «essenziale e determinante» impone chiaramente un'interpretazione restrittiva delle possibilità consentite da tale disposizione «in quanto contempla una limitazione di un diritto individuale sancito dalla direttiva» (35). Così si evince anche dal ventitreesimo 'considerando' della direttiva 2000/78, ai sensi del quale la giustificazione di cui all'art. 4, n. 1, può essere applicata solo «in casi strettamente limitati» che, comunque, «devono essere indicati nelle informazioni trasmesse dagli Stati membri alla Commissione». ⁴³⁸

Per determinare l'essenzialità e la determinatezza della caratteristica l'avvocato generale richiama la sentenza *Wolf*⁴³⁹, il (peraltro unico) caso in cui la Corte ha stabilito di attivare l'eccezione ex articolo 4.1 per il limite di età stabilito dalla legislazione tedesca per essere assunti nel corpo dei vigili del fuoco. Tuttavia, sostiene l'AG, i fatti della causa all'esame della Corte si differenziano in maniera sostanziale da quelli del precedente richiamato, e questo in quanto la normativa nazionale in altri stati membri, e

⁴³⁸ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 60.

⁴³⁹ *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, cit.

soprattutto la normativa internazionale⁴⁴⁰ (JAA-FCL 1060⁴⁴¹) prevede che la licenza venga sospesa soltanto al raggiungimento del 65mo anno di età⁴⁴².

Assai diverso è il caso che ci occupa, in cui si prevede la cessazione automatica del rapporto di lavoro dei piloti di una determinata compagnia in conseguenza del compimento dei 60 anni. Nei limiti in cui le regole internazionali consentono di volare, benché a determinate condizioni, ai piloti di età superiore ai 60 anni, non mi sembra logico, da tale punto di vista, considerare che il fatto di non aver compiuto 60 anni costituisca un requisito «essenziale e determinante», ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva. Le limitazioni introdotte per i piloti che abbiano superato tale limite di età non possono avere una vocazione diversa da quella risultante dal testo della direttiva. Nell'ambito di tali limitazioni, l'esercizio della professione in parola non risulta incompatibile con nessun altro requisito che avrebbe potuto essere invocato, ragion per cui si deve concludere affermando che la disposizione controversa non può trovare giustificazione nell'art. 4, n. 1, della direttiva.

In questo caso dunque, la presenza di una norma nazionale che gradua la sospensione della licenza fra i 60 ed i 65 anni rende evidente come stabilire la cessazione automatica del rapporto di lavoro a 60 anni non sia affatto una misura essenziale e determinante per fare in modo che la caratteristica dell'età sia rispettata. E' dunque piuttosto evidente che l'eccezione di cui all'articolo 4.1, per quanto sottoposta ad uno scrutinio meno severo rispetto a quella di cui all'articolo 2.5, possa essere utilizzata soltanto in situazioni particolarmente eccezionali, e non per giustificare restrizioni se non arbitrarie, quantomeno irragionevolmente restrittive.

c) ex art. 6.1 della direttiva 2000/78/CE

⁴⁴⁰ Si veda la disciplina della Joint Aviation Authority, che prevede una restrizione dell'esercizio della licenza dei piloti di voli commerciali fra i 60 ed i 64 anni, e la completa cessazione solo al raggiungimento del 65mo anno di età.

⁴⁴¹ (a) Age 60-64. The holder of a pilot licence who has attained the age of 60 years shall not act as a pilot of an aircraft engaged in commercial air transport operations except:

(1) as a member of a multi-pilot crew and provided that,

(2) such holder is the only pilot in the flight crew who has attained age 60.

(b) Age 65. The holder of a pilot licence who has attained the age of 65 years shall not act as a pilot of an aircraft engaged in commercial air transport operations.

(c) Any national variant to the requirements in (a) and (b) above are given in Appendix 1 to JAR-FCL 1.060

⁴⁴² Le uniche deroghe segnalate nell'Appendice 1 al JAR FCL 1060 sono quelle dell'Italia e dell'Ungheria. Deroghe che, se impugnate, potrebbero essere censurate come quella tedesca.

L'articolo 6.1 è l'eccezione più comunemente utilizzata per derogare alla direttiva 2000/78/CE. Non a caso la gran parte della giurisprudenza sul divieto di discriminazione sulla base dell'età si è ancorata intorno a questo articolo e alle possibilità di deroga piuttosto ampia che conferisce. In effetti, rispetto al test previsto per le due eccezioni stabilite in precedenza, quello di cui all'articolo 6.1 è piuttosto lasco⁴⁴³, poiché impone il rispetto di due condizioni: che la norma nazionale persegua un obiettivo legittimo, e che questo obiettivo venga realizzato dalla norma in maniera appropriata e necessaria (cioè attraverso l'utilizzo di un test di proporzionalità).

L'avvocato generale individua in questo caso due finalità che possono essere ritenute come legittime: la tutela della sicurezza pubblica, ed in particolare quella relativa alla necessità di assicurare la sicurezza del traffico aereo, e la tutela della libera contrattazione collettiva (la concessione dunque degli spazi di deroga alle associazioni sindacali nell'esercizio del loro potere di concertazione). Entrambi gli obiettivi possono bene essere ritenuti legittimi ai sensi della direttiva. Il punto più importante del test di cui all'articolo 6.1 si ha nel momento in cui la situazione di fatto deve essere sottoposta ad un test di proporzionalità che pone un bilanciamento fra i valori in campo: da un lato l'autonomia della contrattazione collettiva (che, ricordiamo, in *Viking*⁴⁴⁴ e in *Laval*⁴⁴⁵ aveva subito il bilanciamento con un diritto fondamentale quale la libertà di impresa), dall'altro il principio di non discriminazione sulla base dell'età come principio generale del diritto dell'Unione.

Al riguardo, sono del parere che ci troviamo di fronte ad una misura sproporzionata, per lo meno nelle circostanze dell'esercizio della professione di pilota. Il primo elemento da rilevare è il carattere particolarmente gravoso di un lasso di tempo di cinque anni nell'ambito di una carriera professionale che deve cessare a 65 anni. D'altra parte, il principio di non discriminazione in base all'età occupa oggi giorno

⁴⁴³ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 69-93.

⁴⁴⁴Corte giust. 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, Causa C-438/05, Racc. 2007 I-10779.

⁴⁴⁵Corte giust. del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*, Causa C-341/05, Racc. 2007 I-11767.

una posizione sufficientemente salda nel diritto dell'Unione, da poter reggere il confronto con la contrattazione collettiva, su questo punto preciso, in posizione di vantaggio. Con questo voglio dire soltanto che gli imperativi del principio di non discriminazione in base all'età devono cedere solo in quanto ciò risulti strettamente necessario alla luce delle circostanze del caso specifico. Infine, sebbene tale aspetto non sia stato affrontato nella presente causa, le iniziative relative alla cessazione anticipata del rapporto di lavoro hanno ripercussioni sul diritto all'occupazione, con particolare riferimento ai segmenti di età che stiamo esaminando.⁴⁴⁶

Nonostante questo test permetta un margine di azione piuttosto ampio rispetto a quelli precedenti, anche in questo caso la misura nazionale viene considerata dall'avvocato generale come sproporzionata, ed il bilanciamento si risolve in favore del principio di non discriminazione che *“occupa ormai una posizione sufficientemente salda nel diritto dell'Unione Europea da poter reggere il confronto con la contrattazione collettiva [...] in una posizione di vantaggio”*. Questo conferma ancora una volta il ruolo centrale del principio di non discriminazione all'interno dell'ordinamento comunitario, tale da renderlo in una posizione preminente rispetto ad un altro diritto contenuto nella Carta (all'articolo 28) che pure fa parte del novero dei diritti sociali, con tutti i problemi interpretativi che ne conseguono e che sono stati citati in dottrina.

La Corte, tuttavia, nella sua argomentazione non ritiene di dovere procedere al bilanciamento, in quanto ritiene che la sicurezza aerea non sia una finalità legittima ex art. 6.1 (solo quelle di politica sociale sono ammissibili) e neppure menziona nel novero l'autonomia della contrattazione collettiva. La misura nazionale, dunque, seppure con impostazioni differenti, è giudicata in entrambi i casi come una deroga al divieto di non discriminazione sulla base dell'età non giustificabile ai sensi del diritto dell'Unione Europea.

3. Le eccezioni al divieto di discriminazione: l'art. 2,5, il 4.1 e il 6.1 della direttiva 2000/78/CE

Nella giurisprudenza più recente (successiva prevalentemente al 2011) si assiste ad una pletera di decisioni della Corte che sono indirizzate a verificare ulteriori eccezioni al

⁴⁴⁶ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 92.

divieto di discriminazione basato sull'età. Un esempio particolarmente interessante è quello rappresentato dalla sentenza *Fuchs*⁴⁴⁷ in cui la Corte è stata chiamata a decidere sull'età di sospensione automatica del rapporto di lavoro per i procuratori (pubblici funzionari) tedeschi. Come fatto in precedenza con la categoria dei dentisti convenzionati⁴⁴⁸ e con quella dei professori universitari⁴⁴⁹, ha ammesso a deroga del divieto di discriminazione la disposizione nazionale che mette a riposo a 65 anni i procuratori, pur con l'eccezione stabilita caso per caso di una proroga fino a 68.

Considerato quanto precede, occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 2000/78 non osta ad una legge, come l'HBG, la quale preveda il collocamento a riposo d'ufficio dei pubblici funzionari nominati a vita – nel caso di specie, i procuratori – al raggiungimento dell'età di 65 anni, e che però consenta loro di continuare a lavorare, ove richiesto dall'interesse del servizio, fino all'età massima di 68 anni, purché la finalità di tale legge sia quella di instaurare una ripartizione equilibrata delle fasce di età allo scopo di favorire l'occupazione e la promozione dei giovani, di ottimizzare la gestione del personale e, al tempo stesso, di prevenire le eventuali controversie in merito all'idoneità del dipendente ad esercitare la propria attività oltre una certa età, e purché la legge suddetta consenta di raggiungere tale finalità con mezzi appropriati e necessari.⁴⁵⁰

*Hennings*⁴⁵¹ invece rappresenta un ulteriore esempio di contrasto fra l'autonomia contrattuale collettiva e il principio di non discriminazione⁴⁵², risoltasi però questa volta in modo diverso a seconda dei regimi nazionali previsti. Nelle cause riunite all'attenzione della Corte infatti il giudice nazionale chiedeva di verificare se l'ammissibilità ai sensi della direttiva e degli articoli della Carta di due misure nazionali che stabilivano gli scatti di retribuzione di alcune tipologie di dipendenti pubblici stabilite tramite contrattazione collettiva. Il primo di questi due sistemi basava gli scatti

⁴⁴⁷ Corte giust. 21 luglio 2011. *Gerhard Fuchs (C-159/10) e Peter Köhler (C-160/10) contro Land Hessen*, Cause riunite C-159/10 e C-160/10, Racc. 2011 I-06919.

⁴⁴⁸ *Petersen*

⁴⁴⁹ *Georgiev*

⁴⁵⁰ *Fuchs*, cit. par. 75.

⁴⁵¹ Corte giust. 8 settembre 2011, *Sabine Hennings (C-297/10) contro Eisenbahn-Bundesamt e Land Berlin (C-298/10) contro Alexander Mai*, Cause riunite C-297/10 e C-298/10, Racc. 2011 I-07965.

⁴⁵² V. *Prigge*, cit. supra.

di anzianità esclusivamente sull'incedere dell'età: il dipendente assunto a 30 anni, infatti, percepiva la stessa retribuzione del dipendente assunto a 21 anni, ma con 9 anni di esperienza professionale alle spalle. Il secondo regime invece è basato su criteri oggettivi, e prevede una retribuzione unica per i nuovi assunti assegnata sulla base di diversi fattori, fra cui l'età e l'esperienza professionale. Al contempo tuttavia prevede un regime transitorio basato prevalentemente sull'età per i lavoratori assunti in precedenza. La Corte, con motivazioni diverse, considera il secondo regime proporzionato perché non basato esclusivamente sul criterio dell'età (anche in presenza del regime transitorio), mentre ritiene che il primo regime violi l'apprezzamento concesso agli stati dagli articoli 2.5 e 6.1 della direttiva 2000/78/CE (non venendo qui in gioco l'età come requisito fondamentale ex art. 4.1 della stessa direttiva).

La Corte infatti così stabilisce rispetto al primo regime:

Alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra svolte, occorre risolvere la questione unica nella causa C-298/10 e la prima nella causa C-297/10 dichiarando che il principio di non discriminazione in base all'età sancito all'art. 21 della Carta e concretizzato dalla direttiva 2000/78 nonché, più in particolare, gli artt. 2 e 6, n. 1, di quest'ultima devono essere interpretati nel senso che ostano a una misura prevista da un contratto collettivo, come quella oggetto delle cause principali, a termini della quale, nell'ambito di ciascun grado, il livello di retribuzione di base di un agente contrattuale del settore pubblico è determinato, al momento dell'assunzione di tale agente, in funzione della sua età. Al riguardo, il fatto che il diritto dell'Unione osti a tale misura e che quest'ultima sia compresa in un contratto collettivo non pregiudica il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi riconosciuto all'art. 28 della Carta.⁴⁵³

E così rispetto al secondo:

Alla luce delle considerazioni precedenti occorre, così, risolvere la seconda e la terza questione nella causa C-297/10 dichiarando che gli artt. 2 e 6, n. 1, della direttiva 2000/78 nonché l'art. 28 della Carta devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una misura prevista da un contratto collettivo, come quella oggetto della causa principale, che sostituisce un regime di retribuzione che comporta una discriminazione in base all'età con un regime di retribuzione fondato su criteri oggettivi, mantenendo al contempo, per un periodo transitorio e limitato nel tempo, taluni effetti discriminatori del primo dei due

⁴⁵³ *Hennings*, cit. par. 78.

regimi allo scopo di assicurare agli agenti in servizio il passaggio a quello nuovo senza che debbano subire una riduzione del reddito.⁴⁵⁴

Un altro bilanciamento fra il principio di non discriminazione e l'autonomia contrattuale collettiva si risolve dunque in favore della seconda, senza costituire un problema per la maggioranza delle persone coinvolte.

La Corte non ha però ammesso al giudizio di proporzionalità tutte le cause che le sono state sottoposte finora. Un caso interessante è sicuramente quello della sentenza *Tyrolean Airways*⁴⁵⁵, dove la Corte ha giudicato che l'oggetto della causa non fosse attinente al divieto di discriminazione sulla base dell'età e che di conseguenza non fosse all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva. Nel caso di specie il giudice nazionale chiedeva se fosse discriminatorio sulla base dell'età un contratto di lavoro che non valutasse, ai fini della retribuzione, l'esperienza pregressa nella stessa attività lavorativa presso altre compagnie (in questo caso, compagnie aeree trattandosi di assistenti di volo). La Corte ha infatti precisato che il criterio preteso discriminatorio su cui si basa la richiesta del giudice nazionale deve essere legato indissolubilmente all'età, e non solo indirettamente:

Orbene, anche se una disposizione come quella il cui contenuto è esposto al punto 21 della presente sentenza può comportare una differenza di trattamento in funzione della data dell'assunzione da parte del datore di lavoro interessato, siffatta differenza non è, direttamente o indirettamente, fondata sull'età né su un evento legato all'età. Infatti, è l'esperienza eventualmente maturata da un assistente di volo presso un'altra compagnia dello stesso gruppo di imprese che non è presa in considerazione in occasione dell'inquadramento, indipendentemente dall'età di detto assistente di volo al momento della sua assunzione. La disposizione in esame si basa quindi su un criterio che non è né indissociabilmente (v., a contrario, sentenza del 12 ottobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark*, C-499/08, Racc. pag. I-9343, punto 23), né indirettamente legato all'età dei dipendenti, anche se non è escluso che l'applicazione del criterio controverso possa, in taluni casi particolari, comportare per gli assistenti di volo interessati il

⁴⁵⁴ *Hennings*, cit. par. 99.

⁴⁵⁵ Corte giust. 7 giugno 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH contro Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH*, Causa C-132/11, Racc. digitale ECLI:EU:C:2012:329.

passaggio dalla categoria lavorativa A alla categoria lavorativa B ad un'età più avanzata di quella degli assistenti che hanno maturato un'esperienza equivalente presso la Tyrolean Airways.⁴⁵⁶

In modo non dissimile il governo svedese è riuscito in *Horndstedt*⁴⁵⁷ a giustificare una possibile violazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età, come accaduto in precedenza in *Rosenblatt*⁴⁵⁸, grazie al mero fatto che il lavoratore posto a riposo aveva diritto alla pensione di anzianità e a delle giustificazioni di politica del lavoro (bisogna pure rilevare che in entrambi i casi si trattava di una età pensionabile piuttosto alta, 67 anni in *Hörnfeldt* e 65 in *Rosenblatt*).

In un altro caso, *Odar*⁴⁵⁹, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a decidere su un esempio importante di discriminazione intersezionale⁴⁶⁰, nel quale a un dirigente di un'azienda veniva corrisposto un trattamento di fine rapporto molto più basso rispetto alla media dei dirigenti perché era costretto ad andare in pensione con alcuni anni di anticipo a causa di un handicap importante di cui soffriva. In questo caso la Corte ha giudicato che la misura fosse dunque direttamente discriminatoria sulla base dell'età, ed indirettamente discriminatoria sulla base dell'handicap.

Dopo piloti di voli di linea, procuratori, odontoiatri, e vigili del fuoco, un'altra categoria che è stata esaminata dalla Corte per una limitazione all'esercizio del proprio diritto a non essere discriminati sulla base dell'età è quella dei giudici e dei notai. In *Commissione contro Ungheria*⁴⁶¹ infatti, lo stato magiaro è stato condannato per avere applicato in maniera inappropriata la direttiva 2000/78/CE, avendo abbassato l'età

⁴⁵⁶ Tyrolean Airways, cit. par. 29.

⁴⁵⁷ Corte giust. 5 luglio 2012, *Torsten Hörnfeldt contro Posten Meddelande AB*, Causa C-141/11, Racc. digitale ECLI:EU:C:2012:421.

⁴⁵⁸ Corte giust. 12 ottobre 2010, *Gisela Rosenblatt contro Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Causa C-45/09, Racc. 2010 I-09391.

⁴⁵⁹ Corte giust. 6 dicembre 2012, *Johann Odar contro Baxter Deutschland GmbH*, Causa C-152/11, Racc. digitale ECLI:EU:C:2012:772

⁴⁶⁰ Comunemente si definisce discriminazione intersezionale quella discriminazione in cui i motivi della differenza di trattamento sono talmente connessi da non essere riconoscibili.

⁴⁶¹ Corte giust. 6 novembre 2012. *Commissione europea contro Ungheria*, Racc. digitale, ECLI:EU:C:2012:687.

pensionabile di giudici e notai a 62 anni senza avere addotto ragioni sufficientemente valide. La Corte infatti ha sottoposto il comportamento dello stato al test ex art. 6.1 della direttiva, trovando che la misura non era proporzionata. Questa considerazione è interessante, perché è probabile che le motivazioni che si celavano dietro la volontà di abbassare l'età pensionabile per questa categoria di funzionari pubblici fossero da reperire nell'esigenza di rinnovare radicalmente la composizione della magistratura e del notariato. La Corte di Giustizia ha però fatto capire che queste motivazioni, sia che esse siano latenti sia che siano espresse, non possono trovare giustificazione nel diritto dell'Unione Europea, tanto più se come nel caso di specie alla misura di abbassamento dell'età pensionabile per giudici e notai si accompagna quella di innalzamento della stessa soglia per gli altri dipendenti pubblici.

Orbene, come evidenzia l'avvocato generale al paragrafo 66 della sua presa di posizione, tali differenze tra le disposizioni controverse e la legge Tny suggeriscono che gli interessi di coloro cui si applica l'abbassamento del limite di età pensionabile non sono stati presi in considerazione allo stesso modo di quelli degli altri dipendenti del pubblico impiego per i quali detto limite di età è stato innalzato. Con riferimento a quanto precede, occorre concludere che le disposizioni di cui trattasi non sono necessarie per raggiungere la finalità di uniformazione invocata dall'Ungheria.⁴⁶²

Dunque, attraverso il diritto dell'Unione si viene a censurare quello che con tutta probabilità era un provvedimento punitivo nei confronti di una categoria e che era volto a comprimerne le prerogative in modo tale da provocare una sorta di rinnovamento forzato. Ma si sancisce anche la regola che i provvedimenti di abbassamento o innalzamento dell'età pensionabile (e di conseguente cessazione del contratto di lavoro) non possono produrre ingiustificate differenze di trattamento fra categorie differenti. In *Specht*⁴⁶³ invece la Corte ha stabilito (come in *Hennigs*⁴⁶⁴) che un regime nazionale che impedisce di tenere conto dell'anzianità di servizio al momento dell'assunzione e

⁴⁶²*Commissione c. Ungheria*, cit. par. 74-75.

⁴⁶³Corte giust. 19 giugno 2014, *Thomas Specht (C-501/12)*, *Jens Schombera (C-502/12)*, *Alexander Wieland (C-503/12)*, *Uwe Schönefeld (C-504/12)*, *Antje Wilke (C-505/12)* e *Gerd Schini (C-506/12)* contro *Land Berlin e Rena Schmeel (C-540/12)* e *Ralf Schuster (C-541/12)* contro *Bundesrepublik Deutschland*, Cause riunite C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, Racc. non pubblicata.

⁴⁶⁴*Hennigs*, Cause riunite C-297/10 e C-298/10, cit.

che ha come criterio esclusivo di passaggio tra un livello salariale e quello successivo l'età del dipendente non può passare il vaglio della normativa comunitaria e di conseguenza deve essere ritenuto non giustificabile, anche in presenza di un regime transitorio.

Fra le eccezioni espressamente previste al considerando 18 dalla direttiva 2000/78/CE per le forze armate e le forze di sicurezza pubblica vi è anche quella per le forze di polizia. Questa eccezione è espressa imperativamente dall'articolo 4.1 della detta direttiva, che consente eccezioni particolari nei casi in cui le caratteristiche legate all'esercizio della professione siano *essenziali e determinanti* per le mansioni connesse. Se finora, quantomeno in linea di massima, la Corte ha mostrato di accogliere le giustificazioni degli stati membri nel regolare alcune tipologie di professioni in ambiti particolarmente sensibili, nella sentenza *Vital Pérez*⁴⁶⁵ la posizione della Corte pare cambiare decisamente. In questo caso infatti la Corte rifiuta di giustificare il limite stabilito dalla legislazione spagnola (in particolare, da quella della Comunità Autonoma di Oviedo) in 30 anni per l'accesso alle forze armate, ritenendolo non proporzionato con il fine di sicurezza sociale che vorrebbe che tutti gli agenti di polizia assunti fossero disponibili per le mansioni più rischiose per un periodo di tempo ragionevole anche dopo l'assunzione. In questo senso, la sentenza della Corte richiama molto chiaramente il precedente *Wolf*⁴⁶⁶, in cui era stato giustificato il limite di 30 anni per l'assunzione nel corpo dei vigili del fuoco. Tuttavia in questo caso viene ravvisata dai giudici una differenza fra le due situazioni:

La Corte, tuttavia, è arrivata a siffatta conclusione solamente dopo aver constatato, sulla base di dati scientifici ad essa sottoposti, che alcuni compiti assegnati ai componenti del servizio tecnico di medio livello dei vigili del fuoco, come la lotta agli incendi, necessitavano di capacità fisiche «particolarmente elevate» e che pochissimi funzionari di età superiore ai 45 anni avrebbero le capacità fisiche per svolgere tale attività. Secondo la Corte, un'assunzione in età avanzata comporterebbe che un eccessivo numero di funzionari non potrebbe essere assegnato ai compiti più impegnativi dal punto di vista fisico. Parimenti, un'assunzione siffatta non consentirebbe che i funzionari così impiegati siano assegnati a detti compiti

⁴⁶⁵ Corte giust. 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez contro Ayuntamiento de Oviedo*, Causa C-416/13, Racc. non pubblicata.

⁴⁶⁶ *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, cit.

per una durata sufficientemente lunga. Infine, l'organizzazione ragionevole del corpo dei vigili del fuoco professionali richiede, per il servizio tecnico di medio livello, una correlazione tra i lavori impegnativi da un punto di vista fisico e non adatti ai funzionari più anziani e i lavori meno impegnativi dallo stesso punto di vista e adatti a tali funzionari (sentenza Wolf, EU:C:2010:3, punti 41 e 43).⁴⁶⁷

Dunque, secondo i giudici della Corte è più probabile che gli appartenenti ai vigili del fuoco si trovino in situazioni tali da giustificare l'assunzione solo in giovane età, rispetto alle forze di polizia locale. Questo anche alla luce di una analisi comparativa della legislazione in vigore che ha portato a concludere che altre Comunità Autonome spagnole prevedono un limite più elevato ed alcune nessun limite. E' chiaro che in questo modo la Corte si espone (se così si può dire) ad una valutazione caso per caso che genera un certo margine di incertezza. Sicuramente il margine stabilito dal legislatore spagnolo era particolarmente restrittivo, tuttavia d'altro canto è innegabile che le forze di polizia(per quanto locali) siano un apparato particolarmente sensibile dello stato, all'interno del quale è necessario porre una certa attenzione rispetto ai criteri di assunzione. Se questo da un lato genera incertezza, dall'altro fa rendere evidente come la Corte tenda a scoraggiare quelle differenze di trattamento basati unicamente su uno dei motivi di discriminazione contenuti nella direttiva. Diverso sarebbe per esempio il caso di un candidato che non supera i test fisici e attitudinali indipendentemente dall'età stabilita. Anche l'avvocato generale ritiene, nelle sue conclusioni, che vi sia una differenza rilevante fra la situazione dei pompieri tedeschi in Wolf e quella degli agenti di polizia locale nel caso di specie⁴⁶⁸, tale da non giustificare l'attivazione dell'eccezione di cui all'articolo 4.1 della direttiva 2000/78/CE.

⁴⁶⁷ *Vital Perez*, cit. par. 53.

⁴⁶⁸ Conclusioni dell'AG Mengozzi in *Vital Perez*, cit. par. 21: "D'autre part, ainsi que nous avons déjà observé ci-dessus, si l'on s'en tient aux informations contenues dans l'ordonnance de renvoi et dans les observations du gouvernement espagnol, une bonne partie des tâches confiées aux agents de la police locale espagnole ne semble pas exiger de caractéristiques physiques exceptionnelles, alors qu'il ressort clairement de l'arrêt Wolf précité que l'ensemble des activités effectuées par les personnels du service technique intermédiaire des pompiers, ou à tout le moins celles qui reflètent le mieux la fonction de ce service, exigeait ces caractéristiques."

L'ultima sentenza, in ordine di tempo, che si è occupata di una deroga al principio di non discriminazione sulla base dell'età è la sentenza *Schmitzer*⁴⁶⁹. In questa sentenza la Corte ha verificato la rispondenza alla direttiva di un sistema di calcolo dell'anzianità professionale che era stato modificato in seguito ad una sentenza precedente⁴⁷⁰. La Corte ha giudicato però che anche il sistema introdotto a seguito della sua sentenza fosse in violazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età, e perché conferiva dei vantaggi eccessivi ai neo assunti per riequilibrare il sistema.

Nell'analisi delle eccezioni al divieto di discriminazione sulla base dell'età è dunque importante sottolineare le tre diverse tipologie di test cui viene sottoposta la misura statale, per capire in che modo essa può venire giustificata. Quello che è certo è che se da un lato è molto raro che si giustifichi una misura nazionale sulla base dell'articolo 2.5 o dell'articolo 4.1 della direttiva, la strada maestra per ottenere l'ammissione della deroga è quella dell'articolo 6.1, che lascia allo stato membro un certo margine di manovra. Tuttavia, come si vede dalla evoluzione giurisprudenziale più recente (per esempio in *Vidal Perez*, dove la Corte ha giudicato sproporzionato il limite imposto per una categoria protetta), gli sviluppi che il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità può avere nel censurare una misura nazionale sono in prospettiva futura sono molto rilevanti. Misure nazionali che possono essere impugnate per una siffatta violazione sono per esempio quelle che stabiliscono l'età minima di partecipazione ad un concorso pubblico di selezione degli agenti di polizia⁴⁷¹, o per la partecipazione ad

⁴⁶⁹Corte giust. 11 novembre 2014, *Leopold Schmitzer contro Bundesministerin für Inneres*, Causa C-530/13, Racc. non pubblicata.

⁴⁷⁰ V. *Hutter*, cit.

⁴⁷¹ Nella normativa italiana, per esempio, l'età minima per accedere alle prove di concorso di agente di polizia è fissato dal Decreto ministeriale n. 115 del 1999 (Regolamento recante norme per l'individuazione dei limiti d'età per la partecipazione ai concorsi pubblici di accesso ai ruoli del personale della Polizia di Stato che espleta funzioni di polizia. (GU Serie Generale n.98 del 28-4-1999)) in 30 anni. Quello per accedere alle prove di concorso per Commissario di polizia è fissato in 32 anni. Tutti questi limiti potrebbero dunque, in assenza di una prova adeguata da parte dello stato membro della presenza di una finalità legittima, essere considerati in violazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età.

ulteriori concorsi pubblici a livello nazionale, oppure persino comunitario⁴⁷². E' tuttavia necessario specificare che gli stati membri possono fare valere le proprie ragioni ed addurre evidenze statistiche che sostanzino la necessità del passo che si intende compiere senza mascherare provvedimenti puntivi per una certa categoria o volendo mettere in una condizione di svantaggio le persone che, pur possedendo i requisiti fisici e psicologici, hanno da poco passato l'età prevista dal bando. E' dunque probabile, a seguito dell'incremento delle impugnazioni in questo ambito⁴⁷³, che diminuiscano sempre più i bandi o gli annunci di posizione lavorative che menzionano l'età come elemento da cui desumere il possesso di altre caratteristiche (come, per esempio, una certa esperienza, oppure il possesso di una condizione fisica adeguata). Gli stati membri dunque potrebbero, in alcuni casi, dovere ripensare radicalmente le politiche di selezione e di assunzione dei funzionari pubblici.

4. Conclusioni preliminari

Il divieto di discriminazione sulla base dell'età è sicuramente uno dei motivi di discriminazione nel cui ambito la giurisprudenza ha fatto i maggiori passi avanti nel senso della costituzionalizzazione del principio di non discriminazione. Questo ci può portare a muovere alcune conclusioni alla luce dell'analisi compiuta nei paragrafi precedenti.

a) la progressiva autonomia dell'applicazione del principio di non discriminazione dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione

⁴⁷² Per fare un esempio più vicino alle istituzioni europee, lo stabilimento del limite di 30 anni per partecipare al concorso di selezione dei tirocinanti della Commissione Europea o di altre istituzioni potrebbe, al risultare per esempio di un'età media particolarmente alta, apparire sproporzionato agli occhi della Corte.

⁴⁷³ Che, a partire dal 2011, ha prodotto un numero altissimo di cause se lo si raffronta a quello in altri ambiti, come evidenziato anche da Bagioni, cit.

Come si può dedurre almeno in parte dalla giurisprudenza in *Mangold* e in *Kucukdeveci*, il principio di non discriminazione sulla base dell'età tende a divenire sempre di più un principio autonomo, che presta ad applicazione anche in presenza di un legame molto tenue della causa con il diritto dell'Unione (quando, per esempio, non è scaduto il termine per l'applicazione di una direttiva oppure quando la questione riguarda due privati). Questa conseguenza dello sviluppo del divieto di discriminazione parrebbe essere riconducibile al principio dell'effettività del diritto dell'Unione, che permette al principio di non discriminazione di essere applicato in luogo della direttiva (che non sarebbe in sé applicabile nei casi menzionati), diventando così un parametro di legittimità del diritto nazionale. Il divieto in questione, come espressione del più generale principio di non discriminazione, si è affermato come parametro di legittimità indipendente alla luce del quale vengono giudicate norme che pertengono ad aree, come la sicurezza pubblica (si vedano i casi delle eccezioni legate all'accesso alle forze di polizia) che sono tradizionalmente di competenza esclusiva degli stati membri. La centralità di questo parametro e la sua presenza, seppure con significati diversi, all'interno delle tradizioni costituzionali degli stati membri, può bene farci ritenere che esso costituisca un parametro costituzionale anche nell'ordinamento europeo.

b) lo scopo di applicazione materiale della direttiva 2000/78/CE

Vi sono poi ulteriori considerazioni che si possono produrre in termini di *scopo di applicazione materiale* del divieto di discriminazione anche alle aree che almeno in apparenza sarebbero al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva. Sono molte per esempio le sentenze della Corte nella quale essa avrebbe potuto pronunciarsi affermando che, ai sensi del considerando 14⁴⁷⁴ della direttiva 2000/78/CE essa non era competente a conoscere la causa perché direttamente od indirettamente essa poteva avere un'influenza sullo stabilimento dell'età pensionabile. Questo è stato fatto sicuramente attraverso l'espedito della cessazione del contratto di lavoro collegata al

⁴⁷⁴ “La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile.”

raggiungimento dell'età pensionabile, ma ciò non impedisce di ritenere che la Corte, in nome della tutela del principio di non discriminazione, o comunque del ruolo privilegiato di cui gode il detto principio nell'ordinamento dell'Unione⁴⁷⁵, abbia finito per condizionare le politiche previdenziali degli stati membri, prevalendo sulle esigenze che risultano da queste ultime.

La stessa sorte pare essere toccata all'autonomia della contrattazione collettiva, che gode oltretutto nell'ordinamento dell'Unione dello status di diritto fondamentale⁴⁷⁶: in più occasioni è stato considerato che essa debba essere espressa tenendo conto del principio di non discriminazione sulla base dell'età, e che non possa derogarvi se non nei casi espressamente previsti dal diritto derivato.

La tendenza, dunque, rispetto all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea, è quella di ampliare il più possibile la tutela offerta nei confronti del principio di non discriminazione.

c) lo scopo di applicazione personale della direttiva 2000/78/CE

I considerando (in particolare il n.18) della direttiva 2000/78/CE suggeriscono che, quantomeno in linea di principio, si possa derogare al divieto di discriminazione sulla base dell'età quando l'età costituisce una caratteristica essenziale e determinante (ex art. 4.1) per l'esercizio delle funzioni preposte, facendo come esempio proprio quello delle forze armate e di pubblica sicurezza (intese come forze di polizia e dei vigili del fuoco, ma nella categoria potrebbero rientrare anche corpi come la Guardia di Finanza o la Guardia Forestale). Tuttavia l'evoluzione della giurisprudenza ha fatto sì che in *Vidal Perez* ed in *Prigge* la Corte abbia stabilito che il divieto di discriminazione sulla base dell'età possa prevalere anche su esigenze di pubblica sicurezza, per quanto la cogenza delle stesse nei due casi menzionati non si possa, almeno in apparenza, paragonare a quella di *Wolf*. Il risultato di questo bilanciamento è quantomeno inusuale per un principio generale del diritto, seppure espressione di un diritto fondamentale e di una

⁴⁷⁵ V. le conclusioni dell'AG Cruz Villalon in *Prigge*, cit. par.

⁴⁷⁶ Art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

base giuridica inclusa nel testo dei trattati, e questo suggerisce ancora una volta che il principio di non discriminazione occupi una posizione privilegiata fra i principi generali di diritto dell'Unione.

d) le ampie facoltà di deroga e lo sviluppo del divieto di discriminazione sulla base dell'età nel rispetto delle identità costituzionali degli stati membri

Un ulteriore elemento di interesse che si ricava dall'analisi del divieto di discriminazione sulla base dell'età è il risultato di un apparente paradosso. Da un lato il motivo di discriminazione sulla base dell'età è uno degli ultimi entrati a fare parte dell'ordinamento dell'Unione (solo con il Trattato di Amsterdam viene introdotto fra i motivi di discriminazione nella base giuridica di cui all'allora articolo 13 TUE), e nello stesso tempo è uno di quelli in cui la sua centralità come parametro autonomo di legittimità può contribuire a farlo definire come un parametro indipendente di costituzionalità. Nonostante questo, lo sviluppo del divieto di discriminazione sulla base dell'età è avvenuto, per la gran parte, in armonia con il significato che a questo principio è attribuito nell'ordinamento degli stati membri, e questo grazie soprattutto al grande numero di eccezioni alla regola previste dal diritto derivato. Non si può ignorare che la direzione della giurisprudenza più recente (da *Prigge* in poi) potrebbe condurre l'interprete più attento a riconoscere un'inversione di tendenza ed una maggiore severità nell'interpretazione del parametro europeo scevro dal significato che vi è attribuito negli ordinamenti nazionali. D'altro canto si deve anche riconoscere che spesso gli stati membri celano intenti discriminatori o comunque punitivi dietro motivazioni quali il riequilibrio occupazionale intergenerazionale o la fissazione di una età determinata come requisito di ammissione o partecipazione ad un concorso pubblico.

Capitolo III

Il divieto di discriminazione sulla base della razza

1. Gli strumenti legislativi europei ed internazionali a tutela della discriminazione razziale

La tutela dalle discriminazioni basate sull'etnia⁴⁷⁷ e sulla razza⁴⁷⁸ è una delle prime introdotte, e questo soprattutto a causa della moltitudine di conflitti armati e di persecuzioni finalizzati allo sterminio di determinati gruppi etnici e razziali⁴⁷⁹. Un ulteriore impulso⁴⁸⁰ alla regolamentazione della lotta contro questo genere di

⁴⁷⁷ Voce "etnia", Enciclopedia Treccani: "Nell'antropologia della fine del 19° sec., raggruppamento umano (dal gr. ἔθνος «razza, popolo») distinto da altri sulla base di criteri razziali, linguistici e culturali."

⁴⁷⁸ Voce "razza", Enciclopedia Treccani: "Raggruppamento di individui che presentano un insieme di caratteri fisici ereditari comuni. Nel caso dell'uomo, tali caratteri si riferiscono a caratteristiche somatiche (colore della pelle, tipo di capelli, forma del viso, del naso, degli occhi ecc.), indipendentemente da nazionalità, lingua, costumi, ma il concetto di r. umana è considerato destituito di validità scientifica, dacché l'antropologia fisica e l'evoluzionismo hanno dimostrato che non esistono gruppi razziali fissi o discontinui. Al contrario, i gruppi umani mutano e interagiscono continuamente, tanto che la moderna genetica di popolazioni (→ popolazione) si focalizza su modelli di distribuzione di geni specifici anziché su categorie razziali create artificialmente."

⁴⁷⁹ Oltre al secondo conflitto mondiale, sono molteplici i conflitti basati sulla razza o sull'etnia che hanno attraversato l'Europa. Basti ricordare le persecuzioni delle minoranze Ungheresi in Romania, la vicenda dell'etnia Rom in Romania e nel resto dell'Europa, le persecuzioni nei confronti delle popolazioni curde in Turchia o quelle delle minoranze greche in Albania.

⁴⁸⁰ A. Triandafyllidou, "Addressing Cultural, Ethnic and Religious Diversity Challenges in Europe, A Comparative Overview of 15 European Countries", EUI RSCAS 2011/02.

discriminazioni⁴⁸¹ è pervenuto anche dai processi di migrazione e globalizzazione, che stimolano il mescolamento e la commistione fra popoli diversi e che direttamente od indirettamente finiscono per provocare dei problemi di convivenza. Questa esigenza di tutela ha creato le condizioni per la moltiplicazione degli strumenti giuridici a livello nazionale, internazionale e sovranazionale.

a) *Gli strumenti di diritto internazionale universale e regionale*

Lo strumento di diritto internazionale più famoso è senza dubbio la *Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale* del 1965, lo strumento internazionale più importante utilizzato per contrastare questo genere di discriminazioni e che ha a tutt'oggi 177 stati membri. La sua natura di trattato internazionale, benché lo caratterizzi per la sua area di applicazione territoriale molto ampia, non lo provvede tuttavia della forza di penetrazione necessaria, se non in via diretta o mediata, per condizionare gli ordinamenti degli stati che ne sono entrati a far parte. Vi sono poi i diritti fondamentali inclusi nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che all'articolo 14 prevede un divieto generale di discriminazione che è stato applicato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per quanto riguarda il divieto particolare di discriminazioni sulla base della razza e dell'origine etnica⁴⁸².

⁴⁸¹ Sulla definizione e l'individuazione di discriminazioni basate sulla base della razza si è dibattuto ampiamente sin dai primi tentativi di regolamentazione di questo genere di comportamenti. Questo soprattutto perché si riteneva, e per certi versi si ritiene, che il fondare una determinata tipologia di discriminazioni sulla razza possa condurre a ritenere che effettivamente sia possibile una ripartizione, dal punto di vista giuridico, della popolazione umana in gruppi razziali. Lo scopo del diritto antidiscriminatorio è invece (quantomeno in linea di principio) quello di ridurre o comunque di porre un argine alla concezione della divisione dell'umanità in gruppi razziali. Per evitare tuttavia incursioni nel terreno di altre scienze, si potrebbe comunque dire che per il presente lavoro lo scopo del diritto antidiscriminatorio è quello di evitare o ridurre il più possibile le discriminazioni basate sui gruppi razziali (indipendentemente dalla definizione che se ne da o addirittura dall'individuazione della loro esistenza, che pertiene comunque in ultima analisi all'antropologia).

⁴⁸² V. fra gli altri: *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, 28.05.1985. *Nachova e altri c. Bulgaria*, 06.07.2005 (Camera Grande). *Osman c. Bulgaria*, 16.02.2006. *Turan Cakir c. Belgio*, 10.03.2009. *Mižigárová c. Slovacchia*, 14.12.2010. *Fedorchenko e Lozenko c. Ucraina*, 20.09.2012. *Timishev c. Russia*, 13.12.2005. *Sampanis e altri c. Grecia*, 05.07.2008. *Aziz c. Cipro*, 22.06.2004. *Sejdić e Finci c. Bosnia e Herzegovina* 22.12.2009 (Camera Grande).

b) Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea

L'ordinamento dell'Unione Europea è invece dotato di una maggiore forza di penetrazione negli ordinamenti degli stati membri, in virtù del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno e della sua efficacia diretta, che permettono alle norme incluse nel diritto derivato dell'Unione di essere sollevate di fronte ai giudici nazionali, i quali, in caso di contrasto fra la norma nazionale e quella comunitaria, devono per forza applicare quella comunitaria. Nei trattati comunitari le disposizioni che disciplinano le discriminazioni sulla base della razza e dell'origine etnica si dividono in due grandi gruppi: nel primo sta la base giuridica di cui all'articolo 19 del TFUE, che prevede che Parlamento e Consiglio possano adottare misure specificamente volte a combattere (tra l'altro) la discriminazione razziale ed etnica. Nel secondo gruppo stanno invece quelle misure relative alla creazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, di cui all'articolo 67 del TFUE. In particolare, il riferimento all'odio razziale emerge nell'analisi del 3 comma⁴⁸³ dell'articolo 67, all'interno del quale si trova una disposizione che autorizza l'Unione, nella creazione dell'area di libertà sicurezza e giustizia a mettere in campo le misure necessarie di prevenzione e di lotta contro il razzismo e la xenofobia. Attraverso questa misura si possono prevedere norme europee indirizzate a disciplinare l'intervento nei confronti di movimenti razzisti o xenofobi aventi rilevanza comunitaria, e favorire il coordinamento fra autorità giudiziarie. In questo lavoro ci si occuperà soprattutto delle misure legislative di cui all'articolo 19 del TFUE, poiché sono queste che più sono interessanti per il diritto antidiscriminatorio. Le misure adottate ed adottabili sulla base degli articoli contenuti nel capitolo dedicato all'area di libertà, sicurezza e giustizia riguardano invece maggiormente la cooperazione in materia civile e penale (pur non escludendo, per esempio, la previsione di sanzioni,

⁴⁸³Art. 67.3 TFUE: "L'Unione si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità, il razzismo e la xenofobia, attraverso misure di coordinamento e cooperazione tra forze di polizia e autorità giudiziarie e altre autorità competenti, nonché tramite il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali e, se necessario, il ravvicinamento delle legislazioni penali."

anche criminose⁴⁸⁴, per violazioni del divieto di discriminazione sulla base della razza, come già avviene in numerosi stati membri).

c) Gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea

Il diritto derivato dell'Unione Europea⁴⁸⁵ prevede uno strumento ad hoc per la tutela del divieto di discriminazione sulla base della razza, che è stata approvata sulla base delle competenze conferite ex articolo 19 del TFUE. Questo strumento è la direttiva 2000/43/CE⁴⁸⁶, che disciplina nei dettagli il principio di non discriminazione sulla base della razza e dell'origine etnica. Prima di addentrarci nell'analisi delle disposizioni che traducono in pratica il divieto di discriminazione sulla base della razza è bene dare conto di una ambiguità mai risolta in merito all'intitolazione della direttiva. La definizione della razza come criterio e motivo di discriminazione implica l'accettazione delle teorie che dividono la specie umana in razze diverse in base, per esempio, al colore della pelle, piuttosto che sulla base di determinate caratteristiche fisiche o genetiche? O comunque, l'intitolazione della direttiva mediante l'uso della proposizione "discriminazioni sulla base della razza" può dare adito ad ambiguità o fraintendimenti in merito al riconoscimento, quantomeno indiretto, dell'esistenza di determinate divisioni all'interno della specie umana? Questo dibattito è stato presente sin dai lavori preparatori della direttiva⁴⁸⁷, stimolato soprattutto dai rappresentanti dello stato francese, che temevano che questa denominazione potesse rappresentare una sorta di *endorsement* alle teorie sulla segregazione razziale. Tuttavia, poiché le parole sono

⁴⁸⁴ V. C. Tobler, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law, Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination*, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, European Commission, 2005.

⁴⁸⁵ Sull'attuazione del divieto di discriminazione sulla base della razza nel diritto dell'Unione v. D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008.

⁴⁸⁶ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, Gazzetta ufficiale n. L 180 del 19/07/2000 pag. 0022 - 0026.

⁴⁸⁷ V. Favilli, *Il divieto di discriminazione nell'Unione Europea*, op.cit. p. 229.

essenzialmente simboli, è pure vero che se l'utilizzo della locuzione "discriminazioni sulla base della razza" potrebbe fare presumere che l'Unione Europea riconosca l'esistenza di razze diverse nella specie umana, dall'altro lato ormai consente di identificare, a causa dell'ampio uso che ne è stato fatto sia nella legislazione internazionale e nazionale che nella dottrina, determinate tipologie di comportamento indirizzate a discriminare gruppi etnici o razziali. Per evitare di cadere in questi cortocircuiti comunicativi, è stato introdotto uno specifico considerando che esclude che l'utilizzo della parola razza possa valere come supporto delle molteplici teorie sulla divisione degli esseri umani in gruppi basati su determinate caratteristiche fisiche o genetiche:

L'Unione europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine «razza» nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie.⁴⁸⁸

2. La direttiva 2000/43/CE: struttura ed aspetti problematici

Rispetto all'applicazione della direttiva 2000/78/CE, i casi che trattano l'applicazione della direttiva 2000/43/CE⁴⁸⁹ sono molto meno numerosi. Di conseguenza, se nel caso dei motivi di discriminazione disciplinati dalla direttiva 2000/78/CE l'analisi della direttiva è stata principalmente condotta attraverso la lente della giurisprudenza, in questo caso, essendo uno soltanto il motivo tutelato dalla direttiva ed in mancanza di una abbondante giurisprudenza, la direttiva sulla discriminazione sulla base della razza sarà studiata in maniera autonoma, a partire dalla sua struttura. La direttiva, espressione del principio della parità di trattamento sulla base della razza, è una direttiva gemella rispetto a quella quadro sulle discriminazioni in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la cui approvazione ha preceduto di pochi mesi.

a) definizione di discriminazione

⁴⁸⁸ Considerando n. 6, direttiva 2000/43/CE.

⁴⁸⁹ V. il rapporto sullo stato di applicazione della direttiva "The racial equality directive: application and challenges", Agenzia Europea per i Diritti Fondamentali (FRA), 2012.

La direttiva riconosce, nello stesso modo in cui lo fa la direttiva 2000/78/CE, tre tipologie differenti di discriminazione. La discriminazione diretta, secondo la quale:

a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga;⁴⁹⁰

La discriminazione indiretta, invece, secondo la quale:

una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari.⁴⁹¹

E le molestie, che vengono descritte come:

una discriminazione in caso di comportamento indesiderato adottato per motivi di razza o di origine etnica e avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo. In questo contesto, il concetto di molestia può essere definito conformemente alle leggi e prassi nazionali degli Stati membri.⁴⁹²

Gli ordini di discriminare vengono invece equiparati a discriminazioni dirette o indirette.

La descrizione del comportamento discriminatorio che viene fatta non presenta differenze rilevanti con quelle prevalenti in dottrina e nella giurisprudenza, permettendo dunque di riconoscere tutte le diverse tipologie di comportamento che possono portare ad una discriminazione.

b) ambito di applicazione personale e materiale

⁴⁹⁰ Art. 2.2 a) direttiva 2000/43/CE.

⁴⁹¹ Art. 2.2 b) direttiva 2000/43/CE.

⁴⁹² Art. 2.3 direttiva 2000/43/CE.

i. l'ambito di applicazione materiale

La direttiva 2000/43/CE, a differenza della direttiva 2000/78/CE, non è limitata nel suo scopo materiale. Si può dunque dire che l'ambito di applicazione materiale della presente direttiva coincide quasi totalmente con quello del diritto dell'Unione Europea, poiché non si applica soltanto alle prestazioni lavorative, ma anche ad altri ambiti, quali le prestazioni sociali, l'istruzione, l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, incluso l'alloggio.

ii. l'ambito di applicazione personale

La direttiva non è limitata neppure rispetto all'ambito di applicazione personale, cioè agli individui cui la disciplina del testo normativo è applicabile. Secondo l'articolo 3 della direttiva, infatti, essa è applicabile *“a tutte le persone sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico”*. Questo fa sì che la direttiva 2000/43/CE sia applicabile non solo alle procedure di reclutamento e selezione del personale da parte dei datori di lavoro pubblici e privati, ma anche a tutte quelle situazioni in cui la persona, pur essendo cittadino europeo, si trova a subire delle discriminazioni basate sulla razza o sull'etnia (per esempio nell'accesso alle graduatorie per i servizi abitativi garantiti dallo stato), siano esse perpetrate da privati oppure da

pubbliche autorità⁴⁹³. Lo specifico riferimento agli organismi di diritto pubblico è inserito per includere all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva le situazioni di intreccio tra pubblico e privato (le società partecipate, per esempio).

E' bene specificare però che la seguente direttiva si combina⁴⁹⁴ con le disposizioni dei trattati che regolano il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità⁴⁹⁵ e i diritti di circolazione dei cittadini europei⁴⁹⁶. Dunque un limite importante all'applicazione di questa direttiva è il possesso della cittadinanza europea e l'esercizio dei diritti di circolazione annessi. Oltretutto, si specifica chiaramente che non è possibile mediante questa direttiva derogare alle condizioni, che rimangono stabilite dagli stati membri, di ingresso dei cittadini di paesi terzi all'interno del territorio nazionale (ad eccezione naturalmente dei richiedenti asilo e dei soggiornanti di lungo periodo che sono invece regolati dalla disciplina uniforme del diritto dell'Unione).

⁴⁹³ Un esempio particolarmente interessante di discriminazione razziale perpetrata da parte delle autorità pubbliche sono le pratiche di *racial profiling*, utilizzate soprattutto nelle forze armate o in quelle di polizia di alcuni paesi europei. Queste pratiche consistono nel tenere sotto controllo alcune categorie di persone sulla base di considerazioni a motivo della loro razza, etnia o del colore della pelle. Questi controlli possono arrivare sino ad una stretta sorveglianza ed alla sottoposizione delle persone ad indagini investigative *ad hoc*. Il Consiglio d'Europa si è mobilitato in modo particolare per cercare di combattere questo genere di discriminazioni, che sono particolarmente difficili da individuare perché in effetti nella maggior parte dei casi non producono alcuna lesione concreta (pensiamo ad attività di sorveglianza che si svolgono all'insaputa del soggetto) o che al massimo possono assurgere ad episodi di intimidazione, e che si possono contrastare soltanto con un'adeguato livello di preparazione delle forze armate rispetto al non necessario legame fra il livello di sospetto e l'appartenenza etnico/razziale del sospettato. L'impegno del Consiglio d'Europa in questo senso è sicuramente rimarchevole. Una prima raccomandazione dal titolo "*Combating racism and racial discrimination in policing*" è stata approvata il 29 Giugno 2007 dalla *European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI). L'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha poi ulteriormente sviluppato questa raccomandazione attraverso un rapporto dettagliato presentato dal parlamentare inglese David Davies il 14 Gennaio 2014, basato su tre missioni sul campo in Grecia, Germania e Regno Unito condotte dal parlamentare, nelle quali ha incontrato la polizia e le autorità locali ed ha contribuito alla sensibilizzazione sul tema. Il rapporto è poi stato approvato dall'Assemblea Parlamentare sotto forma della risoluzione n. 1968 (2014) del 2 Febbraio 2014 "*Tackling Racism in Police*". La risoluzione è indirizzata agli stati membri del Consiglio d'Europa affinché intraprendano azioni finalizzate all'addestramento della polizia, al fine di ridurre al minimo questo genere di episodi.

⁴⁹⁴Art. 3.2 direttiva 2000/43/CE: La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati.

⁴⁹⁵ Art. 18 TFUE.

⁴⁹⁶ Direttiva 2004/38/CE.

iii. L'ambito di applicazione temporale

La direttiva 2000/43/CE è diventata applicabile dal 2003 (il termine è scaduto il 19 Luglio 2003). Non è soggetta, come invece lo era la direttiva 2000/78/CE per età e disabilità, ad ulteriori proroghe che ne prolunghino il termine per l'applicazione.

c) eccezioni al divieto di discriminazione sulla base della razza

Similmente alla direttiva 2000/78/CE, ma senza lo stesso livello di complessità, anche la direttiva 2000/43/CE mantiene alcune eccezioni per il caso in cui la caratteristica della razza o dell'etnia costituisca un requisito essenziale e determinante per l'attività lavorativa. In particolare si ricorda quella all'articolo 4 della direttiva:

In deroga all'articolo 2, paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata alla razza o all'origine etnica non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e il requisito proporzionato.⁴⁹⁷

Come per l'articolo 4.1 della direttiva 2000/43/CE, la disposizione individua casi particolari in cui la razza o l'origine etnica possono essere ritenute "requisiti essenziali e determinanti" al fine dello svolgimento dell'attività lavorativa. Tuttavia la direttiva sottopone questo genere di eccezione ad un test molto restrittivo: il fine perseguito dalla norma nazionale che contiene la deroga deve essere infatti legittimo e deve seguire un giudizio sulla proporzionalità (cioè necessità ed adeguatezza)⁴⁹⁸. La disposizione è rimasta sinora inattuata, anche perché non è chiaro il grado di restrittività cui dovrebbe essere sottoposta una disposizione simile per evitare di condurre a fenomeni di abuso

⁴⁹⁷ Art. 4, direttiva 2000/43/CE.

⁴⁹⁸ Per un'analisi più approfondita sul significato dei requisiti di essenzialità e determinatezza si rimanda qui all'analisi fatta nel capitolo dedicato alla discriminazione sulla base dell'età.

del diritto. Rimane l'esempio di scuola, per il quale si può senza meno dire che questo genere di eccezioni possano essere attivate, della richiesta di un attore colore per interpretare la parte di un personaggio storico o politico anche lui di colore.

Una ulteriore eccezione all'applicazione della direttiva è, come sappiamo, rappresentata dalla categoria delle "discriminazioni positive", cioè quegli episodi di discriminazione che si realizzano appositamente per colmare il divario insistente fra due categorie di soggetti, una discriminata e l'altra no. In questo senso, la direttiva prevede espressamente⁴⁹⁹ la possibilità di includere quelle che sono definite come "azioni positive" fra gli strumenti a tutela della parità di trattamento sulla base della razza.

d) difesa dei diritti in giudizio: legittimazione ad agire, onere della prova e sanzioni

i. legittimazione ad agire

Gli stati membri debbono assicurare che i soggetti protetti dalla direttiva godano della necessaria tutela in giudizio. Questo dovrebbe essere una conseguenza naturale del diritto a promuovere un'azione di fronte ad un giudice secondo le declinazioni che esso assume nei vari ordinamenti nazionali. Non è tuttavia scontato, soprattutto nel momento in cui quello che si chiede ai governi nazionali è di fare in modo che si possano sollevare davanti alle corti dei rapporti di lavoro o di altro genere che potrebbero essere esauriti da qualche tempo, o di cui in taluni casi è davvero molto difficile dare prova.

Particolarmente interessante è il riconoscimento, da parte degli stati membri, del diritto di agire e stare in giudizio⁵⁰⁰ per le vittime di casi di discriminazione conferito alle associazioni che a diverso titolo rappresentino le vittime:

⁴⁹⁹ Art. 5, direttiva 2000/43/CE: [...] Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con una determinata razza o origine etnica.

⁵⁰⁰ Questo articolo è stato attuato mediante gli articoli 5 e 6 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, recante disposizioni in merito alla attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. (GU n.186 del 12-8-2003). Gli articoli in parola istituiscono mediante la

Gli Stati membri riconoscono alle associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, abbiano un legittimo interesse a garantire che le disposizioni della presente direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla presente direttiva.⁵⁰¹

ii. inversione dell'onere della prova

Una delle maggiori difficoltà rispetto all'esercizio dei diritti delle vittime in giudizio è data dall'onere della prova. Non è semplice dimostrare una discriminazione in rapporti, siano essi lavorativi o di altro genere, che il più delle volte sono asimmetrici, nel senso che mettono la vittima in una condizione di soggezione rispetto alla persona che perpetra la discriminazione. Per questa ragione la direttiva prevede all'articolo 8 un dovere degli stati membri di provvedere alla previsione di misura nazionali che invertano l'onere della prova dalla vittima al soggetto che perpetra la discriminazione. Di conseguenza, il più delle volte la disciplina nazionale in materia di contrasto alle discriminazioni sulla base della razza prevede che i giudici possano ritenere provati in giudizio determinati fatti (per esempio, l'esistenza di un contratto di lavoro o la sussistenza di una pratica discriminatoria nella selezione del personale) solamente sulla base dell'esposizione data in causa dalle vittime della discriminazione. Questo genere di inversione naturalmente sposta l'equilibrio della lite sulla parte che tradizionalmente è ritenuta più forte, anche se bisogna dire che vi sono casi (seppure molto limitati) in cui questo genere di misure possono prestarsi ad abusi.

iii. sanzioni

La questione della difesa dei diritti in giudizio non è però limitata ai soli casi di ricorso giurisdizionale finalizzato il più delle volte a chiedere un risarcimento per la violazione del principio di non discriminazione. La direttiva 2000/43 all'articolo 15 stabilisce chiaramente come gli stati membri debbano prevedere sanzioni che siano effettive,

⁵⁰¹Art. 7.2 direttiva 2000/43/CE.

dissuasive e proporzionate. Il tenore letterale dell'articolo 15 pone una serie di questioni interpretative sull'esatta portata dei termini utilizzati. In primo luogo quali siano le tipologie di sanzioni ammissibili⁵⁰² per dare adeguata applicazione nel diritto nazionale all'obbligo stabilito dal legislatore comunitario: è dunque sufficiente che un ordinamento preveda delle sanzioni amministrative, oppure la possibilità di agire in giudizio per ottenere un risarcimento per la condotta discriminatoria subita, oppure debbono essere inserite anche delle sanzioni penali? La Convenzione ONU sulle discriminazioni razziali prevede espressamente l'obbligo di sanzioni penali. Dal che si può dedurre che questo genere di misure costituiscano una parte importante al fine di dare adeguata attuazione alla direttiva comunitaria. D'altra parte, però, si potrebbe verificare il paradosso opposto, per il quale l'ordinamento nazionale prevede delle sanzioni penali ma non prevede, o prevede in misura troppo modesta, sanzioni amministrative, oppure limita la risarcibilità del danno da violazione del divieto di discriminazione. Di conseguenza è necessario che l'ordinamento interno preveda un corretto bilanciamento fra sanzioni penali, amministrative ed opportunità di risarcimento in sede giurisdizionale per dare corretta attuazione alla direttiva⁵⁰³.

e) organi nazionali preposti alla lotta contro le discriminazioni razziali

La direttiva tuttavia non si limita soltanto a conferire la legittimazione ad agire alle associazioni che rappresentano gli interessi qualificati delle vittime. Essa garantisce anche l'istituzione di organi nazionali che abbiano come obiettivo quello di essere corpi di interruzione fra l'attuazione legislativa ed il rimedio giurisdizionale. In Italia è stata data attuazione a questo obbligo mediante l'istituzione dell'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR), istituito presso la Presidenza del Consiglio dei

⁵⁰² V. il rapporto della Commissione Europea, *Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law*, cit. pag. 31 ss.

⁵⁰³ Un caso molto importante, che non riguarda la discriminazione a motivo della razza ma quella a motivo dell'orientamento sessuale, *Asociatia ACCEPT*, ha affrontato il problema del corretto bilanciamento fra sanzioni penali, amministrative ed opportunità di risarcimento. Si rimanda al capitolo sulla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale per una trattazione più approfondita della causa. Le considerazioni valide per quella sede possono considerarsi altrettanto valide in questa.

Ministri (Dipartimento Pari Opportunità), le cui competenze sono poi state gradualmente estese anche agli altri motivi di discriminazione (come per esempio la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale).

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione sulla base della razza

La giurisprudenza in materia di discriminazioni razziali non è particolarmente abbondante ed è sostanzialmente il risultato dell'entrata in vigore della direttiva 2000/43/CE. A parte un caso abbastanza discutibile, e sul quale la Corte si è prontamente dichiarata incompetente, la prima domanda di rinvio pregiudiziale è giunta dal giudice nazionale nella causa *Feryn*⁵⁰⁴. Le circostanze di cui alla causa rinviata riguardavano un datore di lavoro che si era espresso apertamente contro l'assunzione di lavoratori extracomunitari all'interno di un dialogo informale, seppure avvenuto in pubblico. Egli sosteneva infatti che, per la specifica natura del suo lavoro (installare porte blindate a domicilio) i suoi clienti non volessero che le operazioni fossero portate a compimento da operai stranieri (diremmo, operai che appartengono ad una razza o etnia differente da quella bianca). Questa sentenza è interessante perché permette di apprezzare diverse caratteristiche del diritto antidiscriminatorio. Nelle circostanze del caso di specie è evidente il funzionamento dell'inversione dell'onere della prova. Il datore di lavoro oppone al ricorrente il fatto che non ci sia alcuna prova della circostanza che dalle affermazioni fatte pubblicamente si sia poi passati ai fatti. Al contrario, invece, la Corte ritiene, secondo quanto stabilito dalla direttiva 2000/43/CE, che incomba sulla parte resistente in giudizio l'onere di provare di non avere tenuto una condotta discriminatoria, cosa che nel caso di specie non si era verificata. Un ulteriore dettaglio è quello del valore meramente potenziale della discriminazione. Infatti non è necessario, perché si configuri un'ipotesi di discriminazione diretta, che lo svantaggio cui è sottoposto il soggetto discriminato sia uno svantaggio concreto. E' sufficiente che

⁵⁰⁴Corte giust. 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, Causa C-54/07, Racc. 2008 I-05187.

sia meramente potenziale, per cui lo svantaggio non deve necessariamente realizzarsi. Da questo discendono le osservazioni sull'onere della prova fatte in precedenza.

Di conseguenza, le questioni terza, quarta e quinta vanno risolte affermando che dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art. 8, n. 1, della direttiva 2000/43. Incombe quindi al detto datore di lavoro l'onere di provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Lo potrà fare dimostrando che la prassi effettiva di assunzione da parte dell'impresa non corrisponde a tali dichiarazioni. Al giudice del rinvio compete verificare che i fatti addebitati siano accertati, nonché valutare se siano sufficienti gli elementi addotti a sostegno delle affermazioni del detto datore di lavoro secondo le quali egli non ha violato il principio della parità di trattamento.

In alcune sentenze successive a *Feryn*, poi, la Corte ha precisato l'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2000/43. Per esempio, in *Runevic*⁵⁰⁵, ha stabilito che la ipotizzata discriminazione provocata dalla mancata trascrizione del cognome della ricorrente secondo la grafia tipica della lingua dello stato di appartenenza non ricade all'interno della discriminazione sulla base della razza di cui alla direttiva 2000/43/CE. Ancora, in *Agafitei*⁵⁰⁶ ha dichiarato l'irricevibilità di una domanda di rinvio pregiudiziale stabilendo che una discriminazione sulla base della categoria professionale non può ricadere all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva, neppure se la disciplina nazionale richiama direttamente o indirettamente il testo della direttiva. Ha poi escluso, in *Meister*⁵⁰⁷, che vi sia sulla base della stessa direttiva un diritto di conoscere i risultati di una procedura di selezione per l'ottenimento di un posto di lavoro, in un caso in cui una postulante lamentava una discriminazione multipla basata sul sesso, sull'età e sull'etnia subita da parte della società che proponeva la posizione lavorativa. Queste tre pronunce si collocano in una posizione particolare

⁵⁰⁵ Corte giust. 12 maggio 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn contro Vilniaus miesto savivaldybės administracija e altri*, Causa C-391/09, Racc. 2011 I-03787.

⁵⁰⁶ Corte giust. 7 luglio 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești contro Ștefan Agafitei e altri*, Causa C-310/10, Racc. 2011 I-05989.

⁵⁰⁷ Corte giust. 19 aprile 2012, *Galina Meister contro Speech Design Carrier Systems GmbH*, Causa C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217

rispetto alla maggioranza delle sentenze della Corte in ambito di principio di non discriminazione, nelle quali si proclama molto spesso competente a statuire sulla interpretazione del diritto dell'Unione. In questi casi forse, più che in altri, sembra risuonare quella corrispondenza fra analisi molto rigorosa dei fatti ed il c.d. *strict concept of equality*, che è osteggiato da buona parte della dottrina.

Anche nella successiva sentenza *Kamberaj*⁵⁰⁸, in cui la Corte esaminava una domanda di rinvio pregiudiziale proveniente da un tribunale italiano, davanti al quale un cittadino di nazionalità albanese aveva impugnato il provvedimento con il quale la Provincia autonoma di Bolzano rifiutava la sua domanda di accesso ai sussidi per gli alloggi popolare, la Corte riteneva che le circostanze del caso non ricadessero all'interno di un'ipotesi di discriminazione sulla base della razza, bensì di una discriminazione sulla base della nazionalità.

La discriminazione razziale torna, per così dire, di attualità, con un caso molto particolare: *Belov*⁵⁰⁹. In questa pronuncia i fatti della causa vertono su una prassi quantomeno curiosa, tipica di alcuni quartieri di piccole città della Bulgaria dove vivono comunità Rom molto numerose. Per ovviare al fenomeno delle sottrazioni di energia elettrica, che in queste località sono correlate, secondo le evidenze prodotte dalle parti, alla presenza delle comunità Rom, le società che forniscono energia elettrica provvedono ad installare i contatori a diversi metri di altezza (circa 7) dal suolo anziché a circa un metro e mezzo, come da prassi comune, al fine di impedire che persone che non sono titolari di un contratto di fornitura elettrica possano allacciarvisi. Questo naturalmente ha ripercussioni sui legittimi intestatari dei contratti, (soprattutto di etnia Rom) che vivono in quei quartieri, i quali non possono prendere visione dei maggiori consumi e si trovano a dovere ricorrere ad espedienti ogniqualvolta hanno bisogno di accedere al contatore. Per convincere le compagnie che forniscono elettricità a cessare questa prassi i residenti dei quartieri hanno fatto ricorso alla locale Commissione contro le discriminazioni, lamentando, tra l'altro, come questa prassi sia in violazione del

⁵⁰⁸ Corte giust. 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj contro Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) e altri*, Causa C-571/10, ECLI:EU:C:2012:233.

⁵⁰⁹ Corte giust. 31 gennaio 2013, *Valeri Harijev Belov contro CHEZ Elektro Bulgaria AD e altri*, Causa C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48.

principio di non discriminazione sulla base della razza così come sussunto all'interno della direttiva 2000/43/CE. Bisogna in via preliminare segnalare che in questo caso la Corte si è dichiarata incompetente a conoscere della causa sulla base del fatto che l'organo che ha sollevato la domanda di rinvio pregiudiziale non sarebbe in realtà un organo giurisdizionale ex art. 267 TFUE ma una mera autorità amministrativa (la KZD, Commissione bulgara contro le discriminazioni). Tuttavia l'avvocato generale (in disaccordo sul punto con la Corte) ha ritenuto sussistere la competenza ed ha comunque presentato le sue conclusioni, che rappresentano l'analisi dettagliata di un'ipotesi di discriminazione indiretta basata sull'origine etnica (legata dunque all'appartenenza all'etnia Rom). In particolare, una volta accertata la natura dello svantaggio (una ipotesi di discriminazione indiretta) e accertato (senza grossi problemi) che i soggetti abitanti all'interno di quei quartieri sono discriminati rispetto a quelli che vivono nelle immediate vicinanze, l'avvocato generale procede alla giustificazione, ed in particolare alla verifica della sua proporzionalità (che comunque spetta al giudice nazionale). L'avvocato generale pare suggerire che nelle specifiche circostanze della causa le misure non possano essere considerate come proporzionate, atteso soprattutto che è necessario verificare se quello di collocare i contatori a 7 metri di altezza si l'unico metodo disponibile (e dunque necessario) a tutela dalle truffe. Un caso gemello rispetto a *Belov*, *CHEZ*⁵¹⁰, è tuttora pendente davanti alla Corte, ma l'avvocato generale Kokott, che aveva presentato le conclusioni nel precedente *Belov*, ha presentato un parere che somiglia molto a quello precedente. Il caso *CHEZ*, a differenza del precedente, è un caso di discriminazione indiretta per associazione, poiché la richiesta di rinvio pregiudiziale è stata formulata a seguito del ricorso di una commerciante non appartenente all'etnia rom ma residente in un quartiere dove vige la pratica dei contatori sopraelevati.

Queste due sentenze si collocano all'interno di un piano più vasto per promuovere l'integrazione e tutelare il rispetto dei diritti fondamentali delle persone che

⁵¹⁰ *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, Causa C-83/14 P.

appartengono all'etnia Rom⁵¹¹ e che, a causa delle loro tradizioni culturali, sono spesso collocate ai margini della società.

4. Il principio di non discriminazione sulla base della razza oltre la direttiva 2000/43/CE: il caso Deckmyn fra effetto diretto orizzontale ed interpretazione conforme

La giurisprudenza esposta sinora sul principio di non discriminazione sulla base della razza si è distinta sicuramente nel fornire una descrizione dettagliata del concetto di discriminazioni etniche e razziali. Essa però non suggerisce (quantomeno in prima battuta) che la declinazione di questo aspetto del principio occupi una posizione rilevante per la definizione del carattere costituzionale del principio di non discriminazione, come invece potrebbe farlo il principio di non discriminazione sulla base dell'età, del sesso, della nazionalità o dell'orientamento sessuale. Per analizzare il ruolo particolare che riveste il principio di non discriminazione all'interno dell'identità costituzionale dell'Unione Europea è invece di aiuto la sentenza *Deckmyn*⁵¹², nella quale la Corte sembra utilizzare il principio di non discriminazione sulla base della razza all'interno di una controversia tra privati come un vero e proprio parametro di costituzionalità della misura interna.

⁵¹¹ In questo senso particolarmente rilevante l'attività della Commissione Europea che ha promosso una serie di attività volte alla maggiore integrazione dei Rom all'interno della società europea, adottando la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico Sociale ed al Comitato delle Regioni*. Quadro dell'UE per le strategie nazionali di integrazione dei Rom fino al 2020, COM(2011)173. Il DG Giustizia della Commissione Europea, poi, oltre all'incentivo nell'accesso ai finanziamenti europei disposti attraverso Horizon 2020, ha anche promosso la formazione di una piattaforma di dialogo tra i governi nazionali, le associazioni non governative e le istituzioni dell'Unione Europea, la costituzione di un gruppo di lavoro tra esperti provenienti soprattutto dall'accademia e la promozione di un Summit su base pluriennale per esaminare lo stato di avanzamento delle politiche dell'Unione Europea nei confronti dei Rom (l'ultimo ha avuto luogo nel 2014 a Bruxelles). Anche il Consiglio dei Ministri per le politiche sociali e del lavoro (EPSCO) ha approvato nel 2011 delle linee guida che hanno come obiettivo quello della maggiore attenzione del legislatore europeo verso i Rom: "An EU Framework for National Roma Integration Strategies up to 2020", Conclusioni del Consiglio.

⁵¹²Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, Causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132

I fatti della causa sono legati al caso di un politico fiammingo di stampo chiaramente conservatore, il quale, per la festa organizzata l'ultimo dell'anno per i suoi sostenitori della città di Ghent fa distribuire biglietti di auguri chiaramente ispirati ad un fumetto che gode di una grandissima diffusione in Belgio (*Suske en Wiske*). Fino qui, nessun problema: il politico riproduce delle immagini al fine di farne una parodia, con il chiaro intento di offrire degli auguri di buon feste originali ai suoi commensali e sostenitori.



la parodia dell'originale "Suske en Wiske", raffigurante il sindaco di Ghent intento a distribuire fondi a pioggia agli immigrati



L'originale: il popolare fumetto belga "Suske en Wiske"

Il punto è che il contenuto degli auguri è abbastanza singolare: nel biglietto infatti si vede il sindaco socialdemocratico della città (con le fattezze di un ricco epulone) intento nel distribuire fondi "a pioggia" agli immigrati della città, rappresentati con l'aspetto di uomini e (soprattutto) donne velate, con chiaro riferimento agli immigrati di religione musulmana ed etnia araba. Per questo gli eredi del disegnatore che ha inventato Suske en Wiske si oppongono all'utilizzo del fumetto di cui detengono i diritti d'autore, in quanto volto a trasmettere un messaggio razzista estraneo alle idee dell'inventore del

fumetto. La questione dunque, è la seguente: può la riproduzione di un originale a scopo canzonatorio, che però trasmette in maniera più o meno velata un messaggio razzista, ricadere all'interno dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione?

Se si ammette infatti che la questione ricada all'interno del diritto dell'Unione, come sembra suggerire la Corte, allora si sta applicando il diritto dell'Unione ad una controversia fra privati, perché la causa di rinvio si riferisce ad una controversia tra il sig. Deckmyn, politico di professione e gli eredi del disegnatore di *Suske en Wiske*. E gli strumenti giuridici applicabili, secondo la Corte e l'avvocato generale, sono due direttive (la direttiva 2001/29/CE sul significato di parodia e la direttiva 2000/43/CE sulla discriminazione sulla base della razza) e alcune disposizioni della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (in relazione sia alla libertà di espressione dell'autore della parodia che al divieto generale di discriminazione sulla base della razza previsti dalla Carta). Tuttavia nessuno degli strumenti giuridici di cui sopra si presta ad essere applicabile ad una controversia tra privati, quantomeno in linea di principio e secondo le interpretazioni dominanti in materia di effetto diretto delle direttive⁵¹³ e di limiti all'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁵¹⁴. Si potrebbe allora ritenere di essere di fronte ad un caso di interpretazione conforme del diritto dell'Unione ad una direttiva. Il limite fra effetto diretto orizzontale ed interpretazione conforme tuttavia è molto labile. Ed in questo caso tuttavia non si chiede (o le parti sembrano non chiedere) alla Corte nazionale di esercitare un'interpretazione del dettato normativo, bensì chiedono di potersi avvalere in giudizio di determinati diritti che sono applicabili al caso di specie *esclusivamente* o *prevalentemente* in virtù del diritto dell'Unione Europea. Fra di essi occupa un ruolo primario il principio di non discriminazione sulla base della razza o dell'origine etnica,

⁵¹³ Vedi la dottrina *Marshall*, da ultimo reiterata in Corte giust 24 gennaio 2012, *Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique e Préfet de la région Centre*, Causa C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33, sul fatto che le direttive non siano applicabili alle controversie tra privati.

⁵¹⁴ V. le sentenze Corte giust. 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, Causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 e Corte giust. 26 febbraio 2013. *Stefano Melloni contro Ministero Fiscale*, Causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 che hanno chiarito che l'ambito di applicazione della Carta rimane quello espressamente stabilito all'articolo 51, e dunque non sia applicabile ad una controversia tra privati.

che viene ripreso sia dalla Corte che dall'avvocato generale nei paragrafi che seguono, e di cui la direttiva 2000/43/CE e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sono espressione.

[...]Occorre ricordare l'importanza del principio di non discriminazione a motivo della razza, del colore e dell'origine etnica, così come concretizzato dalla direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GU L 180, pag. 22), e confermato, in particolare, all'articolo 21, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.⁵¹⁵

In ogni caso, la concezione originaria dei diritti fondamentali, nell'ambito dell'Unione, come categoria ricompresa nei principi generali del diritto dell'Unione, ha facilitato il ricorso agli stessi come criterio generale di interpretazione di tale diritto (29).⁵¹⁶

In entrambi i casi, dunque, non si può ammettere l'applicazione del diritto dell'Unione Europea al caso di specie se non si ammette che la direttiva 2000/43/CE (con riferimento alla discriminazione sulla base della razza) e l'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sono applicabili ad una controversia tra privati. Questa considerazione tuttavia attiva un cortocircuito, che, come è noto, è dato dal fatto che il principio di attribuzione non vuole che la Carta e le direttive siano applicate ad una controversia tra privati. Proprio per questa ragione, la soluzione al dilemma sembra essere quella dell'applicazione in senso orizzontale al principio di non discriminazione sulla base della razza, come avvenuto in *Mangold* per l'età (e come potrebbe essere avvenuto in *Hay* per l'orientamento sessuale), alla controversia di cui sotto, come parametro costituzionale di validità al quale la disciplina interna deve conformarsi. E non si vede in effetti quale altra soluzione si potrebbe prospettare per evitare di ricadere nel cortocircuito, salvo invocare (come legittimamente parte della dottrina fa) l'applicazione delle direttive alle controversie tra privati. Anche l'avvocato generale si riferisce al fatto che i diritti fondamentali possono *avere un'incidenza* nelle controversie tra privati.

⁵¹⁵ *Deckmyn*, cit. par. 30.

⁵¹⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon in *Deckmyn*, cit. par. 78.

Pertanto, non deve sorprendere neppure che la costante giurisprudenza secondo cui il diritto secondario dell'Unione va interpretato conformemente al diritto primario, compresa la Carta (30), abbia un'incidenza anche quando si tratti di una norma di diritto derivato applicabile ai rapporti tra privati (31). In particolare, la Corte ha insistito sull'importanza di garantire un giusto equilibrio tra i diversi diritti fondamentali nei casi in cui possano entrare in conflitto tra loro (32). Come ha dichiarato la Corte in termini succinti ma efficaci, «non possono (...) esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che tali diritti fondamentali trovino applicazione» (33).⁵¹⁷

Per avere un'incidenza nelle controversie tra privati, i diritti fondamentali, che sono nell'ordinamento dell'Unione diretta emanazione dei principi generali del diritto (fra cui anche il principio di non discriminazione naturalmente) hanno davanti un bivio: o la Carta e le direttive sono applicabili anche alle controversie tra privati, e questo richiede allo stato attuale una modifica dei Trattati, oppure si ammette che, con un qualsivoglia ruolo di supplenza o sussidiario (che è peraltro tipico delle tutele costituzionali, ragione per cui in quasi nessun ordinamento vi è accesso diretto alle Corti da parte degli individui) e fintanto che i Trattati non saranno modificati, è il principio di non discriminazione sulla base della razza ad essere applicabile alle controversie tra privati ed a imporre al giudice nazionale, nella sua veste di giudice dell'Unione, di riconoscere in giudizio il diritto dell'autore originale della vignetta a che la sua opera d'ingegno non venga utilizzata per discriminare direttamente sulla base della razza.

Dall'analisi della sentenza in parola si possono ricavare alcune considerazioni. Il principio di non discriminazione sulla base della razza è un principio *autonomo*, nel senso che non dipende necessariamente dal contenuto dei Trattati o della legislazione derivata e *sussidiario*, nel senso che è applicabile soltanto qualora la legislazione interna (anche costituzionale) e europea non siano esse stesse applicabili. Agisce dunque da parametro di conformità e da fonte di diritti per i singoli in giudizio, a conferma del ruolo singolare che esso interpreta all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

⁵¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon in *Deckmyn*, cit. par. 79.

Capitolo IV

Il divieto di discriminazione sulla base della religione e del credo

1. La tutela del credo religioso nel diritto dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

La tutela della discriminazione religiosa è un fenomeno relativamente nuovo all'interno del diritto dell'Unione Europea⁵¹⁸ e nel diritto europeo in generale, ma estremamente rilevante. Se infatti altri fenomeni discriminatori più diffusi, quali la discriminazione sulla base della nazionalità, la parità di genere e la non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, stanno subendo un lento processo di riduzione della complessità delle loro manifestazioni, l'inverso sta avvenendo riguardo alla discriminazione religiosa. Per questo è molto importante capire in che modo potere declinare la tutela di questo aspetto del principio di non discriminazione, che è sicuramente centrale ai fini dell'individuazione di una identità costituzionale dell'Unione Europea.

Innanzitutto, questo fenomeno discriminatorio è legato al progressivo recupero della centralità all'interno dello spazio pubblico che le diverse religioni (in particolare quelle monoteiste) hanno riacquisito negli ultimi due decenni, dando vita ad un aumento esponenziale delle necessità di tutela. Vi sono poi numerose sette o piccoli gruppi di persone che vivono secondo i dettami o i precetti di vita di persone molto

⁵¹⁸ Si veda L. DE GREGORIO (ed.), *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2012. L. ZUCCA, C. UNGREANU, *Law, religion and state in the New Europe*, Cambridge University Press, 2012. R. MCCREA, *Religion and the public order of the European Union*, Oxford University Press, 2010.

carismatiche⁵¹⁹ che spesso aspirano ad acquisire lo status di religione all'interno dei vari stati nazionali, ma anche ai fini di assicurarsi la tutela promossa dall'Unione Europea o dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Il moltiplicarsi delle situazioni meritevoli di tutela crea necessariamente delle tensioni all'interno del diritto di cui si parla: da un lato c'è la discriminazione nei confronti dei soggetti che appartengono ad un determinato credo. Dall'altro, vi è spesso anche la discriminazione perpetrata nei confronti di coloro che non appartengono a nessuna religione. Proprio per questo, nelle costituzioni moderne la tutela della libertà religiosa è sempre stata affiancata alla tutela della libertà di pensiero. Anche l'Unione Europea ha accettato e promosso questo schema, includendo la libertà religiosa all'interno della tutela dei diritti fondamentali accanto alla libertà di pensiero all'articolo 10 della Carta, e ripetendo il medesimo schema all'articolo 21⁵²⁰. La tensione espressa dalla libertà di religione e dalla libertà dalla religione è espressa molto bene proprio dalle parole dell'articolo 10, "*religione o convinzioni personali*", che rappresentano in effetti il punto maggiormente spigoloso della questione: non solo la libertà di essere liberi di aderire ad una religione in particolare, ma anche quella di cambiare religione o addirittura di non aderire a nessuna. Vi è poi un terzo tipo di discriminazione basata sul credo religioso: quella delle persone appartenenti a specifiche minoranze religiose in paesi con forti maggioranze di credi differenti⁵²¹.

⁵¹⁹ Per esempio il caso dei raeliani, giunto perfino all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, o quello di Scientology nel caso *Van Duyn*, che però non era fondato tanto sulla libertà religiosa quanto sulla limitazione della libertà di circolazione di un lavoratore. Sul punto si veda L.S. ROSSI, *Diritto, religioni, diritti fondamentali: la via dell'Unione Europea*, in S. CANESTRARI (eds), *Laicità e diritto*, Bononia University Press, 2007.

⁵²⁰ Art. 21 CFUE: E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, sulla razza, sul colore della pelle, origine etnico/sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali [...].

⁵²¹ Si veda per esempio il famoso caso *Kokkinakis contro Grecia [CEDU]*, riguardante la discriminazione perpetrata da parte delle autorità greche nei confronti di un Testimone di Geova, ripetutamente incarcerato in diversi periodi di tempo fra gli anni '50 e gli anni '80.

Per quanto riguarda l'analisi della tutela del fenomeno religioso (e a-religioso) in Europa, non è sufficiente, come per altre parti di questo lavoro, limitarsi all'ambito dell'assetto legislativo e istituzionale dell'Unione, ma bisogna anche prendere ispirazione dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'interpretazione che ne ha dato la sua Corte. Come è già stato osservato, lo status di principio generale di diritto accordato alla Convenzione e la prospettiva ormai imminente dell'adesione dell'UE alla Cedu rendono necessario guardare a Strasburgo quasi come se fosse ormai diventata parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Questo è tanto più vero in un ambito, quello della discriminazione sulla base dell'orientamento religioso, dove la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ridotta al lumicino, mentre quella della Corte di Strasburgo è molto più fiorente (anche se anche essa relativamente recente).

Come si spiega l'asimmetria fra la crescente domanda di tutela (e regolamentazione) e la minore offerta da parte della giurisprudenza⁵²²? Per quanto riguarda l'Unione Europea, la radice è soprattutto nelle teorie funzionaliste e neofunzionaliste⁵²³ che hanno guidato il processo di integrazione nei primi decenni, che, come risaputo, era dedicato quasi solamente all'integrazione economica. Il fenomeno religioso, che per alcuni decenni era ampiamente contingentato all'interno dei confini nazionali, costituiva un problema che veniva trattato in maniera più soddisfacente all'interno degli stati membri (e per certi versi è così ancora oggi).

L'aumento dei processi di immigrazione, uniti al progressivo crescere della complessità e del numero delle nuove religioni, hanno portato però ad una esigenza di regolamentazione a livello europeo in particolare per rispondere alle esigenze del mercato del lavoro. Questo ha condotto all'emanazione di una direttiva quadro⁵²⁴,

⁵²² Si veda N. BAMFORTH, M. MALIK, C. O' CINNEIDE, *Discrimination law : theory and context : text and materials*, London, Sweet and Maxwell, 2008.

⁵²³ Si veda, fra tanti, B. HAAS, *The Uniting of Europe, Political, Social and Economic forces*, Stanford University press, 1968.

⁵²⁴ La Direttiva 2000/78/CE.

chiaro esempio di armonizzazione “*de minimis*”, che però costituisce il punto di riferimento (oltre agli onnipresenti Trattati e alla Carta) dello *status quo* della tutela della discriminazione religiosa.

2. La tutela offerta alla discriminazione religiosa dalla direttiva 2000/78/CE e l’eccezione: il *genuine occupational requirement*

Questa direttiva, che è applicabile anche in altri ambiti del principio di non discriminazione (primo fra tutti la discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale, di cui è uno dei pochissimi punti di riferimento esistenti), assicura una tutela orizzontale nei confronti della discriminazione religiosa sul luogo di lavoro. Essa è indirizzata dunque, innanzi tutto, alla regolamentazione dei rapporti fra datore di lavoro e lavoratore, per evitare che si verifichino fenomeni di discriminazione nell’esecuzione dei contratti di lavoro. Questa direttiva si va ovviamente a comporre con la tutela offerta a livello nazionale, che però è soprattutto il risultato della sua implementazione.

Con riguardo al fenomeno religioso, di cui ci occuperemo all’interno del presente paragrafo⁵²⁵, il punto di maggiore interesse della direttiva è senza dubbio l’introduzione di eccezione alla tutela contro i licenziamenti (o le mancate assunzioni) per motivi religiosi, che si sostanzia nell’espressione del concetto di “*genuine occupational requirement*”. L’articolo 4 della direttiva, infatti, stabilisce che il licenziamento per motivi religiosi possa avvenire qualora si verifichino circostanze che diano luogo all’impossibilità dell’esecuzione del contratto di lavoro. In altre parole, qualora la mansione a cui il soggetto è adibito non potrebbe più essere da lui svolta in maniera credibile.

Ma quando si verifica questa condizione? Paradossalmente, per lo più quando il datore di lavoro è esso stesso una organizzazione religiosa (un tipo particolare delle c.d. organizzazioni di tendenza di cui all’art. 4.2 della detta direttiva). Si creano dunque

⁵²⁵ Altri passaggi della stessa direttiva (in particolare quelli relativi all’inversione dell’onere della prova) verranno affrontati nel paragrafo 3 e 4 del presente capitolo, sulla non discriminazione sulla base dell’orientamento sessuale e sulla parità di trattamento fra uomo e donna.

delle differenze di vedute, o a volte persino delle differenze di azione, che rendono necessario (questo è quantomeno quello che viene sostenuto dall'organizzazione religiosa) terminare il rapporto di lavoro. Può essere per esempio il caso di un professore di religione cattolica convertito ad altra religione, o di un professore impiegato in un istituto universitario a ispirazione religiosa che apertamente disattenda le opinioni del proprio datore di lavoro. Si afferma dunque un principio, che costituisce una eccezione nel panorama della legislazione antidiscriminatoria, che sostiene l'esistenza di una vera e propria autonomia delle organizzazioni religiose nei confronti dell'intrusione dello stato.

Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose⁵²⁶ non si è però formato all'interno dell'Unione Europea, bensì all'interno della giurisprudenza della Corte Edu. Affermare l'autonomia delle organizzazioni religiose è però un fattore importante per l'identità costituzionale europea, perché senza di essa non vi è una chiara delimitazione dei rapporti fra Chiesa e Stato. Pertanto, potrebbe essere una buona soluzione per l'Unione Europea e la Corte di Giustizia attingere a questo principio della giurisprudenza della Cedu, con gli opportuni correttivi resi necessari dalla differente natura degli ordinamenti. Questo permetterebbe innanzi tutto di dare corpo all'articolo 4.2 della direttiva 2000/78/CE, e nello stesso tempo di riaffermare la divisione dei rispettivi ambiti di competenza fra lo stato e le organizzazioni religiose.

3. Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza della Cedu

Come anche per l'Unione Europea, la tutela della libertà religiosa in generale, e quella della autonomia religiosa in particolare, sono ambiti che sono giunti all'attenzione della Corte Europea dei Diritti Umani in tempi relativamente recenti. Il primo caso in cui si può trovare tracce di questo principio di autonomia è probabilmente *Otto Preminger*

⁵²⁶ Sul punto si vedano in particolare C. EVANS, A. HOOD, *Religious autonomy and Labour Law: A comparison of the jurisprudence of the United States and the European Court of Human Rights*, Oxford Journal of Law and Religion, Vol. 1 (2012), pp. 81-107. I. LEIGH, *Balancing religious autonomy and other human rights under the European Convention*, Oxford journal of law and religion, Vol.1 (2012), pp.109-125.

*Institute v Austria*⁵²⁷, relativo al sequestro di materiale fotografico e cinematografico ritenuto offensivo verso i credenti della Chiesa Cattolica. Ciò che porta a ritenere questo caso un embrione del principio sviluppatosi poi molti anni dopo è il fatto che la Corte di Strasburgo, così come le corti nazionali coinvolte, abbiano accettato che la determinazione del contenuto offensivo fosse fatta dalle associazioni religiose, e non dallo Stato. In questo modo, i giudici di hanno tutelato la libertà religiosa delle chiese e compreso, forse eccessivamente, la libertà di espressione dell'associazione che voleva proiettare i filmati ritenuti offensivi.

Questo caso, tuttavia, si distingue anche per essere, con *Kokkinakis contro Grecia*⁵²⁸, uno dei primi esempi di tutela della libertà religiosa offerta dalla Cedu fin dalla sua fondazione. Da quella prima sentenza *Preminger*, che vedeva prevalere la libertà religiosa sul bilanciamento con altri diritti fondamentali⁵²⁹, l'atteggiamento generale della Corte di Strasburgo nei confronti della detta libertà è poi cambiato in maniera sostanziale. Alcune sentenze a favore del divieto di esibire in pubblico simboli religiosi come veli e *hijab* (fra tutti *Leyla Sahin contro Turchia*), avevano fatto ritenere che la tendenza della Corte fosse quella di privilegiare l'approccio alla francese nei confronti della libertà religiosa. Un approccio, figlio della lunga tradizione di netta separazione fra potere secolare e potere religioso che caratterizza la storia di questo paese, che promuove una forte imparzialità dello stato nei confronti del potere religioso. Un approccio fortemente secolarizzato insomma, che tende ad escludere il fattore religioso dalla sfera pubblica. Taluni hanno definito la laicità alla francese anche come

⁵²⁷ *Otto-Preminger-Institut contro Austria*[CEDU], Sentenza n.13470/87, del 20 Settembre 1994.

⁵²⁸ Citato *supra*, nota 4.

⁵²⁹ Punto su cui, è bene specificarlo, la Corte di Strasburgo assicura un margine di apprezzamento estremamente ampio, in un senso (cioè a favore della libertà religiosa) come nell'altro (cioè a favore di altri diritti fondamentali, come la libertà di espressione, di educazione, o la privacy). Quando si tratta di bilanciare fra diritti fondamentali concorrenti, infatti, la CorteEdu preferisce soprattutto rimettersi alla decisione dello Stato ed esercitare una sorta di *self-restraint*, come vedremo poi essere accaduto proprio riguardo al principio di autonomia religiosa.

“secolarismo aggressivo”, utilizzando forse un’espressione morfologicamente troppo forte, ma che rende l’idea della *conventio ad excludendum* della religione dallo spazio pubblico.

Certamente, la reazione di totale separazione tipica dell’ordinamento francese non è fatta tanto per un disfavore nei confronti del fattore religioso, quanto piuttosto per stabilire dei limiti molto chiari ai rapporti fra stato e religioni. Questo approccio, che rifiuta decisamente le diverse forme di multiculturalismo, si è però provato molto duttile alla conservazione dell’identità nazionale francese, sempre molto diffidente nei confronti dei fenomeni di migrazioni provenienti in modo particolare dai paesi islamici.

Il caso *Leyla Sahin*⁵³⁰, infatti, è stato fortemente influenzato da questo approccio. Il governo turco, che nell’ultimo decennio ha profuso molti sforzi nell’apparire sempre più secolarizzato e indipendente dalla religione islamica di maggioranza, aveva impedito ad una ragazza credente di esibire il proprio velo in pubblico, nello specifico, ad un esame tenutosi presso l’Università dove studiava medicina. La ragazza, esauriti i rimedi interni, adiva la Cedu. La Corte, in maniera quasi inaspettata, decideva (salvo l’opinione dissenziente del giudice Tulkens) di avvalorare la sentenza del giudice turco che impediva l’esibizione del velo. Il valore di questa sentenza è stato ribadito anche in altre occasioni, come nella sentenza *Dalhab contro Svizzera*⁵³¹, che nel caso *Dogru contro Francia*⁵³², entrambi conclusi con la Corte che confermava le decisioni dei giudici nazionali di impedire l’esposizione del velo. Molto interessante anche la sentenza *Buscarini e al. contro Repubblica di San Marino*⁵³³, che ribadiva come non fosse consentito obbligare i parlamentari neoeletti a partecipare ad una cerimonia di investitura che prevedeva un giuramento sul Vangelo.

⁵³⁰ Sulla questione del velo si veda S. MANCINI, *Between crucifix and veils: Secularism and religion as guarantors of cultural convergence*, *Cardozo Law Review*, (2009), vol. 30, n. 6, pp. 262-268.

⁵³¹ *Dalhab v Switzerland*, application N. 42393/98 of the 15th of February 2001.

⁵³² *Dogru v France*, application N. 27058/05 of the 4th of December 2008.

⁵³³ *Buscarini e al. contro Repubblica di San Marino*, sentenza n. 24645/94 del 18 Febbraio 1999.

L'approccio francese alla laicità ha trovato applicazione per un certo periodo anche alla questione dell'autonomia delle organizzazioni religiose. Il "gancio" è stato offerto dal caso di un professore italiano, Lombardi Vallauri⁵³⁴, a cui l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano nel 1998 non rinnovava il contratto per l'insegnamento della Filosofia del Diritto, dopo averglielo confermato ininterrottamente da circa metà degli anni '70. Il professor Vallauri, infatti, si era più volte esposto sia pubblicamente che durante le lezioni esprimendo opinioni e sostenendo teorie apertamente in contrasto con la c.d. dottrina sociale della Chiesa Cattolica. Per questo motivo, l'autorità ecclesiastica competente dava parere negativo al rinnovo del suo incarico, ritenendo che non fosse più adatto a ricoprire l'insegnamento della materia all'interno dell'Università Cattolica. Esauriti i rimedi interni, il Professor Vallauri adiva la Corte Edu, e otteneva il risarcimento per la decisione dell'autorità ecclesiastica, perché a parere della Corte non sufficientemente motivata né dotata di adeguate garanzie procedurali per la sua impugnazione.

Così facendo, la Corte conduceva di fatto una valutazione sulla opportunità o meno del licenziamento, stabilendo che la persona coinvolta poteva continuare esercitare la sua professione (o comunque ricevere adeguato risarcimento). In questo caso, dunque, la valutazione sulla sussistenza di un *genuine occupational requirement* (non a caso la sentenza della Corte Edu cita fra il materiale legislativo rilevante la direttiva 2000/78/CE, che sembra essere effettivamente la sorgente cui la Corte importa concetti e terminologia) veniva sostanzialmente sottratta alla potestà dell'organizzazione religiosa e rimessa alla Corte di Strasburgo (o a quel punto ad una corte nazionale). Il bilancio di questa sentenza, comunque emanata nel 2009 e dunque non così lontana nel tempo, era che l'autonomia delle organizzazioni religiose nel valutare l'opportunità di un licenziamento (o, come nel caso di specie, di un non rinnovo) andasse legata

⁵³⁴ *Lombardi Vallauri contro Italia*, sentenza n. 39128/05, del 20 Ottobre 2010.

strettamente ad una valutazione sulla sussistenza di requisiti sostanziali e procedurali da parte delle corti di volta in volta coinvolte⁵³⁵.

Questo atteggiamento, come hanno sostenuto alcuni in dottrina⁵³⁶, rischiava in effetti di compromettere l'assetto dell'autonomia religiosa concepita nel modello legislativo della direttiva 2000/78/CE, ma nello stesso tempo favoriva l'esercizio di altre libertà fondamentali, quale per esempio la libertà di espressione.

La Corte, nelle successive sentenze sull'argomento, sembra però muoversi verso una posizione più conciliante. Due sentenze molto importanti, *Obst contro Germania*⁵³⁷ e *Schuth contro Germania*⁵³⁸, vengono emesse dalla Quinta Sezione della Corte di Strasburgo nello stesso giorno. Sono in effetti due sentenze gemelle, che oltre alla data della motivazione hanno in comune anche i fatti della causa. In entrambi i casi si tratta del licenziamento di un dipendente di una organizzazione religiosa che intratteneva rapporti extraconiugali con un'altra donna. Nel primo caso si tratta di un aderente alla Chiesa Mormone, che era impiegato presso la stessa con un alto incarico di rappresentanza (dirigente per l'Europa per le pubbliche relazioni). Dunque, a causa della sua relazione extraconiugale, che aveva assunto ormai una dimensione pubblica, il signor Obst veniva giudicato non più in grado di continuare un rapporto di lavoro che prevedeva, fra l'altro, di riflettere l'immagine pubblica della Chiesa cui apparteneva.

⁵³⁵ Un approccio simile a quello della sentenza *Vallauri* si è ritrovato anche riguardo all'esposizione dei simboli religiosi cattolici. Si veda in particolare la prima sentenza *Lautsi contro Italia*, sentenza n. 30814/06 del 3 Novembre 2009, dove la Corte dichiarava che l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche poteva influenzare l'educazione dei piccoli allievi. La sentenza è stata poi rovesciata in appello, dove la Camera Grande ha ritenuto di dovere garantire il margine di apprezzamento all'Italia.

⁵³⁶ Si veda C. EVANS, op. cit. *supra*, nota 7, laddove afferma che effettivamente il mantenimento di una tale posizione da parte della Corte avrebbe provocato una eccessiva compressione dell'autonomia religiosa.

⁵³⁷ *Obst contro Germania*, sentenza n. 425/03 del 23 Settembre 2010.

⁵³⁸ *Schuth contro Germania*, sentenza n. 1620/03 del 23 Settembre 2010

Il signor Schuth, invece, era un organista alle dipendenze della diocesi di Essen, in Germania, e anche nel suo caso l'adulterio veniva giudicato causa sufficiente a giustificare la mancanza di un *genuine occupational requirement* e dunque licenziato.

La Corte, nei due casi citati, sembra adoperare un linguaggio ed un approccio maggiormente prudente rispetto a quello adottato in *Lombardi Vallauri*. Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose, infatti, viene sottolineato come “fondamentale per lo sviluppo di una società pluralista”, mentre i requisiti sostanziali e procedurali precedentemente imposti vengono in parte mitigati. Innanzi tutto, non sussiste più una sorta di scrutinio sulla fondatezza della decisione della organizzazione religiosa, che viene lasciata quasi totalmente libera di decidere. Rimane però il diritto/dovere in capo all'organizzazione religiosa di motivare adeguatamente la sua decisione e di assicurare che vi sia la possibilità di impugnarla di fronte alla giustizia ordinaria (mentre in precedenza si parlava di adeguati rimedi avverso la decisione stessa, come se dovesse essere la stessa organizzazione religiosa a garantire, ancora prima della giustizia ordinaria, la possibilità di un appello di fronte a una commissione di saggi).

La Corte ribadisce invece la necessità della sussistenza di un legame fra la natura dell'impiego svolto e la decisione presa dall'autorità religiosa. Proprio in virtù di questo fattore, la Corte decide di accogliere il ricorso del caso *Schuth*, condannando la Germania per violazione del diritto alla vita familiare del soggetto coinvolto, mentre per quanto riguarda la sentenza *Obst* stabilisce che l'assenza o l'assottigliamento del vincolo di fiducia fra un dirigente ed il suo datore di lavoro (in questo caso l'organizzazione religiosa) sia sempre un motivo sufficiente per condurre ad un licenziamento. La decisione della Corte sembra questa volta più saggia, poiché risulta abbastanza evidente come nel caso del signor Schuth non fosse sussistente un legame rilevante fra la decisione dell'autorità religiosa di licenziare l'organista e il fatto che egli avesse intrattenuto rapporti extramatrimoniali con altra persona. Mentre diverso è il caso *Obst*, dove evidentemente un soggetto che rappresenta pubblicamente una organizzazione religiosa può causare un danno di immagine ingente alla stessa se ne trascura pubblicamente gli insegnamenti.

La Corte, in un caso successivo, *Siebnhaar*⁵³⁹, conferma l'applicazione del medesimo criterio avvalorando il licenziamento di una dipendente di una parrocchia protestante che nel corso del suo rapporto di lavoro aveva cambiato religione, dalla Chiesa Cattolica alla Chiesa Universale (credo di ispirazione decisamente panteista). Si potrebbe anzi sostenere che il requisito di un legame fra la natura del rapporto di lavoro e la decisione del licenziamento si sia andato indebolendo da *Lombardi Vallauri* sino a *Siebnhaar*. Questa volta, infatti, la decisione dell'organizzazione religiosa di licenziare la signora Siebnhaar sembra avere un legame davvero labile con il suo impiego presso la parrocchia protestante, non fosse che la Siebnhaar era stata più volte riconosciuta a fare pubblicamente proseliti per il nuovo credo cui aveva deciso di aderire. Si afferma sempre di più dunque, la necessità di un forte legame di fiducia fra l'organizzazione religiosa e il dipendente, per evitarne il licenziamento anche laddove potrebbe essere discriminatorio.

4. L'autonomia religiosa nella più recente giurisprudenza della Cedu: il caso *Fernandez Martinez contro Spagna*

L'approccio pro-autonomia della Corte di Strasburgo nei confronti delle organizzazioni religiose non si è però espresso soltanto nell'avvalorare l'esercizio dell'autonomia religiosa fra soggetti privati, ma è arrivato persino a coinvolgere quei complicati intrecci fra pubblico e privato (considerati in molti stati al limite del principio di laicità) che rappresentano nei fatti l'eredità di una forte presenza pubblica svolta nella storia recente dell'Europa da parte delle confessioni religiose. E' questo il caso della sentenza *Fernandez Martinez contro Spagna*⁵⁴⁰, che non solo ha confermato la giurisprudenza precedente riguardo al principio di autonomia ma ha anche in qualche modo sdoganato un modello molto controverso: quello dei contributi statali agli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche.

⁵³⁹ *Siebnhaar contro Germania*, sentenza n. 18136/02 del 3 Febbraio 2011.

⁵⁴⁰ *Fernandez Martinez contro Spagna*, sentenza n. 56030/07 del 15 Maggio 2012.

Il caso in questione riguarda infatti un sacerdote, il reverendo Fernandez Martinez, il quale nel 1984 chiedeva alla Santa Sede di essere dispensato dall'obbligo di celibato per intrattenere una relazione con la donna che dopo qualche anno diventerà sua moglie. Nel 1991 il reverendo Martinez cominciava per conto della diocesi di Murcia l'insegnamento della religione cattolica all'interno delle scuole pubbliche.

Pertanto, quantomeno all'inizio del rapporto di lavoro, la condizione di sacerdote che aveva contratto matrimonio non costituiva secondo la diocesi locale un *genuine occupational requirement* che giustificasse la conclusione del contratto di lavoro. Questo presumibilmente perché la situazione familiare del sacerdote rimaneva essenzialmente privata, e non veniva a conoscenza di un numero tale di persone da suscitare un possibile turbamento nelle coscienze dei giovani studenti.

Dopo qualche anno, però, Martinez decide di aderire al "Movement for Optional Celibacy", associazione per l'abolizione dell'obbligo di celibato per i sacerdoti cattolici. La sua militanza assume anche una dimensione pubblica, poiché nel settembre 1996 l'associazione organizza una manifestazione con tutti i suoi aderenti, al fine di sensibilizzare l'opinione pubblica sulla condizione dei sacerdoti sposati. La manifestazione, però, non avrà mai luogo, poiché a causa della sovraesposizione dei media, molto interessati all'evento, la maggioranza dei partecipanti rifiuta di prendervi parte. Alcuni, giunti sul posto in macchina e comprese le condizioni a cui si doveva svolgere la manifestazione (e dunque l'esposizione pubblica a cui erano sottoposti), decidevano di tornare sui loro passi, con le loro famiglie. Il reverendo Martinez, tuttavia, riteneva di rimanere sul posto. Un giornale locale, *La Verdad*, dedicava all'evento ampio spazio, documentando anche la presenza della famiglia del signor Martinez, che veniva così promosso a paladino delle battaglie per l'abolizione del celibato.

Nel 1997 giunge al reverendo la notizia che la sua istanza per la sospensione dell'obbligo di celibato è stata accolta. Tuttavia, insieme alla sospensione giunge anche il sollevamento dall'incarico di insegnamento, salvo motivata opinione contraria del vescovo locale. Nel settembre 1997, il reverendo Martinez vede opporsi il rifiuto del

ministero al rinnovo del suo contratto di lavoro per l'insegnamento della religione cattolica.

5. Il ragionamento della Corte e la collocazione della sentenza rispetto alla giurisprudenza precedente

La Corte, con questa sentenza, provvede a chiarire quale siano effettivamente il significato e la portata del principio di autonomia delle organizzazioni religiose per l'Europa. Alla luce della prossima adesione dell'Unione Europea alla Cedu, queste indicazioni assumono il ruolo di riempire il vuoto lasciato sinora dalla giurisprudenza, che non ha visto richieste di rinvio pregiudiziale alla Cedu sull'articolo 4.2 della direttiva 2000/78/CE, e nello stesso tempo a dare corpo a concetto altrimenti molto sfuggente come quello di cui si tratta.

La sentenza fra quelle menzionate in precedenza rispetto alla quale si differenzia maggiormente è *Lombardi Vallauri*, rispetto alla quale si colloca proprio sul lato opposto della bilancia. Se infatti in *Vallauri*, come già detto, prevalevano decisamente le esigenze di tutela della libertà di espressione, nel caso di specie è al contrario la libertà religiosa che sembra espandersi in maniera notevole nei confronti delle altre libertà in gioco (questa volta, per esempio, la tutela della riservatezza).

Il ragionamento della Corte in questo senso sembra infatti essere volto a chiarire in che cosa consista il concetto di autonomia:

The autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society, and is thus an issue at the very heart of the protection which article 9 affords⁵⁴¹

Più avanti, la Corte poi stabilisce in maniera quasi perentoria quale sia l'atteggiamento che i giudici debbono tenere nell'esaminare quelle richieste che provengono proprio dall'esercizio della autonomia delle organizzazioni religiose:

In the Court's opinion, the requirements of the principles of freedom and neutrality preclude it from carrying out any further examination of the necessity and proportionality of the non-renewal decision, its

⁵⁴¹ *Ibidem*, par. 80.

role being confined to verifying that neither the fundamental principles of domestic law nor the applicant's dignity have been compromised.⁵⁴²

Entrambi i passaggi sono destinati in qualche modo a fare parlare di sé, perché vivificano un principio che resisteva (ed esisteva) soprattutto nella legislazione, e che non aveva ricevuto grande attenzione da parte della giurisprudenza. Tuttavia le prospettive per i prossimi anni, basandosi anche su di un'analisi comparata⁵⁴³, parlano di un probabile incremento del fenomeno delle cause provenienti da licenziamenti discriminatori che potrebbero essere giustificati sulla base del ricorso al *genuine occupational requirement*. Proprio per questo è interessante e doveroso proporre che la Corte di Giustizia tragga ispirazione dalla giurisprudenza della Cedu per dare un proprio significato al principio di autonomia religiosa. La posizione più accorta da prendere è probabilmente quella che sta in mezzo, e che è stata offerta dalla sentenza Schuth: per avvalorare un licenziamento deve essere venuto meno un forte legame di fiducia fra il soggetto coinvolto e l'organizzazione religiosa. E l'autonomia delle organizzazioni religiose deve potersi esprimere proprio in questo senso, nel prendere una decisione che altrimenti avrebbe potuto definirsi azzardata.

Casi come quello appena esaminato (*Martinez*), per quanto siano carichi di una forte attesa simbolica, proprio per il loro squilibrio possono essere destinati a facili rivolgimenti. Sono pertanto punti di passaggio molto importanti, ma è improbabile che la giurisprudenza si cristallizzi su posizioni così sbilanciate⁵⁴⁴ da un versante, lasciando così scoperto quello della libertà di espressione, della libertà di educazione e della tutela della riservatezza.

⁵⁴² *Ibidem*, par. 84.

⁵⁴³ Come quella effettuata da C. EVANS, op. cit. *supra* alla nota 7.

⁵⁴⁴ La sentenza *Martinez* è stata tuttavia confermata successivamente dalla Camera Grande, davanti alla quale era stata impugnata, che non ha dunque bilanciato la questione. E' chiaro tuttavia che la decisione della Corte si riferisce ad un paese, come la Spagna, in cui il margine di apprezzamento rispetto a questo genere di sentenze è maggiore. Al contrario, nei confronti di paesi quali la Francia, il margine di apprezzamento agisce invece per permettere il mantenimento in vigore di misure che apparirebbero, prima facie, discriminatorie (v. ad esempio il recente caso *SAS v. Francia*, in cui la Corte non si è opposta al divieto di portare il velo negli spazi pubblici che caratterizza la legislazione francese).

Capitolo V

Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

Delle questioni da affrontare in questa seconda parte rimane ancora non trattata quella inerente alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. In apertura è d'obbligo un cavata terminologico. Nella maggioranza dei testi legislativi e giurisprudenziali (come anche spesso in questo lavoro) si trova il riferimento alla dizione orientamento sessuale, piuttosto che a quella di identità sessuale. La questione è dovuta essenzialmente al fatto che l'identità sessuale è un fattore psicologico (di auto-consapevolezza) molto più ampio dell'orientamento sessuale (che ricomprende al suo interno), mentre l'orientamento è invece il risultato di una preferenza personale. E' chiaro che i termini, pur non essendo sinonimi, tendono a sovrapporsi. Tuttavia è sembrato maggiormente adeguato in questa sede riferirsi all'orientamento sessuale, vuoi perché vi è una specifica tutela avverso la discriminazione sulla base del sesso (che è un altro elemento dell'identità di genere), per cui per parlare di discriminazione sulla base dell'identità sessuale bisognerebbe ricorrere ad un argomento ben più complesso che ha al suo interno anche la discriminazione sulla base del sesso.

Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, per quanto sia stato incluso fin dal principio nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è un settore del diritto antidiscriminatorio sul quale il dibattito è molto aperto, e che pone problematiche interessanti.

Dunque, per capire quale sia il contributo offerto dalle due sfaccettature del principio di non discriminazione all'identità costituzionale europea è necessario capire l'importanza della loro tutela e l'evoluzione del loro sviluppo. Bisogna poi notare che in questo ambito oltre che la produzione legislativa e giurisprudenziale, che pure non manca, riveste una grande importanza il materiale istituzionale, in particolare *green paper*,

indagini scientifiche, sondaggi e rapporti annuali pubblicati sia in seno alla Commissione Europea che all'Agazia Europea dei Diritti Fondamentali. La ragione di questo impegno istituzionale si trova principalmente nella necessità di trovare punti di raccordo fra i diversi Stati membri, i quali applicano la legislazione europea vigente in modo molto diverso e non senza che sia l'intervento del giudice comunitario a riportarne la trasposizione nei binari della conformità al testo dei Trattati costitutivi.

C'è dunque una spinta molto forte che proviene dai livelli istituzionali più alti nell'adeguamento della legislazione vigente a degli standard che, oltre che legislativi, sono dettati dalla repentina evoluzione della società, alla ricerca di formule che vadano ogni volta a riflettere i cambiamenti e le esigenze sociali che si presentano. La rincorsa del legislatore nella regolamentazione di una realtà in continua evoluzione, per quanto sia uno sforzo che possa sembrare improbo, è una necessità dettata in parte anche dall'esigenza di mostrare il volto più umano delle istituzioni, e di mostrarne l'attenzione nei confronti dei bisogni della società.

1. La tutela della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'ordinamento dell'Unione Europea

La tutela avverso questo tipo di discriminazioni è data innanzitutto dalla direttiva quadro n. 2000/78/CE, seppure limitata all'ambito delle relazioni lavorative, nonché dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e dal testo dei Trattati. Dell'ipotesi di regolamentazione orizzontale avanzata nella proposta di direttiva COM 426 (2008) e tuttora all'esame del Consiglio dei Ministri sembra ancora prematuro parlare, anche se è evidente che una sua (sempre meno probabile) approvazione apporterebbe cambiamenti sostanziali al quadro normativo di riferimento.

Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁵⁴⁵ è dunque un tentativo di risposta alle esigenze di persone che, proprio per la loro differente concezione di sé, sostengono di essere oggetto di discriminazioni sul luogo di lavoro

⁵⁴⁵Su cui si veda in particolare WINTEMUTE, R. *Sexual Orientation and Human Rights: The United States Constitution, the European Convention, and the Canadian Charter*, Oxford University Press, 1997.

così come nella attribuzione di numerosi aiuti e o sussidi offerti dagli stati membri in tutte quelle situazioni in cui le relazioni personali e quelle lavorative si intrecciano.

Vi è poi una differente, ed ancora più complessa, sfaccettatura della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. In particolare, si argomenta⁵⁴⁶ che essa possa venire usata per garantire i diritti delle coppie di persone dello stesso sesso a fronte di situazioni nazionali in cui le loro differenti unioni non vengono riconosciute. Pertanto, la sfera di applicazione di questa tipologia di discriminazione si adatta in modo particolare alla rivendicazione del diritto di sposarsi o costituire un'unione riconosciuta delle coppie composte da persone dello stesso sesso.

E' bene tuttavia rimarcare dall'inizio quale sia la posizione dell'Unione Europea sul punto dei diritti alle coppie dello stesso sesso. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, nelle spiegazioni relative all'articolo 9, chiarisce:

«La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso.»⁵⁴⁷

Pertanto, la tutela assicurata dall'Unione Europea in questo ambito è, in ossequio al principio di attribuzione, limitata ai suoi poteri. L'Unione, infatti, non dispone delle competenze necessarie per regolamentare la materia del diritto di famiglia⁵⁴⁸. Rimane dunque in capo alle singole nazioni stabilire se concedere anche alle coppie di persone dello stesso sesso la possibilità di stabilire una famiglia secondo le rigide regole della convivenza matrimoniale, oppure se propendere per uno schema più flessibile. In ognuno di questi casi, le coppie dello stesso sesso dovranno essere equiparate alle coppie di sesso opposto che si trovano in una situazione comparabile.

⁵⁴⁶ WİNTEMUTE, R. & ANDENÆS M. (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

⁵⁴⁷ Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, doc. n. 2007/C 303/02.

⁵⁴⁸ Non ne ha peraltro nemmeno l'interesse, laddove il tema della concessione di determinate categorie di diritti alle coppie dello stesso sesso è oggetto di dibattiti molto sentiti a livello nazionale, e dove l'Unione correrebbe il rischio di essere identificata con uno dei due contendenti.

Questa posizione non è univocamente accettata in dottrina, ma non per questo è priva di senso. E' comunque assai più probabile che l'azione propulsiva dell'Unione Europea in questa materia si riveli soprattutto in azioni di sostegno collaterali (come peraltro già accaduto in sentenze come *Maruko* e *Romer*, *infra*) piuttosto che in vere e proprie prese di posizione in favore dei diritti delle persone dello stesso sesso.

2. Il riconoscimento della discriminazione fra orientamento sessuale e discriminazione sulla base del genere: il caso *Grant* e il caso *Cornwall*

La giurisprudenza sulla base della quale si è sviluppata la tutela nei confronti della non discriminazione basata sull'orientamento sessuale è stata inizialmente tormentata, in considerazione del fatto che il primo tentativo di ricomprenderne la tutela è stato quello di includerla all'interno della discriminazione di genere.

Il caso che ha di fatto permesso che discriminazione sul genere e sull'orientamento sessuale si intrecciassero è la sentenza *Cornwall*⁵⁴⁹. I fatti della sentenza espongono di un dipendente di un'articolazione amministrativa della Cornovaglia che viene licenziato a seguito di cambio di sesso⁵⁵⁰. La Corte inglese che come tutti i tribunali di quel paese è abituata ad avere a che fare con la tutela avverso le discriminazioni da molto tempo⁵⁵¹, chiedeva se la direttiva sulla parità di genere sul posto di lavoro permettesse di trattare nello stesso modo le persone transessuali e quelle con una orientamento sessuale definita. La risposta alla questione posta dalla Corte nazionale veniva data in modo particolare nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauero, il quale sosteneva che l'esigenza che il diritto si adeguasse prontamente ai cambiamenti della società (una sorta di interpretazione evolutiva) faceva necessariamente ricadere la tutela dei soggetti transessuali all'interno della tutela della parità di genere. Il soggetto, infatti, non veniva

⁵⁴⁹ C-13/94, *P. contro S e Cornwall City Council*.

⁵⁵⁰La discriminazione non era così facilmente identificabile: tuttavia il tempismo collegato al licenziamento unito al fatto che una volta dato l'avviso di licenziamento avessero detto alla ricorrente che non era necessario si ripresentasse sul posto di lavoro, faceva propendere per il licenziamento discriminatorio.

⁵⁵¹ Si ricorda che l'introduzione del primo *Antidiscrimination Act* in Regno Unito è del 1975.

discriminato perché uomo o perché donna, ma perché in transizione dallo status fisico e giuridico di uomo a quello di donna. Pertanto risultava socialmente poco accettabile, motivazione che, come correttamente veniva evidenziato nel parere dell'Avvocato generale, poco aveva a che fare con le capacità lavorative del soggetto coinvolto.

L'aporia argomentativa contenuta all'interno delle conclusioni dell'avvocato generale è comunque facilmente individuabile, poiché egli stesso ammette⁵⁵² come la mancanza di una precisa disciplina normativa lo costringa ad assicurare la tutela del ricorrente attraverso la qualificazione del soggetto transessuale come "discriminato in seguito al cambiamento di genere". Di fatto, dunque, mette a confronto due situazioni che, per quanto abbastanza simili, non sono comparabili e per questo richiederebbero una tutela legislativa *ad hoc*. Tutela che si esprime come gesto di consenso politico intorno ad una questione sicuramente travagliata.

La Corte, in ogni modo, decide di dare seguito alle conclusioni dell'Avvocato generale, e di attivare dunque la direttiva sulla discriminazione di genere come paracadute per la tutela di un soggetto che era effettivamente discriminato in quanto transessuale, ma che, per mancanza di una disciplina legislativa espressa non poteva trovare facile collocazione nel quadro normativo vigente.

E' verosimile dunque che, per quanto la volontà della Corte di tutelare e proteggere i "soggetti deboli" sia nota a tutti, la stessa non avrebbe potuto ripetere un'altra volta l'argomentazione usata in precedenza senza un intervento del legislatore.

Ed è proprio per questa ragione per cui la sentenza successiva, *Grant contro South West Train*⁵⁵³, si discosta dal precedente di *Cornwall*.

La sentenza della Corte questa volta riguardava un particolare sussidio (una *travel allowance*) che prevedeva un rimborso consistente per il coniuge del lavoratore che si spostava per raggiungerlo a seguito delle sue trasferte. La domanda della ricorrente,

⁵⁵²Cfr. paragrafo 24 delle conclusioni dell'Avvocato generale in *Grant* «*In definitiva, sono ben consapevole di chiedere alla Corte una scelta coraggiosa. La chiedo però profondamente convinto che qui è in gioco un valore universale, fondamentale, scolpito in maniera indelebile nelle moderne tradizioni giuridiche e nelle Costituzioni dei paesi più evoluti [...] l'irrelevanza del fattore sesso rispetto alla disciplina della vita di relazione. Chi crede in questo valore non può accettare l'idea che una norma consenta di licenziare una persona perché uomo, perché donna, o perché da uno dei due sessi (quale esso sia) passa all'altro [...]*»

⁵⁵³ C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant v South-West Trains Ltd.*

anche in questo caso, era inerente la possibilità di includere la nozione di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale all'articolo 119 del Trattato⁵⁵⁴, che impone la medesima retribuzione fra uomo e donna sul luogo di lavoro. Il sussidio di viaggio, per il suo carattere particolare, veniva assimilato ad una retribuzione.

La Corte, dunque, sviluppa una linea argomentativa alternativa a quella del caso *Cornwall*. Ritiene infatti che il precedente inglese sia limitato nella sua efficacia ai casi di cambiamento di sesso, e che non abbia influenza sulle questioni inerenti l'orientamento sessuale. Il transessuale viene discriminato come uomo o donna, non come persona il cui orientamento sessuale differente aveva causato il cambio di sesso. La lettura restrittiva della sentenza *Cornwall* convince perciò la Corte a proporre un'interpretazione che separa nettamente l'orientamento sessuale dalla discriminazione di genere. L'assenza di disposizioni normative in merito, infatti, a detta della Corte, non può essere interpretata estensivamente basandosi sulla maggiore tutela accordata contro la discriminazione sull'identità da altri organismi internazionali⁵⁵⁵, perché i diritti fondamentali non possono essere utilizzati per allargare l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione:

«Tuttavia, benché il rispetto dei diritti fondamentali che fanno parte integrante dei detti principi generali costituisca un presupposto della legittimità degli atti comunitari, tali diritti non possono di per sé comportare un ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato oltre i poteri della Comunità. [...]

Inoltre, nella comunicazione del Comitato dei diritti dell'uomo cui si riferisce la signora Grant, tale organo, che del resto non è un organo giurisdizionale e le cui constatazioni sono prive di valenza giuridica vincolante, si è limitato, come risulta dal testo stesso e senza fornire una motivazione specifica, ad «osservare che a suo parere il riferimento al 'sesso' di cui al n. 1 dell'art. 2 ed all'art. 26 deve essere considerato nel senso che ricomprende le preferenze sessuali».⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Poi art. 141 TCE ed ora articolo 157 TFUE, sul principio di parità di retribuzione fra sesso maschile e sesso femminile.

⁵⁵⁵ La ricorrente in modo particolare si riferiva al Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966 (raccolta dei trattati delle Nazioni Unite, vol. 999, pag. 171), in cui, a parere del Comitato dei diritti dell'uomo istituito conformemente all'art. 28, la nozione di «sesso» riguardava anche l'orientamento sessuale (comunicazione n. 488/1992, *Toonen/Australia*, constatazioni adottate il 31 marzo 1994, 50^a sessione, punto 8.7).

⁵⁵⁶ *Grant*, par. 45-46-

Un richiamo forte, dunque, al principio di attribuzione come limite alle interpretazioni estensive⁵⁵⁷, che escludeva che la posizione della signora Grant potesse ricadere all'interno del diritto dell'Unione Europea.

Bisogna tuttavia ammettere che questa sentenza appartiene ad un periodo della storia dell'Unione che è ormai stato superato da repentini cambiamenti legislativi. La Corte infatti fa appena cenno all'articolo 6 del Trattato (ora art. 19 TFUE), per chiarire che l'eventuale tutela proposta contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale possa venire soltanto da lì. Il quadro, dunque, negli anni successivi cambierà radicalmente, con l'entrata in vigore della direttiva 2000/78 nonché della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. E queste modifiche avranno effetti importanti sulla giurisprudenza degli anni successivi.

3. Il parallelo sviluppo della giurisprudenza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

Se Lussemburgo ha sviluppato, sia per propria iniziativa, sia per la considerevole spinta propulsiva delle istituzioni, una sua giurisprudenza ed ha favorito la crescita di un *acquis* istituzionale e normativo in merito alla discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, dall'altro lato Strasburgo non ha riconosciuto direttamente⁵⁵⁸ la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale fra gli ambiti protetti dalla Convenzione.

⁵⁵⁷ Limite che peraltro non sembra avere fermato la Corte o l'Avvocato generale nel precedente caso *P./S.*, e che rende bene l'idea di come fatti simili possano condurre a soluzioni molto diverse.

⁵⁵⁸ Si veda la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* (Prima Sezione), dove la Corte, al paragrafo 87, fa una vera e propria ricognizione della giurisprudenza esistente sul punto. *Schalk e Kopf c. Austria* (Prima Sezione), caso n. 30141/04, sentenza del 24 Giugno 2010, par. 87: «*The Court has dealt with a number of cases concerning discrimination on account of sexual orientation. Some were examined under Article 8 alone, namely cases concerning the prohibition under criminal law of homosexual relations between adults (see Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, Series A no. 45; Norris v. Ireland, 26 October 1988, Series A no. 142; and Modinos v. Cyprus, 22 April 1993, Series A no. 259) and the discharge of homosexuals from the armed forces (see Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI). Others were examined under Article 14 taken in conjunction with Article 8. These included, inter alia, different age of consent under criminal law for homosexual relations (L. and V. v. Austria, nos. 39392/98 and 39829/98, ECHR 2003-I), the attribution of parental rights (Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, ECHR 1999-IX), permission to adopt a child (Fretté v. France, no. 36515/97, ECHR 2002-I, and E.B. v. France, cited above) and the right to succeed to the deceased partner's tenancy (Karner, cited above).*»

L'articolo 14 della Cedu, infatti, riporta testualmente⁵⁵⁹:

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Dunque, al contrario di quello che accade nell'Unione Europea, ove la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ricomprende espressamente la non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale fra gli ambiti tutelati, la Cedu non offre una tutela diretta avverso questo tipo di discriminazione. Questo è stato considerato per lungo tempo un limite da alcuni autori (e anche da alcuni giudici, nelle loro opinioni dissenzienti), mentre da altri il comportamento della Corte è stato interpretato come una sorta di *self-restraint*, ovvero come riconoscimento della giurisdizione in materia da parte delle più alte Corti nazionali e comunitarie. Questo atteggiamento le ha comunque consentito di ergersi fra le altre Corti internazionali per la sua imparzialità e la sua autorevolezza.

D'altro canto però, per risolvere il problema della giurisprudenza sull'orientamento sessuale che si è presentata alla sua attenzione, la Corte ha fatto per lo più ricorso all'articolo 8 della Cedu, (in combinato disposto con il 14) che tutela invece la vita privata e familiare. Questo a dimostrare una volta di più come sul caso dell'orientamento sessuale i confini fra i vari diritti protetti dalle Carte europee si confondano, prima sulla tutela di genere, poi sull'uguaglianza pura, ed infine sulla tutela della vita privata e familiare.

I casi principali che ci consentono di comprendere l'evoluzione della tutela offerta nella Cedu avverso le discriminazioni sull'orientamento sessuale⁵⁶⁰ sono, fra i tanti: 1) *Frettè*

⁵⁵⁹ Si vedano alcune illustrazioni fatte in dottrina sull'atteggiamento tenuto dalla Corte sul principio di non discriminazione: SCHOKKENBROEK, J. *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, European Human Rights Law Journal vol. 20, 1998. LIVINGSTONE, S. *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review, vol. 25, 1997.

⁵⁶⁰ Sul punto si veda DANISI, C. *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza*, Quaderni Costituzionali, 2009.

contro Francia⁵⁶¹, 2) *E. B. contro Francia*⁵⁶², 3) *Schalk e Kopf contro Austria*⁵⁶³, 4) *B. contro Austria*⁵⁶⁴, 5) *JM contro Regno Unito*⁵⁶⁵ e 6) *X contro Austria*⁵⁶⁶. Sono sentenze molto diverse fra di loro⁵⁶⁷, ma che come minimo comune denominatore hanno, per l'appunto, la possibilità che la tutela avverso la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale ricada soprattutto sul diritto alla vita privata ed alla famiglia. Un punto importante di questa giurisprudenza è il caso *Schalk*, nel quale la Corte, prendendo in considerazione la questione dal punto di vista della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, stabilisce che il combinato disposto fra l'art. 14 e l'art. 8 della Cedu non può giungere fino al punto di forzare gli Stati membri ad introdurre una legislazione che preveda la possibilità di unioni fra persone dello stesso sesso. Dall'altro lato, però, nella ancora più recente *X. contro Austria*, la Corte al paragrafo 99 precisa che la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale ricade espressamente all'interno della tutela offerta dall'articolo 14, sulla base quindi di una interpretazione evolutiva⁵⁶⁸ paragonabile a quella fatta dall'Avvocato generale Tesauro in *Cornwall*. Nel fare questo la Corte riprende in maniera abbastanza fedele la precedente sentenza *E. B. contro Francia*, nella quale aveva sostenuto una simile

⁵⁶¹*Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002.

⁵⁶²*E.B. c. Francia*, caso n. 43546/02, sentenza del 22 Gennaio 2008.

⁵⁶³*Schalk e Kopf c. Austria*, caso n. 30141/04, sentenza del 24 Giugno 2010. Si vedano i commenti di RAGNI, C. *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la sentenza Schalk e Kopf*, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, vol. 4, n.3, 2010. HODSON, L. *Case comment: A marriage by any other name? Schalk and Kopf v. Austria*, *Human Rights Law Review*, vol. 11, n. 1, 2011, pp. 170-179.

⁵⁶⁴*P.B. e J.S. c. Austria*, caso n.18984/02, sentenza del 22 Giugno 2010.

⁵⁶⁵*J.M. c. Regno Unito*, caso n. 37060/06, sentenza del 28 Settembre 2010.

⁵⁶⁶*X e al. c. Austria*, caso n. 19010/07, sentenza del 13 Febbraio 2013, dove si veda in particolare par. 99.

⁵⁶⁷Si veda ancora DANISI, C. *How far can the European Court of Human Rights go in the fight against discrimination? Defining new standards in its non discrimination jurisprudence*, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3/4, pp. 793-807.

⁵⁶⁸ Anche se, con riferimento all'operato della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sarebbe probabilmente più opportuno parlare di interpretazione dinamica (*interprétation dynamique*) del testo della Convenzione.

argomentazione per mettere sullo stesso piano l'adozione da parte di una singola persona eterosessuale con quella di una singola persona eterosessuale.

Anche nel caso *X contro Austria*, effettivamente, si trattava di un'adozione, che è notoriamente un tema molto importante per certi paesi membri. C'è da dire che nel caso di specie la normativa nazionale era particolarmente intrecciata: si era giunti al paradosso per cui la singola persona poteva adottare indipendentemente dal proprio orientamento sessuale⁵⁶⁹, mentre le persone coinvolte in una relazione con persone dello stesso sesso non potevano essere soggetti capaci di adottare. Riprendendo e rielaborando il ragionamento già fatto in *E. B. contro Francia*, la Corte riteneva dunque la decisione di non accordare l'adozione basata esclusivamente sull'orientamento sessuale⁵⁷⁰ capace di produrre una discriminazione:

The Court would repeat that Article 182 § 2 of the Civil Code contains an absolute, albeit implicit, prohibition on second-parent adoption for same-sex couples. The Government did not adduce any specific argument, any scientific studies or any other item of evidence to show that a family with two parents of the same sex could in no circumstances adequately provide for a child's needs. On the contrary, they conceded that, in personal terms, same-sex couples could be as suitable or unsuitable as different-sex couples when it came to adopting children. Furthermore, the Government stated that the Civil Code was not aimed at excluding same-sex partners from second-parent adoption. Nonetheless, they stressed that the legislature had wished to avoid a situation in which a child had two mothers or two fathers for legal purposes. The explicit exclusion of second-parent adoption in same-sex couples had only been introduced by the Registered Partnership Act in 2010, which had not been in force when the present case was determined by the domestic courts and was therefore not relevant in the present case.⁵⁷¹

Dunque non si può certamente accusare la Corte di Strasburgo di non avere fatto tutto quanto necessario, e peraltro anche qualcosa di più, nella tutela dei soggetti con orientamenti sessuali diversi da quelli della maggioranza. Tra l'altro bisogna tenere nella dovuta considerazione il fatto che la Corte abbia operato nel più assoluto vuoto

⁵⁶⁹ Per la verità, secondo la legge austriaca, anche le persone di sesso diverso impegnate in una relazione non matrimoniale potevano adottare.

⁵⁷⁰ Qui è interessante la considerazione della Corte che sottolinea come sia onere del governo (secondo la regola dell'inversione dell'onere della prova) dimostrare che non è avvenuta la discriminazione. Governo che, a detta della Corte, non aveva prodotto alcuna evidenza scientifica né di altro genere a supporto della sua posizione.

⁵⁷¹ *X e al. C. Austria*, par. 142.

legislativo, e nell'assenza di un concreto consenso esistente fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Non si può neanche pretendere, tuttavia, che intervenga *manu militari* su questioni sensibili e delicate quali i diritti matrimoniali e la differenza fra la tutela accordata alle coppie dello stesso sesso e coppie di sesso opposto, come richiesto dal ricorrente nel caso *Schalk*. Riportando fedelmente le parole della Corte:

Insofar as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another (see *Johnston and Others*, cited above, § 57). Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.⁵⁷²

Il ruolo della Corte di Strasburgo dopotutto, è quello di assicurarsi che la vera sostanza dei diritti fondamentali venga preservata, mentre nel caso dei c.d. diritti matrimoniali si può ben ritenere che la discrezionalità dell'introduzione di significative riforme rimanga in capo ai giudici ed ai parlamenti nazionali, lasciando al giudice europeo il compito di limare le ingiustizie che derivano dall'intreccio di questa o quella normativa nazionale. E' interessante tuttavia notare come la Corte in *Schalk* sembra aprire alla garanzia di diritti ulteriori rispetto a quelli matrimoniali come standard minimo di tutela dei diritti delle persone con diverso orientamento sessuale:

The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (see *Courten*, cited above; see also *M.W. v. the United Kingdom* (dec.), no. 11313/02, 23 June 2009, both relating to the introduction of the Civil Partnership Act in the United Kingdom).⁵⁷³

⁵⁷² *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 101.

⁵⁷³ *Schalk e Kopf c. Austria*, par. 105.

E' dunque con grande senso della misura ed avendo sempre come parametro il trattamento riservato negli stati membri alle persone con un differente orientamento sessuale che la Corte di Strasburgo si muove in un terreno molto pericoloso. Bisogna pur tuttavia ammettere che la strada da percorrere per trovare un equilibrio è ancora tanta, e che in questo senso è importante capire quale sia la dimensione della tutela della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale che appartiene allo zoccolo duro dell'identità costituzionale europea. L'esempio offerto dalla Corte nella sentenza *Schalk* è sicuramente interessante, anche se si rileva che ragionamenti esclusivamente basati sul principio di maggioranza (p.e. il mero conteggio degli stati che ammettono o meno determinate forme di tutela) sono armi pericolose, che possono destare la reazioni di paesi con forti tradizioni costituzionali sia nel senso della maggiore che della minore libertà accordata alle persone di differente orientamento sessuale, e che non sono particolarmente preoccupati dal fatto di essere minoranza.

4 La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle pensioni di reversibilità: *Tadao Maruko e Jurgen Romer*

Se il cammino del riconoscimento della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale è difficile e tormentato a Strasburgo, a Lussemburgo, dopo un inizio contrastato, le cose vanno decisamente meglio⁵⁷⁴. Se infatti si eccipisce il caso di un dipendente del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea al quale era stata negato⁵⁷⁵ il sussidio abitativo che le istituzioni accordano solitamente alle coppie sposate perché in una relazione stabile e riconosciuta in Svezia con persona dello stesso sesso, dall'altro lato si era giunti ad una soluzione alla questione del diritto dei transessuali di ottenere la trascrizione del cambiamento di sesso.

La Corte, infatti, giungeva a dichiarare incompatibile con l'articolo 141 del Trattato, ora 157 TFUE, la normativa nazionale inglese che impediva la registrazione del nuovo

⁵⁷⁴ Si veda sul punto TOGGENBURG, G.N. "LGBT" go Luxembourg: on the stance of Lesbian Gay Bisexual and Transgender Rights before the European Court of Justice, European Law Reporter n. 5/2008.

⁵⁷⁵ C-122/99 P e C-125/99P, *D. e Regno di Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea*, ECR I-4319.

nesso una volta che il soggetto si era sottoposto al trattamento chirurgico. Il caso in questione era *K. B.*⁵⁷⁶. La Corte di Giustizia aveva avuto in questo caso buon gioco, perché proprio qualche anno prima la Corte di Strasburgo aveva, nel caso *Goodwin*⁵⁷⁷, condannato il Regno Unito proprio sulla base della medesima legislazione che impediva la trascrizione del sesso del transessuale. La ragione profonda, della censura, nonché il punto cardine del ragionamento della Corte, è però un altro: la possibilità di permettere, attraverso la trascrizione del sesso della persona, il matrimonio dei transessuali, e di giungere tramite esso all'assegnazione dei diritti patrimoniali che ne conseguono.

Alcuni in dottrina⁵⁷⁸ hanno criticato la decisione della Corte, che pare interessarsi in questo caso di una questione non solo puramente interna, ma che finisce per avere un impatto sostanziale su questioni che ricadono al di fuori delle competenze dell'Unione. E se è vero che il principio di attribuzione è stato messo a dura prova negli ultimi anni, al punto da ritenere necessario un superamento, dall'altro lato nell'ultimo periodo la Corte, seppure in altro ambito⁵⁷⁹, lo ha ribadito con forza. Il faccia a faccia fra i difensori dell'ortodossia delle competenze e i sostenitori dell'ordinamento che vive ormai di vita propria hanno tuttavia dato vita ad un dibattito vivace che ha arricchito non poco la discussione nella materia. Per questo, sentenze come *K. B.*, *Maruko* e *Romer*, che per certi aspetti possono apparire meno convincenti, hanno sicuramente aiutato a ridare centralità alla questione aperta dell'Unione come fondata esclusivamente sul patto degli Stati membri o come organismo istituzionale vivente e per questo in continua evoluzione.

Anche in *Maruko*⁵⁸⁰, infatti, la Corte di Giustizia si occupa di un ambito che sta sulla “sottile linea rossa” che separa le competenze dell'Unione Europea da quelle degli Stati

⁵⁷⁶ C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health*, ECR I-541.

⁵⁷⁷ *Christine Goodwin c. Regno Unito*, caso n. 28957/95, sentenza del 1 Dicembre 1997.

⁵⁷⁸ Si veda fra tutti CARTABIA, M. *Taking Dialogue Seriously*, *European Constitutional Law Review*, 2009, pp.5-30.

⁵⁷⁹ Quello riguardante la tutela avverso le discriminazioni a rovescio, di cui si è già trattato in questo lavoro. Si considerino in particolare le sentenze *Dereci*, *Iida* ed *Ymeraga*.

⁵⁸⁰ C-267/06, *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

membri. All'attenzione della Corte, infatti, viene il caso del compagno (ai sensi della legge tedesca che fin dal 2001 prevede l'istituto delle unioni solidali) di un defunto contribuente alla cassa di previdenza integrativa riservata ai dipendenti dei teatri comunali tedeschi. Il compagno chiedeva dunque l'attribuzione della pensione di reversibilità nella stessa misura in cui essa veniva corrisposta ai coniugi sposati (superiore rispetto a quella dei conviventi dello stesso sesso), sulla base del fatto che essa veniva assimilata alla retribuzione ai sensi della direttiva 2000/78/CE, che proibisce la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale. La Corte, inaspettatamente per certi versi, affermava che la reversibilità della pensione nella stessa misura dei coniugi sposati fosse non solo augurabile, ma anche ammissibile. Questo perché la legislazione nazionale tedesca, a detta della Corte, metteva di fatto sullo stesso piano (o comunque su di un piano comparabile) il trattamento previdenziale riservato alle coppie di fatto con quello riservato alle coppie sposate. Questo rendeva dunque il signor Maruko oggetto di discriminazione, poiché la differenza di trattamento non era motivata né giustificata adeguatamente.

Un caso analogo, motivato in maniera ancora più convincente, è quello di *Romer*⁵⁸¹, nel quale il ricorrente è anche lui destinatario della pensione di reversibilità del compagno (appartenente però ad una cassa previdenziale differente rispetto a quella di *Maruko*). In entrambi i casi bisogna comunque rilevare che la Corte lascia alle corti nazionali l'onere di intraprendere il giudizio di uguaglianza della situazione fra la coppia sposata e quella coinvolta nell'unione fra persone dello stesso sesso, salvo ovviamente specificare che qualora la legislazione nazionale avesse messo in una relazione di eguaglianza o quantomeno di comparabilità le due situazioni, allora il giudice *a quo* non avrebbe potuto far altro che applicare la direttiva 2000/78.

In questo modo, dunque, la Corte di Giustizia tenta di tenersi fuori dalla polemica sulla "sottile linea rossa" che separa le competenze dell'Unione da quelle degli Stati membri: da un lato riafferma che la situazione di fatto presenta i presupposti dell'applicazione della direttiva 2000/78, ma dall'altro lascia al giudice nazionale la discrezionalità di

⁵⁸¹C-147/08, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*.

premere il grilletto. Come ha dunque notato Davies⁵⁸², questo è l'*activism relocated*. La Corte di Giustizia consapevolmente si chiama fuori dalla dialettica con le corti nazionali, e nello stesso tempo lascia delle linee guida ben precise, una traccia da seguire, per i giudici degli Stati membri. La sua posizione è esemplificata dal paragrafo 42 di *Romer*, in cui la Corte chiarisce il legame con la sentenza Maruko e con la questione del giudizio di uguaglianza che potrebbe esulare in parte le competenze dell'Unione:

«A questo proposito occorre sottolineare che, come risulta dalla citata sentenza Maruko (punti 6773), da un lato, non è necessario che le situazioni siano identiche, ma soltanto che siano paragonabili, e, dall'altro, l'esame di tale carattere paragonabile deve essere condotto non in maniera globale e astratta, bensì in modo specifico e concreto in riferimento alla prestazione di cui trattasi. Infatti, nella sentenza sopra citata, avente ad oggetto il rifiuto di concedere una pensione di reversibilità alla persona legata in unione civile ad un affiliato ad un regime di previdenza professionale poi deceduto, la Corte non ha effettuato una comparazione globale del matrimonio e dell'unione civile registrata all'interno dell'ordinamento tedesco, bensì, basandosi sull'analisi di tale ordinamento effettuata dal giudice autore della domanda di pronuncia pregiudiziale, secondo la quale nella legislazione tedesca si era verificato un ravvicinamento progressivo del regime istituito per detta unione civile a quello applicabile al matrimonio, ha evidenziato come tale unione civile fosse equiparata al matrimonio relativamente alla pensione vedovile.»⁵⁸³

La Corte, dunque, in questo modo si smarca dalle problematiche eventualmente insorgenti da una lettura eccessivamente lasca del diritto dell'Unione, e nello stesso tempo ribadisce l'importanza della tutela nei confronti delle persone con un diverso orientamento sessuale.

5 La sentenza *Accept* ed il problema dell'applicazione della tutela avverso le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale: gli effetti sui rapporti tra privati

⁵⁸²DAVIES, G. *Activism relocated. The self-restraint of the European Court of Justice in its national context*, Journal of European Public Policy, vol.19, n. 1, 2012, pp. 76-91.

⁵⁸³ *Romer*, cit. *supra*, par. 42.

Un ultimo caso che è giunto all'attenzione della Corte di Giustizia in merito alla questione della parità di trattamento fra uomo e donna è la sentenza *Accept*⁵⁸⁴. Il caso riguardava il presidente di una nota formazione di calcio rumena ed internazionale, lo *Steaua Bucarest*, che aveva rilasciato dichiarazioni⁵⁸⁵ piuttosto colorite avverso le persone omosessuali, dichiarando che non avrebbe mai assunto un calciatore omosessuale nella sua squadra. Le dichiarazioni erano state rese nel contesto di un'intervista in cui un giornalista gli chiedeva se il giocatore X (non nominato per ragioni di privacy) sarebbe mai stato messo sotto contratto dalla sua squadra. Sulla base di queste dichiarazioni, l'organizzazione non governativa *Accept*, che come scopo ha proprio di contrastare le discriminazioni, aveva sporto denuncia al *Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* (Consiglio Nazionale per la lotta contro le discriminazioni), responsabile a ricevere i ricorsi dei soggetti oggetto di discriminazione. Il Consiglio, però, si limitava ad emettere avverso il presidente e la squadra un ammonimento, poiché erano passati più di sei mesi dall'avvenimento dei fatti. *Accept* dunque ricorreva in giudizio ed il tribunale locale sollevava il rinvio pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia.

La novità della sentenza proposta è innanzi tutto il fatto che per la prima volta giunge all'attenzione della Corte un comportamento volto a censurare una discriminazione del tutto potenziale, perché non avvenuta o comunque senza evidenze chiare della sua verifica. Un caso, per dirla con i crismi della cronaca giornalistica, di omofobia. In secondo luogo, la sentenza chiama in causa l'effettività del sistema di *enforcement* previsto a livello nazionale a tutela delle situazioni di discriminazione che, ad onor del vero, sono la maggioranza.

⁵⁸⁴Caso C-81/12, *Asociația ACCEPT c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

⁵⁸⁵ Si riporta di seguito uno stralcio delle dichiarazioni rese dal presidente ed agli atti al par. 35 della sentenza «*Neppure se dovesse chiudere la [FC] Steaua, prenderei in squadra un omosessuale. Forse non è vero che è omosessuale, ma se invece lo fosse? Non c'è posto per un gay nella mia famiglia e la [FC] Steaua è la mia famiglia. Piuttosto che avere un omosessuale in campo, meglio prendere un junior. Non si tratta di discriminazione. Nessuno mi può obbligare a lavorare con qualcuno. Come loro hanno dei diritti, anch'io ho il diritto di lavorare con chi mi pare. [...] Anche se la [squadra attuale del giocatore di X] me lo desse gratis, non lo prenderei! Potrebbe anche essere il più grande attaccabrighe e il più grande ubriacone... ma se è omosessuale, non voglio più sentirne parlare*»

In particolare la Corte si chiede se la sanzione dell'ammonimento, l'unica prevista dall'ordinamento rumeno, sia, in questo caso, adeguata alla gravità dell'ipotesi discriminatoria posta in essere:

Tuttavia, nel caso di specie, incombe al giudice del rinvio appurare se una sanzione come un semplice ammonimento sia adeguata ad una situazione come quella del procedimento principale[...]. In proposito, la mera esistenza di un ricorso per responsabilità civile a norma dell'articolo 27 del decreto n. 137/2000, per il quale il termine di ricorso è triennale, non può, di per sé, ovviare ad eventuali carenze sul piano dell'effettività, della proporzionalità o del carattere deterrente della sanzione [...]

70. Peraltro, qualora emergesse che in linea di principio nell'ordinamento giuridico rumeno la sanzione dell'ammonimento viene inflitta unicamente in casi di infrazioni meramente marginali, tale circostanza indurrebbe a ritenere che detta sanzione non sia adeguata alla gravità di una violazione del principio della parità di trattamento ai sensi della summenzionata direttiva.⁵⁸⁶

Ma il punto di forse maggiore interesse è quello in cui la Corte ricorda che, qualora la disciplina nazionale non venga dal giudice *a quo* considerata come adeguata trasposizione della direttiva, allora il giudice, secondo le regole dell'effetto diretto, debba procedere alla disapplicazione della norma nazionale:

In ogni caso occorre ricordare che, in virtù di una consolidata giurisprudenza della Corte, quando una situazione rientra nell'ambito di applicazione di una direttiva, nell'applicare il diritto interno i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima [...].⁵⁸⁷

La norma nazionale in questione era, nel caso di specie, quella che prevedeva la prescrizione di sei mesi per le maggiori sanzioni, e che dunque rendeva di fatto esperibile come unico rimedio avverso dette dichiarazioni discriminatorie la sanzione dell'ammonimento.

Terminata l'analisi dei fatti, dunque, non è difficile vedere come l'applicazione della direttiva 2000/78/CE sia produttiva, seppure per via mediata, di effetti nei confronti delle due parti private del procedimento (da un lato *Accept* e dall'altro il presidente della squadra di calcio). Questo caso, dunque, ci fa riflettere su come la direttiva 2000/78 si

⁵⁸⁶ *Accept*, par. 69-70.

⁵⁸⁷ *Accept*, par. 71.

presti a spiegare i suoi effetti in modo particolare nei rapporti fra privati. E, anche se è evidente che qui i rapporti sono mediati da soggetti pubblici (il Consiglio nazionale per la lotta alle discriminazioni), non si può negare come gli effetti della direttiva ricadano incidentalmente sia sul presidente che sul soggetto discriminato (rappresentato, seppure indirettamente, da Accept). Per questo, dunque, si crea un a sorta di catena soggetto privato - soggetto pubblico - soggetto privato, che ricrea quell'effetto diretto triangolare⁵⁸⁸ che può essere considerato un valido surrogato dell'effetto diretto orizzontale (che, come è pacificamente accettato, è da escludersi per le direttive).

⁵⁸⁸Si veda in particolare la sentenza n. C-201/02, R (Delena Wells) contro Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions.

A partire dalle ricerche effettuate, si presentano le seguenti

Conclusioni

1. Il rango costituzionale del principio di non discriminazione nella gerarchia delle fonti del diritto dell'Unione Europea

Lo studio del diritto dell'Unione Europea come ordinamento costituzionale sta conoscendo una fase di ripensamento, soprattutto in una congiuntura politico-economica che non vede di buon occhio lo sviluppo di processi di costituzionalizzazione che siano trasversali alla dimensione nazionale. Queste considerazioni tuttavia paiono omettere di osservare che dallo studio della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sia per quanto riguarda la struttura del giudizio in generale che per quanto riguarda i singoli motivi di discriminazione trattati nella seconda parte di questo lavoro) e degli strumenti giuridici di diritto primario e derivato si possa desumere l'esistenza di un "ordinamento costituzionale" governato da principi, che, insieme ai valori ed ai diritti fondamentali, compongono l'identità costituzionale dell'Unione Europea. L'identità costituzionale, in mancanza di uno strumento formale, vive nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che dà la corretta interpretazione alle sue differenti componenti. Il principio di attribuzione delle competenze tuttavia agisce da contrappeso e da obiezione fondamentale all'esistenza di un ordinamento costituzionale, che non è limitato nel suo scopo materiale e personale. Questo principio esercita infatti una forza di attrazione su gran parte degli elementi che compongono l'identità costituzionale europea, e non permette di identificare con certezza la loro collocazione, che si ritiene interposta fra le costituzioni nazionali ed il diritto derivato. Per questo si parla correttamente dell'Unione Europea come ordinamento *quasi*-costituzionale. Tuttavia, come è piuttosto evidente in diversi punti della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione

Europea⁵⁸⁹, il principio di non discriminazione sfugge alla forza attrattiva del principio di attribuzione delle competenze (grazie soprattutto all'utilizzo sapiente da parte della Corte di Giustizia del principio del primato del diritto dell'Unione Europea sul diritto degli stati membri) e permette di collocarlo, nella gerarchia delle fonti, ad un livello paritario rispetto a quello delle costituzioni nazionali. Nella giurisprudenza sul principio di non discriminazione sulla base dell'età è, per esempio, particolarmente evidente che questo principio sfugge più volte, attraverso tecniche argomentative degne di nota, al limite dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione con riguardo, per esempio, all'impatto che un divieto di discriminazione sulla base dell'età può avere sui sistemi previdenziali nazionali (limite imposto dal diritto derivato, e più in particolare dalla direttiva 2000/78/CE). Un ulteriore esempio, forse quello più importante e più noto, è rappresentato dalla giurisprudenza che regola la parità di trattamento fra uomini e donne, che, pur essendo inizialmente limitata alla parità di trattamento nella sola retribuzione si è estesa a tutto l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, dal mondo del lavoro al recepimento di beni e di servizi. Ancora, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità costituisce forse il simbolo più evidente del rango costituzionale del principio di non discriminazione. Per quanto sia problematica la caratterizzazione delle situazioni di fatto che stanno alla base della giurisprudenza più famosa che regola questo divieto di discriminazioni è ormai riconosciuto in maniera sempre più evidente da una autorevole dottrina internazionale⁵⁹⁰ che in sentenze quali *Chen*⁵⁹¹ e *Zambrano*⁵⁹² la Corte si sia trovata davanti a delle situazioni puramente interne che non avrebbero potuto dare luogo all'applicazione del diritto dell'Unione. Tuttavia la particolare situazione in cui si trovavano i ricorrenti richiedeva all'Unione di agire per fare rispettare i loro diritti fondamentali. Per utilizzare un linguaggio che è comune alle tradizioni costituzionali

⁵⁸⁹Per citare gli esempi più rilevanti nella giurisprudenza sottolineata in questo lavoro: *Deckmyn, Hay, Zambrano, Kucukdeveci, Mangold*, tutti cit. infra.

⁵⁹⁰ V. G. DAVIES, *Legislative control of the European Court of Justice*, *Common Market Law Review*, 2014, vol. 6, pp. 1579 ss.

⁵⁹¹ Corte giust. 19 ottobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu e Man Lavette Chen contro Secretary of State for the Home Department*, Raccolta della giurisprudenza, Racc. 2004 I-09925.

⁵⁹² Corte giust. 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*, Causa C-34/09, Racc. 2011 I-01177.

degli stati membri, la Corte di Giustizia nella sentenza *Zambrano* applica un contro-limite: il principio di non discriminazione come limite all'azione degli stati nazionali nel momento in cui le disposizioni di diritto interno possono mettere a rischio i diritti fondamentali dei propri cittadini. L'ordinamento dell'Unione può dunque vincere il principio di attribuzione delle competenze qualora gli stati nazionali mettano in pericolo il nucleo fondamentale dei diritti conferiti dalla particolare condizione di cittadino europeo. L'utilizzo di questo criterio per risolvere le antinomie fra il diritto dell'Unione e quello degli stati membri consente di identificare proprio nel principio di non discriminazione sulla base della nazionalità il limite agli ordinamenti nazionali che non può essere violato dagli stati membri quando essi (quantomeno in apparenza) applicano il diritto interno.

2. Il principio di non discriminazione come catalizzatore degli effetti diretti degli strumenti normativi del diritto dell'Unione.

L'*effet utile* del diritto dell'Unione Europea è uno degli obiettivi che caratterizzano il suo ordinamento costituzionale. L'ordinamento dell'Unione infatti è un ordinamento improntato alla ricerca dell'efficacia ed esattezza dell'applicazione delle norme piuttosto che all'individuazione di una gerarchia. La necessità di assicurare l'efficacia del diritto dell'Unione si traduce nella giurisprudenza soprattutto nella dottrina degli effetti diretti. Attraverso la dottrina degli effetti diretti si dà la possibilità ai singoli di demandare l'applicazione del diritto dell'Unione Europea ai giudici nazionali, e di disapplicare la normativa interna senza dovere necessariamente chiedere l'intervento della Corte di Giustizia. Questo strumento, come è evidente per esempio dalla giurisprudenza sul principio di non discriminazione sulla base dell'età⁵⁹³, permette di risolvere contrasti fra il diritto dell'Unione e quello degli stati nazionali senza dovere ricorrere alle Corti supreme.

⁵⁹³ V. per esempio *Kucukdeveci*, cit. infra, dove il giudice nazionale chiedeva alla Corte di Giustizia se poteva disapplicare la disposizione nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione senza essere costretta, come avviene nell'ordinamento tedesco, ad attendere la pronuncia della Corte Costituzionale, e se nello stesso tempo era obbligata a riferire alla Corte di Giustizia per chiedere il permesso di procedere ad una tale disapplicazione comportante un contrasto fra il livello costituzionale centrale e quello europeo. La Corte rispondeva che il giudice nazionale era tenuto a disapplicare la norma in contrasto senza dovere in alcun modo ricorrere al giudice supremo, e senza alcun obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale.

E' naturale che un tale potere conferito ai giudici nazionali venga utilizzato con una certa discrezione, soprattutto quando i giudici nazionali agiscono in qualità di giudici costituzionali (in nome di un controllo di costituzionalità diffuso) dell'ordinamento dell'Unione, e vigilano sulla corretta interpretazione (tenendo conto naturalmente della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della facoltà di proporre una richiesta di rinvio pregiudiziale, nonché della giurisprudenza delle Corti Costituzionali nazionali) dei principi del diritto dell'Unione Europea, primo fra tutti il principio di non discriminazione. Il limite principale della teoria degli effetti diretti è però nella necessità di una norma di diritto derivato (il più delle volte) o primario (ma non è affatto detto, come dimostra la giurisprudenza sulla Carta e sui Trattati) che faccia da veicolo per l'applicazione del diritto dell'Unione sia alle controversie fra gli individui e gli stati membri che fra i privati. Questo limite si rivela soprattutto in quelle situazioni in cui si ritiene necessario applicare il diritto dell'Unione ad una controversia fra privati (realizzando così un caso di effetto diretto orizzontale) utilizzando come norma veicolo una direttiva. Il principio di non discriminazione infatti, se si eccettua quello a motivo della nazionalità di cui all'articolo 18 TFUE e quello a motivo del genere nella retribuzione di cui all'articolo 157 TFUE, non dispone di norme di diritto primario che si prestino ad essere applicate alle controversie fra stato e privati, ed è comunque tuttora oggetto di discussione se i citati articoli dei trattati possano essere applicati alle controversie fra privati.

Sulle norme di diritto derivato, la particolare delicatezza dei temi trattati dai progetti legislativi in materia di diritto antidiscriminatorio rende necessario dare applicazione alle competenze dell'Unione esclusivamente mediante lo strumento giuridico delle direttive. Come noto, la natura di questi strumenti giuridici rende quasi impossibile⁵⁹⁴ che diano luogo ad effetti diretti orizzontali senza dare luogo ad un obbligo giuridico nei confronti dei privati (e le direttive non possono stabilire obblighi per gli individui perché sono finalizzate soprattutto a stabilire degli obiettivi nei confronti degli stati membri dell'Unione). La teoria degli effetti diretti dunque entra in cortocircuito proprio a causa del contrasto fra le esigenze concrete e la natura specifica dello strumento

⁵⁹⁴ Il quasi è essenzialmente perché in un primo tempo, dopo che la Corte aveva garantito efficacia orizzontale all'articolo 119 TCE (ora 157 TFUE) nel famoso caso *Defrenne II*, cit. , si riteneva che, mediante una interpretazione per analogia, una simile efficacia potesse essere attribuita alle direttive. Poi *Marshall*, cit. ed infine *Dominguez*, cit. hanno ribadito che questo non è possibile.

giuridico che si vorrebbe utilizzare come veicolo del diritto dell'Unione. Una possibile soluzione a questo problema può essere trovata nell'utilizzo dello strumento dei principi generali del diritto, ed in particolare nel principio di non discriminazione, per il ruolo fondamentale che riveste all'interno dei principi generali di diritto dell'Unione. Il principio di non discriminazione infatti si presta ad essere attuato alle controversie tra privati in vece delle direttive. Questo si può vedere in particolare da tre delle sentenze della Corte di Giustizia analizzate, dove a prima vista si potrebbe pensare ad un caso di applicazione di una direttiva ad una controversia fra privati, mentre in realtà è stata data applicazione al principio di non discriminazione (o ne è stata consigliata l'applicazione come parametro di validità della norma nazionale al giudice nazionale nelle sue funzioni di giudice dell'Unione). In *Kucukdeveci*⁵⁹⁵ la Corte applica il principio di non discriminazione ad una controversia tra privati inerente l'applicazione del divieto di discriminazione sulla base dell'età. In *Hay*⁵⁹⁶ la Corte applica la direttiva 2000/78/CE ad una controversia fra un dipendente di una banca francese ed il suo datore di lavoro inerente l'interpretazione di un contratto collettivo che stabiliva un congedo ed un premio in denaro soltanto per le coppie di persone dello stesso sesso. In *Deckmyn*⁵⁹⁷ la Corte invece ricorda al giudice nazionale che gli chiedeva se la definizione di parodia secondo il diritto europeo dovesse tenere conto in una controversia fra privati del divieto di discriminazione sulla base della razza stabilito dalla direttiva 2000/43/CE che la direttiva non può essere applicata ad una controversia fra privati, ma che nello stesso tempo i giudici nazionali sono autorizzati ad interpretare il diritto nazionale ed europeo alla luce del principio di non discriminazione sulla base della razza. In tutti questi casi naturalmente si può legittimamente sostenere la necessità che la Corte dichiari a tutti gli effetti l'applicazione orizzontale delle direttive. Tuttavia pare più conforme alla natura degli strumenti giuridici del diritto dell'Unione, e pare oltretutto essere all'origine di un grado di conflittualità inferiore fra l'ordinamento dell'Unione Europea e degli stati

⁵⁹⁵ Corte giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, Racc. 2010 I-00365.

⁵⁹⁶ Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12, Racc. non pubblicata.

⁵⁹⁷ Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, Causa C-201/13, Racc. non pubblicata.

membri riconoscere che sia il principio di non discriminazione ad essere la fonte dell'effetto diretto orizzontale. Riassumendo per punti:

- l'ordinamento dell'Unione attraverso la teoria degli effetti diretti mira ad assicurare il buon funzionamento e l'efficacia del diritto primario e derivato.
- la dottrina degli effetti diretti entra in *cortocircuito* quando si rende necessario applicare il diritto derivato dell'Unione Europea a delle controversie fra privati, perché le direttive non sono strumenti giuridici adeguati a dare applicazione al divieto di discriminazione senza dare origine ad obblighi per i singoli coinvolti.
- in una controversia tra privati non trova applicazione una direttiva, ma è il giudice nazionale a dovere assicurare l'interpretazione della norma comunitaria alla luce del principio di non discriminazione e a dovere disapplicare la norma nazionale in contrasto, ricorrendo quando necessario (ma non obbligatoriamente) all'intervento della Corte di Giustizia mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale.
- il principio di non discriminazione agisce dunque da *catalizzatore* degli effetti diretti orizzontali prestandosi all'applicazione nelle controversie fra privati nei diversi motivi di discriminazione.
- questo consente di trovare una soluzione al dibattito presente in dottrina inerente gli effetti diretti orizzontali delle direttive, sostenendo che non è la direttiva ad essere la fonte dell'effetto diretto, bensì il principio, risolvendo il cortocircuito nella dottrina degli effetti diretti.

3. Il contenuto del principio di non discriminazione nell'ordinamento costituzionale europeo e negli ordinamenti costituzionali nazionali: un contrasto solamente apparente?

Una delle principali obiezioni che si fanno alla qualificazione del principio di non discriminazione come principio costituzionale è quella del suo apparente o possibile

contrasto con le dimensioni costituzionali nazionali. L'analisi attenta della giurisprudenza della Corte alla base di questo lavoro rivela tuttavia come questa posizione sia in larga parte il risultato di una mancanza di conoscenza reciproca e di una sorta di diffidenza di fondo che anima i rapporti fra gli ordinamenti nazionali e quello dell'Unione. Il diritto antidiscriminatorio dell'Unione dispone infatti di un imponente apparato derogatorio che può consentire agli stati membri di continuare nel solco delle proprie tradizioni costituzionali fino a quando esse sono giustificabili sulla base di un motivo legittimo e sono proporzionate. E' sufficiente qui ricordare i complessi meccanismi derogatori pensati all'interno della direttiva 2000/78/CE per il divieto di discriminazione sulla base della religione o dell'orientamento sessuale. Ancora, i meccanismi preposti ad hoc per derogare a motivo dell'età, o della disabilità nella stessa direttiva. La stessa ampia possibilità di deroga è prevista dalla direttiva 2000/43/CE. Il progetto di direttiva 2008(426)COM non recepisce in toto il medesimo impianto derogatorio, ma è pure vero che pare improbabile che venga approvata nella sua forma attuale.

Un'interpretazione corretta del principio di non discriminazione non può ignorare il fatto che è la stessa Corte di Giustizia che afferma in diversi punti (per esempio, con riguardo al principio di non discriminazione sulla base dell'età) che gli stati membri dispongono di un ampio margine di manovra per la determinazione e l'attuazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione Europea nel diritto degli stati membri. Gli strumenti derogatori a disposizione permettono agli stati membri di dare attuazione al principio di non discriminazione negli ordinamenti costituzionali interni tenendo in considerazione le differenti tradizioni costituzionali. Questo avviene tuttavia nel rispetto dell'effettività del diritto dell'Unione Europea, che vuole che le disposizioni di diritto interno che contrastano con la disciplina dell'Unione siano disapplicate. Ci possono per esempio essere degli ambiti in cui la Corte potrebbe essere meno disposta ad accettare la giustificazione proposta dagli stati membri proprio in virtù dell'ampio margine di manovra concesso. Il fatto che la normativa interna italiana non preveda alcuna forma di riconoscimento dei diritti delle coppie di persone dello stesso sesso con riguardo, per esempio, alla reversibilità della pensione di anzianità o ai congedi lavorativi ed ai permessi premio riservati alle coppie eterosessuali sposate potrebbe per esempio

spingere la Corte a riconoscere caso per caso alcuni diritti⁵⁹⁸, senza naturalmente imporre allo stato membro la qualificazione, il riconoscimento ed il trattamento giuridico della convivenza di fatto, ma suggerendo la strada per un maggiore equilibrio nella ripartizione dei diritti fra coppie di persone sposate di sesso opposto ed altre forme di convivenza. Allo stesso modo quegli stati membri, come la Germania (che infatti si oppone con forza all'entrata in vigore di uno strumento di tutela orizzontale delle discriminazioni) che hanno maggiori difficoltà a riconoscere il diritto ad un ragionevole accomodamento alle persone disabili potrebbero essere costretti ad intervenire per assicurare una maggiore parità di trattamento,

4. L'approccio casistico della Corte di Giustizia nel trattamento del principio di non discriminazione e le sperequazioni all'interno dei differenti motivi di discriminazione

Un'ulteriore considerazione finale è relativa all'utilizzo quasi esclusivo dello strumento delle sentenze per affermare il valore del principio di non discriminazione nella gerarchia delle fonti del diritto. L'ordinamento dell'Unione ha vissuto in larga parte nella giurisprudenza, attraverso la quale è riuscito ad alleggerire i lacci imposti dai vari trattati ad un meccanismo al quale gli stati membri hanno sempre guardato con una certa diffidenza. La mancanza di uno strumento costituzionale formale non ha fornito le basi per uno sviluppo armonico della giurisprudenza, che ha dovuto agire soprattutto sulla base del richiamo ai principi generali, che affondano le loro basi negli strumenti di diritto internazionale piuttosto che nelle tradizioni costituzionali degli stati membri. Dunque la Corte si è mossa principalmente con un approccio caso per caso, che se da un lato ha consentito di trovare soluzioni su misura a particolari esigenze dall'altro ha creato squilibri di un certo rilievo all'interno dei differenti motivi di discriminazione, che indeboliscono una costruzione teorica finalizzata all'individuazione di un principio di non discriminazione che abbia valenza costituzionale.

⁵⁹⁸ Come peraltro già successo in autorevoli precedenti quali *Romer*, cit. in cui la Corte disapplicava una norma che impediva la reversibilità della pensione di anzianità, o *Hay*, cit. infra, in cui la Corte invece disapplicava un contratto collettivo che regolava il regime dei permessi premio fra il datore di lavoro e il dipendente.

Le sperequazioni fra le tipologie di discriminazione sono piuttosto evidenti e non facilmente giustificabili in prima battuta. Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, quello sulla base del genere e quello sulla base dell'età godono di uno status particolare dichiarato dalla Corte in più occasioni (per il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, poi, la sua importanza centrale e la sua strumentalità al disegno dell'integrazione è ancora più evidente). Il principio di non discriminazione sulla base della razza, dell'età, del genere e dell'orientamento sessuale è stato dichiarato applicabile anche alle controversie tra privati. Con riguardo al principio di non discriminazione sulla base della religione la giurisprudenza dell'Unione non si è ancora pronunciata, anche se, come è stato mostrato in questo lavoro, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo può essere una guida all'applicazione del requisito occupazionale essenziale e determinante ex articolo 4.2 della direttiva 2000/78/CE. Con riguardo invece al principio di non discriminazione sulla base della disabilità, malgrado gli strumenti internazionali cui l'Unione ha aderito ed un discreto sviluppo della giurisprudenza, la volontà politica degli stati membri (con particolare riguardo agli oneri economici che conseguono alla entrata in vigore di un divieto di discriminazione sulla base della disabilità che sia applicabile anche alle controversie tra privati) si pone ad ostacolo all'ulteriore sviluppo del principio. Tuttavia giudicare lo sviluppo del principio di non discriminazione sulla base degli sviluppi ottenuti in alcuni ambiti della giurisprudenza è piuttosto limitante. Questo lavoro argomenta in favore di un unico principio di non discriminazione, che rispetti le identità costituzionali degli stati membri e che si articoli in una serie di motivi di discriminazione. Di conseguenza i traguardi raggiunti dal principio di non discriminazione nella giurisprudenza su alcuni motivi di discriminazione (come per esempio la capacità di dispiegare effetti diretti orizzontali, oppure di essere stato definito come principio che gode di uno *status* particolare) non devono essere interpretati come un limite all'applicazione di misure contro tipologie di discriminazione all'interno delle quali non sono stati compiuti i medesimi passi. Piuttosto debbono essere considerati come dei precedenti capaci di influenzare la giurisprudenza della Corte nei motivi in cui lo sviluppo non è ancora omogeneo.

5. Gli strumenti giuridici a tutela delle discriminazioni e la tutela orizzontale del principio di non discriminazione

L'ambito di applicazione *materiale* del diritto antidiscriminatorio è a geometria variabile. Di conseguenza varia in base al motivo o tipologia di discriminazione che viene in gioco. Ad esempio, la tutela avverso le discriminazioni sulla base dell'età, dell'orientamento sessuale, della religione e della disabilità è limitata soltanto alle discriminazioni legate al rapporto di lavoro. Per limitare, per quanto possibile, le incertezze che derivano da questo approccio, e per assicurare una tutela coerente ed unitaria al principio di non discriminazione, l'Unione Europea sta adottando misure capaci di estenderne l'ambito di applicazione, creando una tutela c.d. orizzontale, cioè non limitata nella sua applicazione soltanto ad alcune materie. Il passo più importante in questo senso è il progetto di direttiva 2008(426)COM, che però è bloccata, come già evidenziato in precedenza, dal veto di alcuni stati membri in Consiglio⁵⁹⁹. La presidenza italiana del Consiglio, nei mesi da Giugno a Dicembre 2014, ha ricominciato con un certo vigore i negoziati sul tema, ma pare comunque che la direttiva possa difficilmente essere approvata nella sua forma attuale. L'approccio orizzontale (o comunque tendente all'allargamento dell'ambito di applicazione materiale del divieto di discriminazione) alla questione della discriminazione è tuttavia sempre più presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sotto diversi aspetti, che sono risultati evidenti dall'analisi della giurisprudenza. Per cui si può ritenere, in conclusione di questo lavoro, che il diritto antidiscriminatorio si avvii sempre più verso un'approccio orizzontale⁶⁰⁰. E' chiaro che per evitare contrasti con gli stati membri questo approccio orizzontale debba essere combinato con un certo margine di flessibilità, che comunque come già evidenziato al

⁵⁹⁹ Come risulta dalla lettura dei documenti preparatori del Consiglio, in particolare dal rapporto del Segretariato Generale del Consiglio doc. n. 15705/14 ADD 1 REV 2, dai quali si evince il permanere di numerose riserve in merito all'ambito di applicazione della direttiva, soprattutto con riguardo alla disabilità, oltre ad altre riserve di natura più generale in merito al termine di scadenza per l'attuazione della direttiva.

⁶⁰⁰ C. FAVILLI, *I ricorsi collettivi nell'Unione Europea e il diritto antidiscriminatorio: verso un autentico approccio orizzontale?* Il Diritto dell'Unione Europea, 2014, vol. 3, pp. 439 e ss.

punto 3 di queste conclusioni caratterizza tutto il diritto antidiscriminatorio dell'Unione⁶⁰¹.

I punti sviluppati in precedenza possono essere riassunti in una conclusione finale, che cerca di dare una risposta alla domanda posta all'inizio di questo lavoro: il principio di non discriminazione è il nucleo centrale dell'identità costituzionale dell'Unione Europea? Dalle analisi presentate in questo lavoro una risposta, per quanto travagliata, sembra potersi dare in senso affermativo. Le sentenze della Corte di Giustizia hanno accompagnato il percorso compiuto dal principio: in *Mangold* per la prima volta la Corte riconosce l'effetto diretto orizzontale del principio di non discriminazione. Lo stesso avviene in *Kucukdeveci*, con l'ulteriore chiosa che non vi è la necessità di ricorrere alla Corte di Giustizia per la sua interpretazione ed applicazione neppure nel caso in cui il contrasto con il principio di non discriminazione imponga la disapplicazione di una norma interna secondo uno schema che negli ordinamenti nazionali può essere perseguito soltanto dal giudice costituzionale. E' in *Zambrano* invece dove si raggiunge la cristallizzazione del rango costituzionale del principio di non discriminazione. Al paragrafo 41 della sentenza si afferma che gli stati membri non possono “*privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'Unione*”. Dunque, seppure indirettamente, il principio di non discriminazione è la fonte da cui scaturiscono dei diritti di cui gli stati membri non possono disporre liberamente o che non possono limitare. Proprio questo nucleo essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino europeo può diventare la base su cui poggiare l'identità costituzionale dell'Unione Europea, combinato con il ruolo di sempre maggiore importanza che la Corte di Giustizia sta rivestendo nella costruzione di un giudizio di legittimità costituzionale⁶⁰² diffuso basato sulla legittimità degli strumenti nazionali con il divieto di discriminazione.

⁶⁰¹ L'approccio orizzontale, per quanto necessario, deve infatti essere bilanciato da un apparato derogatorio che è stato recepito solo in parte dal progetto di direttiva in discussione al Consiglio.

⁶⁰² V. DAVIES, cit., *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1584 ss. dove l'autore descrive i poteri di interpretazione della Corte rispetto ai Trattati come un giudizio di legittimità costituzionale, seppure utilizzando un linguaggio tipico della cultura giuridica anglosassone.

INDICE

Il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale dell'Unione Europea

Giovanni Zaccaroni

Introduzione: L'identità costituzionale dell'Unione Europea

1. La nozione di identità costituzionale dell'Unione Europea
2. Il contenuto dell'identità costituzionale
3. Il legame fra il principio di non discriminazione e l'identità costituzionale dell'Unione Europea
4. La necessità e la novità di un'analisi sul contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea
5. Indicazioni metodologiche

Sezione I: La struttura del giudizio sulla discriminazione davanti alle Corti Europee

Prima Parte: Il giudizio davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Capitolo I: l'introduzione del giudizio e l'individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1. La struttura e le caratteristiche del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani
2. La fase di valutazione ed ammissibilità dei motivi d'appello
3. L'individuazione della forma della discriminazione
 - a) Le discriminazioni dirette
 - b) Le discriminazioni indirette
 - c) L'intimidazione, gli hate speeches, gli hate crimes

Capitolo II: La fase di comparazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1. Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio c.d. leggero
2. Tipologie non basate su caratteristiche personali

- a) Localizzazione geografica, appartenenza ad un ordinamento federale e ad una determinata giurisdizione
- b) Differenze di trattamento sulla base della professione
- c) Differenze di trattamento sulla base della proprietà
- d) Differenza di trattamento basata su classificazioni legislative
- 3. Tipologie di differenze di trattamento basate su caratteristiche personali
- 4. Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo
 - a) Discriminazione sulla base del sesso
 - b) Discriminazione sulla base della razza, dell'etnia e del colore della pelle
 - c) Discriminazione sulla base di rapporti giuridici di diritto naturale
 - d) Discriminazione sulla base della nazionalità
 - e) Discriminazione sulla base della religione
 - f) Discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

Seconda Parte: il giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Capitolo I: La fase introduttiva del giudizio e di individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

- 1. Dalla circolazione delle merci alla parità di retribuzione fra uomo e donna nel mondo del lavoro: il carattere misto del giudizio sulla discriminazione
- 2. Struttura e caratteristiche del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte di Giustizia
- 3. La fase introduttiva del giudizio sulla discriminazione e le differenti tipologie di ricorso (cenni)
- 4. La seconda fase: l'individuazione dello svantaggio
 - a) Le tipologie di svantaggio riconosciute dalla Corte di Giustizia: la discriminazione diretta
 - b) La discriminazione indiretta
 - c) I comportamenti intimidatori

Capitolo II: La fase di comparazione e la eventuale giustificazione della violazione del principio di non discriminazione davanti alla Corte di Giustizia

- 1. La fase di comparazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea
 - a) Comparazione, razionalità e ragionevolezza
 - b) Comparazione come individuazione del corretto tertium comparationis
 - c) L'evoluzione recente del carattere strumentale del test di comparazione
 - 1) La comparabilità fra le persone transessuali e le persone del genere opposto
 - 2) La comparabilità fra coppie di persone di sesso opposto e dello stesso sesso

2. La fase di giustificazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea
 - a) le deroghe previste dai trattati e dal diritto derivato
 - b) le situazioni puramente interne nell'ambito della libera circolazione delle persone
 - c) Discriminazioni o azioni positive

Sezione II: Il contributo dato dalla lotta contro specifiche tipologie di discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea

1. I motivi di discriminazione che contribuiscono allo sviluppo dell'identità costituzionale dell'Unione Europea
2. Il contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea

Prima parte: le tipologie di discriminazione tradizionalmente riconosciute dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Capitolo I: Il divieto discriminazione sulla base della nazionalità

1. Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità e il processo di integrazione europea
2. La cittadinanza europea ed il suo ruolo nella costituzionalizzazione del diritto dell'Unione
3. Il problema delle discriminazioni a rovescio come ostacolo all'identità costituzionale dell'Unione Europea
4. La direttiva 2004/38/CE e la direttiva 2003/7109/CE: i diritti di residenza che l'Unione Europea conferisce ai propri cittadini ed ai cittadini di paesi terzi

Capitolo II: Il divieto di discriminazione sulla base del sesso

1. Il ruolo di apripista solo dall'articolo 119 CEE nell'affermazione del divieto di discriminazione sulla base del genere
2. La parità di genere in pratica: il mainstreaming e le azioni positive a tutela dalle discriminazioni fra uomo e donna sul luogo di lavoro
3. Il divieto di discriminazione sulla base del genere come parametro di validità della legislazione europea: il caso dei fattori attuariali nei contratti di assicurazione

Seconda parte: le tipologie di discriminazione tutelate dalle due direttive gemelle (2000/43/CE e 2000/78/CE)

Capitolo I: Il divieto di discriminazione sulla base della disabilità

1. Gli strumenti internazionali a tutela dalle discriminazioni basate sulla disabilità
 2. La Carta Sociale Europea
 - a) Il controllo attraverso il Comitato Europea dei Diritti Sociali, il Comitato governativo ed il Comitato dei Ministri
 - b) Il meccanismo di ricorso collettivo
 3. Gli strumenti del diritto dell'Unione Europea a tutela delle persone disabili
 - a) La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali
 - b) La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea
 - c) La direttiva 2000/78/CE
 4. La nozione di disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
 5. Lo specifico contributo del principio di non discriminazione sulla base della disabilità all'identità costituzionale dell'Unione Europea: l'obbligo di trovare soluzioni ragionevoli per le persone disabili
- Conclusioni preliminari

Capitolo II: Il divieto di discriminazione sulla base dell'età

1. Lo sviluppo altalenante della giurisprudenza sulle discriminazioni sulla base dell'età: da Mangold a Kukukdeveci
 - a) Il primo caso di efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione? la sentenza Mangold
 - b) La Corte chiarisce? La necessità di un legame con l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea
 - c) Kukukdeveci: si spezza di nuovo il legame fra l'ambito di applicazione del diritto UE ed il principio di non discriminazione?
2. L'ampio margine di discrezionalità che hanno gli stati nel dare applicazione al divieto di discriminazione sulla base dell'età
3. Le eccezioni al divieto di discriminazione: l'articolo 2.5, 4.1 e 6.1 della direttiva 2000/78/CE
4. Conclusioni preliminari
 - a) La progressiva autonomia dell'applicazione del principio di non discriminazione dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione
 - b) Lo scopo di applicazione materiale della direttiva 2000/78/CE
 - c) Lo scopo di applicazione personale della direttiva 2000/78/CE
 - d) Le ampie facoltà di deroga e lo sviluppo del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità nel rispetto delle identità costituzionali degli stati membri

Capitolo III: il divieto di discriminazione sulla base della razza:

1. Gli strumenti legislativi europei ed internazionali a tutela della discriminazione razziale
 - a) Gli strumenti di diritto internazionale universale e regionale
 - b) Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea
 - c) Gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea
2. La direttiva 2000/43/CE: struttura ed aspetti problematici
 - a) Definizione di discriminazione
 - b) Ambito di applicazione personale e materiale
 - c) eccezioni al divieto di discriminazione sulla base della razza
 - d) difesa dei diritti in giudizio: legittimazione ad agire, onere della prova e sanzioni
 - e) Organi nazionali preposti alla lotta contro le discriminazioni razziali
3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione sulla base della razza
4. Il principio di non discriminazione sulla base della razza oltre la direttiva 2000/43/CE: il caso *Deckmyn* fra effetto diretto orizzontale ed interpretazione conforme

Capitolo IV: il divieto di discriminazione sulla base della religione e del credo

1. La tutela del credo religioso nel diritto dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
2. La tutela offerta alla discriminazione religiosa dalla direttiva 2000/78/CE e l'eccezione: il *genuine occupational requirement*
3. Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza della Cedu
4. L'autonomia religiosa nella più recente giurisprudenza della Cedu: il caso *Fernandez Martines contro Spagna*
5. Il ragionamento della Corte e la collocazione della sentenza rispetto alla giurisprudenza precedente

Capitolo V: Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale

1. La tutela della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'ordinamento dell'Unione Europea
2. Il riconoscimento della discriminazione basata sull'identità sessuale: il caso *Grant* e il caso *Cornwall*
3. Il parallelo sviluppo della giurisprudenza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo
4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle pensioni direversibilità: *Tadao Maruko* e *Jurgen Romer*

5. La sentenza *Accept* ed il problema dell'applicazione della tutela avverso le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale: gli effetti sui rapporti tra privati

Conclusioni generali

BIBLIOGRAFIA

- Alston, Philip, and J H H Weiler. "An Ever Closer Union in Need of a Human Rights Policy," no. December 1948 (1995).
- Arthur, James, and Michael Holdsworth. "The European Court of Human Rights, Secular Education and Public Schooling." *British Journal of Educational Studies* 60, no. 2 (June 2012): 129–49..
- Azoulai, L. "L'autonomie de L'individu Européen et La Question Du Statut," EUI working papers, 2013.
- B. MacDougall, E. Bonthyus, K. McK. Norrie, M. Van Den Brink. "Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions: An International Analysis." *Canadian Journal of Human Rights* 1 (2012): 127.
- Balboni, Marco. *Balboni_idsess*, 2012.
- Balfour, Adam D J. "Application of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice," 2005.
- Barbera, Marzia. "Diritti Sociali E Crisi Del Costituzionalismo Europeo," 2012.
- Bell, Mark. "The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening." In *The Evolution of EU Law (Craig;DeBurca)*, 611 ss, 2011.
- Besselink, Leonard F M, and Member States. "National and Constitutional Identity before and after Lisbon" I, no. 3 (2010): 36–49.
- Boer, Nik J De. "Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just How Fundamental Are the EU Treaty Freedoms? A Normative Enquiry Based on John Rawls' Political Philosophy." *Utrecht Law Review* 9, no. 1 (2013): 148–68.
- Bogdandy, Armin V O N. "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union." *Common Market Law Reveiw*, no. 7790 (2000): 1307–38.
- Bondandy, Von. "The European Constitution and European Identity." *International Journal of Constitutional Law* 3, no. June (2005): 1–20.
- Bratza, Nicolas. "The 'Precious Asset': Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights." *Ecclesiastical Law Journal* 14, no. 02 (April 2012): 256–71.
- Calafà, Laura. "Le Discriminazioni Fondate Sull'età: Sequenza Giurisprudenziale Recente Del Fattore Di Rischio 'Emergente.'" *Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro*, no. 4 (2010): 993 ss.
- Cartabia, Marta. "Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously." *European Constitutional Law Review* 5, no. 01 (May 2009): 5. doi:10.1017/S1574019609000054.

- — —. “The European Court of Human Rights: Judging Discrimination (reply to Danisi’s Article).” *International Journal of Constitutional Law* 9, no. 4 (2011): 808.
- Casolari, Federico. “Commento Agli Art. 20-26 Della Carta Dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea.” In *Commentario Breve Ai Trattati dell’Unione Europea*, edited by Maria Caterina Pocar, Fausto. Baruffi, II. Milano: CEDAM, 2014.
- Casolari, Federico, “L ’ Azione Dell ’ Unione Europea Contro Le Discriminazioni Basate Sulla Religione: L ’ Impatto Della Giurisprudenza Della Corte Europea Dei Diritti Umani” *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 6, no. 1 (2013): 475–511.
- Castangia, Isabella., and Giacomo Bagioni. *Il Principio Di Non Discriminazione Nel Diritto dell’Unione Europea*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.
- CEDU. *Protocollo N. 16 Alla CEDU*, 2013.
- European Commission. *EU Gender Equality Law (update 2013)*, 2013.
- — —. *Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law*, 2012.
- Connell, Rory O. “Cinderella Comes to the Ball: Article 14 and the Right to Non-Discrimination in the ECHR” 29 (2009): 1–20.
- Conway, Gerard. “Recovering a Separation of Powers in the European Union.” *European Law Journal* 17, no. 3 (May 2011): 304–22. doi:10.1111/j.1468-0386.2011.00552.x.
- Costa, Jean-paul. “On the Legitimacy of the European Court of Human Rights â Judgments.” *European Constitutional Law Review* 7, no. 2 (2011): 173–82.
- Court, Constitutional, and Administrative Court. “Case Comment Discrimination: Same-Sex Partners - Sickness and Accident Insurance.” *European Human Rights Law Review* 6 (2010): 633–36.
- Curcio, L. “Le Azioni Positive E L’onere Della Prova.” In *Il Nuovo Diritto Antidiscriminatorio (M. Barbera)*, 2009.
- Di Federico, Giacomo. “La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti orizzontali delle direttive.” *Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro*, no. 3 (2010): 1002–1111.
- Network of Experts in Non discrimination. *European Anti-Discrimination Law Review*, 2011.
- Domingo, R. “Religion for Hedgehogs? An Argument against the Dworkinian Approach to Religious Freedom.” *Oxford Journal of Law and Religion* 2, no. 2 (November 2012): 371–92. doi:10.1093/ojlr/rws042.
- Eeckhout, Piet. “The Charter of Fundamental Righta and the Federal Question.” *Common Market Law Reveiw*, no. 39 (2002): 945–94.
- Eijken, H Van, and S A De Vries. “A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano The Case of Ruiz Zambrano.” *European Law Review* 36, no. 5 (2011): 704–21.

- Elsuwege, Peter Van. "European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited: Decision of 5 May 2011 , Case C-434 / 09 Shirley McCarthy v . Secretary of State for the Home." *European Constitutional Law Review* 7, no. 2 (2011): 308–24.
- Enright, D J, and John McNally. "Introduction and Approach," 1996, 165–96.
- Unione Europea. *Proposta Di Direttiva Del 2 Luglio 2008, COM 2008(426)*, 2008.
- European Commission, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, 2012.
- European Commission, *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe?*, 2011.
- "European Human Rights Law Review Case Comment Discrimination: Sexual Orientation - Calculation of Child Support." *European Human Rights Law Review*, no. 1 (2011): 114–16.
- European Network of legal experts in the field of gender equality. *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, 2009.
- European Union. *Homophobia , Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity in the EU Member States*, n.d.
- Faiello, M. "Il Divieto Di Discriminazione Nel Diritto dell'Unione Europea," 2004.
- Favilli, Chiara. "I Ricorsi Collettivi nell'Unione Europea E La Tutela Antidiscriminatoria: Verso Un Autentico Approccio Orizzontale." *Il Diritto dell'Unione Europea*, no. 3 (2014): 439 ss.
- Favilli, Chiara. *La Non Discriminazione nell'Unione Europea*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- FRA - ECHR. *Handbook on European Non-Discrimination Law*. European Union - Council of Europe press, n.d.
- Gillian, M. "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" In *The Evolution of EU Law (Craig;DeBurca) Ied.*, 611 ss., 1999.
- Gradoni, L. "The International Court of Justice and the International Customary Law Poker Game." In *M. Adenas, E. Bjorge (eds.), The ICJ's Role in the Reassertion and Convergence of International Law: Farewell to Fragmentation*, 1–32. Cambridge University Press, 2014.
- Gradoni, Lorenzo. "Raccontare Kadi Dopo Kadi II: Perché La Corte Di Giustizia Dell 'Unione Europea Non Transige Sul Rispetto Dei Diritti Umani Nella Lotta Al Terrorismo Giochiamo Con I Principi? Non Si Può Risolvere Questo Caso Senza Avere Sotto Controllo Il Fine . La Se." *Diritti Umani E Diritto Internazionale* 7 (2013): 587–614.
- Grimm, D. "CONFLICTS BETWEEN GENERAL LAWS AND RELIGIOUS NORMS." *Cardozo Law Review* 30, no. 6 (2009): 2369–82.
- Grossi, Paolo. *A History of European Law The Birth of Europe*, 2010.
- Grote, Rainer. "Les Catastrophes Écologiques Globales" 1992 (1994): 1742–72.

- Harpaz, Guy. "THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE AND ITS RELATIONS WITH THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE QUEST FOR ENHANCED RELIANCE , COHERENCE AND LEGITIMACY 579, no. 2006 (2009): 105–41.
- Hert, Paul De, and Mantovani Eugenio. "Review Specific Human Rights for Older Persons? The Draft Resolution on a Declaration of Old Age Rights 1948," *European Human Rights Law*, 2011, 1–22.
- Hodson, "A Marriage by Any Other Name? Schalk and Kopf v Austria." *Human Rights Law Review* 11, no. 1 (2011): 170–79.
- Howard, Erica. "An Opportunity Missed? Comment on Romer." *European Law Review* 36, no. 4 (2011): 589–99.
- — —. "EU Equality Law: Three Recent Developments." *European Law Journal* 17, no. 6 (November 2011): 785–803.
- Biondi, Andrea, and Isidora Maletic Ā. "Recent Developments in Luxembourg: The Activity of the European Courts in 2009." *Nature* 4, no. 4 (2009): 523–32.
- Johnson, Paul. "Homosexuality , Freedom of Assembly and the Margin of Appreciation Doctrine of the European Court of Human Rights: Alekseyev v Russia." *Human Rights Law Review*, no. May 2006 (2011): 1–11.
- Kanstantsin Dzehtsiarou. "European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights By Kanstantsin Dzehtsiarou." *German Law Journal* 12, no. 10 (2011): 1731 ss.
- Kelsen, Hans. "The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organizations." *Yale Law Journal* 53, no. 2 (2014): 207–20.
- Klatt, Matthias, and The Hatton Case. "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights" 71 (2011): 691–718.
- Koen Lenaerts. "Le Principe D'egalite Dans Le Droit Communautaire." *Cahiers de Droit Européen*, 1991.
- Kunoy, Bjorn, and Anthony Dawes. "PLATE TECTONICS IN LUXEMBOURG: THE MÉNAGE À TROIS BETWEEN EC LAW , INTERNATIONAL LAW AND THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS FOLLOWING THE UN Introduction In the Aftermath of the Solange Saga , 1 the European Court of Justice Realized That in Order T," 2009, 73–104.
- Ladeur, Karl-heinz. "THE MYTH OF THE NEUTRAL STATE AND THE INDIVIDUALIZATION OF RELIGION: THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND RELIGION" 7, no. 2004 (2007): 2445–71.
- Lamont, Ruth. "Mainstreaming Gender into European Family Law? The Case of International Child Abduction and Brussels II Revised." *European Law Journal* 17, no. 3 (May 2011): 366–84.

- Lazzerini, N. "(Some Of) the Fundamental Rights Granted by the Charter May Be a Source of Obligations for Private Parties." *Common Market Law Review* 51 (2014): 907–34.
- Lebl, Leslie S. "The EU, the Muslim Brotherhood and the Organization of Islamic Cooperation." *Orbis* 57, no. 1 (December 2013): 101–19. doi:10.1016/j.orbis.2012.10.007.
- Leczykiewicz, Dorota. "'Effective Judicial Protection' of Human Rights after Lisbon: Should National Courts Be Empowered to Review EU Secondary Law?" *European Law Review* 35, no. 2 (2010): 326–48.
- Lenaerts, Koen. "L'egalite de Traitement En Droit Communautaire." *Cahiers de Droit Européen*, no. 1 (1991): 3–38.
- Lorenza, Ninatti. "Nel Labirinto Del Principio Di Non Discriminazione: Adozione, Fecondazione Eterologa E Coppia Omosessuale Davanti Alla Corte Di Strasburgo," no. June 2009 (2012): 1–17.
- Mayer, F. C. "Competences–reloaded? The Vertical Division of Powers in the EU and the New European Constitution." *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 2–3 (June 2005): 493–515. doi:10.1093/icon/moi030.
- McColgan, Aileen. "Cracking the Comparator Problem: Discrimination, "Equal" Treatment and the Role of Comparisons." *EUROPEAN HUMAN RIGHTS LAW REVIEW* 6 (2006): 650–77.
- McGoldrick, Dominic. "Human Rights Law Review Case Comment Religion in the European Public Square and in European Public Life - Crucifixes in the Classroom?," 2011, 1–36.
- Miller, Nina. "European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution? Decision of 8 March 2011 , Case C-34 / 09 Gerardo Ruiz Zambrano v Office National de L â Emploi (ONEM)." *European Constitutional Law Review*, 2011, 1–14.
- Morano-Foadi, Sonia, and Stelios Andreadakis. "Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights." *European Law Journal* 17, no. 5 (September 2011): 595–610.
- Napolitano, Giulio. "Il Contributo Di Joseph H.H. Weiler Agli Studi Di Diritto Europeo." *Rivista Trimestrale Di Diritto Pubblico*, 2014.
- Pace, A. "A che serve la carta per i diritti fondamentali dell'Unione Europea?" *Giurisprudenza Costituzionale*, 2001, 197–ss.
- Palombella, G. "Whose Europe? After the Constitution: A Goal-Based Citizenship." *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 2–3 (June 2005): 357–82. doi:10.1093/icon/moi024.
- Paris, D. *L'obiezione Di Coscienza (studio Sull'ammissibilità Di Un Eccezione Dal Servizio Militare Alla Bioetica)*. Passagli, 2010.

- “Pensions: Sex Discrimination - Lower Retirement Age for Women - Justification.”
European Human Rights Law Review, no. 1 (2011): 1–3.
- “Presentation and Discussion of Two Working Papers Published by the ReligioWest Project,” n.d.
- Raveraira, Margherita. “L’ordinamento dell’Unione Europea, Le Identità Costituzionali Nazionali E I Diritti Fondamentali.” *Rivista Del Diritto Della Sicurezza Sociale* 11, no. 2 (2011): 325 ss.
- UNAR (Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali). *Strategia Nazionale per La Prevenzione Ed Il Contrasto Delle Discriminazioni Basate Sull Orientamento Sessuale*, 2013.
- Review, Judicial. “The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective,” no. May 2013 (2014).
- Rosenfeld, M. “The European Treaty-Constitution and Constitutional Identity: A View from America.” *International Journal of Constitutional Law* 3, no. 2–3 (June 2005): 316–31. doi:10.1093/icon/moi022.
- Rossi, Lucia Serena. “How Fundamental Are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon E Primacy of EU Law and Its Limits: A Gentlemen ’ S Agreement.” *Yearbook of European Law*, 2009, 65–87.
- — — . “L’Unione Europea E Il Paradosso Di Zenone. Riflessioni Sulla Necessità Di Una Revisione Del Trattato Di Lisbona.” *Il Diritto dell’Unione Europea*, no. 4 (2013): 1–22.
- Sabel, Charles F., and Oliver Gerstenberg. “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order.” *European Law Journal* 16, no. 5 (August 2010): 511–50. doi:10.1111/j.1468-0386.2009.00521.x.
- Scheeck, Laurent. “The Relationship between the European Courts and Integration through Human Rights” 65 (2005): 837–85.
- Schermers, Henry G. “The European Communities Bound by Fundamental Human Rights.” *Common Market Law Review* 27 (1990): 249–58.
- Schiek, Dagmar, Lisa Waddington, and Mark Bell. “Non-Discrimination.” In *Cases, Materials, and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 47:510. 5, 2007. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25063358>.
- Schütze, Robert. “1385 FROM ROME TO LISBON: ‘ EXECUTIVE FEDERALISM ’ IN THE (NEW) EUROPEAN UNION Introduction Is the European Union a Legislative Giant on Clay Feet? Is It True That “ the EU Has (with Some Specific Exceptions) No Original Competence to Implement EU L.” *Nature*, 2009, 1385–1427.

- Solanke, Iyiola. ““Stop the ECJ’?: An Empirical Analysis of Activism at the Court.” *European Law Journal* 17, no. 6 (November 2011): 764–84. doi:10.1111/j.1468-0386.2011.00561.x.
- Thym, Daniel. “Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice.” *European Constitutional Law Review* 9, no. 03 (November 2013): 391–419. doi:10.1017/S1574019612001228.
- Troisi, P. *Divieto Di Discriminazione E Forme Di Tutela*. Torino: Giappichelli, 2012.
- Turner, Ian. “Positive Obligations and Article 4 of the European Convention on Human Rights: A Defence of the UK’s Human Rights Act 1998.” *The International Journal of Human Rights* 18, no. 1 (January 2014): 94–114. doi:10.1080/13642987.2013.873408.
- Unione Europea. *Trattato Di Lisbona (versione Consolidata)*. GU 2008/C 115/01, 9 Maggio 2008-, 2009.
- Vittor, Francesca De. “Il Diritto Di Traversare Il Mediterraneo \dots O Quantomeno Di Provarci” 8 (2014): 63–81.
- Waddington, Lisa. “European Law Review Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to Be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive,” 2011, 1–20.
- Weiler, Joseph H. H. “A Christian Europe? Europe and Christianity: Rules of Commitment.” *European View* 6, no. 1 (January 2008): 143–50. doi:10.1007/s12290-007-0020-8.
- Weiss, Wolfgang. “Human Rights in the EU: Rethinking the Role of the European Convention on Human Rights after Lisbon I.” *European Constitutional Law Review* 7, no. 1 (2011): 64–95.
- Wiesbrock, Anja. “The Self-Perpetuation of EU Constitutionalism in the Area of Free Movement of Persons: Virtuous or Vicious Cycle?” *Global Constitutionalism* 2, no. 01 (January 2013): 125–50. doi:10.1017/S2045381712000147.
- Wintemute, Robert. “Accommodating Religious Beliefs: Harm , Clothing or Symbols , and Refusals to Serve Others.” *Modern Law Review* 37, no. May 2013 (2014): 223–53.
- Wojciech Sadurski. “European Constitutional Identity?” In *EUI Working Papers*, 2006.
- Wollenschläger, Ferdinand. “A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and Its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration.” *European Law Journal* 17, no. 1 (January 2011): 1–34. doi:10.1111/j.1468-0386.2010.00536.x.
- Zaccaroni, Giovanni. “CITIZENSHIP, THIRD-COUNTRY NATIONALS, AND EUROPEAN INTEGRATION (A BROKEN DREAM?).” In *Rossi, Lucia Serena & Di Federico, Giacomo “Fundamental Rights in Europe and China, between Regional Identitea and Universalism,”* 103–16, 2013.

Zingales, U.G. “Matrimonio Omosessuale E Obiezione Di Coscienza: La Decisione Del Conseil Constitutionnel,” 2014, 262–63.