



HAL
open science

Le principe de non-discrimination et l'identité constitutionnelle de l'Union européenne

Giovanni Zaccaroni

► **To cite this version:**

Giovanni Zaccaroni. Le principe de non-discrimination et l'identité constitutionnelle de l'Union européenne. Droit. Université de Strasbourg; Università degli studi (Bologne, Italie), 2015. Français. NNT : 2015STRAA015 . tel-01327967

HAL Id: tel-01327967

<https://theses.hal.science/tel-01327967v1>

Submitted on 7 Jun 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE ED 101
Droit, science politique et histoire
Institut de Recherches Carré de Malberg

THÈSE présentée par :
Giovanni ZACCARONI

soutenue le : **22 mai 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**
Discipline/ Spécialité : **Droit International (Droit de l'Union européenne)**

***LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION ET
L'IDENTITÉ CONSTITUTIONNELLE DE L'UNION
EUROPÉENNE***

THÈSE dirigée par :

M. WACHSMANN Patrick (directeur) Professeur, Université de Strasbourg

M.me ROSSI, Lucia Serena Professeur, Université de Bologna

RAPPORTEURS :

M. DE LA ROSA Stéphane

Professeur, Université de Valenciennes

M. CAGGIANO Giandonato

Professeur, Université de Roma Tre

Thèse soutenue en cotutelle avec l'Université de Bologna

“Tous les mots que j’avais à dire se sont changés en étoiles”

G. Apollinaire, Les Fiancées

SOMMAIRE

Section préliminaire : l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne

Section I La structure des arrêts sur la discrimination rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne

§ 1 § 1 Structure et caractéristiques du jugement dans la phase introductive devant à la Cour de Justice de l'Union Européenne

- A) l'introduction de l'instance en matière de discrimination
- B) la mise à jour du désavantage

§ 2 Le coeur du jugement sur la discrimination : la comparaison des situations différentes

- A) La phase de comparaison dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne
- B) La justification des violations du principe de non-discrimination ?

Section II La contribution du principe de non discrimination à la construction de l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne révélée par le refus de certaines discriminations

§ 1 Les motifs de discrimination traditionnellement relevés par la Cour de Justice

- A) La discrimination fondée sur la nationalité
- B) La discrimination fondée sur le genre

§ 2 Les motifs de discriminations contenues dans les deux directives jumelles (2000/43/CE et 2000/78/CE)

- A) Les motifs contenus dans la directive 2000/78/CE (religion, handicap, orientation sexuelle, âge)
- B) Le motif contenu dans la directive 2000/43/CE : la race

Conclusions

Table des principales abréviations

CJ, CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

CJ, CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme :

TFPUE : Tribunal de la Fonction Public de l'UE

AG : Avocat Général

TFUE : Traite sur Fonctionnement de l'Union Européenne

TUE : Traité sur l'Union Européenne

UE : Union Européenne

CEE : Communauté Économique Européenne

Charte, CDFUE : Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne

préc. : précité (pour les affaires)

op. cit. : ouvrage déjà cité (pour la doctrine)

(dir.) : sous la direction de / dirigé (ouvrages collectives)

RTD Eur. : Revue Trimestrielle de Droit Européenne

RLD Fond. : Revue des Libertés et Droits Fondamentaux

AJDA: Actualités Juridiques de Droit Administratif

Résumé de thèse

Rédigé conformément au titre II, article 2.2. de la convention de cotutelle de thèse de doctorat établie entre l'Université de Strasbourg et l'Université de Bologne.

Section préliminaire

La notion d'identité constitutionnelle de l'Union Européenne

Ce travail a pour objectif de répondre à une question fondamentale : quelle est la contribution du principe de non-discrimination¹ à l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne ? Pour ce faire, il s'attache à analyser, dans la première section, la structure des arrêts sur la discrimination rendus par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans la deuxième section, il examine la contribution spécifique apportée par la lutte contre certains motifs de discrimination à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne.

Dès lors il paraît fondamental pour l'objet de cette étude de clarifier la signification de l'expression « identité constitutionnelle de l'Union Européenne ». L'auteur n'ignore pas que le débat² sur ce sujet se montre extrêmement vif et tranché, et qu'il lui faut également témoigner d'une certaine humilité pour aborder une question d'une telle importance. En premier lieu, il conviendra d'appréhender ce que recouvrent les termes « identité » et

¹ Pour une analyse complète et récente du principe de non discrimination voir M. Brillat, *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Thèse doctoral soutenue le 10 Décembre 2014, Université de Strasbourg.

² Voir la copieuse littérature et le vif débat en doctrine : V. Constantinesco, *La convergence entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ?* in Mélanges en honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 79. A. Levade, *Identité constitutionnelle et exigences existentielle : comment concilier l'inconciliable*, in Mélanges en honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 109. B. Nabli, *L'identité constitutionnelle de l'Etat de l'Union*, in Mélanges en honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 155. 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. Mais un des contributions les plus importantes a été donné avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbon. Voir 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, vol. 3, p. 295 ss.

« constitutionnelle ». En second lieu il s'agira de se focaliser sur la relation entre le principe de non-discrimination et l'identité constitutionnelle dans l'ordre juridique de l'Union Européenne.

A) La notion d'identité constitutionnelle dans les ordres juridiques et notamment dans l'ordre juridique de l'Union Européenne

L'on ne peut ignorer que l'identité est un concept éminemment psychologique. Dans les disciplines psychologiques³, l'identité représente la conception qu'un individu possède de lui-même. Dans le cadre d'un système juridique, l'identité ne désigne rien d'autre que la conscience de lui-même que ce même ordre possède. Pour ce qui concerne l'Union Européenne il importe de s'interroger sur la conception que l'Union a d'elle-même. Au début, l'Union ne peut pas se prévaloir d'être un état, et néanmoins un état fédéral au sens traditionnel. L'Union n'a pas de Constitution formelle⁴. En dépit de cette absence, l'Union Européenne, a-t-elle cependant, conscience d'être un ordre juridique constitutionnel⁵ et conscience notamment d'avoir constitué un ordre juridique autonome de des Etats Membres ? La réponse peut en être apportée par ce fait que, bien que ne disposant pas de constitution formelle, est de toute façon possible d'identifier dans les Traités (mais aussi dans la jurisprudence de la

³ V. le dictionnaire Larousse : « *Identité sociale : conviction d'un individu d'appartenir à un groupe social, reposant sur le sentiment d'une communauté géographique, linguistique, culturelle et entraînant certains comportements spécifiques.* »

⁴ Sur la confrontation entre la notion de constitution formelle et celle de constitution matérielle voir la doctrine italienne : C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milan, 1998.

⁵ Sur l'existence de lequel voir aussi la CJ : CJUE, 23 avril 1986 *Parti écologiste "Les Verts" contre Parlement européen*, Affaire 294/83, Rec.1986, p. 1339, par. 23 : « *Il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité..* ». Voir aussi le débat hébergé par le *European Law Journal* : D Grimm, *Does Europe need a Constitution ?* *European Law Journal*, 1995, vol. 1. J. Habermas, *Remarks on Dieter's Grimm « Does Europe need a Constitution ? »*, *European Law Journal*, 1995, vol. 1, p. 303 and J.H.H. Weiler, *Does Europe need a Constitution ? Demos, Telos, and the Maastricht decision*, *European Law Journal*, 1995, vol. 1, 219.

Cour de justice) des valeurs, des principes et des droits fondamentaux⁶. Telles sont les composantes à l'origine de la conscience de l'Union Européenne d'être un ordre juridique constitutionnel. De prime abord, les valeurs reconnues par l'UE sont celles contenues dans l'article 2 du TUE, et dans l'article 10 TFUE qui éclaire les politiques de l'UE. Dans les deux cas l'égalité, notion positive de la non-discrimination, joue un rôle déterminant. Les principes⁷, d'autre part, constituent une catégorie principalement jurisprudentielle créée par la Cour de justice pour préserver le bon fonctionnement du droit de l'Union Européenne. Il ressort que le principe de non-discrimination se manifeste assurément comme le principe primordial. Pour ce qui a trait aux droits fondamentaux il s'agit avant tout des droits inclus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Par conséquent il doit être fait référence à ces principes, valeurs et droits composant l'identité constitutionnelle de l'UE pour que cette dernière retrouve la « conscience d'elle-même ».

B) La relation entre l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne et le principe de non-discrimination

L'identité constitutionnelle de l'Union Européenne ne vise pas à occuper la place d'une vraie constitution, mais peut fort bien se concevoir comme l'embryon de la future (si jamais) constitution européenne. Pour renforcer cette identité il faut avoir recours à un principe qui pourrait servir de base sur laquelle construire dans l'avenir le parcours de constitutionalisation⁸. Le principe d'égalité, dans sa formulation négative, le principe de non-discrimination s'avère central pour le développement de l'Union européenne jusqu'au début du

⁶ 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 (dir.), *Fundamental Rights in Europe and China, between Regional identities and Universalism*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 1.

⁷ T. Tridimas, *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2012 et T. Hartley, *Constitutional Law of the EU*, Oxford University Press, 2011.

⁸ V. F. Chatel, *La constitutionalisation de l'Union Européenne : visions croisées des Etats membres*, Melanges Manin... (précit.).

processus d'intégration⁹. C'est la raison pour laquelle cette étude portera sur l'analyse et l'interprétation du principe de non-discrimination dans les affaires des juges européens (nous nous référons ici principalement aux juges de la Cour de Justice de l'Union européenne), qui ont contribué à l'identification des instruments juridiques spécifiques qui ont étendu le champ d'application du droit de l'Union au-delà du mandat initial des traités, ou au moins anticipé et inspiré des amendements. Pour ce faire il va falloir démontrer que le principe de non-discrimination a fini par « constituer » des droits pour les citoyens européens qui ne leur sont pas accordés par les ordres juridiques nationaux¹⁰. Ce travail embrasse également la définition de constitution dans l'espace juridique de l'Union Européenne : plus qu'un texte formel et solennel (qu'il semblerait malaisé à identifier alors que le projet de Traité Constitution¹¹ a expiré) la fondation de l'Union Européenne a donné à ses citoyens un ensemble des droits et possibilités.

⁹ Sur l'importance du principe de non-discrimination pour le processus d'intégration voir : 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. 42. D. Martin, Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire, Bruylant, Bruxelles, 2006. Selon les auteurs, le développement du marché intérieur est lié à l'utilisation de ce principe par la CJ. Les mêmes auteurs font référence à la progressive émancipation du principe de non-discrimination de la sphère économique.

¹⁰ Voir notamment le cas de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, *infra*.

¹¹ Voir G. Amato, H. Bribosia e B. De Witte (dir.), *Génèse et destin de la Constitution Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007. L.S. Rossi (dir.), *Il progetto di Trattato-Costituzione (verso una nuova architettura dell'Unione Europea)*, Giuffrè, Milano, 2004.

Section I

La structure des arrêts sur la discrimination rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'UE en matière de non-discrimination¹² met en évidence le rôle particulier que ce principe a joué au sein de la construction de l'ordonnement juridique de l'Union même et de son identité constitutionnelle. La structure du jugement sur la discrimination face à la Cour de justice de l'UE peut se diviser en quatre parties principales : une première phase introductive, qui varie par rapport à l'instrument juridique utilisé pour introduire le jugement. Une deuxième phase d'individuation du désavantage. Une troisième phase de comparaison, dans laquelle on reconnaît le terme de comparaison correcte, et une phase (éventuelle) de justification, au cas où la mesure nationale ne concorderait pas avec le droit de l'Union.

Dans les prochaines sous-sections et paragraphes on tiendra compte de cette structure, principalement dans la phase introductive du jugement (dans la SS1), à travers l'exposition des instruments juridiques nécessaires pour introduire la censure de la discrimination devant la cour de Justice. Dans le § 2 cependant on se focalisera particulièrement sur la phase de comparaison et, brièvement sur celle de justification avec pour objectif celui d'offrir un panorama général du domaine dans lequel le principe de non-discrimination s'est développé.

§ 1 Structure et caractéristiques du jugement dans la phase introductive du jugement devant à la Cour de Justice de l'Union Européenne

¹²V. D. Martin, *Egalité et non discrimination... op.cit.* R. Hernu, *Principe d'égalité et... op. cit.*, p. 298 ss. C. Favilli, *La non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologne, 2008. V. encore M.V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Cedam, Padova, 1989.

Dans le développement de la jurisprudence ont joué un rôle déterminant les instruments juridiques présents à l'intérieur des traités pour assurer l'interprétation uniforme des droits de l'UE. Tout d'abord, le rôle du renvoi préjudiciel, qui de par sa nature de jugement incident dans les procès face au juge national, peut servir à mettre en lumière le domaine d'application du principe de non-discrimination à travers des techniques qui rappellent celles utilisées dans le contrôle de constitutionnalité¹³ mis en place par les Cours constitutionnelles nationales. Néanmoins n'est pas secondaire le rôle tenu par autre typologie de recours qui ont contribué à relever une éventuelle violation du principe de non-discrimination pouvant permettre l'annulation d'un acte de l'Union ou l'ouverture d'une procédure d'infraction.

A) La première phase : l'introduction de l'instance en matière de discrimination

1. Le rôle du renvoi préjudiciel en matière de discrimination

L'introduction de l'instance en matière de discrimination s'effectue principalement par le biais de trois instruments juridiques : le renvoi préjudiciel, le recours par annulation et le recours par inaccomplissement. Toutefois si l'on

¹³ Le contrôle de constitutionnalité peut être fait *a priori* ou *a posteriori*. Dans l'ordre juridique Français, le contrôle de constitutionnalité se faisait traditionnellement *a priori*. Depuis la réforme constitutionnelle du 23 Juillet 2008 a été introduit dans le système juridique français un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* (question prioritaire de constitutionnalité). Selon la tradition juridique Italienne, la Constitution impose un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, que rappelle la procédure européenne pour proposer une ordonnance de renvoi préjudiciel. Voir A. Pliakos *Le contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté*, Cahiers de droit européen, 2011, n° 3-4, p. 489-513. P. Manin, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne*, AJDA, n° 39, 2010, pp. 2188-2196. De manière plus générale, P. Wachsmann, *L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois*, Jus Politicum, vol. 4, 2012. Mais il convient également de souligner que majoritairement la doctrine française considère le renvoi préjudiciel comme un contrôle de *conventionnalité*.

excepte le rôle important rempli par le recours par annulation tout au long des années 60-70 et le nombre (trop peu significatif) de recours par inaccomplissement qui ont été formés, la majorité de l'instance a été introduite avec une demande de renvoi préjudiciel par des juges nationaux. On peut donc affirmer que ce dernier a joué un rôle majeur par rapport aux autres instruments de tutelle, en permettant à la Cour de Justice d'éclaircir (néanmoins par rapport au cas sur lequel la Cour doit s'exprimer) la signification du principe de non-discrimination ainsi que son domaine d'application. Cependant il convient de remarquer que l'évolution de la jurisprudence en la matière ne s'est pas faite dans l'harmonie et que par conséquent elle a été établie à *géométrie variable*¹⁴.

a) L'importance du renvoi préjudiciel, un cas particulier : les arrêts sur la libre circulation des marchandises

Une des caractéristiques qui se dégage des études des premiers renvois préjudiciels en matière de non-discriminations qui ont été portés à l'attention de la Cour réside dans la nature mixte¹⁵ du principe. La raison de cette caractéristique résulte de ce que celui-ci naît à moitié entre une liberté fondamentale qui a pour finalité de favoriser le processus d'intégration économique, et un principe fondamental qui est source de droits pour les individus. Ce trait distinctif se reflète dès les premiers renvois préjudiciels en matière de libre circulation des marchandises, et a été accentué ultérieurement par un certain nombre de décisions très récentes.

¹⁴ D. Martin, *Egalité et non discrimination... op.cit.*

¹⁵ V. l'analyse faite par K. Lenaerts, *L'égalité de traitement dans le droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples ?* Cahiers de Droit Européenne, 1991, p. 3.

La progressive émancipation du principe de non-discrimination du domaine du marché interne est attestée par la décision *Ruckdeschel*¹⁶, d'une portée remarquable puisque la Cour définit l'interdiction de discrimination contenue dans l'art. 34 par. 2 du Traité CEE en relation au principe, plus général, d'égalité, présenté comme *principe fondamental du droit communautaire*¹⁷. L'affaire en question concernait la compatibilité de l'amidon et du quellmehl, deux produits servant de poudre à lever au sein de l'industrie de la panification, aux fins de l'applicabilité d'un régime de restitution à la production.

La Cour précisait que, même si l'art 40 CEE ne pouvait s'appliquer au régime spécifique, sa discipline se devait de respecter le principe fondamental d'égalité, dont le principe de non-discrimination entre producteurs et consommateurs en représente l'expression :

[...] l'article 40, paragraphe 3, alinéa 2, du traité dispose que l'organisation commune des marchés agricoles « doit exclure toute discrimination entre producteurs ou consommateurs de la Communauté » ; [...] qu'il n'en reste pas moins que l'interdiction de discrimination énoncée à la disposition citée n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ; que ce principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée ;¹⁸

Une lecture décontextualisée de cette décision pourrait convaincre l'interprète qu'au sein du droit de l'Union subsiste une sorte de rapport hiérarchique entre la notion du principe d'égalité et celle du principe de non-discrimination dans le droit de l'union européenne. Par contre n'émettent pas le même avis les

¹⁶ CJCE, 19 Octobre 1977, *Albert Ruckdeschel & Co. et Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. contre Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG contre Hauptzollamt Itzehoe.*, Affaires jointes 117/76 et 16/77, *Rec.* 1977, p. 01753.

¹⁷ V. notamment A. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea (Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo)*, Editoriale Scientifica, Naples, 2011.

¹⁸ *Ruckdeschel, préc.*, par. 7, *Rec.* p. 1770.

conclusions présentées à la Cour par l'AG Capotorti qui défend la thèse en faveur de l'identité du concept d'égalité et de celui de non-discrimination¹⁹ (ou plus simplement ce sont les deux côtés de la même médaille). L'avocat général reconnaît également la valeur de ce principe en tant que droit fondamental à l'intérieur des états membres, cependant, conformément à l'objectif poursuivi par la communauté économique européenne, au sein de cet ordre juridique il aurait pour finalité d'éviter une disparité de traitement entre les entreprises au sein du marché interne. Il ressort de cette situation l'évidence de l'imbrication entre le principe de non-discrimination comme moteur du marché interne et l'embryon du principe de non-discrimination comme droit fondamental.

Aussi peut-on déceler dans la décision postérieure *Macarthy*²⁰ les signes d'une approche intégrée entre les droits fondamentaux et l'intégration économique, puisqu'une des parties suggère à la Cour d'adopter, pour la détermination de la violation, la même méthode que celle employée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans le fameux *Affaire Linguistique Belge*²¹. Le fait que la Cour ait choisi de ne pas reprendre le raisonnement de façon explicite mais le calque néanmoins sur le plan logique et argumentatif doit s'attribuer au difficile rapport entre les deux importantes Cours Européennes plutôt qu'à l'idée que le principe de non-discrimination ne se résume qu'à un principe économique. La jurisprudence des 20 premières années de la fondation de la Cour de Justice donne un aperçu général à l'intérieur duquel se développe la tutelle contre la discrimination, en mettant aussi l'accent sur certains aspects problématiques que recèleront également les cas qui suivront,

¹⁹ Conclusions de l'AG Capotorti, *Ruckdeschel*, par. 3, Rec. p. 1777 : « Dans la mesure où il s'adresse au pouvoir public, que celui-ci soit représenté par les États membres ou par les institutions communautaires, le principe de non-discrimination s'identifie avec celui de l'égalité de traitement des particuliers soumis à ce pouvoir. Dans les droits internes, il représente en premier lieu un aspect essentiel de tout catalogue des droits de l'homme et c'est pourquoi il a généralement une valeur constitutionnelle [...]. »

²⁰ CJCE, 27 mars 1980, *Macarthy Ltd contre Wendy Smith*, Affaire 129/79, Rec. 1980, p. 1275.

²¹ CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, Requête no 1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64.

tout spécialement ceux qui reposent sur la comparaison entre des situations de désavantage et sur la qualification du principe de non-discrimination comme principe constitutionnel.

b) le renvoi préjudiciel dans la jurisprudence de la Cour depuis 2000

Le rôle dominant du renvoi préjudiciel dans la définition du principe de non-discrimination ne se limite pas seulement à la phase initiale et intermédiaire du développement de la Communauté européenne. Dans ce paragraphe on peut dresser la liste de certaines décisions récentes qui sont significatives pour ce développement, et sur lesquelles l'on reviendra à diverses reprises tout au long de ce travail. Une bonne partie des innovations dans la jurisprudence plus récente ont été obtenues à travers l'œuvre d'interprétation de la Cour de Justice : le principe de non-discrimination sur la base de l'âge a été déclaré applicable également aux controverses entre les individus dans la décision *Mangold*²². Plus tard la Cour a précisé (sans réduire pour autant la portée innovante de la première décision) le domaine d'application du principe dans la décision *Kucukdeveci*²³. L'application du droit de l'union aux situations purement internes, sur la base du principe de non-discrimination par rapport à la nationalité, a été admise par la Cour de Justice dans deux, requêtes distinctes mais d'égale importance de renvoi préjudiciel²⁴. La Cour a également

²² CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, Affaire C-144/04, *Rec.*, 2005, p. I-09981.

²³ CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, Affaire C-555/07, *Rec.* 2010 I-00365.

²⁴ V. notamment CJCE, 19 octobre 2004. *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen contre Secretary of State for the Home Department*, Affaire C-200/02, *Rec.* 2004 I-09925 ; CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, Affaire C-34/09, *Rec.* 2011 I-01177.

suggéré, à travers la récente décision *Deckmyn*²⁵, l'application du principe de non-discrimination en rapport avec la race dans le cadre d'une controverse entre particuliers, en laissant malgré tout discrétionalité à la Cour nationale avec la possibilité d'évaluer les conditions pour son application. Il ne fait par conséquent pas de doute que cet instrument a été utilisé par la Cour de Justice de façon étendue pour clarifier et situer le domaine d'application du principe de non-discrimination, et principalement pour que sa contribution dans l'attribution d'une signification toujours plus précise au principe de non-discrimination devienne alors primordiale par rapport à autres instruments juridiques, quoique de réelle importance.

2. les principales autres voies pour introduire un recours sur la discrimination à la CJ

Le renvoi préjudiciel ne constitue toutefois pas le seul instrument à pouvoir être utilisé pour introduire un recours face à la Cour de Justice. Il existe au moins deux autres moyens qui ont été et continuent à être essentiels, non pas pour déterminer la signification du principe, mais pour en conserver une application fidèle : le recours par annulation et le recours en manquement

a) Le recours en annulation

Le recours est discipliné par l'article 263 du TFUE, qui confère à la Cour de Justice la possibilité de contrôler la légitimité d'un acte des institutions de l'Union Européenne.

Il s'avère en effet possible de contester les actes du Conseil, de la Commission, de la Banque Centrale, du Parlement et du Conseil Européen qui vont produire

²⁵ CJUE, 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW contre Helena Vandersteen et autres*, Affaire C-201/13, ECLI : EU : C : 2014:2132.

des effets juridiques contre des tiers. Il est également permis de contester les actes des organes et organismes de l'Union toujours dans le cas où ces actes ont des effets contre des tiers.

Les actes de l'Union contestés à travers ce recours atteignent donc un nombre extrêmement élevé.

Toutefois l'objet du recours peut comprendre l'incompétence, la violation de formes substantielles, de la norme des traités ou de toutes autres normes de droit relatives à son application, autre que le détournement des pouvoirs.

Les sujets titulaires de l'intérêt au pourvoi appartiennent à trois catégories. Le parlement, le Conseil, la Commission et les états membres jouissent en effet du statut de recours privilégiés puisqu'ils peuvent contester tous les actes des institutions. Au nombre des bénéficiaires du statut de recours semi-privilégiés se trouvent la BCE, le Comité des Régions et la Cour des comptes, qui ne peuvent contester que les seuls actes qui lèsent leurs prérogatives.

Quant aux personnes physiques et juridiques, elles peuvent contester les actes des institutions qu'à l'unique condition que les actes contestés : 1) Soient adoptés à leur égard 2) qu'ils les concernent individuellement et directement. Les actes réglementaires peuvent être contestés par des personnes physiques et juridiques sous ces conditions que : 1) ils les concernent directement et 2) ils ne comportent aucune mesure d'exécution. La restriction de l'intéressé à contester, notamment pour les personnes physiques, a généré un débat en doctrine. Un autre débat d'ampleur identique a été mené sur la définition de l'acte réglementaire, dont la Cour donne une définition très stricte, afin d'éviter les abus pour ce qui touche à l'instrument du recours en manquement.

La différence principale entre cet instrument et les recours ultérieurs qui peuvent être proposés à la Cour de Justice réside dans la radicalité du remède proposé, qui permet d'éliminer les effets juridiques de l'acte à partir de la déclaration d'annulabilité de la Cour.

b) le recours en manquement

Le recours en manquement procède, en règle générale, de l'ouverture d'une procédure d'infraction de la part de la Commission Européenne à l'égard d'un État membre. L'emploi de cet instrument vise à résoudre le problème de l'inaccomplissement par un État membre des obligations adoptées sur la base de ces traités. Ce type de recours représente habituellement la dernière opportunité pour l'Union d'obtenir l'accomplissement de la part de l'État membre, ceci après avoir cherché à évaluer la violation des traités dans une phase pré-contentieuse ou à travers d'autres instruments qui protègent l'efficacité du droit de l'Union.

Cette brève analyse des éléments fondamentaux du recours en manquement se révèle suffisante pour comprendre que ce recours ne constitue pas l'instrument le plus approprié pour pouvoir s'adresser à la Cour avec une violation du principe de non-discrimination capable d'avoir des effets immédiats à l'égard des individus²⁶. En effet l'obtention d'une condamnation réelle avec un recours en manquement requiert plusieurs années, contrairement à ce qui se produit pour la requête d'annullement d'un acte. L'activation du recours à l'égard de l'État ne peut pas s'envisager pour l'individu, il ne peut s'effectuer que de la part d'un autre état et de la Commission. C'est pourquoi cet instrument exerce pour principale fonction celle de réprimander l'État pour le ramener sur la bonne voie.

B) La deuxième phase : la mise à jour du désavantage

²⁶Mais v. R. Tinière, *Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux*, RDL Fond., 2011, chron. n. 4. Dans cet article l'auteur explique la possibilité d'utiliser le recours en manquement par la Commission, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, pour invoquer des violations de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

Le chemin logique suivi par la Cour dans le traitement d'une affaire concernant la discrimination nécessite, après une phase d'introduction, l'analyse d'une phase d'identification du désavantage²⁷. Dans cette phase, découlant en priorité d'une élaboration théorique du raisonnement de la Cour, le juge européen qualifie l'inconvénient dont est ou pourrait être sujette la personne victime de la discrimination. Cette phase se trouve étroitement liée à la prochaine, à titre de comparaison, à travers un lien de causalité. Il ne peut exister de préjudice si le sujet ne se trouve pas dans une situation de désavantage par rapport à un autre sujet qui se situe au moins dans une position analogue, mais d'autre part la comparaison n'a pas lieu d'être, s'il n'y a pas de dommages.

1. les typologies de discrimination pratiquées par la Cour de Justice

Établir la comparaison se veut la conséquence logique de l'identification du comportement qui désavantage la personne victime de la discrimination. Les types de désavantages connus par la Cour sont essentiellement de trois ordres : la discrimination directe, indirecte et le comportement intimidant. Outre ces trois formes de discrimination, il a été décidé d'accorder de l'espace également à la discrimination par association.

a) La discrimination directe

Par comportements directement discriminatoires on entend tous les comportements nécessaires pour établir une différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation comparable. Ce type de

²⁷ Certains auteurs placent cette phase dès la phase de comparaison (V. C. Favilli, *op. cit*), mais l'auteur de ce travail pense que celle-ci gagnerait à se situer avant l'individuation de l'élément correct de comparaison. Sans désavantage, nulle nécessité d'effectuer une comparaison.

discrimination peut s'illustrer par l'exemple de l'employeur qui déclare ouvertement qu'il n'embaucherait pas un employé en raison de son orientation sexuelle²⁸.

La reconnaissance de la possibilité de discrimination directe n'a pas été toujours imputable au comportement de la personne qui viole l'interdiction de discrimination. Dans les premières décisions sur le principe d'égalité de rémunération entre hommes et femmes²⁹ (art. 157 TFUE, ex art. 119 CEE), la Cour, définit par exemple, en tant que discriminations directes, seules les discriminations identifiées à l'aide des critères fournis dans les traités qui permettaient de ne se référer à aucun texte national quant à sa détermination.

Ce raisonnement a été suivi par la Cour, avec toutefois quelques modifications mineures, ainsi que par la jurisprudence peu de temps après. Dans *Macarthy*³⁰, la Cour a réitéré la définition exprimée dans l'affaire *Defrenne II*³¹, en manifestant une certaine prudence dans le traitement d'un instrument qui pouvait apparaître très futuriste à l'époque. Et même dans *Lloyds Bank*³², la Cour continue de citer la jurisprudence *Defrenne* pour rappeler que la définition de discrimination directe procédait de la corrélation entre les traités et l'interdiction de non-discrimination³³.

Il semble probable que le formalisme adopté dans la définition de la discrimination directe a été essentiellement rattaché à la nécessité d'éviter d'excéder la portée des responsabilités de la Communauté européenne de

²⁸ Une affaire similaire s'est présentée à l'attention de la CJ dans l'arrêt *Accept*. V. CJUE, 25 avril 2013, *Asociația ACCEPT contre Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, Affaire C-81/12, ECLI : EU : C : 2013:275.

²⁹ V. la jurisprudence *Defrenne* ; CJCE, 25 Mai 1971, *Defrenne contre Sabena (Defrenne I)*, Affaire 80/70, Rec. 1971, p. 445 ; CJCE, 8 Avril 1976, *Defrenne contre Sabena (Defrenne II)*, Rec. 1976, p. 455 ; CJCE, 15 Juin 1978, *Defrenne contre Sabena (Defrenne III)*, Affaire 149/77, Rec. 1978, p. 1365.

³⁰ CJCE, 27 Mars 1980, *Macarthy*, préc.

³¹ Citée dans *Macarthy*, par. 10.

³² CJCE, 11 Mars 1981, *Susan Jane Worringham et Margaret Humphreys contre Lloyds Bank Limited*, affaire 69/80, Rec.1981, p. 767.

³³ CJCE, 11 Mars 1981, *Lloyds Bank*, préc. par. 23.

l'époque. Il s'ensuit qu'il devient aisé de comprendre la façon dont l'on se rapporte ainsi facilement à la notion de discrimination en en donnant de fait une vision restrictive (). Cela exclut de toute évidence un certain nombre d'autres comportements qui déterminent un inconvénient puisque pour leur évaluation il serait nécessaire de recourir aux instruments de la législation nationale ou communautaire qui en définissent le contenu (). D'après la définition donnée en début de paragraphe on en déduira aisément que la notion de discrimination directe s'est désormais émancipée de l'exigence de la correspondance littérale aux traités pour adopter une forme liée à la qualité de la conduite discriminatoire, qui sera plus directe et dans le même temps plus fortement exposé à violer ouvertement les typologies prévues dans les traités.

Pour remédier à l'incertitude générée par la jurisprudence, les évolutions réglementaires ont fourni des définitions claires de discrimination directe³⁴, qui se trouvent actuellement incluses dans la directive 2006/54/CE³⁵ sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes³⁶, dans la directive-cadre 2000/78/CE³⁷ sur la discrimination dans le monde du travail³⁸, dans la directive 2000/43/CE³⁹ sur la discrimination raciale et ethnique⁴⁰, et dans la directive

³⁴ À noter aussi l'uniformité des définitions, qui laisse peu d'espace pour des interprétations différentes.

³⁵ Directive 2006/54/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)*, JO L 204 du 26.7.2006, p. 23 – 36

³⁶ Art. 2.1.a : « discrimination directe » : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

³⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 *portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, JO n° L 303, du 02/12/2000 p. 16 - 22.

³⁸ Art. 2.2 : « Aux fins du paragraphe 1 : a) une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable, sur la base de l'un des motifs visés à l'article 1er »

³⁹ Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 *relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*, JO n° L 180 du 19/07/2000 p. 22 - 26.

⁴⁰ Art. 2.a : « une discrimination directe se produit lorsque, pour des raisons de race ou d'origine ethnique, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ».

2004/113/CE⁴¹ sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le marché des biens et des services⁴². Comme l'a souligné Ellis⁴³, l'évolution de la notion de discrimination directe a rendu possible la protection d'hypothèses de désavantage qui ne sont pas directement associées à la personne victime de la discrimination, à l'instar des discriminations directes par association⁴⁴. Cette étape supplémentaire donne la mesure de la façon dont la figure a évolué, en s'émancipant progressivement d'une lecture restrictive pour arriver à inclure également les cas reliés aux désavantages qui discriminent directement.

b) La discrimination indirecte

Les discriminations indirectes à l'inverse des discriminations directes⁴⁵ sont des hypothèses de discrimination qui provoquent une différence de traitement à travers un critère apparemment neutre, mais qui mettent dans une position de désavantage les personnes n'appartenant qu'à une seule catégorie. Aussi peut-on considérer comme discriminations indirectes toutes les hypothèses de discrimination qui à travers l'utilisation de dissimulations discriminent une certaine catégorie de personnes. La genèse de la notion de discrimination indirecte est parallèle à celle de la discrimination directe. Dans le raisonnement de la Cour des premières années après la fondation de la Communauté, la

⁴¹ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès ` des biens et services et la fourniture de biens et services*, JO L 373 du 21.12.2004, p. 37–43.

⁴² Art. 2.a « discrimination directe : la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ».

⁴³ E. Ellis, P. Watson, *EU Anti discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 146.

⁴⁴ V. CJCE, 17 Juillet 2008, *Coleman*, affaire C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603. Voir aussi les conclusions du AG Poiares Maduro.

⁴⁵ Voir C. Tobler, *Indirect discrimination : a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia Pub. Antwerp, 2005. P. Garrone, *La discrimination indirecte en droit communautaire, vers une théorie générale*, RTD Eur., 1994, vol. 3, p. 426.

figure de la discrimination indirecte correspondait à ce type de désavantage qui n'était pas attribuable à la lettre des traités, parce que le « fait typique » de la discrimination pour ses caractéristiques spécifiques devait être obtenu à travers la lecture de la discipline d'application au niveau national ou communautaire. Dans l'arrêt susmentionné *Macarthys* la Cour décrit la discrimination indirecte comme un genre de discrimination « dont l'identification nécessite des études comparatives sur des branches entières de l'industrie et nécessite donc la détermination préliminaire des critères d'évaluation par des organes législatifs, communautaires ou nationaux »⁴⁶. La notion est donc définie comme une spécification de la notion de discrimination directe qui était liée à un critère d'interprétation littérale et, de ce fait, éminemment formelle. La Cour a, au fil du temps, fait évoluer son raisonnement sur la notion de discrimination indirecte en partant du principe d'une rétribution égale pour les hommes et les femmes au travail. Un des premiers signes de l'application d'une approche intégrale de la discrimination indirecte⁴⁷ se traduit en effet par la différence d'application d'un salaire ou d'une retraite aux travailleurs à temps partiel et à ceux à plein-temps. Dans l'arrêt sur l'affaire *Jenkins*⁴⁸, la Cour a admis pour la première fois que l'article 119 du traité CEE (devenu article 141 CE, désormais 157 TFUE) pouvait également protéger les formes de discrimination indirecte, même si elle a affirmé dans le même temps qu'en principe il n'était pas contraire aux traités de tenter d'encourager la conclusion de contrats à temps plein⁴⁹.

Toutefois, la Cour a ensuite déclaré qu'au cas où le temps partiel serait appliqué aux travailleurs du sexe, principalement féminins, il y aurait alors de

⁴⁶ CJCE, 27 Mars 1980, *Macarthys*, préc., par. 16.

⁴⁷ V. CJCE, 31 Mars 1981, *J.P. Jenkins contre Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, Affaire 96/80, Rec. 1981, p. 911. CJCE, 13 Mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, affaire C-170/84, Rec. 1986, p. 1607. CJCE 27 Juin 1990, *Kowalska*, Affaire C-33/89, Rec. 1990.

⁴⁸ CJCE, 31 Mars 1981, *Jenkins*, préc.

⁴⁹ *Jenkins*, préc. par. 10-11.

bonnes raisons de douter de la validité de la justification avancée par l'employeur⁵⁰.

Dans l'arrêt suivant *Bilka Kaufhaus*, la Cour a encore renforcé son argumentation⁵¹. Dans cette affaire, en raison de l'application d'un critère neutre (le nombre d'heures de travail) les travailleurs à temps partiel avaient droit à une retraite inférieure à celle des travailleurs à temps plein. Il s'agit cependant d'un fait acquis (quoiqu'à la limite du stéréotype) que les contrats à temps partiel sont signés, pour la grande majorité d'entre eux, par des femmes qui ont besoin de concilier travail et vie familiale.

Une hypothèse ultérieure de discrimination indirecte a été soulignée par la Cour dans l'affaire *Nimz*⁵², dans laquelle la discrimination indirecte procédait de l'application d'un contrat collectif qui obligeait les travailleurs à temps partiel à satisfaire à l'exigence d'une ancienneté double par rapport à celle des travailleurs à temps plein pour passer à un échelon de traitement (dans ce cas de figure les femmes s'avéraient par conséquent les sujets travailleurs les plus pénalisés par rapport aux hommes.).

L'affaire *Nimz* représente probablement l'exemple le plus révélateur de la signification de la notion de discrimination indirecte dans la jurisprudence de la Cour de justice⁵³. Ce cas revêt une telle portée que l'AG Cruz Villalon l'a rappelé à plusieurs reprises dans ses conclusions dans un arrêt récent⁵⁴

⁵⁰ *Jenkins*, préc. par. 13.

⁵¹ CJCE, 13 Mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, préc. par. 31.

⁵² CJCE, 7 Février 1991, *Helga Nimz contro Freie und Hansestadt Hamburg*, causa C-184/89, Racc.1991, p. I-297. V. A. Adinolfi, *Comment on Nimz*, *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 637-645. G. Burrigato, *La discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia : oneri probatori e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 468 ss.. S. Deakin, *Levelling Down Employee Benefits*, *The Cambridge Law Journal*, vol. 54, 1995, p. 35-37. G. More, *Seniority Pay for Part-time Workers*, *European Law Review*, 1991, p 320 ss.

⁵³ Plus récemment voir : CJCE 14 Février 1995, *Schumacker*, Affaire C-279/93, Rec.1995, p. I-225, par. 26 ; CJCE, 22 Mars 2007, *Talotta*, Affaire C-383/05, Rec. 2007, p. I-2555, par. 17 ; CJCE 18 Mars 2010, *Gielen*, Affaire C-440/08, Rec. 2010, p. I-2323, par. 37.

⁵⁴ CJUE 22 Juin 2011, *Marie Landtová contro Česká správa socialního zabezpečení*, Affaire C-399/09, Rec.2011, p. I-5573, par. 64.

comme un des précédents les plus exemplaires pour ce type de discrimination. À ce stade, s'impose aisément une définition⁵⁵ de la discrimination indirecte qui permet de résumer et de généraliser ainsi que d'énoncer quelle est la définition contenue dans la législation⁵⁶, et celle de la jurisprudence de la Cour : « *un comportement qui, par l'application d'un critère neutre, se retrouve à mettre en position de désavantage, de façon injustifiée et disproportionnée, les personnes appartenant à une catégorie protégée.* »

2. les autres hypothèses d'appréhension des discriminations

a) les comportements intimidateurs

Une différence significative entre la protection contre la discrimination devant la Cour de justice par rapport à celle devant les tribunaux d'autres juridictions se reflète par exemple dans le fait que la Cour est compétente (du moins potentiellement) pour reconnaître des cas de discrimination là où le désavantage doit être identifié dans l'intimidation subie par la victime en présentant des caractéristiques qui la distinguent comme appartenant à une catégorie protégée. La possibilité de discrimination à travers un comportement intimidateur, harcèlement ou autre, est en fait actuellement disciplinée par les quatre directives-cadres sur la discrimination, qui s'ajoutent aux cas plus nombreux de discrimination directe et indirecte. Les dispositions contenues

⁵⁵ À signaler aussi la définition de la discrimination indirecte faite par l'ADF de l'UE dans l'*Handbook on Non Discrimination*, qui semble quelque peu confuse : « 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. »

⁵⁶ Art. 2.1.b directive 2006/54/CE. Art. 2.2.b directive 2000/78/CE. Art. 2.2.b directive 2000/43 CE. Art. 2.b directive 2004/113/CE.

dans les textes législatifs émanent de la déclaration du Conseil du 19 Décembre 1991⁵⁷, qui appelle à son tour la recommandation de la Commission établissant un code de conduite pour éviter le harcèlement (y compris sexuel) au travail⁵⁸. L'article 2 de la recommandation suscitée nous donne en effet la première définition du harcèlement, tel que défini pour la sphère sexuelle, qui a été insérée dans l'*acquis communautaire* : « harcèlement sexuel signifie un comportement non désiré à connotation sexuelle ou tout autre type de comportement fondé sur le sexe qui affecte la dignité des hommes et des femmes dans le monde du travail (1), y inclus attitudes de type physique, verbale ou non-verbale » (2).

Cependant, ce genre de comportement est plus efficacement traité par le droit national (même à travers les sanctions prévues par le droit pénal). Pour ce faire, contrairement à ce qui se passe pour les hypothèses de discrimination directe et indirecte, l'instrument le plus efficace pour trouver une définition du comportement d'intimidation reste encore la législation nationale.

b) la discrimination par association

La discrimination par association⁵⁹ constitue un type particulier de discrimination qui prévoit que la conduite discriminatoire tenue à l'encontre de la victime ne soit pas rattachée directement à la victime même, mais aux personnes qui dépendent d'elle.

⁵⁷ Déclaration du Conseil, du 19 décembre 1991, *concernant la mise en oeuvre de la recommandation de la Commission sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail, y compris le code de pratique visant à combattre le harcèlement sexuel*, JO C 27 du 4.2.1992, p. 1 – 1.

⁵⁸ Recommandation de la Commission 92/131/CEE du 27 novembre 1991 *sur la protection de la dignité des femmes et des hommes au travail*, JO L49 du 24.2.1992, pp. 1-8.

⁵⁹ L. Waddington, *Protection pour la famille et les amies : combattre la discrimination par association*, Revue de Droit Européen relatif à la Non Discrimination, 2007, vol. 5, p. 13 ss.

Ainsi, peut-être considéré comme une discrimination par association le cas de l'employeur qui pénalise la travailleuse qui a un enfant souffrant d'un handicap et qui pour cette raison, doit par exemple, prendre plusieurs congés de travail. Un cas similaire a été traité par la Cour de justice avec le cas *Coleman*⁶⁰, où la requérante a été victime de discrimination par l'employeur en raison de l'invalidité de son fils handicapé. Le problème qui se pose par rapport à ce type de discrimination tient à sa qualification. Les directives sur la discrimination n'offrent pas une protection directe contre ce genre d'inconvénients puisque, comme nous venons de le voir, elles ne semblent protéger que les personnes qui sont la cible des discriminations et non pas celles qui leur sont liées. Mais si une personne handicapée ou incapable dépend en totalité ou en partie d'autres personnes, s'en prendre à celle-ci revient à s'en prendre à la personne qui ferait l'objet de discrimination.

C'est pourquoi la Cour, dans l'arrêt précité *Coleman*, a qualifié la discrimination par association de discrimination directe. Un autre cas de discrimination par association est illustré par la décision *Zambrano*, par laquelle l'expulsion de parents étrangers aurait également obligé les enfants du couple, citoyens européens, à quitter le territoire de l'Union et par là même à renoncer à l'exercice de leurs droits.

§2 Le cœur du jugement sur la discrimination : la comparaison des situations différentes

Immédiatement après la phase d'introduction et celle de l'individuation de l'inconvénient suit la phase de comparaison, qui se situe au cœur du raisonnement juridique de la Cour de justice. Celui-ci est le centre névralgique

⁶⁰ CJCE, 17 Juillet 2008, *S. Coleman contre Attridge Law et Steve Law*, Affaire C-303/06, Rec. 2008, p. I-5603.

de la décision, puisque sans possibilité de comparaison il semble difficile de parler de discrimination, sauf à admettre évidemment des présomptions,.

A) La phase de comparaison dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Parmi les spécialistes de la loi anti-discrimination seule une minorité⁶¹ consacre une partie de celle-ci à l'analyse de la phase de comparaison, lui préférant une approche (principalement mais pas exclusivement) chronologique⁶², dogmatique⁶³, comparative⁶⁴, ou par type de discrimination⁶⁵. L'évolution du droit antidiscriminatoire évolue de fait lentement d'un modèle de raisonnement qui part de la comparaison de situations différentes pour aller vers une approche présomptive par « catégories »⁶⁶. En effet, l'interprétation judiciaire est de par sa nature flottante, et n'offre pas de garanties suffisantes en termes d'application uniforme. C'est pourquoi les gouvernements des États membres de l'UE et l'Union européenne adoptent des instruments législatifs qui permettent de mettre en évidence certains types de discriminations qui méritent un niveau de protection plus élevé de manière à amener le caractère aléatoire du raisonnement judiciaire à des niveaux acceptables de certitude. Nous pouvons donc nous demander pour quelle raison ce travail attribue tant d'importance à la centralité du *momentum comparationis*. Pour deux raisons : la première parce que l'on croit que l'approche souple des juridictions représente

⁶¹ Parmi les v. C. Favilli, *La non discriminazione...* op. cit., R. Hernu, *Principe d'égalité et...* op. cit.

⁶² D. Martin, *Egalité et non discrimination...* op.cit.

⁶³ M.V. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza...* op.cit. ; R. Hernu, *Principe d'égalité et...* op. cit.

⁶⁴ A. McColgan, *Discrimination, Equality and the law*, 1 ed, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁶⁵ V. E. Ellis e P. Watson, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012. N. Bamforth, M. Malik et C. O'Conneide, *Discrimination Law : theory and context*, Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2008. S. Friedman, *Discrimination law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012. Mc Colgan, *Discrimination...*, op. cit.

⁶⁶ Voir le « *ground based approach* » de la Cour Suprême des États Unis, décrit par McColgan, op. cit., p.39 et ss.

toujours un élément de richesse plutôt que d'appauvrissement, et que les approches seulement présumées risquent d'inonder le jugement sur la discrimination dans l'application de la même discipline à des catégories qui sont comparées à l'expression de la volonté politique du législateur. La seconde tient à ce que l'objet de cette étude porte essentiellement sur les décisions des juges et non seulement sur l'approfondissement des textes législatifs. Cette approche tend à limiter le rôle de la loi et ne semble pas accorder assez de crédit au rôle moteur que la jurisprudence a joué dès le début de l'expérience de l'intégration européenne.

1. la recherche d'un terme de comparaison adapté au cas d'espèce

Après avoir examiné les raisons pour lesquelles il apparaît nécessaire de mettre en œuvre une comparaison afin de prouver l'existence d'une discrimination, il convient de comprendre la manière dont la Cour de justice identifie le terme de comparaison approprié pour les faits de la cause. Et la question n'est pas encore pacifiée en doctrine. Certains auteurs, dont Martin⁶⁷, estiment que la Cour ne pratique pas suffisamment les tests de comparaison, tout au moins dans le domaine de la libre circulation des personnes et des services, ce qui limite le domaine de la libre circulation des marchandises (domaine dans lequel se retrouve en fait une grande partie des citations de la jurisprudence à ce jour). D'autres, à l'instar d'Hernu⁶⁸, accordent une place majeure à la comparaison (sans la considérer comme une phase autonome dans le raisonnement de la Cour) qui à travers une base non-arbitraire, capable de relier deux situations qui, du moins en apparence, paraissent différentes. D'autres encore, comme Malik⁶⁹, estiment au contraire que l'exercice des tests

⁶⁷ D. Martin, *Egalité et non discrimination...* op. cit., p. 529.

⁶⁸ R. Hernu, *Principe d'égalité et...* op. cit. p. 298.

⁶⁹ N. Bamforth, M. Malik et C. O'Conneide, *Discrimination Law : theory and context*, op.cit. p. 287.

de comparaison ne peut pas répondre à la forte demande d'égalité requise par la société moderne, et qui mène à une interprétation stricte de l'interdiction de discrimination.

Toutefois, le concept d'égalité relationnelle⁷⁰ constitue un frein pour décrire une violation du principe de non-discrimination, ce qui ne peut s'envisager qu'en rapport à une autre catégorie de sujets. La comparaison paraît par conséquent nécessaire : mais ce qui varie réside dans la manière dont la comparaison s'effectue, si l'analyse des circonstances de l'affaire est pratiquée de manière analytique, ou si par contre l'on se réfère à un raisonnement plus concret qui voit dans la discrimination un obstacle à éliminer pour la réalisation de l'objectif de l'égalité substantielle. La *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson*⁷¹ représente le premier jugement important dans lequel la Cour s'est concentrée sur la relation entre le principe de non-discrimination et de comparaison. Suivent une jurisprudence abondante à la fin des années 60 et 70⁷², qui parvient à son meilleur avec l'arrêt *Ruckdeschel* (*citée*), concernant la comparabilité des substances féculentes aux fins de l'applicabilité d'un système de restitutions à la production. Dans ses conclusions, l'AG Capotorti fait une description intéressante du signifiant du terme « comparaison » dans le droit de l'Union, l'écart entre analyse analytique et téléologique :

La notion de comparabilité des situations ne doit pas être confondue avec l'absolue identité des situations même. La Comparabilité devrait être déterminée en tenant compte de la concurrence (cit. Arrêt du 17 Décembre 1959 Société des Fonderies de Pont-à-Mousson), et en tout cas à la lumière des objectifs de la discipline qui rentre dans le mérite : est surtout par rapport à ces finalités qu'on pourra déterminer si certaines différences existantes entre

⁷⁰ M.V. Benedettelli, *Il giudizio sull'uguaglianza...*, op.cit.

⁷¹ CJCE, 17 Décembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson contre Haute Autorité*, Affaire 14/59, Rec. 1959, p. 445 et 463.

⁷² Voir la jurisprudence citée par l'AG Capotorti dans *Ruckdeschel*, préc., aux p. 1777 et suivants de la Recueil.

les entreprises sont suffisantes pour exclure la comparabilité de leurs situations, et donc pour permettre un traitement différent. En d'autres termes, le principe de non-discrimination doit être considéré comme violé - dans le domaine de l'intervention publique dans l'économie - quand deux situations semblables sont traitées de manière différente par rapport à l'objectif poursuivi par ces interventions.⁷³

Les conclusions de l'AG Capotorti désignent un facteur qui caractérise la recherche du terme correct de comparaison : la comparabilité des situations ne signifie pas identité. Notamment dans la détermination de la comparabilité de deux situations, il faut accorder une attention particulière à la règle qui est censée violer l'obligation de non-discrimination. En effet, dans un jugement ultérieur, *Italie contre Commission*⁷⁴, la Cour refuse de comparer la situation de l'amidon et des produits amylicés dans l'attribution d'une subvention, parce que le but du règlement attaqué par le gouvernement italien visait à promouvoir les produits et les sous-produits de l'amidon de pomme de terre, qui à l'époque se trouvait pénalisé par les contingences historiques du marché agricole.

Il en ressort que jusqu'à aujourd'hui, les premières décisions de la Cour sur la portée du principe de non-discrimination concernent la politique agricole et la libre circulation des marchandises, à l'exception du principe d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

Un exemple particulièrement intéressant est illustré par la décision *Murphy*⁷⁵, dans laquelle la Cour se devait de répondre à la demande de la *Haute Cour anglaise*, à savoir celle de déterminer si l'article 119 CE (puis 141 CE, désormais 157 TFUE) s'applique également dans les cas où le terme de comparaison pour obtenir la même rétribution était représenté par une

⁷³ *Ruchdesckel*, Rec. pag. 1778.

⁷⁴ CJCE 12 Juillet 1979, *République Italienne contre Conseil*, affaire 166/78, Rec.1979, p. 2575.

⁷⁵ CJCE 4 Février 1988, *Mary Murphy contre An Bord Telecom Eireann*, affaire 157/86, Rec.1988, p. 673.

personne qui occupait un emploi qui avait (au moins potentiellement) une valeur différente. Dans ce cas, la Cour, en respectant le principe de l'effectivité de l'interdiction de discrimination, déclarait que le travailleur masculin pouvait constituer une base de comparaison valable pour l'application du même salaire à des travailleurs féminins. Cette utilisation du terme de comparaison reflète clairement les propos de l'AG Capotorti dans *Ruckdeschel*, avec pour effet de mettre davantage en évidence le caractère téléologique⁷⁶ du jugement sur la discrimination devant la Cour de justice. La Cour démontre, en effet, qu'elle fait passer devant l'exercice d'un test de comparaison stricte l'objectif de l'égalité des sexes.

Un cas similaire a été porté à l'attention de la Cour par un autre tribunal anglais, la Cour d'appel du pays de Galles. Dans ce cas, *Enderby*⁷⁷, la Cour n'a pas procédé à une évaluation des conditions de comparaison. Elle s'est plutôt limitée, en se référant à la jurisprudence antérieure, à présumer la comparabilité des deux situations, pour ainsi se concentrer sur le désavantage qui, indirectement, a fini par plus affecter les travailleurs de sexe féminin que ceux de sexe masculin⁷⁸. Dans cette affaire, pour parvenir à déterminer la base correcte de la comparaison, l'utilisation de certains indicateurs statistiques a joué un rôle clé, à l'exemple du fait de suggérer que l'attribution d'un salaire plus élevé pour les tâches effectuées principalement par les personnes de sexe masculin était discriminatoire à l'égard des personnes de sexe féminin.

⁷⁶ Voir les conclusions de l'AG Lenz dans l'affaire CJCE 4 Février 1988, *Murphy*, préc. par. 16 : « Le but législatif de l'article 119 du traité CEE commande donc une application de cette norme à la situation en cause. Toute autre solution viderait de sa substance l'effet utile de la disposition. Comme le gouvernement irlandais l'a fait observer à juste titre (7), un employeur pourrait autrement faire échec à son obligation de traiter les travailleurs masculins et féminins de manière égale en assignant des tâches additionnelles ou plus pénibles aux travailleurs d'un sexe déterminé, auxquels une rémunération moindre pourrait alors être accordée. Si l'on devait déclarer une telle manière de procéder compatible avec l'article 119, cela reviendrait à institutionnaliser la possibilité de l'abus ».

⁷⁷ CJCE, 27 Octobre 1993, *Pamela Mary Enderby contre Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, Affaire C-127/92, Rec. 1993, p. I-5535.

⁷⁸ CJCE, 27 Octobre 1993, *Enderby*, préc. par. 16.

La Cour a utilisé le critère d'indicateurs statistiques pour détecter d'autres cas de discrimination indirecte fondée sur la nationalité. L'affaire *Allué II*⁷⁹, concernait la conclusion d'un contrat de travail à durée déterminée réservé exclusivement à la catégorie des assistants de langue étrangère. Ces experts étaient embauchés avec un contrat de six ans et embauchés à un poste assimilé à celui des chercheurs, qui au contraire étaient recrutés en contrat à durée indéterminée. Compte tenu du fait que selon les indicateurs statistiques, seuls 25 % des assistants de langue étrangère étaient des ressortissants italiens, la Cour de justice a déclaré que l'aménagement intérieur contrastait avec le droit communautaire⁸⁰.

Dans le cas le plus récent, en particulier depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, ce caractère du test de comparaison s'est particulièrement accentué, avec pour conséquence que la composante analytique s'en retrouve redimensionnée par rapport à la téléologique. À ce fait ont également contribué les dispositions relatives à la charge de la preuve⁸¹ qui, en supposant antérieurement tant la discrimination que la comparabilité, ont permis de souligner le caractère téléologique et instrumental de la phase de comparaison.

2. l'évolution la plus récente du test de comparaison

La jurisprudence en la matière se montre abondante aussi convient-il de faire un choix qui permette de tracer la voie de l'évolution des tests de comparaison,

⁷⁹ CJCE, 2 Aout 1993, *Pilar Allué contre Università degli studi di Venezia et Università degli studi di Parma*, Affaires C-259/91, C-331/91 et C-332/91, Rec. 1993, p. I-4309.

⁸⁰ CJCE, 2 Aout 1993, *Pilar Allué*, par. 16.

⁸¹ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 *relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe*, JO L 014 du 20/01/1998 p. 6 - 8. Voir aussi les dispositions de la nouvelle directive 2006/54/CE.

en particulier après les amendements aux traités⁸² réalisés au tournant des années 90 et 2000 qui ont donné une forte impulsion à la loi anti-discrimination en introduisant des compétences dans le domaine de la non-discrimination en dehors de la nationalité et du genre. En particulier, les directives 2000/78/CE et 2000/43/CE qui les ont introduites et reconnues. C'est pourquoi nous allons nous concentrer principalement sur deux cas majeurs pour l'évolution des tests de comparaison : celui sur la comparabilité entre les personnes trans-genres et non trans-genres, et la comparabilité entre les couples hétérosexuels et homosexuels.

a) *la comparabilité entre les personnes transsexuelles et non transsexuelles*

Dans ce premier domaine, nous relevons *P v S et Cornwall City Council*⁸³, dans lequel la Cour a appliqué à un transsexuel congédié après avoir changé de sexe, la même protection offerte par la Communauté européenne⁸⁴ à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes sur les lieux de travail⁸⁵.

La comparabilité des situations tenait cependant, plus de l'ordre de l'intuition, et l'affaire se fondait sur une interprétation stricte du *Sex Discrimination Act* par la Cour anglaise qui avait soulevé la demande de renvoi préjudiciel. L'*Industrial tribunal* anglais en effet identifiait la base correcte de comparaison non pas en la personne de sexe masculin qui n'avait pas connu de changement de sexe, mais dans la personne de sexe féminin qui l'avait connu quand bien même cette personne avait été licenciée. La Cour, estime, au contraire que, dans ce

⁸² Surtout, l'introduction de l'art. 13 du Traité d'Amsterdam a représenté une révolution.

⁸³ CJCE, 30 April 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, affaire C-13/94, Rec. 1996 p. I-02143.

⁸⁴ Pour un analyse dans le système de la CEDH voir P. Wachsmann et A. Marienburg, *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, RTD Homme, 2003, p. 1157.

⁸⁵ CJCE, 30 April 1996, *Cornwall County Council*, par. 20-21.

cas, la requérante dans le recours principal avait été victime de discrimination en raison de son désir de devenir une femme.

Cependant Dans l'arrêt *Grant*⁸⁶, la Cour estime se trouver face à un cas de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Elle n'est pourtant pas en mesure de la censurer (bien que la cour ne manque pas de se référer à la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme) puisqu'au moment de la demande de renvoi préjudiciel la directive 2000/78 / CE n'était pas encore entrée en vigueur. Dans la mesure où l'arrêt concernait la possibilité d'appliquer des prix réduits sur le transport public local, la Cour, pour assurer la prestation demandée a déclaré que, du moins en principe, les personnes mariées de sexe opposé et les personnes non mariées du même sexe peuvent se considérer dans une situation comparable.

Dans l'arrêt *KB*⁸⁷ d'autre part les juges de Luxembourg devaient se prononcer sur l'attribution de la pension de retraite complémentaire selon le droit anglais à un couple formé par un transsexuel et une femme. Dans ce cas, la Cour a adopté l'approche du Cornwall City Council et a signifié que la base de comparaison pour un couple constitué d'un transsexuel et d'une femme se fonderait sur un couple de personnes du sexe opposé. Toutefois dans la décision suivante *Richards*⁸⁸, la Cour a notifié que l'âge de la retraite prévu pour les femmes par le droit anglais est attribuable à un transsexuel qui a fait la transition du sexe masculin au sexe féminin. En établissant ces comparaisons, la Cour, contrairement à ce qui avait été fait par les juridictions nationales dans l'affaire principale, a pensé attribuer un poids plus grand à l'objectif de la règle qu'à l'analyse comparative des circonstances de fait qui sous-tendent la cause.

⁸⁶ CJCE 17 Février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contro South-West Trains Ltd*, affaire C-249/96, Rec.1998, p. I-621.

⁸⁷ CJCE 7 Janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, affaire C-117/01, Rec. 2004, p. I-00541.

⁸⁸ CJCE 27 Avril 2006, *Sarah Margaret Richards contre Secretary of State for Work and Pensions*, affaire C-423/04, Rec. 2006, p. I-3585.

b) la comparabilité entre les couples hétérosexuels et homosexuels

Dans cette famille de jugements, qui affecte principalement l'impact du droit communautaire sur la législation de deux États membres (Allemagne et France) et sur la possibilité d'obtenir une pension de retraite complémentaire après la mort de son partenaire, le jugement sur la comparaison des situations s'est largement fondé sur les considérations attachées à la demande de renvoi préjudiciel de la part du juge national. Ce facteur apparaît clairement dans *Tadao Maruko*⁸⁹ où dans l'affaire principale, l'appelant a contesté les règles allemandes qui, tout en offrant la possibilité à des personnes de même sexe de conclure une Union de solidarité, ne donnaient pas le droit d'obtenir, à la mort d'un partenaire, la réversibilité de la pension de retraite. En faveur ou non de la comparabilité entre les deux situations, la Cour estime que :

Compte tenu de ce rapprochement entre mariage et partenariat de vie, qu'elle considère comme une assimilation progressive et qui ressort, selon elle [...] le partenariat de vie, sans être identique au mariage, place les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne la prestation de survie en cause au principal.⁹⁰

Par conséquent, en utilisant un thème qui rappelle les conclusions bien connues de l'AG Capotorti dans *Ruckdeschel*, la Cour insiste sur le fait que les deux situations peuvent se trouver sur le même plan. La Cour a tenu une position similaire dans *Römer*⁹¹. Également dans ce cas il lui a été demandé de

⁸⁹ CJCE, 1 Avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, affaire C-267/06, Rec. 2008, p. I-1757.

⁹⁰ CJCE, 1 Avril 2008, *Tadao Maruko*, par. 69. Voir aussi les conclusions de l'AG Colomer, par. 100-101.

⁹¹ CJUE, 10 Mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, affaire C-147/08, Rec. 2011, p. I-3591.

se prononcer sur l'attribution d'un privilège accordé aux couples mariés en vertu de la réglementation allemande, qui permet d'obtenir une retraite plus élevée si l'on a un conjoint à charge. Dans la présente affaire, le demandeur ne pouvait pas demander le calcul le plus favorable car il ne s'appliquait pas au régime de partenariats de vie entre personnes du même sexe. Les juges du Luxembourg dans l'analyse de la comparabilité des deux situations font référence directe au cas *Maruko*, en ajoutant des informations plus précises sur la possibilité de comparer la situation des couples mariés et des couples non mariés :

[...] la comparaison entre les situations doit être fondée sur une analyse axée sur les droits et les obligations des conjoints et des partenaires de l'union civile enregistrée [...] et ne devrait pas vérifier si le droit national a exploité une équivalence générale et complète, d'un point de vue juridique, entre l'union civile enregistrée par rapport au mariage⁹².

Une autre confirmation de la jurisprudence *Maruko-Romer* vient de la décision la plus récente *Hay*⁹³, qui concerne la possibilité de comparer des personnes du même sexe et celles de sexe opposé en vue d'accorder une gratification aux employés qui se marient (gratification perçue sous la forme d'une certaine somme d'argent et de quelques jours de congés payés). Encore une fois, la Cour établit une comparaison entre la législation française sur le mariage et celle qui prévoit la possibilité pour les personnes de même sexe d'organiser leur vie ensemble. La comparaison faite par la Cour aboutit, à l'instar de *Maruko et Romer*, à la confirmation de la comparabilité des deux situations effectuée non pas sur la base d'un critère de chevauchement, mais de similitude.

Il ressort de ces derniers exemples d'évolution des tests de comparaison dans la jurisprudence de la Cour que, parmi les caractères des tests de comparaison décrits dans ce paragraphe (analytiques, téléologiques et instrumentaux),

⁹² CJUE, 10 Mai 2011, *Jürgen Römer*, par. 44.

⁹³ CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay contre Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, affaire C-267/12, ECLI : EU : C : 2013:823.

l'instrumental apparaît sans doute comme la méthode prépondérante. Cette brève analyse permet donc de brosser un portrait du test de comparaison, un test qui vise à la lutte contre la discrimination aux fins de procurer une protection, compatible avec les pouvoirs de l'Union européenne qui soit la plus complète possible. Pour aller dans ce sens, il conviendrait d'utiliser ce test pour augmenter les chances d'établir une comparaison et non de les réduire dans l'objectif de mettre fin à la tendance restrictive sur l'application du principe de non-discrimination, en évitant de tomber dans une analyse trop détaillée des faits et une application servile du terme de comparaison dans l'application d'un *strict concept of equality*.

B) La justification des violations du principe de non-discrimination

Le processus logique qui fonde le jugement sur la discrimination exige, après vérification de la comparabilité des situations, de vérifier la possibilité de leur justification⁹⁴. La jurisprudence de la Cour, en effet, admet que la discrimination ne soit pas arbitraire et qu'elle soit donc justifiée (ou justifiable) sur la base de critères objectifs. L'objectivité de la situation tire généralement sa reconnaissance des données législatives ou de la jurisprudence. Les traités et la législation constituent la source la plus commune des exceptions au principe de non-discrimination, mais il existe aussi d'autres types de justification, ou autrement exception à l'interdiction générale de discrimination, lesquels proviennent de l'interprétation de la Cour de justice et remportent un certain succès. Toutefois, il ne suffit pas que l'exception soit inscrite dans les traités ou le droit secondaire pour qu'elle soit acceptée par la Cour. Il est essentiel que

⁹⁴ F. Casolari. *Commento agli art. 20-26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, dans M. Baruffi, F. Pocar (dir.), *Commentario Breve Ai Trattati dell'Unione Europea*, 2eme ed, Cedam, Milan, 2014. Casolari argumente à faveur de la autonomie de la phase de justification.

l'État membre exerce son pouvoir discrétionnaire d'une manière proportionnée à l'objectif qu'il entend poursuivre, ce qui assurément devrait être l'un de ceux prévus dans les traités ou par le droit secondaire. Pour être proportionnée, une mesure de droit interne doit être nécessaire (c'est-à-dire qu'il ne devrait y avoir aucune alternative à son entrée en vigueur) et adéquate, ce qui signifie qu'elle doit avoir des outils appropriés pour atteindre l'objectif, et ne pas être réservée que pour affecter une certaine catégorie.

a) Les dérogations prévues par les Traités

Les exceptions prévues par le principe de non-discrimination sont en règle générale celles, prévues par le TFUE, aux quatre libertés fondamentales : l'Article 21 pour les droits de circulation des citoyens, l'article 36 pour la libre circulation des marchandises, l'article 45.2 pour la libre circulation des travailleurs, l'article 56 sur la liberté d'établissement et l'article 62 sur la libre circulation des services. L'Article 36 concernant le droit de circulation contient un catalogue de limitations considérablement plus étendu que les autres, mais il convient de noter que ces limitations ne peuvent en aucune façon être utilisées pour masquer une justification de nature économique et doivent dans le même temps être interprétées strictement. Les exceptions à la libre circulation des travailleurs, d'établissement et de services suivent cependant le modèle des restrictions plus traditionnel pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique. Les raisons de l'essentialité des traités reposent sur le fait que ce genre de limitations peut parfois entrer en conflit avec l'expression d'un droit fondamental, ou par ailleurs dissimuler sa compression par les États membres. En conséquence, nous avons recours à une

interprétation stricte du schéma dérogatoire⁹⁵ qui trouve confirmation dans la jurisprudence de la Cour de justice.

b) les dérogations prévues par le droit dérivé

Les différences de traitement prévues et admissibles conformément à la loi, et en particulier selon les directives 2006/54⁹⁶ et 2000/78⁹⁷, sont liées à la possession d'exigences professionnelles qui justifient une différence de traitement dans l'accès à un type de travail particulier. Il faut dire que sur ce point existe une jurisprudence qui, sans être abondante, se montre significative. La Cour, par exemple, a jugé conforme au droit de l'Union européenne, la législation allemande qui fixe à 30 ans la limite maximale pour garantir l'aptitude opérationnelle de la fonction de pompier⁹⁸. Dans une autre affaire, elle a jugé que la clause d'une convention collective qui établissait à 60 ans l'âge de la retraite pour les pilotes d'avion lors que la législation nationale et internationale la fixait à 65 ans, venait donc d'être considérée comme discriminatoire⁹⁹. Pourtant, et contrastant avec la précédente décision *Wolf*, la Cour a jugé que l'âge maximal de 30 ans pour les agents de police locale en Espagne constituait une discrimination sur la base de l'âge¹⁰⁰. Il apparaît difficile d'identifier les critères sur lesquels la Cour statue pour déterminer la nécessité d'une exigence

⁹⁵ Voir par exemple CJCE 15 octobre 1969, *Ugliola*, Affaire 15-69, *Rec.* 1969 -00363, par. 3 : « attendu [...] que cette disposition n'est affectée d'aucune autre réserve que celles limitativement prévues au paragraphe 3 et relatives à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la santé publique ; »

⁹⁶ V. art. 14.2 dir. 2006/54/CE.

⁹⁷ V. art. 4 dir. 2000/78/CE.

⁹⁸ CJUE, 12 Janvier 2010, *Colin Wolf contre Stadt Frankfurt am Main*, affaire C-229/08, *Rec.* 2010, p. I-00001.

⁹⁹ CJUE, 13 Septembre 2011, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*, Affaire C-447/09, *Rec.* 2011, p. I-08003.

¹⁰⁰ CJUE, 13 Novembre 2014, *Mario Vital Pérez contro Ayuntamiento de Oviedo*, affaire C-416/13, ECLI : EU : C : 2014:2371.

professionnelle (ici essentiellement l'âge). Il semble en effet qu'une grande partie de son raisonnement repose sur les raisons invoquées par les États membres en défense de leur choix et en particulier en ce qui concerne le lien entre l'exigence nécessaire pour l'exécution d'un travail et les tâches qui doivent être effectuées par les travailleurs. Et cependant il ne pouvait en être différemment puisque toutes les professions auxquelles la Cour s'intéresse dans son examen sur la différence de traitement (l'agent de police, le pilote de véhicules aéro-civils et le pompier) sont toutes aussi délicates et, de par leur nature, toutes sources d'éventuelles violations de l'ordre ou de la sécurité publique.

Ces limitations ne sont pas destinées à rester en vigueur sans aucun contrôle sur leur persistante proportionnalité par la Cour de justice. Une exemption similaire à celles prévues par les deux directives mentionnées ci-dessus a en effet été annulée par la Cour avec la décision *Test Achats*¹⁰¹, puisque son maintien en vigueur violait le principe général d'égalité de traitement entre hommes et femmes (). L'article. 5.2 de la directive 2004/113/CE, toujours en vigueur, et qui a établi un cadre général pour l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour l'accès aux biens et services, disciplinait une dérogation sur la base de preuves statistiques pour le marché de l'assurance. Cela a permis dans certains États membres, avec un marché de l'assurance très concurrentiel, d'accorder des prix beaucoup moins élevés aux femmes qu'aux hommes en cas de responsabilité civile obligatoire pour les conducteurs de véhicules à moteur, cela à été rendu possible en raison de cet argument que la propension à commettre des accidents était statistiquement moindre pour les femmes pilotes que pour les conducteurs de sexe masculin.

¹⁰¹ CJUE, 1 Mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL contre Conseil des ministres*, affaire C-236/09, Rec. 2011, p. I-00773

Section II

La contribution du principe de non-discrimination à la construction de l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne révélée par le refus de certaines discriminations

Après avoir examiné la structure du jugement sur la discrimination, il s'impose de comprendre comment la Cour a utilisé ce jugement pour affirmer l'importance du principe de non-discrimination. Pour ce faire, il convient de procéder à un choix. Parmi les nombreux motifs de discrimination (dont le nombre n'est toutefois pas limité¹⁰²), il s'en trouve sept primordiales dans le cadre de ce travail : la discrimination fondée sur la nationalité, le sexe, le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle, la religion et la race. Toutes ces typologies sont réglementées par le droit dérivé, et c'est le critère de la sélection, et la raison pour laquelle (exceptions mises à part), la Cour a eu l'occasion de se prononcer plusieurs fois sur le sens du principe de non-discrimination à partir de ces motifs.

§ 1 Les motifs de discrimination traditionnellement relevés par la Cour de Justice

Parmi les motifs de discrimination, deux motifs, la nationalité et le sexe, furent pris en compte dans la jurisprudence dès les premières années de la fondation de la Communauté Économique Européenne. La raison tient en ce que les deux principes sont essentiels au processus d'intégration. Ces principes ne

¹⁰² Voir par exemple l'article 21 de la Charte DFUE, qu'il fait une liste bien plus longue : « le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

constituent pas, en fait, des valeurs en eux-mêmes, mais sont nécessaires à la création d'un marché intérieur.

A) La discrimination fondée sur la nationalité

1. L'importance de la jurisprudence fondée sur la nationalité dans le processus d'intégration

La nationalité a joué un rôle de premier plan dans le processus d'intégration européenne¹⁰³ en raison du fait que la Communauté européenne a été fondée comme un espace au sein duquel les biens et les personnes peuvent se déplacer librement. Cependant c'est depuis 1992, avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, que la nationalité comme typologie de discrimination a acquis une importance centrale.

a) Non-discrimination fondée sur la nationalité et citoyenneté de l'Union Européenne

L'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité est un concept distinct, mais complémentaire¹⁰⁴, de celui de la citoyenneté¹⁰⁵. L'interdiction de

¹⁰³ S.A. Scheingold, *The Rule of Law in European Integration*, Westport, Greenwood Press, 1976. E.B. Haas, *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, Stanford, 1968. E.B. Haas, *Beyond the nation state : functionalism and international organizations*, Stanford University Press, Stanford, 1964.

¹⁰⁴ Les Traités règlent l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité et la citoyenneté européenne aux articles 18 et 20 du TFUE.

¹⁰⁵ J.H.H. Weiler, *Citizenship and Human Rights*, in J.A. Winter (dir), *Reforming the Treaty on European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 1996 ; J.H.H. Weiler, Les droits des citoyens européens, *Revue Du Marché Unique Européen*, 1995, p. 35 ; T. Kostakopoulou,

la discrimination en effet exprime une obligation générale de ne pas faire alors que le terme de citoyenneté revêt au contraire un sens positif. Être un citoyen est un des facteurs qui caractérisent l'identité constitutionnelle d'un État. La conscience des individus d'appartenir à un système juridique particulier s'exprime à travers l'attribution des droits (et devoirs) qui sont reçus au moment où ceux-ci acquièrent le statut de citoyen. Pour l'Union européenne il en va de même. Depuis l'entrée en vigueur de la citoyenneté de l'Union en effet l'on commence à reconnaître un cadre constitutionnel européen¹⁰⁶. En réalité, il y a d'une part l'interdiction générale de non-discrimination fondée sur la nationalité, en vigueur depuis la signature des traités de Rome et de Paris. D'autre part, il y a la création de la citoyenneté européenne, qui, en plus de prévenir indirectement toute forme de discrimination fondée sur la nationalité (puisqu'elle octroie un statut commun à tous les citoyens des États membres), donne également des droits civils (droit à la circulation, appel au Médiateur européen, droit à l'assistance diplomatique et consulaire, accès aux documents dans leur langue d'origine) et politiques (électorat actif et passif, l'initiative législative populaire, le droit de pétition). La citoyenneté européenne est automatiquement attribuée à tous les détenteurs de la nationalité d'un État membre de l'Union¹⁰⁷. Cette condition, loin de se révéler une faiblesse, permet au contraire d'empêcher la création de « doubles standards », c'est-à-dire d'arriver à des situations dans lesquelles il y aurait des citoyens de l'UE non citoyens des États membres et vice versa. Et elle renforce également le rôle des États membres puisque seuls habilités à accorder la citoyenneté européenne.

Citizenship, Identity and Immigration in the European Union, Manchester University Press, Manchester, 2001. T. Kostakopoulou, *Nested « Old » and « New » Citizenship in the European Union*, *Columbia Journal of European Law*, 1996, p. 389. F. Wollenschläger, *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, *European Law Journal*, Vol. 17, 2011, pp. 1 – 34.

¹⁰⁶ Art. 39-46 Charte DFUE.

¹⁰⁷ Art. 20.1 TFUE.

Parmi les droits qui s'acquissent avec le statut de citoyen européen le plus important est certainement le droit de circulation¹⁰⁸ et de séjour¹⁰⁹ sur le territoire d'un autre État membre car de ce droit dépend la capacité des citoyens des États membres de se déplacer librement sur le territoire de l'Union, autant à des fins de travail que pour des raisons personnelles. L'exercice du droit de circulation des citoyens européens a été cependant réglementé par la directive 2004/38/CE¹¹⁰, qui a révisé les chevauchements entre les droits de circulation des travailleurs et des citoyens qui se déplacent pour des raisons autres qu'économiques.

Cette directive prévoit que les citoyens des États membres peuvent circuler et séjourner librement sur le territoire d'un autre État membre selon des conditions précises. Pendant les 3 premiers mois aucune condition particulière n'est requise. Entre trois mois et cinq ans, la possibilité de circuler et de séjourner est subordonnée à l'existence d'un emploi salarié ou à la souscription d'une assurance maladie. Dans le cas contraire, le citoyen qui ne travaille pas doit prouver qu'il possède les ressources suffisantes pour se maintenir lui et sa famille. Les autorités nationales des pays d'accueil exigent l'inscription des citoyens d'autres États membres sur un registre spécial des résidents. Au-delà des 5 années de résidence le citoyen européen acquiert un droit de séjour permanent qui peut-être révoqué pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

¹⁰⁸ N. Nic Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law : Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

¹⁰⁹ Art. 20.2.a TFUE.

¹¹⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CE, 90/364/CE, 90/365/CEE et 93/96/CE.

b) la citoyenneté européenne comme statut fondamental des citoyens des États Membres

La directive 2004/38/CE (la date limite de transposition a expiré en 2006) a suivi pour parvenir à son terme un assez long parcours. De 1992, année de l'entrée en vigueur de la citoyenneté européenne, à 2006, il n'existait en effet pas de réglementation uniforme capable de discipliner le droit de circulation des citoyens de l'UE qui déménageaient pour des raisons autres que le travail (à l'exception du cas des étudiants¹¹¹). Pour combler ce vide juridique, la Cour a dû s'appesantir sur l'importance de la coopération sincère entre les États afin d'établir la centralité de la citoyenneté européenne comme statut fondamental des ressortissants des États membres. Les conditions étaient créées pour introduire des règles sur le partage de la charge représentée par la présence de citoyens d'un autre État membre à la recherche d'emploi, ou ayant besoin de revenus. La jurisprudence fondamentale tourne autour d'une poignée de cas ; *Martinez Sala*¹¹², *Grzelczyk*¹¹³, *D'Hoop*¹¹⁴, *Collins*¹¹⁵, *Trojani*¹¹⁶ et *Bidar*¹¹⁷. Dans tous ces cas, la Cour a été amenée à fournir une réponse à des ressortissants d'un État membre autre que l'état hôte qui exigeait chacun une subvention pour des raisons d'ordre différent telles que celles de s'inscrire à l'université (*Bidar et Grzelczyk*), d'accéder au monde du travail (*Collins et D'Hoop*) ou au motif de la simple survie (*Trojani*). Le point commun de toutes ces affaires, réside dans

¹¹¹ Directive 93/96/CEE du Conseil, du 29 octobre 1993, relative au droit de séjour des étudiants, abrogée par la directive 2004/38/CE.

¹¹² CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala contre Freistaat Bayern*, Affaire C-85/96, Rec. 1998 I-02691.

¹¹³ CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Affaire C-184/99, Rec. 2001 I-06193.

¹¹⁴ CJCE, 11 juillet 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contre Office national de l'emploi*, Affaire C-224/98, Rec. 2002 I-06191

¹¹⁵ CJCE, 23 mars 2004, *Brian Francis Collins contre Secretary of State for Work and Pensions*, Affaire C-138/02, Rec. 2004, I-02703

¹¹⁶ CJCE, 7 septembre 2004, *Michel Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, Affaire C-456/02, Rec. 2004, I-07573

¹¹⁷ CJCE 15 mars 2005, *Bidar*, Affaire C-209/03, Rec. 2005, I-02119.

l'utilisation de la citoyenneté comme outil destiné à cibler la discrimination fondée sur la nationalité. En effet, pour chacun de ces cas, la discrimination a été avancée pour le fait que cette aide pourrait être accordée aux ressortissants de l'État membre d'affiliation. Telle est la véritable signification de la déclaration, contenue dans la décision *Grzelczyk*¹¹⁸, et reprise à plusieurs reprises par la jurisprudence récente (voir *ci-dessous*, dans *Zambrano*), dans laquelle la Cour définit la citoyenneté comme « le statut fondamental du citoyen européen ».

2. la jurisprudence la plus récente sur la nationalité

Depuis l'entrée en vigueur de la directive 2004/38/CE, qui a été anticipée de quelques années par les arrêts évoqués ci-dessus, la jurisprudence sur l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité a connu un développement majeur. Deux aspects, pertinents pour l'identité constitutionnelle de l'Union européenne, ont été plus spécifiquement traités : l'hypothèse d'une discrimination à rebours¹¹⁹ résultant de situations purement internes et la condition du citoyen européen par rapport à celui de l'étranger dans le droit communautaire, tout particulièrement par rapport au permis de séjour pour les résidents de longue durée et au droit de résidence permanente.

¹¹⁸ CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, par. 31 : « En effet, le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique. »

¹¹⁹ Voir A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC law*, Kluwer law International, Den Haag, 2009. E. Cannizzaro, *Producing Reverse Discrimination through the Exercise of EC Competences*, 1997, *Yearbook of European Law*, pp. 29-46. M. Poiares Maduro, *The scope of european remedies : the case of purely internal situations and reverse discrimination in C.* Kikpatrick, T. Novitz, et P. Skidmore (dir.), *The future of European Remedies*, Hart Publish. Oxford, 2000.

1. les discriminations à rebours dans la citoyenneté européenne et leur impact sur l'identité constitutionnelle

Les discriminations à rebours générées par les situations dites purement internes représentent une application particulière de l'interdiction de la discrimination. Ces situations sont surtout créées dans le cadre des droits de circulation des citoyens européens, grâce à l'exception prévue par les traités dans les articles 18 - 20 du TFUE¹²⁰. Le droit des citoyens de l'UE de circuler et de s'établir dans un État membre autre que celui de leur État d'origine n'est en effet pas extensible même au sein du même État membre, si les règles communautaires s'avèrent plus favorables que les règles nationales. Les États membres peuvent, par exemple, prévoir des mesures plus strictes pour l'achat d'un permis de séjour pour les membres non européens de la famille de citoyens qui n'ont pas exercé leur droit de circulation, ou appliquer des tarifs douaniers internes envers leur État pour la circulation des marchandises à partir d'une zone soumise à un régime fiscal favorable par rapport à une zone qui ne jouit pas du même régime (VPE le cas des « territoires d'outre-mer »¹²¹). Certes, les situations purement internes ne génèrent pas toutes des discriminations à rebours. Toutefois lorsque la législation de l'UE se révèle plus généreuse que celle de l'État membre alors on pourrait parler d'hypothèse de discrimination à rebours¹²², à travers lesquelles l'État membre traite ses citoyens de façon moins favorable que les autres États membres. Parmi les

¹²⁰ Art. 18 TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient... ».

¹²¹ Sur qua voir A. Tryfonidou, *Resolving the Reverse Discrimination Paradox in the Area of Customs Duties : The Lancry Saga*, *European Business Law Review*, 2011, vol. 3, pp. 311 – 336.

¹²² Qu'il me soit permis de renvoyer à mon article, dans lequel je tente d'expliquer la relation entre la citoyenneté, le principe de non-discrimination et l'identité européenne. Voir G. Zaccaroni, *Citizenship, Third Country Nationals and European Integration : a Broken Dream ?* in L.S. Rossi, G. Di Federico (dir.), *Fundamental Rights in Europe and China, between identity and universalism*, Editoriale Scientifica, Naples, 2013

instruments juridiques la directive 2004/38/CE, dont la portée se limite aux situations dans lesquelles les citoyens ont exercé leur droit de déplacement, peut être à l'origine des hypothèses de discrimination à rebours. Selon certains auteurs, ce genre de situations ne concorderait avec la nature de l'ordre juridique de l'Union européenne, et devrait donc être réintégré dans le cadre d'application prévue par les traités. La Cour de justice adopte cependant, un point de vue différent qu'elle a toujours réitéré : ce genre de situation ne relève pas du champ d'application des traités. Par contre, deux arrêts (a minima) de la Cour ont laissé présager un changement de conception ou du moins un changement partiel par rapport à l'interdiction d'application du droit de l'UE. Dans *Chen*¹²³ et *Zambrano*¹²⁴ en effet, la Cour semble appliquer le droit de l'UE à deux situations purement internes, dans lesquelles si les requérants n'exercent aucunement leurs droits de circulation on leur voit reconnaître le droit de résider dans l'État membre qui les héberge. Cependant dans certains arrêts ultérieurs¹²⁵, la Cour a précisé que l'application du droit de l'UE à ces deux

¹²³ CJCE, 19 octobre 2004. *Chen*, préc. A propos de l'arrêt voir : J.Y. Carlier, *La libre circulation des personnes. dans l'Union européenne*, Journal de droit européen, 2014, n° 208, p.167-179, A. Tryfonidou, *C-200/02, Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union ?*, European Public Law, 2005, p.527-541.

¹²⁴CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano*, préc. A propos de l'arrêt voir : D. Martin, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un Etat membre : vive la révolution ?*, Revue de jurisprudence sociale, 2011, p.450-452. P.Van Elsuwege et D. Kochenov, *On the Limits of Judicial Intervention : EU Citizenship and Family Reunification Rights*, EJML 2011, vol. 4, p. 443 ; P. Mengozzi, *La sentenza Zambrano : prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, Studi sull'integrazione europea, 2011, n° 3, p.417-432. A. Lansbergen et N. Miller, *European citizenship rights in internal situations : an ambiguous revolution ? Decision of Mar. 8, 2011, Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, European Constitutional Law Review, 2011, p. 287 ; R. Morris, *European Citizenship and the Right to Move Freely : Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Edition), 2011, vol. 1-2, p. 179 ; I. Solanke, *Using the citizen to bring the refugee in : Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, Modern Law Review, 2012, vol. 1, p. 101 ; K. Hailbronner et D. Thym, *Annotation Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office National de l'Emploi (ONEM)*, Common Market Law Review, 2011, vol. 4, p. 1253.

¹²⁵ Cette ligne de jurisprudence est bien illustrée par A. Tryfonidou. *Redefining the Outer Boundaries of EU Law : The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy*. European Public Law 2012, vol. 3, p. 493 – 526.

décisions ne s'avérait pas liée à la possibilité d'étendre le champ d'application des traités, mais à la seule situation d'urgence¹²⁶ particulière dans laquelle les requérants se retrouvaient (il s'agissait pour l'un des cas d'une dame chinoise avec un bébé nouveau-né, pour l'autre d'une famille originaire d'Amérique du Sud transplantée en Belgique avec deux enfants de moins de 6 ans). En raison du jeune âge des enfants concernés, la Cour a déclaré qu'il n'était pas possible de refuser le permis de séjour si les requérants réunissaient les conditions prévues par la loi de l'Union (dans le cas des conjoints Zambrano il n'apparaissait même pas clairement que les conditions conformes à la loi de l'UE étaient réunies). Néanmoins, le fait que les mineurs étaient des citoyens de l'Union leur garantissait l'application de ce que la Cour définit comme « le noyau essentiel des droits de la personne humaine ». Ce cas particulier pourrait représenter l'un des premiers exemples d'une application autonome (c'est-à-dire au-delà de la portée des traités) de l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité.

b) l'arrêt *Dano et McCarthy II* : la citoyenneté européenne comme le plus important développement du principe de non-discrimination fondée sur la nationalité ?

La citoyenneté européenne joue un rôle essentiel dans l'identité constitutionnelle de l'Union européenne. Tout d'abord, parce que l'identité équivaut à la conscience de faire partie d'un système juridique, et ce parce que cette prise de conscience s'effectue avant tout par l'adhésion qui se réalise à travers la citoyenneté. Et c'est par l'exercice des droits de circulation et de séjour qu'a continué à se développer cette prise de conscience. L'exercice de

¹²⁶ N. Nic Shuibhne, *(Some Of) The Kids Are All Right : Comment on McCarthy and Dereci*, *Common Market Law Review*, 2012, vol. 3, p. 349-379.

ces droits a été interprété par la Cour de façon extensive (hormis pour l'exception de la discrimination à l'envers), et cette interprétation large se reflète d'une certaine mesure également dans toute la jurisprudence récente, tant à l'encontre de l'exercice sur la liberté de circulation, que de l'exercice sur le droit de résidence (dans *Dano*). Dans *McCarthy II*¹²⁷, homonyme de l'arrêt antérieur *McCarthy*¹²⁸ sur la citoyenneté, la Cour a reconnu le droit aux membres de la famille (non-citoyens de l'UE) de citoyens de l'UE au transit sur le territoire de l'Union, même s'ils retournent dans leur État membre d'origine. La raison tient à ce que, du moins en principe, la directive 2004/38/CE n'est applicable que si la personne se déplace vers un État membre autre que celui dont elle a la citoyenneté (art. 3, dir. 2004/38/CE). Ainsi, une interprétation littérale de la directive devrait exclure l'application du droit communautaire à la présente affaire dans laquelle la femme colombienne d'un citoyen anglo-irlandais se voyait demander un permis pour revenir au Royaume-Uni. Cette affaire se situe donc à mi-chemin entre la jurisprudence dans laquelle la Cour a garanti le droit de circulation et de séjour aux citoyens qui ont exercé ce droit de mouvement (*Grzelczyk*) et les cas dans lesquels ce droit n'a pas été garanti (à l'instar de *McCarthy I*, à l'exclusion de cas exceptionnels tels *Zambrano* et *Chen*) à ceux qui n'avaient pas exercé ce droit. La Cour notifie que le caractère de « statut fondamental » du citoyen de l'État membre qui est caractéristique de la citoyenneté européenne permet une interprétation large de la directive 2004/38/CE, de sorte que ce statut constitue un des points qui permet, à travers l'application du principe de non-discrimination, au droit communautaire de dépasser les limites établies par les traités et la législation secondaire.

¹²⁷ CJUE, 18 décembre 2014, *The Queen, à la demande de Sean Ambrose McCarthy et autres contre Secretary of State for the Home Department*, Affaire C-202/13, ECLI : EU : C : 2014:2450.

¹²⁸ CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, Affaire C-434/09, Rec. 2011 I-03375.

Pourtant, dans l'affaire *Dano*¹²⁹ la Cour estime que le citoyen qui a exercé son droit de circulation et de séjour ne peut se voir refuser une allocation que s'il a essayé de profiter du régime d'assistance sociale. Ainsi, même dans cette situation, il est fixé une limite extrêmement favorable au citoyen pour exercer son droit de circulation et de séjour conditionné au fait de posséder, au moins à l'entrée dans les pays, des ressources suffisantes pour garantir son existence et celle de sa famille¹³⁰. Il n'est pas possible dès lors d'entrer sur le territoire d'un État membre dans le seul but de profiter de son système de protection sociale (l'on se trouverait face à un cas d'abus de droit), mais il peut arriver qu'une personne qui entre sur le territoire d'un État membre vive une situation de nécessité, elle pourra alors bénéficier de l'aide sociale.

En résumé, la contribution apportée par l'interdiction de la discrimination fondée sur la nationalité et à la base de l'identité constitutionnelle de l'UE constitue le terrain sur lequel a été reconnue la possibilité d'appliquer, même de façon inconstante, le droit de l'UE en dehors des limites prévues à l'origine par les traités fondateurs.

B) La discrimination fondée sur le genre

Pour rappeler la centralité de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe¹³¹ dans le droit de l'UE il suffit d'examiner l'article 2 du traité de l'Union

¹²⁹ CJUE, 11 novembre 2014, *Elisabeta Dano et Florin Dano contre Jobcenter Leipzig*, Affaire C-333/13, ECLI : EU : C : 2014:2358.

¹³⁰ H. Verschueren, *Preventing « benefit tourism » in the EU : A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano ?*, *Common Market Law Review*, vol. 1, 2015, pp. 363 – 390.

¹³¹ Voir Cfr. 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. F. Casolari, *Commento all'art. 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, F. Pocar, M.C. Baruffi (dir.) *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1733 ss. M.

européenne, où, entre les valeurs que inspirent les activités de l'Union, l'égalité de traitement entre hommes et femmes occupe une place privilégiée et indépendante par rapport à la catégorie générale de la non-discrimination. Il importe de rappeler ici deux étapes primordiales pour la notion d'identité constitutionnelle. Tout d'abord comment ce principe a représenté l'une des premières occasions d'appliquer le droit de l'UE à des litiges entre particuliers, ensuite le constat de la manière dont l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe est utilisée pour la première fois en tant que critère de compatibilité d'une discipline nationale avec les traités.

1. les arrêts Defrenne-Sabena et l'effet direct horizontal des traités

L'importance de la jurisprudence sur l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe remonte comme il déjà été mentionné précédemment, aux années 70 du XXe siècle, en raison de l'inclusion dans le traité fondateur de la Communauté économique européenne de l'article 119 (aujourd'hui art. 157 TFUE), qui régit l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le monde du travail, avec une attention particulière accordée à la rétribution. Sur cette base juridique, en fait, Mme Defrenne a réussi à trois fois¹³² reprises à soumettre à l'attention de la Cour de Justice des règles qui discriminent les femmes par rapport aux hommes. Les trois cas ont été déclenchés par l'appel, proposé par une hôtesse de l'air, sur une loi belge à propos de la retraite applicable à cette catégorie de profession. La législation nationale prévoyait pour les femmes la cessation de la relation de travail à 40 ans révolus, avec

Poiaras Maduro, *The ECJ and Anti-discrimination law*, *Anti discrimination law review*, vol. 2, 2005, pp. 13 ss.

¹³² CJCE, 25 Mai 1971, *Defrenne contre Sabena (Defrenne I)*, Affaire 80/70, Rec. 1971, p. 445 ; CJCE, 8 Avril 1976, *Defrenne contre Sabena (Defrenne II)*, Rec. 1976, p. 455 ; CJCE, 15 Juin 1978, *Defrenne contre Sabena (Defrenne III)*, Affaire 149/77, Rec. 1978, p. 1365.

des conséquences sur les prestations de retraite. Dans la première décision Defrenne, le *Conseil d'État* (section administrative III) demande à la Cour de justice de préciser si le concept de cotisation à la sécurité sociale constitue une rémunération au sens de l'article 119, alinéa 1.

La Cour a décidé d'exclure l'application de l'article 119 aux cotisations de sécurité sociale. La position de la Cour, cependant, a probablement été influencée par la nature de la contribution en question et la crainte que le droit de l'UE puisse fournir une base juridique solide pour un grand nombre d'actions de dommages et intérêts.

En effet pendant le recours face au Conseil d'état, Gabrielle Defrenne proposait également une requête de compensation à l'égard de la compagnie aérienne. La *Cour du travail*, en appel, avançait une deuxième demande de renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Dans ce cas pourtant la demande d'interprétation concernait l'effet direct de l'article 119. On pouvait donc s'attendre à ce que certains gouvernements nationaux craignent des conséquences désastreuses sur les budgets de l'État dans le cas où la Cour aurait jugé que les personnes pouvaient demander aux tribunaux nationaux d'appliquer le droit communautaire pour soutenir les demandes de dommages et intérêts. La Cour, en réagissant à l'objet des états, offre probablement l'une des premières définitions du principe de non-discrimination en tant que principe fondamental du droit communautaire et de sa capacité à produire des effets directs dans la législation des États membres :

On ne peut pas invoquer contre l'effet direct, l'utilisation du mot « principe », depuis que le traité n'utilise cette expression que pour souligner l'importance fondamentale de certaines dispositions, comme on peut le constater à partir de la première partie du traité consacré aux « principes », et à travers l'art. 113, en vertu duquel la politique commerciale communautaire se fonde sur des « principes uniformes ». S'il était possible de pondérer cette notion, au point de la réduire à l'état de vague indication, on pourrait déstabiliser alors

indirectement les fondements mêmes de la Communauté et la cohérence de ses relations extérieures.¹³³

Le rôle des principes ne se limite pas à servir d'instruments d'interprétation, tel que déterminé par la doctrine du droit international et la *common law*, mais à devenir des « principes constitutionnels" réels qui créent des droits pour les particuliers.

La Commission européenne, face au tribunal, cependant, précisait que les principes du droit communautaire, et en particulier celui de l'article 119, ne peuvent générer des droits individuels qu'à l'égard de l'État membre, et non contre les citoyens privés.

La Cour a dépassé largement les limites prévues par la Commission jusqu'à faire valoir que l'article 119 exprime un principe de nature obligatoire. L'application du principe, toujours dans les termes de la Cour, ne s'applique pas seulement aux pouvoirs publics, mais peut s'étendre aux contrats entre particuliers, ce qui conduit à envisager le scénario de la mise en œuvre dudit *effet direct horizontal*.

Néanmoins, dans la troisième affaire Defrenne, la Cour parle ouvertement de l'existence d'un principe général de non-discrimination, qui (apparemment) existe séparément du libellé des traités. Mais elle admet dans le même temps que ce principe ne peut être appliqué aux faits de la cause qu'en vertu de sa fonction purement interprétative. Et compte tenu qu'à l'époque des faits de la cause (c'est-à-dire la cessation du rapport de travail en 1968), la Communauté n'avait pas encore mis en œuvre dans la législation secondaire le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, alors il ne devenait même pas possible appliquer le principe général ; un raisonnement qui diffère de celui rendu par la Cour dans la seconde Defrenne, qui semblait suggérer non pas un principe d'interprétation, mais un principe constitutionnel.

¹³³ CJCE, 8 Avril 1976, *Defrenne contre Sabena (Defrenne II)*, par. 27 - 30.

Ces jugements semblent opposer deux visions différentes du principe : s'agit-il d'un principe constitutionnel capable d'être source *autonome* de droits pour les particuliers, même à des conditions très spécifiques, ou d'un principe d'interprétation qui n'entre en jeu qu'au moment où il importe d'interpréter le droit dérivé ?

La demande va malgré tout rester ouverte : le débat sur la valeur juridique¹³⁴ des principes¹³⁵ n'a pas été résolu même pas par la jurisprudence la plus récente¹³⁶.

2. l'évolution de la protection de la discrimination fondée sur le genre

a) la protection horizontale du principe de non-discrimination dans les directives 2006/54/CE et 2004/113/CE

La protection contre la discrimination sur la base de l'égalité s'est considérablement développée au cours de la dernière décennie, avec pour objectif d'assurer une protection législative étendue au-delà du lieu de travail. Elle traduit la logique du *gender mainstreaming* qui a été approuvée par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 23. Outre que dans les traités et la législation nationale, la logique du *gender mainstreaming* a conduit à l'adoption de deux directives d'importance, la 2006/54/CE et la

¹³⁴ S. De La Rosa, *Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ?*, Recueil Le Dalloz 2014 p.705-708.

¹³⁵ E. Dubot, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, RTD Eur., 2014, p. 409.

¹³⁶ Voir notamment CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, Affaire C-176/12, ECLI : ECLI : EU : C : 2014:2. Commentée par N. Lazzarini, *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties : AMS*, Common Market Law Review, 2014, Vol.51 p.907-933.

2004/113/CE. La directive 2006/54 couvre l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le monde du travail, alors que la directive 2004/113 couvre le champ d'application de l'accès aux biens et services et leur approvisionnement. Les deux directives sont destinées à couvrir un domaine d'application beaucoup plus vaste que le précédent, à travers la création d'une tutelle au moins partiellement horizontale (c'est-à-dire étendu à de multiples secteurs, et pas uniquement à celui du travail). La promotion de l'égalité des sexes dans la législation s'est renforcée également à travers la directive (directive 2010/18/UE) sur le congé parental obligatoire, qui permet à une femme de partager avec l'homme les charges de la maternité, afin de lui faciliter sa réinsertion professionnelle. Ces mesures représentent un grand pas en avant d'un point de vue législatif vers une protection uniforme de l'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe.

- b) l'arrêt *Test d'Achats* et l'invalidité d'un acte législatif pour contradiction avec l'interdiction de la discrimination en raison du genre

Dans le cas *Test Achats*¹³⁷ la Cour a annulé une disposition de la directive 2004/113/CE sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans la transposition des biens et services, puisqu'elle était incompatible avec l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'événement qui a provoqué cette annulation se révèle plutôt singulier : il s'agissait en fait d'un cas de calcul de facteurs actuariels (qui permettent d'évaluer l'espérance de vie) afin de calculer la prime que les assurés mâles devraient payer pour une assurance sur les accidents plutôt que sur la vie. Comme il est communément admis (et étayé par de nombreuses preuves

¹³⁷ CJUE, 1 mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL contre Conseil des ministres*, Affaire C-236/09, Rec. 2011 I-00773.

statistiques) que les femmes vivent en moyenne plus longtemps que les hommes, plusieurs compagnies d'assurances maintiennent en vigueur à cet effet des pratiques qui attribuent une prime plus élevée aux hommes qu'aux femmes comme paiement du prix de l'assurance. Pourtant ce genre de pratiques est expressément interdit par le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, et ces pratiques n'ont été autorisées qu'en vertu du fait que la directive 2004/113/CE contenait une disposition ad hoc autorisant les États membres à maintenir en vigueur les pratiques discriminatoires dans la fourniture de biens et services antérieures à la date d'actuation de la directive (en 2007). Ce type d'exceptions, cependant, aurait dû néanmoins faire l'objet d'une surveillance par la Commission qui, à cette période, n'avait pas encore pris de mesures pour vérifier les pratiques discriminatoires en vigueur dans les États membres. C'est pourquoi la Cour de justice a estimé devoir annuler l'article 5.2 de la directive avec prise d'effet valide à partir du 1er Janvier 2012. Dans cette affaire, la Cour a donc prouvé être en mesure d'utiliser le principe de non-discrimination sur la base du genre, tel que transposé par l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux, de la même manière qu'un paramètre de la constitutionnalité pour annuler la norme de l'Union en conflit avec le principe d'égalité de traitement. La Cour a pu réitérer une nouvelle fois son raisonnement dans le cas *X*¹³⁸, dans lequel se trouvait contestée la légitimité d'une mesure similaire à celle rejetée par la Cour dans *Test Achats*, même s'il s'agissait ici d'assurance dans le domaine des accidents.

L'interdiction de discrimination fondée sur le sexe a ainsi contribué à l'affirmation du principe de non-discrimination d'une part en élargissant le champ d'application en dehors du champ d'application des contrats de travail. Probablement celle-ci a représenté d'autre part la première affaire dans laquelle

¹³⁸ CJUE, 3 Septembre 2014, *X.*, Affaire C-318/13, ECLI : EU : C : 2014:2133.

ce principe a été utilisé comme un critère de légalité d'un acte, en lui reconnaissant un rôle particulier.

§ 2 Les motifs de discriminations contenues dans les deux directives jumelles (2000/43/CE et 2000/78/CE)

A) Les motifs contenus dans la directive 2000/78/CE (religion, handicap, orientation sexuelle, âge)

1. Les motifs n'ayant pas encore été suffisamment développés par la Cour de Justice

a) la discrimination en raison du handicap et la problématique des accommodements raisonnables

Parmi les éléments qui caractérisent le principe de non-discrimination sur la base de l'invalidité ainsi que la dimension constitutionnelle (qui faisait alors partie de l'identité constitutionnelle de l'UE) l'obligation juridique de trouver des solutions raisonnables¹³⁹ pour les personnes handicapées occupe une place d'évidence.

L'obligation de trouver des solutions raisonnables pour les personnes handicapées représente pour la plupart des États membres, une nouveauté

¹³⁹ Voir L. Waddington, *Reasonable Accommodation*, in D. Schieck, L. Waddington, et M. Bell (dir.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, lus Commune Casebooks for the Common Law of Europe, Oxford, Hart, 2007, pp. 629-756.

introduite¹⁴⁰ par la loi de l'Union européenne que nombre d'entre eux a du mal à respecter. La source de cette obligation du faire se trouve dans l'article 5 de la directive 2000/78/CE, qui stipule que les solutions spécifiques doivent être adoptées « *pour permettre à une personne handicapée d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser, ou pour qu'une formation lui soit dispensée* » à travers celles qui sont définies aux considérants n. 26 et 27 de la directive comme des « *mesures destinées à prévenir ou à compenser des désavantages chez un groupe de personnes* » et comme « *des actions positives en faveur des personnes handicapées* ».

Telles sont quelques-unes des actions positives qui peuvent être appliquées. Les États membres demeurent, en principe, libres d'en adopter d'autres ultérieurement. Le problème est inhérent aux coûts qu'une obligation de ce genre peut imposer à l'encontre des États, puisque l'article 5 de la directive parle spécifiquement de "*mesures existantes en vertu de la politique de l'État membre en faveur des personnes handicapées.*" Par conséquent, il reste à résoudre la difficulté quant au destinataire de la directive : un ensemble d'obligations pour l'employeur, ou revient-il davantage à l'État membre de permettre la réalisation de ce genre d'action positive grâce à des incitations, de favoriser par des contributions l'effort d'adaptation de l'employeur, de telle sorte que les solutions à trouver ne représentent pas « une charge financière disproportionnée » ?

Cette ambiguïté a constitué un obstacle à l'entrée en vigueur des instruments juridiques capables d'étendre la portée de l'obligation d'imposer des accommodements raisonnables même en dehors du domaine de l'emploi (qui reste l'un des secteurs dans lesquels la nécessité d'assurer l'accès aux handicapés s'avère la plus pressante), et a généré le plus grand nombre de

¹⁴⁰L. 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.

problèmes dans la phase d'implémentation. En attestent les conséquences extrêmes de la procédure d'infraction engagée contre la République italienne¹⁴¹ pour avoir omis de mettre en œuvre dans le droit dérivé les obligations prévues en vertu de l'article 5 de la directive 2000/78/CE et qui ont abouti à une condamnation.

La République italienne, en effet, avait mis en œuvre la directive 2000/78/CE à travers des instruments juridiques qui établissaient un système d'aides financières pour les employeurs¹⁴², mais qui ne les obligeaient pas à des actions positives en faveur des personnes handicapées. De cette façon, selon la Commission, l'État italien a manqué à ses obligations selon le droit de l'UE, puisque la directive 2000/78/CE n'était pas dirigée seulement contre l'État, mais aussi contre les employeurs qui devaient faire tout leur possible pour assurer l'accès au monde du travail.

Un autre arrêt, *HK Danmark*¹⁴³, a renforcé l'affirmation selon laquelle l'obligation de trouver des accommodements raisonnables pour les personnes handicapées ne s'adresserait pas seulement aux États membres, mais constituerait aussi une contrainte pour les employeurs. Ce, en particulier pour ce qui touche à l'ajustement des heures de travail aux besoins des personnes handicapées, qui peut de toute évidence être considéré comme une des actions positives pour les aider à avoir le moins d'impact (au moins à court terme) sur l'économie de la société.

¹⁴¹ CJUE, 4 juillet 2013, *Commission européenne contre République italienne*, Affaire C-312/11, ECLI : ECLI : EU : C : 2013:446.

¹⁴² V. M. Cinelli, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili : una condanna realmente meritata ?*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, vol. 4, p.935-938. A. Boujeka, *Travail et handicap dans l'Union européenne : manquement de l'Italie dans la transposition de la directive 2000/78 en matière d'aménagements raisonnables*, Revue de droit du travail, 2013, p.707-708.

¹⁴³ CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark, agissant pour Jette Ring contre Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) et HK Danmark, agissant pour Lone Skouboe Werge contre Dansk Arbejdsgiverforening agissant pour Pro Display A/S (C-337/11)*, Affaires jointes C-335/11 et C-337/11, ECLI : ECLI : EU : C : 2013:222.

L'action positive pour protéger les personnes handicapées prévoit en effet un système composé d'aides financières de l'État envers les personnes handicapées ainsi que des ajustements significatifs de la part de l'employeur. Cette interprétation est confirmée par le seul cas du Tribunal de la fonction publique, *Esders*¹⁴⁴, dans lequel la Cour a été appelée à se prononcer sur un fonctionnaire qui avait contesté le système de rotation prévu par la Commission européenne pour ses employés, indiquant que ce système n'était pas compatible avec l'invalidité partielle qui lui était occasionnée par une maladie non précisée. La Cour a répondu que les mesures mises en œuvre par la Commission pour répondre aux besoins de ses employés se révélaient suffisantes pour garantir l'accès de la personne handicapée à l'emploi, et que son exclusion du mécanisme de rotation ne se justifiait pas sur la base des rapports médicaux de la Commission et s'avérait donc disproportionnée.

Enfin, dans l'arrêt *Z contre A*¹⁴⁵, la Cour a jugé que ne constitue pas une discrimination fondée sur le handicap, et donc que l'obligation de trouver des solutions raisonnables ne subsiste même pas dans le cas d'un refus de congé de maternité ou d'autres formes d'assistance à une femme qui conçoit un enfant grâce à une technique de maternité de substitution.

b) la discrimination fondée sur la religion et l'influence possible de la jurisprudence CEDH

¹⁴⁴ TFPUE, 15 septembre 2011, *Jürgen Esders contre Commission européenne*, Affaire F-62/10, ECLI : ECLI : EU : F : 2011:141.

¹⁴⁵ CJUE, 18 mars 2014, *Z. contre A Government department et The Board of management of a community school*, Affaire C-363/12, ECLI : ECLI : EU : C : 2014:159.

La protection contre la discrimination religieuse¹⁴⁶ n'est pas très développée dans le droit de l'Union européenne. La jurisprudence ne connaît pas jusqu'à présent de cas significatifs de discrimination religieuse dans le cadre de l'application des traités. Cependant, il existe une exception spécifique prévue à l'article 4.2 de la directive 2000/78/CE, qui reconnaît aux organisations religieuses la possibilité d'embaucher des employés qui ne soit pas en contradiction avec leurs idéaux (à savoir, l'Église catholique peut refuser de renouveler le contrat d'un professeur qui a émis des propos à l'encontre de la doctrine sociale de l'Église). La capacité des organisations religieuses à s'écarter du principe de non-discrimination a pour nom le "principe de l'autonomie." Pour déterminer la portée de cette tutelle, il faut cependant recourir à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La CEDH, en effet, reconnaît ce principe depuis un temps relativement plus long, non sans problème, alors que la Cour de justice n'a pas encore eu l'opportunité d'aborder ce problème. Deux jugements en particulier (parmi de nombreux autres¹⁴⁷) témoignent de la prise en compte du problème de l'autonomie des organisations religieuses et de son équilibre avec d'autres droits fondamentaux. La décision *Lombardi Vallauri*¹⁴⁸ (la première) concernait le cas d'un professeur universitaire (avec un contrat à durée déterminée à l'Université catholique du Sacré-Cœur de Milan), auquel n'a pas été renouvelé un contrat annuel

¹⁴⁶ L. De Gregorio (dir.), *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2012. L. Zucca, C. Ungureanu, *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. D. Grimm, *Conflict Between general laws and religious norms*, *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 3, p. 2369. K. H. Ladeur, *The myth of the neutral state and the individualization of religion : the relationship between state and religion in the face of fundamentalism*, *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 6, p. 2445. S. Ferrari, *Law and religion in a secular world : a European perspective*, *Ecclesiastical law journal*, 2012, v. 3, p. 355.

¹⁴⁷ Voir, par exemple : CEDH, 5 Mars 1976, *X. contre Royaume Unit*, requête n. 5947/72. CEDH, 25 Mars 1993, *Kokkinakis contre Grece*, requête n. 14307/88. CEDH, 15 février 2001, *Dahlab contre Suisse*, requête n. 42393/98. CEDH, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin contre Turquie*, requête n. 44774/98 ; CEDH, 3 novembre 2009, *Lautsi et aut. contre Italie*, requête n. 30814/06 ; CEDH (Grand Chambre), *Lautsi et aut.. contre Italie*, 18 mars 2011, requête n. 30814/06.

¹⁴⁸ CEDH, 20 Octobre 2010, *Lombardi Vallauri c. Italie*, requête n. 39128/05.

d'enseignement. Le professeur Vallauri avait en effet exprimé des idées qui n'étaient pas en conformité avec l'enseignement de l'Église catholique concernant l'existence de l'enfer. Il a donc proposé un recours devant la CEDH. La Cour, qui dans cette affaire était appelée pour la première fois à faire face à un cas d'expression de l'autonomie des confessions religieuses, a accueilli l'appel. Cet accueil n'était pas cependant pas lié en vertu de la reconnaissance de la primauté de la liberté d'expression sur la capacité des organisations religieuses à choisir un employé *like-minded*, mais parce que la Cour a jugé infondées et inadéquates les raisons invoquées pour le non-renouvellement.

Dans *Fernandez Martinez c. Espagne*¹⁴⁹ la Cour se retrouvait devant un cas de conflit entre la libre expression de la pensée et l'autonomie des confessions religieuses¹⁵⁰. Dans cette affaire, la Cour a déclaré néanmoins reconnaître le principe de l'autonomie des confessions religieuses et admettre le licenciement de l'employé dans la mesure où la relation de confiance entre l'employeur et l'employé ne subsisterait plus. L'extension de ce principe peut être évaluée d'une manière non dissemblable au sein du système de l'UE en raison du rôle particulier qu'y joue la Convention. La reconnaissance législative de l'exception au principe de non-discrimination est une caractéristique importante du principe de non-discrimination dans le droit de l'Union européenne, qui caractérise la flexibilité et le respect des différentes identités constitutionnelles. Il convient toutefois de toujours mettre l'accent sur les nombreuses possibilités (et sur les résultats) que le test de proportionnalité pourrait apporter, notamment en cas de conflit avec les droits des homosexuels.

¹⁴⁹ CEDH (Grand Chambre), 12 Juin 2014, *Fernandez Martinez v Spain*, requête n. 56030/07 ; CEDH (Troisième Section), 15 Mai 2012, *Fernandez Martinez v Spain*, requête n. 56030/07.

¹⁵⁰ Pour une panoramique générale voir P. Wachsmann, *Libertés Publiques*, 7ème ed, Dalloz, Paris, 2012, et notamment le chapitre sur la liberté religieuse.

2. la reconnaissance de l'effet direct horizontal du principe de non-discrimination (âge et orientation sexuelle en question)

a) la discrimination fondée sur l'âge : les arrêts *Mangold* et *Kucukdeveci*

Le principe de non-discrimination sur la base de l'âge¹⁵¹ a suivi dans la jurisprudence un développement bien plus accéléré en raison d'autres facteurs. Le premier jugement à aborder la question de la discrimination fondée sur l'âge était le litige *Mangold*¹⁵², sur la possibilité donnée par la loi allemande de conclure des contrats à durée déterminée, renouvelables pour un nombre indéfini de fois pour les travailleurs de plus de 52 ans. Le droit d'entrer dans ce type de contrat a été approuvé par la combinaison de l'accord-cadre de l'Union européenne sur les contrats temporaires¹⁵³ et la clause dérogatoire à l'article 6 de la directive 2000/78/CE. L'affaire *Mangold* impliquait deux individus, et entraînait par conséquent l'analyse de l'effet direct horizontal¹⁵⁴ à partir d'une directive, qui ne pouvait pas produire ce genre d'effet de par sa nature d'instrument juridique qui confère des droits et non pas des obligations, à l'individu. L'interprétation de la norme nationale à la lumière de la directive, cependant, conduit à un résultat au moins en partie inattendu, puisque la Cour estime que la norme allemande, qui permet le renouvellement des contrats à

¹⁵¹ E. Briboisia, T. Bambois, *Interdiction de la discriminazione en raison de l'age : du principe, se ses exceptions et de quelques hésitations...*, RTD Eur., 2011, p. 41. G. Bagioni, *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, in I. Castangia, G. Bagioni (dir.), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 257 ss. O. Bonardi, *la discriminazione basate sull'età*, in M. Barbera (dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio : il quadro comunitario e nazionale*, 2007, p. 125 e ss.

¹⁵² CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, Affaire C-144/04, *Rec.*, 2005, p. I-09981.

¹⁵³ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 *concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée*, JO n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 - 0048.

¹⁵⁴ Pour une analyse plus générale voir : A. Seifert, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD Eur., 2012, p. 801.

durée indéterminée, en poursuivant l'objectif légitime d'encourager l'utilisation des travailleurs plus anciens et donc de catalyser la stipulation de contrats à durée indéterminée à l'égard des travailleurs plus jeunes. La norme est donc censée entrer dans le champ d'application de la clause d'exception à l'article 6, et qui ne soit pas approprié et nécessaire pour atteindre la finalité poursuivie par la directive.

Cela ne suffit pas toutefois pour justifier une violation de l'interdiction de discrimination imposée par la directive puisqu'à l'époque des événements en question le terme d'application de la directive n'avait pas encore expiré. La Cour ici n'applique pas la directive mais se réfère plutôt au principe de non-discrimination.

Le principe, cependant, nécessite une norme « véhicule » pour être mis en œuvre, qui ne peut pas être la directive 2000/78/CE (parce que le terme n'a pas encore expiré), mais l'accord-cadre sur les contrats à durée déterminée. Toutefois, la question ne paraît pas facile à résoudre : la Cour indique que l'accord-cadre à travers lequel la situation s'inscrit de fait dans le droit de l'UE porte sur les contrats à durée déterminée (directive 1999/70/CE), qui, comme elle l'avait déjà dit précédemment, ne s'oppose pas à la mesure nationale qui abaisse l'âge auquel on peut conclure des contrats à long terme. Le lien entre le principe insistant de non-discrimination et les faits en l'espèce se montre donc très ténu, au point que certains auteurs parlent d'effet direct horizontal de la directive 2000/78/CE. Le principe de non-discrimination est donc applicable dans le cas d'espèce, même s'il n'existe qu'un mince lien avec le droit de l'UE, conférant ainsi à ce principe une forte autonomie et indépendance par rapport à la portée traditionnelle du droit de l'UE. *Mangold* a illustré le premier arrêt qui établissait l'effet direct horizontal du principe de non-discrimination et son (au moins partielle) autonomie d'application par rapport au reste de la législation de l'UE.

*Kücükdeveci*¹⁵⁵ s'avère particulièrement important pour deux raisons. 1) La première tient en ce que la Cour rappelle que le principe de non-discrimination, comme dans *Mangold*, est également applicable aux litiges entre particuliers. Mais il existe une différence de taille. Alors que dans *Mangold* la Cour souligne la nécessité d'une norme d'appui, dans *Kükuckdeveci* la Cour semble appliquer la directive, ou à tout le moins rappeler la possibilité de l'application conforme.

2) La deuxième raison invoque le fait que le juge national n'a nul besoin de recourir à la Cour européenne pour écarter une législation nationale contraire à un principe du droit de l'UE, même si cette prérogative est, dans l'ordre juridique national, de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle¹⁵⁶. Le droit communautaire donne aux tribunaux nationaux des pouvoirs qui dépassent ceux qui leur sont conférés par le droit national, parce que l'interprétation du principe de non-discrimination en tant que principe du droit communautaire est alors interprétée comme un principe par rapport à l'ordre constitutionnel de référence. Comme la Cour le note à juste titre, la juridiction nationale allemande ne peut pas écarter la règle nationale si elle n'a pas déjà été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, cependant elle peut être inappliquée que dans la mesure où il estime que la règle elle-même viole le principe de non-discrimination en vertu de la loi de l'Union. Il semble aller de soi que la juridiction nationale ait demandé des éclaircissements sur les fonctions qui s'imbriquent entre la juridiction nationale, le juge de l'Union et les juges constitutionnels.

Les éléments apportés par l'arrêt *Kücükdeveci* sont très innovants car ce dernier cristallise la fonction de la juridiction nationale en tant qu'interprète des principes fondamentaux de l'Union, même si cette prérogative pouvait entrer en conflit avec celle des juges constitutionnels, certifiant ainsi que le principe de

¹⁵⁵ CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci contre Swedex GmbH & Co. KG*, Affaire C-555/07, Rec. 2010 I-00365.

¹⁵⁶ Cela paraît être le cas dans l'ordre juridique allemand, au sein duquel seule la Cour Constitutionnelle peut écarter une législation interne contraire à la Constitution.

non-discrimination fournit aux juges nationaux des pouvoirs qui vont bien au-delà de ceux que leur confère la législation nationale, et les amène ainsi à devenir les acteurs d'un examen général de la constitutionnalité de la norme nationale sur le principe du droit de l'UE. Le principe de non-discrimination de cette façon permet de conférer un effet direct¹⁵⁷ horizontal aux directives, et il se confirme comme le dernier paramètre de validité de la disposition nationale avec la Communauté, une caractéristique qui distingue les paramètres d'interprétation constitutionnelle.

b) la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : les arrêts Romer, Hay et Leger

L'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est l'une des dernières reconnues explicitement dans les traités. Initialement confondue avec celle liée au genre (comme il peut en être conclu de la jurisprudence sur les droits des personnes transgenre mentionnés dans la S1), elle acquiert son autonomie par rapport à d'autres types de discriminations avec l'inclusion de la référence à l'article 13 du traité d'Amsterdam, devenu l'actuel article 19 du TFUE. Il y a lieu de remarquer quelques jugements de la jurisprudence de la Cour sur ce motif de discrimination, dont certains ont déjà été traités dans S1 en ce qui concerne le terme de comparaison.

¹⁵⁷ Sur l'effet direct voir une copieuse littérature : B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (dir.), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011. J.H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologne, 1985, 53. Voir aussi J. M. Prinssen, A. Schrauwen, *Direct effect : rethinking a classic of EC legal doctrine*, Europa law, Groningen, 2002. On signale aussi : S. Prechal, *Does direct effect still matters ?*, *Common Market Law Review*, 2000 (4), 1047. Plus loin dans le temps : 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.

Dans le cas *Maruko*¹⁵⁸ la Cour traite pour la première fois de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : le refus d'accorder à un homme engagé dans une union avec un autre homme la retraite de réversibilité à l'instar de celle dont bénéficient les veufs dans les couples mariés. La Cour estime qu'il s'agit ici d'une discrimination entre les couples non mariés et les couples mariés, et que la seule différence réside dans l'orientation sexuelle des deux composantes du couple. Dans *Römer*¹⁵⁹ également, le litige concerne la retraite de réversibilité non payée à une personne liée par une Union de solidarité avec un autre homme. Et même dans ce cas de figure, la Cour considère que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle subsiste. Il convient cependant de remarquer que les juges de la Cour ne se préoccupent pas de conseiller aux États membres d'adopter un modèle particulier d'union, mais la Cour établit un niveau minimum de protection qui doit être accordé aux personnes ayant des orientations sexuelles différentes. Établir des formes d'unions (mariages ou unions civiles) est du ressort des États membres. Il importe avant tout que les avantages essentiels à la vie du couple soient assurés (ceux liés à la santé, à la retraite ou à la maison, par exemple). Cette exigence est principalement prévue pour les États membres et doit être mise en œuvre en application de la directive 2000/78. Toutefois, dans un arrêt relativement récent, *Hay*¹⁶⁰, la Cour semble suggérer que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est possible même contre des individus, si les lois nationales ne l'autorisent pas. La frontière entre la mise en œuvre contre l'État et contre les individus reste encore très ténue, de sorte que certains agents peuvent considérer qu'il s'agit en fait d'un cas d'interprétation uniforme de la loi nationale par rapport à une directive. Ce qui s'avère certain, c'est que l'interdiction de la discrimination

¹⁵⁸ CJCE, 1 Avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, affaire C-267/06, Rec. 2008, p. I-1757.

¹⁵⁹ CJUE, 10 Mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, affaire C-147/08, Rec. 2011, p. I-3591.

¹⁶⁰ CJUE, 12 décembre 2013, *Frédéric Hay contre Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, affaire C-267/12, ECLI : EU : C : 2013:823.

fondée sur l'orientation sexuelle caractérise l'interprétation du principe de non-discrimination dans l'Union Européenne, en assurant que les États membres peuvent fournir une tutelle au moins *de minimis* contre les personnes possédant cette orientation. Cette considération se trouve encore renforcée par les conclusions présentées par l'AG Mengozzi dans *Leger*¹⁶¹, sur l'accès des personnes homosexuelles au don de sang (litige encore pendant devant la Cour). Dans ce cas, en effet, la Cour a jugé que l'État ne peut pas localiser dans la fréquence des relations sexuelles entre hommes un facteur de risque plus élevé que dans les relations sexuelles entre hommes et femmes, et ne peut dès lors nier aux homosexuels la possibilité de faire un don de sang.

B) Le motif contenu dans la directive 2000/43/CE : la race

1. le sens de l'inclusion de la race dans les motifs de discrimination

La protection contre la discrimination fondée sur l'appartenance ethnique et la race¹⁶² est l'une des premières à avoir été introduite au niveau international, ce principalement en raison de la multitude de conflits armés et de persécutions visant à l'extermination de certains groupes raciaux et ethniques¹⁶³. Un autre coup de pouce à la réglementation de la lutte contre ce type de discrimination a également bénéficié aux processus de migration et mondialisation, qui stimulent

¹⁶¹ CJUE, Léger, Affaire C-528/13 P.

¹⁶² D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello « europeo » dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padua, 2008. 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.

¹⁶³ A. Triandafyllidou, *Addressing Cultural, Ethnic and Religious Diversity Challenges in Europe, A Comparative Overview of 15 European Countries*, EUI RSCAS 2011/02.

le métissage des différents peuples et finissent par engendrer des problèmes de coexistence directement ou indirectement. Ce besoin de protection a créé les conditions favorables à une multiplication d'instruments juridiques aux niveaux nationaux, international et supranational.

Dans les traités communautaires les dispositions régissant la discrimination fondée sur la race et l'origine ethnique sont divisées en deux groupes principaux : dans le premier se trouve la base juridique de l'article 19 du TFUE, qui prévoit que le Parlement et le Conseil adoptent des mesures spécifiques pour combattre (entre autres choses) la discrimination raciale et ethnique. Dans le second groupe sont en place les mesures relatives à la création d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, prévu à l'article 67 TFUE. En particulier, la référence à la haine raciale émerge dans l'analyse du troisième alinéa de l'article 67, dans lequel il existe une disposition permettant à l'Union la création d'un espace de liberté, sécurité et justice, et qui justifie la mise en œuvre de mesures nécessaires pour prévenir et combattre le racisme et la xénophobie. À travers cette mesure peuvent voir le jour des réglementations européennes visant à autoriser une intervention contre les mouvements racistes ou xénophobes qui sont communautaires et ainsi encourager la coordination entre les autorités judiciaires. Dans cet article, nous allons traiter principalement des mesures législatives de l'article 19 du TFUE, puisqu'il s'agit des plus intéressantes en faveur de la loi anti-discrimination. Les mesures adoptées et adoptables sur la base des articles contenus dans le chapitre consacré à l'espace de liberté, sécurité et justice concernent davantage la coopération en matière civile et pénale (bien que, par exemple, l'adoption de sanctions, y compris pénales, pour des violations de l'interdiction de la discrimination fondée sur la race n'est pas exclue, comme c'est le cas dans de nombreux États membres).

La législation de l'Union européenne constitue un instrument ad hoc pour la protection de l'interdiction de la discrimination de la race, qui a été approuvé sur la base des pouvoirs conférés par l'article 19 TFUE. Cet instrument a pour nom

la directive 2000/43/CE¹⁶⁴, qui régleme nte en détail le principe de non-discrimination de la race et de l'origine ethnique. Avant de faire l'analyse des dispositions qui se traduisent en pratique par l'interdiction de la discrimination de la race, il conviendrait de rendre compte d'une ambiguïté non résolue à propos de l'intitulé de la directive. La définition de la race comme critère et motif de discrimination constitue-t-elle une acceptation des théories qui divisent l'espèce humaine en races différentes en fonction de critères tels que la couleur de la peau ou selon certaines caractéristiques physiques ou génétiques ? La directive, quant à elle, par l'utilisation de l'expression « la discrimination fondée sur la race" peut-elle prêter à des ambiguïtés ou malentendus concernant la reconnaissance, au moins indirectement, de l'existence de certaines divisions au sein de l'espèce humaine ? Ce débat a cours depuis les travaux préparatoires de la directive, stimulée principalement par les représentants de l'État français qui craignaient que cette désignation ne puisse représenter une sorte d'*endorsement* aux théories sur la ségrégation raciale. Cependant, vu que les mots recouvrent essentiellement des symboles, il s'avère également que si l'utilisation du terme « discrimination sur la base de la race » peut supposer que l'Union européenne reconnaît l'existence de différentes races dans l'espèce humaine, son emploi aide d'autre part à identifier, en raison de la large utilisation qui en a été faite aussi bien dans les législations internationales et nationales qu'en doctrine, certains types de comportement destinés à discriminer certains groupes ethniques ou raciaux. Pour éviter de tomber dans ce piège de communication, il a été introduit un considérant spécifique (n. 6), qui s'oppose à l'utilisation du mot race considéré comme un terme qui illustrerait les nombreuses théories sur la répartition des êtres humains en groupes sur la base de certaines caractéristiques physiques ou génétiques.

¹⁶⁴ Voir le dernier rapport sur l'application de la directive rédigé par la ADFUE, *La directive sur l'égalité raciale, applications et défis*, 2012.

2. l'arrêt *Deckmyn* : le dernier exemple de la manière dont le principe de non-discrimination peut produire un effet direct horizontal ?

La décision *Deckmyn*¹⁶⁵ représente un exemple significatif¹⁶⁶ du rôle particulier joué par le principe de non-discrimination sur la base de la race dans l'identité constitutionnelle de l'Union européenne. Dans ce document, la Cour semble utiliser le principe de non-discrimination sur la base de la race dans un litige entre particuliers comme un paramètre de la constitutionnalité de la mesure interne.

Les faits en l'espèce sont liés à l'affaire d'un politique conservateur flamand, qui, pour la fête de fin d'année organisée pour ses partisans dans la ville de Gand distribue des cartes de vœux clairement inspirées d'une bande dessinée connaissant une grande diffusion en Belgique (*Suske en Wiske*).

La carte montre le portrait du maire social-démocrate de la ville distribuant des fonds sans compter aux immigrants de la ville, ces derniers illustrés par des hommes et (principalement) des femmes voilées faisant clairement référence aux immigrants d'origine ethnique musulmane et arabe. Aussi les héritiers de l'auteur de la BD se sont-ils opposés à l'utilisation du dessin véhiculant un message raciste. La question se posait par conséquent en ces termes : une parodie qui envoie un message raciste peut-elle tomber dans le cadre d'application du droit communautaire ?

Si l'on accepte que la question relève de la législation de l'UE, comme le suggère la Cour, alors l'on se retrouve face à l'application du droit de l'UE à un litige entre particuliers, parce que l'affaire concerne M. Deckmyn, politicien

¹⁶⁵ CJUE, 3 septembre 2014, *Johan Deckmyn et Vrijheidsfonds VZW contre Helena Vandersteen et autres*, Affaire C-201/13, ECLI : EU : C : 2014:2132.

¹⁶⁶ E. Rosati, *Just a laughing matter ? Why the decision in Deckmyn is broader than parody*, *Common Market Law Review*, 2015, vol. 1, pp. 511 – 529.

professionnel et les héritiers du concepteur de *Suske en Wiske*. Et les instruments juridiques applicables, selon la Cour et l'avocat général, consistent en deux directives (la directive 2001/29/CE sur le sens de la parodie et la directive 2000/43/CE sur la discrimination fondée sur la race) et en certaines dispositions sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (par rapport à la liberté d'expression de l'auteur de la parodie autant que par rapport à l'interdiction générale de discrimination sur la base de la race et en vertu de la Charte). Cependant, aucun des instruments juridiques mentionnés ci-dessus n'est susceptible d'être applicable à une affaire entre particuliers, du moins en principe et selon les interprétations dominantes concernant l'effet direct des directives et la limite de la portée de la Charte sur les droits fondamentaux de l'Union Européenne. On peut en principe considérer se trouver devant un épisode d'interprétation conforme à la loi, selon l'Union européenne.

C'est pourquoi, l'application *stricto iure* du droit de l'UE au cas d'espèce ne s'avère pas possible s'il est admis que la directive 2000/43/CE (en référence à la discrimination fondée sur la race) et l'article. 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont applicables à un différend entre des parties privées. Cette conclusion provoque un quiproquo en raison du fait que les pouvoirs conférés à l'Union européenne ne permettent pas l'application de la Charte et des directives aux litiges entre particuliers. C'est précisément pour cela que la solution au dilemme passe vraisemblablement par l'application du principe de non-discrimination sur la base de la race qui doit être un paramètre de validité auquel la discipline interne doit se conformer. Une solution pour éviter de retomber dans le quiproquo pourrait consister à invoquer (comme le fait une partie légitime de la doctrine) l'application des directives de litiges entre particuliers. L'avocat général se réfère également au fait que les droits fondamentaux peuvent avoir un impact dans les litiges entre les parties privées.

Cependant, pour avoir un impact dans les différends entre les individus, les droits fondamentaux, qui sont dans l'Union une émanation directe des principes généraux du droit (y compris de toute évidence le principe de non-

discrimination) se situent à un carrefour : soit la Charte ainsi que les directives sont également applicables aux litiges entre particuliers, ce qui nécessite une modification de l'état actuel des traités, soit l'on admet que c'est le principe même (dans ce cas, le principe de non-discrimination fondée sur la race) qui doit être applicable aux litiges entre particuliers. On peut clairement y voir la détermination de reconnaître le droit à l'auteur original de la bande dessinée de décider que son travail ne soit pas utilisé pour commettre une discrimination directe sur la base de la race.

Il ressort de l'analyse de l'arrêt certaines observations. Le principe de non-discrimination sur la base de la race est un principe *autonome*, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas nécessairement du contenu des traités ou de la législation dérivée et *subsidaire*, dans le sens qu'il est applicable si la législation nationale (même constitutionnelle) et celle de l'Union européenne ne sont pas elles-mêmes applicables. Ainsi ce principe, outre le fait de confirmer le rôle unique qu'il joue dans le système juridique de l'Union européenne, agit-il comme un paramètre de conformité et comme une source de droits pour les particuliers au tribunal.

Conclusions

La réponse à la question posée au début de cette étude (quelle est la contribution du principe de non-discrimination à l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne) peut se synthétiser en deux considérations conclusives principales :

A) Une solution: Le rôle particulier du principe de non-discrimination dans les sources du droit de l'Union Européenne et la question de l'effet direct horizontal du droit de l'Union Européenne

Avant tout il convient de remarquer que le principe de non-discrimination occupe une position particulière entre les sources du droit de l'Union Européenne. L'analyse conduite pendant ce travail incline à énoncer que le principe de non-discrimination ne se résume pas simplement à un principe général du droit de l'UE. Ce dernier ne possède pas uniquement une fonction d'interprétation, à l'image de tous les principes généraux du droit de l'UE, mais également un caractère autonome, qui conduit à dire que ce principe peut être considéré comme un principe ayant le rang de droit primaire dans les sources du droit de l'Union Européenne. Naturellement cela ne correspond pas au seul rang primaire identique à celui des Traités. Le principe de non-discrimination a également participé à l'extension du domaine d'application du droit de l'Union Européenne au-delà de ce qui avait été prévu à l'origine par les Traités. Les affaires *Zambrano* pour la nationalité et *Mangold* pour l'âge sont des illustrations de situations dans lesquelles le droit de l'Union Européenne ne pourrait pas être retenu comme applicable. Tous les efforts pour ré-envisager ces situations au sein du droit de l'Union Européenne et éviter la possible violation du principe d'attribution des compétences sont aisément compréhensibles mais ignorent que cela ne témoigne que de l'émancipation progressive (mais que l'on ne peut arrêter) du droit de l'UE des ordres juridiques nationaux. Le rôle particulier du principe de non-discrimination est confirmé aussi par l'utilisation que la CJ fait du renvoi préjudiciel (dans les arrêts tels que *Test d'Achats*), qui s'apparente à un jugement de constitutionnalité comparable à celui à posteriori, traditionnellement présent en Italie et récemment introduit en France.

L'accent mis sur le rôle particulier du principe de non-discrimination est souligné également par le fait que le principe en parole peut représenter la solution à un des quiproquos les plus problématiques du droit de l'Union Européenne, notamment la question de l'effet direct horizontal de la Charte DFUE et des directives. Ces instruments juridiques ne sont pas appropriés pour être appliqués aux litiges entre les particuliers, en raison soit de leur nature (les

directives) soit des limites à leur application (la Charte). A noter aussi que la Cour a rappelé que n'est pas possible appliquer en tous le case la Charte aux litiges entre les particuliers (voir *AMS*). Comme l'avons déjà clarifié dans la SS2 de la deuxième section, la jurisprudence de la CJ parait, ainsi qu'elle le signifie dans les arrêts *Deckmyn*, *Mangold* et *Kucukdeveci* , appliquer le principe de non-discrimination en lieu et place des directives ou de la Charte DFUE aux litiges entre les particuliers. Le principe de non-discrimination par conséquent, tend à être considéré comme ayant un effet direct horizontal au moins subsidiaire ou supplémentaire aux autres instruments juridiques. Le fait d'avoir à disposition un instrument qui peut s'appliquer quand il y a impossibilité (pour des raisons d'extension des compétences ou compte tenu de la nature spécifique de l'acte législatif) d'appliquer les instruments du droit de l'Union constitue un signal important d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union par rapport à celle des Etats membres, et contribue à renforcer de manière considérable l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne (notamment la conscience de l'Union d'être un ordre juridique constitutionnel).

B) Une problème: les différents niveaux de protection accordés dans la jurisprudence de la Cour de justice : une égalité différenciée ?

Malgré le rôle toujours plus important joué par le principe de non-discrimination dans l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne, beaucoup reste cependant à faire. Le développement notamment du principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la CJ souligne un paradoxe : la protection réservée aux différents motifs de discrimination n'est pas identique, au point qu'il devient possible de parler d'« égalité différenciée ». Si l'on employait la métaphore d'une échelle, on pourrait dire qu'à une extrémité de l'échelle, parmi les diverses typologies de protection réservée par la CJ aux différents motifs, se tient la discrimination fondée sur la religion (d'autant que certaines affaires ayant précisément pour objet la discrimination n'ont pas

encore été résolues par la CJ). Ensuite, en procédant plus avant, la discrimination sur le handicap, ne peut pas être reconnue dans les relations entre les individus (malgré les récentes affaires qui l'augurent). La protection de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle a connu un développement très rapide (à partir de l'affaire *Maruko*) jusqu'à la récente affaire *Hay*. Sans préjuger du droit des Etats membres de régler leur législation interne sur la possibilité pour les personnes ayant la même orientation sexuelle de s'engager dans des union/mariage, il peut s'admettre que l'UE réserve aux personnes LGBT une protection *de minimis*, sans imposer d'emblée la forme juridique de l'union mais en défendant des droits concrets (tels ceux inhérents à la santé, à la pension de retraite ou au régime de succession). Pour ce qui concerne la race (*Deckmyn*) et l'âge (*Kucukdeveci*), la Cour a accordé à ces typologies de discrimination avec des modalités distinctes l'application du droit de l'UE à des litiges entre les individus. A l'autre bout de l'échelle se trouvent les typologies de discriminations qui sont structurelles au développement de l'UE. Sans la lutte contre cette typologie de discrimination, l'UE se présenterait très différemment et ressemblerait davantage à une organisation internationale traditionnelle (à l'instar du Conseil d'Europe). Dans les deux dernières affaires, le principe de non-discrimination a commencé à être utilisé, comme cela a déjà été souligné, comme un paramètre de constitutionnalité de la norme nationale et européenne (de droit dérivé), soit appliqué seul (*Zambrano*), soit à travers la Charte des droits fondamentaux de l'UE (*Test d'Achats*).

Pour conclure, d'une part, l'identification d'un jugement ad hoc, avec sa structure et ses caractéristiques. D'autre part la jurisprudence sur les différents motifs de discrimination qui, bien que toujours étant définis, permet de reconnaître la centralité du principe de non-discrimination dans différents domaines du droit de l'UE. L'identification d'une contribution si riche à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne peut reconnaître le principe de non-discrimination en tant que principe, qui, inspiré par l'identité constitutionnelle

des États membres, peut constituer l'épine dorsale de la future constitution "formelle" européenne.

Bibliographie

Livres

Amato, G. Bribosia, H. et De Witte, B. (dir.), *Génése et destin de la Constitution Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

Balboni M., La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea., TORINO, Giappichelli, 2012, pp. 304 .

Balboni, M. *La Protezione Internazionale in Ragione Del Genere, Dell'orientamento Sessuale E Dell'identità Di Genere. Aspetti Di Diritto Internazionale E dell'Unione Europea*. Giappichelli, 2012.

Bamforth, N., Malik M. et O'Conneide, C. *Discrimination Law : theory and context*, Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

Benedettelli, M.V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Cedam, Padova, 1989.

Brillat, M. *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Thèse doctoral soutenue le 10 Décembre 2014, Université de Strasbourg. [Thèse doctoral]

Caggiano, G. *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, 2014

De Gregorio, L. (dir.), *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2012.

Di Salvatore, E. *L'identità costituzionale dell'Unione Europea e degli stati membri*, Giappichelli, Torino, 2008, 30.

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

Faiello, M. *Il Divieto Di Discriminazione Nel Diritto dell'Unione Europea*, 2004 [Thèse doctoral]

Favilli, C. *La non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologne, 2008.

Friedman, S. *Discrimination law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Kostakopoulou, T. *Citizenship, Identity and Immigration in the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2001.

Haas, E.B. *Beyond the nation state : functionalism and international organizations*, Stanford University Press, Stanford, 1964.

Haas, E.B. *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, Stanford, 1968.

EU Fundamental Rights Agency, *Handbook on Non Discrimination*, 2012.

McColgan, A. *Discrimination, Equality and the law*, 1 ed, Oxford, Oxford University Press, 2014.

McCrea, R. *Religion and the public order of the European Union*, Oxford University Press, 2010.

Mortati, C. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milan, 1998.

Nic Shuibhne, N. *The Coherence of EU Free Movement Law : Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Ninatti, S. *Ai confini dell'identità costituzionale (dinamiche familiari e integrazione europea)*, Giappichelli, Torino, 2012.

Scheingold, S. A. *The Rule of Law in European Integration*, Westport, Greenwood Press, 1976.

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

Tridimas, T. *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2012 et T. Hartley, *Constitutional Law of the EU*, Oxford University Press, 2011.

Tryfonidou, A. *Reverse Discrimination in EC law*, Kluwer law International, Den Haag, 2009.

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

Wachsmann, P. *Libertes Publiques*, Dalloz, 7 ed, 2012.

Weiler, J.H.H. *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologne, 1985, 53.

Zucca, L., Ungureanu, C. *Law, religion and state in the New Europe*, Cambridge University Press, 2012.

Ouvrages collectives

Bagioni, G. *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, in I. Castangia, G. Bagioni (dir.), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 257 ss.

Bell, Mark. *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, The Evolution of EU Law, P. Craig, G. DeBurca (dir.), 611 ss, 2011.

Benoit Romher, F. *Identité Européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflict ?* in *Mélangées en l'honneur de J.P. Jaque*, 2010, Dalloz, p. 63-81.

Bonardi, O. *le discriminazione basate sull'età*, in M. Barbera (dir.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio : il quadro comunitario e nazionale*, 2007, p. 125 e ss.

Caggiano, G. *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, Scritti in onore di Giuseppe Tesauro. Vol. 1 (2014), p. 6593.

Casolari, F. *Commento agli art. 20-26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, dans M. Baruffi, F. Pocar (dir.), *Commentario Breve Ai Trattati dell'Unione Europea*, 2eme ed, Cedam, Milan, 2014.

Casolari, F. *Commento all'art. 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, F. Pocar, M.C. Baruffi (dir.) *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1733 ss.

Chatiel, F. *La constitutionnalisation de l'Union Européenne : visions croisées des Etats membres*, Mélanges en honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 79.

Constantinesco, V. *La convergence entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ?*

Contrepoint ou hiérarchie ? Mélanges en honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 79.

F. Casolari, *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*, 2012, 6, pp. 475 - 511.

Gatti, M. *Autonomy of Religious Organizations in the European Convention on Human Rights and the European Union Law*, in L.S Rossi and G. Di Federico (eds), *Fundamental Rights in Europe and China Between Identities and Universalism*. Editoriale Scientifica, 2013, 132-153.

Gillian, M. "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" In *The Evolution of EU Law (Craig;DeBurca) 1ed.*, 611 ss., 1999.

Levade, A. *Identité constitutionnelle et exigences existentielle : comment concilier l'inconciliable*, in *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 109.

Nabli, B. *L'identité constitutionnelle de l'Etat de l'Union*, in *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 155.

Poiarés Maduro, M. *The scope of european remedies : the case of purely internal situations and reverse discrimination*, C. Klikpatrick, T. Novitz, et P. Skidmore (dir.), *The future of European Remedies*, Hart Publish. Oxford, 2000.

Rossi, L. S. (dir.) *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

Rossi, L. S. *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*. (dirigé avec M. Dony), Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles pp. 1-367. 2007

Rossi, L. S. *IL quadro delle competenze dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona*, (dans) Luigi Vassallo (dir.), *Il Trattato di Lisbona. Le riforme istituzionali e le nuove competenze per affrontare le grandi sfide della globalizzazione*, Commission européenne, Milan, 2010, p.61-66.

Rossi, L.S. (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de « Traité Constitution »*, Bruxelles, Bruylant 2004.

Rossi, L.S. (dir.), *Il progetto di Trattato-Costituzione (verso una nuova architettura dell'Unione Europea)*, Giuffrè, Milano, 2004.

Rossi, L.S. *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 (dir.), *Fundamental Rights in Europe and China, between Regional identities and Universalism*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 1.

Rossi, L.S. *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona*, dans *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, L. Mezzetti et A. Morrone (dir.), Torino, Giappichelli 2011, p.119-137

Rossi, L.S., Casolari, F. (dir.) *The EU after Lisbon-Amending or coping with the existing Treaties*, Heidelberg, Springer , 2014, pp. 336.

Strazzari, D. *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello « europeo » dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padua, 2008.

Waddington, L. *Reasonable Accommodation*, (dans) D. Schieck, L. Waddington, et M. Bell (dir.), *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.

Weiler, J.H.H. *Citizenship and Human Rights*, in J.A. Winter (dir.), *Reforming the Treaty on European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 1996.

Zaccaroni, G. *Citizenship, Third Country Nationals and European Integration : a Broken Dream ?* (dans) L.S. Rossi, G. Di Federico (dir.), *Fundamental Rights in Europe and China, between identity and universalism*, Editoriale Scientifica, Naples, 2013.

Articles

Adinolfi, A. *Comment on Nimz*, *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 637-645.

Besselink, L. *National and Constitutional Identity before and after Lisbon*. *Utrecht Law Review*, 2010, vol. 3, p. 36–49.

Besson, S. *Gender discrimination under the EU and the ECHR : never shall the twain meet ?*, Human Rights Law Review, vol. 4, 2008, pp. 647 e ss.

Boujeka, A. *Travail et handicap dans l'Union européenne : manquement de l'Italie dans la transposition de la directive 2000/78 en matière d'aménagements raisonnables*, Revue de droit du travail, 2013, p.707-708.

Briboisia, E., Bambois, T. *Interdiction de la discriminazione en raison de l'age : du principe, se ses exceptions et de quelques hésitations...*, RTD Eur., 2011, p. 41.

Burrigato, G. *La discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia : oneri probatori e sanzioni*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 1993, p. 468 ss..

Calafà, L. *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, 2013, p. 475–511.

Calafà, L. *Le Discriminazioni Fondate Sull'età: Sequenza Giurisprudenziale Recente Del Fattore Di Rischio 'Emergente*. Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro, no. 4, 2010, p. 993 ss.

Cannizzaro, E. *Producing Reverse Discrimination through the Exercise of EC Competences*, 1997, Yearbook of European Law, pp. 29-46.

Carlier, J.Y. *La libre circulation des personnes. dans l'Union européenne*, Journal de droit européen, 2014, n° 208, p.167-179,

Cinelli, M. *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili : una condanna realmente meritata ?*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, vol. 4, p.935-938.

Danisi, C. *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, p. 793.

De La Rosa, S. *Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ?*, Recueil Le Dalloz 2014 p.705-708.

De Witte, B. *Direct Effect, Primacy and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (dir.), *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Deakin, S. *Levelling Down Employee Benefits*, The Cambridge Law Journal, vol. 54, 1995, p. 35-37.

Di Federico, G. *La Sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti orizzontali delle direttive*. Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro, 2010, p. 1002–1111.

Dubot, E. *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, RTD Eur., 2014, p. 409.

Durham, W. *The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View*, Church Autonomy, A Comparative Survey, 2001.

Eeckhout, P. *The Charter of Fundamental Rights and the Federal Question* *Common Market Law Review*, 2002, p. 945–94.

European Commission, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, 2012.

European Commission, *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe ?*, 2011.

European Network of legal experts in the field of gender equality. *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, 2009.

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, p. 439 ss.

Ferrari, S. *Law and religion in a secular world: a European perspective*, Ecclesiastical law journal, 2012, v. 3, p. 355.

Garrone, P. *La discrimination indirecte en droit communautaire, vers une théorie générale*, RTD Eur., 1994, vol. 3, p. 426.

Grimm, D. *Conflict Between general laws and religious norms*, Cardozo Law Review, 2009, vol. 3, p. 2369.

Grimm, D. *Does Europe need a Constitution ?* European Law Journal, 1995, vol. 1.

Habermas, J. *Remarks on Dieter's Grimm « Does Europe need a Constitution ? »*, European Law Journal, 1995, vol. 1, p. 303

Hailbronner K. et Thym, D. *Annotation Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office National de l'Emploi (ONEM)*, *Common Market Law Review*, 2011, vol. 4, p. 1253.

Howard, E. *An Opportunity Missed? Comment on Romer*, *European Law Review*, 2011, vol. 4, p. 589–99.

Howard, E. *EU Equality Law: Three Recent Developments*, *European Law Journal*, 2011, vol. 6, p. 785–803.

Kostakopoulou, T. *Nested « Old » and « New » Citizenship in the European Union*, *Columbia Journal of European Law*, 1996, p. 389.

Ladeur, K.H. *The myth of the neutral state and the individualization of religion : the relationship between state and religion in the face of fundamentalism*, *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 6, p. 2445.

Lansbergen A. et Miller, N. *European citizenship rights in internal situations : an ambiguous revolution ? Decision of Mar. 8, 2011, Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 287.

Lizzerini, N. *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties : AMS*, *Common Market Law Review*, 2014, Vol.51 p.907-933.

Lenaerts, K. *L'égalité de traitement dans le droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples ? Cahiers de Droit Européenne*, 1991, p. 3.

Manin, P. *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne*, *AJDA*, n° 39, 2010, pp. 2188-2196.

Martin, D. *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un Etat membre : vive la révolution ?*, *Revue de jurisprudence sociale*, 2011, p.450-452.

McColgan, A. *Cracking the Comparator Problem: Discrimination, “Equal” Treatment and the Role of Comparisons*, *European Human Rights Law Review* 6 (2006): 650–77.

Mengozi, P. *La sentenza Zambrano : prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n° 3, p.417-432.

Miller, N. 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'emploi (ONEM), *European Constitutional Law Review*, 2011, 1–14.

Morris, R. *European Citizenship and the Right to Move Freely: Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Edition)*, 2011, vol. 1-2, p. 179.

More, G. *Seniority Pay for Part-time Workers*, *European Law Review*, 1991, p. 320 ss.

Nic Shuibhne, N. *(Some Of) The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Dereci*, *Common Market Law Review*, 2012, vol. 3, p. 349-379.

Pliakos, A. *Le contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne: la réaffirmation du principe de primauté*, *Cahiers de droit européen*, 2011, n° 3-4, p. 489-513.

Poiars Maduro, M. *The ECJ and Anti-discrimination law*, *Anti discrimination law review*, vol. 2, 2005, pp. 13 ss.

Prechal, S. *Does direct effect still matter?*, *Common Market Law Review*, 2000 (4), 1047.

Prinssen, J. M., Schrauwen, A. *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, *Europa law*, Groningen, 2002.

Raveraira, M. "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.

Rosati, E. *Just a laughing matter? Why the decision in Deckmyn is broader than parody*, *Common Market Law Review*, 2015, vol. 1, pp. 511 – 529.

Rossi, L.S. *How Fundamental is a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after the Lisbon Treaty*. *Yearbook of European Law*, OUP, 2008, p. 65-89.

Schermers, H. "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights." *Common Market Law Review* 27 (1990): 249–58.

Seifert, A. *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, *RTD Eur.*, 2012, p. 801.

Solanke, I. *Using the citizen to bring the refugee in : Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, *Modern Law Review*, 2012, vol. 1, p. 101.

Timmermans, W.A. *Directives : their Effect within the National Legal Systems*, *Common Market Law Review*, 1979 (4), 533.

Tinière, R. *Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux*, *RDL Fond.*, 2011, chron. n. 4.

Tobler, C. *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.

Tryfonidou, A. *C-200/02, Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union ?*, *European Public Law*, 2005, p.527-541.

Tryfonidou, A. *Redefining the Outer Boundaries of EU Law : The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy*. *European Public Law* 2012, vol. 3, p. 493 – 526.

Tulkens, F. "The European Convention of Human Rights and Church and State Relations." *Cardozo Law Review* 86 (2004): 2575–91.

Van Eijken, H. et De Vries. *A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, *European Law Review*, 2011, p. 704–721.

Van Elsuwege P., Kochenov, D. *On the Limits of Judicial Intervention : EU Citizenship and Family Reunification Rights*, *EJML* 2011, vol. 4, p. 443 ;

Verschueren, H. *Preventing « benefit tourism » in the EU : A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano ?*, *Common Market Law Review*, vol. 1, 2015, pp. 363 – 390.

Von Bogdandy, A. *The European constitution and European identity : Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, *International Journal of Constitutional Law*, 2005, vol. 3, p. 295 ss.

Von Bogdandy, A. *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, *Common Market Law Review*, 2000, p.1307–38.

Wachsmann, P. *L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois*, Jus Politicum, vol. 4, 2012.

Wachsmann, P. et Marienburg, A. *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, RTD Homme, 2003, p. 1157.

Waddington, L. *Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to Be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive*, European Law Review, 2011, 163–84.

Waddington, L. *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.

Waddington, L. *Protection pour la famille et les amies : combattre la discrimination par association*, Revue de Droit Européen relatif à la Non Discrimination, 2007, vol. 5, p. 13 ss.

Weiler, J.H.H. *Does Europe need a Constitution ? Demos, Telos, and the Maastricht décision*, European Law Journal, 1995, vol. 1, 219.

Weiler, J.H.H. *Les droits des citoyens européens*, Revue Du Marché Unique Européen, 1995, p. 35 ;

Wiesbrock, A. *The Self-Perpetuation of EU Constitutionalism in the Area of Free Movement of Persons: Virtuous or Vicious Cycle?* Global Constitutionalism, no. 01, 2013, p. 125–50.

Winter, J.A. *Direct Applicability and Direct Effect : Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, Common Market Law Review, 1972 (4), 425.

Wojciech S. *European Constitutional Identity?* EUI Working Papers, 2006.

Wollenschläger, F. *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, European Law Journal, Vol. 17, 2011, pp. 1 – 34.

Wollenschläger, F. *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, 2011.

Table des matières

Section préliminaire : l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne

A) réflexions générales sur l'identité dans les ordres juridiques

B) la signification et l'utilisation de l'expression dans ce travail

Section I La structure des arrêts sur la discrimination rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne

§ 1 Structure et caractéristiques du jugement dans la phase introductive du jugement devant à la Cour de Justice de l'Union Européenne

A) l'introduction de l'instance en matière de discrimination

1. le rôle prédominant du renvoi préjudiciel en matière de discrimination

a) l'importance du renvoi préjudiciel, un cas particulier : les arrêts sur la libre circulation des marchandises

b) le renvoi préjudiciel dans la jurisprudence de la Cour depuis 2000

2. les principales autres voies pour introduire un recours sur la discrimination à la Cour de Justice

a) le recours en annulation

b) le recours en manquement

B) la mise à jour du désavantage

1. les typologies de discrimination pratiquées par la Cour de Justice

a) la discrimination directe

b) la discrimination indirecte

2. les autres hypothèses d'appréhension des discriminations

a) les comportements intimidateurs

b) un exemple particulier : la discrimination par association

§ 2 Le coeur du jugement sur la discrimination : la comparaison des situations différentes

A) La phase de comparaison dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne

1. la recherche d'un terme de comparaison adapté au cas d'espèce

2. l'évolution la plus récente du test de comparaison

a) la comparabilité entre les personnes transsexuelles et non

b) la comparabilité entre les couples hétérosexuels et homosexuels

B) La justification des violations du principe de non-discrimination ?

1. la présence d'une raison légitime

2. le test de proportionnalité

Section II La contribution du principe de non discrimination à la construction de l'identité constitutionnelle de l'Union Européenne révélée par le refus de certaines discriminations

§ 1 Les motifs de discrimination traditionnellement relevés par la Cour de Justice

A) La discrimination fondée sur la nationalité

1. l'importance de la jurisprudence fondée sur la nationalité dans le processus d'intégration

a) non discrimination et citoyenneté de l'Union Européenne

b) la citoyenneté européenne comme statut fondamental des citoyens des Etats Membres

2. la jurisprudence récente : l'arrêt *Zambrano* et l'arrêt *Dano*

a) les discriminations à rebours dans la citoyenneté européenne et leur impact sur l'identité constitutionnelle

b) les arrêts *McCarthy (II)* et *Dano* : la citoyenneté comme le plus important développement du principe de non discrimination fondée sur la nationalité ?

B) La discrimination fondée sur le genre

1. les arrêts *Defrenne-Sabena* et l'effet direct (horizontal ?) selon les traités

2. 2. l'évolution de la protection de la discrimination fondée sur le genre

a) la protection du principe de non discrimination dans les directives 2006/54/CE et 2004/113/CE

b) l'arrêt *Test d'Achats* et le développement de l'effet direct horizontal de la non discrimination à raison du genre

§ 2 *Les motifs de discriminations contenues dans les deux directives jumelles (2000/43/CE et 2000/78/CE)*

A) Les motifs contenues dans la directive 2000/78/CE (religion, handicap, orientation sexuelle, âge)

1. Les motifs n'ayant pas encore été suffisamment développés par la Cour de Justice

a) la discrimination à raison de l'handicap et la problématique des accommodements raisonnables

b) la discrimination fondée sur la religion et l'influence possible de la jurisprudence CEDH

2. La reconnaissance de l'effet direct horizontal du principe de non discrimination (âge et orientation sexuelle en question)

a) la discrimination fondée sur l'âge : les arrêts *Mangold* et *Kucukdeveci*

b) la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : les arrêts *Romer*, *Hay* et *Leger*

B) Le motif contenu dans la directive 2000/43/CE : la race

1. le sens de l'inclusion de la race dans les motifs de discrimination

2. l'arrêt *Deckmyn* : le dernier exemple de comment le principe de non discrimination peut produire un effet direct horizontal ?

Conclusions

Corps de la Thèse

Redigé en langue italienne, conformément à la Convention de Cotutelle entre
l'Université de Strasbourg e l'Université de Bologne

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 divieto di discriminazione sulla base della nazionalità

Capitolo II: il divieto di 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 II: il divieto di discriminazione sulla base della razza

Capitolo III: il divieto di discriminazione sulla base della religione

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

Conclusioni

Introduzione: L'identità costituzionale dell'Unione Europea

1. La nozione di identità costituzionale dell'Unione Europea

L'ambito di indagine di questa ricerca¹⁶⁷, 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 costituzionale¹⁶⁸ comunitario¹⁶⁹. Questa analisi non può prescindere dalla considerazione che un tentativo solenne di costituzionalizzazione *formale*¹⁷⁰ è già stato fatto, e che esso si è risolto in un fallimento, a causa dei referendum che si sono opposti

¹⁶⁷ La presente tesi è stata redatta grazie al contributo fondamentale dell'Università Italo-Francese. Si ringrazia anche la Fondazione Jean Monnet, per il privilegio di avere potuto consultare gli archivi del più illustre padre dell'Europa.

¹⁶⁸ Sul significato della parola costituzionale v. la Voce "*Costituzione*" dell'Enciclopedia del Diritto, a cura di C. Mortati, vol. XI, Giuffrè Milano, 1963, pp. 139-190.

¹⁶⁹ Sulla cui esistenza la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (ma anche le istituzioni in generale) 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". V. anche le conclusioni dell'AG Jaaskinen, in Corte giust. 14 aprile 2015, *Consiglio dell'Unione europea contro Commissione europea*, Causa C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, al par. 12: "I Trattati istitutivi sono qualificati alla stregua di carta costituzionale generatrice di un ordinamento giuridico i cui soggetti sono i cittadini dell'Unione". O ancora, Parere della Corte del 14 dicembre 1991, n. 1/91., Racc. 1991 I-06079, ECLI:EU:C:1991:490, al par. 21: "Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto". 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.

¹⁷⁰ Con riferimento alla nozione di costituzione formale come contrapposta a quella materiale vedi C. Mortati, *la costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

alla ratifica del Trattato-Costituzione¹⁷¹ in Olanda¹⁷² ed in Francia¹⁷³. Dalle ceneri del Trattato-Costituzione è sorto invece il Trattato di Lisbona, che evita meticolosamente di fare riferimento ad un processo di costituzionalizzazione¹⁷⁴, 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 funzionalistiche¹⁷⁵, come risultato dell'influenza dominante del suo primo fondatore ed ideologo, Jean Monnet, che tendono alla progressiva creazione di un sistema di tipo federale. Le ricostruzioni più convincenti del cammino dell'integrazione sono infatti quelle che non la vedono come *progetto*, piuttosto che come idea, ma come *processo*¹⁷⁶, cioè come un'entità vivente, che si adatta alle esigenze contingenti, siano esse di natura giuridica, istituzionale o persino politica. Anche la reazione al fallimento del tentativo di costituzionalizzazione può essere letta in questa chiave: come un auto-rinnovamento, conseguente

¹⁷¹ 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.

¹⁷² 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.

¹⁷³ 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.

¹⁷⁴ Si veda G. De Búrca, *Reflections on the path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper no. 03/08.

¹⁷⁵ E.B. Haas, *The Uniting of Europe, Political, Social and Economic forces*, Stanford University Press, 1968.

¹⁷⁶ V. per esempio, L.S. Rossi, M. Dony, *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles pp. 1-367. 2007

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 innovativa¹⁷⁷. Per questo, anche se, come è stato autorevolmente sostenuto¹⁷⁸, i trattati costitutivi sono assimilabili ad un testo costituzionale¹⁷⁹ fintanto che questo processo di costituzionalizzazione non avrà un riconoscimento formale è fondamentale riconoscere il nucleo fondamentale dei futuri tentativi di costituzionalizzazione. E questo nucleo può essere l'identità costituzionale, in relazione alla quale si vuole evidenziare il ruolo del principio di non discriminazione.

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

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ A. Von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione Europea (Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011.

¹⁷⁹ V. il par. 21 del Parere della Corte del 14 dicembre 1991, n. 1/91., Racc. 1991 I-06079, ECLI: ECLI:EU:C:1991:490: "Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi."

maggior integrazione fra i suoi stati membri. La nozione di identità costituzionale¹⁸⁰ è in effetti lo strumento attraverso il quale si è tentato di definire l'ordinamento costituzionale europeo a partire dal fallimento del Trattato Costituzionale, 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 diritti¹⁸¹. 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*

¹⁸⁰ 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 l'honneur de Philippe Manin, Pedone, 2010, p.63-95, F. Benoit Romher, *Identité Européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit?* 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.

¹⁸¹ 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.

generis dell'Unione, si è sviluppata in maniera precipua mediante l'intervento giurisprudenziale. La nozione di principio fondamentale tende a "confondersi" con quella di principio generale¹⁸² 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*¹⁸³ ed in maniera ancora più importante, *ratione materiae* e dunque non limitata a taluni aspetti del diritto dell'Unione Europea. La sostanza dei principi fondamentali¹⁸⁴ 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

¹⁸² T. Tridimas, *General Principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

¹⁸³ 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).

¹⁸⁴ X. Groussot, *General Principles of European Community Law*, European Law Publishing, Groeningen/Amsterdam, 2006, 9.

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 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 processo¹⁸⁵.

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 Fondamentali dell'Unione Europea¹⁸⁶ 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 autori¹⁸⁷, 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

¹⁸⁵ Individuati nella giurisprudenza della Corte da T. Tridimas, cit. *supra*, 89, 276.

¹⁸⁶ 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.

¹⁸⁷ Così V. Constantinesco e F. Benoit Romher, cit. *supra*.

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 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 sistemici¹⁸⁸ 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)

¹⁸⁸ 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, M. Ioannidis, *Systemic deficiencies and the rule of law: what has been done, what can be done*, Common Market Law Review, vol. 51, 2014, pp. 59- 96.

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.

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 asilo¹⁸⁹), 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

¹⁸⁹ Su cui Corte giust. 2 marzo 2010, *Aydin Salahadin Abdulla (C-175/08)*, *Kamil Hasan (C-176/08)*, *Ahmed Adem, Hamrin Mosa Rashi (C-178/08)* e *Dler Jamal (C-179/08) contro Bundesrepublik Deutschland*, Cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 e C-179/08, Racc. 2010 I-01493, par. 90.

La caratteristica distintiva dei diritti fondamentali è la loro giustiziabilità¹⁹⁰. 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)

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.

¹⁹⁰ Ed in effetti la giustiziabilità dei diritti fondamentali è un tratto distintivo dell'ordinamento dell'Unione Europea. Anche se bisogna ammettere che non tutti i diritti fondamentali sono giustiziabili allo stesso modo, come stabilito dalla Corte di giustizia.L'Unione Europea rappresenta comunque, grazie alla sua tutela multilivello, l'ordinamento sovranazionale dove i diritti fondamentali sono attivabili in giudizio nella maggior parte delle situazioni giuridiche soggettive. V. A. Von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, *Common Market Law Review*, Issue 6, pp. 1307–1338. G. Di Federico, *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty*, in G. Di Federico (a cura di) *The Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Londra, 2011. X. Groussot, L. Pech, *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, *European Issue* n°173, 14 Giugno 2010, Fondazione Robert Schuman. L.S. Rossi (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2002.

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*¹⁹¹. 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 invocabile in una controversia nei confronti di un altro privato cittadino. Di conseguenza, l'ambito di applicazione della Carta rimane fermamente ancorato ai 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

¹⁹¹ Corte giust. 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, Causa C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 par. 47: "A questo proposito, occorre notare come le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della citata sentenza *Kücükdeveci*, 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."

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 anche essa fonte di ispirazione dell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Per questa ragione, nel presente lavoro ci riferiremo con una certa frequenza¹⁹² 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. Le espressioni del principio di non discriminazione all'interno dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea

La ragione di questo studio consta nel fatto che il principio di non discriminazione¹⁹³ è molto probabilmente la parte più importante¹⁹⁴ dell'identità

¹⁹² Una nota metodologica: in questo lavoro l'utilizzo che verrà fatto della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sarà per lo più strumentale, e cioè come paragone per la struttura del giudizio, e come fonte di ispirazione per quelle tipologie di discriminazione che non sono state ancora sviluppate pienamente dalla Corte di Giustizia (fra tutte religione ed orientamento sessuale). In questi casi, ed in modo particolare per quanto riguarda la discriminazione sulla base della religione, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo può aiutare la Corte di Giustizia.

¹⁹³ Sull'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

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 europea¹⁹⁵, 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 TUE 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. 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. 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.

vigore della Carta e con la sempre maggiore attenzione dedicata ai diritti dei cittadini europei nei trattati.

¹⁹⁴ 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.”

¹⁹⁵ 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.

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 Tesauro definivano il principio di non discriminazione come la "pietra angolare"¹⁹⁶ 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 prima è *Mangold*¹⁹⁷, 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

¹⁹⁶ Conclusioni dell'A.G. Van Gerven, Corte giust. 7 Maggio 1991, *Irène Vlassopoulou v Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, Caso C-340/89, Racc. 1991 I-02357 par. 6. Conclusioni dell'A.G. Tesauro, Corte giust. 18 Aprile 1991, *Les Assurances du Crédit SA and Compagnie Belge d'Assurance Crédit SA v Council of the European Communities and Commission of the European Communities*, Case C-63/89, Racc. 1991 I-01799.

¹⁹⁷ Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Causa C-144/04, Racc. 2005 I-09981.

dunque quello che si definisce “effetto diretto orizzontale”¹⁹⁸. 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 Corte¹⁹⁹, 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 attribuirla a determinate disposizioni dei Trattati²⁰⁰ (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, sembrava coerente che al conferimento dell’efficacia diretta orizzontale ad alcune

¹⁹⁸ 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.

¹⁹⁹ 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. Corte giust. 2 agosto 1993, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Causa C-271/91, Racc., 1993 I-04367. La sentenza *Marshall* è stata più volte ripresa dalla Corte di Giustizia ogniqualvolta una corte nazionale sollevava una questione pregiudiziale inerente alla applicazione delle direttive alle controversie fra privati. Da ultimo si veda 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.

²⁰⁰ 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. Corte giust. 15 giugno 1978, *Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Causa 149/77, Racc. 1978 01365.

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 l'applicazione del diritto dell'Unione Europea mediante l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età, 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 ripreso dalla Corte di Giustizia anche in *Kucukdeveci*²⁰¹, dove la Corte di Giustizia ha però affermato, 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 principio²⁰². 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 si possono poi neppure ignorare le ulteriori disposizioni dei Trattati che si occupano di discriminazioni, soprattutto per quanto riguarda la discriminazione sulla base della nazionalità²⁰³, la politica agricola²⁰⁴, la libera circolazione delle merci²⁰⁵, la libera circolazione delle persone²⁰⁶ (intesa sia come circolazione dei

²⁰¹ Corte giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, Racc. 2010 I-00365.

²⁰² 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).

²⁰³ Art. 18 – 19 – 20 – 21 – 22 – 23 – 24 – 25 TFUE.

²⁰⁴ Art. 40 TFUE.

²⁰⁵ Art. 36-37 TFUE.

²⁰⁶ Art. 45 TFUE.

lavoratori subordinati che come libertà di stabilimento), la libera circolazione dei capitali²⁰⁷, trasporti²⁰⁸, la disciplina degli aiuti di stato²⁰⁹, in tema di base giuridica²¹⁰, di parità di retribuzione fra uomo e donna²¹¹, di “territori d’oltremare”²¹², di aiuti umanitari²¹³ e di cooperazione rafforzata²¹⁴.

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 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

²⁰⁷ Art. 65 TFUE.

²⁰⁸ Art. 95 TFUE.

²⁰⁹ Art. 107.2 a) TFUE.

²¹⁰ Art. 114.6 TFUE.

²¹¹ Art. 157 TFUE.

²¹² 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.

²¹³ Art. 214.2 TFUE.

²¹⁴ Art. 326 TFUE.

dall'identità costituzionale degli stati membri, ma a volte differenziandosene²¹⁵. 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 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'Uomo²¹⁶, con l'intento

²¹⁵ 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.

²¹⁶ 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

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, della disabilità e della razza. 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).

*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 davanti alla 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 discriminazione²¹⁷. 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:

²¹⁷ Su cui si vedano: Jacobs, *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 1976, p.188. N. 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;. A. Arnadottir, *Equality and non discrimination under the European Convention of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijoff, 2004. R. 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. M. 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. M. Malik, N. Bamforth e 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. P. Dolso e F. Spitalieri, *Commento all'art. 14*, in R. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Milano, Cedam, 2012, p. 518. P. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, Jovene, 2013.

Article 14 of the European Convention of Human Rights²¹⁸

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.²¹⁹

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 2²²⁰. 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.

²¹⁸ Nota di metodo: le citazioni dei testi giurisprudenziali e legislativi sono fornite in una della lingue ufficiali degli ordinamenti giuridici a cui si riferiscono. Per cui, per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, saranno soprattutto in inglese. Mentre per l'Unione Europea saranno per lo più in italiano.

²¹⁹ 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.

²²⁰ 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."

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 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 membri²²¹, 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 iscritto 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, 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

²²¹ Sinora sono 19 gli Stati che hanno ratificato il protocollo n. 12.

nascita di strumenti²²² 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 apprezzamento²²³, che prende spunto dalla dottrina francese sul *margin d'appréciation*, 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 Corte²²⁴. 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 Convenzione²²⁵): 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 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 misura²²⁶.

²²² 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.

²²³ Tra chi ritiene il margine di apprezzamento una dottrina, si veda R. Sapienza, *Sul margine d'apprézzamento 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 R. 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 Y. Arai, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Bruxelles, 2002. P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 145.

²²⁴ Per una trattazione approfondita rimandiamo al paragrafo 1.4 del presente capitolo.

²²⁵ Cosa peraltro già successa con la Grecia, che si era ritirata dalla Convenzione nel 1969 per poi tornare a farne parte nel 1974.

²²⁶ G. Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Public Law, 2011, p. 541.

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*²²⁷ 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 discriminazione aggiunge una fase molto

²²⁷ Su cui si veda: Arai, cit. Dzehtisariou, *European Consensus and Evolutive Intepretation of the Convention*, German Law Journal, 2011, vol. 10, p. 1730.

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 rileva²²⁸ 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

²²⁸ Fonte: database della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Hudoc).

sue competenze²²⁹. Il principio di attribuzione infatti limita la censura delle ipotesi di discriminazione a quelle descritte nei Trattati e nella Carta, 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 ristretto²³⁰. 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 nazionale²³¹, 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.

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

²²⁹ All'interno dell'ordinamento dell'Unione però gli stati non possono contare sui complessi meccanismi di giustificazione che invece caratterizzano la CEDU.

²³⁰ Un esempio interessante è quello del difficile rapporto fra alcuni studiosi inglesi e l'interpretazione evolutiva della Convenzione, bene testimoniata in S. Hoffmann, *Bringing rights back home: making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Michael Pinto-Duschinsky, 2011.

²³¹ 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

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 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 'ruolo più ridotto per il principio di non discriminazione²³² all'interno della Convenzione. Vi è però chi nota²³³ 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'ammissibilità²³⁴ sembri avere accettato la sempre maggiore portata del principio di cui all'articolo 14:

²³² Arnadottir, cit. p. 37.

²³³ F. Tulkens, *L'Évolution 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 P. Dolso, cit. p. 25.

²³⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, *Stec and others v. The United Kingdom*, 6 Luglio 2005, n. 65731/01 e 65900/01.

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.²³⁵

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.

3. L'individuazione della forma della discriminazione

Qualora la Corte ritenga 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 separabili²³⁶ 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

²³⁵ *Stec and others*, par. 40.

²³⁶ 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.

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 Corte eu 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 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.

a. 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 diretta²³⁷. Questo tipo di

²³⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, *Belgian Linguistic Case*, 23 Luglio 1968, n. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, par. 9. Più recentemente in Corte Eur. Dir. Uomo, *Carson and Others v. the United Kingdom*, 16 Marzo 2010; n. 42184/05 par. 61. Corte Eur. Dir. Uomo, *D.H. and Others v. the Czech Republic*, 13 Novembre 2007, n. 57325/00, para. 175; Corte Eur. Dir. Uomo, *Burden v. The United Kingdom*, 29 Aprile 2008, n. 13378/05 par. 60.

discriminazione è uno dei più facili da individuare²³⁸, 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.

La riluttanza della Corte nel riconoscere le diverse forme di discriminazione sembra dovuta ad una concezione analitica²³⁹ e rigorosa²⁴⁰ 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:

²³⁸ In realtà la discriminazione diretta non esclude la possibilità della dissimulazione. Questo perché l'aggettivo "diretta" non è riferito alla tipologia di comportamento discriminatorio, ma alla categoria di soggetti che sono obiettivo del comportamento.

²³⁹ *Arnadottir*, p. 39

²⁴⁰ *Mahlik et al.* p. 237.

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*²⁴¹ un caso di supposta discriminazione sulla base dell'appartenenza religiosa di studenti di scuole danesi che erano sottoposti 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.²⁴²

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

²⁴¹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Kejlsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, 7 Dicembre 1976.n. 5095/71, 5920/72, 5926/72.

²⁴² *Kejlsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, par. 56.

direttrici che conducono alle ulteriori tipologie di discriminazioni ed alle altre fasi del giudizio.

b. 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.

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 direttive²⁴³ 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, *Hoogendijk v. the Netherlands*²⁴⁴, *Hugh Jordan v. United Kingdom*²⁴⁵, *D. and H. v. Czech Republic*²⁴⁶, 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:

“[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.”²⁴⁷

²⁴³ Le Direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2000/78/CE e 2000/43/CE, che verranno discusse più avanti nei dettagli, nella seconda parte di questo lavoro.

²⁴⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, *Hoogendijk v. the Netherlands*, 6 Gennaio 2005, n. 58641/00.

²⁴⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, *Hugh Jordan v. United Kingdom*, 4 Maggio 2001, n. 24746/94.

²⁴⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *D. and H. v. Czech Republic*, 13 Novembre 2007, cit.

²⁴⁷ *D.H. v. Czech Republic*, cit. par. 180.

Una caratteristica fondamentale delle 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.

c. 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 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*²⁴⁸. 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 fortemente²⁴⁹ 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 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

²⁴⁸ Aristotele, *Etica Nicomachea*, capitolo III.

²⁴⁹ S. 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.

successiva giustificazione sulla base della supposta profonda diversità intercorrente fra gli ordinamenti degli stati membri. 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 adottata 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. 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 convincente²⁵⁰, si ritiene che queste tipologie di differenza di trattamento possano essere divise in due grandi gruppi.

a. 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*.

²⁵⁰ A. Arnadottir, cit, p. 129 e ss.

- 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 giustificazione²⁵¹ (in quanto non può per nessun motivo costituire una discriminazione). Anche in *Magee v. the United Kingdom*²⁵² 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 inglesi²⁵³ 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.

²⁵¹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Dungeon v. the United Kingdom*, 22 ottobre 1981, n. 7525/76 . 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.

²⁵² Corte Eur. Dir. Uomo, *Magee v. the United Kingdom*, 6 giugno 2000, n. 28135/95.

²⁵³ Corte Eur. Dir. Uomo, *Sunday Times v. United Kingdom; The Guardian and The Observer v. the United Kingdom*, 26 Novembre 1991, n. 6538/74.

- Differenze di trattamento sulla base della professione

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 Corte²⁵⁴ 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 deontologici²⁵⁵. Da ultimo, la proibizione per i membri delle forze di polizia di fare parte di partiti politici o associazioni di ispirazione politica²⁵⁶, 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.

- 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 utilità²⁵⁷. In *P.M. v. Italy*²⁵⁸ 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

²⁵⁴ Corte Eur. Dir. Uomo, *Engels and others v. The Netherlands*, 8 Giugno 1976, n. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

²⁵⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, *Van der Musselle v. Belgium*, 23 Novembre 1983, n. 8919/80.

²⁵⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *Rekvenj v. Hungary*, 20 Maggio 1999, n. 25390/94, par. 68.

²⁵⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, *Spadea and Scalabrino v. Italy*, 28 Settembre 1995, n. 12868/87.

²⁵⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, *P. M. v. Italy*, 11 Gennaio 2001, n. 24650/94

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 test di comparazione abbia sempre esito negativo: in *Larkos v. Cyprus*²⁵⁹ 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 terrieri²⁶⁰ 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.

- 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 sindacati²⁶¹, 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 penali²⁶², sulla base delle peculiarità dei sistemi giuridici all'interno degli stati membri. Altre ancora vertono sulla

²⁵⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Larkos v. Cyprus*, 18 Febbraio 1999, n. 29515/95

²⁶⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, *Chassagnou and others v. France*, 29 Aprile 1999, n. 25088/94, 28331/95, 28443/95.

²⁶¹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Swedish engine drivers' Union v. Sweden*,; *National Union of Belgian Police v. Belgium*. 6 Febbraio 1976, n. 5614/72.

²⁶² Corte Eur. Dir. Uomo, *Kamarinski v. Austria*, 19 Dicembre 1989, n. 9783/82. Corte Eur. Dir. Uomo, *Eliazer v. The Netherlands*, 16 Ottobre 2001, 38055/97.

distinzione fra vittime di fatto illecito doloso piuttosto che colposo²⁶³. 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.

b. 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 personali²⁶⁴, 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 una "licenza per risiedere"²⁶⁵. 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

²⁶³Corte Eur. Dir. Uomo, *Stubbing and others v. the United Kingdom*, 22 Ottobre 1996, n. 22083/93, 22095/93.

²⁶⁴Corte Eur. Dir. Uomo, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, 28 Maggio 1985, n. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

²⁶⁵Corte Eur. Dir. Uomo, *Gillow v. The United Kingdom*, 24 Novembre 1986, n. 9063/80.

linguaggio, in seguito alla conclusione della Corte nel *Caso Linguistico Belga*²⁶⁶ 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 quella di giustificazione sono in un rapporto molto stretto, perché dall'esito del test di comparazione dipende l'andamento della fase di giustificazione.

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.

- **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 orizzontale²⁶⁷. 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

²⁶⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *Belgian Linguistics (Caso Linguistico Belga)*, cit. par. 32.

²⁶⁷ Si veda la parte dedicata in particolare alla giurisprudenza Defrenne, ma in generale anche quella ex art. 119 TCE, ora 157 TFUE.

tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo. Come affermato dalla Corte in *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*:

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 advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.²⁶⁸

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 addotte dagli stati membri per giustificare la discriminazione perpetrata. Una proposizione simile a quella in *Abdulaziz* viene utilizzata in *Schluler-Zgraggen v. Switzerland*²⁶⁹, 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 cognome²⁷⁰ e sul servizio civile obbligatorio per gli uomini²⁷¹. La Corte ha invece avuto maggiori remore nell’attribuzione del congedo di paternità²⁷² (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

²⁶⁸Corte Eur. Dir. Uomo, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, 28 Maggio 1985, par. 78, n. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

²⁶⁹Corte Eur. Dir. Uomo, *Shuler-Zgraggen v. Switzerland*, 24 Giugno 1993, n. 14518/89.

²⁷⁰Corte Eur. Dir. Uomo, *Burgharitz v. Switzerland*, 22 Febbraio 1994, n. 16213/90.

²⁷¹Corte Eur. Dir. Uomo, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, 18 Luglio 1994, n. 13580/88.

²⁷²Corte Eur. Dir. Uomo, *Petrovic v. Austria*, 27 Marzo 1998, n. 20458/92.

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.

- Discriminazione sulla base della razza, dell'etnia e del colore della pelle

Anche queste tipologie di discriminazione rientrano nelle categorie protette scelte dalla Corte. Come è stato rilevato in *Ciprus v. Turkey*²⁷³: «A special importance should be attached to discriminations based on race». Alcuni autori²⁷⁴ 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*²⁷⁵.

- 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 sentenze²⁷⁶ 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

²⁷³Corte Eur. Dir. Uomo, *Cyprus v. Turkey*, 10 Maggio 2001, n. 25781/94.

²⁷⁴Arnadottir, cit. p. 146.

²⁷⁵Corte Eur. Dir. Uomo, *Beard and others v. The United Kingdom*, 18 Gennaio 2001, n. 24882/94.

²⁷⁶Corte Eur. Dir. Uomo, *Marckx v. Belgium*, 13 Giugno 1976, n. 6833/74. *Inze v. Austria*, 28 Ottobre 1987, n. 8695/79, *Vermiere v. Belgium*, 29 Novembre 1991. n. 44/1990/235/301.

trattamento fra padri riconosciuti e padri non riconosciuti²⁷⁷, 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.

- Discriminazione sulla base della nazionalità

La nazionalità è stata riconosciuta come tipologia di discriminazione sottoposta a scrutinio severo nel famoso caso *Gaygusuz v. Austria*²⁷⁸, 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

²⁷⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, *McMichel v. The United Kingdom*, 24 Febbraio 1992, n. 16424/90.

²⁷⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, *Gaygusuz v. Austria*, 16 Settembre 1996.

membri dell'Unione Europea²⁷⁹. 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.

- Discriminazione sulla base della religione

L'appartenenza di questa categoria di discriminazione²⁸⁰ 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*²⁸¹ e *Thilemmenos v. Greece*²⁸² 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*²⁸³, 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.

²⁷⁹ 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. V. L.S. Rossi, *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea*, intervento al XIX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Courmayeur, 28 Giugno 2014.

²⁸⁰ Su cui si veda F. 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.

²⁸¹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Hoffmann v. Austria*, 22 Giugno 1993, n. 12875/87.

²⁸² Corte Eur. Dir. Uomo, *Thilemmenos v. Greece*, 6 Aprile 2000, n. 34369/97.

²⁸³ Corte Eur. Dir. Uomo, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, 15 Gennaio 2013, n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10.

- 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 Europea dei Diritti dell'Uomo²⁸⁴. 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 discriminazioni²⁸⁵. 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 Convenzione²⁸⁶. Questa tendenza della Corte a farsi carico delle istanze di questa categoria è confermata anche da alcune analisi in dottrina²⁸⁷. 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 successori²⁸⁸.

²⁸⁴ Si veda C. 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.

²⁸⁵ Si veda per esempio R. Wintermute, *Sexual orientation and human rights*, Oxford University Press, 1995, che affermava la insufficiente tutela offerta dalla Convenzione.

²⁸⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 Dicembre 1999, n. 33290/96. *Smith and Grady v. the United Kingdom*, 27 Settembre 1999, n. 33985/96, 33986/96; Opinione dissenziente dei giudici Bratza e Tulkens in *Frette v. France*, 26 Febbraio 2002, n. 36515/97. *Karner v. Austria*, 24 Luglio 2003, n. 40016/98 ; *E.B. v. France*, 22 Gennaio 2008, n. 43546/02; *Kozak v. Poland*, 2 marzo 2010, n. 13102/02. *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, n. 30141/04.

²⁸⁷ Danisi, cit. e M.Cartabia, *The European Court of Human Rights: Judging nondiscrimination*, International Journal of Constitutional Law, 2011(4), p.808.

²⁸⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, *Kozak v. Poland*, cit.

Diversa però è la situazione quando si tratta della differenza di trattamento rispetto al diritto delle persone dello di sesso opposto 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 particolarmente stringente*²⁸⁹, 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.

²⁸⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, *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 Europea²⁹⁰. 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 evoluzione²⁹¹ a partire dai primi anni dalla fondazione del diritto dell'Unione Europea.

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. 4²⁹² e 60²⁹³ (tra gli altri) del Trattato

²⁹⁰ 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.

²⁹¹ 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.

²⁹² 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.

²⁹³ In materia di prezzi sono vietati i sistemi contrari agli articoli 2, 3, e 4 ed in particolare:[...]

CECA. La giurisprudenza di quegli anni è ancorata allo sviluppo del mercato interno²⁹⁴, 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*²⁹⁵ e *Erzbergbau*²⁹⁶, 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 impugnato i provvedimenti dell'Alta Autorità per richiederne l'annullamento²⁹⁷. 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

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

²⁹⁴ Cfr. J.P. Jacqué, *Le principe d'égalité en droit économique*, FIDE, L'Aja, 1984.

²⁹⁵ Corte giust. 17 dicembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson contro l'Alta Autorità*, causa 14-59, Racc. 1959, p. 445.

²⁹⁶ Corte giust. 10 Maggio 1960, *Erzbergbau*, Cause riunite n. 3/58, 18/58, 25/58 e 26/58, Racc. 1960, pp. 00369.

²⁹⁷ 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*.

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.²⁹⁸

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)*²⁹⁹, 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, 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 tradizionale³⁰⁰. Secondo questo ragionamento, la situazione dei prodotti italiani non era la medesima di quella dei prodotti provenienti da altri

²⁹⁸ *Ezbergbau*, par. 3, pag 393 Racc.

²⁹⁹ Corte giust. 17 Luglio 1963, *Governo della Repubblica Italiana contro Commissione*, causa n. 13/63, Racc. 1962, pp.377.

³⁰⁰ L'approccio c.d. aristotelico, tratto da *Etica a Nicomaco*.

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*³⁰¹, 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 notato³⁰², 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 abbandonato questo approccio mano a mano che la giurisprudenza abbandonava l'ambito economico per inoltrarsi nella sfera dei diritti soggettivi.

³⁰¹ *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."

³⁰² 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.

Parzialmente diversa pare essere la situazione per quello che riguarda il caso *Ugliola*³⁰³, 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*³⁰⁴ 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.

1. Premessa: 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*³⁰⁵ 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 157 TFUE). Degne di nota in questo senso sono le tre sentenze *Defrenne* della Corte di Giustizia.

³⁰³ Corte giust. 15 Ottobre 1969, *Ugliola*, Causa n. 15/69, Racc. 1969, p. 363.

³⁰⁴ Corte giust. 3 Luglio 1974, *Donato Casagrande contro Landeshauptstadt München*, causa 9-74, Racc. 1974, p. 773.

³⁰⁵ 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.

La progressiva emancipazione del principio di non discriminazione dall'area del mercato interno è testimoniata anche dalla sentenza *Ruckdeschel*³⁰⁶ (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 produzione³⁰⁷.

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

³⁰⁶ Corte giust. 19 Ottobre 1977, Causa C-117/76, *Ruckdeschel*, Racc. 1977, p. 1753.

³⁰⁷ Sistema di incentivi volto ad aumentare la competitività di prodotti dell'industria di panificazione della Comunità Europea rispetto a quelli provenienti da paesi terzi.

gerarchico fra la nozione di principio di uguaglianza e quella di principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea. Non sono dello stesso avviso le conclusioni³⁰⁸ presentate alla Corte dall'AG Capotorti, il quale argomenta in favore dell'identità del concetto di uguaglianza e di quello di non discriminazione³⁰⁹. 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 *Macarthy*³¹⁰ 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*³¹¹. Il fatto che la Corte scelga di non riprendere il ragionamento in maniera esplicita ma comunque lo ricalchi dal

³⁰⁸ 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*.

³⁰⁹ 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."

³¹⁰ Corte giust. 27 Marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthy*, *Racc. 1980*, p. 1275.

³¹¹ Corte Eur. dei Dir. dell'Uomo 23 Luglio 1968, *Caso Linguistico Belga*, ricorsi n. 1474/62 e ss.

punto di vista logico ed argomentativo è da ascrivere alla difficile relazione fra le due massime corti europee³¹² 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 imperniano sulla comparazione delle situazioni svantaggiate e sulla qualificazione del principio di non discriminazione come principio costituzionale.

2. 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 autori³¹³ che, con un considerevole sforzo teorico, suddividono in almeno tre fasi³¹⁴ l'argomento giuridico della Corte di Giustizia. Qui si ritiene che lo sforzo teorico della

³¹² 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*.

³¹³ 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.

³¹⁴ Una prima fase di comparazione, una seconda fase di individuazione dello svantaggio ed una terza fase di giustificazione.

distinzione in fasi sia necessario, soprattutto per 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'Unione³¹⁵. 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 nazionalità³¹⁶, una competenza specifica ad adottare azioni volte a contrastare le discriminazioni sulla base dell'età, del genere, della razza, della religione, della disabilità e dell'orientamento sessuale³¹⁷. Questa disposizione ha costituito la base giuridica più importante (se si traslascia 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 direttive 2000/78/CE³¹⁸ e 2000/43/CE³¹⁹, che,

³¹⁵ 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, ECLI:EU:2014:47.

³¹⁶ 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."

³¹⁷ 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.

³¹⁸ 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.

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 sesso³²⁰ e della nazionalità³²¹. 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.

3. Il ruolo di primo piano del rinvio pregiudiziale nell'introduzione dell'istanza

³¹⁹ 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.

³²⁰ 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.

³²¹ 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.

L'introduzione dell'istanza in materia di discriminazione avviene prevalentemente attraverso tre strumenti giuridici: il rinvio pregiudiziale³²², il ricorso per annullamento ed il ricorso per inadempimento. Tuttavia, se si eccettua un ruolo abbastanza rilevante avuto dal ricorso per annullamento negli anni 60 e 70 ed un numero (non certo alto) di ricorsi per inadempimento, la grande maggioranza delle istanze sono state introdotte con la domanda di rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale. Si può pertanto dire che esso abbia svolto un ruolo dominante rispetto agli altri strumenti di tutela, permettendo alla Corte di Giustizia di chiarire (quantomeno in relazione al caso su cui la Corte viene richiesta di esprimere la sua opinione) il significato del principio di non discriminazione ed il suo ambito di applicazione. Bisogna però rilevare che lo sviluppo della giurisprudenza in materia non è armonico, ed è stato per questo definito a geometria variabile³²³.

a. L'importanza del rinvio pregiudiziale per il principio di non discriminazione: le sentenze sulla libera circolazione delle merci

Una delle caratteristiche che emergono dallo studio dei primi rinvii pregiudiziali sottoposti all'attenzione della Corte in materia di non discriminazione è la natura

³²² 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.

³²³ V. D. Martin, *égalité et non discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice de les Communautés Européennes*, 1 ed., Bruxelles, Bruylant, 2006.

*mista*³²⁴ del principio. La ragione di questa caratteristica consta nel fatto che esso 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. Questo elemento caratterizzante emerge già nei primi rinvii pregiudiziali in materia di libera circolazione delle merci, per poi essere ulteriormente avvalorato da un certo numero di sentenze molto recenti.

La progressiva emancipazione del principio di non discriminazione dall'area del mercato interno è testimoniata anche dalla sentenza *Ruckdeschel*³²⁵ (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 produzione³²⁶.

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

³²⁴ V. l'analyse fait par K. Lenaerts, *L'égalité de traitement dans le droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples?* Cahiers de Droit Européenne, 1991, p. 3.

³²⁵ Corte giust. 19 Ottobre 1977, Causa C-117/76, *Ruckdeschel*, Racc. 1977, p. 1753.

³²⁶ Sistema di incentivi volto ad aumentare la competitività di prodotti dell'industria di panificazione della Comunità Europea rispetto a quelli provenienti da paesi terzi.

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, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata.

Una lettura decontestualizzata di questa sentenza 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 dell'Unione Europea. Non sono dello stesso avviso le conclusioni³²⁷ presentate alla Corte dall'AG Capotorti, il quale argomenta in favore dell'identità del concetto di uguaglianza e di quello di non discriminazione³²⁸. 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

³²⁷ 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*.

³²⁸ 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."

interno e l'embrione del principio di non discriminazione come diritto fondamentale.

Anche nella successiva sentenza *Macarthys*³²⁹ 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*³³⁰. 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 da ascrivere alla difficile relazione fra le due massime corti europee³³¹ 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 imperniano sulla comparazione delle situazioni svantaggiate e sulla qualificazione del principio di non discriminazione come principio costituzionale.

b. Il rinvio pregiudiziale nella giurisprudenza della Corte successiva al 2000

Il ruolo dominante del rinvio pregiudiziale nella definizione del principio di non discriminazione non si limita soltanto alla fase iniziale ed intermedia dello sviluppo delle Comunità europee. In questo paragrafo si elencano alcune delle

³²⁹ Corte giust. 27 Marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthys*, Racc. 1980, p. 1275.

³³⁰ Corte Eur. dei Dir. dell'Uomo 23 Luglio 1968, *Caso Linguistico Belga*, ricorsi n. 1474/62 e ss.

³³¹ 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*.

sentenze recenti che sono più rilevanti per questo sviluppo, che saranno riprese altre volte nel corso di questo lavoro. Buona parte delle spinte innovative nella giurisprudenza più recente (e controversa) 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* (332). Successivamente, la Corte ha precisato (ma senza ridurre le portata innovativa della prima sentenza) l'ambito di applicazione del principio in *Kükükdıveci* (333) e *AMS* (334). L'applicazione del diritto dell'Unione alle situazioni puramente interne, sulla base del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, è stata ammessa dalla Corte di Giustizia in due diverse, ma egualmente importanti, richieste di rinvio pregiudiziale (335). La Corte ha anche suggerito, nella recente sentenza *Deckmyn* (336), 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 gli altri strumenti giuridici, che pure sono sicuramente rilevanti.

³³² Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Causa C-144/04, Racc. 2005, p. I-9981.

³³³ Corte giust. 19 Gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG*, causa C-555/07, Racc. 2010, p. I-365.

³³⁴ Corte giust. 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, causa C-176/12. ECLI:EU:C:2014:2.

³³⁵ 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.

³³⁶ Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132.

4. Gli altri metodi a disposizione per introdurre un ricorso in materia di discriminazione davanti alla CGUE

Il rinvio pregiudiziale non è tuttavia l'unico strumento che può essere utilizzato per introdurre una causa davanti alla Corte di Giustizia. Ve ne sono almeno altri due che hanno svolto, e continuano a svolgere, un ruolo chiave non tanto nella determinazione del significato del principio, ma soprattutto nella conservazione della sua efficace applicazione: il ricorso per annullamento della norma comunitaria e quello per inadempimento.

a. il ricorso per annullamento

Il ricorso è disciplinato all'articolo 263 del TFUE, 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 Europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Possono essere impugnati anche gli atti degli organi ed organismi dell'Unione, sempre che abbiano anche essi effetti giuridici nei confronti dei terzi.

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 sostanziali (337), della norma dei Trattati o di qualsiasi norma di diritto relativa alla loro applicazione (338), oltre allo sviamento di poteri.

I soggetti titolari dell'interesse ad impugnare appartengono a 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 prerogative (339).

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 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

³³⁷ 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, *Beus*, causa 5/67, Racc 1968, p.113 ; Corte giust., *Italia c. Consiglio*, causa 166/78, Racc. 1979, p.2575, Corte giust, *Eridania*, causa C-250/80, Racc.1986, p.117. Sul punto V. Benedettelli, op.cit. p. 394.

³³⁸ Si vedano qui per esempio i Protocolli e le Dichiarazioni allegati ai trattati, oppure i trattati di adesione degli stati membri all'Unione Europea.

³³⁹ 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).

dibattito è stato suscitato dalla definizione di atto regolamentare (340), 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.

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 trattati. Questo tipo di ricorso 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'Unione (341).

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 dichiarativa. Qualora lo stato membro persista nell'inadempimento, allora la Commissione può, ex art. 260, ulteriormente deferire lo Stato alla Corte e ottenere una sentenza di condanna al pagamento di un'ammenda forfettaria.

³⁴⁰ 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.

³⁴¹ 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

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 che abbia effetti immediati nei confronti dei singoli. Ottenere un'effettiva condanna tramite un ricorso per inadempimento può richiedere diversi anni, al contrario di quanto avviene per la richiesta di annullamento dell'atto.³⁴² L'attivazione del ricorso nei confronti dello stato oltretutto non è attuabile direttamente dal singolo, ma soltanto da un altro stato membro o dalla Commissione.³⁴³ Pertanto, il valore di questo strumento è soprattutto quello di ammonire lo stato e riportarlo alla corretta osservazione dei Trattati.

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.

5. 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 nel procedimento logico non è agevole

³⁴² 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."

³⁴³ 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.

distinguerla 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 sessuale³⁴⁴. 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

³⁴⁴ 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.

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.³⁴⁵

Questa linea di ragionamento viene seguita dalla Corte, seppure con alcune lievi evoluzioni, anche nella giurisprudenza di poco successiva. In *Macarthy*³⁴⁶ 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 ulteriori provvedimenti di implementazione da parte 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.³⁴⁷

La Corte comunque ha evidenziato 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*³⁴⁸ 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*, causa

³⁴⁵ *Defrenne II*, cit., par 18/19.

³⁴⁶ Corte giust. del 27 Marzo 1980, causa C-129/79, *Macarthy*, Racc. 1980, p. 1275

³⁴⁷ *Macarthy*, cit., par. 10.

³⁴⁸ Corte giust. dell'11 marzo 1981, causa 69/80. *Susan Jane Worringham e Margaret Humphreys contro Lloyds Bank Limited*, Racc.1981, p. 767

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.

349

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 restrittiva³⁵⁰ 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 contenuto³⁵¹. 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

³⁴⁹ *Lloyds Bank*, cit. par. 23.

³⁵⁰ Il concetto di *strict equality*, ripreso da Bamforth, O'Connell e Malik, *Discrimination Law: theory and context*, op. cit. p 240 e ss.

³⁵¹ Si veda infatti la nozione di discriminazione indiretta data dalla Corte in *Macarthy* al par. 15, cit. *infra*.

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 donne³⁵², nella direttiva quadro 2000/78/CE sulle discriminazioni nel mondo del lavoro³⁵³, nella direttiva 2000/43/CE sulla discriminazione etnica e razziale³⁵⁴, e nella direttiva 2004/113/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne nel mercato dei beni e dei servizi³⁵⁵.

Come evidenziato da Ellis³⁵⁶, 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*³⁵⁷. 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

³⁵² 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".

³⁵³ 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".

³⁵⁴ 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".

³⁵⁵ 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".

³⁵⁶ E. Ellis, P. Watson, *EU Anti discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 146.

³⁵⁷ 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.

quelle ipotesi che sono quantomeno collaterali agli svantaggi che discriminano direttamente.

b. Le discriminazioni indirette

Le discriminazioni indirette³⁵⁸ 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 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 *Macarthy's* 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.*"³⁵⁹ La

³⁵⁸ 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.

³⁵⁹ *Macarthy's*, 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

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 indirette³⁶⁰ è infatti rappresentato dall'applicazione di una diversa 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

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.”

³⁶⁰ 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.

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.³⁶¹

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.³⁶²

Nella successiva sentenza *Bilka Kaufhaus*³⁶³ la Corte rafforzava ulteriormente il suo ragionamento:

Si deve pertanto risolvere la prima questione [sulla sussistenza della discriminazione indiretta per la maggiore incidenza del contratto part-time sulle

³⁶¹ *Jenkins*, cit., par. 10-11

³⁶² *Jenkins*, cit. par. 13.

³⁶³ Corte giust. 13 maggio 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH contro Karin Weber von Hartz*, causa C-170/84, Racc. 1986, p. 1607.

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.³⁶⁴

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 statistici³⁶⁵ 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 dalla Corte nel caso *Nimz*³⁶⁶. Le circostanze della

³⁶⁴ *Bilka-Kaufhaus*, cit. par. 31.

³⁶⁵ 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.

³⁶⁶ 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

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).³⁶⁷

Il caso *Nimz* è probabilmente l'esempio più convincente del significato della nozione di discriminazione indiretta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁶⁸. E lo è al punto tale che l'AG Cruz Villalon lo ha più volte richiamato

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.

³⁶⁷ *Nimz*, cit. , par. 12.

³⁶⁸ 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.

nelle sue conclusioni in una recente sentenza³⁶⁹ come il precedente più autorevole per il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia di questo tipo di discriminazioni. A questo punto è agevole ricavare una definizione di discriminazione indiretta che permetta di riassumere e generalizzare quella contenuta all'interno degli strumenti legislativi³⁷⁰, 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”*.³⁷¹

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

³⁶⁹Corte giust. 22 giugno 2011, *Marie Landtová contro Česká správa sociálního zabezpečení*, causa C-399/09, Racc.2011, p. I-5573, punto 64.

³⁷⁰ 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.

³⁷¹Da 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.

del 19 dicembre 1991³⁷², che a sua volta richiama la raccomandazione della Commissione che stabilisce un codice di condotta per evitare le molestie (anche sessuali) sul luogo di lavoro³⁷³. 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

³⁷² Dichiarazione 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.

³⁷³ Raccomandazione 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.

indiretta ³⁷⁴ , 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.

³⁷⁴ 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*³⁷⁵ 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 minoranza³⁷⁶ quelli che dedicano una parte apposita all'analisi delle specificità della fase di comparazione, prediligendo invece un approccio cronologico³⁷⁷, dogmatico³⁷⁸, per tipologie di discriminazione³⁷⁹, oppure comparato³⁸⁰. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio, infatti, sta lentamente abbandonando uno schema di

³⁷⁵ V. Benedettelli, op. cit., p. 32.

³⁷⁶ 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.

³⁷⁷ D. Martin, op. cit. nota 10.

³⁷⁸ M.V. Benedettelli, op.cit. e l'impianto generale dell'opera di R. Hernu, op.cit.

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ A. McColgan, *Discrimination, Equality and the law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

ragionamento che parta dalla comparazione di situazioni diverse, in favore di un approccio presuntivo “per categorie”³⁸¹. L’interpretazione giudiziale per sua natura è flottante, e non fornisce adeguate garanzie in termini di applicazione uniforme³⁸². 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 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,

³⁸¹ Si veda il “*ground based approach*” della Corte Suprema degli Stati Uniti, descritto da McColgan, op. cit. *supra*, p.39 e ss.

³⁸² 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.

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 moderne³⁸³ 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

³⁸³ 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*, Giuffrè, Milano, 2001. F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007.

appartengono invece al pensiero 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 necessaria³⁸⁴

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

³⁸⁴ Pensiamo, 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.

privilegiando una determinata categoria non ne svantaggi un'altra, la seconda sarà da privilegiare in quanto più rispondente ad un criterio di efficienza³⁸⁵.

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.

³⁸⁵ 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).

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 Martin³⁸⁶, 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 Hernu³⁸⁷, 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 Malik³⁸⁸, 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

³⁸⁶ Martin, *Egalité et non discrimination*, op. cit., pag. 529 e ss.

³⁸⁷ Hernu, op. cit., pag. 298 e ss.

³⁸⁸ Malik, Bamphorth, O' Cinneide, op cit. pag. 287.

discriminazione e comparazione, è *Société des Fonderies de Pont a Mousson*³⁸⁹:

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 autorizzata ed obbligata, vuoi ad esonerare la ricorrente dalla perequazione, vuoi ad assoggettarvi i suoi concorrenti.³⁹⁰

C'è poi la copiosa giurisprudenza a cavallo degli anni '60 e '70³⁹¹ (in parte già citata nel paragrafo introduttivo), che trova il suo apice nella sentenza *Ruckdeschel*³⁹², 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

³⁸⁹ Corte giust. del 17 dicembre 1959, *Société des fonderies de Pont-à-Mousson contro l'Alta Autorità*, causa 14-59, Racc. 1959, p. 445.

³⁹⁰ *Ib.* p. 463.

³⁹¹ Citata dall'AG Capotorti nelle sue conclusioni in *Ruckdeschel*, cit. *infra*, a p. 1777-78 della Raccolta della giurisprudenza.

³⁹² Corte giust. del 19 Ottobre 1977, Causa C-117/76, *Ruckdeschel*, Racc. 1977, p. 1753.

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).³⁹³

Le conclusioni dell'AG Capotorti probabilmente forniscono anche il primo importante elemento che caratterizza la ricerca del corretto termine di paragone: *comparabilità 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*³⁹⁴, 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

³⁹³ *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."

³⁹⁴ Corte giust. del 12 luglio 1979, *Governo della Repubblica italiana contro Consiglio delle Comunità europee*, causa 166/78, Racc.1979, p. 2575.

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.³⁹⁵

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*³⁹⁶, 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 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

³⁹⁵ *Ib.* par. 20.

³⁹⁶ Corte giust. del 4 febbraio 1988, *Mary Murphy e altri contro An Bord Telecom Eireann*, causa 157/86, Racc.1988, p. 673.

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.³⁹⁷

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.

Questo utilizzo del termine di paragone riflette in modo evidente le parole dell'AG Capotorti in *Ruckdeschel*, con il risultato di evidenziare ulteriormente il

³⁹⁷ Ib. par. 9.

carattere *teleologico*³⁹⁸ 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 caso³⁹⁹ 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

³⁹⁸ 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.

³⁹⁹ 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.

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 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.⁴⁰⁰

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*⁴⁰¹, 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

⁴⁰⁰ *Ib.*, par. 16.

⁴⁰¹ 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.

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:

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.⁴⁰²

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 prova⁴⁰³, 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 trattati⁴⁰⁴ effettuate a cavallo degli anni '90 e '00 che hanno dato un notevole

⁴⁰² Ib. par. 16.

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ V. in particolare l'introduzione con il trattato di Amsterdam dell'art. 13 CE, ora art. 19 TFUE.

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 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.

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*⁴⁰⁵, 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:

⁴⁰⁵ Corte giust. 30 aprile 1996, *P contro S e Cornwall County Council*, causa C-13/94, Racc. 1996 p. I-02143.

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.⁴⁰⁶

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 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.

⁴⁰⁶ Ib. par. 20-21.

Nella successiva sentenza *Grant*⁴⁰⁷ 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.*⁴⁰⁸ 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 sesso opposto⁴⁰⁹. 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*⁴¹⁰, 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

⁴⁰⁷ Cort giust. 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant contro South-West Trains Ltd*, causa C-249/96, Racc.1998, p. I-00621.

⁴⁰⁸ 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.

⁴⁰⁹ Bisogna considerare che al momento dei fatti della causa in Regno Unito non era possibile né il matrimonio fra persone dello stesso sesso (divenuto 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.

⁴¹⁰ 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.

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.

d. 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*⁴¹¹ 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 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

⁴¹¹ Corte giust. 1 aprile 2008, *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, causa C-267/06, Racc. 2008, p. I-1757.

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.⁴¹²

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.

Ammesso 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 2000/78.⁴¹³

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 *Romer*⁴¹⁴. Anche in questo caso

⁴¹² *Ib.* par. 69-70. Ma v. anche le conclusioni dell'AG Colomer nella stessa sentenza, par. 100-101.

⁴¹³ *Ib.* par. 70-71.

⁴¹⁴ Corte giust. 10 maggio 2011, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, causa C-147/08, Racc. 2011, p. I-3591.

la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla assegnazione di un privilegio concesso alle coppie sposate secondo la disciplina tedesca, 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 [...] ⁴¹⁵.

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

⁴¹⁵ *Ib.* par. 42.

diritto nazionale abbia operato un'equiparazione generale e completa, sotto il profilo giuridico, dell'unione civile registrata rispetto al matrimonio.⁴¹⁶

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 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.⁴¹⁷

Un'ulteriore conferma della giurisprudenza *Romer-Maruko* perviene dalla più recente sentenza *Hay*⁴¹⁸, che riguarda la possibilità di mettere a confronto

⁴¹⁶ *Ib.* par. 44.

⁴¹⁷ *Ib.* par. 52.

⁴¹⁸ Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823. 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*).

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.

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*.

2. 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 giustificazione⁴¹⁹. La giurisprudenza della Corte, infatti, ammette una discriminazione che non sia arbitraria⁴²⁰ e che sia dunque giustificata (o giustificabile) sulla base di criteri obiettivi. L'obiettività della situazione è riconosciuta solitamente dal dato 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).

⁴¹⁹ V. Casolari, *op. cit.* che cita il test per la giustificazione della misura come articolazione indipendente del giudizio sulla discriminazione.

⁴²⁰ 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."

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 36⁴²¹, 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 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 restrittiva⁴²² dello schema derogatorio che trova una certa rispondenza anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

⁴²¹ "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."

⁴²² 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."

Le differenze di trattamento previste ed ammissibili secondo il diritto derivato, ed in particolare secondo le direttive 2006/54⁴²³ e 2000/78⁴²⁴, 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 una⁴²⁵ per la deroga ex art. 14.2 della direttiva 2006/54/CE). La 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 operative⁴²⁶. 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

⁴²³V. 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."

⁴²⁴Art. 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."

⁴²⁵Corte giust. 6 marzo 2014, *Loredana Napoli contro Ministero della Giustizia - Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria*, Causa C-595/12, ECLI:EU:C:2014:128.

⁴²⁶Corte giust. 12 gennaio 2010, *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, Racc. 2010, p. I-00001.

discriminatoria⁴²⁷. 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'età⁴²⁸. 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*⁴²⁹, perché il suo mantenimento in vigore violava il principio generale della parità di trattamento fra uomini e donne⁴³⁰. L'art. 5.2⁴³¹ della direttiva 2004/113/CE, direttiva che è

⁴²⁷ Corte giust. 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*, Causa C-447/09, Raccolta della giurisprudenza, 2011, p. I-08003.

⁴²⁸ Corte giust. 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez contro Ayuntamiento de Oviedo*, Causa C-416/13, ECLI:EU:2014:2371.

⁴²⁹ 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.

⁴³⁰ Questa sentenza sarà affrontata anche nella seconda parte del presente lavoro, come manifestazione del carattere costituzionale del principio di non discriminazione.

⁴³¹ 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

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 europei⁴³², 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, 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

relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione.

⁴³² Ma non solo, come dimostra una fiorente giurisprudenza della Corte sulle discriminazioni a rovescio nell'ambito della libera circolazione delle merci.

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". Successivamente⁴³³, 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 (e 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.

⁴³³ 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 CDFUE

1. È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza

nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

2. Nell'ambito d'applicazione dei trattati e fatte salve disposizioni specifiche in essi contenute, è

vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità.

Art. 18.1 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.

Art. 19.1 TFUE

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

Art. 157 TFUE

1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro. 3. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia

di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali.

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 21 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. 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).

Capitolo I: Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità

Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ha contribuito in due modi allo sviluppo del principio di non discriminazione. Da un lato l'estensione del suo ambito di applicazione a determinate tipologie di situazioni puramente interne, mentre dall'altro la progressiva diminuzione della *burden rule* (la regola per la quale i cittadini degli stati membri non possono gravare sul sistema di assistenza sociale degli stati membri verso cui si recano).

1. Il contributo del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità al processo di costituzionalizzazione

L'ambito di applicazione del principio di non discriminazione è stato profondamente innovato ad opera della produzione legislativa e giurisprudenziale avente per oggetto il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità.

Affrontare il tema del contributo che questo principio ha portato al processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea⁴³⁴ significa concentrare l'ambito di studio a una certa tipologia di lotta contro le discriminazioni, che ha sostenuto il cammino dell'Unione Europea da organizzazione internazionale ad ordinamento *quasi* costituzionale⁴³⁵. L'interdizione della discriminazione sulla base della nazionalità, infatti, è la cerniera che tiene unite le numerose differenze, in termini soprattutto di sistemi giuridici, che connotano gli Stati membri⁴³⁶. I

⁴³⁵ In questo senso si vedano G.F. Mancini, *Europe, the case for Statehood*, *European Law Journal*, vol. 4(1), 1998, pp. 29-42; J.H.H. Weiler, 'The political and legal culture of the European integration: an exploratory essay', (2011), Vol. 3, *International Journal of Constitutional Law*.

⁴³⁶ 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:*

trattati, che ancora oggi sono inevitabilmente fondati su questo principio⁴³⁷, fin dagli inizi hanno contemplato un generale divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, che si rivolgeva soprattutto alla libera circolazione delle merci e delle persone, nella loro qualità di lavoratori⁴³⁸. Grazie proprio a quest'ultimo ambito di applicazione (in particolare alla libera circolazione delle merci), il principio di non discriminazione è stato infatti il cuneo attraverso cui (per esempio) sono penetrati all'interno dell'ordinamento comunitario i diritti fondamentali⁴³⁹. 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 realizzata una delle tante tappe di passaggio dalla fase di integrazione economica ad una di integrazione politica. 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 permangono delle vere e proprie "zone d'ombra" all'interno delle quali gli stati hanno la possibilità di continuare ad applicare la propria normativa interna senza subire l'influsso del diritto dell'Unione.

Il fenomeno più famoso è quello che prende il nome di *reverse discrimination* (discriminazione a rovescio)⁴⁴⁰, che rappresenta una discriminazione fra i

Immigration, Citizenship and Integration in the EU, Ashgate 2009. Goudappel, F. *The Effects of EU Citizenship*, TMS Asser Press, 2010.

⁴³⁷ Basti pensare all'attuale Art. 18 del TFUE.

⁴³⁸ Ex art. 7 Trattato CE.

⁴³⁹ La sentenza *Stork*, (Corte giust. del 4 febbraio 1959, *Friedrich Stork & CO. contro l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, Causa 1-58, Racc. 1959 00043) trattava proprio di un caso di libera circolazione delle merci, ed in particolare quello di alcuni produttori di carbone, che venivano sanzionati alla Commissione Europea. Questo è in effetti il primo caso in cui si affronta la questione dei diritti fondamentali, benché la Corte in quel caso declini la sua competenza in materia, affermando lo scopo prevalentemente economico dei Trattati.

⁴⁴⁰ Si veda in materia A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Den Haag, 2009.

soggetti che godono dell'applicazione del diritto dell'Unione e fra coloro ai quali il diritto dell'Unione non si applica. 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'altro⁴⁴¹, 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. 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 nazionalità⁴⁴² 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. *situazioni puramente interne*⁴⁴³. La direttiva sulla cittadinanza, 2004/38/CE, 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

⁴⁴¹ 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, e che è espressamente previsto dai Trattati.

⁴⁴² Fra tutte, la direttiva sulla cittadinanza, 2004/38/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.

⁴⁴³ 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 *Knoors*, Corte giust. 7 febbraio 1979, *J. Knoors contro Staatssecretaris van Economische Zaken*, Causa 115/78, Racc. 1979 00399. Poi, nella più famosa Corte giust. 28 marzo 1979, *The Queen contro Vera Ann Saunders*, Causa 175/78, Racc. 1979 01129, il concetto è stato sviluppato in maniera più dettagliata.

cittadino da uno stato dell'Unione verso l'altro. Non è possibile richiederne l'applicazione⁴⁴⁴ 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 delle "riserve di sovranità" all'interno delle quali gli Stati Nazionali hanno la possibilità di avere un controllo sullo sviluppo dei diritti dei singoli. Di pari passo a queste ipotesi vanno altre figure di discriminazione sulla base della nazionalità, come i "periodi transitori" successivi all'ingresso di un nuovo stato membro, durante i quali gli stati membri possono, , per esempio, limitare la circolazione dei lavoratori⁴⁴⁵, al fine di evitare episodi di immigrazione di massa.

Anche la Corte di Giustizia in questo ambito è ancora molto prudente. In materia di situazioni puramente interne, infatti, nel caso *Mc Carthy*⁴⁴⁶ la Corte ha ricordato come le situazioni puramente interne non ricadano all'interno dell'ambito di applicazione dei Trattati , anche quando in gioco vi siano (quantomeno in termini di mera ipotesi) dei diritti fondamentali⁴⁴⁷.

L'effetto che questo genere di misure hanno sull'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

⁴⁴⁴ I diritti connessi alla cittadinanza europea trovano quasi tutti applicazione nel momento in cui si esercitano i propri diritti di movimento e di circolazione secondo i Trattati. Si veda per esempio il diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni del comune dello stato membro di cui si ha la residenza, e gli stessi diritti di petizione e di proposizione dell'iniziativa legislativa popolare, che vengono esercitati nelle istituzioni europee, e non all'interno del territorio nazionale.

⁴⁴⁵ 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.

⁴⁴⁶ Corte giust. 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy contro Secretary of State for the Home Department*, Causa C-434/09, Racc. 2011 I-03375.

⁴⁴⁷ Nel caso di specie, il diritto all'integrità familiare della signora Mc Carthy.

considerevoli per le autorità dei paesi ospitanti, che dunque necessitano di tempo per adeguare i propri sistemi fiscali alle nuove esigenze.

2. Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità e le tensioni fra sovranità e armonizzazione

E' già stato ribadito il ruolo fondamentale che il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ha svolto all'interno della legislazione dell'Unione Europea, in modo particolare per quanto riguarda la penetrazione dei diritti fondamentali⁴⁴⁸. In realtà il divieto di discriminazione è anche un simbolo della tensione fra l'Unione Europea e gli Stati Membri, che sono storicamente poco inclini ad accogliere la spinta armonizzatrice del diritto dell'Unione Europea all'interno del proprio territorio. Il problema che sottende all'applicazione del divieto in maniera uniforme è essenzialmente un problema di sovranità⁴⁴⁹. L'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, infatti, prevede non solo che i cittadini degli stati membri di origine non debbano essere discriminati nei confronti dei cittadini degli stati membri di provenienza, 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 dai dazi doganali⁴⁵⁰, si è introdotto una sorta di principio per il quale le frontiere

⁴⁴⁸ 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.

⁴⁴⁹ Su questa problematica mi sia permesso rimandare ad un mio contributo: G. Zaccaroni, *Le tensioni fra armonizzazione legislativa e sovranità nazionale nella relazione fra l'Unione Europea e gli stati membri*, in *Un diritto senza terra, atti del X Convegno dei Giovani della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI)*, Catania, 2015 (in pubblicazione).

⁴⁵⁰ Si ritiene infatti che, mentre le frontiere esterne rilevano per l'ambito di applicazione dei Trattati, possano continuare ad essere applicate quelle limitazioni collegate a frontiere interne, come accade in numerosi stati che dispongono, per esempio, di territori d'oltremare. E' questo il caso della Francia, o del Regno Unito. Fra tutti, ne sono esempi l'isola di Man, o l'isola di Jersey. Quest'ultima ha peraltro originato un caso rilevante di discriminazione a rovescio all'interno della libera circolazione delle merci, Corte just. 8 novembre 2005, *Jersey Produce*

interne degli stati membri non riguardano l'Unione Europea e possono venire liberamente regolamentate dal singolo stato di competenza. Questo ha determinato la possibilità che i singoli stati potessero applicare ai propri cittadini una legislazione meno favorevole rispetto a quella applicata ai cittadini di un'altro stato membro che esercitavano il loro 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'armonizzazione del diritto dell'Unione Europea. Questo atteggiamento ha fatto sì che, nell'evoluzione della tutela normativa accordata al divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, si arrivasse a mettere nero su bianco l'ammissibilità di questo genere di pratiche di conservazione della sovranità nazionale. Tutto questo è avvenuto per causa di una sentenza molto contestata della Corte di Giustizia, *Chen*⁴⁵¹, nella quale la Corte sembrava avere dichiarato l'incompatibilità delle c.d. discriminazioni a rovescio con il diritto dell'Unione Europea. Si può ritenere, tuttavia, come alcuni autori fanno⁴⁵², che questo genere di riserve abbia in realtà un effetto positivo: quello di persuadere i cittadini dell'Unione Europea ad esercitare i propri diritti di movimento per godere di un surplus di diritti di cittadinanza. Le discriminazioni a rovescio avrebbero dunque l'effetto di premiare i cittadini che esercitano i loro diritti di movimento, e di non avvantaggiare quelli che al contrario rimangono statici. Il fatto, per esempio, che uno stato pratichi la discriminazione a rovescio nei confronti dei suoi cittadini può effettivamente incentivare il movimento verso

Marketing Organisation Ltd contro States of Jersey e Jersey Potato Export Marketing Board, Causa C-293/02, Raccolta della giurisprudenza, 2005 I-09543.

⁴⁵¹Corte 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 I-09925. V. i commenti di : J.Y. Carlier, *La libre circulation des personnes. dans l'Union européenne*, Journal de droit européen, 2014, n° 208, p.167-179, A. Tryfonidou, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department : Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union ?*, European Public Law, 2005, p.527-541.

⁴⁵²Si 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.

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 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 altri strumenti di limitazione . Sarebbe dunque più saggio, in ottica *de jure condendo*, tentare di affrontare il problema delle discriminazioni a rovescio con un approccio diverso, quale potrebbe essere per esempio quello per materia⁴⁵³. Con l’ulteriore possibilità, all’interno di questo campo, dell’operatività del principio di sussidiarietà, che potrebbe condurre l’immigrazione⁴⁵⁴ 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 verso la fine del 2011 per causa 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. O ancora, quello avvenuto in Svizzera a seguito del referendum tenutosi nel Febbraio 2013,

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

⁴⁵³ Si potrebbe per esempio sostenere che siano ammissibili le discriminazioni a rovescio che non hanno un impatto sostanziale sui diritti fondamentali della persona, quali sono, ad esempio, quelle che riguardano semplicemente la libera circolazione delle merci (i.e. le discriminazioni a rovescio che sono originate da regimi doganali o misure assimilabili che sono determinate dall’applicazione di frontiere interne). Una visione simile sembra essere promossa anche dall’AG Sharpston nelle sue conclusioni in *Zambrano*, cit. infra.

⁴⁵⁴ Per una panoramica completa sul tema si veda G. Caggiano, *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2014.

diritto UE, una restrizione ad alcuni⁴⁵⁵ 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 dell'Unione⁴⁵⁶. 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, come 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 escluso questa possibilità, in un caso riguardante proprio l'applicazione della direttiva sui diritti di residenza (questa volta però dei cittadini extracomunitari)⁴⁵⁷. 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.

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*⁴⁵⁸ ne è un esempio), e comunque bilanciando lo strumento dei diritti

⁴⁵⁵ 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.

⁴⁵⁶ Punto su cui si veda l'interpretazione che pare piuttosto restrittiva datane dalla Corte di Giustizia in Corte giust. 26 febbraio 2013, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*, Causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105.

⁴⁵⁷ Corte giust. 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida contro Stadt Ulm*, Causa C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691. Ma vedi anche *AMS*, dove un articolo della Carta non è stato dichiarato applicabile alle controversie tra privati, confermando come il contenuto della stessa non sia sempre giustiziabile.

⁴⁵⁸ Corte giust. 11 luglio 2002, *Mary Carpenter contro Secretary of State for the Home Department*, Causa C-60/00, Racc. 2002 I-06279.

fondamentali nei confronti delle libertà fondamentali (come avvenuto, per esempio, nel caso *Schmidberger*⁴⁵⁹ e più di recente con il caso *Kamberaj*⁴⁶⁰), già con il famoso caso *Zambrano*⁴⁶¹ 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, di esigenze legate alla crescita dei figli. Nelle sue conclusioni sul caso, tuttavia, l'avvocato generale Sharpston chiede alla Corte di ripensare la giurisprudenza sulle ipotesi di discriminazioni a rovescio⁴⁶², a meno di non

⁴⁵⁹ Corte giust. 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contro Republik Österreich*, Causa C-112/00, Racc. 2003 I-05659.

⁴⁶⁰ 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.

⁴⁶¹ Corte giust. 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*, Causa C-34/09, Racc. 2011 I-01177. V. i diversi commenti di : D. Martin, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un Etat membre : vive la révolution ?*, *Revue de jurisprudence sociale*, 2011, p.450-452. P. Van Elswege et D. Kochenov, *On the Limits of Judicial Intervention : EU Citizenship and Family Reunification Rights*, *EJML* 2011, vol. 4, p. 443 ; P. Mengozzi, *La sentenza Zambrano : prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, *Studi sull'integrazione europea*, 2011, n° 3, p.417-432. A. Lansbergen et N. Miller, *European citizenship rights in internal situations: an ambiguous revolution ? Decision of Mar. 8, 2011, Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 287 ; R. Morris, *European Citizenship and the Right to Move Freely : Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Edition)*, 2011, vol. 1-2, p. 179 ; I. Solanke, *Using the citizen to bring the refugee in : Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, *Modern Law Review*, 2012, vol. 1, p. 101 ; K. Hailbronner et D. Thym, *Annotation Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office National de l'Emploi (ONEM)*, *Common Market Law Review*, 2011, vol. 4, p. 1253.

⁴⁶² Il ragionamento dell'AG in realtà procede su due livelli distinti. Da un lato, ella ritiene che la cittadinanza dell'Unione Europea, ed in particolare l'art. 21 del TFUE, sia all'origine di un diritto di soggiorno autonomo dalle regole stabilite dagli stati membri, e dunque che non vi sia bisogno di affrontare il tema delle discriminazioni a rovescio, perché la questione ricadrebbe in ogni caso all'interno del diritto dell'UE (V. par. 98 e ss delle conclusioni in *Zambrano*). Dall'altro lato, l'avvocato generale ritiene che, nel caso in cui la Corte non giudichi che l'articolo 21 sia una fonte autonoma di un diritto di residenza, la questione delle discriminazioni a rovescio si possa sottoporre ad un test che si compone di tre diverse verifiche: 1) la prima riguarda il possesso della cittadinanza europea da parte del ricorrente (indipendentemente dall'esercizio del diritto di movimento), 2) la seconda riguarda invece la violazione dei diritti fondamentali della persona, ed in particolare del diritto alla famiglia, come nel caso di specie, mentre 3) la terza riguarda invece la possibilità di contrastare le ipotesi di discriminazioni a rovescio nel diritto costituzionale interno (i.e. disposizioni costituzionali) che chiaramente dovrebbe essere

volere ricorrere alla tutela offerta dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. E' di poco successiva invece la sentenza *McCarthy*⁴⁶³, 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 casi successivi a *McCarthy*, tra cui *Dereci*⁴⁶⁴ e *Ziolkowski*⁴⁶⁵, 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 diverso (cioè estraneo alla prospettiva nazionale) 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

applicato in via principale rispetto all'articolo 21 del TFUE. Qualora si verificano questi requisiti, secondo l'avvocato generale, la Corte dovrebbe provvedere al contrasto della discriminazione a rovescio. Altrimenti, come suggerito dalla Corte in diverse occasioni, non rimarrebbe altro che rivolgersi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. (V. i par. 145-149 delle conclusioni)

⁴⁶³ Corte giust. 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy*, C-434/09, cit. Ed in part. V. al par. 51 delle conclusioni, dove l'avvocato generale parla espressamente, al contrario di quanto faceva l'AG Sharpston in *Zambrano*, di un concetto di *cittadinanza legale (legal citizenship)*, che deve dunque svolgersi secondo quanto stabilito dai Trattati ed in particolare secondo i limiti espressi dalla direttiva 2004/38/CE. Nell'opinione di Kokott, dunque, la cittadinanza non è una fonte autonoma di un diritto di circolazione, bensì una fonte che dipende dal rispetto delle limitazioni contenute all'interno dei Trattati.

⁴⁶⁴ Corte giust. 15 novembre 2011, *Murat Dereci e altri contro Bundesministerium für Inneres*. Causa C-256/11, Racc. 2011 I-11315.

⁴⁶⁵ Corte giust. 21 dicembre 2011, *Tomasz Ziolkowski (C-424/10) e Barbara Szeja e altri (C-425/10) contro Land Berlin*, Cause riunite C-424/10 e C-425/10, Racc. 2011 I-14035

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 pericolo⁴⁶⁶. 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 globalizzato⁴⁶⁷. 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.

Il rapporto contrastato fra sovranità ed armonizzazione, che raggiunge il suo apice nella creazione di ipotesi di discriminazioni a rovescio, può essere iniziato ad essere risolto mediante il recupero della centralità del concetto di cittadinanza dell'Unione Europea. La cittadinanza (con i diritti di circolazione che ne conseguono) è infatti l'elemento che caratterizza maggiormente il divieto

⁴⁶⁶ N. Mc Cormick, *Questioning post sovereignty*, (2004) 29, *European Law Review*, pp. 852-863.

⁴⁶⁷ 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. Questi stati hanno superato l'idea di stato-nazione, per abbracciarne una di stato-confederazione.

di discriminazione sulla base della nazionalità, come parte dell'identità costituzionale europea, ed è quella che può contribuire in maniera decisa all'aumento della consapevolezza dell'Unione e dei propri cittadini di essere parte di un ordinamento costituzionale.

3. La cittadinanza come “status fondamentale del cittadino europeo”

L'Unione Europea regola i diritti⁴⁶⁸ connessi allo status di cittadino europeo⁴⁶⁹ attraverso i Trattati⁴⁷⁰, la Carta⁴⁷¹, e la legislazione derivata. La legislazione primaria tuttavia, mentre disciplina con un certo rigore i diritti politici, non è altrettanto precisa per quanto riguarda i diritti di circolazione, che sono comunque limitabili. Fino a qualche tempo fa l'Unione distingueva una serie di strumenti giuridici che garantivano la libertà di circolazione, ma che la mettevano sempre in relazione con l'attività lavorativa svolta dal cittadino europeo. E' soltanto con la direttiva 2004/38/CE che l'Unione comincia a regolamentare con precisione i diritti di circolazione dei propri cittadini.

La direttiva 2004/38/CE (il termine per l'attuazione è scaduto nel 2006) è giunta alla fine di un cammino piuttosto lungo. Dal 1992, anno di entrata in vigore della cittadinanza europea, al 2006 infatti non vi era nessuna regolamentazione che disciplinasse il diritto di circolazione⁴⁷² dei cittadini europei che si spostavano

⁴⁶⁸ Così G. Caggiano, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, Scritti in onore di Giuseppe Tesaro. Vol. 1 (2014), p. 6593.

⁴⁶⁹ E' curioso trattare la cittadinanza e, seppure diffusamente, la giurisprudenza della Corte in materia, dopo avere dato conto del fenomeno delle discriminazioni a rovescio. La maggior parte dei testi, infatti, tratta innanzitutto la regola (la cittadinanza) e poi l'eccezione (le discriminazioni alla rovescia). Si veda p.e. G. Tesaro, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Milano, 2013; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2015. Tuttavia la cittadinanza europea non è la causa delle discriminazioni a rovescio: il corretto esercizio dei diritti che ne derivano secondo lo spirito dei Trattati è infatti una possibile soluzione a questo problema. Per questo sembra più corretto, quantomeno ai fini di questo lavoro, proporla subito dopo.

⁴⁷⁰ Art. 20 TFUE.

⁴⁷¹ Art. 39 e ss CDFUE, in part. 45.

⁴⁷² La direttiva 2004/38/CE lega l'esercizio del diritto di circolazione e di residenza dei cittadini europei nello stato ospite al possesso di alcuni requisiti. Fino a 3 mesi di residenza legale nello stato membro ospite il cittadino europeo non ha bisogno di alcun particolare requisito. Dopo i 3

per ragioni diverse da quelle lavorative (salvo considerare la situazione degli studenti). Per colmare questo vuoto normativo la Corte ha dovuto ribadire l'importanza della leale collaborazione fra gli stati al fine di stabilire la centralità della cittadinanza europea come status fondamentale dei cittadini degli stati membri. Questo ha fatto sì che si realizzassero le condizioni per introdurre una regola relativa alla condivisione del fardello rappresentato dalla presenza di cittadini provenienti da altro stato membro in cerca di un'occupazione, o comunque in stato di bisogno economico. La giurisprudenza fondamentale ruota attorno ad una manciata di casi. Fra questi pare doveroso ricordare in particolare: *Martinez Sala*⁴⁷³, *Grzelczyk*⁴⁷⁴, *D'Hoop*⁴⁷⁵, *Collins*⁴⁷⁶, *Trojani*⁴⁷⁷ et *Bidar*⁴⁷⁸. In tutti questi casi la Corte si è trovata, a diverso titolo, a dovere dare una risposta ad un cittadino di uno stato membro diverso da quello ospite che richiedeva un sussidio, vuoi per accedere agli studi universitari (*Bidar* e *Grzelczyk*), vuoi per accedere al mondo del lavoro (*Collins* e *D'Hoop*) o semplicemente per ragioni di sopravvivenza (*Trojani*). In tutti questi casi il punto

mesi, e fino a 5 anni, il cittadino deve dimostrare il possesso di tre requisiti. Innanzitutto, il possesso di un documento di identità in corso di validità. Poi, il possesso di risorse sufficienti al mantenimento proprio e delle rispettive famiglie (concetto, quello di risorse sufficienti, che varia da stato a stato e per il quale le amministrazioni nazionali possono a volte richiedere, per esempio, la dimostrazione della disponibilità di una somma di denaro). Questo requisito non deve essere soddisfatto qualora il cittadino dimostri di avere un impiego, sia a tempo determinato che indeterminato, nello stato membro ospite. Poi, il cittadino deve avere stipulato per se e per i propri familiari un'assicurazione sanitaria adeguata, che gli permetta di non gravare indiscriminatamente sul sistema di assistenza sociale del paese ospite. Dopo 5 anni di residenza legale all'interno dello stato membro ospite, il cittadino europeo può prontamente richiedere alle autorità nazionali l'emissione di un permesso di residenza permanente, che non può essere ritirato se non per esigenze di ordine, salute o sicurezza pubblica. A questo punto il cittadino può risiedere senza particolari limitazioni all'interno dello stato membro ospite, alle stesse condizioni degli altri cittadini.

⁴⁷³Corte giust. 12 Maggio 1998, *María Martínez Sala contro Freistaat Bayern*, C-85/96, Racc. 1998 I-02691.

⁴⁷⁴ Corte giust., 20 Settembre 2001, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, C-184/99, Racc. 2001 I-06193.

⁴⁷⁵Corte giust., 11 Luglio 2002, *Marie-Nathalie D'Hoop contro Office national de l'emploi*, Affaire C-224/98, Racc. 2002 I-06191

⁴⁷⁶ Corte giust., 23 Marzo 2004, *Brian Francis Collins contro Secretary of State for Work and Pensions*, Affaire C-138/02, Racc. 2004, I-02703

⁴⁷⁷ Corte giust., 7 Settembre 2004, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles* (CPAS), C-456/02, Racc. 2004, I-07573

⁴⁷⁸ Corte giust. 15 Marzo 2005, *Bidar*, C-209/03, Racc. 2005, I-02119.

d'incontro è l'utilizzo della cittadinanza come strumento per colpire le discriminazioni sulla base della nazionalità. Infatti in ciascuno di quei casi la discriminazione è stata rilevata per il fatto che il medesimo sussidio avrebbe potuto essere concesso ai cittadini dello stato membro di appartenenza. Questo è il significato concreto dell'affermazione, certamente molto alta, contenuta all'interno della sentenza *Grzelczyk*, e ripresa più volte dalla giurisprudenza recente (vedi *supra*, in Zambrano) dove la Corte definisce la cittadinanza come "lo status fondamentale del cittadino europeo"⁴⁷⁹. E questo è anche parte del contributo che l'interdizione delle discriminazioni basate sulla nazionalità attribuisce all'identità costituzionale dell'Unione Europea, superando le differenze stabilite dalle legislazioni dei diversi stati membri.

4. Le sentenze *Dano* e *McCarthy II*: la cittadinanza europea ed i sistemi nazionali di assistenza sociale

La cittadinanza europea svolge un ruolo molto importante nell'identità costituzionale dell'Unione Europea. Innanzitutto perché l'identità è consapevolezza di fare parte di un ordinamento giuridico, e questa consapevolezza è data soprattutto dall'appartenenza che si realizza nella cittadinanza. E poi perché è attraverso l'esercizio dei diritti di circolazione e residenza che si è ulteriormente sviluppata questa consapevolezza. L'esercizio di questi diritti, di cui è già stato dato conto, è stato interpretato in maniera tendenzialmente estensiva dalla Corte (se si eccettua l'eccezione delle discriminazioni a rovescio, di cui abbiamo già dato conto), e questa interpretazione estensiva trova entro certi versi una rispondenza anche nella giurisprudenza recente, sia per l'esercizio della libertà di circolazione, che per l'esercizio del diritto di residenza (in *Dano*). In *McCarthy II*⁴⁸⁰, sentenza

⁴⁷⁹ Corte giust., 20 Settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, cit.

⁴⁸⁰ Corte giust., 18 Dicembre 2014, *The Queen, su ricorso di Sean Ambrose McCarthy e altri contro Secretary of State for the Home Department*, C-202/13, ECLI: EU: C: 2014:2450.

omonima della precedente *McCarthy*⁴⁸¹ in materia di cittadinanza, la Corte ha riconosciuto il diritto dei familiari (non cittadini dell'Unione) dei cittadini europei di transitare all'interno del territorio dell'Unione anche nel caso in cui essi ritornino nello stato membro di origine. Questo perché, almeno in linea di principio, la direttiva 2004/38/CE è applicabile soltanto nel caso in cui la persona si sposti verso uno stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza (art. 3, dir. 2004/38/CE). Per cui una interpretazione letterale della direttiva dovrebbe escludere l'applicazione del diritto dell'Unione al caso di specie, dove la moglie colombiana di un cittadino anglo-irlandese si vedeva richiedere un permesso di soggiorno per rientrare in Regno Unito. Questo caso, dunque, si colloca a metà strada fra la giurisprudenza in cui la Corte ha assicurato il diritto di circolazione e residenza ai cittadini che hanno esercitato il movimento (*Grzelczyk*) e quella in cui non l'ha assicurato (come in *McCarthy I*, salvo in casi eccezionali) a quelli che non avevano esercitato quel diritto. La Corte sostiene che il carattere di "status fondamentale" del cittadino dello stato membro che è proprio della cittadinanza europea consente un'interpretazione ampia della direttiva 2004/38/CE, con il risultato che questo è un altro dei punti in cui, attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione, il diritto dell'Unione Europea rompe gli argini stabiliti dai Trattati e dal diritto derivato.

In *Dano*⁴⁸², invece, la Corte sostiene che il cittadino che ha esercitato il suo diritto di circolazione e residenza può vedersi negare un sussidio soltanto se si è mosso con il fine esclusivo di profittare del regime di assistenza sociale (e dunque senza alcuna ragione economica). Per cui, anche in questo caso, si stabilisce un limite estremamente favorevole al cittadino per esercitare il suo diritto di movimento e di soggiorno, che è quello di disporre quantomeno all'ingresso nel paese di risorse economiche sufficienti alla sua sussistenza e di

⁴⁸¹ Corte giust. 5 maggio 2011, *Shirley McCarthy*, C-434/09, cit.

⁴⁸² Corte giust., 11 Novembre 2014, *Elisabeta Dano e Florin Dano contro Jobcenter Leipzig*, C-333/13, ECLI : EU : C : 2014:2358.

quella della famiglia⁴⁸³. Dunque non si può entrare nel territorio di uno stato membro con il solo scopo di profittare del suo sistema assistenziale(altrimenti si sarebbe di fronte ad un caso di abuso del diritto), ma può accadere che una persona che entra nel territorio di uno stato membro si trovi in una situazione di bisogno, ed in quel caso può godere dell'assistenza sociale.

5. Una conclusione parziale: il rapporto fra la cittadinanza europea e l'identità costituzionale dell'Unione Europea

Il contributo fornito dal divieto di discriminazione sulla base della nazionalità all'identità costituzionale dell'UE sta nell'essere stato il terreno in cui, seppure a fasi alterne, è stata riconosciuta la possibilità di applicare il diritto UE anche al di fuori dei limiti previsti originariamente dai trattati istitutivi. E sia l'esercizio dei diritti di residenza e circolazione dei cittadini europei, bene esemplificato dalla sentenza Zambrano, che il requisito del possesso delle risorse sufficiente, di cui si è dato conto nella sentenza Dano, rappresentano dei punti in cui, attraverso l'esercizio di un criterio esterno a quello dei sistemi nazionali, si sono armonizzate le differenze presenti nei sistemi giuridici degli stati membri dell'Unione Europea. La coscienza dei cittadini degli stati membri di appartenere ad un ordinamento giuridico che non è limitato ai confini dei propri stati nazionali, dunque, è stata considerevolmente aumentata ad opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia. I cittadini europei, dunque, sanno di potere fare affidamento su un sistema che conferisce loro dei diritti che, a determinate condizioni, possono prevalere su quelli che sono loro attribuiti dai loro stati di appartenenza.

⁴⁸³ V. in particolare il commento di H. Verschuere, *Preventing « benefit tourism » in the EU : A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano ?*, Common Market Law Review, vol. 1, 2015, pp. 363 – 390.

Capitolo II: Il divieto di discriminazione sulla base del genere

Lo stabilimento di un divieto chiaro di discriminazione sulla base del genere⁴⁸⁴ 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 paragone⁴⁸⁵. 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 lavoro⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ 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. Poiars 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. S. Prechal, *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, *Common Market Law Review* (2004) 41, 533-551. S.Prechal, N. Burrows, *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990. D. Schiek, *Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2005) 12 MJ 4, 427-466. D. Schiek, L. Waddington e M. Bell (a cura di) *Cases, materials and texts on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford: Hart Publishing 2007. D. Schiek e V. Chege (a cura di) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on Multidimensional Equality Law*, London and New York, Routledge, 2009. E. Traversa, *The Protection of Part-Time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2003, Vol. 19/2, 219-241.

⁴⁸⁵ 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.

⁴⁸⁶ Vi sono 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

Da questo momento in poi, la lotta contro le discriminazioni sulla base del genere è diventato un elemento distintivo dell'ordinamento dell'Unione Europea, ed un valore fondamentale da perseguire in tutte le sue politiche.

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 uno valori espressamente previsti all'articolo 2 del Trattato sull'Unione Europea, che fanno parte 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 di cui all'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 nella 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 "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 I comma, al II comma recepisce 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

mette a fuoco l'inefficienza della pratica della marginalizzazione delle donne dal mondo del lavoro e dalla vita pubblica in generale.

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 agli anni '70 del XX secolo, in ragione della precedente 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*⁴⁸⁷ 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

⁴⁸⁷ Corte giust. del 25 maggio 1971, Causa 80/70, *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, Racc. 1971, p. 445.

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*”⁴⁸⁸. 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 Europea⁴⁸⁹, costituitasi nel giudizio, si esprimeva contro la qualificazione del contributo previdenziale come retribuzione, poiché il trattamento di 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 decideva di escludere l’applicazione dell’articolo 119 ai contributi previdenziali. 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 questione⁴⁹⁰ 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.

⁴⁸⁸ *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, p. 449.

⁴⁸⁹ *Defrenne c. Sabena (Defrenne I)*, p. 450.

⁴⁹⁰ 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 ispecie 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.”

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 domanda⁴⁹¹ 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 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 inglese⁴⁹² 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:

⁴⁹¹ Corte Giust. 8 aprile 1976, Causa 43/75, *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, Racc. 1976 00455.

⁴⁹² *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, p. 459 ss.

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.⁴⁹³

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.

La Corte si spingeva ben oltre i limiti prospettati dalla Commissione, giungendo a sostenere che l'articolo 119 esprima un principio di natura imperativa⁴⁹⁴. 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,

⁴⁹³ *Defrenne c. Sabena (Defrenne II)*, par. 27/30.

⁴⁹⁴ *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”.

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*⁴⁹⁵, invece, la Corte parla apertamente dell'esistenza di un principio generale di non discriminazione, che (pare) sussistere indipendentemente dalla formulazione dei trattati. Ma nello stesso tempo ammette che questo principio non possa essere applicato ai fatti della causa, in virtù della sua funzione meramente interpretativa. 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 seconda *Defrenne*, che pareva suggerire non un principio d'interpretazione bensì un principio costituzionale.

Queste sentenze paiono mettere in contrapposizione due visioni differenti del principio di non discriminazione (e dei principi in generale): è un principio costituzionale atto ad essere fonte *autonoma* di diritti per i singoli, seppure a ben determinate condizioni, oppure è un principio di interpretazione, che viene in gioco soltanto quando è necessario interpretare il diritto derivato?

La domanda è destinata a rimanere aperta: la dicotomia fra diritti e principi⁴⁹⁶ non è stata risolta neppure dalla giurisprudenza più recente⁴⁹⁷.

⁴⁹⁵ Corte giust. 15 Giugno 1978, Causa 149/77, *Defrenne c. Sabena (Defrenne III)*, Racc. 1978, p. 1365.

⁴⁹⁶ V. S. De La Rosa, *Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ?*, Recueil Le Dalloz 2014 p.705-708. E. Dubout, *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, RTD Eur., 2014, p. 409.

⁴⁹⁷ V. in particolare Corte giust. 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT e altri*, causa C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2; Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132. 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.

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 generale⁴⁹⁸, ma nel suo aspetto forse più problematico ed insieme interessante. A partire dalla metà del XX secolo, infatti, 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 misure⁴⁹⁹ 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.

⁴⁹⁸ 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.

⁴⁹⁹ Per esempio, il Portogallo ha riservato una percentuale dei posti per gli eletti in Parlamento a sole donne.

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 lavoro⁵⁰⁰. 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*⁵⁰¹. 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 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 sottorappresentate.

Nella sua opinione, poi recepita dalla Corte di Lussemburgo nella sua sentenza, l'Avvocato generale Tesaurò⁵⁰² sottolineava come non fosse compatibile con la direttiva 76/207/CEE sulla parità di trattamento fra uomini e

⁵⁰⁰ 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.

⁵⁰¹ Corte giust. 17 ottobre 1995, *Eckhard Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen*, Causa C-450/93, Racc. 1995 I-03051.

⁵⁰² Si veda la sentenza *Kalanke*, par. 18.

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*⁵⁰³ e *Marcshall*⁵⁰⁴, dichiarano la compatibilità con la direttiva 76/207/CEE di misure che favoriscano la donna nei confronti dell'uomo.

La successiva sentenza *Anderson/Abramsonn*⁵⁰⁵, tuttavia, sembra invece riportare indietro la giurisprudenza ai tempi di *Kalanke*, sottoponendo le azioni positive messe in 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

⁵⁰³Corte giust. 28 marzo 2000, *Georg Badeck e altri, interveniente: Hessische Ministerpräsident e Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Causa C-158/97, Racc. 2000 I-01875.

⁵⁰⁴Corte giust. 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall contro Land Nordrhein-Westfalen*, Causa C-409/95, Racc. 1997 I-06363

⁵⁰⁵Corte giust. 6 luglio 2000, *Katarina Abrahamsson e Leif Anderson contro Elisabet Fogelqvist*, Causa C-407/98, Racc. 2000 I-05539

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*⁵⁰⁶, *Lommers*⁵⁰⁷, *Briheche*⁵⁰⁸, *Roca Alvarez*⁵⁰⁹.

La Corte di Giustizia, dunque, mostra di avere un atteggiamento aperto ed inclusivo rispetto a questo genere di misure, che comunque, come ricordato, trovano una grossa rispondenza all'interno dei Trattati e della Carta.

Nell'ottica tuttavia della promozione della parità di genere che distingue l'attività degli ultimi anni della Commissione Europea, tuttavia, lo strumento giurisprudenziale 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 direttiva⁵¹⁰ che si prefigge di raggiungere il 40% di donne nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa, anche a seguito della copiosa normativa nazionale prodotta in

⁵⁰⁶ Causa 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*, GU C 366 del 18.12.1999, pagg. 16–16.

⁵⁰⁷ Corte giust. 19 marzo 2002, *H. Lommers contro Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Causa C-476/99, Racc. 2002 I-02891

⁵⁰⁸ Corte giust. 30 settembre 2004, *Serge Briheche contro Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale e Ministre de la Justice*, Causa C-319/03, Racc. 2004 I-08807.

⁵⁰⁹ Corte giusti. 30 settembre 2010, *Pedro Manuel Roca Álvarez contro Sesa Start España ETT SA*, Causa C-104/09, Racc. 2010 I-08661

⁵¹⁰ 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*.

materia⁵¹¹. 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'Eurozona⁵¹².

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*⁵¹³, 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 stradali piuttosto che sulla vita. Poiché è

⁵¹¹In 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.

1. ⁵¹²Il 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.»

⁵¹³Così in 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. V. E. Dubout, *En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres. Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations*, *Revue des affaires européennes*, 2011, p.211-221. P. Santone, *Diritto e statistica, in "genere" diversi*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p.1244-1248. L. Cappuccio, *Il caso Association Belge des Consommateurs e la non discriminazione nel settore delle assicurazioni: la parità al volante?*, *Quaderni costituzionali*, 2011, p.690-693. C. Tobler, *Case C-236/09, Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier v. Conseil des ministres, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 1 March 2011*, *Common Market Law Review*, 2011, Vol. 48, n° 6, p.2041-2060.

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 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 costituzionalità⁵¹⁴ 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

⁵¹⁴ Ma v. la dottrina francese, che lo definisce in realtà come controllo di "convenzionalità", e cioè di rispondenza della dottrina interna ad un sistema convenzionale. *Contra*, v. le affermazioni di Jaaskinen, nella sentenza Corte giust. 14 aprile 2015, *Consiglio dell'Unione europea contro Commissione europea*, Causa C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, al par. 12: "I Trattati istitutivi sono qualificati alla stregua di carta costituzionale generatrice di un ordinamento giuridico i cui soggetti sono i cittadini dell'Unione". O ancora, Parere della Corte del 14 dicembre 1991, n. 1/91., Racc. 1991 I-06079, ECLI: ECLI:EU:C:1991:490, al par. 21: "Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto".

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 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 certezza⁵¹⁵. La Corte ha poi avuto occasione di ribadire ancora una volta il suo ragionamento nel caso X⁵¹⁶, 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. Questo dimostra come in realtà l'applicazione di un criterio neutro alle ipotesi di discriminazione non volga sempre a favore del genere che si suppone più spesso sfavorito (i.e. quello femminile). Infatti in questi casi la normativa manteneva in vigore delle disposizioni che premiavano le donne rispetto agli uomini, assicurando un premio più basso od un'indennità risarcitorie più alta, sulla base della loro speranza di vita. La Corte ha invece sostenuto che questo genere di clausole ai contratti assicurativi, che derogano al principio della parità di genere, non siano ammissibili.

⁵¹⁵ Come afferma del resto l'avvocato generale Kokott al paragrafo 60 delle sue conclusioni.

⁵¹⁶ Corte giust. 3 settembre 2014, X., Causa C-318/13, ECLI:EU:C:2014:2133.

*Seconda parte: le tipologie di discriminazione tutelate dalle 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 Europea⁵¹⁷, 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.

Il terzo passaggio si è verificato attraverso la ratifica, ad opera dell'Unione Europea, della Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 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

⁵¹⁷ 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.*

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 membri⁵¹⁸. L'obbligo giuridico che ne discende è dunque quello di fare osservare alle istituzioni ed agli stati membri le obbligazioni che derivano dalla Convenzione⁵¹⁹. 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 soggetti*

⁵¹⁸ 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.

⁵¹⁹ 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).

*alla sua giurisdizione che pretendano di essere vittime di violazioni delle disposizioni della Convenzione da parte di quello Stato Parte.*⁵²⁰

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

⁵²⁰Protocollo addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone disabili, art. 1.

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 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)⁵²¹ 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 Unite⁵²². 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

⁵²¹ 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.

⁵²² Il patto internazionale sui diritti civili e politici del 1969, ed il patto internazionale sui diritti economici, culturali e sociali.

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

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.*"⁵²³ Il Comitato di esperti prende in esame i rapporti biennali redatti dagli stati membri sulla parte della Carta⁵²⁴, 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

⁵²³ Art. 25 della Carta Sociale Europea.

⁵²⁴ 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;

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 ricorso⁵²⁵ 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 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

⁵²⁵ E che devono dimostrare una capacità operativa sufficiente a redigere in modo adeguato il ricorso.

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 portata⁵²⁶, 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 recente⁵²⁷ 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.

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

⁵²⁶ F. Casolari, *op. cit.*

⁵²⁷ Corte giust. del 22 maggio 2014, *Wolfgang Glatzel contro Freistaat Bayern*, Causa C-356/12, ECLI:EU:2014:350.

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).⁵²⁸

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 discriminazioni⁵²⁹ di cui all'articolo 19 TFUE e di una direttiva sull'accessibilità ai servizi riservata unicamente alle persone disabili⁵³⁰, 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 membri⁵³¹ 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).

⁵²⁸ *Glatzel*, cit. par. 78.

⁵²⁹ 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.

⁵³⁰ 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).

⁵³¹ Si veda il rapporto *Developing Antidiscrimination law in Europe: the 27 Member states compared*, Commissione Europea, 2012, p. 20 e ss.

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

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 disabilità⁵³². 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.

⁵³² Perché, come vedremo, in questi casi è piuttosto comune derogare anche al principio di non discriminazione sulla base dell'età.

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 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'Uomo⁵³³, in maniera non dissimile da quanto avviene tuttora per la giurisprudenza sulla libertà religiosa. Le sentenze che si sono occupate di

⁵³³ 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.

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*⁵³⁴, per esempio, la ricorrente sottoponeva 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*.

⁵³⁴ Corte giust. 11 luglio 2006, *Sonia Chacón Navas contro Eurest Colectividades*, Causa C-13/05, Racc. 2006 I-06467.

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.⁵³⁵

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 utilizzata⁵³⁶ per sostenere una definizione restrittiva della nozione di disabilità, che finisce per penalizzare quelle persone che soffrono di malattie che causano stati invalidanti (benchè molto gravi) anche solo temporanei, e per questa ragione vengono licenziate.

⁵³⁵ *Chacon Navas*, cit. par. 41-43.

⁵³⁶ V. i governi di Regno Unito, Italia e Paesi Bassi in *Coleman*.

Per comprendere appieno la portata di *Navas*, tuttavia, è fondamentale considerarla insieme alla successiva sentenza *Coleman*⁵³⁷, che riguarda il caso di una lavoratrice discriminata sul posto di lavoro poiché aveva recentemente partorito un figlio disabile. Alcuni stati membri⁵³⁸ 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.⁵³⁹

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

⁵³⁷ Corte giust. 17 luglio 2008, *S. Coleman contro Attridge Law e Steve Law*, Causa C-303/06, Racc. 2008, p. I-05603.

⁵³⁸ 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.

⁵³⁹ *Coleman*, cit. par. 41.

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 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.⁵⁴⁰

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.⁵⁴¹

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.

⁵⁴⁰ *Coleman*, cit. par. 46.

⁵⁴¹ *Coleman*, cit. par. 47.

La questione della nozione di disabilità viene affrontata ancora nella giurisprudenza successiva, in una causa molto simile al precedente di *Navas*. In *HK Denmark*⁵⁴² 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.

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.⁵⁴³

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

⁵⁴² 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

⁵⁴³ *HK Denmark*, cit. par. 19.

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».⁵⁴⁴

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.

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

⁵⁴⁴ *HK Denmark*, cit. par. 37.

tutela della direttiva anche la limitazione duratura derivante da una malattia, che comporta un ostacolo alla partecipazione alla vita professionale.⁵⁴⁵

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. [...] ⁵⁴⁶

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.

⁵⁴⁵ Conclusioni dell'AG Kokott in *HK Denmark*, cit., par. 32-33.

⁵⁴⁶ *HK Denmark*, cit., par. 91 punto 1).

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 riguardavano un caso di maternità surrogata, *Z contro A*⁵⁴⁷, 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

⁵⁴⁷ 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.

presenta carattere durevole. A tal riguardo, in particolare, è innegabile che l'incapacità di procreare possa causare a una donna grande sofferenza.⁵⁴⁸

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.

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.⁵⁴⁹

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.

⁵⁴⁸ Z. contro A, par. 79.

⁵⁴⁹ Z. contro A, par. 81.

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 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.⁵⁵⁰

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).

⁵⁵⁰ *Z. contro A*, par. 87 e 89.

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 disabili⁵⁵¹ occupa certamente un posto di rilievo.

L'obbligo di reperire soluzioni ragionevoli per i disabili rappresenta, per la maggior parte degli stati membri, una novità⁵⁵² introdotta dal diritto dell'Unione Europea cui molti di loro hanno faticato ad uniformarsi⁵⁵³. 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”*:

⁵⁵¹ L. Waddington, *Reasonable Accommodation*, in D. Schieck, 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.

⁵⁵² V. 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.

⁵⁵³ 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.

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. 27⁵⁵⁴ fa riferimento alla raccomandazione n. 86/379/CEE del 24 Luglio 1986⁵⁵⁵, 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:

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 [...];

⁵⁵⁴ 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.

⁵⁵⁵ Raccomandazione 86/379/CEE del Consiglio del 24 luglio 1986 concernente l'occupazione dei minorati nella Comunità .

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.⁵⁵⁶

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 infrazione⁵⁵⁷ 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

⁵⁵⁶ Racc. 86/379/CEE, punto 2 b).

⁵⁵⁷ Corte giust. 4 luglio 2013, *Commissione europea contro Repubblica italiana*, Causa C-312/11, ECLI:EU:C:2012:609.

sentenza dichiarativa di condanna della Corte di Giustizia. La 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 giuridici⁵⁵⁸ 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.⁵⁵⁹

Secondo la Commissione, dunque, la direttiva istituisce effettivamente un regime di obblighi a carico dei datori di lavoro per garantire alle persone disabili

⁵⁵⁸ 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."

⁵⁵⁹ *Commissione contro Italia*, cit. par. 53.

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 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».⁵⁶⁰

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 sproporzionato⁵⁶¹

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

⁵⁶⁰ *Commissione contro Italia*, cit., par. 58.

⁵⁶¹ *Commissione contro Italia*, cit., par. 60.

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.

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.⁵⁶²

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 Pubblica⁵⁶³ 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:

⁵⁶² *HK Denmark*, cit., par. 64.

⁵⁶³ Trib. funz. pubb. 15 settembre 2011, *Jürgen Esders contro Commissione europea*, Causa F-62/10, Racc. non ancora pubblicata.

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 ».⁵⁶⁴

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 forme assistenziali ad una donna che concepisce un figlio attraverso una tecnica di maternità surrogata⁵⁶⁵.

6. 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

⁵⁶⁴ *Esders*, cit., par. 71 (testo disponibile solo in francese).

⁵⁶⁵ *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."

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 (o piuttosto avrebbero potuto) essere contenute nell'*European Accessibility Act*, una proposta di direttiva che avrebbe dovuto 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 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'età⁵⁶⁶ è regolato, oltre che dalla norma dei trattati, dalla direttiva 2000/78/CE⁵⁶⁷. 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 scadenza⁵⁶⁸ per l'applicazione del motivo di discriminazione sulla base dell'età determinato in ulteriori tre anni rispetto a quello individuato per religione, orientamento sessuale e genere. Questo non ha impedito lo sviluppo della giurisprudenza, decisamente più accelerato rispetto ad altri motivi⁵⁶⁹, 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 genere⁵⁷⁰ e

⁵⁶⁶ 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. E. Briboisia, T. Bambois, *Interdiction de la discrimination en raison de l'age : du principe, se ses exceptions et de quelques hésitations...*, RTD Eur., 2011, p. 41.

⁵⁶⁷ V. in particolare art. 4.1 e art. 6 direttiva 2000/78/CE.

⁵⁶⁸ 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».

⁵⁶⁹ 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.

⁵⁷⁰ 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

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*⁵⁷¹ (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 determinato⁵⁷² con la clausola derogatoria specifica per la discriminazione sulla base dell'età, di cui all'articolo 6⁵⁷³ della direttiva 2000/78/CE. La causa *Mangold*⁵⁷⁴ si distingue anche per una ulteriore ragione: coinvolgere due privati, e dunque implicare l'analisi

Mangold, l'applicazione del divieto di discriminazione non dipende dallo strumento giuridico, bensì dalla sua natura di principio generale del diritto.

⁵⁷¹ Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Racc. 2005, I-09981.

⁵⁷² 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).

⁵⁷³ 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.

⁵⁷⁴ 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.

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 singoli⁵⁷⁵. La Corte, dunque, non era attesa ad una pronuncia che potesse determinare o favorire, anche indirettamente, l'indebolimento della dottrina *Marshall*⁵⁷⁶ 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.

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

⁵⁷⁵V. 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.

⁵⁷⁶

qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l'esigenza del fine perseguito⁵⁷⁷

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.

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 [...].⁵⁷⁸

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 prima, non osta in sé alla misura nazionale⁵⁷⁹ 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

⁵⁷⁷ *Mangold*, cit., par. 64

⁵⁷⁸ *Mangold*, cit., par. 75.

⁵⁷⁹ *Mangold*, cit., par. 54.

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 [...]⁵⁸⁰.

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

⁵⁸⁰ *Mangold*, cit. par. 76-77.

dell'Unione Europea. Non si ignora qui che la giurisprudenza non è univoca in tal senso, come si vedrà anche poco 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*⁵⁸¹, 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

⁵⁸¹ Corte giust. 16 ottobre 2007, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA*, Causa C-411/05, Racc. 2007 I-08531-

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 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*⁵⁸², 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.

⁵⁸² Corte giust. 23 settembre 2008, *Birgit Bartsch contro Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH*, Causa C-427/06, Racc. 2008, I-07245.

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.⁵⁸³

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 nazionalità⁵⁸⁴, 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

⁵⁸³ Bartsch, cit. par. 13.

⁵⁸⁴ 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.

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.⁵⁸⁵

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

⁵⁸⁵ *Bartsch*, cit. par. 23-24.

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*⁵⁸⁶ è particolarmente importante perché conferma l'indirizzo giurisprudenziale di *Mangold*, rendendo evidente la natura *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 direttive⁵⁸⁷. In particolare, secondo alcuni autori⁵⁸⁸ 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

⁵⁸⁶ Corte giust. 19 Gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, Racc. 2010 I-00365.

⁵⁸⁷ V. G. Di Federico, *La Sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti orizzontali delle direttive*. Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro, 2010, p. 1002–1111.

⁵⁸⁸ 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.

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 principi. 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 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).⁵⁸⁹

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 costituzionalità⁵⁹⁰ 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.

⁵⁸⁹ *Kucukdeveci*, cit. par. 51.

⁵⁹⁰ Il controllo di costituzionalità può essere *a priori* o *a posteriori*. Nel sistema giuridico francese il controllo di costituzionalità è stato tradizionalmente *a priori*. Dopo la riforma costituzionale del 23 Luglio 2008 è stato introdotto anche in Francia un controllo di costituzionalità a posteriori (*question prioritaire de constitutionnalité*). Secondo invece la tradizione del diritto costituzionale italiano, il controllo di costituzionalità è quasi esclusivamente a posteriori (l'unica tipologia di controllo di costituzionalità a priori è stata espunta dal sistema con la riforma dell'articolo 117 della Costituzione nel 2001). Questo sistema ricorda molto da vicino, per l'appunto, quello dell'Unione Europea, dove il rinvio pregiudiziale ha un ruolo di verifica di conformità della legislazione europea (e nazionale, seppure in via mediata) con i Trattati. Vedi A. Pliakos *Le contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté*, Cahiers de droit européen, 2011, n° 3-4, p. 489-513. P. Manin, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne*, AJDA, n° 39, 2010, pp. 2188-2196. Più in generale, P. Wachsmann, *L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois*, Jus Politicum, vol. 4, 2012. Tuttavia, conviene ricordare che la dottrina francese non riconosce al rinvio pregiudiziale e all'ordinamento dell'Unione il possesso di un sistema di controllo di costituzionalità. Si riferisce infatti all'opera di controllo esercitata dalla Corte di giustizia parlando di un "controllo di convenzionalità".

Questo fatto è anche all'origine di un ulteriore paradosso. Come sottolineato dalla Corte in Mangold⁵⁹¹, 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 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).⁵⁹²

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² *Kucukdeveci*, cit. par. 52.

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.⁵⁹³

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 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

⁵⁹³ *Kucukdeveci*, cit. par. 53.

contraria, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata (v., in questo senso, sentenza *Mangold*, cit., punto 77).⁵⁹⁴

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 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

⁵⁹⁴ *Kucukdeveci*, cit. par. 54.

ampio, che assicura la tutela delle differenti interpretazioni date negli ordinamenti costituzionali ad un tale principio generale.

Nel caso *Hutter*⁵⁹⁵ 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).⁵⁹⁶

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.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Corte giust. 18 giugno 2009, *David Hütter contro Technische Universität Graz*, Causa C-88/08, Racc. 2009 I-05325.

⁵⁹⁶ *Hütter*, cit., par. 45.

⁵⁹⁷ *Hütter*, cit., par. 47.

Anche la di poco successiva sentenza *Wolf*⁵⁹⁸ 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"*⁵⁹⁹, 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 *"costituisca[no] un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa"*⁶⁰⁰. 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.⁶⁰¹

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.

⁵⁹⁸ Corte giust. 12 gennaio 2010, *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, Racc. 2010 I-00001

⁵⁹⁹ 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.

⁶⁰⁰ Art. 4.1 dir. 2000/78/CE.

⁶⁰¹ *Wolf*, cit. par. 38.

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 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.⁶⁰²

In *Petersen*⁶⁰³, 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.

⁶⁰² Conclusioni dell'AG Bot in *Wolf*, cit. , par. 42.

⁶⁰³ Corte giust. 2 gennaio 2010, *Domnica Petersen contro Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, Causa C-341/08, Racc. 2010 I-00047.

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, 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.⁶⁰⁴

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

⁶⁰⁴ *Petersen*, cit., par. 81.

conclusioni dell'AG Kokott nella sentenza *Ingeniørforeningen i Danmark*⁶⁰⁵, 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 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.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Corte giust. del 12 ottobre 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark contro Region Syddanmark*, Causa C-499/08, Racc. 2010 I-09343.

⁶⁰⁶ Conclusioni dell'AG Kokott in *Ingeniørforeningen*, cit., par. 31.

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 anni⁶⁰⁷ oppure fissare un termine al rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile⁶⁰⁸ (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*⁶⁰⁹, 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 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.

⁶⁰⁷ Corte 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.

⁶⁰⁸ Corte giust. 12 ottobre 2010, *Gisela Rosenbladt contro Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Causa C-45/09, Racc. 2010 I-09391

⁶⁰⁹ *Vasil Ivanov Georgiev contro Tehnicheski universitet - Sofia, filial Plovdiv*, Cause riunite C-250/09 e C-268/09, cit. supra.

In un'altra causa di grande importanza, la sentenza *Prigge*⁶¹⁰, 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 test⁶¹¹:

- *ex art. 2.5 della direttiva 2000/78/CE*

Secondo questa prima tipologia di test la misura⁶¹² 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

⁶¹⁰ Corte giust. 13 settembre 2011, *Reinhard Prigge e altri contro Deutsche Lufthansa AG*, Causa C-447/09, Racc. 2011 I-08003.

⁶¹¹ 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.

⁶¹² Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit., par. 47-55.

evidenza che quest'ultima deve risultare essenziale per il conseguimento di tale obiettivo. Il carattere eccezionale di ogni deroga al principio di non 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.⁶¹³

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.

- *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 mediche⁶¹⁴.

⁶¹³ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 53

⁶¹⁴ 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.

Per superare il test previsto⁶¹⁵ 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 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

⁶¹⁵ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 55-68.

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».⁶¹⁶

Per determinare l’essenzialità e la determinatezza della caratteristica l’avvocato generale richiama la sentenza *Wolf*⁶¹⁷, 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 soprattutto la normativa internazionale⁶¹⁸ (JAA-FCL 1060⁶¹⁹) prevede che la licenza venga sospesa soltanto al raggiungimento del 65mo anno di età⁶²⁰.

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

⁶¹⁶ Conclusioni dell’AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 60.

⁶¹⁷ *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, cit.

⁶¹⁸ 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.

⁶¹⁹ (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

⁶²⁰ 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.

«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.

- *ex art. 6.1 della direttiva 2000/78/CE*

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 lasco⁶²¹, 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).

⁶²¹ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 69-93.

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*⁶²² e in *Laval*⁶²³ 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 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

⁶²² Corte 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.

⁶²³ Corte 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.

del rapporto di lavoro hanno ripercussioni sul diritto all'occupazione, con particolare riferimento ai segmenti di età che stiamo esaminando.⁶²⁴

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 sulla base dell'età nei dettagli: 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 pleora di decisioni della Corte che sono indirizzate a verificare ulteriori eccezioni al divieto di discriminazione basato sull'età. Un esempio

⁶²⁴ Conclusioni dell'AG Cruz Villalon, *Prigge*, cit. par. 92.

particolarmente interessante è quello rappresentato dalla sentenza Fuchs⁶²⁵ 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 convenzionati⁶²⁶ e con quella dei professori universitari⁶²⁷, 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.⁶²⁸

*Hennings*⁶²⁹ invece rappresenta un ulteriore esempio di contrasto fra l'autonomia contrattuale collettiva e il principio di non discriminazione⁶³⁰,

⁶²⁵ 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.

⁶²⁶ *Petersen*, cit.

⁶²⁷ *Georgiev*, cit.

⁶²⁸ *Fuchs*, cit. par. 75.

⁶²⁹ 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.

⁶³⁰ V. *Prigge*, cit. supra.

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 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.⁶³¹

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 regimi allo scopo di assicurare agli agenti in servizio il passaggio a quello nuovo senza che debbano subire una riduzione del reddito.⁶³²

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*⁶³³, 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,

⁶³¹ *Hennings*, cit. par. 78.

⁶³² *Hennings*, cit. par. 99.

⁶³³ 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.

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 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*.⁶³⁴

In modo non dissimile il governo svedese è riuscito in *Horndstedt*⁶³⁵ a giustificare una possibile violazione del principio di non discriminazione sulla

⁶³⁴ *Tyrolean Airways*, cit. par. 29.

⁶³⁵ Corte giust. 5 luglio 2012, *Torsten Hörnfeldt contro Posten Meddelande AB*, Causa C-141/11, Racc. digitale ECLI:EU:C:2012:421.

base dell'età, come accaduto in precedenza in *Rosenblatt*⁶³⁶, 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*⁶³⁷, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a decidere su un esempio importante di discriminazione intersezionale⁶³⁸, 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*⁶³⁹ infatti, lo stato magiaro è stato condannato per avere applicato in maniera inappropriata la direttiva 2000/78/CE, avendo abbassato l'età 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

⁶³⁶ Corte giust. 12 ottobre 2010, *Gisela Rosenblatt contro Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*, Causa C-45/09, Racc. 2010 I-09391.

⁶³⁷ Corte giust. 6 dicembre 2012, *Johann Odar contro Baxter Deutschland GmbH*, Causa C-152/11, Racc. digitale ECLI:EU:C:2012:772

⁶³⁸ Si definisce discriminazione intersezionale quella discriminazione in cui i motivi della differenza di trattamento sono talmente connessi da non essere riconoscibili, o comunque in cui lo stesso comportamento discriminatorio colpisce due tipologie diverse.

⁶³⁹ Corte giust. 6 novembre 2012. *Commissione europea contro Ungheria*, Racc. digitale, ECLI:EU:C:2012:687.

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.⁶⁴⁰

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*⁶⁴¹ invece la Corte ha stabilito (come in *Hennigs*⁶⁴²) che un regime nazionale che impedisce di tenere conto dell'anzianità di servizio al momento

⁶⁴⁰ *Commissione c. Ungheria*, cit. par. 74-75.

dell'assunzione e 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 Perez*⁶⁴³ 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*⁶⁴⁴, 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:

⁶⁴¹ Corte 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, ECLI:EU:C:2014:2005.

⁶⁴² *Hennigs*, Cause riunite C-297/10 e C-298/10, cit.

⁶⁴³ Corte giust. 13 novembre 2014, *Mario Vital Pérez contro Ayuntamiento de Oviedo*, Causa C-416/13, ECLI:EU:2014:2371.

⁶⁴⁴ *Colin Wolf contro Stadt Frankfurt am Main*, Causa C-229/08, cit.

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 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).⁶⁴⁵

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

⁶⁴⁵ *Vital Perez*, cit. par. 53.

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 specie⁶⁴⁶, tale da non giustificare l'attivazione dell'eccezione di cui all'articolo 4.1 della direttiva 2000/78/CE.

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*⁶⁴⁷. 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 precedente⁶⁴⁸. 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

⁶⁴⁶ Conclusioni dell'AG Mengozzi in *Vidal 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."

⁶⁴⁷ Corte giust. 11 novembre 2014, *Leopold Schmitzer contro Bundesministerin für Inneres*, Causa C-530/13, ECLI:EU:C:2014:2359.

⁶⁴⁸ V. *Hutter*, cit.

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 polizia⁶⁴⁹, o per la partecipazione ad ulteriori concorsi pubblici a livello nazionale, oppure persino comunitario⁶⁵⁰. 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 ambito⁶⁵¹, 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.

⁶⁴⁹ 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.

⁶⁵⁰ 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.

⁶⁵¹ 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.

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 (sulla base dell'età) dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione*

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 14⁶⁵² 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 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'Unione⁶⁵³, 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 fondamentale⁶⁵⁴: 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.

⁶⁵² “La presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile.”

⁶⁵³ V. le conclusioni dell'AG Cruz Villalon in *Prigge*, cit.

⁶⁵⁴ Art. 28 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

c. Lo scopo di applicazione personale della direttiva 2000/78/CE

Il 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 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'etnia⁶⁵⁵ e sulla razza⁶⁵⁶ 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 razziali⁶⁵⁷. Un ulteriore impulso⁶⁵⁸ alla regolamentazione della lotta contro questo genere di discriminazioni⁶⁵⁹ 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

⁶⁵⁵ 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."

⁶⁵⁶ 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."

⁶⁵⁷ 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.

⁶⁵⁸ A. Triandafyllidou, "Addressing Cultural, Ethnic and Religious Diversity Challenges in Europe, A Comparative Overview of 15 European Countries", EUI RSCAS 2011/02.

⁶⁵⁹ 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 dà o addirittura dall'individuazione della loro esistenza, che pertiene comunque in ultima analisi all'antropologia).

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 etnica⁶⁶⁰.

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

⁶⁶⁰ 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).

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 comma⁶⁶¹ 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, anche criminose⁶⁶², per violazioni del divieto di discriminazione sulla base della razza, come già avviene in numerosi stati membri).

⁶⁶¹ Art. 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."

⁶⁶² 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.

c. *Gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea*

Il diritto derivato dell'Unione Europea⁶⁶³ 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/CE⁶⁶⁴, 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 direttiva⁶⁶⁵, 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 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

⁶⁶³ 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.

⁶⁶⁴ 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.

⁶⁶⁵ V. Favilli, *Il divieto di discriminazione nell'Unione Europea*, op.cit. p. 229.

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.⁶⁶⁶

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/CE⁶⁶⁷ 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 nella direttiva 2000/43/CE

⁶⁶⁶ Considerando n. 6, direttiva 2000/43/CE.

⁶⁶⁷ 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,⁶⁶⁸

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.⁶⁶⁹

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.⁶⁷⁰

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.

⁶⁶⁸ Art. 2.2 a) direttiva 2000/43/CE.

⁶⁶⁹ Art. 2.2 b) direttiva 2000/43/CE.

⁶⁷⁰ Art. 2.3 direttiva 2000/43/CE.

b. Ambito di applicazione personale e materiale

- *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.

- *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 autorità⁶⁷¹. Lo specifico riferimento agli organismi di diritto pubblico è inserito

⁶⁷¹ 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

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 combina⁶⁷² con le disposizioni dei trattati che regolano il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità⁶⁷³ e i diritti di circolazione dei cittadini europei⁶⁷⁴. 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).

- *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

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.

⁶⁷²Art. 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.

⁶⁷³Art. 18 TFUE.

⁶⁷⁴Direttiva 2004/38/CE.

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.⁶⁷⁵

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)⁶⁷⁶. 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 del diritto. Rimane l'esempio di scuola, per il quale si può senza meno dire che questo

⁶⁷⁵ Art. 4, direttiva 2000/43/CE.

⁶⁷⁶ 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.

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 espressamente⁶⁷⁷ 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. La difesa dei diritti in giudizio: legittimazione ad agire, onere della prova e sanzioni

- *La 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.

⁶⁷⁷ 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.

Particolarmente interessante è il riconoscimento, da parte degli stati membri, del diritto di agire e stare in giudizio⁶⁷⁸ per le vittime di casi di discriminazione conferito alle associazioni che a diverso titolo rappresentino le vittime:

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.⁶⁷⁹

- *L' 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)

⁶⁷⁸ 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

⁶⁷⁹Art. 7.2 direttiva 2000/43/CE.

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.

- *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, 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 ammissibili⁶⁸⁰ 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,

⁶⁸⁰ V. il rapporto della Commissione Europea, *Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law*, cit. pag. 31 ss.

amministrative ed opportunità di risarcimento in sede giurisdizionale per dare corretta attuazione alla direttiva⁶⁸¹.

- *Gli 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 Anti-discriminazioni Razziali (UNAR), istituito presso la Presidenza del Consiglio dei 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*⁶⁸². 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

⁶⁸¹ 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.

⁶⁸² Corte giust. 10 luglio 2008, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, Causa C-54/07, Racc. 2008 I-05187.

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 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*⁶⁸³, 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*⁶⁸⁴ 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*⁶⁸⁵, 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 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.

⁶⁸³ 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.

⁶⁸⁴ Corte giust. 7 luglio 2011, *Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești contro Ștefan Agafitei e altri*, Causa C-310/10, Racc. 2011 I-05989.

⁶⁸⁵ Corte giust. 19 aprile 2012, *Galina Meister contro Speech Design Carrier Systems GmbH*, Causa C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217.

Anche nella successiva sentenza *Kamberaj*⁶⁸⁶, 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*⁶⁸⁷. 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 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

⁶⁸⁶ 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.

⁶⁸⁷ Corte giust. 31 gennaio 2013, *Valeri Hariev Belov contro CHEZ Elektro Balgaria AD e altri*, Causa C-394/11, ECLI:EU:C:2013:48.

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*⁶⁸⁸, 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

⁶⁸⁸ *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, Causa C-83/14 P.

persone che appartengono all'etnia Rom⁶⁸⁹ 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*⁶⁹⁰, nella quale la Corte sembra utilizzare il principio di non discriminazione sulla base della razza all'interno di

⁶⁸⁹ 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. La 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.

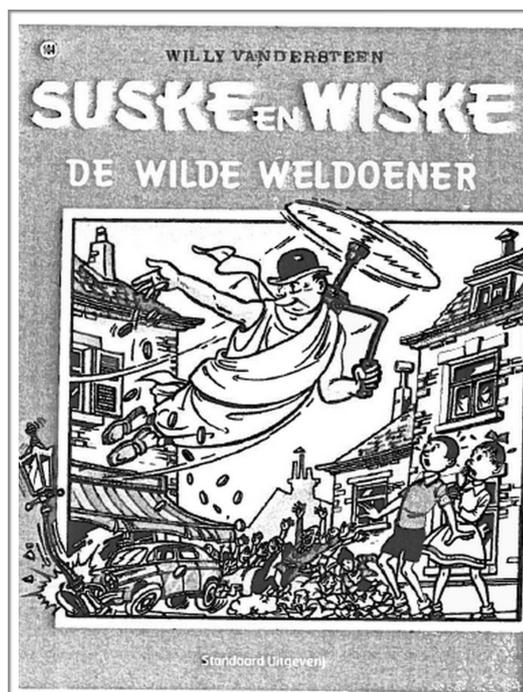
⁶⁹⁰ Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, Causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132.

una controversia tra privati come un vero e proprio parametro di costituzionalità della misura interna.

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 direttive⁶⁹¹ e di limiti all'ambito di applicazione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea⁶⁹². Si potrebbe allora ritenere di essere di

⁶⁹¹ Vedi la dottrina *Marshall*, che impone la non applicabilità delle direttive alle controversie tra privati, 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.

⁶⁹² 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 Fiscal*, 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.

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, 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.⁶⁹³

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).⁶⁹⁴

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

⁶⁹³ *Deckmyn*, cit. par. 30.

⁶⁹⁴ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon in *Deckmyn*, cit. par. 78.

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.

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).⁶⁹⁵

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

⁶⁹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz Villalon in *Deckmyn*, cit. par. 79.

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.

Capitolo IV: Il divieto di discriminazione sulla base della religione

1. L'interdizione della discriminazione sulla base della religione nel diritto dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

La tutela della discriminazione religiosa è un fenomeno⁶⁹⁶ relativamente nuovo⁶⁹⁷ all'interno del diritto dell'Unione Europea⁶⁹⁸ 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 degli elementi che caratterizzano l'identità costituzionale dell'Unione Europea.

⁶⁹⁶ Si vedano le linee guida del Consiglio dei Ministri dell'Unione Europea, *EU Guidelines on the promotion and protection of freedom of religion or belief*, Meeting del Consiglio dei Ministri degli affari esteri, Luxembourg, 24 Giugno 2013. Nelle linee guida il Consiglio afferma di svolgere il proprio mandato nel pieno rispetto della libertà religiosa.

⁶⁹⁷ Non vi è infatti una disciplina europea che regoli, per esempio, l'esercizio dei culti, o le relazioni fra le diverse confessioni religiose e le loro istituzioni e l'Unione Europea (anche se i Trattati disciplinano il dialogo fra i rappresentanti delle confessioni religiose e la Commissione, seppure in via informale).

⁶⁹⁸ Si veda L. De Gregorio (a cura di.), *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2012. L. Zucca, C. Ungureanu, *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. D. Grimm, *Conflict Between general laws and religious norms*, *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 3, p. 2369. K. H. Ladeur, *The myth of the neutral state and the individualization of religion: the relationship between state and religion in the face of fundamentalism*, *Cardozo Law Review*, 2009, vol. 6, p. 2445. S. Ferrari, *Law and religion in a secular world: a European perspective*, *Ecclesiastical law journal*, 2012, v. 3, p. 355.

Questo fenomeno discriminatorio⁶⁹⁹ è legato al progressivo recupero della centralità all'interno dello spazio pubblico che le diverse religioni⁷⁰⁰ (in particolare quelle monoteiste) hanno riacquisito negli ultimi due decenni⁷⁰¹, 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 carismatiche⁷⁰² che spesso aspirano ad acquisire lo status di religione all'interno dei vari stati nazionali, 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/conflitti fra diritti: 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

⁶⁹⁹ Su cui si veda il rapporto dell'intergruppo parlamentare per la libertà religiosa istituito presso il Parlamento Europeo, che si occupa specificamente di questa questione: *European Parliament Working Group on Freedom of Religion and Belief, 2013 Annual Report (last released)*, disponibile al link <http://www.religiousfreedom.eu/wp-content/uploads/2014/02/EPWG-2013-Report-Final-for-printing.pdf>.

⁷⁰⁰ La protezione contro le discriminazioni non è tuttavia assicurata soltanto ai credenti. Una specifica protezione è anche riservata non solo alle discriminazioni basate sulla religione, ma anche a quelle basate sull'assenza di una religione. Come stabiliscono infatti le linee guida del Consiglio: "Persons who change or leave their religion or belief, as well as persons holding non-theistic or atheistic beliefs should be equally protected, as well as people who do not profess any religion or belief." (punto 2).

⁷⁰¹ Così le statistiche del Pew Research Centre su scala globale: <http://www.pewforum.org/2012/12/18/table-religious-composition-by-country-in-numbers/>. E su scala europea: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/04/15/europe-projected-to-retain-its-christian-majority-but-religious-minorities-will-grow/>. In particolare, si veda come l'aumento in numero dei fenomeni religiosi considerati fino a qualche decennio fa di minoranza possa dare origine a nuovi problemi giuridici, che potrebbero riguardare persino l'importazione di sistemi giuridici diversi da quelli continentali, come avviene per fenomeni come il microcredito o la finanza islamica che stanno conoscendo un successo crescente, per esempio, nel Regno Unito.

⁷⁰² 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 (a cura di), *Laicità e diritto*, Bononia University Press, Bologna, 2007.

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 21⁷⁰³. 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 differenti⁷⁰⁴.

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).

⁷⁰³ 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 [...].

⁷⁰⁴ 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.

Come si spiega l'asimmetria fra la crescente domanda di tutela (e regolamentazione) e la minore offerta da parte della giurisprudenza⁷⁰⁵? Per quanto riguarda l'Unione Europea, la radice è soprattutto nelle teorie funzionaliste e neofunzionaliste⁷⁰⁶ 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 quadro⁷⁰⁷, 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

⁷⁰⁵ Si veda N. Bamforth, M. Malik, C. O'Conneide, *Discrimination law : theory and context : text and materials*, Sweet and Maxwell, Londra, 2008.

⁷⁰⁶ Si veda, fra tanti, B. Haas, *The Uniting of Europe, Political, Social and Economic forces*, Stanford University press, Stanford, 1968.

⁷⁰⁷ La Direttiva 2000/78/CE.

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 paragrafo⁷⁰⁸, 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 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.

⁷⁰⁸ 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.

Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose⁷⁰⁹ 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 Institute v Austria*⁷¹⁰, 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,

⁷⁰⁹ 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. M. Gatti, *Autonomy of Religious Organizations in the European Convention on Human Rights and the European Union Law*, in L.S Rossi and G. Di Federico (a cura di), *Fundamental Rights in Europe and China Between Identities and Universalism*. Editoriale Scientifica, 2013, 132-153.

⁷¹⁰ *Otto-Preminger-Institut contro Austria*, Sentenza n.13470/87, del 20 Settembre 1994.

e non dallo Stato. In questo modo, i giudici di hanno tutelato la libertà religiosa delle chiese e compresso, 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*⁷¹¹, 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 fondamentali⁷¹², 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 "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

⁷¹¹ Cit. *supra*.

⁷¹² 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.

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*⁷¹³, 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*⁷¹⁴, che nel caso *Dogru contro Francia*⁷¹⁵, 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*⁷¹⁶, che ribadiva come non fosse consentito obbligare i parlamentari neoeletti a partecipare ad una cerimonia di investitura che prevedeva un giuramento sul Vangelo.

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 Vallauri⁷¹⁷, a cui l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano nel 1998 non rinnovava il

⁷¹³ 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.

⁷¹⁴ *Dalhab c. Svizzera*, sentenza N. 42393/98 del 15 Febbraio 2001.

⁷¹⁵ *Dogru c. Francia*, sentenza N. 27058/05 del 4 Dicembre 2008.

⁷¹⁶ *Buscarini e al. contro Repubblica di San Marino*, sentenza n. 24645/94 del 18 Febbraio 1999.

⁷¹⁷ *Lombardi Vallauri contro Italia*, sentenza n. 39128/05, del 20 Ottobre 2010.

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. Esperiti 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 strettamente ad una valutazione sulla sussistenza di requisiti sostanziali e procedurali da parte delle corti di volta in volta coinvolte⁷¹⁸.

⁷¹⁸ 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

Questo atteggiamento, come hanno sostenuto alcuni in dottrina⁷¹⁹, 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*⁷²⁰ e *Schuth contro Germania*⁷²¹, 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.

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.

allievi. La sentenza è stata poi rovesciata in appello, dove la Camera Grande ha ritenuto di dovere garantire il margine di apprezzamento all'Italia.

⁷¹⁹ 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.

⁷²⁰ *Obst contro Germania*, sentenza n. 425/03 del 23 Settembre 2010.

⁷²¹ *Schuth contro Germania*, sentenza n. 1620/03 del 23 Settembre 2010

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*⁷²², 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*⁷²³, 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.

⁷²² *Siebnhaar contro Germania*, sentenza n. 18136/02 del 3 Febbraio 2011.

⁷²³ *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 anteriore

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 affords⁷²⁴

⁷²⁴ *Ibidem*, par. 80.

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 role being confined to verifying that neither the fundamental principles of domestic law nor the applicant's dignity have been compromised.⁷²⁵

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 comparata⁷²⁶, 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

⁷²⁵ *Ibidem*, par. 84.

⁷²⁶ Come quella effettuata da C. Evans, op. cit. *supra* alla nota 7.

improbabile che la giurisprudenza si cristallizzi su posizioni così sbilanciate⁷²⁷ da un versante, lasciando così scoperto quello della libertà di espressione, della libertà di educazione e della tutela della riservatezza.

⁷²⁷ 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'Agencia 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)⁷²⁸ 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.

⁷²⁸ COM (2008) 426: Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181} [testo disponibile solo in lingua inglese].

Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale⁷²⁹ 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 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 argomenta⁷³⁰ 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.»⁷³¹

⁷²⁹Su 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.

⁷³⁰Wintemute, R. & Andenæs M. (a cura di), *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2001.

⁷³¹Spiegazioni relative alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, doc. n. 2007/C 303/02.

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 famiglia⁷³². 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.

Questa posizione non è univocamente accettata in dottrina, ma non per questo è priva di senso. E' dunque 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 tutelata attraverso la già ben radicata discriminazione sulla base del genere.

Il caso che ha di fatto permesso che discriminazione sul genere e sull'orientamento sessuale si intrecciassero è la sentenza *Cornwall*⁷³³. I fatti

⁷³² 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.

⁷³³ Corte giust. 30 aprile 1996, *P contro S e Cornwall County Council*, Causa C-13/94, Racc. 1996 I-02143. V. C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?*, The Cambridge Law Journal, 1998, p.352-

della sentenza espongono di un dipendente di un'articolazione amministrativa della Cornovaglia che viene licenziato a seguito di cambio di sesso⁷³⁴. 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 tempo⁷³⁵, 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 anticipata nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, 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 discriminato perché uomo o perché donna, ma perché in transizione dallo status fisico e giuridico di uomo a quello di donna. La Corte decide di dare seguito alle conclusioni dell'Avvocato generale⁷³⁶, e di attivare dunque la disciplina sulla discriminazione di genere 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.

373M. Bell, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, European Law Journal, 1999, p.63-81. P. Pallaro,, *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali 1998 p.609-619.

⁷³⁴ 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 ritenere il licenziamento discriminatorio.

⁷³⁵ Si ricorda che l'introduzione del primo *Antidiscrimination Act* in Regno Unito è del 1975.

⁷³⁶ Cfr. 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 tradizione 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 [...]"

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*⁷³⁷, 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, anche in questo caso, era inerente la possibilità di assegnare al convivente dello stesso sesso il medesimo sussidio, attraverso la copertura della nozione di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale all'articolo 119 del Trattato⁷³⁸, 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

⁷³⁷ Corte giust. 17 febbraio 1998, *Lisa Jacqueline Grant contro South-West Trains Ltd*, Causa C-249/96, Racc.1998 I-00621.

⁷³⁸ Poi art. 141 TCE ed ora articolo 157 TFUE, sul principio di parità di retribuzione fra sesso maschile e sesso femminile.

discriminazione sull'identità da altri organismi internazionali⁷³⁹, 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».⁷⁴⁰

Un richiamo forte, dunque, al principio di attribuzione come limite alle interpretazioni estensive⁷⁴¹, 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

⁷³⁹ 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).

⁷⁴⁰ *Grant*, par. 45-46.

⁷⁴¹ Limite che peraltro è molto elastico, poiché non sembra avere influenzato la Corte o l'Avvocato generale nel precedente caso *P./S.*, (che però riguardava una pratica più estrema, ed odiosa, di licenziamento discriminatorio, mentre in questo caso in gioco vi era soltanto un rimborso delle spese di viaggio) e che rende bene l'idea di come fatti simili possano condurre a soluzioni molto diverse.

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 da subito⁷⁴² la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale fra gli ambiti protetti dalla Convenzione.

L'articolo 14 della Cedu, infatti, riporta⁷⁴³:

⁷⁴² 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. Corte Eur. Dir. Uomo, *Schalk e Kopf c. Austria* (Prima Sezione), 24 Giugno 2010, n. 30141/04, 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)."

⁷⁴³ Si vedano alcune illustrazioni fatte in dottrina sull'atteggiamento tenuto dalla Corte sul principio di non discriminazione: J. Schokkenbroek, *The Prohibition of Discrimination in Article 14 of the Convention and the Margin of Appreciation*, *European Human Rights Law Journal* vol, 20, 1998. S. Livingstone, *Article 14 and the Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, vol. 25, 1997.

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 racial 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 (ma anche i Trattati) ricomprende espressamente la non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale fra gli ambiti tutelati, la Cedu non offre una tutela esplicita 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.

I casi principali che ci permettono di comprendere l'evoluzione della tutela offerta nella Cedu avverso le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale⁷⁴⁴ sono, fra i tanti: 1) *Fretté contro Francia*⁷⁴⁵, 2) *E. B. contro Francia*⁷⁴⁶, 3) *Schalk e Kopf contro Austria*⁷⁴⁷, 4) *B. contro Austria*⁷⁴⁸, 5) *JM contro Regno Unito*⁷⁴⁹ e 6) *X contro Austria*⁷⁵⁰. Sono sentenze molto diverse fra

⁷⁴⁴ Sul punto si veda C. Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza*, Quaderni Costituzionali, 2009.

⁷⁴⁵ Corte Eur. Dir. Uomo, *Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sentenza del 26 febbraio 2002.

⁷⁴⁶ Corte Eur. Dir. Uomo, *E.B. c. Francia*, caso n. 43546/02, sentenza del 22 Gennaio 2008.

⁷⁴⁷ Corte Eur. Dir. Uomo, *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, 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.

⁷⁴⁸ Corte Eur. Dir. Uomo, *P.B. e J.S. c. Austria*, n.18984/02, 22 Giugno 2010.

⁷⁴⁹ Corte Eur. Dir. Uomo, *J.M. c. Regno Unito*, n. 37060/06, 28 Settembre 2010.

⁷⁵⁰ Corte Eur. Dir. Uomo, *X e al. c. Austria*, n. 19010/07, 13 Febbraio 2013, dove si veda in particolare par. 99.

di loro⁷⁵¹, 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 (i.e. alla riservatezza) 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 evolutiva⁷⁵² 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 messo sullo stesso piano l'adozione da parte di una singola persona eterosessuale con quella di una coppia eterosessuale.

Anche nel caso *X contro Austria*, effettivamente, si trattava di un'adozione, tema molto delicato 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 sessuale⁷⁵³, mentre le persone coinvolte in una relazione con persone dello stesso sesso non potevano essere soggetti capaci di adottare.

⁷⁵¹ Si veda ancora C. Danisi, *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.

⁷⁵² 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.

⁷⁵³ Per la verità, secondo la legge austriaca, anche le persone di sesso diverso impegnate in una relazione non matrimoniale potevano adottare.

Riprendendo e rielaborando il ragionamento già fatto in *E. B. contro Francia*, la Corte riteneva dunque che fosse discriminatorio motivare il rifiuto di concedere l'adozione basandosi esclusivamente sull'orientamento sessuale⁷⁵⁴ degli adottanti:

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.⁷⁵⁵

Dunque non si può certamente accusare la Corte di Strasburgo di non avere fatto tutto quanto necessario per la tutela delle persone omosessuali. Tra l'altro bisogna tenere nella dovuta considerazione il fatto che la Corte abbia operato nell'assenza di un concreto consenso esistente fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa. Non si può neanche pretendere, tuttavia, che intervenga con decisione su questioni sensibili e delicate quali i diritti matrimoniali e la

⁷⁵⁴ 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.

⁷⁵⁵ *X e al. C. Austria*, cit. par. 142.

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.⁷⁵⁶

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

⁷⁵⁶ *Schalk e Kopf c. Austria*, cit. par. 101.

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).⁷⁵⁷

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 all'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) 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.

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 non è senza difficoltà a Strasburgo, a Lussemburgo l'accettazione di un'interpretazione evolutiva dei Trattati sembra essere più condivisa⁷⁵⁸. Se infatti si eccipisce il caso di un dipendente del Consiglio dei

⁷⁵⁷ *Schalk e Kopf c. Austria*, cit. par. 105.

⁷⁵⁸ 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.

Ministri dell'Unione Europea al quale era stata negato⁷⁵⁹ il sussidio abitativo che le istituzioni accordano solitamente alle coppie sposate, 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 sesso una volta che il soggetto si era sottoposto al trattamento chirurgico. Il caso in questione era *K. B.*⁷⁶⁰. La Corte di Giustizia aveva avuto in questo caso buon gioco, perché proprio qualche anno prima la Corte di Strasburgo aveva, nel caso *Goodwin*⁷⁶¹, 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 dottrina⁷⁶² 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

⁷⁵⁹ Corte giust. 31 maggio 2001, *D e Regno di Svezia contro Consiglio dell'Unione europea*, Cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, Raccolta della giurisprudenza, 2001 I-04319.

⁷⁶⁰ 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 I-00541.

⁷⁶¹ Corte Eur. Dir. Uomo, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, n. 28957/95, 1 Dicembre 1997.

⁷⁶² Si veda fra tutti M. Cartabia, *Taking Dialogue Seriously*, *European Constitutional Law Review*, 2009, pp.5-30.

ambito⁷⁶³, 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*⁷⁶⁴, 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 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

⁷⁶³ 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*, cit. *infra*.

⁷⁶⁴ C-267/06, *Tadao Maruko contro Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

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*⁷⁶⁵, 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 premere il grilletto. Come ha dunque notato Davies⁷⁶⁶, 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:

⁷⁶⁵C-147/08, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*.

⁷⁶⁶Davies, 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.

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.⁷⁶⁷

La Corte, dunque, in questo modo 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

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*⁷⁶⁸. Il caso riguardava il presidente di una nota formazione di calcio rumena ed internazionale, lo *Steaua Bucarest*, che aveva rilasciato dichiarazioni⁷⁶⁹

⁷⁶⁷ *Romer*, cit. *supra*, par. 42.

⁷⁶⁸ Caso C-81/12, *Asociația ACCEPT c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*.

⁷⁶⁹ 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

discriminatorie 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.

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:

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 ubriaccone... ma se è omosessuale, non voglio più sentirne parlare”.

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.⁷⁷⁰

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 [...].⁷⁷¹

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.

⁷⁷⁰ *Accept*, par. 69-70.

⁷⁷¹ *Accept*, par. 71.

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 porta a riflettere su come la direttiva 2000/78 si presti a dispiegare i suoi effetti, in casi particolari, anche nei rapporti fra privati⁷⁷², prestandosi a causare il cortocircuito di cui si è già parlato in sede di discriminazioni sulla base dell'età⁷⁷³. 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 una sorta di catena soggetto privato - soggetto pubblico - soggetto privato, che ricrea quell'effetto diretto triangolare⁷⁷⁴ che può essere considerato un valido surrogato dell'effetto diretto orizzontale (che, come è pacificamente accettato, è da escludersi per le direttive).

6. Ancora su *Hay*: anche l'interdizione della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale può avere effetto diretto orizzontale?

Il caso *Hay*⁷⁷⁵ è stato già ripreso nel corso di questo lavoro, in modo particolare ai fini dell'individuazione del corretto termine di paragone. Tuttavia questo caso

⁷⁷² Si ribadisce qui come non si ignori la distinzione fra obbligo di interpretazione conforme ed effetto diretto orizzontale. E' pure vero che

⁷⁷³ Si veda in particolare il riferimento all'utilizzo fatto dalla Corte dello strumento delle direttive in combinato disposto con il principio di non discriminazione all'interno delle sentenze *Mangold* e *Kucukdeveci*, ma anche *Deckmym*, oppure *Hay*. Tutte le sentenze sono già state citate infra.

⁷⁷⁴ Così in particolare Corte giust. 7 gennaio 2004, *The Queen, su richiesta di Delena Wells contro Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, Causa C-201/02, Racc.2004 I-00723.

⁷⁷⁵ Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12. ECLI:EU:C:2013:823. V. D. Simon, *Orientation sexuelle*, Europe 2014, Février Com. n° 2 p.11. M. Castellaneta, *Unioni omosessuali: sì al congedo matrimoniale per tutti i lavoratori che hanno stipulato un Pacs. Riconosciuti i diritti e benefici anche se lo Stato non consente alla coppia di sposarsi*, Guida al Diritto 2014 n° 3 p.104-106.

è rilevante anche per un'altra ragione. Se in *Accept* la possibilità dell'applicazione del diritto dell'Unione Europea ad una controversia tra privati è resa meno evidente dalla presenza di una associazione ricorrente che si fa carico di proporre l'azione per conto del giocatore discriminato davanti all'autorità competente, in *Hay* l'autorità statale non esercita questo potere di mediazione. Il caso infatti riguarda il diritto ad un congedo premio, oltre che ad un incentivo in denaro, che, secondo il contratto di lavoro in essere fra il datore di lavoro e il dipendente, spettava soltanto alle coppie che potevano contrarre matrimonio (e dunque, all'epoca dei fatti della causa, solo le coppie eterosessuali). La disciplina inerente il congedo premio era regolata da un contratto collettivo, che conteneva l'indicazione del permesso premio. E questa era l'unica (comunque labile) connessione che vi era, nella causa in parola, fra i ricorrenti (che erano comunque due privati, da una parte il dipendente, dall'altra il datore di lavoro, una banca). La Corte inoltre liquida in maniera piuttosto sbrigativa la questione dell'applicazione della direttiva⁷⁷⁶ al caso di specie, facendo riferimento ad altri due casi⁷⁷⁷, citati in questo lavoro con riferimento al principio di non discriminazione sulla base dell'età, in cui è invece piuttosto evidente che lo stesso si possa applicare alle controversie tra privati (come la Corte ha ammesso in *Mangold*). L'unica possibilità di qualificare come interpretazione conforme l'intervento della Corte in questo caso è quella di individuare la materia del contendere esclusivamente nella applicazione del contratto collettivo, ed addossandone la responsabilità della violazione esclusivamente nei confronti dello stato. Tuttavia il contratto collettivo è negoziato dallo stato insieme a tutte le parti sociali, e non è dunque assimilabile

⁷⁷⁶ Casi che peraltro essi stessi coinvolgevano soggetti privati. V. par. 27 della sentenza: "Riguardo all'applicazione della direttiva 2000/78 alle disposizioni di un contratto collettivo come quello di cui trattasi nel procedimento principale, è giurisprudenza della Corte che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di detta direttiva, le parti sociali devono agire nel rispetto della medesima."

⁷⁷⁷ Corte giust. 13 settembre 2011, *Prigge e a.*, C-447/09, Racc. 2009, I-8003, punto 48. Corte giust. 7 giugno 2012, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, C-132/11, punto 22 ECLI:EU:C:2012:329.

in toto ad una legge dello stato, perché molteplici sono i soggetti che intervengono nella sua formazione, con un potere contrattuale forte (non per nulla prende il nome di contratto, e non di statuto). Di conseguenza si può, almeno in linea di principio, escludere di essere di fronte ad una ipotesi di interpretazione conforme del diritto interno ai sensi di quello dell'Unione⁷⁷⁸, e ritenere che, per quanto attraverso lo schermo del contratto collettivo, il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale sia stato per la prima volta applicato ad una controversia tra privati. Il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale va dunque ad aggiungersi a quello sulla base dell'età, del sesso e della nazionalità (e della razza?), che sono già stati applicati a controversie tra privati. Tuttavia una sentenza di questa portata, se non correttamente interpretata, può fare entrare in cortocircuito la dottrina degli effetti diretti, poiché impone l'applicazione di una direttiva, strumento rivolto agli stati per eccellenza, ad una controversia tra privati. La soluzione che si propone in questo lavoro per evitare di ricadere in questa aporia giurisprudenziale è quella di riconoscere, come la Corte ha fatto in *Mangold*, al principio di non discriminazione un ambito di applicazione autonomo, e di applicarlo in vece delle direttive alle controversie tra privati, alla stregua di un parametro di costituzionalità.

⁷⁷⁸ Se infatti si fosse in presenza di un dubbio in merito all'applicazione del principio d

A partire dalle ricerche effettuate, si presentano le seguenti

Conclusioni

Lo studio dell'Unione Europea come ordinamento costituzionale sta conoscendo una fase di crisi. Nonostante ciò, dall'approfondimento della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sia per quanto riguarda la struttura del giudizio – Sez.I - in generale che per quanto riguarda i singoli motivi di discriminazione trattati nella seconda sezione di questo lavoro) e degli strumenti giuridici di diritto primario e derivato si può 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 (v. Introduzione). L'identità costituzionale, in mancanza di un elemento 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 sia limitato nel suo scopo materiale e personale.

Tuttavia, come è piuttosto evidente in diversi punti della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁷⁷⁹, il principio di non discriminazione

⁷⁷⁹Per citare gli esempi più rilevanti nella giurisprudenza sottolineata in questo lavoro: Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, Causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823, Corte giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, Racc. 2010 I-00365, Corte giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, Causa C-144/04, Racc. 2005 I-09981, Corte giust. 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*, Causa C-34/09, Racc. 2011 I-01177.

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 (vedi cap. II, Parte II, Sez. II) è, per esempio, particolarmente evidente che questo principio sfugge più volte al limite dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione⁷⁸⁰. 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 (e l'evoluzione legislativa è stata spesso anticipata da quella giurisprudenziale). Ancora, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità (con particolare riferimento a quella sulla cittadinanza) 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 dottrina⁷⁸¹ che in sentenze quali *Chen*⁷⁸² e *Zambrano*⁷⁸³ 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

⁷⁸⁰ 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). V. Cap. II, Sez. II, Parte II di questo lavoro.

⁷⁸¹ V. G. Davies, *Legislative control of the European Court of Justice*, Common Market Law Review, 2014, vol. 6, pp. 1579 ss.

⁷⁸² 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.

⁷⁸³ Corte giust. 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*, Causa C-34/09, Racc. 2011 I-01177.

richiedeva all'Unione di agire per fare rispettare i loro diritti fondamentali. Per utilizzare un linguaggio che è comune alle tradizioni costituzionali 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 connessi allo status di cittadinanza europea. L'ordinamento dell'Unione può dunque vincere il principio di attribuzione delle competenze qualora gli stati nazionali mettano in pericolo il nucleo fondamentale⁷⁸⁴ 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.

1. Una soluzione: Il principio di non discriminazione come catalizzatore degli effetti diretti degli strumenti normativi del diritto dell'Unione.

L' *effetto utile* del diritto dell'Unione Europea è uno dei principi che ne caratterizzano l'ordinamento costituzionale. L'ordinamento dell'Unione infatti è 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 dottrina degli effetti diretti, attraverso la quale 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

⁷⁸⁴ Così p.e. A. Von Bogdandy, M. Kottmann, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Smrkolj, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, *Common Market Law Review*, 2012, vol. 2, pp. 489–519.

Giustizia. Questo strumento, (V. in part. il Cap. X, II Sezione⁷⁸⁵), permette di risolvere contrasti fra il diritto dell'Unione e quello degli stati nazionali senza dovere ricorrere alle Corti supreme.

E' naturale che un tale potere conferito ai giudici nazionali venga utilizzato con una certa discrezione, soprattutto quando essi 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, 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 è previsto da 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.

⁷⁸⁵ Così *Kucukdeveci*, Corte giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, Racc. 2010 I-00365, 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.

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 la CGUE ha precisato, la natura di questi strumenti rende quasi impossibile⁷⁸⁶ 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 giuridico che si vorrebbe utilizzare come veicolo del diritto dell'Unione.

Una possibile soluzione a questo problema può essere trovata nell'applicazione del principio di non discriminazione alle controversie tra privati in vece delle direttive. Questo emerge in particolare da alcune delle sentenze della Corte di Giustizia analizzate, che a prima vista farebbero 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*⁷⁸⁷ 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*⁷⁸⁸ 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

⁷⁸⁶ 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.

⁷⁸⁷ Corte giust. 19 gennaio 2010, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, Causa C-555/07, Racc. 2010 I-00365.

⁷⁸⁸ Corte giust. 12 dicembre 2013, *Frédéric Hay contro Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, Causa C-267/12, ECLI:EU:C:2013:823.

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*⁷⁸⁹ 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 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 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, dunque, non trova applicazione una direttiva, ma è il giudice nazionale a dovere assicurare l'interpretazione della norma

⁷⁸⁹ Corte giust. 3 settembre 2014, *Johan Deckmyn e Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen e altri*, Causa C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132.

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 in questo caso 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.

2. Un problema: le sperequazioni all'interno dei differenti motivi di discriminazione, un' "uguaglianza differenziata"?

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 si è basata soprattutto sui principi generali. 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.

Le sperequazioni fra le tipologie di discriminazione sono piuttosto evidenti e non facilmente giustificabili. Il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità,(cap. I, II Sezione) quello sulla base del genere (cap. II, II Sez.) 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. Quanto 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.

I punti sinora sviluppati 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 può rappresentare il nucleo centrale dell'identità costituzionale dell'Unione Europea? Dalle analisi presentate in questo lavoro una risposta, per quanto sfumata, sembra potersi dare in senso affermativo.

Le sentenze della Corte di Giustizia hanno infatti 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 potrebbe essere perseguito soltanto dal giudice costituzionale. E' in *Zambrano* che 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 costituzionale⁷⁹⁰ diffuso basato sulla legittimità degli strumenti nazionali con il divieto di discriminazione.

⁷⁹⁰ V. G. 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

Introduzione: L'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	105
1. La nozione di identità costituzionale dell'Unione Europea.....	105
2. Il contenuto dell'identità costituzionale.....	107
3. Le espressioni del principio di non discriminazione all'interno dei Trattati istitutivi dell'Unione Europea.....	116
4. La necessità e la novità di un'analisi sul contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	121
5. Indicazioni metodologiche.....	122
Sezione I: la struttura del giudizio sulla discriminazione davanti alle Corti Europee	124
Prima Parte: il giudizio davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	124
Capitolo I: L'introduzione del giudizio davanti alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo.....	124
1. La struttura e le caratteristiche del giudizio sulla discriminazione davanti alla Corte Europea dei Diritti Umani.....	129
2. La fase di valutazione ed ammissibilità dei motivi d'appello.....	131
3. L'individuazione della forma della discriminazione.....	133
a. Le discriminazioni dirette.....	134
b. Le discriminazioni indirette.....	137
c. L'intimidazione, gli hate speeches e gli hate crimes.....	139
Capitolo II: La fase di comparazione davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo	140
1. Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio c.d. "leggero".....	142
a. Tipologie non basate su caratteristiche personali.....	142
b. Tipologie di differenze di trattamento basate su caratteristiche personali.....	146
2. Tipologie di discriminazione sottoposte a scrutinio severo: i serious grounds of discrimination.....	147
Seconda Parte: il giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	155
Capitolo I: La fase introduttiva del giudizio e di individuazione dello svantaggio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	155

1. Premessa: Dalla circolazione delle merci alla parità di retribuzione fra uomo e donna, il carattere misto del giudizio sulla discriminazione.....	159
2. Struttura e caratteristiche del giudizio sulla discriminazione davanti alla corte di giustizia	162
3. Il ruolo di primo piano del rinvio pregiudiziale nell'introduzione dell'istanza	165
a. L'importanza del rinvio pregiudiziale per il principio di non discriminazione: le sentenze sulla libera circolazione delle merci	166
b. Il rinvio pregiudiziale nella giurisprudenza della Corte successiva al 2000.....	169
4. Gli altri metodi a disposizione per introdurre un ricorso in materia di discriminazione davanti alla CGUE.....	171
a. il ricorso per annullamento	171
b. il ricorso per inadempimento.....	173
5. La fase di individuazione dello svantaggio.....	174
a. Le tipologie di svantaggio riconosciute dalla Corte: la discriminazione diretta.....	176
b. Le discriminazioni indirette.....	180
c. I comportamenti intimidatori.....	185
Capitolo II: La fase di comparazione e la eventuale giustificazione della violazione del principio di non discriminazione davanti alla Corte di Giustizia	188
1. La fase di comparazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	190
a. Comparazione, razionalità e ragionevolezza	190
b. Comparazione come individuazione del corretto tertium comparationis	193
c. L'evoluzione recente del carattere strumentale del test di comparazione	201
d. la comparabilità fra coppie di persone di sesso opposto e dello stesso sesso	204
2. La fase di giustificazione davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea	209
a. Le deroghe previste dai trattati e dal diritto derivato	210
b. le situazioni puramente interne nell'ambito della libera circolazione delle persone	213
c. Discriminazioni (e azioni) positive.....	215
Sezione II.....	216

Il contributo dato dalla lotta contro specifiche tipologie di discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	216
1. I motivi di discriminazione che contribuiscono allo sviluppo dell'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	216
2. Il contributo del principio di non discriminazione all'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	219
Prima parte: Le tipologie di discriminazione tradizionalmente riconosciute dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.....	220
Capitolo I: Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità ...	220
1. Il contributo del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità al processo di costituzionalizzazione.....	220
2. Il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità e le tensioni fra sovranità e armonizzazione	224
3. La cittadinanza come “status fondamentale del cittadino europeo”	231
4. Le sentenze <i>Dano</i> e <i>McCarthy II</i> : la cittadinanza europea ed i sistemi nazionali di assistenza sociale	233
5. Una conclusione parziale: il rapporto fra la cittadinanza europea e l'identità costituzionale dell'Unione Europea.....	235
Capitolo II: Il divieto di discriminazione sulla base del genere.....	236
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	238
2. La parità di genere in pratica: il <i>mainstreaming</i> e le azioni positive a tutela della non discriminazione fra uomo e donna sul luogo di lavoro (le quote rosa)	243
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	247
Seconda parte: le tipologie di discriminazione tutelate dalle direttive gemelle (2000/43/CE e 2000/78/CE).....	250
Capitolo I: Il divieto di discriminazione sulla base della disabilità	250
1. Gli strumenti internazionali a tutela dalle discriminazioni basate sulla disabilità	251
2. La Carta sociale europea.....	253
a. Il controllo attraverso il Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato governativo ed il Comitato dei ministri	255
b. Il meccanismo di ricorso collettivo	256
3. Gli strumenti del diritto dell'Unione Europea a tutela delle persone disabili	256

a. La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali.....	257
b. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.....	258
c. La direttiva 2000/78/CE	259
4. La nozione di disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia/la giurisprudenza della CEG sul principio di non discriminazione sulla base della disabilità	262
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.....	274
6. Conclusioni preliminari.....	280
Capitolo II: Il divieto di discriminazione sulla base dell'età	281
1. Lo sviluppo della giurisprudenza sulle discriminazioni sulla base dell'età: da Mangold a Kucukdeveci	281
a. Il primo caso di efficacia diretta orizzontale del principio di non discriminazione? la sentenza Mangold.....	282
b. La Corte chiarisce? La necessità di un legame con il diritto dell'Unione Europea	287
c. Kucukdeveci: si spezza di nuovo il legame fra il diritto UE ed il principio di non discriminazione?.....	291
2. L' "ampio margine di discrezionalità" che hanno gli stati nel dare applicazione al divieto di discriminazione sulla base dell'età.....	296
3. Le eccezioni al divieto di discriminazione sulla base dell'età nei dettagli: l'art. 2,5, il 4.1 e il 6.1 della direttiva 2000/78/CE	309
4. Conclusioni preliminari.....	320
a. La progressiva autonomia dell'applicazione del principio di non discriminazione (sulla base dell'età) dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione	320
b. Lo scopo di applicazione materiale della direttiva 2000/78/CE.....	321
c. Lo scopo di applicazione personale della direttiva 2000/78/CE.....	322
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.....	322
Capitolo III:Il divieto di discriminazione sulla base della razza.....	324
1. Gli strumenti legislativi europei ed internazionali a tutela della discriminazione razziale.....	324
a. Gli strumenti di diritto internazionale universale e regionale.....	325
b. Gli strumenti di diritto dell'Unione Europea.....	325
c. Gli strumenti di diritto derivato dell'Unione Europea	327
2. La direttiva 2000/43/CE: struttura ed aspetti problematici	328
a. Definizione di discriminazione nella direttiva 2000/43/CE.....	328

b. Ambito di applicazione personale e materiale	330
c. eccezioni al divieto di discriminazione sulla base della razza.....	332
d. La difesa dei diritti in giudizio: legittimazione ad agire, onere della prova e sanzioni.....	333
3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul divieto di discriminazione sulla base della razza	336
4. Il principio di non discriminazione sulla base della razza oltre la direttiva 2000/43/CE: il caso <i>Deckmyn</i> fra effetto diretto orizzontale ed interpretazione conforme	341
Capitolo IV: Il divieto di discriminazione sulla base della religione	347
1. L'interdizione della discriminazione sulla base della religione nel diritto dell'Unione Europea e nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo..	347
2. La tutela offerta alla discriminazione religiosa dalla direttiva 2000/78/CE e l'eccezione: il genuino occupational requirement.....	350
3. Il principio di autonomia delle organizzazioni religiose nella giurisprudenza della Cedu	352
4. L'autonomia religiosa nella più recente giurisprudenza della Cedu: il caso <i>Fernandez Martinez contro Spagna</i>	358
5. Il ragionamento della Corte e la collocazione della sentenza rispetto alla giurisprudenza anteriore	360
Capitolo V: Il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale	363
1. La tutela della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'ordinamento dell'Unione Europea	364
2. Il riconoscimento della discriminazione fra orientamento sessuale e discriminazione sulla base del genere: il caso <i>Grant</i> e il caso <i>Cornwall</i> ...	366
3. Il parallelo sviluppo della giurisprudenza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo	370
4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle pensioni di reversibilità: <i>Tadao Maruko</i> e <i>Jurgen Romer</i>	375
5. La sentenza <i>Accept</i> ed il problema dell'applicazione della tutela avverso le discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale: gli effetti sui rapporti tra privati	379
6. Ancora su <i>Hay</i> : anche l'interdizione della discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale può avere effetto diretto orizzontale?	382
Conclusioni	385
1. Una soluzione: Il principio di non discriminazione come catalizzatore degli effetti diretti degli strumenti normativi del diritto dell'Unione.....	387
2. Un problema: le sperequazioni all'interno dei differenti motivi di discriminazione, un' "uguaglianza differenziata"?	391

INDICE	395
BIBLIOGRAFIA	401

BIBLIOGRAFIA

Monografie:

1. Arnadottir, A. *Equality and non discrimination under the European Convention of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijoff, 2004.
2. Arai, Y. *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Bruxelles, 2002.
3. Amato, G. Bribosia, H. et De Witte, B. (a cura di), *Génése et destin de la Constitution Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
4. Balboni M., *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. Aspetti di diritto internazionale e dell'Unione Europea.*, TORINO, Giappichelli, 2012, pp. 304 .
5. Balboni, M. *La Protezione Internazionale in Ragione Del Genere, Dell'orientamento Sessuale E Dell'identità Di Genere. Aspetti Di Diritto Internazionale E dell'Unione Europea.* Giappichelli, 2012.
6. Bamforth, N., Malik M. et O'Conneide, C. *Discrimination Law : theory and context*, Thomson, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.
7. Benedettelli, M.V. *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità Europee*, Cedam, Padova, 1989.
8. Brillat, M. *Le principe de non-discrimination à l'épreuve des rapports entre les droits européens*, Tesi di dottorato difesa il 10 Dicembre 2014, Université de Strasbourg. [Tesi di dottorato]
9. Caggiano, G. *Scritti sul diritto europeo dell'immigrazione*, 2014
10. Craig, P. De Burca, G. *The Evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

11. De Gregorio, L. (a cura di), *Le religioni nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2012.
12. Di Salvatore, E. *L'identità costituzionale dell'Unione Europea e degli stati membri*, Giappichelli, Torino, 2008, 30.
13. Dolso, P. *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Napoli, Jovene, 2013.
14. Ellis, E. , Watson, P. *EU Anti discrimination law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
15. Faiello, M. *Il Divieto Di Discriminazione Nel Diritto dell'Unione Europea*, 2004 [Thèse doctoral]
16. Favilli, C. *La non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologne, 2008.
17. Friedman, S. *Discrimination law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
18. Greer, R. *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention of Human Rights*, Human Rights Files, Council of Europe Publishing, 2000.
19. Kostakopoulou, T. *Citizenship, Identity and Immigration in the European Union*, Manchester University Press, Manchester, 2001.
20. Haas, E.B. *Beyond the nation state: functionalism and international organizations*, Stanford University Press, Stanford, 1964.
21. Haas, E.B. *The Uniting of Europe*, Stanford University Press, Stanford, 1968.
22. Hartley, T. *The Foundations of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

23. EU Fundamental Rights Agency, *Handbook on Non Discrimination*, 2012.
24. McColgan, A. *Discrimination, Equality and the law*, 1 ed, Oxford, Oxford University Press, 2014.
25. McCrea, R. *Religion and the public order of the European Union*, Oxford University Press, 2010.
26. Mortati, C. *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milan, 1998.
27. Nic Shuibhne, N. *The Coherence of EU Free Movement Law : Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
28. Ninatti, S. *Ai confini dell'identità costituzionale (dinamiche familiari e integrazione europea)*, Giappichelli, Torino, 2012.
29. Schiek, D., L. Waddington e M. Bell (a cura di) *Cases, materials and texts on national, supra-national and international non-discrimination law*, Oxford: Hart Publishing 2007.
30. Scheingold, S. A. *The Rule of Law in European Integration*, Westport, Greenwood Press, 1976.
31. Strazzari, D. *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello «europeo» dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padova, 2008.
32. Tesauro, G. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, CEDAM, Milano, 2013.
33. Tizzano, A. Adam, R. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2014.
34. Tobler, C. *Indirect discrimination : a case study into the development of the legal concept of indirect discrimination under EC law*, Intersentia Pub. Antwerp, 2005.

35. Tridimas, T. *The General Principles of EU law*, Oxford University Press, 2012
36. Tryfonidou, A. *Reverse Discrimination in EC law*, Kluwer law International, Den Haag, 2009.
37. Van Dijk & Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Intersentia, 2006.
38. Von Bogdandy, A. *I principi fondamentali dell'Unione Europea (Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo)*, Editoriale Scientifica, Naples, 2011.
39. Wachsmann, P. *Libertes Publiques*, Dalloz, Parigi, 7 ed, 2012.
40. Weiler, J.H.H. *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, 53.
41. Zucca, L., Ungureanu, C. *Law, religion and state in the New Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Opere collettanee:

1. Bagioni, G. *Il principio di non discriminazione sulla base dell'età. In margine al caso Kucukdeveci*, in I. Castangia, G. Bagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 257 ss.
2. Bell, Mark. *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening, The Evolution of EU Law*, P. Craig, G. DeBurca (a cura di), 611 ss, 2011.
3. Benoit Romher, F. *Identité Européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflict?* in *Mélangées en l'honneur de J.P. Jaque*, 2010, Dalloz, p. 63-81.

4. Bribosia, H. *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.
5. Bonardi, O. *Le discriminazione basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio : il quadro comunitario e nazionale*, 2007, p. 125 e ss.
6. Caggiano, G. *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, Scritti in onore di Giuseppe Tesaro. Vol. 1 (2014), p. 6593.
7. Casolari, F. *Commento agli art. 20-26 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, dans M. Baruffi, F. Pocar (a cura di), *Commentario Breve Ai Trattati dell'Unione Europea*, 2eme ed, Cedam, Milan, 2014.
8. Casolari, F. *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*, 2012, 6, pp. 475 - 511.
9. Casolari, F. *Commento all'art. 23 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di) *Commentario breve ai trattati dell'Unione Europea*, Cedam, Milano, 2014, p. 1733 ss.
10. Chatiel, F. *La constitutionalisation de l'Union Européenne : visions croisées des Etats membres*, *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 79.
11. Constantinesco, V. *La convergence entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales : convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ?* *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 79.
12. Di Federico, G. *Fundamental Rights in the EU: Legal Pluralism and Multi-Level Protection after the Lisbon Treaty*, in G. Di Federico (a cura di) *The*

Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument, Springer, Londra, 2011.

13. Gatti, M. *Autonomy of Religious Organizations in the European Convention on Human Rights and the European Union Law*, in L.S Rossi and G. Di Federico (eds), *Fundamental Rights in Europe and China Between Identities and Universalism*. Editoriale Scientifica, 2013, 132-153.

14. Gillian, M. "The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?" In *The Evolution of EU Law (Craig;DeBurca) 1ed.*, 611 ss., 1999.

15. Levade, A. *Identité constitutionnelle et exigences existentielle : comment concilier l'inconciliable*, in *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 109.

16. Nabli, B. *L'identité constitutionnelle de l'Etat de l'Union*, in *Mélanges en honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 155.

17. Poiares Maduro, M. *The scope of european remedies : the case of purely internal situations and reverse discrimination*, C. Klikpatrick, T. Novitz, et P. Skidmore (a cura di), *The future of European Remedies*, Hart Publish. Oxford, 2000.

18. Rossi, L. S. (a cura di) *Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

19. Rossi, L. S. *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l'Union européenne?*. (dirigé avec M. Dony), Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles pp. 1-367. 2007

20. Rossi, L. S. *IL quadro delle competenze dell'Unione dopo il Trattato di Lisbona*, (in) Luigi Vassallo (a cura di), *Il Trattato di Lisbona. Le riforme istituzionali e le nuove competenze per affrontare le grandi sfide della globalizzazione*, Commission européenne, Milan, 2010, p.61-66.

21. Rossi, L.S. (a cura di), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le projet de « Traité Constitution »*, Bruxelles, Bruylant 2004.
22. Rossi, L.S. (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione (verso una nuova architettura dell'Unione Europea)*, Giuffrè, Milano, 2004.
23. Rossi, L.S. *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 (a cura di), *Fundamental Rights in Europe and China, between Regional identities and Universalism*, Editoriale scientifica, Naples, 2013, p. 1.
24. Rossi, L.S. *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona*, dans *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, L. Mezzetti et A. Morrone (a cura di), Torino, Giappichelli 2011, p.119-137
25. Rossi, L.S., Casolari, F. (a cura di), *The EU after Lisbon-Amending or coping with the existing Treaties*, Heidelberg, Springer , 2014, pp. 336.
26. Rossi, L.S. *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino, Giappichelli 2011, p.119-137.
27. Rossi, L.S. *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona e le implicazioni sul processo di integrazione europea*, in *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli Studi degli allievi di Paolo Mengozzi*, LS Rossi, E. Baroncini, Napoli, editoriale scientifica 2010, p 91-116.
28. Rossi, L.S. *Les rapports entre la Charte des droits fondamentaux et le Traité de Lisbonne*, in *Chemins de l'Europe, Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, p.609-625.

29. Rossi, L.S. *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Il processo di integrazione europea: un bilancio di 50 anni dopo i Trattati di Roma* a cura di A. Tizzano, Giappichelli, Torino, 2008 pp. 69 – 85
30. Rossi, L.S. *Supremazie incrociate: Trattato costituzionale europeo e Costituzioni nazionali*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale*, (edited by Luigi Daniele) ESI, 2007 p.399-414
31. Strazzari, D. *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello « europeo » dell'antidiscriminazione*, Cedam, Padua, 2008.
32. Tanzarella, P. *Il margine di apprezzamento*, in Cartabia, M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 145.
33. Waddington, L. *Reasonable Accommodation*, (in) D. Schieck, L. Waddington, et 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.
34. Weiler, J.H.H. *Citizenship and Human Rights*, in J.A. Winter (a cura di), *Reforming the Treaty on European Union*, Kluwer Law International, Den Haag, 1996.
35. Zaccaroni, G. *Citizenship, Third Country Nationals and European Integration : a Broken Dream ?* (in) L.S. Rossi, G. Di Federico (a cura di), *Fundamental Rights in Europe and China, between identity and universalism*, Editoriale Scientifica, Naples, 2013.

Articoli:

1. Adinolfi, A. *Comment on Nimz*, *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, p. 637-645.

2. Arnadottir, A. *Equality and non discrimination under the European Convention of Human Rights*, The Hague, Martinus Nijoff, 2004.
3. Barnard, C. *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows?*, The Cambridge Law Journal, 1998, p.352-373
4. Bell, M. *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, European Law Journal, 1999, p.63-81.
5. Bell, M. *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.
6. Besselink, L. *National and Constitutional Identity before and after Lisbon*. Utrecht Law Review, 2010, vol. 3, p. 36–49.
7. Besson, S. *Gender discrimination under the EU and the ECHR : never shall the twain meet ?*, Human Rights Law Review, vol. 4, 2008, pp. 647 e ss.
8. Besson, S. *Gender discrimination under the EU and the ECHR: never shall the twain meet?*, Human Rights Law Review, vol. 4, 2008, pp. 647 e ss.
9. Bossuyt, N. *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 175.
10. Boujeka, A. *Travail et handicap dans l'Union européenne : manquement de l'Italie dans la transposition de la directive 2000/78 en matière d'aménagements raisonnables*, Revue de droit du travail, 2013, p.707-708.
11. Briboisia, E., Bambois, T. *Interdiction de la discriminazione en raison de l'age : du principe, se ses exceptions et de quelques hésitations...*, RTD Eur., 2011, p. 41.

12. Burragato, G. *La discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia : oneri probatori e sanzioni*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1993, p. 468 ss..
13. Calafà, L. *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*, 2013, p. 475–511.
14. Calafà, L. *Le Discriminazioni Fondate Sull'età: Sequenza Giurisprudenziale Recente Del Fattore Di Rischio 'Emergente*. *Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro*, no. 4, 2010, p. 993 ss.
15. Cannizzaro, E. *Producing Reverse Discrimination through the Exercise of EC Competences*, 1997, *Yearbook of European Law*, pp. 29-46.
16. Cappuccio, L. *Il caso Association Belge des Consommateurs e la non discriminazione nel settore delle assicurazioni: la parità al volante?*, *Quaderni costituzionali*, 2011, p.690-693.
17. Carlier, J.Y. *La libre circulation des personnes. dans l'Union européenne*, *Journal de droit européen*, 2014, n° 208, p.167-179,
18. Cartabia, M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007.
19. Cartabia, M. *The European Court of Human Rights: Judging nondiscrimination*, *International Journal of Constitutional Law*, 2011(4), p.808.
20. Casolari, F. *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.
21. Cassetti (a cura di), *Diritti principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012.

22. Cinelli, M. *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili : una condanna realmente meritata ?*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2013, vol. 4, p.935-938.
23. Craig, P. *Constitution, Constitutionalism and the European Union*, European Law Journal, 2001, n. 7, pp. 125-150
24. Craig, P. *Constitutionalising Constitutional Law: H2S*, Public Law, 2014, p. 373.
25. Danisi, C. *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, p. 793.
26. Danisi, C. *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza*, Quaderni Costituzionali, 2009.
27. Davies, G. *Legislative control of the European Court of Justice*, Common Market Law Review, 2014, vol. 6, pp. 1579 ss.
28. De Búrca, G. *Reflections on the path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper no. 03/08.
29. De Búrca, G. *Reflections on the path from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper no. 03/08.
30. De La Rosa, S. *Les principes sociaux de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sont-ils décoratifs ?*, Recueil Le Dalloz 2014 p.705-708.
31. De Witte, B. *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.
32. Deakin, S. *Levelling Down Employee Benefits*, The Cambridge Law Journal, vol. 54, 1995, p. 35-37.

33. Di Federico, G. *La Sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti orizzontali delle direttive*. *Rivista Italiana Di Diritto Del Lavoro*, 2010, p. 1002–1111.
34. Dolso, P. e Spitalieri, F. *Commento all'art. 14*, in R. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla CEDU*, Milano, Cedam, 2012, p. 518.
35. Dubout, E. *Principes, droits et devoirs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, *RTD Eur.*, 2014, p. 409.
36. Dubout, *En matière d'assurance, la femme est un homme comme les autres. Première invalidation d'une disposition d'une directive relative à la lutte contre les discriminations*, *Revue des affaires européennes*, 2011, p.211-221.
37. Durham, W. *The Right to Autonomy in Religious Affairs: A Comparative View*, *Church Autonomy, A Comparative Survey*, 2001.
38. Dzehtsiarou, G. *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Public Law*, 2011, p. 541.
39. Eeckhout, P. *The Charter of Fundamental Rights and the Federal Question* *Common Market Law Review*, 2002, p. 945–94.
40. European Commission, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, 2012.
41. European Commission, *Reasonable Accommodation beyond Disability in Europe*, 2011.
42. European Network of legal experts in the field of gender equality. *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A Practical Approach*, 2009.

43. Evans, C. Hood, A. *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.
44. 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, p. 439 ss.
45. Ferrari, S. *Law and religion in a secular world : a European perspective*, Ecclesiastical law journal, 2012, v. 3, p. 355.
46. Garrone, P. *La discrimination indirecte en droit communautaire, vers une théorie générale*, RTD Eur., 1994, vol. 3, p. 426.
47. Grimm, D. *Does Europe need a Constitution?* European Law Journal, (1995) 1.
48. Grimm, D. *Conflict Between general laws and religious norms*, Cardozo Law Review, 2009, vol. 3, p. 2369.
49. Groussot, X., Pech, L. *Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty*, European Issue n°173, 14 Giugno 2010, Fondazione Robert Schuman.
50. Habermas, J. *Remarks on Dieter's Grimm "Does Europe need a Constitution?"*, European Law Journal, (1995) 1 303
51. Habermas, J. *Remarks on Dieter's Grimm « Does Europe need a Constitution? »*, European Law Journal, 1995, vol. 1, p. 303
52. Hailbronner K. et Thym, D. *Annotation Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office National de l'Emploi (ONEM)*, Common Market Law Review, 2011, vol. 4, p. 1253.
53. Hinbolt, S. B. *Direct democracy and european integration*, Journal of European Public Policy, (2006) 1, 153.

54. Hinbolt, S. B. *Direct democracy and european integration*, Journal of European Public Policy, (2006) 1, 153.
55. Hoffmann, S. *Bringing rights back home: making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Michael Pinto-Duschinsky, 2011.
56. Howard, E. *An Opportunity Missed? Comment on Romer*, European Law Review, 2011, vol. 4, p. 589–99.
57. Howard, E. *EU Equality Law: Three Recent Developments*, European Law Journal, 2011, vol. 6, p. 785–803.
58. Jacobs, F. *The European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, 1976, p.188.
59. Kostakopoulou, T. *Nested « Old » and « New » Citizenship in the European Union*, Columbia Journal of European Law, 1996, p. 389.
60. Ladeur, K.H. *The myth of the neutral state and the individualization of religion : the relationship between state and religion in the face of fundamentalism*, Cardozo Law Review, 2009, vol. 6, p. 2445.
61. Lansbergen A. et Miller, N. *European citizenship rights in internal situations : an ambiguous revolution ? Decision of Mar. 8, 2011, Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, European Constitutional Law Review, 2011, p. 287.
62. Lazzerini, N. *(Some of) the fundamental rights granted by the Charter may be a source of obligations for private parties : AMS*, Common Market Law Review, 2014, Vol.51 p.907-933.
63. Leigh, I. *Balancing religious autonomy and other human rights under the European Convention*, Oxford journal of law and religion, Vol.1, 2012, pp.109-125.

64. Lenaerts, K. *L'égalité de traitement dans le droit communautaire : un principe unique aux apparences multiples ?* Cahiers de Droit Européenne, 1991, p. 3.
65. Livingstone, S. *Article 14 and The Prevention of Discrimination in the European Convention on Human Rights*, European Human Rights Law Review, 1997, p. 25.
66. Mancini, G.F. *Europe, the case for Statehood*, European Law Journal, vol. 4(1), 1998, pp. 29-42;
67. Manin, P. *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne*, AJDA, n° 39, 2010, pp. 2188-2196.
68. Martin, D. *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de justice et les situations internes à un Etat membre : vive la révolution ?*, Revue de jurisprudence sociale, 2011, p.450-452.
69. McColgan, A. *Cracking the Comparator Problem: Discrimination, "Equal" Treatment and the Role of Comparisons*, *European Human Rights Law Review* 6 (2006): 650–77.
70. Mengozzi, P. *La sentenza Zambrano : prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, Studi sull'integrazione europea, 2011, n° 3, p.417-432.
71. Miller, N. *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 à Emploi (ONEM)*, *European Constitutional Law Review*, 2011, 1–14.
72. More, G. *Seniority Pay for Part-time Workers*, European Law Review, 1991, p 320 ss.
73. More, G. *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.

74. Morris, R. *European Citizenship and the Right to Move Freely: Internal Situations, Reverse Discrimination and Fundamental Rights*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Edition), 2011, vol. 1-2, p. 179.
75. Nic Shuibhne, N. *(Some Of) The Kids Are All Right: Comment on McCarthy and Dereci*, Common Market Law Review, 2012, vol. 3, p. 349-379.
76. O'Connell, R. *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.
77. Pallaro, P. *Il divieto di discriminazioni fondate sul sesso, fra transessualismo e libertà di orientamento sessuale*, Diritto comunitario e degli scambi internazionali 1998 p.609-619.
78. Pliakos, A. *Le contrôle de constitutionnalité et droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté*, Cahiers de droit européen, 2011, n° 3-4, p. 489-513.
79. Poiares Maduro, M. *The ECJ and Anti-discrimination law*, Anti discrimination law review, vol. 2, 2005, pp. 13 ss.
80. Prechal, S. Burrows, N. *Gender Discrimination Law of the European Community*, Aldershot, Dartmouth, 1990.
81. Prechal, S. *Does direct effect still matters?*, Common Market Law Review, 2000 (4), 1047.
82. Prechal, S. *Equality of Treatment, Non-Discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, Common Market Law Review (2004) 41, 533-551.
83. Prinssen, J. M., Schrauwen, A. *Direct effect: rethinking a classic of EC legal doctrine*, Europa law, Groningen, 2002.

84. Raveraira, M. "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.
85. Rosati, E. *Just a laughing matter ? Why the decision in Deckmyn is broader than parody*, *Common Market Law Review*, 2015, vol. 1, pp. 511 – 529.
86. Rossi, L.S. *EU Citizenship and the Free Movement of Heads of State: Hungary v. Slovak Republic*, *Common Market Law Review*, vol. 50, 2013, pp.1451–1466
87. Rossi, L.S. *How Fundamental is a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after the Lisbon Treaty*. *Yearbook of European Law* , OUP, 2008, p 65-89.
88. Rossi, L.S. *Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea*, intervento al XIX Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Courmayeur, 28 Giugno 2014.
89. Santone, P. *Diritto e statistica, in "genere" diversi*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p.1244-1248.
90. Sapienza, S. *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571.
91. Schermers, H. "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights." *Common Market Law Review* 27 (1990): 249–58.
92. Schiek D. e Chege V. (a cura di) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on Multidimensional Equality Law*, London and New York, Routledge, 2009.

93. Schiek, D. *Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law*, Maastricht Journal of European and Comparative Law (2005) 12 MJ 4, 427-466.
94. 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.
95. Seifert, A. *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD Eur., 2012, p. 801.
96. Solanke, I. *Using the citizen to bring the refugee in: Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEM)*, Modern Law Review, 2012, vol. 1, p. 101.
97. Sudre & Surrel, *Le droit a la discrimination au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
98. Timmermans, C.W. A. *Directives: their Effect within the National Legal Systems*, Common Market Law Review, 1979 (4).
99. Tinière, R. *Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux*, RDL Fond., 2011, chron. n. 4.
100. Tobler, C. *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.
101. Traversa, E. *The Protection of Part-Time Workers in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 2003, Vol. 19/2, 219-241.

102. Tryfonidou, A. C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department: Further Cracks in the "Great Wall" of the European Union?*, *European Public Law*, 2005, p.527-541.
103. Tryfonidou, A. *Redefining the Outer Boundaries of EU Law: The Zambrano, McCarthy and Dereci trilogy*. *European Public Law*, 2012, vol. 3, p. 493 – 526.
104. Tulkens, F. *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.
105. Tulkens, F. *The European Convention of Human Rights and Church and State Relations*, *Cardozo Law Review*, vol. 86, 2004, pp. 2575–91.
106. Van Eijken, H. et De Vries. *A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano*, *European Law Review*, 2011, p. 704–721.
107. Van Elsuwege P., Kochenov, D. *On the Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights*, *EJML*, 2011, vol. 4, p. 443.
108. Verschueren, H. *Preventing « benefit tourism » in the EU : A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in Dano ?*, *Common Market Law Review*, vol. 1, 2015, pp. 363 – 390.
109. Von Bogdandy, A. Ioannidis, M. *Systemic deficiencies and the rule of law: what has been done, what can be done*, *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, pp. 59- 96.
110. Von Bogdandy, A. Kottmann, L. Antpöhler, C. Dickschen, J. Hentrei, S. Smrkolj, M. *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, *Common Market Law Review*, 2012, vol. 2, pp. 489–519.

111. Von Bogdandy, A. *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, International Journal of Constitutional Law, 2005, vol. 3, p. 295 ss.
112. Von Bogdandy, A. *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, Common Market Law Review, 2000, p.1307–38.
113. Wachsmann, P. e Marienburg, A. *La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme*, RTD Homme, 2003, p. 1157.
114. Wachsmann, P. *L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois*, Jus Politicum, vol. 4, 2012.
115. Waddington, L. *Future Prospects for EU Equality Law: Lessons to Be Learnt from the Proposed Equal Treatment Directive*, European Law Review, 2011, 163–84.
116. Waddington, L. *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.
117. Waddington, L. *Protection pour la famille et les amies : combattre la discrimination par association*, Revue de Droit Européen relatif à la Non Discrimination, 2007, vol. 5, p. 13 ss.
118. Weiler, J.H.H. *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos, and the Maastricht décision*, European Law Journal, 1995, vol. 1, 219.
119. Weiler, J.H.H. *Les droits des citoyens européens*, Revue Du Marché Unique Européen, 1995, p. 35 ;

120. Weiler, J.H.H. *The political and legal culture of the European integration: an exploratory essay*, (2011), Vol. 3, International Journal of Constitutional Law.
121. Weiler, JHH *Il sistema comunitario europeo*, Il Mulino, Bologna, 1985, 53.
122. Wiesbrock, A. *The Self-Perpetuation of EU Constitutionalism in the Area of Free Movement of Persons: Virtuous or Vicious Cycle?* Global Constitutionalism, no. 01, 2013, p. 125–50.
123. Wintemute, R. *“Within the Ambit”: How is the Gap in Article 14 European Convention on Human Rights?*, European Human Rights Law Review, 2004, p. 366.
124. Winter, J. A. *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, Common Market Law Review, 1972 (4).
125. Wintemute, R. *Sexual orientation and human rights*, Oxford University Press, 1995.
126. Wojciech, S. *European Constitutional Identity?* EUI Working Papers, 2006.
127. Wollenschläger, F. *A New Fundamental Freedom beyond Market Integration : Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration*, European Law Journal, Vol. 17, 2011, pp. 1 – 34.

Résumé français:

L'objectif de cette recherche est d'évaluer la contribution du principe de non-discrimination à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne. Pour ce faire, il est nécessaire de clarifier la notion d'identité dont nous parlons.

Dans la première section/partie nous analysons la structure des arrêts pour juger sur la discrimination. La structure de l'arrêt sur la discrimination permet, après une phase initiale d'ajustement dont nous avons signalé, d'identifier quatre phases différentes au sein desquelles la Cour de justice développe son raisonnement. Ces phases sont : 1) introduction de l'affaire devant la Cour de justice de l'Union européenne 2) identification du désavantage 3) comparaison et 4) justification. La deuxième section/partie porte sur l'analyse de la contribution à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne par la lutte contre sept motifs spécifiques de discrimination : sexe, nationalité, handicap, âge, religion, orientation sexuelle et race. Le choix des motifs de discrimination (par exemple, entre les beaucoup plus nombreux motifs dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) est lié à un critère normatif : ce sont les motifs de discrimination qui ont fait l'objet de la législation dérivée. D'où il suit un critère supplémentaire, celui quantitatif : la présence d'un acquis législatif stable autorise la Cour de justice à saisir un plus grand nombre des causes, qui font significative l'examen des motifs proposés.

L'identification d'une contribution si riche à l'identité constitutionnelle de l'Union européenne peut reconnaître le principe de non-discrimination en tant que principe constitutionnel, qui, inspiré par l'identité constitutionnelle des États membres, peut constituer l'épine dorsale de la future constitution "formelle" européenne.

Identité constitutionnelle de l'UE, Non discrimination, droit fondamentaux, Union Européenne, effet direct horizontal, identités constitutionnelles des Etats Membres

Résumé Anglais

The definition of the EU as a constitutional legal order is crucial, but still fragmented. For the sake of systematization, it is important to find out a principle to support its development. That is why we made the choice of examining the principle of non discrimination through the analysis of case law, with the object of verifying if this principle is a fundamental part of the EU constitutional identity. In the first part of this work the structure of the discrimination scrutiny in front of the CJEU and of the ECHR is analyzed, enlightening the fact that its structure increasingly recalls that of a constitutional scrutiny. In the second part of this work we will focus on the contribution given by the case law on the fight against different grounds of discrimination to the EU constitutional identity. As there is an increasing number of grounds of discrimination, a choice should be made. That is why the second part of the analysis is devoted into explaining a selection of grounds of discrimination: discrimination on the ground of nationality, age, disability, religion, and sexual orientation. From the analysis of the case law and of secondary legislation is possible to induce that this principle has the potential necessary to support the development of the EU constitutional identity without prevailing on the national constitutional identities. At the same time, the principle could help into shading light in one of the most debated issues of EU law: the tension between the conferred powers and the direct effect of directives. The conclusion of this work is a reflection on how a precise line of case law is crucial into defining the principle of non discrimination as a EU constitutional principle.

EU Constitutional Identity, Non discrimination, fundamental rights, European Union, horizontal direct effect, national constitutional identities