

Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana
e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea
(artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)*

Mariagrazia Militello

1. L'uguaglianza nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Analogie e differenze di "struttura".	141
2. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana. I divieti di discriminazione e il sindacato di ragionevolezza.	143
3. L'uguaglianza davanti alla legge nella Carta di Nizza.	146
3.1. La Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza.	148
4. L'eguaglianza sostanziale tra diritto interno e diritto europeo. E la Carta di Nizza?	153
5. I divieti di discriminazione nella Costituzione e nell'ordinamento italiano.	157
6. Il divieto di discriminazione nell'ordinamento comunitario. Dal Trattato alla Carta di Nizza.	159
6.1. L'articolo 21 della Carta di Nizza e l'«universalizzazione» della tutela antidiscriminatoria.	163
6.2. Il rapporto tra i divieti di discriminazione comunitari e la CEDU. Il caso Maruko e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.	165
7. La Corte di giustizia e il nuovo modello di eguaglianza.	170
8. Conclusioni. Eguaglianza e non discriminazione. "Personaggi in cerca d'autore" nel nuovo ordinamento costituzionale europeo.	177

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 77/2010

1. L'uguaglianza nella Costituzione e nella Carta di Nizza. Analogie e differenze di "struttura".

Sarebbe ridondante cominciare il presente contributo evidenziando enfaticamente le differenze tra la Carta di Nizza e la Costituzione italiana. È stato già giustamente ed ampiamente messo in evidenza lo scarto esistente tra questi due documenti sul piano dell'efficacia giuridica, della genericità dei contenuti e della gerarchia valoriale e anche come questa differenza abbia indotto la dottrina ad assumere atteggiamenti diversi – ora pessimistici e rinunciatari ora troppo ottimistici e "creativi" – nei confronti di un approccio comunitario che si è rivelato tanto distante dal riconoscimento dei diritti sociali fondamentali contenuto nella nostra Costituzione materiale⁴⁵⁹. E ciò malgrado le speranze che hanno accompagnato la rinnovata promessa sulla futura vincolatività giuridica della Carta, all'indomani della sua riproclamazione⁴⁶⁰.

Il principio di eguaglianza – preso qui in considerazione – è uno dei principi fondamentali della Costituzione italiana e del diritto sovranazionale. Espressione di un "diritto" in senso stretto, il principio di eguaglianza, tra le altre cose, vieta le arbitrarie distinzioni connesse a determinati fattori esplicitamente enunciati dalla legge attraverso il suo "negativo" rappresentato dal divieto di discriminazione⁴⁶¹.

L'articolo 3 della Costituzione, come noto, recita «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

Ad esso fanno da *pendant* i due articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che aprono il capo III dedicato all'Uguaglianza: l'art. 20, rubricato "Uguaglianza davanti alla legge", per il quale «*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*» e l'art. 21 – "Non discriminazione" – che recita «*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, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi*».

Dalla semplice lettura delle disposizioni citate, e pur all'interno di una formulazione per gran parte molto simile, si riesce con facilità ad individuare una prima differenza consistente nella mancanza

⁴⁵⁹ Cfr. R. De Luca Tamajo, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana, in questa Rivista, 2008, fasc. 2, p. 3.

⁴⁶⁰ Come noto, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000, è stata di recente riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, a ridosso della firma del Trattato di modifica dei Trattati istitutivi avvenuta il 13 dicembre 2007 a Lisbona. Sul rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta di Nizza, cfr. da ultimo L. S. Rossi, Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, Roma, 2009.

⁴⁶¹ S. Borelli, Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione. La sentenza Bartsch, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, cit., p. 177 ss.

all'interno degli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza di un riferimento specifico a quel principio di uguaglianza sostanziale che rappresenta invece una parte fondamentale dell'art. 3 della Costituzione. Si tratta di un aspetto del principio di uguaglianza – trasposizione giuridica di una concezione in base alla quale è necessario eguagliare le persone non soltanto sul piano del trattamento giuridico ma anche sul piano dei fatti, nel godimento dei beni della vita⁴⁶² – che nella Carta di Nizza trova spazio, a prima vista, soltanto all'interno dell'art. 23, dedicato all'uguaglianza uomo-donna il cui secondo comma stabilisce che «il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato», con una formulazione, assai diversa – almeno formalmente – da quella sperimentata dalla nostra Costituzione.

Quanto la suddetta differenza abbia peso e cosa implichi l'assenza di un principio di uguaglianza sostanziale all'interno della Carta di Nizza e in che termini si possa parlare di una vicinanza o di una distanza tra i modelli di uguaglianza espressi dalla Costituzione e dalla Carta di Nizza – e in genere dal diritto UE – è una questione complessa che va oltre il raffronto formale tra le enunciazioni e richiede la contestualizzazione dei precetti. Soltanto dopo aver fatto questa operazione, è possibile capire se davvero manchi un principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento sovranazionale e, in caso contrario, in che termini esso si differenzi da quello enunciato nella nostra Costituzione.

Limitandosi, per il momento, ad un più circoscritto raffronto tra il primo comma dell'art. 3 della Costituzione e gli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza appare evidente un'altra diversità – questa per così dire “di struttura” – che riguarda l'enunciazione del principio di uguaglianza e, segnatamente, il fatto che esso viene nella Costituzione declinato compiutamente in un unico articolo, mentre nella Carta di Nizza è smembrato in due parti. Il rapporto tra le due fonti, in termini di formulazione di uno o più principi, si può ricostruire facilmente soltanto ricordando per grandi linee le interpretazioni date dalla dottrina all'indomani della entrata in vigore della nostra legge fondamentale.

Il primo comma dell'art. 3 è stato, infatti, da subito inteso concordemente come il contenitore di due diversi precetti, nel senso che la proclamazione per cui «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge» possiede un autonomo significato normativo, distinto da quello che si ricava dalle successive specificazioni riguardanti le diverse distinzioni. Esso esprime – è stato affermato – «accanto ad una serie di specifici divieti di discriminazione, un principio generale di eguaglianza»⁴⁶³; per cui «bisogna [...] tener distinta la generica enunciazione in esso contenuta dalla successiva elencazione delle posizioni soggettive rispetto alle quali viene ribadita la proibizione di distinzioni»⁴⁶⁴. Secondo l'interpretazione maggioritaria dunque la medesima disposizione legislativa contiene due diversi precetti. Nella Carta di Nizza invece i due diversi precetti hanno ciascuno un proprio contenitore normativo.

Di tal che, limitando per il momento la riflessione alla struttura delle disposizioni, si può dire che l'apparente rapporto uno a due con riferimento agli articoli contenuti nella Costituzione e nella

⁴⁶² F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 20.

⁴⁶³ F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 30; C. Esposito, *Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 30; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 1019.

⁴⁶⁴ G.U. Rescigno, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, p. 83.

Carta, in realtà si risolve in un rapporto paritario: ai due precetti contenuti nel primo comma dell'art. 3 corrispondono altrettanti precetti contenuti negli articoli 20 e 21.

Il contenuto di tali precetti e la loro evoluzione sarà invece oggetto di un'analisi più dettagliata; si proverà dunque, nel corso della trattazione, a ricostruire il ruolo che i diritti di eguaglianza e non discriminazione hanno avuto negli ordinamenti nazionale e sovranazionale – e il modo in cui esso si è evoluto – e si tenterà di farlo incrociando l'analisi dei due sistemi. Dando per acquisito il divario esistente tra Costituzione italiana e Carta di Nizza, si tenterà poi di indovinare, se possibile, quale sia il modello di eguaglianza destinato ad operare nel sistema ormai *multilivello* del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali⁴⁶⁵.

2. Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana. I divieti di discriminazione e il sindacato di ragionevolezza.

Il principio di eguaglianza ha svolto e continua a svolgere – nell'ordinamento interno e in quello comunitario – diverse funzioni, oltre a quella anticipata di vietare arbitrarie discriminazioni fondate sulla considerazione di una tipica condizione soggettiva, riconducibile ad un precetto autonomo e, nel caso della Carta di Nizza, oggetto di una diversa disposizione rispetto a quella che sancisce il principio generale di eguaglianza.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione si è aperto un acceso dibattito proprio sul principio di portata "generale" contenuto nella formula "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge". Che tale principio avesse una propria autonomia normativa è stato sin da subito concordemente riconosciuto; il problema si è invece posto rispetto alla sua interpretazione, in un primo momento assai più contestata, per varie ragioni.

Il timore di parte della dottrina era, infatti, che si ricavasse dalla norma un generico e, soprattutto, onnicomprensivo divieto di discriminazioni normative arbitrarie sganciato dalla considerazione di un motivo tipizzato dal legislatore con il risultato di attribuire alla Corte costituzionale il potere di sindacare la legittimità delle leggi entrando nel merito delle decisioni assunte dagli organi politici rappresentativi⁴⁶⁶. Da qui le prime impostazioni restrittive che suggerivano di ritenere l'affermazione per cui «tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge» corrispondente alla concezione liberale del principio di eguaglianza secondo la quale le norme di legge dovrebbero rivolgersi a tutti i consociati con formule soggettivamente universali come "chiunque", "tutti", "il cittadino" e le uniche disparità all'interno dell'ordinamento giuridico avrebbero dovuto legarsi a ragioni di ordine obiettivo. In altre parole, si faceva leva sui divieti espressi dalla Costituzione per avvalorare una lettura in chiave di parità formale del precetto di eguaglianza secondo la quale il legislatore sarebbe tenuto ad uniformare le discipline normative⁴⁶⁷; interpretazione questa sostenuta sia da

⁴⁶⁵ B. Caruso, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo, in S. Sciarra-B. Caruso (a cura di), Il lavoro subordinato, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2009, p. 730.

⁴⁶⁶ C. Esposito, Eguaglianza e giustizia nell'art. 3 della Costituzione italiana, cit., ripreso da F. Ghera, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario, cit., p. 32.

⁴⁶⁷ In questi termini M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, Giuffrè, 1991, la quale ricostruisce l'intero dibattito dottrinale (spec. p. 34 ss.).

chi riteneva tassativa l'elencazione del legislatore, sia da chi la riteneva invece meramente esemplificativa di un generale divieto di discriminazioni arbitrarie.

Accanto a questa posizione si collocava quella di chi non negava che il principio di eguaglianza potesse e dovesse consentire di ricavare un criterio di "logicità" che però avrebbe dovuto rintracciarsi all'interno della stessa legislazione, in maniera da essere rilevato dunque solo in presenza di "scoordinamenti normativi" o di deroghe ingiustificate dai principi dell'ordinamento⁴⁶⁸. In questo caso, si sosteneva l'autonomia dei divieti di discriminazione rispetto al principio di eguaglianza, di cui i primi non sarebbero né una limitazione né una conferma, bensì "norme a sé stanti, che si sovrappongono al principio di eguaglianza formale ed in tal senso vi apportano deroga, sebbene allo scopo di una più radicale parificazione giuridica"⁴⁶⁹. Tale autonomia però non era in grado di superare l'ostacolo determinato dal fatto che ci sono ipotesi normative che danno peso alle differenze contemplate dall'art. 3 ovvero casi in cui è impossibile per il diritto prescindere da queste differenze.

Si trattava di teorie destinate a motivare il ripudio di una concezione dell'eguaglianza in termini di eguaglianza distributiva e ad indebolire i nessi tra primo e secondo comma dell'art. 3; nessi che la giurisprudenza costituzionale stava invece assecondando arrivando sino a sindacare "le ragioni giustificatrici dell'eguaglianza formale di trattamenti a cui il legislatore assoggettava situazioni diseguali di fatto".

Da qui ha preso avvio, infatti, l'orientamento, adottato dalla maggioranza degli interpreti, che pur concordando sull'illegittimità delle differenziazioni specificamente considerate dalle prime proclamazioni del principio di eguaglianza, sosteneva che il principio generale di eguaglianza dovesse avere una portata più ampia in grado di consentire alla Corte costituzionale di effettuare quantomeno un controllo sulla logica delle scelte del legislatore il quale, in caso contrario, sarebbe stato libero di compiere qualunque genere di discriminazione che fosse diversa da quelle puntualmente tipizzate, benché magari illogica perché priva di giustificazione o basata sulla premessa erronea di una differenza di fatto non rispondente alla realtà⁴⁷⁰. Questa impostazione è quella che parte da una visione dei criteri di differenziazione elencati dalla Costituzione non come deroghe alla rigida applicazione dei divieti di discriminazione ma come "segmenti di un diverso paradigma dell'eguaglianza, che intende il principio costituzionale in termini non formali ma materiali", ed è nei fatti quella che ha dato vita, rappresentandone il contributo più importante, alla affermazione del principio di "eguaglianza – ragionevolezza" che è poi diventato il parametro più frequente applicato nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi⁴⁷¹.

Dal canto suo, la Corte costituzionale ha, per un certo periodo di tempo, sposato la posizione restrittiva della dottrina, come emblematicamente rappresentato dalla decisione assunta nella

⁴⁶⁸ M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956; L. Paladin, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, cit., p. 32.

⁴⁶⁹ L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965; M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 35. E ancora M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 35.

⁴⁷⁰ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1020; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 32.

⁴⁷¹ La ragionevolezza definita da Romagnoli "il fattore R" che circola nelle vene della giurisprudenza che «quando non assume il basso profilo dell'equità caso per caso, si sostiene pragmaticamente sull'argomentazione «conseguenzialista» di cui è dato verificare la congruità empirica piuttosto che l'aderenza ad un sistema dogmaticamente gerarchizzato di valori». Cfr. Romagnoli, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1994, p. 545 ss.

sentenza n. 28 del 1957. L'occasione per la pronuncia di questa sentenza è stata la richiesta di un sindacato di costituzionalità riguardante la differenza tra la disciplina vincolistica dettata per la locazione degli immobili ad uso abitativo e la corrispondente disciplina dettata invece per gli immobili ad uso commerciale. La Corte ha giudicato infondata la denunciata violazione dell'art. 3 co. 1 della Costituzione affermando che "la valutazione della rilevanza delle diversità di situazioni in cui si trovano i soggetti dei rapporti da disciplinare non può non essere riservata al potere discrezionale del legislatore, salva l'osservanza dei limiti stabiliti dal primo comma dell'art. 3 Cost., ai sensi del quale le distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali non possono essere assunte quali validi criteri per l'adozione di una disciplina diversa". Di conseguenza, ha sostenuto la Corte, "fino a quando tali limiti siano osservati e le norme siano dettate per categorie di destinatari e non *ad personam*, ogni indagine sulla corrispondenza della diversità di regolamento alla diversità delle situazioni regolate implicherebbe valutazioni di natura politica o quanto meno un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento che alla Corte non spetta esercitare"⁴⁷².

Questa posizione è stata superata dalla Corte già con la sentenza n. 53 del 1958, espressione di un orientamento che si è poi mantenuto costante. In essa i giudici hanno affermato che non "si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che *il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse*".

Con una sentenza successiva la posizione della Corte è diventata ancora più netta. I giudici costituzionali hanno, infatti, affermato che "al fine di valutare se una legge sia o meno in contrasto con il principio di eguaglianza non basta accertare che la stessa non sia in contrasto con i precetti inderogabili posti nel comma 1 dell'art. 3 Cost., giacché detto principio è violato anche quando la legge, *senza un ragionevole motivo*, faccia un trattamento diverso ai cittadini che di trovino in eguali situazioni"⁴⁷³. In tal modo arrivando ad enucleare definitivamente dal principio di eguaglianza il criterio di ragionevolezza delle leggi.

Il passaggio dalla considerazione in chiave formale del precetto di eguaglianza – per la quale "al maggior rigore nel proclamare intangibile per la Corte il potere normativo del legislatore nei limiti indicati dal primo comma dell'art. 3, corrispondeva l'equivalente proclamazione dell'intangibilità di detti limiti per il legislatore"⁴⁷⁴ – ad una lettura diversa – che intende il principio costituzionale non in termini formali ma materiali – ha preso avvio dall'interpretazione dei divieti specifici.

Detta interpretazione è stata estesa alla prima parte del comma in maniera tale che l'intera norma è stata letta come un divieto di discriminazioni irrazionali, con una presunzione di irrazionalità per le ipotesi espressamente prese in considerazione dalla disposizione costituzionale. Senza volere

⁴⁷² E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, p. 72 il quale ricorda come «la Corte veniva così ad escludere un qualsiasi sindacato sulle differenziazioni operate dalla legge, salvo quelle rientranti nei divieti espressamente enunciati nel primo comma dell'art. 3 e che per ciò stesso venivano considerate costituzionalmente illegittime», il cui giudizio è riportato da F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 33.

⁴⁷³ Sentenza Corte costituzionale n. 15 del 1960.

⁴⁷⁴ Così M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, cit., p. 39 che cita Ferrara, *Relazione*, in Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1984, p. 90.

riproporre quanto da altri esaurientemente illustrato ed ampiamente analizzato⁴⁷⁵, basti ricordare come l'evoluzione delle teorie costituzionali di cui si è detto e della giurisprudenza in materia di discriminazione – soprattutto fondata sul sesso – abbiano tradotto l'eguaglianza nel principio fondante la legittimità dell'attività di regolazione dello Stato che in tanto è legittima in quanto non sia arbitraria, cioè non sia *ragionevole*, rispetto allo scopo che si prefigge⁴⁷⁶.

3. L'uguaglianza davanti alla legge nella Carta di Nizza.

Sul versante del diritto europeo – dalla parte della Carta di Nizza – è l'art. 20 a fare da *pendant* alla formulazione del principio di eguaglianza “generale” contenuto nella prima parte del primo comma dell'art. 3 della Costituzione⁴⁷⁷. La codificazione del principio generale di eguaglianza rappresenta una novità assoluta per la legislazione comunitaria, pur costituendo la trasposizione di un principio ormai acquisito dall'ordinamento grazie all'attività creativa della Corte di Giustizia.

Come anticipato, l'art. 20 apre il Titolo III della Carta dedicato all'Uguaglianza ed è rubricato “Uguaglianza davanti alla legge”. Nelle spiegazioni del Presidium, adottate in occasione della proclamazione del 2000 e riadattate nel 2007, si dice che questo articolo corrisponde al *principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee* ed è stato sancito dalla Corte come uno dei *principi fondamentali del diritto comunitario*. Giusta la previsione per la quale la funzione principale della Carta dei diritti fondamentali – secondo quanto si legge nel preambolo – è quella di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti *più visibili* in una carta»⁴⁷⁸.

Queste precisazioni, pur contenute in un documento che non ha lo *status* di legge, “rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione destinato a chiarire le disposizioni della Carta”⁴⁷⁹. Nel caso di specie, infatti, benché non chiariscano evidentemente il contenuto del principio che va ricercato altrove, esse offrono due elementi importanti per la sua comprensione.

Anzitutto, il fatto che l'art. 20 venga indicato come corrispondente ad un principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee autorizza ad un rinvio ad esse e, quindi, anche alla Costituzione italiana. Con questa scelta, prima la Corte di Giustizia e poi il legislatore hanno

⁴⁷⁵ Il riferimento è a M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., in particolare cap. I, e a F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., cui si devono anche le ricostruzioni fatte nel testo.

⁴⁷⁶ «Il principio d'eguaglianza conduce a sindacare la non arbitrarietà delle scelte legislative rispetto allo scopo che esse si prefiggono»; in questi termini M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 25.

⁴⁷⁷ L'art. 20 peraltro riferisce l'eguaglianza davanti alla legge non già ai cittadini comunitari ma a “tutte le persone”, ampliando così il riferimento soggettivo contenuto nella maggior parte delle formulazioni analoghe presenti nelle Costituzioni degli Stati membri. Cfr. F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 200; S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009, p. 243 ss.; L. Azzena, *La costruzione del principio di eguaglianza nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, n. 3, p. 1419 ss.

⁴⁷⁸ M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea* in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 32.

⁴⁷⁹ Sulle “famigerate” Spiegazioni della Carta, cfr., per tutti, V. Sciarabba, *Le “spiegazioni” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2005, p. 59-93.

senz'altro inteso considerare le tradizioni costituzionali comuni ai Paesi membri⁴⁸⁰ come punti di riferimento per individuare i diritti fondamentali protetti a livello sovranazionale, per garantire una tutela che fosse equiparabile a quella riconosciuta dalle Corti costituzionali nazionali.

Un semplice confronto letterale e limitato alle enunciazioni “formali” del principio di eguaglianza, però, condurrebbe ad individuare certamente delle mancanze nella Carta di Nizza e nel diritto UE in generale e consentirebbe di considerare il livello di protezione offerto dall'ordinamento sovranazionale inferiore rispetto a quello conosciuto dalla nostra Costituzione. Parte della dottrina avverte, infatti, giustamente che un confronto tra la Carta di Nizza e le esperienze costituzionali dei paesi membri sarebbe del tutto improprio perché «il processo costituente dell'Europa dei diritti è una sperimentazione priva di precedenti un po' perché pretende di dimostrare di poter fare a meno della forma-Stato e un po' perché, avendo un numero imprecisato di padri, non ha la certezza che tutte le madri siano donne oneste»⁴⁸¹. Il che è senz'altro vero se si pretende di guardare la Carta di Nizza o, più in generale, l'ordinamento costituzionale sovranazionale *in fieri* e di vedervi qualcosa di equiparabile ad un ordinamento costituzionale nazionale. Se, invece, si assume una diversa prospettiva e si parte proprio dalle differenze esistenti tra i due ordinamenti, per osservare l'evoluzione che l'ordinamento sovranazionale e i diritti fondamentali in particolare hanno avuto soprattutto nell'elaborazione della Corte di giustizia, si può tentare di rintracciare quel *fil rouge* che lega l'esperienza europea a quelle nazionali e che in prospettiva, con molta probabilità, condurrà alla costruzione di un processo compiuto di *cross fertilization* fra le Corti che finirà per determinare, a sua volta, la valorizzazione di un principio di eguaglianza non nazionale né europeo, ma “trasversale”.

La seconda puntualizzazione contenuta nelle spiegazioni del Presidium ricorda come, sin dai primi approcci, la Corte di giustizia abbia qualificato il principio di uguaglianza come uno dei principi fondamentali *propri* del diritto comunitario.

Sin dalle sue prime pronunce, la Corte ha, infatti, riconosciuto il principio di eguaglianza – inteso nell'accezione che vieta di trattare in maniera diversa situazioni analoghe e in maniera uguale situazioni diverse, senza una giustificazione obiettiva – in quanto accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionali, oltre che a livello sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, di conseguenza, principio del diritto comunitario.

L'individuazione del principio di eguaglianza come principio del diritto comunitario, inoltre, coincide quasi interamente con l'origine della tutela dei diritti fondamentali, considerati *tout court*, nella giurisprudenza della Corte di giustizia in un contesto che vedeva da una parte l'affermazione della primazia del diritto comunitario e, dall'altra, l'assoluto vuoto normativo in materia di tutela dei diritti fondamentali. E ciò perché il principio di eguaglianza è uno dei principi fondamentali più importanti espressi dagli ordinamenti costituzionali nazionali e, per questa ragione, ha avuto

⁴⁸⁰ In argomento, si ricordi il dibattito sviluppatosi in dottrina, sul finire degli anni Ottanta, riguardante il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; se debba essere inteso nel senso che la tutela offerta dalla Corte sia limitata agli elementi comuni agli ordinamenti nazionali oppure sia riferita all'ordinamento che offre la tutela più ampia oppure si identifichi con la *better law*, cioè con la regola che si adatta meglio alle esigenze dell'ordinamento comunitario. In questi termini riferisce il dibattito Tesaro che lo definisce sterile; cfr. G. Tesaro, La Corte di giustizia e i diritti fondamentali, in Bronzini, Guarriello, Piccone (a cura di), Le scommesse dell'Europa, Roma, 2009, p. 69.

⁴⁸¹ U. Romagnoli, Verso l'Europa dei diritti di libertà: quale libertà?, in Eguaglianza & Libertà. Rivista di critica sociale, maggio 2009, consultabile in <http://www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.asp?id=1119>.

modo di imporsi con maggiore forza nello scenario sovranazionale, soprattutto in un contesto nel quale le istituzioni comunitarie, accanto al vincolo del primato del diritto comunitario, dovevano garantire un sindacato minimo di ragionevolezza dei propri atti legislativi che fosse realizzato alla stregua di principi interni e non ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri. E, di conseguenza, questa funzione propria del principio di eguaglianza ha in alcuni casi rappresentato il viatico per l'ingresso nell'ordinamento sovranazionale delle prime affermazioni relative alla tutela dei diritti fondamentali.

3.1. La Corte di Giustizia, i diritti fondamentali e il principio di eguaglianza.

«Nell'ambito del sistema comunitario il ruolo principale nella tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Il vuoto *dei trattati* non era un vuoto di *tutela* [...]»⁴⁸². Ben presto però il vuoto di tutela a livello sovranazionale in materia di diritti fondamentali divenne "insopportabile" per alcune Corti costituzionali, per il timore che la primazia del diritto comunitario in mancanza di un catalogo di diritti fondamentali sovranazionale potesse nuocere agli ordinamenti costituzionali interni mettendo in non cale i diritti fondamentali o parte di essi. Per questa ragione ben presto cominciarono a pervenire alla Corte di giustizia richieste di riesame degli atti comunitari per violazione dei diritti fondamentali contenuti nelle Carte costituzionali.

In un primo momento, invero, i giudici comunitari si sono rifiutati di sindacare la legittimità di atti comunitari utilizzando come parametro le norme – e i diritti – delle Costituzioni nazionali, evitando dunque di seguire le suggestioni provenienti dagli operatori del diritto nazionali. In quegli anni, la preoccupazione della Corte era quella di affermare l'unità dell'ordinamento comunitario, la sua autonomia e la sua superiorità rispetto agli ordinamenti nazionali; per cui un riferimento alle costituzioni degli Stati membri, al fine di tutelare i diritti umani fondamentali, avrebbe potuto costituire un elemento di indebolimento del sistema comunitario⁴⁸³.

Successivamente però la stessa Corte ha imboccato una strada diversa andando sempre più nel senso del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona come "parte dei principi generali del diritto comunitario", di cui si impegnava a garantire l'osservanza⁴⁸⁴. Una delle prime pronunce in cui è contenuta questa affermazione è la sentenza *Stauder*⁴⁸⁵, nella quale i giudici sovranazionali sono stati chiamati a decidere della legittimità di una interpretazione non omogenea data dai diversi Paesi membri, in ragione della diversità della lingua, alla medesima decisione della Commissione. In particolare in quella occasione la Corte, ha affermato che una decisione, quando sia

⁴⁸² M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 18.

⁴⁸³ In questi termini U. Villani, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2004, n. 1, p. 73, qui p. 74.

C'è però chi in dottrina ritiene che non si sia trattato di un vero e proprio diniego di giustizia; in questi termini P. H. Teitgen, *La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de Communautés européennes*, in *L'adhesion des Communautés européennes. La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1981, pp. 24 SS.

⁴⁸⁴ L'atteggiamento astensionista della Corte venne meno quando finalmente ebbe l'intuizione di ricostruire i diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario. In questo senso F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Diritto pubblico*, 2002, n. 2, p. 514.

⁴⁸⁵ Corte di giustizia, 12 novembre 1969, C-29/1969, *Erich Stauder c. Stadt Ulm - Sozialamt*.

destinata a tutti gli Stati membri, debba essere applicata ed interpretata in maniera uniforme, utilizzando a ben vedere il canone della ragionevolezza applicato in base alla *ratio legis* (in questo caso quella della decisione, appunto), intesa quale scopo obiettivo della norma⁴⁸⁶.

Con il passare del tempo, il linguaggio della Corte in materia di diritti fondamentali si è arricchito dei riferimenti alle tradizioni costituzionali comuni⁴⁸⁷ e di quelli ai Trattati cui gli Stati membri hanno aderito e in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁸⁸. In una situazione di vuoto per la mancanza di un *Bill of rights* europeo⁴⁸⁹, lo scopo e la giustificazione dello sviluppo giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali nell'Unione Europea risiede nel tentativo di «[...] coprire una zona d'ombra che si era venuta a creare in seguito all'affermazione della supremazia del diritto europeo: «*filling the gap*» [...]»⁴⁹⁰. Era questo l'obiettivo della Corte di giustizia.

E volgere lo sguardo all'evoluzione della giurisprudenza in materia di diritti fondamentali, ricordando al contempo il ruolo che il principio di eguaglianza ha da sempre svolto nelle Costituzioni dei Paesi membri⁴⁹¹, non è un mero esercizio di stile in quanto consente di delineare, chiarendola al contempo, la relazione esistente tra i diritti fondamentali e l'importanza ad essi riconosciuta nell'ordinamento sovranazionale – ancor prima della loro consacrazione nei Trattati⁴⁹² – e il ruolo immediatamente assunto, anche nel contesto comunitario, dal principio di eguaglianza.

Quanto alla funzione svolta, allo stesso modo di quanto è avvenuto nel sistema costituzionale, il

⁴⁸⁶ S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit., p. 250.

⁴⁸⁷ Corte di giustizia, 13 dicembre 1979, C-44/1979, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

⁴⁸⁸ Corte di giustizia, 14 maggio 1974, C-4/1973, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle Comunità europee*. Il fatto che la Corte sia spesso ricorsa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo applicando direttamente le norme o utilizzandola come fonte di interpretazione dei principi del diritto comunitario ha indotto la dottrina ad una duplice interpretazione della natura della Convenzione, ora considerata parte integrante dell'ordinamento comunitario, ora invece fonte estranea ancorché ispiratrice per l'individuazione in via interpretativa di quel *Bill of Rights*, il cui rispetto è garantito dal diritto comunitario. La letteratura in argomento è sconfinata; cfr., *ex aliis*, M. Benedettelli, Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee, Padova, 1989, p. 104 ss.; M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 107.

⁴⁸⁹ Parte della dottrina ha ritenuto che sulle ragioni originarie della mancata inclusione di un *Bill of Rights* già nel Trattato istitutivo "può avere influito il timore che l'atto stesso di enumerare dei diritti dei quali non fosse ammessa la violazione potesse finire per diventare un invito a estendere i poteri e le competenze attribuite fino ai confini di quei diritti stessi". In questo senso J. H. Weiler, Il sistema comunitario europeo, Bologna, 1985, p. 139.

⁴⁹⁰ M. Cartabia, L'ora dei diritti fondamentali, cit., p. 20.

⁴⁹¹ «La previsione della garanzia di eguaglianza contenuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (artt. 2 e 7) si pone nel solco del consolidato costituzionalismo liberale. Nel 1948, tutti gli stati facenti parte alle Nazioni Unite, a prescindere dalla caratterizzazione ideologica dei rispettivi ordinamenti, si trovarono d'accordo nell'accettare un principio-valore che aveva caratterizzato l'affermarsi del moderno costituzionalismo [...]». Cfr. M. Montalti, L'eguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative, in *Politica del diritto*, 2009, fasc. 1, p. 103.

⁴⁹² L'orientamento della Corte è stato codificato dal Trattato UE del 1992, il cui art. 6, n. 2 stabiliva, nella precedente formulazione, che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ... e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Anche se qualcuno ha notato come tale disposizione non rappresenti una novazione della fonte "per cui il riconoscimento delle tradizioni costituzionali comuni come fonte del diritto comunitario deve essere tuttora considerato come risultato di una regola giurisprudenziale e non di una regola derivante dall'accordo degli stati"; in questi termini A. Pizzorusso, Il patrimonio costituzionale europeo, Bologna, 2002; F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 183.

Già l'Atto Unico, sottoscritto a Lussemburgo il 16 febbraio 1986, fissando un nuovo assetto costituzionale, aveva impresso un impulso fondamentale al processo di costituzionalizzazione dei diritti sociali, rappresentando una tappa importante nel processo per l'approvazione della Carta comunitaria dei diritti fondamentali e segnando "il definitivo allontanamento dallo schema dei trattati predisposto a realizzare solo uno spazio economico"; cfr. in questo senso R. Pilia, I diritti sociali, Napoli, 2005, p. 65.

principio di eguaglianza è venuto ad assumere, nel contesto sovranazionale, «il duplice carattere di principio formale di legalità e di regola materiale di non discriminazione, che vincola il legislatore rispetto non solo alla forma esterna della legge, ma anche al suo contenuto giuridico-materiale»⁴⁹³. La strada però attraverso cui si è giunti all'emersione del "*constitutional role*"⁴⁹⁴ del principio di eguaglianza è assai diversa.

Tralasciando per il momento le affermazioni del principio di eguaglianza attraverso gli specifici divieti di discriminazione – che costituiscono senz'altro la parte più significativa della giurisprudenza comunitaria in materia e sulle quali si tornerà più avanti –, occorre intanto rivolgere l'attenzione a quelle pronunce nelle quali la Corte ha usato il principio di eguaglianza come criterio di giudizio sulle leggi o come "livello minimale" del sindacato di ragionevolezza⁴⁹⁵.

Come anticipato, le varie funzioni del principio di eguaglianza sono state valorizzate – e si sono di conseguenza sviluppate – in maniera diversa e, come si vedrà, il ruolo svolto dai divieti di discriminazione è diventato presto determinante anche per l'enucleazione del principio generale di eguaglianza quale principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. Come nel sistema costituzionale italiano, il principio di eguaglianza è stato dai giudici utilizzato alla stregua di un criterio di ragionevolezza, ma il processo di enucleazione di un principio dall'altro ha seguito un percorso esattamente inverso: è lo sviluppo della normativa antidiscriminatoria che ha, infatti, consentito di enucleare il principio di eguaglianza generale dai divieti specifici di discriminazione «come espressione di un principio generale del diritto comunitario, che esiste indipendentemente dalle direttive ed in particolare dai comportamenti attuativi e/o omissivi degli Stati membri»⁴⁹⁶. Laddove invece, nell'ordinamento italiano, «l'eguaglianza nasce e si presenta innanzi tutto come un principio generale, per poi specificarsi in una serie di specifici divieti di discriminazione»⁴⁹⁷.

La Corte comunitaria in varie occasioni – non ultime quelle citate nelle spiegazioni del Presidium di cui si è detto⁴⁹⁸ – ha costantemente sostenuto che il «[...] principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario [...] impone di non trattare in modo

⁴⁹³ M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 19.

⁴⁹⁴ G. More, *The principle of equal treatment: from market unifier to fundamental right?*, in P. Craig e G. De Burca (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, 1999.

⁴⁹⁵ S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge*, cit.

⁴⁹⁶ L. Curcio, A. Guariso, *Articolo 21. Non discriminazione*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti*, cit.; come noto, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Mangold*, con riferimento alla discriminazione per età ha affermato che «Il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario [...]» (punto 75 della sentenza CGCE del 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*). Da questa affermazione – non inedita – la Corte ha tratto una conseguenza invece inedita per la quale i divieti di discriminazione, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, vivono di una vita propria che prescinde dai comportamenti degli Stati e dall'assetto presente e futuro delle competenze. In questi termini, M. Barbera, *IL nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2002, p. XLIII.

⁴⁹⁷ F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 223.

⁴⁹⁸ «Il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione è espressione specifica, fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario e impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo diverso e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che un siffatto trattamento non sia obiettivamente giustificato» (sentenza 17 aprile 1997, C-15/1995, *EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trieux*; sentenza 20 settembre 1988, C-203/86, *Spagna c. Consiglio*).

diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata».

In tutte le sentenze richiamate, ad essere applicato, infatti, non è uno specifico divieto di discriminazione (o, meglio, non solo) ma, appunto, un principio generale di uguaglianza, utilizzato dalla Corte come “livello minimale” del sindacato di ragionevolezza. Nel caso *Ruckdeschel*⁴⁹⁹ – prima volta in cui il principio di eguaglianza è stato riconosciuto quale principio fondamentale del diritto comunitario – la prevalenza di questa funzione risulta ben evidente. Il rapporto tra divieto di discriminazione e principio di uguaglianza viene, infatti, tracciato chiaramente attraverso l’affermazione dell’estensione di quest’ultimo al di là del raggio di azione di uno specifico divieto di discriminazione, pur esistente nel regolamento la cui interpretazione era stata sottoposta al giudizio della Corte. Quest’ultima ha, infatti, sostenuto che, nonostante la norma che vieta qualsiasi discriminazione fra produttori dello stesso prodotto non contempra altrettanto inequivocabilmente i rapporti tra 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» e che «questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata»⁵⁰⁰.

Ad identiche affermazioni la Corte è pervenuta a partire dal divieto di discriminazione nell’ambito della politica agricola comune (art. 40)⁵⁰¹, da quelli fondati sulla nazionalità⁵⁰² e sul sesso⁵⁰³, a partire dal divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato⁵⁰⁴, e tra lavoratori part-time e lavoratori full-time⁵⁰⁵. In tutti questi casi, i giudici comunitari hanno ribadito che i divieti contenuti nel Trattato e nella legislazione derivata sono l’espressione specifica di un principio generale di uguaglianza per il quale situazioni analoghe vanno trattate allo stesso modo a meno che una differenza non sia obiettivamente giustificata; a meno che, cioè, non sia *ragionevole*.

Se il processo maieutico che ha consentito di “tirare fuori” il principio di eguaglianza dai divieti di discriminazione settoriali si può considerare giunto a compimento, è però vero che, con riferimento all’uso di tale principio come strumento per la valutazione degli atti comunitari, la Corte, per quanto sia arrivata ad affermarne l’esistenza come diritto fondamentale dell’ordinamento comunitario, non si è spinta sino al punto di utilizzarlo per sindacare fino in fondo la razionalità e

⁴⁹⁹ Corte di giustizia, 19 ottobre 1977, Cause riunite 117/76 E 16/77, *Albert Ruckdeschel & Co. e Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG c. Hauptzollamt Itzehoe*. cfr. S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit.

⁵⁰⁰ Per cui, continuano i giudici, «si deve perciò stabilire se quellmehl e amido si trovino in situazioni analoghe, nel senso che l’amido possa sostituirsi al quellmehl nell’impiego specifico e tradizionale di quest’ultimo».

⁵⁰¹ Sentenza CGCE 17 aprile 1997, causa C-15/95, EARL; sentenza CGCE, 13 aprile 2000, C-292/97, Karlsson. Entrambe queste sentenze sono citate nella spiegazione del Presidium come pronunce nelle quali la Corte qualifica il principio di eguaglianza come principio fondamentale del diritto comunitario.

⁵⁰² Cfr., a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte di Giustizia CE, 8 ottobre 1980, C-810/79, *Peter Überschär c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*.

⁵⁰³ V., ex aliis, la sentenza della Corte di giustizia CE, 26 giugno 2001, C-189/01, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*.

⁵⁰⁴ Sentenza Corte di giustizia CE, 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*.

⁵⁰⁵ Sentenza Corte di giustizia CE, 12 ottobre 2004, C-313/02, *Nicole Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*.

quindi la legittimità degli atti comunitari, come invece ha fatto la Corte costituzionale italiana⁵⁰⁶. Infatti, è stato osservato⁵⁰⁷, che mentre la Corte costituzionale sviluppa sulla base del principio di eguaglianza un sindacato assai penetrante, diversamente, i giudici comunitari si fermano, nell'applicazione del medesimo giudizio di eguaglianza, ad uno stadio preliminare, ravvisando al più una disparità di trattamento ma senza addentrarsi nello specifico della razionalità della differenza, ed anzi, nella maggior parte dei casi, giustificando il trattamento differenziato.

Si può leggere in diverse sentenze e, soprattutto, nelle analisi degli Avvocati Generali la spiegazione di questo *self restraint* mantenuto dalla Corte quando è in discussione solo l'uguaglianza davanti alla legge e non l'applicazione di uno specifico divieto di discriminazione, dovuta alla necessità di rispettare le scelte economiche e sociali del legislatore comunitario e nazionale per evitare che un secondo giudizio e un controllo troppo invasivo mettano in discussione il rispetto del principio di separazione dei poteri⁵⁰⁸.

Secondo la Corte, dunque il principio generale di uguaglianza non potrebbe estendere l'ambito di applicazione delle direttive antidiscriminatorie a motivi di discriminazione non contemplati dal legislatore⁵⁰⁹. Di tal che, nonostante i salti in avanti spesso compiuti dalla giurisprudenza comunitaria in termini di affermazione del diritto fondamentale, l'uguaglianza ha finito per giocare nel sistema comunitario la funzione di favorire l'integrazione economica, più che la sua tipica funzione redistributiva. E ciò in ragione del fatto che il controllo di ragionevolezza non è effettuato in assoluto, essendo influenzato «in modo decisivo dai valori, dai principi e dagli scopi fondamentali dell'ordinamento all'interno del quale esso si compie (che forniscono i parametri di giudizio

⁵⁰⁶ Il motivo dell'uso incompleto del principio di eguaglianza è dalla dottrina rintracciato nella necessità sentita dalla Corte di giustizia di tutelare le ragioni dell'integrazione europea facendole prevalere, quando necessario, sui diritti fondamentali. «La tutela dei diritti fondamentali nella Comunità risulta fortemente condizionata dagli obiettivi generali dell'integrazione europea, e dunque in primo luogo a quelle connesse alla realizzazione del mercato comune. L'impressione è che nelle valutazioni assiologiche della Corte di giustizia le esigenze della integrazione economica europea predominino su quelle dei diritti fondamentali»; cfr. in questi termini, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 42.

⁵⁰⁷ F. Ghera, *Il principio di eguaglianza*, cit., p. 286-287.

⁵⁰⁸ Cfr. i punti 33 e 35 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Poirares Maduro, 21 maggio 2008, C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e a. c. Premier ministre, Ministre de l'Écologie et du Développement durable e Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*.

⁵⁰⁹ Sentenza CGCE, 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eustre Colectividades SA*. La Corte non nega la collocazione del divieto generale di discriminazione (usato in questo caso come corrispondente del principio generale di eguaglianza) nel novero dei diritti fondamentali; ciò nondimeno ne limita l'estensione. «È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione. Quest'ultimo vincola quindi gli Stati membri allorché la situazione nazionale di cui trattasi nella causa principale rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (v., in questo senso, sentenze 12 dicembre 2002, causa C-442/00, Rodríguez Caballero, Racc. pag. I-11915, punti 30 e 32, nonché 12 giugno 2003, causa C-112/00, Schmidberger, Racc. pag. I-5659, punto 75 e giurisprudenza citata). Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi elencati tassativamente nell'art. 1 di quest'ultima» (punto 56). Un'interpretazione diversa, come già detto, è invece contenuta nella pronuncia resa sul caso Mangold, cit., in cui la Corte sostiene che il principio di discriminazione in ragione dell'età deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Si tratta di una sentenza molto criticata per avere trasformato il divieto di discriminazione fondata sull'età in un principio generale del diritto comunitario aprendo la strada all'uso di tale principio «come parametro di legalità del comportamento del legislatore in tutte le materie che rientrano nel campo di applicazione materiale del Trattato, [...] capace di porre in discussione le scelte degli Stati membri anche in settori diversi da quelli disciplinati dalla direttiva 2000/78». In questo senso cfr. R. Mastroianni, *Efficacia "orizzontale" del principio di eguaglianza e mancata attuazione nazionale delle direttive comunitarie*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2006, fasc. 2, p. 442.

ai quali il giudice ancora le sue decisioni) [...]»⁵¹⁰.

4. L'eguaglianza sostanziale tra diritto interno e diritto europeo. E la Carta di Nizza?

Malgrado le molte “similitudini” evidenti nella formulazione letterale del principio di eguaglianza nel diritto interno e nel diritto dell'UE, non si può certo fare a meno di notare la profonda differenza che esiste tra le due “carte fondamentali”, vale a dire la totale assenza nella Carta di Nizza di un precetto generale di eguaglianza sostanziale. Come si è accennato in apertura, sarebbe improprio un confronto tra Carta di Nizza ed esperienze costituzionali nazionali se si pretendesse di trovare nella prima un mero calco delle ultime. Il confronto, al contrario, diventa utile e praticabile se si prendono in considerazione le peculiarità che i diritti fondamentali e, in particolare, i principi di eguaglianza e non discriminazione, presentano in ragione dello specifico contesto in cui sono stati elaborati e del modo in cui si sono nel tempo sviluppati. Sarebbe riduttivo concludere il suddetto confronto negando semplicemente l'esistenza del principio di eguaglianza sostanziale nell'ordinamento sovranazionale o, al contrario, ammettendola senza ulteriori specificazioni.

Per cercare di comprendere questa mancanza o se davvero una mancanza ci sia, e in che termini si possano assimilare la Costituzione e la Carta di Nizza intorno ad un concetto comune, occorre guardare alle sembianze che l'eguaglianza sostanziale ha assunto nell'ordinamento comunitario, partendo – nei limiti del possibile – dalla funzione cui il principio di eguaglianza sostanziale assolve nell'ordinamento interno.

Senza volere ripercorrerle interamente, basti ricordare che le letture dell'art. 3 co. 2 Cost. avanzate nel corso del tempo dalla dottrina sono essenzialmente tre⁵¹¹. Per la prima, l'art. 3 co. 2 esprimerebbe un ripudio nei confronti del capitalismo e l'intenzione di instaurare una società di tipo socialista. Per la seconda, che parte dal medesimo assunto “rivoluzionario”, non si tratterebbe che di una promessa priva di alcun effetto giuridico in quanto altre parti della Costituzione la contraddicono. Per la lettura più accreditata, infine, il co. 2 dell'art. 3 della Costituzione avrebbe lo scopo di richiamare lo Stato alle proprie responsabilità sociali rappresentando, di fatto, il fondamento dello Stato sociale. Il che ha indotto la dottrina a ritenere pacifico che tale disposizione offra copertura costituzionale alla legislazione sociale fatta di norme destinate a tutelare i soggetti svantaggiati per garantire un'effettiva eguaglianza che si estenda oltre l'eguaglianza formale⁵¹².

Nel diritto comunitario il riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale ha avuto vita meno facile e, ad oggi, risulta nei fatti incompiuto. Il procedimento maieutico che ne ha caratterizzato la parziale emersione a livello sovranazionale è molto simile a quello seguito dal principio di eguaglianza

⁵¹⁰ M. Barbera, Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, fasc. 99-100, p. 406-407, la quale sostiene comunque che il sindacato giudiziale delle scelte politiche introdotto grazie al principio di eguaglianza nel sistema comunitario sia sostanzialmente simile a quello esercitato dalle corti costituzionali italiane.

⁵¹¹ F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 72 cui si rinvia per l'esauritiva descrizione delle letture della norma costituzionale cui si accenna nel testo.

⁵¹² La Costituzione stessa contiene altre disposizioni che prevedono “diritti dati ai lavoratori per la rimozione delle disuguaglianze sociali di fatto, e quindi come strumenti dello Stato per il raggiungimento di tal fine”, come vuole il comma 2 dell'art. 3 della Costituzione. Questa funzione ha il diritto dei lavoratori di partecipare alla gestione delle imprese (art. 46 Cost.) o il diritto di sciopero (art. 40 Cost.), definito “il più tipico diritto attuale di eguaglianza sociale”. In questi termini V. Simi, *Il diritto di sciopero*, Milano, 1956, p. 91; G. Suppiej, *Sciopero e principio di eguaglianza*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 317.

formale nato dai divieti di discriminazione. Quest'ultimo, è nato, come si è più volte ripetuto, dall'elaborazione del divieto di discriminazione il quale, a sua volta, ha trovato posto nel Trattato istitutivo di una comunità *economica* essenzialmente quale strumento per soddisfare le esigenze di buon funzionamento del mercato, come dimostrano le stesse pressioni esercitate a suo tempo dalla Francia che lungi dal perseguire uno scopo sociale – o, almeno, non solo – voleva semplicemente evitare che si producessero nocivi fenomeni di *dumping* salariale. Nessuno spazio dunque residuava a favore di interventi positivi che avessero come obiettivo l'eliminazione di una qualsivoglia disuguaglianza. Nel tempo le cose sono cambiate e, a partire dalla direttiva n. 76/207/CEE sul divieto di discriminazione fondata sul sesso, la Corte di giustizia ha affinato un orientamento di favore – divenuto pressoché costante – nei confronti di azioni destinate «[...] a ristabilire l'uguaglianza delle opportunità contrastando i condizionamenti storici della manodopera femminile allo scopo di permetterne l'accesso all'uguaglianza di trattamento giuridico da cui è di fatto esclusa perché versa in condizioni d'inferiorità sostanziale che la discriminano»⁵¹³.

A partire da questa posizione ribadita dalla Corte è stato poi preso lo spunto per introdurre nell'art. 141 del Trattato, dopo Amsterdam, il co. 4 che stabilisce che “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”. Però si tratta sempre della possibilità di adottare azioni positive per colmare il divario esistente tra donne e uomini nelle carriere professionali.

Secondo qualcuno poi, come si ricaverebbe dalla stessa formulazione della disposizione, anche l'art. 13 del Trattato (ora art. 19 TFUE), inserito anch'esso grazie alle modifiche apportate ad Amsterdam, autorizzerebbe le istituzioni comunitarie a prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sulle altre caratteristiche personali elencate dal legislatore⁵¹⁴.

Nonostante questa apertura, però, il limite ravvisato nel Trattato e, di conseguenza, nelle direttive che attuano i precetti in esso contenuti, è quello delle condizioni personali in presenza delle quali, soltanto, il legislatore è autorizzato ad intervenire adottando azioni positive; non ci sarebbe alcuno spazio all'uso di strumenti di intervento nel caso in cui le disuguaglianze derivassero da condizioni sociali. Per questo aspetto, fondamentale, il principio di eguaglianza nel diritto comunitario dunque si differenzia da quello sancito dalla Costituzione italiana.

In altre parole, né il legislatore né la Corte di giustizia sono riusciti a sviluppare un principio di eguaglianza sostanziale equiparabile a quello contenuto nella nostra legge fondamentale; non stupisce dunque che la Carta di Nizza non abbia avuto da sola la forza di incorporare un precetto

⁵¹³ U. Romagnoli, L'uguaglianza delle opportunità, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1989, fasc. 4, p. 957; M.V. Ballestrero, Le azioni positive in Italia, in Lavoro e diritto, 1988, p. 467.

⁵¹⁴ F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit. p. 209. Nel medesimo senso Angelini per il quale l'art. 13, superando i confini del vecchio divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità, costituirebbe “una base giuridica generale per l'adozione di azioni positive a favore dei gruppi sociali sottorappresentati, possibile premessa all'affermazione di un futuro principio di eguaglianza sostanziale dei cittadini comunitari”; cfr. L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2001, p. 636-637.

nuovo e sconosciuto nella sua portata generale al diritto comunitario⁵¹⁵.

La maggior parte dei commentatori ha subito lamentato, all'indomani della prima proclamazione della Carta, la mancanza del principio di eguaglianza sostanziale, pur sottolineando la presenza di disposizioni «che mirano a rimuovere possibili disegualianze di fatto e a tutelare specificamente alcune categorie “deboli”»⁵¹⁶.

Secondo però un'interpretazione che si fonda sulla lettura sistematica dell'art. 20 e del significato del principio di eguaglianza, la lacuna determinata dalla mancata formulazione dell'eguaglianza sostanziale potrebbe essere del tutto sanata dal momento che «il principio di uguaglianza-obiettivo disegnato dalla Carta [...] non si limita a garantire la parità nei diritti fondamentali ma, da un lato rispetta e valorizza le differenze (artt. 21-26), dall'altro si oppone alle disegualianze e impone “di lottare contro la povertà e l'esclusione sociale” (art. 34)»⁵¹⁷; a sostenere questa posizione concorrerebbe anche il recente orientamento della Corte di giustizia la quale, nella sentenza *Badeck*, ha superato la distinzione tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale sostenendo come essi abbiano lo stesso obiettivo, anche se la seconda ha “una valenza ulteriore che vede il legislatore farsi carico di correggere una situazione di reale difficoltà di alcune fasce della popolazione” (punto 26).

A ben vedere nessuna delle due posizioni – né quella pessimista né quella ottimista – è sostenibile fino in fondo. La prima perché, fermandosi a notare la mancanza di una esplicita formulazione, si autolimita non considerando il contesto generale di riferimento che è pure caratterizzato dalla presenza di altre disposizioni contenute nella Carta e in importanti direttive di diritto antidiscriminatorio e dai principi di diritto enucleati dalla Corte di giustizia; la seconda perché, al contrario, prova troppo, noncurante del brocardo, in questo caso senz'altro valido, per il quale *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* e dimentica, a tacer d'altro, che spesso «i diritti fondamentali elencati nella Carta presuppongono politiche di *monitoring* ed *enforcement* che passano anche, ed inevitabilmente, attraverso l'intervento su materie tuttora escluse dalla competenza dell'Unione»⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Di parere diverso è chi ritiene che la Carta – che, come afferma la Commissione, “rappresenta la quintessenza del patrimonio europeo di realizzazioni comuni in materia di diritti fondamentali” – non può che aver fatto propri i risultati conseguiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle direttive e dalle modifiche al Trattato che vanno tutti verso l'affermazione dell'eguaglianza sostanziale; in questi termini L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di uguaglianza, cit., p. 637-638. Nel medesimo senso M. Roccella, La Carta dei diritti fondamentali: un passo avanti verso l'Unione politica, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 335.

Con quanto affermato, in verità, non si intende tanto negare in maniera *tranchant* la tendenza del diritto comunitario (legislazione e giurisprudenza) verso l'affermazione di un precetto di eguaglianza sostanziale; quanto piuttosto sottolinearne l'incompletezza, l'incapacità di assolvere – almeno per il momento – alla medesima funzione cui invece esso assolve nell'ordinamento italiano, di copertura costituzionale dell'intera legislazione sociale. Piuttosto, come si può notare in diverse pronunce della Corte di Giustizia, sono i divieti di discriminazione – applicazione del principio di eguaglianza formale – a coprire, in alcuni casi, gli spazi lasciati vuoti dal diritto sociale sovranazionale.

⁵¹⁶ A. Celotto, Art. 20, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001; L. Ferrajoli, Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea, in A. Galasso (a cura di), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Milano, 2007. Del medesimo avviso anche G. De Simone, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione nella disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, 2001, p. 16, nonostante noti che “la strada verso il riconoscimento del principio di eguaglianza sostanziale è implicitamente aperta”, anche se per il momento solo con riferimento al sesso.

⁵¹⁷ L. Ferrajoli, Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea, cit.; S. Borelli, Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge, cit.

⁵¹⁸ A. Andronico, A. Lo Faro, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, p. 513, qui p. 525. «La presente Carta non estende l'ambito di

Indubbiamente, quella di non inserire nella Carta di Nizza un esplicito precetto di eguaglianza sostanziale non è una svista ma una precisa scelta, coerente con l'impostazione classica del Trattato e delle evoluzioni legislative successive che hanno sempre attribuito maggior peso all'eguaglianza formale attraverso i divieti di discriminazione. È altrettanto vero però che esistono elementi convincenti, sia nella legislazione (Carta compresa) che nella giurisprudenza, capaci di temperare questa scelta.

La stessa Carta di Nizza contiene infatti la previsione, al co. 2 dell'art. 23 sulla parità tra uomini e donne, per la quale "il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato" che consacra l'orientamento giurisprudenziale fin qui sviluppatosi sulla legittimità delle azioni positive⁵¹⁹ e ribadisce quanto già espresso nel Trattato al co. 4 dopo le modifiche di Amsterdam⁵²⁰. E prevede altresì delle disposizioni, contenute anch'esse nel Titolo III dedicato all'Uguaglianza – rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22), i diritti degli anziani (art. 25) e l'inserimento dei disabili (art. 26) – che presuppongono una differenza e ne garantiscono il rispetto e la tutela e, in alcuni casi, implicano un intervento correttivo⁵²¹, coerentemente con un approccio di natura sostanziale e non soltanto formale che invece imporrebbe di non considerare le differenze.

È dunque vero che non mancano nel diritto comunitario dimostrazioni dell'esistenza di un pur frammentato principio di eguaglianza sostanziale⁵²²; da qui, però, a sostenere che la mancanza di un'apposita formulazione di un precetto generale di eguaglianza sostanziale può essere sanata da un'interpretazione estensiva il passo, purtroppo, è tutt'altro che breve.

applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati» (art. 51, co. 2).

⁵¹⁹ Legittimità che, secondo alcuni, continua a correre sul "filo del rasoio"; in questo senso cfr. L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., che riprende un'espressione di Romagnoli.

⁵²⁰ C'è chi, considerando i diversi destinatari di Carta di Nizza e Trattato, auspica un ruolo di maggior peso delle istituzioni comunitarie, nelle materie di loro competenza, nella realizzazione di un'uguaglianza effettiva tra uomini e donne. In questo senso, M. D'Amico, Trattato di Lisbona: principi, diritti e "tono costituzionale", in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, Milano, 2009, p. 81.

⁵²¹ Pur con i limiti di cui si è detto, il riferimento è ovviamente all'art. 26 sull'inserimento dei disabili che, peraltro, si pone in linea con quanto disposto dalla direttiva quadro e, segnatamente, dall'art. 5 che prevede l'adozione di misure di sostegno ("soluzioni ragionevoli") a favore dei disabili appunto (art. 5 dir. 78/2000/CE).

Peraltro, la disposizione che prevede le soluzioni ragionevoli a favore dei disabili è stata utilizzata come esempio della funzione di "capacity-enhancing" propria, secondo parte della dottrina, della normativa antidiscriminatoria. Sul rapporto tra *capability* e non discriminazione cfr. S. Deakin, "Capacitas": Contract law and the institutional preconditions of a market economy, in *European review of contract law*, 2006, n. 3, p. 317, spec. 337-340.

⁵²² È appena il caso di ricordare l'importanza che riveste il principio di eguaglianza sostanziale nell'evoluzione giurisprudenziale riguardante la legittimità delle azioni positive. Sull'introduzione nel Trattato di Amsterdam di un principio di eguaglianza sostanziale attraverso la previsione delle azioni positive, cfr. L. Ronchetti, Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, n. 5, p. 985 ss. Sul fatto che della penetrazione dell'eguaglianza sostanziale nell'ordinamento comunitario costituisce un sintomo l'esplicita attenzione che i diritti sociali hanno ricevuto nella revisione del Trattato compiuta ad Amsterdam, cfr. A. Giorgis, La costituzionalizzazione dei diritti all'eguaglianza sostanziale, Napoli, 1999; M. V. Ballestrero, Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro, in *Lavoro e diritto*, 2000, p. 560; D. Izzi, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti, Napoli, 2005, p. 7-8, la quale sottolinea anche come, allo stesso proposito, rivesta "un certo significato la comparsa dell'obiettivo comunitario di lotta all'esclusione sociale" che sembrerebbe riflettere la preoccupazione per il superamento degli ostacoli alla piena integrazione sociale contenuta nel comma 2 dell'art. 3, della Costituzione.

5. I divieti di discriminazione nella Costituzione e nell'ordinamento italiano.

«Il principio di eguaglianza si articola in molti principi, linguisticamente e contenutisticamente distinti, alcuni dei quali non derivabili da nessun altro»⁵²³. Uno di questi è costituito dal nucleo duro del principio⁵²⁴, l'eguaglianza intesa come diritto che vieta arbitrarie distinzioni sulla base di determinati fattori soggettivi. E il secondo dei precetti contenuto nel primo comma dell'art. 3 della Costituzione si specifica proprio nel divieto di discriminazione fondato sul sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali.

In argomento – sulla definizione del contenuto delle distinzioni espressamente previste dalla Costituzione – il dibattito in dottrina è stato assai ampio. Pur non essendo questa la sede deputata alla ricostruzione di dette teorie, si può dire – come sostiene la parte maggioritaria della dottrina⁵²⁵ – che le valutazioni richieste dall'applicazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione non sono predeterminate dal vincolo all'ordine di valori contenuto nella Costituzione ma vanno ricostruite in considerazione dei mutati contesti storici e sociali, «tenendo presente che sono proprio le disposizioni in tema di eguaglianza e discriminazione a svolgere una funzione di apertura dell'ordine costituzionale a nuovi valori e nuove regole»⁵²⁶.

Ed è questa la funzione che i divieti di discriminazione hanno svolto anche nell'ordinamento interno – sviluppare la tutela antidiscriminatoria in armonia con la situazione politica, economica e sociale⁵²⁷ –, come dimostra la legislazione ordinaria che ha dato loro attuazione. Quando infatti il legislatore ha inteso considerare i fattori di rischio rispetto ai quali porre il divieto di discriminazione lo ha fatto a partire non dal sesso, che in quel momento storico non rappresentava un problema urgente⁵²⁸ – che è invece il prototipo della legislazione antidiscriminatoria comunitaria – ma dalla necessità di garantire il libero esercizio dell'attività sindacale, la libertà di manifestazione delle opinioni politiche e della fede religiosa – problemi dominanti nel momento storico in cui è stato adottato l'art. 15 della legge n. 300 del 1970⁵²⁹. E lo ha fatto andando oltre la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 604 del 1966 per la quale era stato già vietato il licenziamento “per rappresaglia”, intimato per ragioni di ordine politico, religioso e sindacale, punito con la nullità. Art. 4 il cui contenuto è stato arricchito dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori che prevedeva la nullità degli atti discriminatori, ivi compreso il licenziamento, posti in essere “a causa dell'affi-

⁵²³ G. U. Rescigno, Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana, in *Eguaglianza e legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, p. 81.

⁵²⁴ F. Ghera, Il principio di eguaglianza, cit., p. 222.

⁵²⁵ M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, cit.; G. De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 128 ss.; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 373 ss.

⁵²⁶ M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro, cit., p. 50.

⁵²⁷ G. De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 108.

⁵²⁸ Per quanto, vale la pena di ricordare che nel 1963 il legislatore ha adottato una legge caratterizzata da un intento protettivo-paternalistico nei confronti delle donne con la quale ha stabilito il divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio (legge del 9 gennaio 1963, n. 7), alla quale è seguito un altro intervento che ha posto il medesimo divieto per ragioni legate alla maternità (legge 30 dicembre 1971, n. 1204, le cui disposizioni – dopo l'abrogazione della legge – sono state trasfuse nel Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità adottato con il d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

⁵²⁹ Insieme all'art. 8 sul divieto di indagini sulle opinioni, all'art. 16 sul divieto di trattamenti economici collettivi discriminatori e all'art. 28 sulla repressione della condotta antisindacale che completano la tutela.

liazione o attività sindacale ovvero della partecipazione ad uno sciopero” e la nullità per i licenziamenti attuati “a fini di discriminazione politica, religiosa” e – in seguito all’intervento della legge n. 903 del 1977 – anche “razziale, di lingua e di sesso”.

In pratica, dunque, «la legge rende esplicita l’operatività in ambito privato dei divieti di discriminazione sanciti dall’art. 3 Cost., [...], e dà attuazione (sia pur parziale) alle norme della Convenzione OIL del 25 giugno 1958, n. 111, che vietano ogni discriminazione tra lavoratori basata sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla religione, sull’opinione politica, sull’origine nazionale o sociale»; in tal modo «i divieti si pongono nel solco della costituzionalizzazione del rapporto e della tutela internazionale contro la discriminazione, mettendo in luce quella tensione tra efficienza ed eguaglianza che costituisce un elemento insopprimibile di ogni sistema di mercato»⁵³⁰.

E proprio in virtù del legame esistente tra la tutela antidiscriminatoria e la connotazione sociale e storica dei divieti si ricava una lettura obbligata per cui i divieti di discriminazione, più che sanzionare l’irrelevanza di determinate qualità soggettive, sono destinati ad impedire che esse si traducano in distinzioni produttive di diseguaglianze; ragion per cui il divieto di discriminazione – legato imprescindibilmente ai diritti dettati dall’art. 3 della Costituzione – deve essere letto in chiave funzionale e non psicologico-soggettiva⁵³¹. Lettura che, benché non seguita subito dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, è stata avvalorata dalla nozione di discriminazione disegnata dal legislatore nella c.d. legge sulle azioni positive n. 125 del 1991, che ha innovato il sistema sotto molti aspetti (codifica della nozione di discriminazione indiretta fondata sul sesso e previsione dell’azione pubblica contro le discriminazioni di carattere collettivo).

Il quadro della tutela antidiscriminatoria interna si compone anche di altri interventi, come quelli adottati per far fronte ai problemi posti da fenomeni migratori di massa e destinati a fornire tutela contro le discriminazioni perpetuate nei confronti dei cittadini extra-comunitari, non solo sul lavoro⁵³². Da un altro punto di vista, vale la pena considerare anche la legge n. 68 del 1999 introdotta per rimediare alle difficoltà di inserimento nel lavoro dei portatori di *handicap* che, in qualche modo, si iscrive nel solco della disciplina sostanziale e processuale elaborata con riferimento alla differenza di genere.

⁵³⁰ M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., 1991, p. 77. L’art. 15 dello Statuto, grazie alla legge n. 903 del 1977 che ne ha integrato il contenuto, giunse all’epoca “a colpire i pregiudizi collegati al sesso, alla razza e alla lingua del lavoratore, portando alla ribalta differenze di ordine naturale che, pur occupando un posto di primo piano nell’elencazione di cui all’art. 3, 1° comma Cost., erano rimaste fino ad allora, se non al di fuori, quantomeno ai margini della legislazione lavoristica”; cfr. D. Izzi, Eguaglianza e differenze, cit., p. 375.

⁵³¹ Così M. Barbera, Discriminazioni ed eguaglianza, cit., p. 206. cfr. anche G. De Simone che analizza – con riferimento alla dizione “atti o patti diretti a fini di discriminazione” – la differenza tra la teoria c.d. “soggettiva” che tiene conto dell’animus del datore di lavoro e la teoria “oggettiva”-teleologica, sottolineando da un lato le difficoltà che comporta una lettura soggettiva e, dall’altro, la delicatezza del distinguo tra l’una e l’altra lettura quando dal piano teorico si scende a quello pratico (De Simone, Dai principi alle regole, cit., p. 122-123).

⁵³² Si veda la legge n. 943/1986, importante per l’affermazione del principio per cui agli immigrati regolarmente soggiornanti nel territorio nazionale sono assicurati “parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”. E poi la legge n. 40/1998 che con gli articoli 41 e 42 (ora trasfusi negli articoli 43 e 44 del d.lgs. n. 286/1998) ha ottenuto di garantire un compiuto sistema di tutela contro le discriminazioni fondate sulla “razza, il colore, l’ascendenza nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose”, sia nei servizi pubblici che nei rapporti civili. Cfr. D. Izzi, Eguaglianza e differenze, cit., p. 376; sui primi provvedimenti in materia, cfr. A. Viscomi, Immigrati extracomunitari e lavoro subordinato, Napoli, 1991; per la disciplina del 1998, cfr. M.G. Garofalo, M. McBritton, Immigrazione e lavoro: note al T.U. 25 luglio 1998, n. 286, in Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2000, I, p. 483 ss.

Infine, come noto, la legislazione antidiscriminatoria italiana è stata di recente arricchita – ancorché male – dai decreti di attuazione delle direttive comunitarie n. 43 e 78 del 2000. Questo nuovo intervento normativo è risultato invero assai deludente sotto diversi punti di vista. Oltre a riproporre pressoché pedissequamente le nozioni di discriminazione contenute nelle direttive – in alcuni casi talmente male da meritare la procedura di infrazione da parte della Commissione europea – il legislatore ha perso senza dubbio un'ottima occasione per recepire nell'ordinamento interno non tanto una nuova elencazione di motivi di discriminazione vietati e nuove definizioni quanto piuttosto un nuovo modello di eguaglianza che fosse in grado di ripristinare un collegamento più stretto con i principi protetti dall'art. 3 della Costituzione e di adattarsi al rinnovato contesto storico, culturale e sociale che – peggiore o migliore – non è sicuramente più lo stesso scenario che ha accolto la codificazione dei primi divieti di discriminazione.

6. Il divieto di discriminazione nell'ordinamento comunitario. Dal Trattato alla Carta di Nizza.

Se la costituzionalizzazione del principio di eguaglianza ha preceduto nel nostro ordinamento la specificazione dei diversi divieti di discriminazione, nell'ordinamento comunitario, come già detto, il processo è stato inverso⁵³³. E lo stesso vale per la sequenza previsione costituzionale/previsione legale⁵³⁴; se nel nostro ordinamento infatti è la Costituzione ad aver assistito alla prima proclamazione del principio generale di eguaglianza, cui poi la legislazione ordinaria ha dato in vario modo attuazione, nell'ordinamento comunitario è accaduto il contrario: il principio di eguaglianza è stato elaborato a partire dai divieti di discriminazione dalla legislazione e dalla giurisprudenza e solo dopo è stato consacrato nella Costituzione⁵³⁵.

Il Trattato istitutivo CEE, infatti, prevedeva, già nella versione originaria del 1957, il divieto di discriminazione per nazionalità, strumentale a garantire la libera circolazione all'interno del mercato unico⁵³⁶, e l'obbligo di parità retributiva uomo-donna a parità di lavoro, voluto fortemente dalla Francia e codificato al fine di evitare fenomeni di *dumping* sociale, legati ad un maggior costo del lavoro⁵³⁷. La marcata connotazione mercantile della disposizione si coglie visibilmente attraverso il confronto con la Convenzione OIL n. 100 sulla parità retributiva tra uomini e donne per

⁵³³ Sorrentino, Il principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee, in *Politica del diritto*, 2001, p. 179 ss.

⁵³⁴ Cfr., con riferimento al processo di "costituzionalizzazione" del diritto al "giusto tempo" nel rapporto di lavoro, G. Ricci, Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), in questo numero della Rivista.

⁵³⁵ Sia consentito l'uso del termine Costituzione in questo contesto per meglio rendere visivamente il rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale, pur con la consapevolezza dell'avvenuta espunzione di detto termine dal linguaggio comunitario. Nelle Conclusioni della Presidenza tedesca del Consiglio europeo del 26 giugno 2007, nel quale è stato conferito mandato alla CIG per l'elaborazione del "trattato di riforma" dei trattati esistenti, si legge, infatti, che «Il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato» (p. 2); che «Il TUE e il trattato sul funzionamento dell'Unione non avranno carattere costituzionale». Si stabilisce, inoltre, che «la terminologia utilizzata in tutto il testo dei trattati rispecchierà tale cambiamento: il termine "Costituzione" non sarà utilizzato».

⁵³⁶ Sulla libera circolazione dei lavoratori, cfr. da ultimo G. Orlandini, La libertà di circolazione dei lavoratori subordinati, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Torino, 2009.

⁵³⁷ Sui motivi che hanno "imposto" l'inserimento della disposizione normativa che prescrive la parità di trattamento uomo-donna, pur parziale in quanto circoscritta ai soli aspetti retributivi, si registra una vastissima letteratura. Ma vedi, principalmente M. Barbera, L'evoluzione storica e normativa del problema della parità retributiva tra uomo e donna, in *Lavoro e diritto*, 1989, p. 593; M. Barbera,

un lavoro di pari valore – di cui l'art. 119 costituisce la "european translation"⁵³⁸ – le cui disposizioni erano invece principalmente destinate a migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei destinatari del precetto.

Nonostante la vocazione iniziale, è senza dubbio corretto parlare, come si è fatto, dell'art. 119 come di un'oasi sociale⁵³⁹, potendosi facilmente individuare nel precetto paritario – con un'osservazione retrospettiva – un germe dell'attuale diritto sociale comunitario nonché un elemento fondante di quella *higher law* «la cui affermazione tanto è valsa a far prevalere il principio del primato del diritto comunitario sui singoli ordinamenti nazionali»⁵⁴⁰. Le ragioni iniziali del mercato, dopo un primo momento di apatia sociale, hanno, infatti, ceduto il passo alle ragioni della tutela al punto che, nonostante le limitate condizioni di operatività iniziali, l'art. 119 ha potuto svolgere una funzione «fortemente costituzionale»⁵⁴¹.

Inserito originariamente nel Capitolo I del Titolo III della parte III del Trattato CEE intitolato alla Politica sociale, l'art. 119, ponendo un obbligo diretto nei confronti degli Stati membri, è stato concepito in maniera diversa rispetto alle altre norme adottate in materia sociale e contenute nel medesimo titolo. Queste ultime avevano il solo compito di indicare alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri la linea flebile di un impegno da assumere al fine di facilitare il perseguimento di un progresso sociale che, in ogni caso, sarebbe seguito al corretto svolgimento del libero scambio, secondo una visione prettamente mercantile⁵⁴² dell'integrazione europea. Conseguito

Discriminazioni ed eguaglianza, cit., spec. p. 104 ss.; T. Pérez del Rio, *Parità retributiva*, in A. Baylos Grau – B. Caruso – M. D'Antona – S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario e comparato*, Bologna, 1996; di recente M. Bell, *Anti – Discrimination law and the european Union*, Oxford, 2002. Al tempo delle negoziazioni che hanno condotto all'adozione del Trattato importanti differenze caratterizzavano lo scopo e i contenuti delle legislazioni sociali vigenti nei diversi Stati membri, come è stato sottolineato da E. Ellis, *European Community sexual equality law*, Oxford, 1991.

⁵³⁸ In questo senso l'Avvocato Generale Trabucchi nella sentenza *Defrenne II*, nonostante lo stesso abbia di seguito specificato come la traduzione non sia perfetta. L'imperfezione, riferita dall'A. G. alla questione linguistica, può rintracciarsi anche con riguardo alle diverse finalità che connotano la disposizione internazionale rispetto a quella comunitaria.

È appena il caso di ricordare che i divieti di discriminazione originariamente sanciti nel Trattato non si limitano a quelli appena enunciati. Sono previsti altresì il divieto di discriminazione tra produttori e consumatori nell'ambito della politica agricola comune (34, co. 2 TCE); il divieto di discriminazione tra lavoratori che sono cittadini di uno Stato membro e lavoratori che, invece, pur lavorando nello stesso Stato, sono cittadini di un altro Stato membro (art. 39 TCE); l'obbligo di applicazione dello stesso trattamento per tutti i fornitori di servizi (art. 49 TCE); il divieto di discriminazione in materia di circolazione di capitali (art. 57 TCE); il divieto di discriminazione in materia di politica dei trasporti (art. 75 TCE); il divieto di discriminazione, nell'ambito del sistema fiscale interno, tra merci nazionali e merci importate (art. 90 TCE). Tutti divieti dichiaratamente destinati a garantire l'instaurazione e il corretto funzionamento del mercato comune.

⁵³⁹ M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, p. 203-204; J. Cruz Villalon, Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, p. 353, che parla del divieto di discriminazione salariale in ragione del sesso e del divieto di discriminazione a motivo della nazionalità come le due uniche "oasi" di socialità nell'ambito della dimensione sociale europea.

⁵⁴⁰ M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., p. 64-65 con riferimento alla costruzione del diritto di libera circolazione come diritto fondamentale; J. H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, cit., 1985, p. 160 ss.

⁵⁴¹ S. Sciarra, *Integrazione dinamica tra fonti nazionali e comunitarie: il caso del lavoro notturno delle donne*, in *Il diritto del lavoro*, 1995, p. 153. L'A. si riferisce, nella ricostruzione del processo di integrazione comunitaria, alle potenzialità che l'articolo 119 del Trattato CEE ha potuto esprimere nel corso del tempo rispetto alla definizione di un sistema giuridico comunitario costituzionale. Si veda anche S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, *Quaderni Fiorentini*, 2002, 31, p. 437; C. Barnard, *The economic objectives of art. 119*, in T. Hervey – O'Keeffe (a cura di), *Sex Equality Law in European Union*, 1996, Wiley, 1996, p. 321 ss.

⁵⁴² M. D'Antona, *La politica sociale nell'iniziativa della Commissione CEE: utopia o realtà?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1991, n. 1-2, p. 11.

l'obiettivo della libera circolazione di merci, servizi, lavoro e capitale, il mercato – come pensato dai padri fondatori – avrebbe garantito anche il benessere sociale⁵⁴³.

In un siffatto contesto, “l'unica norma di carattere imperativo contenuta nelle disposizioni sociali del Trattato”⁵⁴⁴ era appunto quella contenente il principio di parità retributiva⁵⁴⁵, il cui inserimento, come è stato giustamente sostenuto, ha senza dubbio influito profondamente sull'equilibrio della politica sociale europea, avendo creato un *focus* legislativo e giudiziario sulle questioni della discriminazione e della parità di trattamento⁵⁴⁶. Prima però di occuparsi della sua attuazione, le istituzioni comunitarie hanno atteso lungamente, perdendosi frattanto in sterili dibattiti sul significato dell'espressione «lavoro uguale» e sulla natura *self executing* della norma⁵⁴⁷. In un primo momento, infatti, nella Risoluzione del 1961 adottata dal Consiglio, era stata teorizzata la necessità che ciascun ordinamento nazionale inglobasse al suo interno un precetto paritario per conformarsi ai dettami comunitari; il che avrebbe quasi del tutto sterilizzato la potenzialità normativa della disposizione. Solo in una fase successiva, tale impostazione è stata superata – grazie ad una combinazione di interventi politici e giurisprudenziali⁵⁴⁸ – aprendo così la strada all'espansione della «cittadella *egualitaria* all'interno della fortezza del diritto comunitario»⁵⁴⁹.

Indubbiamente il ruolo fondamentale nell'affermazione del principio paritario all'interno dell'ordinamento comunitario lo ha avuto la Corte di giustizia la quale, nell'esercizio delle proprie funzioni – molto spesso esorbitandone i limiti – ha costantemente svolto un ruolo creativo che ha avuto e continua ad avere come effetto ultimo quello di «trovare ciò che è (poi viene dal legislatore reso, n.d.a.) diritto»⁵⁵⁰. Sollecitata dai giudici nazionali, essa ha, infatti, utilizzato i propri poteri di interpretazione delle norme comunitarie in maniera costruttiva, rivolgendo non pochi *input* ad un legislatore che si è peraltro dimostrato recettivo.

⁵⁴³ “La “parificazione nel progresso” era considerata dai Padri fondatori un effetto “virtuoso” del successo economico del mercato comune, e non un impegno ad adottare misure legislative comunitarie miranti ad elevare gli standards protettivi o le prestazioni sociali negli Stati membri”, cfr. D'ANTONA, Sistema giuridico comunitario, ora in B. Caruso e S. Sciarra (a cura di) *Opere*, I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, 2000.

⁵⁴⁴ M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 105.

⁵⁴⁵ “[...] one of the very few provisions creating a legal obligation to be included in the Title on social policy in the Treaty of Rome”, cfr. C. Barnard, *The economic objectives of art.119*, cit., p. 321.

⁵⁴⁶ J. Shaw, *Law, gender and the internal market*, in T. HERVEY – O'KEEFE (a cura di), *Sex Equality Law in European Union*, 1996, Wiley, 1996: 283 ss.

⁵⁴⁷ Così M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit., p. 105. L'autrice ricorda come il dibattito che ha impegnato le istituzioni comunitarie durante «il periodo di eclisse del principio» della parità retributiva, ha visto contrapporsi da una parte la Commissione e dall'altra i rappresentanti degli Stati membri presenti nel Consiglio con posizioni che andavano, da una parte, nel verso di riconoscere la diretta applicabilità della disposizione paritaria e, dall'altra, nel senso di richiedere come condizione della suddetta applicabilità misure interne di attuazione.

⁵⁴⁸ Cfr. M. Bell, *Anti-discrimination law and the European Union*, cit., p. 43. L'A. individua le ragioni politiche dello sviluppo del cuore sociale del Trattato nella progressiva assunzione di consapevolezza da parte degli Stati Membri intorno al fatto che l'integrazione europea non sarebbe stata sostenuta se non si fosse sviluppata una maggiore legittimazione popolare. Il che ha reso prioritario rafforzare la dimensione sociale, con particolare attenzione alle pari opportunità tra donne e uomini.

⁵⁴⁹ Si tratta di un'espressione di Lord Wedderburn che definisce quella parte di diritto comunitario che si occupa della eguaglianza di genere «as a separate citadel in the fortress of Community law». cfr. Lord Wedderburn, *Labour Law and Freedom: Further Essays in Labour Law*, London, 1995, p. 265.

⁵⁵⁰ Così Gorla riferendosi a quella che qualifica «interpretazione onnipossente». Si tratta di una delle categorie usate dall'Autore per descrivere l'attività di interpretazione giurisprudenziale. In questo contesto, probabilmente l'accostamento appare un po' forzato, ma lo è volutamente per meglio definire il ruolo di supplenza nei confronti del legislatore comunitario costantemente svolto dalla Corte

Il che è stato determinante nel rendere autonomo un precetto incardinato in una struttura marcatamente economica, garantendo al contempo visibilità e protezione ad istanze sociali ancor prima che intervenisse una specifica regolamentazione legislativa in grado di riconoscere una tutela adeguata.

Questa intensa attività ha preceduto, accompagnato e seguito i vari interventi del legislatore, a cominciare da quelli concretizzatisi nelle direttive degli anni '70 sull'attuazione della parità di trattamento con riferimento alla retribuzione, alle condizioni di lavoro e ai regimi di sicurezza sociale. Ed è stata pervasa via via da aspirazioni e contenuti diversi fino ad arrivare all'inserimento nel Trattato dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE)⁵⁵¹ e all'adozione delle direttive del 2000. La novità dell'art. 13, rispetto ai precedenti articoli 12 e 119 (ora articoli 18 e 157 TFUE), risiede nel fatto che, al contrario delle precedenti previsioni funzionali alla creazione del mercato unico, la nuova disposizione, pur priva di efficacia diretta⁵⁵², ha inteso dare effettiva attuazione ai principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali sanciti dalle Costituzioni degli Stati membri⁵⁵³, come ampiamente ribadito nei considerando delle due direttive che, per prime, hanno utilizzato la base giuridica fornita dalla disposizione in commento⁵⁵⁴.

L'art. 13 ha in altre parole rappresentato una sorta di apertura del principio di eguaglianza, ed è stato adottato al dichiarato scopo di avvicinare l'Europa ai cittadini, attraverso il rafforzamento degli strumenti che la Comunità possiede per promuovere e garantire i diritti fondamentali⁵⁵⁵. E ciò nonostante il limite procedurale⁵⁵⁶ dell'obbligo di unanimità previsto per l'adozione dei "prov-

di giustizia in relazione all'attività di individuazione del contenuto dei divieti di discriminazione. Cfr. G. Gorla, 1989, p. 98. cfr. Inoltre M. Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, p. 127, il quale individua nella giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazioni "l'apporto più significativo della Corte di Giustizia al diritto del lavoro".

⁵⁵¹ L'articolo 13 (ora art. 19 TFUE) stabilisce che «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione 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, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

Esso conterrebbe un nuovo principio generale che "supera di gran lunga i confini del vecchio divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità [...]"; in questi termini, L. Angelini, A proposito di diritto sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 636.

⁵⁵² Che al contrario, come noto, è attribuita agli articoli 39 Tce e 141 Tce. Per quanto riguarda la diretta applicabilità dell'articolo che prevede la parità di trattamento retributiva uomo-donna, si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 8 aprile 1976 in C-43/75 *Defrenne* che rappresenta l'apripista rispetto al riconoscimento dell'efficacia diretta di tale principio nei confronti non solo degli Stati, ma anche dei singoli datori di lavoro pubblici e privati; in dottrina v. M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza*, cit.

⁵⁵³ Cfr. M. Bell, *The new article 13 EC Treaty: a sound basis for European anti-discrimination law?*, in *Maastricht Journal of European and comparative law*, 1999, n. 1, p. 6.

⁵⁵⁴ Nei considerando di entrambe le direttive trova spazio l'affermazione per cui «Conformemente all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» (considerando 1 dir. 78/2000/Ce e considerando 2 dir. 43/2000/Ce).

⁵⁵⁵ L. Waddington, *Testing the limits of the EC Treaty article on non-discrimination*, in *Industrial Law Journal*, 1998, n. 1, p. 134. Nonostante sulla formulazione di tale articolo e, dunque, sulla sua idoneità a servire allo scopo, l'autrice abbia espresso più di qualche perplessità

⁵⁵⁶ Cfr. M. Bell, *The new art. 13 EC Treaty*, cit.; L. Flynn, *The implication of article 13 EC Treaty after Amsterdam, will some forms of discrimination be more equal than others?* in *Common Market Law Review*, 1999, n. 6, p. 1127.

vedimenti opportuni” per combattere le discriminazioni e quello sostanziale della mancata formulazione di una clausola generale⁵⁵⁷ che fosse in grado di coprire tutti i motivi di discriminazione prevedibili⁵⁵⁸.

Appare evidente dunque che, se in un primo momento, nell’ordinamento comunitario, l’aspirazione sociale era del tutto estranea alle disposizioni che si occupavano di prevedere i divieti di discriminazione, in tempi più recenti questi ultimi hanno assunto un ruolo fondativo della «dimensione sociale della cittadinanza dell’Unione»⁵⁵⁹.

Da qui all’inserimento nella Carta di eguaglianza e divieto di discriminazione “tra i valori classificatori dei diritti fondamentali europei”⁵⁶⁰ il passaggio è stato tanto breve quanto automatico. Non solo; nell’affermarsi come diritti fondamentali, essi hanno dimostrato più forza dei diritti sociali classici⁵⁶¹, mantenendo una propria autonomia e differenziazione anche visivamente rappresentata dal fatto che sono contenuti in un apposito titolo posto in mezzo tra quello dedicato alla Libertà e quello dedicato alla Solidarietà, e ciò verosimilmente proprio in ragione della “storia legislativa e giurisprudenziale” pregressa.

6.1. L’articolo 21 della Carta di Nizza e l’«universalizzazione» della tutela antidiscriminatoria.

Nella Carta di Nizza, il divieto di discriminazione è contenuto nell’art. 21 e riguarda la 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, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali, oltre che la discriminazione fondata sulla cittadinanza. Come confermato dall’inciso *in particolare*, tale precetto “costituisce un ampliamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria”⁵⁶² nonostante le restrizioni delle clausole orizzontali (art. 51)⁵⁶³. Restrizioni che però, come è stato convincentemente sostenuto, valgono relativamente rispetto ad un tema qual è quello dell’uguaglianza e della parità di trattamento che “non è una competenza, ma un principio generale, la cui operatività taglia trasversalmente tutto l’ordinamento comunitario, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali”⁵⁶⁴.

⁵⁵⁷ Cfr. J. Cruz Villalon, Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria, cit., p. 358; altri, invece, ritengono che l’art. 13 contenga un nuovo principio generale, in questo senso, L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 636.

⁵⁵⁸ Pare tuttavia possibile opporre che l’enucleazione tassativa di precisi divieti di discriminazione altro non è che l’espressione di contingenti esigenze storiche; cfr. M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 399.

⁵⁵⁹ C. Barnard, The United Kingdom, the «Social Chapter» and the Amsterdam Treaty, in *Industrial Law Journal*, 1997, n. 3, p. 275; M. Bell, The new article 13 EC Treaty, cit.

⁵⁶⁰ S. Giubboni, Solidarietà e sicurezza sociale nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2001, p. 622.

⁵⁶¹ Il riferimento va a quei diritti sociali inseriti nel Titolo dedicato alla Solidarietà. Malgrado, infatti, il Consiglio europeo di Colonia avesse espressamente indicato i diritti sociali tra quelli di cui ci si sarebbe dovuti occupare, a lungo si è discusso addirittura sull’opportunità di un loro effettivo inserimento nella Carta. Cfr. per questa ricostruzione L. Angelini, A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza, cit., p. 635.

⁵⁶² L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione cit., p. 257.

⁵⁶³ L’art. 51, come noto, infatti limita l’operatività delle disposizioni contenute nella Carta agli atti delle istituzioni, degli organi dell’Unione e a quelli degli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione.

⁵⁶⁴ M. Barbera, Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007.

La disposizione, come sottolineato anche nelle spiegazioni del Presidium, trova la sua fonte sia nel Trattato della Comunità Europea che nella CEDU⁵⁶⁵. Il primo prevede, da una parte, il divieto di discriminazione relativo al sesso, la razza e l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 13, ora art. 19 TFUE) e, dall'altra, il divieto di discriminazione effettuata in base alla nazionalità (art. 12, ora art. 18 TFUE). Si è da più parti detto⁵⁶⁶ come la disposizione della Carta di Nizza sia profondamente diversa da quella contenuta nel Trattato per il semplice motivo che la prima prevede un divieto di discriminazione che pone "un obbligo negativo incondizionato e generalizzato"⁵⁶⁷; mentre l'art. 13 del Trattato prevede sì un divieto, ma mediato dall'intervento delle istituzioni comunitarie cui il Trattato attribuisce il potere di adottare gli strumenti necessari per combattere le discriminazioni fondate sui motivi elencati dall'articolo stesso. Potere immediatamente esercitato, come noto, con l'adozione nel 2000 della direttiva n. 43 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della direttiva n. 78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro attraverso la previsione del divieto di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 1).

Sul versante internazionale, invece, la CEDU stabilisce che "il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione" (art. 14)⁵⁶⁸. Rispetto a quest'ultima disposizione, è appena il caso di notare come la formulazione del divieto di discriminazione abbia un carattere "residuale" e, secondo alcuni, in parte ambiguo⁵⁶⁹, ma in realtà pienamente rappresentativo del ruolo ancillare svolto dai divieti di discriminazione quali strumenti di sostegno ai diritti fondamentali posti a salvaguardia della dignità umana⁵⁷⁰. Nonostante ciò e nonostante lo scarso interesse

⁵⁶⁵ Per quanto riguarda il patrimonio genetico, l'art. 21 si ispira all'art. 11 della convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina.

⁵⁶⁶ A. Celotto, L'Europa dei diritti, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, 2001.

La differenza tra le due disposizioni è chiarita molto bene nelle spiegazioni del Presidium nelle quali si afferma che «non v'è contraddizione né incompatibilità fra il paragrafo 1 e l'articolo 19 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che ha campo d'applicazione e finalità diversi: l'articolo 19 conferisce all'Unione la facoltà di adottare atti legislativi, compresa l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, per combattere alcune forme di discriminazione di cui l'articolo stesso riporta un elenco completo. La normativa in questione può regolamentare gli interventi delle autorità degli Stati membri (come pure i rapporti fra i privati) in qualsiasi settore entro i limiti delle competenze dell'Unione. La disposizione dell'articolo 21, paragrafo 1, invece, non conferisce nessuna facoltà di emanare norme contro la discriminazione in questi settori d'intervento degli Stati membri o nei rapporti fra privati né sancisce nessun divieto assoluto di discriminazione in settori così ampi. [...] Il paragrafo 1 non altera quindi l'ampiezza delle facoltà conferite a norma dell'articolo 19 né l'interpretazione data a tale articolo».

⁵⁶⁷ L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione, cit., p. 257.

⁵⁶⁸ Sul principio di eguaglianza contenuto nella CEDU, Bin rileva come le modalità con cui la Corte europea dei diritti umani "procede nel giudizio di eguaglianza non differiscono sensibilmente dalle modalità seguite dai giudici nazionali e, in particolare, dalla Corte costituzionale italiana"; cfr. R. Bin, "Art. 14", in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001.

⁵⁶⁹ A. Viviani, Ancora sul principio di non discriminazione nella giurisprudenza recente della Corte europea dei diritti umani, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 3, p.653.

⁵⁷⁰ Così M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, cit., p. 414.

manifestato dagli Stati⁵⁷¹ alla sua applicazione, la Corte di Strasburgo ha da subito reso un'interpretazione non restrittiva della disposizione arrivando a sostenere che il divieto di discriminazione può essere violato anche in assenza della violazione di una diversa norma della Convenzione⁵⁷², e superando così il limite più evidente ad una sua applicazione effettiva.

6.2. Il rapporto tra i divieti di discriminazione comunitari e la CEDU. Il caso Maruko e la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Si è poc'anzi detto del rapporto tra il divieto di discriminazione della Carta di Nizza e quello della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. Come espressamente chiarito, nella misura in cui coincide con l'art. 14 della CEDU l'art. 21 si applica in conformità dello stesso.

Ed è interessante dunque guardare al rapporto tra il divieto di discriminazione dell'ordinamento comunitario e l'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo a partire da un punto di osservazione privilegiato offerto da una recente sentenza della Corte di Giustizia resa sul caso *Maruko*⁵⁷³. Si tratta di un "esperimento" recente dei giudici sovranazionali che finora non avevano tenuto molto in considerazione la CEDU, quantomeno non con riferimento al divieto di discriminazione.

Nella sentenza considerata, la domanda di pronuncia pregiudiziale – presentata nell'ambito di una controversia tra il signor Maruko e la *Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi, Vddb) – verte sull'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva quadro n. 78/2000 e riguarda il diniego, espresso dall'ente di previdenza di riconoscere al signor Maruko una pensione di vedovo a titolo di prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, poi deceduto.

Il signor Maruko era legato da un'unione solidale ad un costumista teatrale iscritto alla Vddb che aveva continuato a versare contributi a titolo volontario all'ente previdenziale durante i periodi nei quali non era iscritto a titolo obbligatorio. Dopo il decesso del partner, il signor Maruko aveva presentato la richiesta per ottenere il beneficio di una pensione di vedovo. E, dinnanzi al diniego opposto dalla Vddb, ha proposto ricorso lamentando la violazione del principio della parità di trattamento e sostenendo che «il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti così come ad un coniuge superstite costituirebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale della detta persona».

Non si tratta, con tutta evidenza, soltanto di una differenza di trattamento tra coppie sposate e coppie legate da un'unione solidale, ma di una differenza di trattamento fondata sull'orientamento sessuale dal momento che il signor Maruko e il suo partner non avrebbero potuto in nessun caso contrarre matrimonio, non essendo ammesso in Germania il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁵⁷¹ Dimostrato dalle scarse ratifiche raccolte dal Protocollo n. 12 alla Convenzione europea (solo 16 al 30 aprile 2008), cfr. Viviani, Ancora sul principio di non discriminazione, cit.

⁵⁷² *Abduhiz e al. C. Regno Unito*, ricorso n. 9214.80, sentenza del 28 maggio 1985.

⁵⁷³ Sentenza CGCE, 1 aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

È stato osservato⁵⁷⁴ che la Corte di Giustizia ha dimostrato nel passato scarsa attenzione alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale⁵⁷⁵, mentre è riuscita – anche in maniera innovativa e pur con qualche forzatura interpretativa – a riconoscere tutela adeguata nelle ipotesi di discriminazione determinata da cambiamenti di sesso⁵⁷⁶. Diversamente, la Corte di Strasburgo non solo ha fornito una definizione “relazionale” di orientamento sessuale⁵⁷⁷, ma ha, ancor prima, considerato la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale ricompresa nell'ambito di applicazione dell'art. 14 CEDU che, pure, non la menziona espressamente⁵⁷⁸.

Il rapporto tra il divieto di discriminazione e l'elaborazione della Corte EDU è ben espresso dall'Avvocato Generale Colomer nelle sue Conclusioni dalle quali si ricava l'importanza assunta nel tempo dal principio di eguaglianza – insieme al principio della libera circolazione, il più tradizionale e più radicato nell'ordinamento giuridico europeo (punto 83) – confermata dall'inserimento nel Trattato del diritto al rispetto per l'orientamento sessuale che figura nell'articolo 14 CEDU ed è esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il suo carattere essenziale – continua l'Avv. Gen. – implica, ai sensi dell'art. 6 UE, che l'Unione ne garantisca il rispetto (punto 78).

Tali affermazioni rivestono un'importanza fondamentale anche per quanto riguarda l'uso dell'art. 21 della Carta di Nizza e del principio di non discriminazione. Esso, infatti, diventa il viatico per operazioni interpretative, di indubbia valenza, circa l'efficacia del diritto comunitario secondario. Efficacia che non viene legittimata attraverso operazioni tutte interne alle norme procedurali del

⁵⁷⁴ L. Curti, A. Guariso, Articolo 21, cit. È stato detto anche che “quello della discriminazione fondata sull'identità di genere e/o sessuale appare uno dei punti di vista privilegiati per osservare gli alti e i bassi di una giurisprudenza comunitaria che – non troppo casualmente – alterna innovazione a estrema cautela nel risolvere i casi che le vengono sottoposti”; cfr. in questi termini L. Calafà, Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinnanzi alla Corte di giustizia CE, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2009, 1, p. 237 ss.

⁵⁷⁵ Cfr. il caso emblematico della sentenza Grant in cui la Corte praticamente sostiene che mentre una distinzione fondata sul sesso sarebbe illegale, fondarla sull'orientamento sessuale non lo sarebbe, dato che nessuna norma comunitaria la sanziona (Corte di Giustizia 17 febbraio 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*).

⁵⁷⁶ Cfr. la sentenza P. (Corte di Giustizia 30 aprile 1996, C-13/94, *P c. S e Cornwall County Council*) e la sentenza K.B (Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C-117/01, *K.B. c. The National Health Service Pensions Agency e The Secretary of State for Health*). Nel primo caso la Corte ha riconosciuto tutela al signor P. che era stato licenziato perché aveva deciso di cambiare sesso. Nel secondo caso (di diniego di riconoscimento di una pensione di reversibilità al convivente transessuale) ha riconosciuto che la disparità di trattamento incideva non sul riconoscimento della pensione, ma su una condizione preliminare indispensabile alla concessione di questa, ossia la capacità di contrarre matrimonio, e ha affermato che l'art. 141 CE osta ad una normativa che, impedendo ai transessuali di contrarre matrimonio secondo il sesso acquisito, li priva di una pensione di reversibilità.

⁵⁷⁷ L. Curcio, A. Guariso, Articolo 21. Non discriminazione, cit., p. 260.

⁵⁷⁸ Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo 21 dicembre 1999, *Da Silva Mouta c. Portugal*, punto 28, e 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*, punto 33. E, di recente, caso E.B. c. Francia del 24 gennaio 2008 in cui la Corte ha stabilito che nel caso in cui i single vengano ammessi ad adottare, le autorità non possono indagare esclusivamente sull'orientamento sessuale dei richiedenti ma valutare complessivamente la loro personalità.

In un recente caso *Frette c. Francia* del 26 febbraio 2002, un giudice nella sua opinione dissenziente ha notato che “è chiaro che un consenso europeo in tale ambito sta emergendo”. A dimostrazione di ciò, l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ha raccomandato al Consiglio di aggiungere l'orientamento sessuale quale fattore di discriminazione della CEDU e ha anche chiesto agli Stati di operare allo stesso modo nelle loro legislazioni nazionali; cfr. C. Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site>. L'A. si occupa di analizzare il principio di non discriminazione contenuto nella CEDU e nella Carta di Nizza, con riferimento al problematico ambito dell'orientamento sessuale.

Trattato e/o ai principi generali del diritto comunitario⁵⁷⁹, bensì agganciata ad un diritto fondamentale sancito positivamente nella Carta, a mo' di *grundnorm* del sistema comunitario. La peculiarità di questa posizione risiede non tanto, ovviamente, nella dichiarazione del primato del diritto comunitario, quanto nel fondamento costituzionale della sua legittimazione⁵⁸⁰. L'avvocato considera, infatti, il riferimento all'art. 21 come uno degli argomenti idonei a giustificare l'applicabilità della direttiva 2000/78/CE al caso concreto⁵⁸¹.

Con riguardo al rapporto tra elaborazione giurisprudenziale comunitaria e CEDU, il caso Maruko appena illustrato non è che un esempio dell'atteggiamento ormai consolidato della Corte di Giustizia in base al quale la CEDU e, soprattutto, il patrimonio costituito dall'elaborazione da parte della Corte di Strasburgo dei diritti fondamentali in essa contenuti sembrano ormai rappresentare un "obbligatorio" punto di riferimento nella definizione di casi che coinvolgano *fundamental rights*⁵⁸². D'altro canto, quello dei diritti fondamentali era, fino a poco tempo fa, lo spazio di azione privilegiato, di elezione, della Corte europea dei diritti dell'uomo che aveva la "*human rights jurisdiction*"; solo successivamente – a partire da *Stauder* – nel medesimo spazio si è inserita anche la Corte di giustizia attraverso affermazioni per cui "i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza" e al contempo creando per via pretoria quel catalogo di diritti fondamentali che rappresenta ormai il fulcro dell'*acquis communautaire*⁵⁸³, oltre che punto di partenza imprescindibile per la consacrazione legislativa dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza.

E ciò nonostante la Corte di giustizia soffra il limite di un linguaggio – quello dei diritti fondamentali – che non conosce e che non ha mai praticato con completa cognizione; il che giustifica il costante richiamo alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e soprattutto alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali nell'interpretazione della Corte di Strasburgo. A tal proposito la Corte di Lussemburgo ha anche avuto modo di specificare

⁵⁷⁹ Sui principi del primato, dell'efficacia diretta e dell'interpretazione conforme del diritto comunitario, cfr. G. Bronzini-V. Piccone, *La Corte del Lussemburgo «scope» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, in *Diritto del Lavoro*, 2006, 4, 979 ss.; *Id.* *La giurisprudenza europea «in movimento»: luci e ombre nel processo di costruzione di un ius comune*, in G. Bronzini-V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, Taranto, 2007, p. 281 ss.; *Id.*, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee, I diritti dell'uomo*, 2006, 2, 5 ss.; *Id.*, *L'efficacia «anticipata» della Carta di Nizza: ius receptum?, I diritti dell'uomo*, 2007, 2, 12 ss.; pure M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in *Id.* (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 30. Si v. pure R. Calvano, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, *G. Cost.*, 2001, 1, 209 ss. e la ricognizione di A. Celotto, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: Disapplicazione o interpretazione conforme?*, in G. Bronzini-V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, op. cit., 29 ss.; A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2005, 2, 581. Sui principi generali, cfr. E.W. Böckenförde, *Diritti fondamentali come norme di principio*, in *Id.*, *Stato, Costituzione, Democrazia*, Milano, 2006, 225.

⁵⁸⁰ In questi termini B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 2, p. 147 ss.

⁵⁸¹ «In terzo luogo, perché il diritto alla non discriminazione fondata sulle tendenze sessuali figura nell'art. 14 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 1950, ed è esplicitamente recepito nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il suo carattere essenziale implica, ai sensi dell'art. 6 UE, che l'Unione ne garantisca il rispetto» (punto 78). Pertanto, a conclusioni delle sue osservazioni, l'Avv. Gen. sostiene che «Non sussistono pertanto ragioni perché la direttiva 2000/78 non sia applicabile alla fattispecie in esame» (punto 81).

⁵⁸² Così V. Piccone, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in *D&L*, 2009, 1, p. 31 che riporta quanto sostenuto da J. Morijn, "Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution", in *European Law Journal*, gennaio 2006, p. 15.

⁵⁸³ V. Piccone, *Il principio di non discriminazione*, cit.

più volte che quando una normativa nazionale entra nel settore di applicazione del diritto comunitario⁵⁸⁴, la Corte «deve fornire tutti gli elementi d'interpretazione necessari alla valutazione [...] della conformità di detta normativa con *i diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto, tali quali risultano, in particolare, dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*» (punto 42 sentenza *ERT*⁵⁸⁵, c.vo mio)⁵⁸⁶.

Detto rapporto tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario – e ora confluiti nella Carta di Nizza, primo catalogo di diritti specifico e proprio dell'Unione Europea⁵⁸⁷ – e la Convenzione, sancito da tempo dai giudici comunitari, è ora significativamente ribadito dal co. 3 dell'art. 52 il quale prevede che quando la Carta “[...] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”, ferma restando la possibilità che “il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Il che equivale a dire che quanto stabilito nella CEDU rappresenta il livello minimo di tutela del diritto fondamentale che anche l'Unione deve garantire.

C'è chi, in dottrina, ha messo in guardia contro il rischio che, in seno all'Unione Europea, si determinino fenomeni di «indebolimento della costruzione di quel diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali [...] che, nell'Europa allargata di Strasburgo, poggia sulla Corte europea dei diritti dell'uomo»⁵⁸⁸, sottolineando come il coordinamento tra il sistema europeo e il sistema di Strasburgo – che passa attraverso il rapporto tra le due Corti – possa rivelare una situazione non del tutto idilliaca. Ciò perché è accaduto in alcuni casi che il maggiore livello di tutela fornito dalla Corte di Strasburgo ad un diritto fondamentale non sia stato ribadito dalla Corte di giustizia⁵⁸⁹. Non pare però possa dirsi la stessa cosa con riferimento alle molteplici applicazioni che i giudici di Lussemburgo e quelli di Strasburgo hanno fatto dei divieti di discriminazione e al reciproco condizionamento – pur limitato a poche pronunce – che ne è derivato. Oltre a quanto già detto, basti aggiungere, *ad adiuvandum*, un ulteriore tassello fornito dal percorso argomentativo seguito dalla Corte di giustizia e, in maniera più approfondita, dall'Avvocato Generale nella sentenza K.B., citata poc'anzi come esempio di tutela riconosciuta dalla Corte di giustizia in un caso di di-

⁵⁸⁴ La Corte ha ampiamente chiarito che il suo possibile oggetto di controllo sono: a) gli atti comunitari, adottati dalle istituzioni nell'esercizio delle loro funzioni; b) le leggi, gli atti e le prassi adottati dagli Stati membri al fine di dare applicazione agli atti comunitari; c) l'invocazione da parte degli Stati membri dei diritti fondamentali per giustificare una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto comunitario.

⁵⁸⁵ Sentenza Corte di Giustizia, *Elleniki Radiophonia Tileorasi*, 18 giugno 1991, C-260/89

⁵⁸⁶ Del valore giuridico della Convenzione come elemento di identificazione dei diritti fondamentali si è ampiamente discusso in dottrina. Si tratta però di un dibattito che perde di importanza se solo si considera che, di fatto, la CEDU ha una funzione equivalente a quella di un catalogo di diritti fondamentali, come dimostra l'applicazione che costantemente ne fa la Corte di giustizia. Cfr. G. Tesauro, *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma, 2009, p. 70.

⁵⁸⁷ M. CARTABIA, *Una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 459 ss.

⁵⁸⁸ B. Conforti, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, n. 2, p. 424.

⁵⁸⁹ Per una ricostruzione in questi termini del rapporto tra Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. B. Conforti, *op. ult. cit.*

scriminazione determinata dal cambiamento di sesso. Senza volere qui ripercorrere l'intera vicenda⁵⁹⁰, vale la pena rammentare che nel caso di specie la questione pregiudiziale era stata sollevata formalmente a causa di una potenziale discriminazione sessuale di natura retributiva. In sostanza, invece, essa verteva sulla compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che, non ammettendo il matrimonio tra transessuali, negava a questi ultimi la possibilità di ottenere una pensione di reversibilità per vedovi; la questione riguardava dunque una precondizione per l'esercizio (eventuale) del diritto.

La Corte di giustizia – su suggerimento dell'Avvocato Generale –, in mancanza di un esplicito divieto di discriminazione in tal senso⁵⁹¹ e nonostante la materia oggetto del rinvio pregiudiziale appartenesse alla sfera di competenza degli Stati membri⁵⁹², ha tuttavia richiamato le pronunce in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento del sesso, e che dipende dal fatto che essi appartengano allo stesso sesso, costituisce violazione del suo diritto di contrarre matrimonio garantito dall'art. 12 della CEDU⁵⁹³. E ha, in conseguenza, ritenuto che la legislazione inglese – che vietava il matrimonio dei transessuali non permettendo il riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale – fosse, in linea di principio, incompatibile con le prescrizioni di cui all'art. 141 del Trattato CE.

Un ulteriore esempio di positivo condizionamento tra Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo nel quale si coglie l'originalità del ruolo ricoperto dal giudice comunitario che controlla, da una parte, "la conformità al diritto comunitario delle norme e degli atti di diritto interno che, pur operando in ambiti riservati agli Stati, possono indirettamente incidere su settori appartenenti alla competenza delle istituzioni europee" e, dall'altra, "la conformità alla CEDU di discipline interne preliminari all'attuazione del diritto comunitario"⁵⁹⁴. In tal modo occupando una posizione di primo piano nel sistema di tutela costituzionale multilivello dei diritti fondamentali, nella veste di "corte costituzionale federale dell'UE"⁵⁹⁵.

Sarà interessante assistere a come questo rapporto prenderà forma e agli sviluppi che avrà in futuro, ora che il confronto riguarda due cataloghi di diritti fondamentali di pari rango⁵⁹⁶. Nella

⁵⁹⁰ Per una approfondita analisi si rinvia al commento di F. Savino, *Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio. Osservazioni a margine della "sentenza K.B."*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, n. 2, p. 431.

⁵⁹¹ Divieto che è intervenuto successivamente con l'approvazione della direttiva di rifusione 2006/54/CE riguardante l'attuazione del principio della pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, nella quale il legislatore comunitario ha chiarito in un considerando che il principio della parità di trattamento tra uomini e donne «[...] considerato il suo scopo e data la natura dei diritti che è inteso a salvaguardare, si applica anche alle discriminazioni derivanti da un cambiamento di sesso» (considerando 3).

⁵⁹² Ragion per cui la Corte in conclusione ha rimandato al giudizio del giudice inglese la verifica della situazione di K. B. rispetto al divieto di discriminazione sancito dall'art. 141 del Trattato CE.

⁵⁹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*.

⁵⁹⁴ F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 1, p. 79 ss., qui p. 94.

⁵⁹⁵ Ruolo perseguito dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza *Simmenthal*; in questi termini, ancora F. Sorrentino, *La tutela multilivello*, cit.

⁵⁹⁶ Con ciò si intende che entrambi i cataloghi dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione e nella Carta di Nizza sono ormai scritti, a prescindere dalla natura giuridica che essi hanno. Peraltro, la Corte di Lussemburgo ha già dimostrato in più occasioni di riconoscere "validità" alla Carta di Nizza. Nella sentenza 19 aprile 2007, *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia*, ad esempio, la Corte ha

consapevolezza che la previsione di un “livello minimo” di tutela risulterà senz’altro assai più significativo per altri diritti sociali (si pensi al diritto di sciopero), l’unica notazione che può farsi riguarda la formulazione dell’art. 14 della Convenzione sul divieto di discriminazione. Quest’ultimo, infatti, collega il divieto alle discriminazioni fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l’origine nazionale o sociale, l’appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o *ogni altra condizione* (c.vo mio), evidenziando il carattere esemplificativo dell’elencazione. In più rispetto all’art. 21 della Carta di Nizza in cui il carattere esemplificativo della elencazione si coglie dall’uso della locuzione *in particolare*, c’è il riferimento a “ogni altra condizione” che, a partire da un’interpretazione estensiva, pur coerente con la *ratio* della disposizione, si potrebbe riferire non soltanto alle altre condizioni personali ma estendersi anche alle condizioni sociali, dando vita in tal modo ad un divieto di discriminazione generale.

D’altro canto, come è stato sostenuto, «dal momento che la Convenzione è stata definita come strumento vivente, è probabile che, con il passare del tempo, altri fattori di discriminazione acquistino rilevanza e siano [...] ricompresi nella tutela offerta dall’art. 14»⁵⁹⁷. Per questa ragione, nonostante sia stata riconosciuta la necessità di ampliare l’ambito di applicazione dell’art. 14, è stato deciso di non estendere la lista dei motivi per evitare che la nuova formulazione della disposizione possa far pensare che solo rispetto alle ragioni esplicitamente elencate possa farsi valere la violazione del divieto di discriminazione⁵⁹⁸. Ciò dimostra, quantomeno, la volontà di utilizzare lo strumento dei divieti di discriminazione come puntello imprescindibile posto a tutela dei diritti fondamentali, oltre che come fonte autonoma di diritti.

Il dialogo tra le Corti – e il conseguente processo di *cross fertilization* ormai da tempo in atto – è già ben incardinato su binari solidi che condurranno con ogni probabilità al rafforzamento delle tutele riconosciute dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea⁵⁹⁹, nell’ottica della costruzione di un sempre più solido “diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali”.

7. La Corte di giustizia e il nuovo modello di eguaglianza.

Se è vero ciò che si è detto con riferimento all’uso della CEDU quale “catalogo” dei diritti fondamentali riconosciuti e rispettati dall’ordinamento comunitario⁶⁰⁰, lo è altrettanto il fatto che la Corte di giustizia, pur soffrendo il limite della mancanza di familiarità con il linguaggio praticato

richiamato non solo la Carta ma anche le “spiegazioni”, riconoscendo con ciò, secondo alcuni, che il Testo ha già una chiara ed indiscussa portata “normativa”. Cfr. O. Pollicino, La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dopo l’allargamento del Consiglio d’Europa ad est: forse (più di) qualcosa è cambiato, in G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, Le scommesse dell’Europa, cit., p. 109.

⁵⁹⁷ Cfr. C. Danisi, Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza, cit.

⁵⁹⁸ Ancora C. Danisi, Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza, cit.

⁵⁹⁹ E le potenzialità in termini di arricchimento del contenuto del diritto determinato dal virtuoso dialogo tra le Corti non sono in alcun modo diminuite dal fatto che le modalità di intervento dei giudici e gli effetti delle pronunce delle Corti siano diversi.

⁶⁰⁰ Cfr. il già citato art. 6 par. 2 del Trattato sull’Unione Europea, a seguito delle integrazioni apportate dal Trattato di Maastricht, la cui formulazione ha recepito, come noto, il risultato cui era giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia che, sin dal 1969, ha affermato che i diritti fondamentali e la loro tutela “fanno parte dei principi generali del diritto comunitario” e, nel 1975, ha richiamato espressamente la CEDU. Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. V. Sciarabba, Tra fonti e corti, Padova, 2008, p. 91 ss.; cfr. inoltre S. Catalano, Trattato di Lisbona e “adesione” alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne, in P. Bilancia, M. D’Amico, La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona, cit., p. 236.

dalla Corte di Strasburgo, cui poc'anzi si accennava, – molto evidente in alcuni casi⁶⁰¹ – ha spesso compensato in materia di eguaglianza e non discriminazione adottando posizioni interpretative innovative e coraggiose, in grado molto spesso di attribuire ai divieti di discriminazione settoriali sanciti espressamente dal diritto comunitario una portata assai ampia fino ad allora non immaginabile.

Ciò ha contribuito a creare un nuovo modello di eguaglianza all'interno del quale i divieti di discriminazione scolorano perdendo i loro specifici connotati.

Emblematiche di questo atteggiamento sono le sentenze *Coleman* e *Feryn* che hanno entrambe inciso sull'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria, ampliando l'una il contenuto del concetto "discriminazione fondata su" e l'altra la nozione di discriminazione. La prima sentenza riguarda la discriminazione per handicap⁶⁰² e, dunque, l'interpretazione della direttiva quadro; la seconda sentenza è quella in cui la Corte ha effettuato la prima interpretazione pregiudiziale della direttiva sulla parità di trattamento per le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica⁶⁰³.

La sentenza *Coleman* nasce dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proveniente dall'*Employment Tribunal* di Londra avente ad oggetto l'interpretazione della locuzione «divieto di discriminazione fondata su [...]». Il caso trae origine da una controversia riguardante il licenziamento subito dalla signora Coleman per motivi evidentemente riconducibili alla cura del figlio disabile; e dichiarato ingiusto dallo stesso datore di lavoro il quale si era subito offerto di risarcire la lavoratrice. Quest'ultima, però, volendo godere della tutela più ampia riconosciuta dal *Disability Discrimination Act* del 1995 aveva adito la corte nazionale sulla base del fatto che la direttiva quadro proteggerebbe «those who are associated with the disabled», compresi dunque i genitori e coloro che si prendono cura delle persone disabili⁶⁰⁴. Il DDA inglese stabilisce che "a person directly discriminates against a disabled person if, on the grounds of the disabled person's disability, he treats the disabled person less favourably...", e non considera dunque quella che è stata definita

⁶⁰¹ Ci si riferisce alle ormai famigerate sentenze della Corte di giustizia sui casi Laval (18 dicembre 2007, C-341/05), Viking (11 dicembre 2007, C-438/05), Rüffert (3 aprile 2008, C-346/06), Commissione c. Lussemburgo (19 giugno 2008, C-319/06). Su queste sentenze la letteratura è già sterminata; cfr., da ultimo U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; B. Veneziani, A. Andreoni (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Roma, 2009.

⁶⁰² Anche se non si può dimenticare come la stessa Corte abbia dato un'interpretazione assai restrittiva della nozione di handicap individuando la disabilità in una limitazione "grave e funzionale" di "lunga durata oppure permanente" ed escludendo quindi che una malattia possa essere presa in considerazione in quanto causa di un'attuale e futura disabilità e precisando che "una malattia in quanto causa di un futuro handicap, non può in linea di principio essere assimilata all'handicap"; cfr. in questo senso la sentenza CGCE, *Chacon Navas c. Euresit Collectividades SA* del 11 giugno 2006.

⁶⁰³ Definito "un autentico *leading case* sotto le spoglie di una sentenza laconica"; in questi termini IZZI su *Centrum*. Per una valutazione negativa della sentenza, cfr. K. Henrard, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper 09/09. L'A. mette in evidenza come la Corte in questa sentenza non provveda a fornire risposte chiare ai giudici nazionali.

⁶⁰⁴ È stato osservato come "il fatto che si parli di discriminazione fondata sulla disabilità e non di discriminazione a danno di persone affette da disabilità, [...] dovrebbe portare ad una definizione della fattispecie che includa situazioni quali quelle di una persona che, pur non essendo disabile, venga trattata come tale (ad esempio perché portatrice di un certo codice genetico o perché deturpata nel viso o nel corpo), oppure lo è stata in passato o lo può diventare in futuro, nonché situazioni nelle quali ad essere discriminati sono i *care givers*"; in questo senso M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (ac cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 77.

discrimination by association. Dinnanzi alla questione sollevata da Ms. Coleman, i giudici nazionali, ritenendo che la direttiva in ragione della sua natura potesse invece ricomprendere anche questa forma di discriminazione, hanno adito la Corte di Giustizia, interrogandola sulla riconducibilità nell'ambito di applicazione della direttiva quadro di un licenziamento ingiustificato motivato dal fatto che la lavoratrice licenziata deve prendersi cura di un figlio affetto da handicap⁶⁰⁵. In altre parole, la questione riguarda la possibilità di considerare tale licenziamento come frutto di una discriminazione fondata sull'handicap.

La Corte, con una pronuncia tutt'altro che scontata, ha risposto che «[...] anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire [...] il motivo del trattamento meno favorevole [...]. [...] la direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1» (punto 50).

Si tratta di una pronuncia dirompente sotto diversi punti di vista che, per essere intesa appieno, va letta, come giustamente è stato osservato⁶⁰⁶, insieme alle Conclusioni dell'Avvocato Generale. Quest'ultimo ha, infatti, legato l'interpretazione estensiva della nozione "discriminazione fondata su" non soltanto ad una questione esegetica e di sistema in considerazione della *ratio* della direttiva; ma, cosa ancor più rilevante, lo ha fatto riconducendo direttamente la tutela contro le discriminazioni alla tutela della dignità umana⁶⁰⁷, attraverso un percorso argomentativo molto significativo durante il quale ha analizzato il significato del concetto di dignità umana e il suo contenuto minimo e individuato lo scopo dell'art. 13 del Trattato proprio nella tutela della dignità umana e dell'autonomia degli appartenenti alle "categorie sospette"⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Si tratta della domanda pregiudiziale proposta dall'Employment Tribunal (London South) 10 luglio 2006, *Coleman vs. Attridge Law e a.*, Causa C-303/06.

⁶⁰⁶ L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata": il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della direttiva 2000/78*, in D&L. Rivista critica di diritto del lavoro, 2008, n. 3, p. 779.

⁶⁰⁷ Si tratta di un percorso argomentativo simile a quello condotto dalla Corte costituzionale italiana nell'applicazione del principio della dignità umana che, in molti casi, utilizza in stretto collegamento con il principio di eguaglianza (formale e sostanziale). «La dignità dell'uomo quale *principio* costituzionale pare [...] che possa essere colta essenzialmente in combinazione con l'istanza egualitaria che discende dall'art. 3, ed in particolare attraverso quella serie di divieti di discriminazione che il primo comma dell'articolo scolpisce a chiare lettere [...]». Per una disamina delle tematiche in cui il principio di eguaglianza si coniuga, per il tramite dei divieti di discriminazione, all'affermazione della pari dignità sociale, cfr. M. Bellocci, P. Passaglia (a cura di), *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, in http://www.cortecostituzionale.it/informazione/studi_ricerche.asp.

⁶⁰⁸ «La dignità umana ricomprende, come contenuto minimo indispensabile, il riconoscimento del fatto che ogni essere umano ha uguale valore. La vita ha valore per il semplice fatto di appartenere a un essere umano, e non vi è vita che abbia più o meno valore di un'altra. Come Ronald Dworkin ci ha recentemente rammentato, anche quando siamo in profondo disaccordo su questioni di moralità politica, sulla struttura delle istituzioni politiche e sul funzionamento dei nostri Stati democratici, continuiamo tuttavia a condividere l'attaccamento a questo principio fondamentale. Pertanto, i singoli e le istituzioni politiche non devono agire in modo da rinnegare l'intrinseca importanza di ogni vita umana. Un valore pertinente, ma diverso, è quello dell'autonomia della persona. Esso impone che i singoli siano in grado di determinare e di condurre la propria esistenza attraverso una serie successiva di scelte tra diverse opzioni. L'esercizio dell'autonomia presuppone che alle persone sia data una gamma di opzioni entro la quale scegliere. Quando ci si comporta come agenti autonomi e si decide come condurre la propria vita, allora «si concretizzano l'integrità della persona, il senso di dignità e il rispetto per se stessi» (punto 9).

La conclusione – tanto apprezzabile quanto innovativa – di Poiates Maduro si fonda sul valore dell'uguaglianza e sulla necessità di adottarne "una concezione solida", garantendo appieno la tutela dei valori ad essa sottesi, vale a dire la dignità umana e l'autonomia della persona. Egli afferma, infatti, che «[...] attribuendo valore all'uguaglianza e impegnandoci nella realizzazione dell'uguaglianza attraverso la legge, miriamo a sostenere la possibilità per ciascuno di condurre una vita autonoma» e che «[...] prendere di mira direttamente una persona avente una particolare caratteristica non è l'unico modo di discriminarla» poiché la «[...] dignità della persona avente una caratteristica sospetta è lesa tanto nel momento in cui viene discriminata direttamente quanto nel momento in cui vede qualcun altro patire una discriminazione per il semplice fatto di essere in rapporto con lei».

Il ragionamento dell'Avvocato non si limita ovviamente a considerare il *forbidden ground* della disabilità ma si estende a tutte quelle che, mutuando un termine dal diritto costituzionale degli Stati Uniti, egli chiama "categorie sospette"⁶⁰⁹. Il risultato è una estensione ragguardevole della tutela antidiscriminatoria attraverso l'ampliamento del suo ambito di applicazione soggettivo.

Ampliamento – questa volta riferito alla nozione di discriminazione – che la Corte ha realizzato anche in occasione di un'altra recente e significativa sentenza resa sull'interpretazione della direttiva riguardante la parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (dir. n. 43/2000/CE).

In questo caso, la domanda di pronuncia pregiudiziale è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone il Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding (Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo) alla società Firma Feryn NV, in seguito alle affermazioni di uno dei suoi direttori che aveva dichiarato pubblicamente che la sua società non desiderava assumere le persone cosiddette «alloctone».

La Corte si è trovata dunque a dovere interpretare la portata della nozione di discriminazione diretta rispetto a dichiarazioni pubbliche rese da un datore di lavoro nell'ambito di una procedura

«Scopo dell'art. 13 CE e della direttiva è tutelare la dignità e l'autonomia degli appartenenti alle citate categorie sospette. Il modo più ovvio in cui la dignità e l'autonomia di una persona del genere possono essere lese è che tale persona sia direttamente presa di mira in quanto possiede una caratteristica sospetta. Trattare qualcuno in modo sfavorevole sulla base di ragioni quali il credo religioso, l'età, la disabilità e l'orientamento sessuale lede quel valore speciale ed unico che le persone traggono dal loro essere umani. Riconoscere uguale valore ad ogni essere umano significa che occorre essere ciechi a considerazioni di questo tipo allorché si impone un onere su qualcuno o si priva qualcuno di un vantaggio. In altre parole, si tratta di caratteristiche che non dovrebbero giocare alcun ruolo quando si tratti di valutare se sia giusto trattare qualcuno in modo meno favorevole» (punto 10).

«Analogamente, l'impegno a garantire l'autonomia significa che nessuno dev'essere privato di opzioni in settori di importanza fondamentale per la sua vita in ragione della sua appartenenza a una delle categorie sospette. L'accesso al lavoro e alla crescita professionale ha un significato fondamentale per chiunque, non soltanto come mezzo di sostentamento ma anche come strumento importante di appagamento personale e di realizzazione delle proprie potenzialità. Il discriminatore che discrimina un individuo appartenente a una categoria sospetta lo priva ingiustamente di opzioni. Di conseguenza, la capacità di tale persona di condurre una vita autonoma risulta seriamente compromessa, in quanto un aspetto importante della sua vita viene plasmato non dalle sue proprie scelte bensì dal pregiudizio di qualcun altro. Trattando le persone appartenenti a tali gruppi in modo meno favorevole a causa delle loro caratteristiche, il discriminatore impedisce loro di esercitare la loro autonomia. A questo punto, è equo e ragionevole che intervenga la normativa antidiscriminazione. [...]» (punto 11).

⁶⁰⁹ «[...] ad esempio, l'autonomia degli appartenenti a un gruppo religioso può essere compromessa (si pensi al momento in cui si tratta di decidere chi sposare o dove vivere) qualora essi sappiano che la persona che sposteranno subirà probabilmente una discriminazione in ragione dell'appartenenza religiosa del coniuge [...]» (punto 14).

di assunzione e a dover chiarire dunque se “l’esistenza di una vittima identificabile sia presupposto necessario per aversi un comportamento direttamente discriminatorio”⁶¹⁰.

Ancora una volta la sentenza va letta insieme alle significative considerazioni dell’Avvocato Generale – in gran parte, anche se non interamente, accolte dalla Corte – il quale, a partire da un’interpretazione teleologica del divieto di discriminazione, ha sostenuto nelle sue Conclusioni che «la dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt’altro che ipotetico. Ignorare che ciò costituisce un atto discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone aventi quell’origine che intendano accedere al mercato del lavoro [...]» (punto 15). Gli obiettivi di tutela presi in considerazione dall’Avvocato Generale sono quelli rintracciabili nell’ottavo e nel dodicesimo considerando che individuano nella necessità di garantire una partecipazione più attiva sul mercato del lavoro e di assicurare lo sviluppo di società democratiche e tolleranti che consentono la partecipazione di tutte le persone a prescindere dalla razza o dall’origine etnica gli obiettivi della tutela antidiscriminatoria.

Ciò che è interessante notare, come in effetti è stato fatto, è che la Corte estende la nozione di discriminazione diretta fondando l’interpretazione teleologica della direttiva non sulla effettività del principio della parità di trattamento in materia di lavoro ma sull’unica finalità politico-giuridica, tra quelle indicate dall’Avvocato Generale, che mette in relazione “l’ideale del pieno rispetto della persona umana e delle differenti caratteristiche di cui è portatrice, cioè l’ideale di eguaglianza, con la convenienza economica di un mercato del lavoro del quale anche le minoranze etniche siano componente attiva e produttiva”⁶¹¹.

A giustificare questa scelta, vale senz’altro l’osservazione di chi ha ritenuto che l’intenzione dei giudici sia stata probabilmente quella di rimarcare i benefici effetti derivanti da un mercato del lavoro europeo razzialmente integrato, piuttosto che razzialmente segregato⁶¹². Ma se questo è vero, lo è altrettanto il fatto che la Corte si trova probabilmente più a suo agio a giustificare una scelta innovativa come quella che estende la nozione di discriminazione anche ai casi in cui gli effetti sono solo ipotetici e non esiste una vittima identificabile più con le ragioni economiche che con ragioni che abbiano a che fare esclusivamente con la tutela di un diritto fondamentale come l’eguaglianza, avendo dimostrato, in varie occasioni, di avere maggiore familiarità con il linguaggio del mercato piuttosto che con quello dei diritti fondamentali⁶¹³.

⁶¹⁰ D. Strazzari, Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?, in *Rivista Giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 4, p. 776.

⁶¹¹ D. Izzi, Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*, 2008, n. 4, p. 765.

⁶¹² D. Izzi, Discriminazione razziale e accesso al lavoro, cit.

⁶¹³ Giustamente è stato infatti messo in evidenza come, mentre la Corte europea dei diritti dell’uomo è fornita di una competenza specializzata finalizzata alla tutela dei diritti umani, «la Corte di Lussemburgo, nonostante l’ammirevole sforzo di dare ai diritti fondamentali un posto di primaria importanza nella gerarchia delle fonti di diritto comunitario, non può mai perdere di vista esigenze di carattere più generale quali sono quelle che si ricollegano all’integrazione europea». In questi termini B. Conforti, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, p. 8; cfr. anche U. Villani, *I diritti fondamentali*, cit., p.

È comunque indubbio che le posizioni assunte dalla Corte di giustizia siano frutto di scelte coraggiose e abbiano degli effetti dirompenti, sotto molti punti di vista; esse, a ben vedere, si pongono in linea di continuità con il nuovo corso della normativa antidiscriminatoria.

Quest'ultima, infatti, come è stato convincentemente sostenuto⁶¹⁴, lungi dal rappresentare una mera evoluzione della precedente legislazione, aveva già segnato un punto di rottura rispetto al passato in molti aspetti, tra cui l'ambito di applicazione oggettivo – che ormai si spinge al di là delle condizioni di lavoro fino a coprire l'intero ambito dell'agire sociale di un individuo – e la nozione di discriminazione – che scolora, perdendo i tradizionali connotati, fino a far coincidere il comportamento vietato con la lesione della dignità umana, vale a dire la lesione di un diritto assoluto. Tutto ciò legato alla valorizzazione delle differenze che sgancia l'eguaglianza dal giudizio di comparazione, considerato ad essa intrinseco (emblematica in questo senso è la nozione di molestia), restituisce uno scenario del tutto diverso rispetto al passato.

Si tratta esattamente degli stessi profili su cui i giudici di Lussemburgo sono intervenuti, questa volta sì, a portare avanti un processo già intrapreso dal legislatore, nel primo caso considerato (*Coleman*) estendendo l'ambito di applicazione soggettivo della direttiva quadro fino ad arrivare a garantire la tutela antidiscriminatoria a chi non è portatore della differenza ma ha un rapporto di relazione con essa – *discrimination by association* –, e nel secondo caso (*Feryn*), ampliando la nozione di discriminazione all'ipotesi in cui non esiste una vittima identificabile e gli effetti discriminatori non sono né attuali né prevedibili ma solo potenziali. Con il risultato di dar vita ad un modello di eguaglianza che rappresenta da una parte un'evoluzione rispetto a quello costruito intorno al c.d. "meta-modello"⁶¹⁵ costituito dal divieto di discriminazione fondato sul sesso – che comunque rimane il punto di partenza del processo evolutivo –; e, dall'altra, un cambiamento, una rottura rispetto al passato grazie al quale oggi «l'eguaglianza diventa [...] nell'ordinamento comunitario un bene complesso e ricco di implicazioni politiche e morali e, a sua volta, questo arricchimento di significato è destinato a ripercuotersi a cascata sugli ordinamenti degli stati membri e sul dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali»⁶¹⁶.

Ricostruire il modello di eguaglianza disegnato dalla legislazione e, soprattutto, dalla giurisprudenza comunitaria – e ora cristallizzato nel catalogo di diritti fondamentali dell'Unione Europea – serve evidentemente a chiarire la portata del diritto e a meglio comprendere il modo in cui esso troverà applicazione nel sistema europeo. Serve, inoltre, se ci si sposta su un altro piano di operatività, anche ad individuare le possibili vie di interazione tra il principio di livello sovranazionale e quello nazionale. Vale la pena, a tal proposito, ricordare un celeberrimo tentativo di applicazione del principio di eguaglianza al rapporto di lavoro subordinato, approvato dinnanzi alla Corte costituzionale e conclusosi con la sentenza n. 103/1989. Senza volere entrare nel merito della

⁶¹⁴ M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit. Contra G. De Simone, Dai principi alle regole, cit.; D. Izzi, Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro, cit.

⁶¹⁵ G. De Simone, Dai principi alle regole, cit.

⁶¹⁶ M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 417.

pronuncia⁶¹⁷, basti ricordare che la Corte ha negato, in quella occasione, l'esistenza nell'ordinamento giuridico interno di un principio di parità di trattamento dei lavoratori, pur avendo fatto delle affermazioni "non prive di una valenza monitoria"⁶¹⁸ riguardanti, da un lato, il limite della lesione della dignità umana dei lavoratori in caso di differenziazione delle qualifiche e dell'inquadramento e, dall'altro, l'obbligo di coerenza del potere di iniziativa dell'imprenditore con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (ex art. 41 Cost.).

Ferme restando le valutazioni effettuate dai giudici costituzionali sull'ordinamento interno, ciò su cui, in questo contesto, si intende puntare l'attenzione è, invece, il piano delle interazioni tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. La Corte ha infatti osservato che le affermazioni di principio contenute nelle fonti internazionali considerate non assumevano, per la genericità del contenuto, un valore vincolante.

Pur non potendo in questo contesto analizzare a fondo la questione, appare evidente come questo elemento assuma oggi, alla luce di quanto si è detto, tutt'altro peso. I diritti fondamentali di eguaglianza e non discriminazione che operano a livello sovranazionale, infatti, presentano ormai contorni più netti e più complessi⁶¹⁹ e sono ora parte di un vero e proprio *Bill of Rights* europeo che la Corte costituzionale non potrà più ignorare⁶²⁰. Quale posizione assumerebbero i giudici costituzionali se si trovassero oggi ad affrontare la questione dell'esistenza di un principio di parità di trattamento tra lavoratori non è dato ipotizzarlo; che non potrebbero fare a meno di confrontarsi con i diritti fondamentali sovranazionali si può affermare con certezza⁶²¹.

⁶¹⁷ Cfr., tra i primi commentatori della sentenza, ex aliis, G. Ferraro, Continuità ed innovazione nella giurisprudenza lavoristica della Corte costituzionale, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1991, I, p. 381; R. Greco, Il principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazione dopo la svolta della Corte costituzionale, in *Foro italiano*, I, c. 2882 ss.; U. Natoli, La Corte costituzionale e la parità di trattamento, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1989, II, p. 7 ss.

⁶¹⁸ Cfr. G. Zagrebelsky, La giustizia costituzionale, Bologna, 1988, p. 255; M. De Luca, Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro: profili problematici e prospettive in un recente "revirement" giurisprudenziale, in *Il diritto del lavoro*, 1994, p. 408.

⁶¹⁹ L'eguaglianza è diventata un bene complesso e ricco di implicazioni politiche e morali e questo arricchimento di significato è destinato a ripercuotersi a cascata sugli ordinamenti degli Stati membri e sul dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali; così M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., qui p. 417.

⁶²⁰ D'altro canto, la Corte costituzionale ha già dimostrato, in recenti pronunce, di annoverare la Carta di Nizza tra le fonti costituzionali del diritto interne ed europee, attribuendo alle disposizioni in essa contenute "valore confermativo", "espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei"; cfr. per un'ampia disamina delle suddette pronunce il dossier a cura di F. AMICI – V. PAPA – E. SACCÀ, *Le Corti e la Carta di Nizza. Tecniche di argomentazione e attività interpretativa*, visibile sul sito <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>.

⁶²¹ Anche la Corte di Cassazione in una interessante sentenza ha ricordato che «la Corte Costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, [...] hanno compiuto un punto di svolta per l'apertura del nostro sistema di giustizia costituzionale verso il diritto europeo, consentendo alla Corte italiana di instaurare un dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo, così come pretende anche il Trattato di Lisbona, in corso di ratifica (come risulta dall'agenda governativa e dal disegno di legge depositato in parlamento) con la ricezione della Carta di Nizza nel Trattato della Unione europea. Questo punto di svolta, che supera definitivamente i paletti (o contro-limiti) posti dalla Corte Costituzionale con la lontana pronuncia del 19 gennaio 1993 n. 10, esige una migliore lettura del sistema delle fonti a partire dal testo dell'art. 117 Cost. italiana, comma 1, che esige un rapporto integrativo con le fonti europee sui diritti fondamentali della persona (Consiglio di Europa e Carta di Nizza) ed un confronto dialogico con le pronunce delle Corti europee di giustizia. [...]». Cfr. Cass., sez. III, 3 luglio 2008, n. 18203.

«La formalizzazione giuridica (della Carta di Nizza, n.d.a.) ha delle conseguenze fondamentali, non solo all'interno dell'Unione, ma anche a livello statale, in quanto potrebbe avere delle ricadute importanti anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che comunque già ha iniziato ad avvalersi della Carta più che altro come ausilio interpretativo»; in questi termini M. D'Amico, *Trattato di Lisbona*, cit., p. 73.

8. Conclusioni. Eguaglianza e non discriminazione. “Personaggi in cerca d'autore” nel nuovo ordinamento costituzionale europeo.

«Quel particolare dialogo sulla discriminazione e sull'eguaglianza che si è sviluppato tra Corte di giustizia, giudici nazionali, legislatore comunitario e legislatori nazionali, e che tanto ha contribuito non solo allo sviluppo di un sistema di tutela comunitario contro le discriminazioni ma allo sviluppo del sistema comunitario *tout court*, dovrà, di necessità, modificarsi»⁶²². Così come evidentemente dovrà modificarsi il contenuto del dialogo e, dunque, la fisionomia dei diritti di eguaglianza e non discriminazione.

Alla ricerca di un ruolo dunque. Quello sin qui svolto è stato sicuramente complesso e assai articolato, e di recente caratterizzato da un processo di migrazione che ha traghettato i diritti di eguaglianza e non discriminazione dall'area economica a quella sociale.

Da quando la normativa antidiscriminatoria si è allontanata dal mercato (senza mai distaccarsene però completamente) per avvicinarsi progressivamente al terreno più “socialmente equo” dei diritti di cittadinanza, da quando, cioè, obiettivo dichiarato del legislatore comunitario è diventato anche quello del progressivo avvicinamento dell'Europa ai suoi cittadini, si è resa evidente, a livello sovranazionale, la tendenza a spostare l'attenzione dal lavoratore quale fattore di produzione al cittadino⁶²³. Il nuovo corso della normativa comunitaria pare prediligere la taratura delle garanzie riconosciute con riferimento alla persona piuttosto che al lavoratore *tout court*⁶²⁴. Si tratta di una tendenza che si iscrive entro uno scenario generalizzato che rende oramai difficile la delimitazione e la distinzione delle «dimensioni dello status e del contratto, della cittadinanza e del mercato, dell'appartenenza ad un'identità comune e della competizione mediante scambio economico, della solidarietà e dell'interesse»⁶²⁵. In questo quadro, la definizione dei diritti sociali ha un indubbio peso se si accede alla «concezione che identifica il soggetto titolare dei diritti fondamentali non già con l'astratto individuo, ma con la concreta “persona sociale”, nella specificità delle sue determinazioni storico-sociali»⁶²⁶.

Anche i diritti di eguaglianza e non discriminazione hanno un ruolo fondamentale nella ricostruzione di questo contesto e lo dimostra, tra le altre cose, l'estensione dell'ambito di applicazione della “nuova” tutela antidiscriminatoria che, avendo contemplato diversi e diversamente influenti fattori di differenziazione e avendo al contempo ampliato l'ambito di applicazione dei relativi divieti, ha ormai intrapreso il tentativo di disegnare un soggetto di diritto la cui definizione contiene

⁶²² Così M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, cit., p. 420, nel commento alle direttive di nuova generazione, cui si è più volte fatto riferimento.

⁶²³ Per una recente ricostruzione della costituzionalizzazione del principio di eguaglianza di genere all'interno della cornice fornita dal concetto di cittadinanza europea, cfr. S. Millns, *Gender equality, citizenship, and the EU's constitutional future*, in *European law journal*, 2007, n. 2, p. 218 ss.

⁶²⁴ F. Amato, *La Carta dei diritti dell'Unione e il lavoro flessibile: il valore delle regole e l'interpretazione della giurisprudenza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, n. 4, p. 613, spec. 625-626, il quale sottolinea come ciò realizzi un primo abbozzo di nuovo welfare non più esclusivamente lavorocentrico e assegni una natura “aggiunta” e ulteriore al diritto del lavoro che si presenta quale strumento di garanzia dei diritti, non solo dei lavoratori, ma in generale del cittadino “industrioso”, sulla cui identità, cfr. U. Romagnoli, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1999, n. 2, p. 215.

⁶²⁵ Cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi conflitti del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000, p. 9 sulla difficoltà di differenziare tali ambiti come invece suggerisce di fare PEDRAZZOLI, 1998: 122.

⁶²⁶ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e diritto*, 1995, n. 1, p. 562.

si quella di lavoratore ma si estende al di là di essa, ponendo le basi di una vera «appartenenza»⁶²⁷ che costituisce il fulcro della cittadinanza sociale⁶²⁸.

L'avvento della cittadinanza europea evidenzia un processo di mutamento per il quale “i singoli diventano oggetto di considerazione dell’ordinamento europeo nella pienezza della loro persona e degli interessi e dei valori che trovano espressione nei principi generali di protezione dell’uomo”. In base a tale sistema le istituzioni comunitarie “si impegnano a considerare i cittadini europei nella globalità e completezza della loro condizione umana, e non soltanto nella prospettiva limitata e limitante dell’attuazione del mercato”⁶²⁹. Ed è incontestabile che i diritti di eguaglianza e non discriminazione costituiscono “parte di un quadro di diritti fondamentali dei cittadini europei”⁶³⁰, come peraltro ribadito dalla Carta di Nizza.

Se quanto detto sinora è vero, lo è altrettanto il fatto che esiste ed è innegabile una stretta correlazione tra la tutela antidiscriminatoria e l’*employment law* che rimane l’ambito di applicazione privilegiato, oltre che quello originario. Le due prospettive non si escludono a vicenda; entrambe contribuiscono al tentativo di disegnare quella cittadinanza “industriosa” attraverso la cui definizione l’Unione Europea tenta tiepidamente di fornire una risposta agli interrogativi ormai ineludibili posti dalla “progressiva evaporazione della sindrome nazionalista del costituzionalismo europeo”⁶³¹, ponendo, attraverso i diritti di cui si discute, le fondamenta per il riconoscimento diffuso di un principio fondamentale, quale quello alla dignità umana, che possiede le potenzialità normative per divenire una preconditione essenziale all’acquisizione di tutti quei diritti in grado

⁶²⁷ Di “appartenenza” si parla anche nel *capabilities approach* adottato dalla Nussbaum, per la quale l’appartenenza appunto costituisce una delle capacità funzionali umane fondamentali. Essa, secondo ancora questo approccio, consiste nell’«avere le basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; poter essere trattato come persona dignitosa il cui valore eguaglia quello altrui. Questo implica, al livello minimo, protezione contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnicità, origine nazionale. Sul lavoro essere in grado di lavorare in modo degno di un essere umano esercitando la ragion pratica e stabilendo un rapporto significativo di mutuo riconoscimento con gli altri lavoratori»; così, M. Nussbaum, *Diventare persone*, Bologna 2001, p. 98. Cfr. anche, per un approccio alle capacità a partire dalla prospettiva dei disabili e delle donne, M. Nussbaum, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002.

⁶²⁸ Questa volta, però, nel senso utilizzato da Theodor Marshall – che qui si intende assegnare al termine appartenenza e che si ritiene sia stato adottato dal legislatore comunitario – di «piena appartenenza ad una comunità»; cfr. A. Accornero, *Il lavoro come diritto e come cittadinanza*, in *Lavoro e diritto*, 1996, vol. 10, p. 728, il quale ricostruisce la posizione di Marshall sulla cittadinanza sociale, considerata dal sociologo inglese un mezzo per creare un «diritto universale ad un reddito reale, non misurato sul valore di mercato del soggetto». «L’eguaglianza di status», continua Accornero, «che in qualche modo pareggia le opportunità, diventa più importante dell’eguaglianza di reddito, a tal punto che la cittadinanza sociale fa entrare (o rientrare) lo status nel contratto». Sulla necessità di una progressiva espansione della cittadinanza sociale in senso marshalliano al fine di estendere la politica sociale europea per garantire una inclusione non solo economica, ma anche sociale, politica e culturale, v. anche T. Hervey, *European social law and policy*, London and New York, 1998, p. 195 ss. spec. 205.

⁶²⁹ Entrambe le citazioni sono tratte da S. Bartole, *La cittadinanza e l’identità europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, n. 1, p. 54, il quale si oppone a quella parte della “dottrina che continua a legare il tema della cittadinanza europea all’enunciazione dei diritti specificatamente disciplinati agli artt. 18-21 TCE”.

⁶³⁰ In questo senso M. Bell, *Anti-discrimination law*, cit., p. 131. Lo stesso autore sostiene anche la natura politica più che giuridica dei motivi che hanno indotto il legislatore ad utilizzare l’art. 13 TCE come base giuridica per l’adozione delle direttive. Della medesima opinione, R. Whittle, M. Bell, *Between social policy and Union citizenship: the framework directive on equal treatment in employment*, in *European law review*, 2002, n. 6, p. 687. Nel senso di ritenere i “non discrimination rights” senz’altro parte del catalogo dei diritti di cittadinanza, nonostante non siano contenuti nell’apposita sezione del Trattato, cfr. J. Shaw, *The interpretation of European Union citizenship*, in *Modern Law Review*, 1998, n. 3, p. 293, spec. 297 ss.

⁶³¹ U. Romagnoli, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovranazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1999, n. 2, p. 215.

di garantire una vita libera e dignitosa⁶³².

I diritti di eguaglianza e non discriminazione si pongono idealmente a metà strada tra il cittadino e il lavoratore; il loro ruolo è quello di assegnare nuovi diritti al cittadino europeo, al contempo rafforzandone altri⁶³³; e di fornire al lavoratore una tutela aggiuntiva che, in molti casi, si rivela però l'ultimo bastione posto a difesa di diritti non altrimenti tutelati o tutelabili. Così «la tutela antidiscriminatoria si conferma (dopo il recente ampliamento dovuto alle nuove direttive e alla consacrazione costituzionale, n.d.a.) una delle forme centrali di regolazione del diritto comunitario attuale, e non solo del lavoro, alternativa a quella costituita dal riconoscimento di diritti di natura sostanziale [...]»⁶³⁴.

A fronte, dunque, del tentativo lodevole di costruire un limite che segni delle soglie di tutela minime basate su norme imperative, pur volte a valorizzare sempre di più il bene della dignità umana, quali possono considerarsi quelle che prevedono i divieti di discriminazione, può maturare il dubbio che l'enfasi posta sulla legislazione antidiscriminatoria a livello comunitario – in un contesto in cui la normativa sociale risulta ancora per molti versi insufficiente – adombri il rischio di una deriva legislativa, simile a quella in atto nel sistema statunitense⁶³⁵, in cui l'unica protezione riconosciuta al lavoratore sia oramai soltanto quella derivante dalle disposizioni che impediscono trattamenti differenziati, fondati sui motivi di caratterizzazione individuati dal legislatore⁶³⁶. In questo senso, sembrano deporre alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia⁶³⁷ che ha riconosciuto tutela, servendosi del limite posto dal divieto di discriminazione, a lavoratori – a tempo determinato e part-time – che avrebbero dovuto e, in alcuni casi, potuto essere diversamente

⁶³² B. Caruso, I diritti sociali fondamentali, cit., p. 710 e Caruso, Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 1.

⁶³³ Sull'accorpamento delle norme antidiscriminatorie con quelle sulla cittadinanza operato dal Trattato di Lisbona nella parte dedicata alla Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione, cfr. C. Favilli, La non discriminazione nell'Unione Europea, Bologna, 2008, p. 181-182.

⁶³⁴ M. Barbera, Eguaglianza e differenza, cit., p. 401.

⁶³⁵ Con riferimento alla relazione tra normativa antidiscriminatoria e diritto del lavoro, non è mancato chi ha ipotizzato che l'esperienza dello sviluppo della normativa antidiscriminatoria comunitaria possa in qualche modo trovare la medesima *ratio* regolativa che essa sembra avere nel sistema americano. Parla infatti di deriva giudiziaria «all'americana» M. Le Friant, Le tecniche giuridiche di lotta alle discriminazioni: la situazione francese, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, p. 433, ricordando una previsione di Jean-Christoper, responsabile delle relazioni sociali di Renault per cui «il contenzioso del XXI° secolo riguarderà le differenze di trattamento tra lavoratori». Cfr. anche B. Bercusson, Labour Law, paper presented at the CIDEL workshop: Which social and tax policy for which European Union?, in Stockholm, 10-11 June, 2005, p. 9, il quale ha sostenuto che «the absence at EU level of a general employment protection law could threaten to allow the imminent wave of EC discrimination law to result in a similarly distorted system of labour law» e definisce il “cul-de-sac” del diritto del lavoro l'idea per la quale “discrimination is all”. «Nel diritto del lavoro statunitense la tematica giuridica del rapporto individuale si riduce alla protezione legale di alcuni diritti elementari (minimo di salario, salute e sicurezza, non discriminazione)»; così M. Grandi, Comparazione giuridica e diritto del lavoro, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1996, n. 3, p. 28.

⁶³⁶ Motivi che peraltro mantengono una stretta correlazione con gli obiettivi occupazionali, che a tratti appaiono prioritari. Rispetto alla direttiva sulla discriminazione per razza ed origine etnica si è detto che “is clearly seen a san element in the overall EES-strategy to creat a labour market that promotes inclusion of minority groups” e rispetto ai motivi di handicap ed età “are so closely linked to the EES that the justification for discrimination in certain cases can be based on employment considerations”; cfr. N. Bruun, The European employment strategy and the “acquis communautaire” of labour law, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, 2001, n. 3, p. 309, spec. 322.

⁶³⁷ Il riferimento è a Corte di giustizia 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*; Corte di giustizia 11 settembre 2003, C-77/02, *Steinicke*. Su queste sentenze sia consentito il rinvio al commento di M. Militello, Part-time e lavoro intermittente in due recenti pronunce della Corte di Giustizia, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, n. 3, p. 659 ss.

protetti⁶³⁸. Il rischio dunque è che i diritti di eguaglianza e non discriminazione rappresentino «l'ultimo baluardo di garanzia in un regime giuridico che vede in un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici altrettanti strumenti per assicurare una crescita economica»⁶³⁹ e poca attenzione presta invece agli obiettivi di politica sociale.

La strada intrapresa dalla tutela antidiscriminatoria, impreziosita dalla “nuova età dell'oro” che ha di recente vissuto – e che ora trova ampio spazio nella Carta dei diritti fondamentali – è importante e senz'altro gravida di nuovi e promettenti sviluppi. Nel contesto descritto, però, acquisterà rilievo centrale il ruolo che i diritti sociali fondamentali classici⁶⁴⁰ sanciti anch'essi nella Carta di Nizza (come, ad esempio, il diritto a non essere licenziati senza una valida ragione giustificativa, a scioperare senza conseguenze sul rapporto di lavoro, o ad un periodo di ferie retribuito obbligatorio) rivestiranno nel panorama sovranazionale rinnovato dall'attribuzione di efficacia giuridica al documento che li proclama e, soprattutto, la capacità che essi dimostreranno di opporsi – non lasciandosi travolgere – alle ragioni del mercato, rivendicando al contempo il posto che spetta loro in «un ordinamento costituzionale fondato sui diritti fondamentali», quale l'Unione Europea, nonostante le recenti difficoltà politiche, si avvia sempre di più ad essere⁶⁴¹.

⁶³⁸ Con un uso che è stato definito pervasivo e trasversale dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento e con il meccanismo della disapplicazione, di pertinenza dei giudici nazionali, la Corte ha, inoltre, operato vistose correzioni della legislazione sociale nazionale, imponendo anche la applicazione di Direttive non ancora temporalmente vincolanti, come è avvenuto nella sentenza *Mangold*, cit.; oppure ancora ha ampliato l'ambito del suo controllo anche ad atti interni degli Stati su materie (la retribuzione) escluse dalle competenze comunitarie, come è avvenuto nei casi *Impact* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 9 gennaio 2008 e sentenza CGCE del 15 aprile 2008, C268/06) e *Del Cerro Alonso* (sentenza CGCE, 13 settembre 2007, C-307/05). V. per queste riflessioni B. Caruso, I diritti sociali fondamentali, cit., p. 731-732.

⁶³⁹ F. Guarriello, IL nuovo diritto antidiscriminatorio, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, p. 341 ss.

⁶⁴⁰ Secondo una distinzione corrente i diritti fondamentali si suddividono in: a) Diritti civili e politici (libertà) che impongono limiti negativi allo Stato. b) Diritti sociali, economici e culturali (eguaglianza) che impongono limiti positivi allo Stato. c) Diritti dei valori adespoti (sviluppo, democrazia, ambiente, pace) (fratellanza=solidarietà) che impongono limiti negativi e positivi sovranazionali (internazionali, sopranazionali). In questi termini Cfr. B. Caruso, Diritti sociali fondamentali, cit., p. 708-709, il quale analizza approfonditamente il ruolo dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo.

⁶⁴¹ Così B. Caruso, Diritti sociali fondamentali, cit., p. 749.