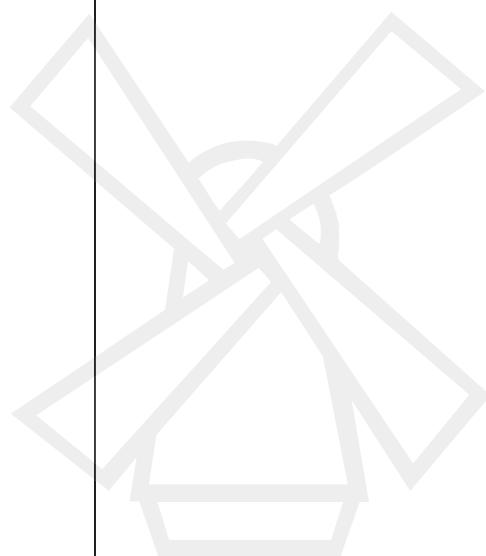
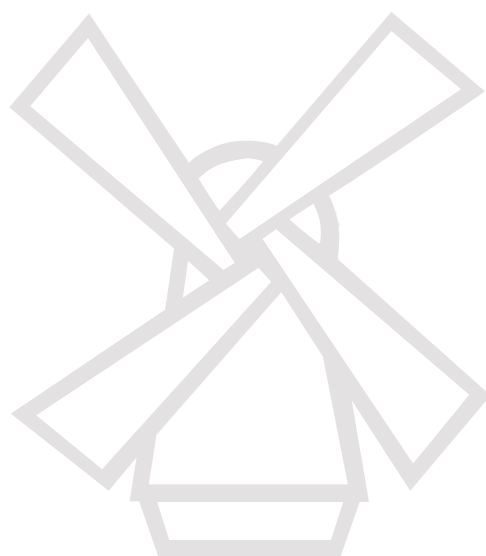


ITINERARI

Diritto



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme
delle attività della Società editrice il Mulino possono con-
sultare il sito Internet:

www.mulino.it



Dieci casi sui diritti in Europa

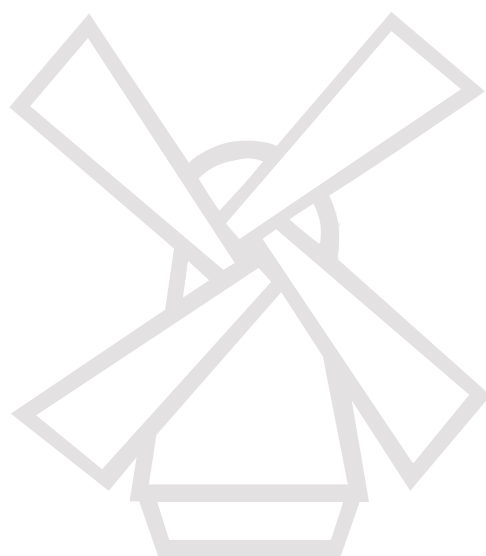
Uno strumento didattico

a cura di
MARTA CARTABIA



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna

il Mulino



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna

ISBN 978-88-15-23419-3

Copyright © 2011 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

Indice

Presentazione , di Marta Cartabia	7
I. Il caso <i>S.H. e altri c. Austria</i> in tema di procreazione medicalmente assistita , di Alessandra Osti e Christoph Grabenwarter	11
II. Il caso <i>A, B e C c. Irlanda</i> in tema di interruzione di gravidanza , di Diletta Tega e Fernando Rey Martinez	39
III. Il caso <i>Schalk e Kopf c. Austria</i> in tema di unioni omosessuali , di Elisabetta Crivelli e David Kretzmer	59
IV. Il caso <i>Lautsi c. Italia</i> in tema di simboli religiosi , di Palmina Tanzarella e John Witte Jr	79
V. Il caso <i>Mangold</i> in tema di non discriminazione , di Laura Cappuccio e Antonio D'Aloia	109
VI. Il caso <i>Chen</i> in tema di cittadinanza europea , di Chiara Berneri e Sara Lorenzon	141
VII. Il caso <i>Kadi</i> in tema di sicurezza , di Maria Elena Gennusa e Iris Canor	173

VIII. I casi <i>Viking</i> e <i>Laval</i> in tema di diritti sociali, <i>di Erik Longo e Rebecca Lisa Zahn</i>	207
IX. Il caso <i>Mathieu-Mohin e Clerfayt c. Belgio</i> in tema di diritti elettorali, <i>di Lara Trucco e Pasquale Costanzo</i>	237
X. Il caso <i>Refah Partisi c. Turchia</i> in tema di democrazie protette, <i>di Paolo Zicchittu e Ibrahim Kaboglu</i>	265
Gli autori	295



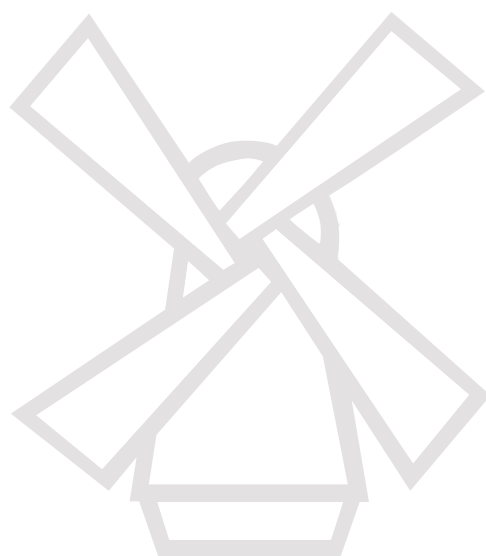
copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna

LAURA CAPPUCCIO E ANTONIO D'ALOIA

Il caso *Mangold* in tema di non discriminazione



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna



copyright © 2011 by
Società editrice il Mulino,
Bologna

LAURA CAPPUCCIO

Il caso *Mangold* e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione

1. L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Con la sentenza *Mangold* si consolida il ruolo svolto dal principio di non discriminazione nell'ordinamento comunitario. Al fine di comprendere come la decisione rappresenti, allo stesso tempo, una conferma del rango attribuito al principio, e l'inizio di nuovi possibili sviluppi, appare opportuno ricordarne brevemente l'evoluzione.

I trattati istitutivi della Comunità europea, com'è noto, non contenevano un esplicito riferimento al principio di uguaglianza, contemplando solo alcuni divieti di discriminazione. Tra questi assumeva un ruolo determinante la non discriminazione in ragione della nazionalità, che veniva ripetuta anche negli articoli dedicati alle quattro libertà fondamentali (circolazione e soggiorno dei lavoratori, libera prestazione dei servizi, libera circolazione delle merci). La discriminazione, inoltre, era vietata nella retribuzione dei lavoratori di sesso maschile e femminile, nell'organizzazione comune dei mercati, nelle norme a tutela della concorrenza. Dalla lettura di questi articoli emerge una visione dell'uguaglianza distinta da quella fatta propria dalle Costituzioni nazionali, dal momento che non rappresenta un valore in sé, ma uno strumento per realizzare le finalità di integrazione sovranazionale (Sorrentino, 2001; Ghera, 2003). Il divieto di discriminazione in base al sesso, ad esempio, nasce per effetto della preoccupazione (espressa dalla Francia) che alcune imprese, pagando meno le donne, potessero risultare avvantaggiate sul mercato per i minori costi sostenuti nella produzione. Allo stesso modo, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità viene garantito per favorire l'inserimento del lavoratore e della

sua famiglia, necessario per l'esercizio della libertà di circolazione, e, di conseguenza, per la creazione del mercato comune.

Col tempo si assiste a una trasformazione del ruolo svolto dal principio di uguaglianza nell'ordinamento europeo, principalmente attraverso l'intervento della Corte di giustizia che lo inserisce, già dalla fine degli anni settanta, tra i principi fondamentali del diritto comunitario, di cui i singoli divieti di discriminazione costituiscono un'espressione specifica (tra le tante, C-810/79). Come per la tutela dei diritti fondamentali, frutto delle tradizioni costituzionali comuni, così anche per il principio di uguaglianza il riconoscimento avviene in via pretoria, attraverso l'elaborazione dei giudici di Lussemburgo. Il parallelismo con la tutela dei diritti fondamentali, oltre che per l'origine giurisprudenziale, può essere svolto anche sotto una diversa angolazione. La sentenza *Stauder* (C-29/69) stabilisce che i diritti fondamentali, frutto delle tradizioni costituzionali comuni, sono principi generali di diritto comunitario, di cui la Corte di giustizia garantisce il rispetto, nello stesso momento in cui, con la decisione *Van Gend* (C-26/62), si fa valere la supremazia e la diretta applicabilità delle norme europee. La configurazione dell'ordinamento comunitario come un «ordinamento di nuovo genere», i cui destinatari non sono solo gli stati, ma anche i singoli, viene accompagnata dalla proclamazione della difesa dei diritti e dell'uguaglianza anche in quel «nuovo» sistema giuridico che si andava delineando. Il principio di uguaglianza, in particolare, si associa a una giurisprudenza in cui viene valorizzata l'efficacia diretta (e conseguente supremazia) del diritto comunitario. La decisione *Van Gend*, non a caso, riguarda proprio l'applicazione di uno dei divieti di discriminazione, quello in ragione della nazionalità *ex art. 12 Tce*, considerato una disposizione in grado di produrre effetti diretti. Con tale espressione si intende l'idoneità della norma comunitaria a creare diritti e obblighi direttamente in capo ai singoli, senza bisogno dell'intervento dello stato. Nel nuovo ordinamento giuridico, nato dai trattati, quindi, non sono regolati solo i rapporti tra gli stati, ma vengono anche conferite ai privati situazioni di vantaggio immediatamente azionabili dinanzi alle giurisdizioni nazionali; l'effetto diretto diviene così l'altra faccia del riconoscimento dei diritti e, soprattutto, del principio di uguaglianza.

Bisogna attendere il Trattato di Amsterdam affinché l'uguaglianza (inserita tra le finalità generali della Comunità, ma non nell'art. 6 che elenca i principi su cui si fonda l'Unione) venga riconosciuta come un valore da perseguire, attraverso il potere conferito alle istituzioni comunitarie di adottare provvedimenti per combattere le discriminazioni basate su sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali (art. 13). Si manifesta

così un importante cambiamento di prospettiva, dal momento che le diverse forme di discriminazione vengono contrastate non tanto per le ricadute sul funzionamento del mercato interno, quanto perché lesive della uguale dignità delle persone (Ghera, 2003; D'Aloia, 2002).

Una prima lettura restrittiva dell'art. 13, come norma esclusivamente attributiva di competenza, e non come parametro di giudizio, sembrava avvalorata dalla decisione *Grant* (C-249/96), adottata dopo la firma del Trattato di Amsterdam, ma prima della sua entrata in vigore, che riguardava la discriminazione per motivi di orientamento sessuale. La Corte affermava di non poter sindacare il comportamento dello stato, non potendo inserire la discriminazione per orientamento sessuale né all'interno dell'art. 141 (che faceva riferimento solo al sesso), né tra i principi generali del diritto comunitario. Anche tale iniziale e riduttiva interpretazione dell'art. 13 non evitava il sorgere di alcune questioni, tra cui l'individuazione di un confine tra le competenze destinate a combattere le discriminazioni e quelle a tutela dei diritti. Se il principio di non discriminazione veniva posto alla base di interventi sovranazionali, un'analoga possibilità di azione nel campo dei diritti veniva limitata, dando luogo a inevitabili cortocircuiti. I diritti fondamentali, riconosciuti come principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, prima dalla Corte di giustizia, e poi dai trattati, costituivano solo un parametro di legittimità degli atti comunitari.

Tuttavia, l'intreccio tra diritti e uguaglianza è alla base di una giurisprudenza in cui il giudizio sulla non discriminazione si accompagna alla richiesta di riconoscimento di un beneficio, un interesse, un vantaggio, rifiutato a motivo della cittadinanza, del sesso, della razza, dell'età, dell'handicap, delle tendenze sessuali, dell'origine etnica, delle convinzioni personali. Così, in via meramente esemplificativa e non esaustiva, si possono ricordare le pronunce sulla non discriminazione in ragione della cittadinanza in cui viene in rilievo l'ampia nozione di vantaggi sociali a cui la Corte di giustizia applica il divieto di discriminazione. In questa tendenza rientrano le sentenze degli anni ottanta sui sussidi per frequentare i corsi universitari anche se privi di risorse, sulle riduzioni ferroviarie offerte ai componenti di famiglie numerose, sugli aiuti per garantire un minimo di sussistenza, sulle borse di studio per i familiari dei lavoratori, sui prestiti a tasso zero concessi dalle banche alle famiglie bisognose in occasione della nascita di un figlio (su questa giurisprudenza Spinaci, 2007). Più recentemente, la Corte (*Ioannidis*, C-258/04) afferma che, in base al divieto di discriminazione dei lavoratori a motivo della cittadinanza, uno stato membro non può rifiutarsi di erogare il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile a un cittadino di un altro stato membro alla ricerca di una prima occupazione, per il solo motivo che

l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro paese dell'Unione. Sempre in tema di indennità di disoccupazione, nel caso *Petersen* (C-228/07) la Corte giudica discriminatoria l'interruzione da parte delle autorità nazionali, a causa del trasferimento di residenza del ricorrente in un altro stato europeo, del versamento dei contributi di disoccupazione. Ancora, nel caso *Martinez Sala* (C-85/96) la Corte si occupa dell'erogazione di una indennità di educazione, una prestazione non contributiva di natura familiare destinata a compensare gli oneri familiari; nel caso *Grzelczyk* (C-184/99) della corresponsione del beneficio del pagamento del minimo dei mezzi di sussistenza; nel caso *Trojani* (C-456/02) dell'attribuzione di una prestazione sociale non contributiva, il *minimex* (il minimo dei mezzi di sussistenza), visto che il ricorrente non dispone, per sé e per i propri familiari, di un'assicurazione di malattia e di risorse sufficienti.

Allo stesso modo la giurisprudenza sul principio di non discriminazione in base al sesso ha consentito la progressiva estensione alle donne di numerosi vantaggi economici (per la ricostruzione delle principali decisioni si rinvia a Favilli, 2008). Da queste pronunce emerge l'attitudine del principio di non discriminazione a costituire un fattore di moltiplicazione di diritti, attraverso l'estensione di benefici a coloro che sono esclusi dalla normativa interna. La peculiarità di questo tipo di decisioni è che da esse derivano dei «costi» a carico dei sistemi di *welfare* nazionali. Si assiste così a un duplice movimento che vede, da un lato, l'Unione imporre agli stati il rispetto di alcuni parametri economici, che implicano rigore nelle spese pubbliche, dall'altro, attraverso il giudizio di non discriminazione, richiedere l'erogazione di prestazioni a favore di soggetti non contemplati dalla disciplina interna, da addebitare a carico dei bilanci nazionali.

Nell'applicazione del principio di non discriminazione, poi, i giudici di Lussemburgo optano, in molte circostanze, per l'adozione di un dispositivo peculiare, caratterizzato dall'affermazione per cui l'osservanza del principio di uguaglianza «può essere garantita solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata» (*ex plurimis*, C-231/06, sulla parità uomo-donna in tema di regime pensionistico). In sostanza, al principio di non discriminazione si associa una particolare tipologia decisoria, simile per certi aspetti a una additiva di prestazione, in cui la volontà di conseguire i fini previsti nelle norme europee implica non solo la disapplicazione della norma nazionale, ma anche la specifica individuazione della regola di giudizio da adottare nel caso concreto, con rilevanti conseguenze in tema di effettività dei diritti, ma anche di riduzione della discrezionalità dei giudici nel risolvere il caso a essi sottoposto.

Infine, attraverso la combinazione di diritti e uguaglianza si manifesta anche una maggiore attenzione della Corte al «lessico dei diritti fondamentali», attenzione che (già presente nel caso *P.S.*, C-13/94, in cui la Corte afferma che il licenziamento di un transessuale a motivo del cambiamento del sesso rappresenta una discriminazione vietata, che lede la dignità e la libertà individuale), a seguito dell'adozione della Carta di Nizza nel 2000, si traduce in una giurisprudenza che si fa via via meno prudente (Cartabia, 2007). I casi *K.B.* (C-117/01), *Richards* (C-423/04), *Maruko* (C-267/06) sono accomunati da tale maggiore aggressività giurisprudenziale. Sia nella decisione *K.B.*, sia in quella *Richards*, vengono in esame i diritti dei transessuali. La disciplina nazionale non consente alla signora K.B. di sposare il suo partner, nato donna e successivamente diventato uomo, a causa dell'impossibilità di cambiare il sesso nella registrazione dello stato civile. La signora K.B. non può ricevere la pensione di reversibilità a seguito della morte del compagno, dal momento che tale pensione è attribuita solo alle coppie sposate. La signora Richards, invece, nata uomo e successivamente sottoposta a intervento per diventare donna, non può accedere alla pensione all'età di 60 anni, come tutte le altre donne, sempre a causa dell'impossibilità di modificare il proprio stato civile. Tali decisioni manifestano un interventismo della Corte soprattutto se si considera che la materia dello stato civile è una materia rimessa alla competenza nazionale. I giudici comunitari applicano la dottrina dell'*incorporation* oltre i confini sino ad allora conosciuti (rappresentati da atti nazionali che applicano o agiscono in deroga al diritto comunitario), per sostenere che la disciplina sullo stato civile incide su una delle condizioni preliminari indispensabili per l'esercizio di un diritto comunitario. In tal modo anche una normativa statale che sembra riferirsi a un settore non influenzato dall'ordinamento europeo finisce per essere assorbita dalle sue regole. La non discriminazione diventa lo strumento attraverso cui si realizza il riconoscimento dei diritti invocati dalle parti, alla pensione di reversibilità, nel primo caso, a quello di andare in pensione a 60 anni, nel secondo.

Nel caso *Maruko* viene negata dalle autorità nazionali tedesche la pensione di reversibilità al partner superstite di una coppia omosessuale che aveva contratto, secondo la legge interna, una unione civile registrata. La Corte, dopo aver fatto rientrare la pensione di vedovanza nella nozione di retribuzione, ha stabilito che la differenza di trattamento tra l'unione civile e il matrimonio, quando le due situazioni sono paragonabili dal punto di vista del diritto interno, e la seconda è riservata solo alle persone di sesso diverso, costituisce una discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale. Tuttavia, la verifica dell'effettiva analogia tra le due situazioni messe a confronto (unione civile e matrimonio)

viene rimessa dalla Corte al giudice nazionale, unico in grado di poter svolgere tale raffronto. Nonostante lo stato civile sia una materia di competenza statale, la Corte riesce, attraverso l'uso della nozione di retribuzione e di non discriminazione, ad ampliare l'oggetto del suo sindacato.

Il principio di uguaglianza, quindi, per quanto condivida con i diritti fondamentali l'origine in via pretoria, ha avuto nella storia della giurisprudenza comunitaria un peso maggiore, non solo per il numero di decisioni che a esso hanno fatto riferimento (si pensi solo alle pronunce relative alla parità tra uomini e donne), ma anche per gli effetti complessivamente prodotti sugli ordinamenti nazionali, in termini di supremazia delle norme sovranazionali e conseguente disapplicazione di quelle interne. In questo quadro, le novità apportate dal Trattato di Lisbona appaiono destinate a influenzare ulteriormente il giudizio sull'uguaglianza e a rafforzarne le potenzialità; da un lato, tale principio viene finalmente inserito nell'art. 2 tra i valori su cui si fonda l'Unione (accanto al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dello stato di diritto, dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a una minoranza), dall'altro, l'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali potrà consentire di estenderne ulteriormente la portata (*infra* par. 3). Si può segnalare, ad esempio, come, diversamente dall'art. 13 del Trattato, l'art. 21 della Carta contenga una elencazione dei motivi di discriminazione non esaustiva. La Corte di giustizia, invece, aveva individuato come limite all'operatività dell'art. 13 la presenza di un collegamento tra la fattispecie di giudizio e il diritto comunitario (*Bartsch*, C-427/06), unita alla tassatività dell'elenco delle discriminazioni vietate. Nella sentenza *Chacon Navas* (C-13/05), non a caso, alla richiesta di interpretare le discriminazioni enunciate nell'art. 13 in termini esemplificativi e non tassativi, al fine di includervi accanto alla nozione di handicap anche quella di malattia, la Corte nega che la direttiva 2000/78, adottata in base all'art. 13, possa essere applicata, per via analogica, a ulteriori ipotesi discriminatorie.

2. LA SENTENZA *MANGOLD* E L'INDIVIDUAZIONE DEL PRINCIPIO FONDAMENTALE DI NON DISCRIMINAZIONE IN RAGIONE DELL'ETÀ

Nella sentenza *Mangold* l'individuazione del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età appare determinante per superare i limiti derivanti dall'applicazione della direttiva, visto che non era ancora scaduto il termine per il suo recepimento, e la controversia riguardava rapporti tra pri-

vati. Al fine di comprendere la portata innovativa della decisione, nel quadro della giurisprudenza sulla non discriminazione, è opportuno ricordare come le direttive, in base al diritto comunitario, possano vincolare gli stati solo per quanto riguarda i fini da raggiungere, ponendo un obbligo di risultato. Nel corso del tempo, com'è noto, le direttive hanno assunto un contenuto particolare e dettagliato, lontano dal modello presupposto dal trattato, che sembrava fare riferimento a norme generali. La giurisprudenza ha riconosciuto, in mancanza del recepimento statale, l'effetto diretto delle direttive con un contenuto chiaro, preciso e incondizionato. La Corte giustifica tale trasformazione in base a un duplice ordine di considerazioni: da un lato, l'obbligatorietà a cui fa riferimento l'art. 249 Tce (ora art. 288 Tfue) sarebbe vanificata se i singoli non potessero reclamare in giudizio i diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario, dall'altro, lo stato trarrebbe un vantaggio dal suo inadempimento. La Corte richiede, poi, come ulteriori requisiti per la produzione di effetti diretti, sia l'avvenuta scadenza del termine di recepimento, sia il carattere verticale del rapporto da regolare (*Faccini Dori*, C-91/92, *Marshall*, C-152/84). L'interpretazione del carattere pubblico (verticale) del soggetto nei cui confronti può essere fatta valere la direttiva è stata ampia, comprendendo le amministrazioni statali, gli enti pubblici territoriali, le autorità incaricate di mantenere l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza, e in via generale,

ogni organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia incaricato, con atto della pubblica autorità, di prestare sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a tale effetto di poteri esorbitanti rispetto alle regole applicabili nei rapporti tra privati (*Foster*, C-188/89).

L'esclusione di efficacia nei confronti dei rapporti orizzontali deriva da una pluralità di motivazioni, tra cui la destinazione formale dell'atto, che, in base al trattato, è riferito solo allo stato, la differenza di effetti sancita dal trattato fra regolamenti e direttive, e la tutela della certezza del diritto e del legittimo affidamento dei singoli, che diverrebbero destinatari di obblighi, a seguito dell'inadempimento statale. La dottrina, tuttavia, ha individuato una serie di argomenti a favore dell'estensione orizzontale degli effetti delle direttive, tra i quali va ricordata l'esigenza di superare la differenza di trattamento, nell'applicazione della stessa disposizione, quando la controparte è lo stato, rispetto a quella in cui è un privato. Tale obiezione viene superata dalla Corte attribuendo la «colpa» della diversità di trattamento allo stato, venuto meno ai vincoli derivanti dal

diritto comunitario (*Marshall*, C-152/84). Emerge, quindi, un'impostazione di tipo sanzionatorio degli effetti diretti, tesa a evitare che lo stato possa trarre una qualche utilità dal suo inadempimento.

Nonostante il divieto di effetti diretti orizzontali, la giurisprudenza ha incontrato diverse soluzioni per consentire comunque gli esiti voluti dal diritto comunitario, tra cui un ruolo determinante è giocato dall'interpretazione conforme. La prima affermazione di tale tecnica ermeneutica risale alla decisione *Van Colson* (C-14/83) in cui si sottolinea che è compito del giudice nazionale interpretare la legge interna, adottata per trasporre la direttiva, in modo compatibile con le esigenze del diritto comunitario. La Corte fonda l'obbligo di interpretazione conforme sul principio di leale collaborazione previsto dal trattato, che si esprime nel dovere degli stati di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare l'attuazione degli obblighi su di essi incombenti. Tale dovere si applica anche ai giudici che sono chiamati a contribuire alla realizzazione dei fini perseguiti dal diritto comunitario, per cui, tra le varie possibili interpretazioni, dovranno scegliere quella in grado di soddisfare le esigenze sovranazionali. La Corte è riuscita così ad attenuare le conseguenze discriminatorie del divieto di effetti diretti orizzontali delle direttive, con l'esclusione dei casi in cui è presente un contrasto insanabile, per via ermeneutica, tra il diritto interno e quello comunitario. Anche in queste ipotesi, che richiedono la disapplicazione della normativa statale, non sono mancate decisioni in cui la Corte ha suggerito al giudice la risoluzione del caso per via interpretativa (per una rassegna di tale giurisprudenza Ruvolo, 2006). Il conseguimento dei fini voluti dal diritto comunitario assume nel ragionamento della Corte un ruolo centrale, tanto da superare gli stessi argini dell'interpretazione conforme, a favore del canone del tutto predominante del cd. «effetto utile».

La sentenza *Mangold*, come evidenziato, apporta alcune importanti novità a questa giurisprudenza, sia per quanto riguarda la scadenza del termine, sia per gli effetti orizzontali. La Corte sottolinea che la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio di non discriminazione in ragione dell'età. Tale principio, infatti, «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri», ragion per cui «deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario». Nonostante l'individuazione del principio generale svolga un ruolo centrale nell'argomentazione, in quanto funzionale alla produzione degli effetti diretti e alla conseguente disapplicazione della normativa nazionale, i giudici di Lussemburgo dedicano pochissimo spazio alla sua ricostruzione, limitandosi ad ascriverlo a non meglio identificate tradizioni costituzionali comuni. La motivazione che sorregge la decisione appare

eccessivamente sbrigativa, e avrebbe certamente meritato maggiore attenzione, considerando che solo le Costituzioni portoghese e finlandese contemplano espressamente tale tipo di discriminazione (Fontanelli, 2010).

Il richiamo ai principi come elemento essenziale della *ratio decidendi* non è una novità nella giurisprudenza europea, stante la loro riconducibilità a una fonte non scritta che si colloca in una posizione intermedia tra il trattato e gli atti di diritto derivato (Favilli, 2008). I principi svolgono, al contempo, una funzione di interpretazione della normativa comunitaria, di parametro di giudizio della legittimità degli atti delle istituzioni europee (e di quelli statali che entrano nell'ambito di applicazione del diritto sovranazionale), e di integrazione della disciplina applicabile. Secondo la Corte la qualificazione di una norma come principio, lungi da attenuarne la portata, costituisce una conferma del rango che assume nell'ordinamento comunitario (*Defrenne*, C-43/75). Così il fatto che il trattato contempli un divieto di discriminazione tra uomini e donne in materia di condizioni di impiego e di lavoro, non impedisce alla Corte, una volta identificato il relativo principio generale, di assoggettare alla sua portata anche le altre situazioni disciplinate dal diritto comunitario (si veda, ad esempio, la decisione *Razzouk*, C-75 e 117/82, in tema di condizioni di lavoro dei funzionari). Il rapporto tra la direttiva e il principio di non discriminazione, come di genere a specie, sancito in *Mangold*, si ritrova anche in casi più risalenti. Si può ricordare, ad esempio, la già citata decisione *Defrenne* (C-43/75) in cui la direttiva veniva considerata come un'espressione concreta del principio di parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e femminile. La giurisprudenza, applicando i test necessari ai fini dell'individuazione del carattere immediatamente precettivo delle disposizioni (chiarezza, precisione, incondizionalità), riconosce *in primis* alla norma del trattato (ad esempio, agli artt. 119 sulla parità uomo-donna, e 12 sulla nazionalità) l'efficacia diretta, orizzontale e verticale. Nel caso della parità tra uomo e donna, come in quello della nazionalità, emerge una significativa differenza rispetto al caso *Mangold* sulla non discriminazione in ragione dell'età: il principio generale di uguaglianza, in tali ipotesi, trova conferma in una norma del trattato, per cui l'individuazione e applicazione del principio si basa chiaramente sull'interpretazione della norma di rango primario. Seguendo il ragionamento svolto dalla Corte in *Mangold*, invece, il principio di non discriminazione in ragione dell'età, dotato di efficacia sia nei rapporti con lo stato sia in quelli tra privati, non trova fondamento in una esplicita norma del diritto comunitario, dal momento che non è sancito né dalla direttiva 2000/78, né dall'art. 13 del trattato. In *Mangold*, l'elaborazione del principio fondamentale, punto cardine della decisione, è completamente

rimessa all'opera della giurisprudenza, che ancora la pronuncia a un generico riferimento alle tradizioni costituzionali comuni e a imprecisati accordi internazionali.

L'impostazione seguita per il principio di non discriminazione in ragione dell'età non si ritrova nella giurisprudenza relativa ad altri principi fondamentali (tra i precedenti si veda il caso *Bostock*, C-2/92). La creazione di obblighi non scritti pone diversi problemi non solo con riferimento ai principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento (anch'essi principi comunitari), ma anche in ragione delle possibili ricadute a danno degli stessi privati, chiamati a pagare le conseguenze dell'inadempimento statale del dovere di adeguare il proprio ordinamento a quello comunitario.

In *Mangold*, si esprime, ancora una volta, la tendenza, che accomuna gran parte della giurisprudenza sul principio di non discriminazione, diretta alla realizzazione dell'effetto utile perseguito dal diritto comunitario. Il ragionamento giuridico cioè appare incentrato sull'elemento teleologico (quali sono i fini perseguiti dall'Unione) alla cui stregua vengono valutati gli effetti della disciplina sovranazionale. In sostanza, è il fine che trova i suoi mezzi. In questo caso il mezzo è l'utilizzo del principio unito alla direttiva, espressione per alcuni di una nuova fattispecie normativa complessa (Sciarabba, 2010), destinata a svolgere un ruolo decisivo per la soluzione del caso. La Corte sottolinea come il principio generale di non discriminazione in ragione dell'età non possa venire depotenziato per il fatto di essere stato recepito in una direttiva. Seguendo questa linea argomentativa, la Corte dichiara che il rispetto del principio generale di parità di trattamento, di cui la direttiva 2000/78 è attuazione, non può dipendere dall'esaurimento del tempo concesso agli stati per il recepimento dell'atto comunitario. Il giudice deve assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto europeo attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia, anche disapplicando la legge nazionale. Il rapporto in cui si inseriva la controversia principale, però, era di tipo orizzontale, vedendo contrapposti il signor Mangold e il suo datore di lavoro, il signor Helm. Anche su quest'aspetto, il coinvolgimento del principio di uguaglianza è in grado di aggirare i confini derivanti dall'applicazione della sola direttiva. Non a caso, i commentatori si dividono tra coloro che sottolineano l'applicazione del principio, e quelli che pongono in evidenza l'utilizzo della fattispecie normativa complessa principio-direttiva. Il richiamo al valore dell'uguaglianza comunque è in grado di superare i limiti che la sola direttiva non sarebbe in grado di aggirare.

3. LA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA: CONFERME E SVILUPPI

L'importanza della decisione può essere valutata considerando gli effetti che ha avuto sull'ordinamento interno e sulla giurisprudenza successiva. Nel primo senso va ricordata la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 6 luglio 2010 con cui si è messo in opera il controllo sugli atti dell'Unione adottati *ultra vires*, affermato per la prima volta nella sentenza Maastricht, e ribadito, poi, dalla decisione sul Trattato di Lisbona. La Corte costituzionale, chiamata a verificare la compatibilità della sentenza *Mangold* con il rispetto dei limiti di competenza sovranazionale, definisce le caratteristiche di questo giudizio in cui convivono il controllo nei confronti dell'estensione delle competenze europee, che possono derivare solo dalla revisione dei trattati, e il *favor* verso il diritto dell'Unione (*europarechtsfreundlich*). Nonostante la Corte costituzionale non affermi la presenza di una modificazione strutturale delle competenze, il suo intervento è il segnale delle innovazioni contenute nella decisione *Mangold*.

Nel secondo, viene in rilievo la sentenza *Kücükdeveci* (C-555/07) in cui la Corte torna a pronunciarsi sul principio di non discriminazione in ragione dell'età. In questo caso, diversamente dal precedente *Mangold*, il tempo per il recepimento della direttiva era già scaduto, mentre rimaneva il problema degli effetti diretti orizzontali. L'avvocato generale Bot, nelle sue conclusioni, incoraggia la Corte a cambiare giurisprudenza, facendo leva sulla differenza tra un effetto di sostituzione, che renderebbe applicabile il diritto comunitario, e uno di esclusione, che comporterebbe la sola disapplicazione di quello interno. La direttiva, secondo l'avvocato generale, deve poter essere invocata in un rapporto tra privati al solo fine di evitare l'applicazione della norma nazionale (effetto di esclusione). La Corte risponde che il principio di non discriminazione in ragione dell'età, come espresso concretamente dalla direttiva, consente al giudice di assicurare la tutela giuridica che il diritto dell'Unione offre ai soggetti dell'ordinamento comunitario, disapplicando le norme interne incompatibili con il diritto europeo. Il combinato disposto principio-direttiva torna all'attenzione dei giudici di Lussemburgo, che confermano la giurisprudenza *Mangold*, aggiungendo alcune precisazioni. Innanzitutto il procedimento di emersione del principio di non discriminazione in ragione dell'età non è più sommariamente riferito a non meglio identificate tradizioni costituzionali comuni e accordi internazionali, ma trova un sicuro ancoraggio nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, che, nell'elenco non tassativo di motivi di discriminazione vietati, inserisce anche l'età. La Corte, dopo aver richiamato il ragionamento seguito in *Mangold*, rinviene la presenza di un principio generale di non discri-

minazione attraverso il richiamo all'art. 6 del trattato che attribuisce alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati. L'intreccio normativo si arricchisce così di un ulteriore passaggio: dal principio, alla Carta, alla direttiva. Potremmo anche dire, in definitiva, che il contrasto tra una legge nazionale e un principio/diritto fondamentale contemplato dalla Carta implica la disapplicazione della disciplina interna per contrarietà con il diritto sovranazionale, anche se ci troviamo in rapporti orizzontali.

In questa costruzione non va sottovalutato il ruolo assunto dalla direttiva, prima in *Mangold*, poi in *Kücükdeveci*. Come si è ricordato in premessa, il principio generale di uguaglianza di matrice comunitaria non opera in maniera «universale e aperta» (Ghera, 2003; D'Aloia, 2002), come quello previsto dalle Costituzioni nazionali, ma esplica i suoi effetti solo nei confronti delle fattispecie comprese nel campo di applicazione del diritto europeo. Il richiamo alla direttiva, allora, appare decisivo per far rientrare la normativa nazionale nel campo di intervento sovranazionale. Senza la direttiva sarebbe difficile circoscrivere il raggio d'azione del principio comunitario, che non può operare su qualunque disciplina interna, ma solo su quelle legate alla sua attuazione.

In questa linea si inscrivono anche due recenti decisioni, *Roca Alvarez* (C-104/09) e *Danosa* (C-232/09) sulla parità di trattamento tra uomini e donne. In entrambi i casi viene all'attenzione della Corte il rapporto tra la normativa nazionale e la direttiva sulla non discriminazione in cause che coinvolgono privati. Nella prima, la Corte dichiara che la normativa spagnola, riconoscendo alle sole madri lavoratrici subordinate, e non anche ai padri, il diritto di usufruire di una riduzione dell'orario di lavoro giornaliero fino al nono mese di età del figlio, si pone in contrasto con la direttiva 76/207/Cee. Nella seconda, oggetto di giudizio è la disciplina lettone relativa al licenziamento, connesso con la gravidanza, di una donna membro unico di un consiglio di amministrazione di una società di capitali. Anche in questo caso la normativa nazionale viene considerata in contrasto con la direttiva comunitaria.

In entrambe le ipotesi gli avvocati generali richiamano nelle conclusioni il precedente *Kücükdeveci* al fine di riconoscere al rapporto tra direttiva e principio generale la possibilità di esplicitare la sua efficacia nei rapporti orizzontali. Nel caso *Danosa*, in particolare, l'avvocato generale sostiene che, in base alla sentenza *Kücükdeveci* (555/07), l'art. 10 della direttiva 92/85, che vieta il licenziamento di una lavoratrice gestante in ragione del suo stato di gravidanza, è una concretizzazione del principio fondamentale della parità di trattamento tra uomini e donne. Il giudice nazionale, quindi, se non può, in base al suo diritto interno, disapplicare le disposizioni contestate, trae siffatto potere dal primato

del principio comunitario di non discriminazione. La Corte risponde che «a prescindere da quale sia la direttiva applicabile, è importante garantire all'interessata la tutela concessa dal diritto dell'Unione alle donne gestanti nel caso in cui il rapporto giuridico che la lega a un altro soggetto sia stato risolto a causa della sua gravidanza». L'obiettivo di tutela che ispira le direttive 92/85 e 76/207, secondo i giudici di Lussemburgo, sarebbe vanificato se dipendesse dalla qualificazione formale del rapporto di lavoro. Tale conclusione è suffragata dal riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che all'art. 23 sancisce il principio di parità di trattamento tra uomini e donne. La Corte non solo non pone in nessun momento l'accento sul carattere «orizzontale» del rapporto di lavoro, e di conseguenza sull'efficacia diretta della direttiva, ma non si sofferma nemmeno sulla presenza del principio generale di uguaglianza. L'*iter* argomentativo, improntato alla realizzazione degli scopi sovranazionali, si muove, ancora una volta, lungo la prospettiva teleologica, che è l'altra faccia del conseguimento dell'effetto utile voluto dal diritto comunitario.

L'elemento della decisione *Mangold* che non ha ancora incontrato ulteriori sviluppi è quello relativo al termine di recepimento della direttiva. In questa prospettiva, va segnalata la decisione *Romer* (C-147/08) in cui la Corte, tornando a occuparsi della disciplina tedesca sulle unioni civili, conferma l'impostazione del precedente *Maruko*. Il minor importo della pensione complementare di vecchiaia attribuito al ricorrente che aveva contratto l'unione civile, rispetto ai soggetti coniugati e non separati, viene giudicato in contrasto con il divieto di discriminazione diretta in base alle tendenze sessuali. Il principio della parità di trattamento, però, sottolinea la Corte, può essere fatto valere dai singoli dinanzi alle giurisdizioni nazionali, solo a partire dal momento in cui è scaduto il termine di trasposizione della direttiva 2000/78. Tale conclusione non è messa in discussione dall'affermazione, anche in questa pronuncia, che la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio di non discriminazione in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La Corte sottolinea che la disciplina interna non era stata adottata per trasporre nell'ordinamento nazionale le norme dell'Unione, per cui solo a partire dalla scadenza del termine di recepimento della direttiva la normativa nazionale può entrare nella sfera di influenza comunitaria. I giudici di Lussemburgo, quindi, evitano di ricorrere all'esistenza di un principio generale di non discriminazione in ragione delle tendenze sessuali, che, diversamente da quello sull'età sancito in *Mangold*, non compare esplicitamente nell'argomentazione.

Infine, va segnalata l'attitudine della Carta a consentire un ulteriore ampliamento del raggio d'azione del principio di eguaglianza, come dimostrato

dalla decisione *Association belge des Consommateurs* (C-236/09). Il rinvio pregiudiziale di validità è sollevato dalla Corte costituzionale belga in un giudizio per l'annullamento di una legge nazionale, adottata per trasporre la direttiva 2004/113/Ce, sulla parità tra uomini e donne in tema di accesso e fornitura di beni e servizi. Tale legge è stata approvata per recepire la possibilità di deroga concessa dalla direttiva all'art. 5, comma 2, che consente di limitare il principio di uguaglianza nell'ambito della fornitura dei servizi assicurativi, in particolare per quanto concerne il calcolo dei premi e delle prestazioni. La Corte costituzionale belga dubita della conformità di tale deroga riconosciuta dal diritto comunitario con il principio di parità di trattamento introdotto dagli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali. La Corte di giustizia concorda con la posizione della Corte costituzionale dichiarando l'invalidità della norma comunitaria per contrasto con la Carta dal momento che la presenza di una possibilità di deroga a tempo indefinito è incompatibile con il rispetto del principio di parità di trattamento sancito dagli artt. 21 e 23 della Carta. La Corte si pronuncia sul rapporto tra norme comunitarie di diritto derivato (in questo caso una direttiva) e la Carta dei diritti fondamentali, secondo uno schema di giudizio, che sta cominciando a svilupparsi nell'ordinamento europeo, per certi aspetti simile a quello delle Corti costituzionali nazionali.

In definitiva, l'esame della giurisprudenza sul principio di non discriminazione rivela lo stretto legame che si instaura tra il riconoscimento dell'uguaglianza come principio fondamentale e gli strumenti utilizzati dalla giurisprudenza per affermare la prevalenza del diritto comunitario, in un intreccio nel quale non sempre è facilmente identificabile quale sia il fine da raggiungere e quale sia il mezzo per realizzarlo.

Gli autori

CHIARA BERNERI è *Phd candidate* presso la City University Law School, Londra.

IRIS CANOR è professore di Diritto dell'Unione europea e di Diritto internazionale pubblico presso la Haim Striks Law School, Rishon Lezion, nonché *visiting professor* presso l'Europa-Institut, Saarbrücken.

LAURA CAPPUCCIO è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

MARTA CARTABIA è giudice della Corte costituzionale italiana e professore di Diritto costituzionale.

PASQUALE COSTANZO è professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova.

ELISABETTA CRIVELLI è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Verona.

ANTONIO D'ALOIA è professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Parma.

MARIA ELENA GENNUSA è professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Pavia.

CHRISTOPH GRABENWARTER è giudice della Corte costituzionale austriaca e professore di Diritto pubblico e Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Vienna.

IBRAHIM KABOGLU è professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Marmara, Istanbul.

DAVID KRETZMER è professore emerito di Diritto internazionale presso la Hebrew University, Gerusalemme.

ERIK LONGO è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Macerata.

SARA LORENZON è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Ferrara.

ALESSANDRA OSTI è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

FERNANDO REY MARTINEZ è professore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Valladolid.

PALMINA TANZARELLA è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

DILETTA TEGA è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

LARA TRUCCO è ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Genova.

JOHN WITTE JR è professore presso la Law School della Emory University e direttore del Center for the Study of Law and Religion, Atlanta.

REBECCA LISA ZAHN è *Max Weber Fellow* presso l'Istituto universitario europeo di Fiesole.

PAOLO ZICCHITTU è dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela dei diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Pisa.

Finito di stampare nell'ottobre 2011
dalla Litosei, via Rossini 10, Rastignano, Bologna
www.litosei.com

Stampato su carta Munken Print White di Arctic Paper,
prodotta nel pieno rispetto del patrimonio boschivo