

Luigi Daniele

## CONCLUSIONI

1. Dalla lettura degli interessanti e pregevoli contributi che compongono il presente volume possono trarsi numerose riflessioni conclusive.

In primo luogo, è evidente come l'importanza che, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, viene assegnata al principio di eguaglianza o di non-discriminazione continua a crescere. La moltiplicazione dei criteri di discriminazione vietati dal diritto primario e derivato dell'Unione ne è buon testimone. Altrettanto può dirsi della considerevole mole di giurisprudenza che continua ad occuparsi dell'uno o dell'altro profilo del principio. Di questa giurisprudenza, alcuni significativi esempi sono oggetto di specifico studio nella Seconda parte del volume, ma un'idea della costante e massiccia attività interpretativa messa in atto dalla Corte di giustizia anche negli ultimi anni risulta con chiarezza dai contributi della Prima parte, dedicati ai profili generali del tema.<sup>1</sup> In questa stessa chiave può essere letto l'atteggiamento della giurisprudenza che sempre più spesso si riferisce all'esistenza di un principio generale di non-discriminazione non soltanto, come avveniva in passato, per sottolinearne l'importanza e il carattere inderogabile, ma anche per farne applicazione in ipotesi non coperte da alcuno dei divieti normativamente previsti.<sup>2</sup>

In secondo luogo, è altresì evidente come la portata del principio di non discriminazione non sia costante ma muti a seconda del contesto in cui viene fatto valere.<sup>3</sup> Ad esempio, è agevole riscontrare una maggiore severità applicativa laddove ad essere accusato della discriminazione sia la normativa emanata da uno Stato membro o il comportamento di un privato in attuazione di una tale normativa. Quando invece la causa della pretesa discriminazione è attribuita allo stesso legislatore dell'Unione, viene praticato un giudizio meno rigido, soprattutto per quanto riguarda la possibilità di invocare una valida giustificazione a scusante del trattamento differenziato di fattispecie analoghe ovvero della assimilazione di fattispecie dissimili. In casi del genere la Corte si mostra propensa a riconoscere l'esistenza di un ampio potere discrezionale a favore del legislatore dell'Unione, il che limita considerevolmente il potere giurisdizionale di controllo.<sup>4</sup> Altre volte, la Corte, pur di non pervenire ad una dichiarazione di invalidità della disposizione dell'Unione incriminata, preferisce forzarne il testo e leggerlo come se fosse compatibile rispetto al principio di non-discriminazione, con la spiacevole conseguenza di lasciar sopravvivere disposizioni

---

<sup>1</sup> V., in particolare il contributo di P. Simone, *passim*.

<sup>2</sup> V., di recente, Corte giust. 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento europeo e Consiglio*, non ancora pubblicata in Racc., dove si fa espresso riferimento al principio generale di non discriminazione che "impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato" (punto 31). Sul punto v. il contributo di F. Spitaleri, § 4 e ss.

<sup>3</sup> V., ad esempio, il contributo di S. Amadeo, § 6, per quanto riguarda il divieto di non-discriminazione in base alla nazionalità.

<sup>4</sup> Per una recente eccezione v. sentenza 1 marzo 2011, causa C-236/09, *Association belge des consommateurs*, non ancora pubblicata in Racc., su cui *infra* § 4.

apparentemente discriminatorie di cui però si pretende una non facile applicazione non discriminatoria.<sup>5</sup>

Soprattutto, ed è questa la terza riflessione, si ha la netta impressione che la portata il divieto di discriminazione sia applicato con maggiore severità quando sono in gioco le manifestazioni più antiche di tale divieto, quali le discriminazioni fondate sulla nazionalità e, in ambito lavorativo, sul sesso, rispetto a ciò che è avvenuto, almeno inizialmente, quando si la Corte si è trovata ad affrontare le manifestazioni più recenti quali le discriminazioni in base all'età<sup>6</sup>, all'handicap<sup>7</sup> e all'orientamento sessuale.<sup>8</sup>

Nella stessa ottica, si può notare un minor rigore nell'applicare il principio di non discriminazione ai semplici cittadini che si muovono tra le frontiere degli Stati membri (disoccupati, pensionati e, con l'eccezione del noto caso *Bidar*,<sup>9</sup> studenti) rispetto ai casi di persone economicamente attive.<sup>10</sup>

Nel complesso, si potrebbe dire che l'estensione del campo d'applicazione del principio in esame, per effetto dell'individuazione di nuovi criteri vietati ovvero della "banalizzazione" dei criteri soggettivi di applicazione, non si è sempre tradotta in una corrispondente estensione della giurisprudenza che si era formata in materia di non-discriminazione quando tali nuovi criteri non erano ancora contemplati o quando i criteri soggettivi di applicazione erano più ristretti. Si sono invece andate sviluppando prassi giurisprudenziali particolari e più rispettose dell'autonomia di decisione degli Stati membri. Paradossalmente poi tali nuovi prassi rischiano di riverberarsi sui settori da più tempo soggetti al principio di non discriminazione e di rimettere in discussione alcuni punti fermi della giurisprudenza passata quali, ad esempio, l'impossibilità di invocare motivi legittimi e obiettivi per giustificare una discriminazione diretta fondata sulla nazionalità.<sup>11</sup>

2. La verità è che fino alle novità introdotte dai Trattati di Maastricht e di Amsterdam, il divieto di discriminazione ha vissuto una stagione di applicazione fortemente espansiva ma, tutto sommato, ordinata. Le discriminazioni in base alla nazionalità vietate nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori e dei servizi, da un lato, e le discriminazioni in base al sesso vietate dall'art. 141 TCE, divenuto ora l'art. 157 TFUE, e dalle direttive che, nel tempo, ne hanno ampliato il campo d'applicazione, dall'altro, sono state definite nel tempo secondo criteri molto simili. In particolare la nozione di discriminazione indiretta è stata applicata e valorizzata in maniera largamente coincidente in entrambi i casi.<sup>12</sup>

---

<sup>5</sup> V., ad esempio, la sentenza 4 giugno 2009, cause riunite, C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras*, in *Racc.* p. I-4585, su cui *infra*, § 4. Altri riferimenti nel contributo di F. Spitaleri, § 5.

<sup>6</sup> V. il contributo di Biagioni, § 1 e ss.

<sup>7</sup> Profilo che viene in rilievo, sia pure indirettamente, nella sentenza 1 ottobre 2009, causa C-103/08, *Gottwald*, in *Racc.* p. I-9117, alla quale è dedicato il contributo di L. M. Ravo.

<sup>8</sup> V. il contributo di A. Pisano, § 2 e ss.

<sup>9</sup> Sentenza 15 marzo 2005, causa C-224/02, *Bidar*, in *Racc.* p. I-2119.

<sup>10</sup> V. il contributo di L. M. Ravo, spec. § 5, e quello di S. Amadeo, spec. § 8.

<sup>11</sup> V. i casi esaminati nelle sentenze 6 ottobre 2010, causa C-123/08, *Wolzenburg*, in *Racc.* p. I-9621, e 18 novembre 2008, causa C-158/07, *Förster*, in *Racc.* p. I-8507. Sul punto v. il contributo di S. Amadeo, § 8.

<sup>12</sup> Si rinvia all'exkursus contenuto nel contributo di P. Simone, § 2 e ss. e al contributo di F. Nicolini, spec. § 3, dove sono esaminati alcuni recenti esempi di pronunce in tema di discriminazione lavorativa in base al sesso.

Questa sorta di parallelismo tra i due divieti può probabilmente spiegarsi in funzione del loro scopo condiviso: tanto il divieto di discriminazione in base alla nazionalità quanto quello in base al sesso sono concepiti come strumenti di integrazione dei mercati e di realizzazione del mercato interno.<sup>13</sup>

Non altrettanto può dirsi delle “nuove” discriminazioni che l’Unione deve combattere, dopo il Trattato di Amsterdam, ai sensi dell’art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE, e che sono oggetto, in particolare, delle direttive 2000/43/CE,<sup>14</sup> 2000/78/CE<sup>15</sup> e 2004/113/CE.<sup>16</sup> Il legame tra il divieto di discriminazioni in base a criteri così diversi come, ad esempio, la religione, l’età o l’orientamento sessuale e obiettivi di matrice economica come la realizzazione del mercato interno è difficile da discernere.

Ciò potrebbe spiegare la maggiore prudenza mostrata almeno inizialmente dalla Corte soprattutto nel campo delle discriminazioni in base all’età, dopo l’episodio anomalo della sentenza *Mangold*,<sup>17</sup> e la sua tendenza ad interpretare generosamente le clausole di eccezione di cui la direttiva 2000/78/CE è cosparsa. Tendenza che sembra resistere nonostante che ora il divieto di tali discriminazioni trovi un fondamento immediato a livello di diritto primario nell’art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione.<sup>18</sup>

La stessa spiegazione può valere anche riguardo all’atteggiamento tenuto dalla Corte di fronte ad una nuova ipotesi di discriminazione emersa in seguito all’introduzione da parte del Trattato di Maastricht, della cittadinanza dell’Unione. Si tratta delle discriminazioni subite dai cittadini che lasciano il proprio Stato membro, esercitando il diritto di libera circolazione e la libertà di soggiorno di cui all’art. 21, par. 1, TFUE, rispetto ai connazionali che mantengono la propria residenza nel territorio dello Stato membro d’origine. Come è evidente, in casi del genere non può parlarsi di un’ulteriore manifestazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all’art. 12 TFUE, ma di una discriminazione fondata sul diverso criterio dell’aver o meno utilizzato la libertà di soggiornare in un altro Stato membro.<sup>19</sup> La Corte ha da tempo affermato la contrarietà ai trattati e, in specie, all’art. 21, par. 1, TFUE di prassi siffatte ma ha poi ammesso, almeno in linea di principio, la possibilità che discriminazioni del genere, nonostante il loro carattere diretto rispetto al suddetto criterio, possano essere giustificate da motivi obiettivi di interesse generale e proporzionati al risultato voluto.

I descritti filoni giurisprudenziale sembrano indicare che i vari divieti di discriminazione attualmente previsti dall’ordinamento dell’Unione hanno connotati, in parte, diversi l’uno dall’altro e che i punti di convergenza, che pure esistono e sono importanti, potrebbero non essere tali da

---

<sup>13</sup> V. il contributo di F. Spitaleri, § 1.

<sup>14</sup> Direttiva del Consiglio 29 giugno 2000 *che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica* (in GU n. L 180, del 19 luglio 2000, p. 22), sulla quale v. i contributi di R. Cisotta, *passim*, e di F. Ippolito, § 2.

<sup>15</sup> Direttiva del Consiglio 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, *che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura* (in GU n. L 373, del 21 dicembre 2004, p. 37).

<sup>16</sup> Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri* (in GU n. L 158 del 30 aprile 2004, p. 77; vedi il testo rettificato in GU n. L 229 del 29 giugno 2004, p. 35).

<sup>17</sup> Sentenza 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, in *Racc.* p. I-9981

<sup>18</sup> V. il contributo di G. Biagioni, § 1.

<sup>19</sup> Su tale giurisprudenza v. il contributo di S. Amadeo, § 3.

giustificare che la Corte continui a sostenere l'idea secondo cui ciascuno di tali divieti non è altro che l'espressione del medesimo principio generale di uguaglianza o di non discriminazione.

3. In realtà la portata di un principio generale del genere, nonostante che la Corte vi si sia riferita in sentenze ormai molto risalenti nel tempo e nonostante la sua consacrazione nell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali,<sup>20</sup> resta ancora oggi dubbia.

Quando l'oggetto del controllo sono le normative degli Stati membri che impattano sulle libertà di circolazione, il valore aggiunto derivante dall'affermazione di un principio generale di non discriminazione sembra essere funzionale all'individuazione di ostacoli a tali libertà che derivino dal trattamento differenziato di situazioni dinamiche o transnazionali rispetto a situazioni statiche o puramente interne. In altri termini, il principio generale di non discriminazione è utilizzato per ampliare la nozione di ostacoli alla libera circolazione e farvi rientrare situazioni in cui la discriminazione non è vietata di per sé ma perché potrebbe scoraggiare i soggetti interessati dall'esercitare i diritti di libera circolazione.

L'esempio più rilevante al proposito è quello già descritto dei cittadini che esercitano la libertà di circolare e soggiornare in tutti gli Stati membri ai sensi dell'art. 21, par. 1, TFUE. La giurisprudenza della Corte in proposito, dopo alcuni tentativi di invocare l'art. 18, par. 1, TFUE, e il concetto di discriminazione indiretta in base alla nazionalità, si è chiaramente orientata nel senso di ricondurre ipotesi del genere direttamente all'art. 21, par. 1, e pertanto al *genus* degli ostacoli alla libera circolazione.

4. Maggiore autonomia caratterizza il principio generale di non discriminazione quando viene utilizzato nell'ambito dei giudizi sulla validità degli atti delle istituzioni.

In questo ambito, in realtà, i divieti espliciti di discriminazione sono più scarsi. Al di là dell'art. 40, par. 2, secondo comma, TFUE, in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli, mancano nei trattati altre disposizioni che impongano direttamente al legislatore dell'Unione di rispettare il principio di non discriminazione. La giurisprudenza ha pertanto avuto ampio spazio per ricostruire ipotesi riconducibili al principio generale.<sup>21</sup>

La Corte ha talvolta operato nel senso di trarre da specifici divieti di discriminazione dettati soprattutto per applicarsi agli Stati membri, corrispondenti divieti che si impongono anche alle istituzioni nell'esercizio dei loro poteri legislativi.

Ne sono esempi recenti, da un lato, la già richiamata affermazione secondo cui la direttiva 2004/38/CE<sup>22</sup> va interpretata in conformità al principio della parità di trattamento di cui all'art. 45, par. 2, TFUE,<sup>23</sup> dall'altro, la clamorosa dichiarazione di invalidità dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2004/113/CE,<sup>24</sup> per violazione del divieto di discriminazione e del principio di parità tra donne e uomini di cui agli artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> V. i contributi di F. Spitaleri, § 8, e di S. Amadeo, §, 3.

<sup>21</sup> V. gli esempi citati nel contributo di F. Spitaleri, § 5.

<sup>22</sup> Cit. alla nota 16.

<sup>23</sup> Sentenza *Vatsouras*, cit. alla nota 5.

<sup>24</sup> Cit. alla nota 15.

<sup>25</sup> Sentenza *Association belge des consommateurs*, cit alla nota 4.

5. Un'ultima riflessione occorre dedicarla al c.d. "giudizio sulla discriminazione", cioè all'iter logico che la Corte sembra seguire con notevole costanza nell'applicare l'una o l'altra manifestazione del principio in esame.<sup>26</sup>

In realtà dei vari passaggi che tale iter comporta (esame, nell'ordine, della comparabilità delle situazioni, dell'esistenza di una discriminazione a danno di una di esse, e dell'assenza di giustificazioni obiettive), la giurisprudenza rivela una pernicioso tendenza a trascurare i primi due, dando quasi per acquisite condizioni che invece richiederebbero, talvolta, delicate valutazioni.<sup>27</sup> La Corte tende invece ad appiattare il proprio giudizio sull'ultimo passaggio, quello della giustificazione, soprattutto sotto il profilo della proporzionalità della misura discriminatoria rispetto al motivo che dovrebbe giustificarla.

È evidente come tale modo di procedere finisca per penalizzare gli Stati membri, sui quali ricade il gravoso onere di giustificare una misura già tacciata come discriminatoria. Esso inoltre conferisce alla Corte un margine di apprezzamento eccessivo, al cui interno è difficile per un organo giurisdizionale orientarsi.<sup>28</sup>

Tutto ciò contribuisce a rendere imprevedibili e finanche opinabili alcune valutazioni contenute in sentenze recenti<sup>29</sup> e non aiuta a concentrare le potenzialità del principio di non discriminazione sulle situazioni che realmente ne meritano l'applicazione.

6. In conclusione, il divieto di discriminazione, al di là di una certa retorica che troppo spesso compare nelle pronunce della Corte di giustizia, resta uno strumento di frequentissima utilizzazione e pertanto indispensabile nel quadro di un ordinamento, come quello dell'Unione europea, che vuole assicurare ai singoli un sistema completo di rimedi giurisdizionali, ma sulla portata del quale permangono ampi margini di incertezza che la giurisprudenza, con il suo approccio casistico,<sup>30</sup> non sembra in grado di dissipare.

---

<sup>26</sup> V. il contributo di P. Simone, § 6.

<sup>27</sup> V., ad esempio, le considerazioni svolte a proposito della sentenza *Gottwald*, cit. alla nota 7 nel contributo di L. M. Ravo, § 4.

<sup>28</sup> Sul giudizio di proporzionalità nel quadro della libera circolazione delle persone, v. i contributi di S. Amadeo, § 6, e di L. M. Ravo, § 6. V. anche il contributo di G. Biagioni, § 4, per quanto riguarda l'applicazione del medesimo giudizio ad un caso di discriminazione in base all'età.

<sup>29</sup> V. gli esempi richiamati nei contributi di S. Amadeo, § 4 e 6

<sup>30</sup> Così L. M. Ravo, nel suo contributo, § 7.