

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brollo, Franco Carinci, Madia D'Onghia, Fiorella Lunardon, Valerio Maio e Michel Martone

Parità di trattamento e accesso al lavoro

Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 23 aprile 2020, C-507/18 – Pres. Lenaerts – Rel. Jarukaitis – Avv. Gen. Sharpston – NH – Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte di cassazione.

Rinvio pregiudiziale – Lavoro (collocamento) – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Orientamento sessuale – Dichiarazioni pubbliche – Criterio di assunzione – Libertà di espressione

La nozione di “condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro” contenuta all’art. 3, par. 1, lett. a), Dir. 2000/78 deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all’occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico.

Rinvio pregiudiziale – Lavoro (collocamento) – *Locus standi* di associazioni rappresentative di categorie di individui in assenza di vittima identificabile

La Dir. 2000/78 deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale in virtù della quale un’associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone aventi un determinato orientamento sessuale e nel promuovere la cultura e il rispetto dei diritti di tale categoria di persone, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall’eventuale scopo di lucro, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva de qua e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione, ai sensi di detta direttiva, nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa.

Per il testo della sentenza v. <https://curia.europa.eu>.

La Dir. 2000/78 e i pertinenti obblighi internazionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

Luca Paladini*

Una recente sentenza della Corte di Lussemburgo consente di soffermarsi sulle due questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione italiana, giudice *a quo* in un caso relativo ad alcune dichiarazioni radiofoniche ritenute lesive dell'accesso al lavoro ai sensi della Dir. 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Tale approfondimento offre anche l'occasione per soffermarsi sull'intero contenuto della direttiva, della quale ricorre il ventesimo anniversario dall'adozione, nonché sulla corposa giurisprudenza intervenuta in sua interpretazione, oramai quindicennale. Giurisprudenza rispetto alla quale si intende verificare, nelle conclusioni, quale rilievo hanno assunto gli obblighi internazionali, in particolare (ma non solo) gli *standard* del lavoro adottati dall'Organizzazione internazionale del lavoro.

“Επεα πτερόεντα, parole alate”

“Il significato di tale espressione, le cui origini possono essere fatte risalire a Omero, è duplice: le parole volano, trasportate via dal vento; ma anche, le parole

viaggiano veloci e si diffondono rapidamente. La presente causa, concernente dichiarazioni rese nel corso di una intervista radiofonica, è prossima al secondo significato. Oggigiorno, le parole pronunciate in radio

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

o in televisione oppure trasmesse attraverso mezzi di comunicazione sociale si disseminano velocemente e producono conseguenze”. L’incipit delle conclusioni dell’Avvocato Generale Eleanor Sharpston nella causa C-507/18 sintetizzano efficacemente i fatti su cui, di recente, si è pronunciata la Corte di giustizia dell’Unione europea.

Nel 2014, durante una trasmissione radiofonica a diffusione nazionale, un noto avvocato italiano ha affermato di non volersi avvalere, nel suo studio legale, di avvocati o altri collaboratori di orientamento sessuale LGBTI (acronimo inglese di *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex*). Ritenendo tali affermazioni una condotta discriminatoria in base all’orientamento sessuale dei lavoratori, l’associazione “Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford” ha convenuto l’autore delle dichiarazioni davanti al Tribunale di Bergamo, che in veste di giudice del lavoro lo ha condannato a versare diecimila euro all’associazione a titolo di risarcimento e ha ordinato la pubblicazione dell’ordinanza per estratto su un quotidiano nazionale. Il giudizio di appello, presso il Tribunale di Brescia, confermava l’esito del primo grado.

Il soccombente ricorreva, quindi, in Cassazione, sostenendo un’erronea applicazione dell’art. 5, D.Lgs. n. 216/2003¹, attuativo della Dir. 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (di séguito, Dir. 2000/78), laddove l’atto nazionale ammette il *locus standi* per l’associazione attrice, nonché una violazione o un’erronea applicazione dell’art. 2, par. 1, lett. a), e dell’art. 3, D.Lgs. n. 216/2003 determinata da un erroneo inquadramento delle dichiarazioni radiofoniche, che a suo parere erano state rese in un contesto avulso da qualsiasi ambito professionale effettivo, essendosi egli espresso come semplice cittadino.

Dovendo pronunciarsi sul caso e nutrendo dubbi rispetto alle argomentazioni espresse dal ricorrente, la Suprema Corte sospendeva il giudizio per promuovere rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Due i quesiti posti ai giudici dell’UE². In primo luogo, se, ai sensi della Dir. 2000/78, un’associazione possa agire per far rispettare il divieto di discrimina-

zione in materia di occupazione e condizioni di lavoro in assenza di una vittima identificabile. In seconda istanza, se nell’ambito di applicazione dell’art. 3, par. 1, lett. a), Dir. 2000/78, che vieta discriminazioni anche nell’accesso all’occupazione, rientri una dichiarazione generale, resa in una trasmissione radiofonica, secondo cui l’intervistato non assumerebbe persone della comunità LGBTI nel suo studio legale.

Ebbene, la pronuncia della Corte di Lussemburgo³, ampiamente allineata alle conclusioni dell’Avvocato Generale Sharpston⁴, consente non solo di soffermarsi sulle risposte alle questioni pregiudiziali poste dal giudice nazionale, ma anche di richiamare la pertinente giurisprudenza finora intervenuta sulla Dir. 2000/78. Trattasi di una giurisprudenza oramai quindicennale e consistente, che ha preso avvio con la pronuncia nel noto caso *Mangold* del 2005⁵ e della quale la sentenza nella causa in epigrafe, decisa il 23 aprile 2020, costituisce – nel momento in cui si scrive – lo sviluppo più recente.

L’esame di tale *corpus* giurisprudenziale consentirà altresì di svolgere, nelle conclusioni, alcune considerazioni sul rilievo assunto dagli obblighi internazionali nelle decisioni della Corte di giustizia, con particolare riguardo agli *standard* del lavoro adottati in seno all’Organizzazione internazionale del lavoro, che vincolano gli Stati membri dell’UE, nonché alla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità⁶ del 2006, alla quale l’Unione ha aderito divenendone Parte.

La disciplina antidiscriminatoria prevista dalla Dir. 2000/78

Prima di entrare nel merito della prima questione posta alla Corte dell’UE, ci sembra opportuno, anche al fine di inquadrare le norme europee richiamate nell’ordinanza della Cassazione⁶, soffermarsi sull’articolato della Dir. 2000/78, autentico pilastro del diritto antidiscriminatorio dell’UE⁷ di cui, alla fine del 2020, ricorre il ventesimo anniversario dall’adozione.

Giuridicamente fondata nell’art. 13 TCE (oggi, 19 TFUE)⁸, la Dir. 2000/78 è rivolta ai casi di impari e ingiustificato trattamento nell’ambito dell’occupazio-

¹ D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 216, “Attuazione della Dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”, più volte novellato. Sulla frammentata normativa nazionale antidiscriminatoria, cfr. per tutti, M. Persiani *et al.*, *Fondamenti di diritto del lavoro*, II ed., Milano, 2015, 177 e segg.

² Corte suprema di Cassazione, ordinanza interlocutoria di rinvio pregiudiziale, 28 maggio 2018.

³ Corte giust. UE (Grande sez.), C-507/18, 23 aprile 2020 (di séguito, caso *NH*).

⁴ Conclusioni dell’Avvocato Generale, C-507/18, 31 ottobre 2019 (di séguito, conclusioni nel caso *NH*).

⁵ Corte giust. UE (Grande sez.), C-144/04, 22 novembre 2005 (di séguito, caso *Mangold*).

⁶ Trattasi dell’art. 2, relativo al concetto di discriminazione, del successivo art. 3, riguardante l’ambito di applicazione della Dir. 2000/78, e dell’art. 9, par. 2, che riconosce il *locus standi* alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche la possibi-

lità di agire, in via giurisdizionale o amministrativa, a garanzia del corretto rispetto della direttiva su mandato di un lavoratore che si ritenga leso.

⁷ Lo stesso può dirsi, anche perché sostanzialmente coeva, della Dir. 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, adottata con la stessa base giuridica.

⁸ L’art. 13 TCE e l’art. 19 TFUE sono pressoché identici nel contenuto, salvo per la procedura prevista per l’adozione dei 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. Infatti, mentre nel regime *ex* 13 TCE il Consiglio, su proposta della Commissione, deliberava all’unanimità previa *consultazione* del Parlamento europeo, nella vigenza dell’art. 19 TFUE il Consiglio, secondo una procedura legislativa speciale, delibera unanime previa *approvazione* del Parlamento, dunque l’atto è adottato solo in

ne e delle condizioni di lavoro⁹. La circostanza che detta base giuridica risieda nell'art. 13 TCE, dunque su una norma generale sulle pari opportunità (cd. approccio *mainstreaming*)¹⁰, e non invece in una disposizione appartenente alla politica sociale (oggi, Titolo X, artt. da 151 a 161 TFUE), non incide sul comune obiettivo di dare sviluppo e attuazione al diritto antidiscriminatorio dell'Unione. Due elementi corroborano tale conclusione.

Da una parte, il pari intento di realizzare, in ambito lavoristico, la parità di trattamento. Basti ricordare che l'art. 151 TFUE prevede, tra gli obiettivi della politica sociale dell'Unione, la promozione dell'occupazione e la lotta all'emarginazione, per conseguire i quali è sostenuta e completata l'azione degli Stati membri in vari settori, tra cui la parità tra uomini e donne rispetto alle opportunità nel mercato del lavoro e alle condizioni di impiego, che trova un ulteriore riferimento nel successivo art. 157 TFUE sulla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per lo svolgimento dello stesso lavoro¹¹. Peraltro, proprio l'art. 157 TFUE giustifica l'assenza del "genere" tra i tratti discriminatori previsti dall'art. 1, Dir. 2000/78, che vieta le discriminazioni in base alla religione o alle convinzioni personali, all'*handicap*, all'età o all'orientamento sessuale. Ciò detto, merita comunque ricordare che, nella relazione accompagnatoria alla proposta, la Commissione europea ha affermato che sebbene la parità di trattamento in ragione del sesso non sia contemplata dalla direttiva, spesso la discriminazione basata sulla razza o l'origine etnica, l'*handicap*, l'età, la religione o le convinzioni personali o, ancora, le tendenze sessuali può colpire differenzialmente le donne e gli uomini. Sembra, dunque, che le ineguaglianze di genere rivestano

natura strutturale e costituiscano, purtroppo spesso, la base di "discriminazioni multiple", cioè fondate su più tratti distintivi.

Dall'altra, merita ricordare che, al fine realizzare gli obiettivi della politica sociale, competenza di natura concorrente dell'UE¹², il Parlamento europeo e il Consiglio possono adottare misure atte a incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri e, soprattutto, direttive contenenti prescrizioni minime, nonché fissate tenendo conto delle condizioni e delle normative esistenti in ciascuno Stato membro¹³. La relativa prassi è ampia e contribuisce, in gran parte, a formare il cd. "diritto europeo del lavoro" o "diritto sociale europeo"¹⁴, che disciplina, *inter alia*, aspetti quali l'orario di lavoro¹⁵ e le informazioni sulle condizioni di lavoro che ogni lavoratore ha il diritto di ricevere¹⁶. Inoltre, a parte vanno citate le direttive sul lavoro a tempo parziale¹⁷ e a tempo determinato¹⁸ o la direttiva riguardante i congedi parentali¹⁹, poiché hanno attuato il contenuto di accordi quadro conclusi in ossequio a quanto prevedeva l'art. 139 TCE (oggi, art. 155 TFUE), secondo cui il dialogo fra le parti sociali a livello dell'Unione può condurre a relazioni contrattuali, compresa la stipula di accordi che, su richiesta congiunta delle parti firmatarie, possono essere attuati con una decisione del Consiglio²⁰.

La complementarità tra la Dir. 2000/78 e il Titolo X TFUE è altresì testimoniata dalla circostanza che, a partire dal 2008²¹ e con poche eccezioni, le pronunce dei giudici di Lussemburgo sulla direttiva sono state rubricate nella materia "politica sociale". Le "materie" – secondo quanto afferma il *website* della Corte di giustizia – corrispondono ai fondamenti normativi oggetto di domanda o di ricorso e, dopo la pronuncia, della decisione della Corte, il che, a nostro avviso, ren-

presenza di un parere favorevole dell'Assemblea. Su tali forme di partecipazione del Parlamento europeo al processo decisionale nell'UE, cfr. R. Adam-A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2017, 187 e segg.

⁹ Si segnala che per due Stati membri – Austria e Germania – la Corte di giustizia ha accertato, nell'ambito di due procedure di infrazione, la mancata trasposizione della Dir. 2000/78 entro il termine prescritto (Corte giust. UE, C-133/05, 23 febbraio 2006 e la coeva Corte giust. UE, C-43/05, 23 febbraio 2006).

¹⁰ Come afferma la proposta della Commissione (COM/99/0565 def.) "(l)'articolo 13 (...) mette fine alla dibattuta questione della competenza comunitaria sulle questioni della lotta alla discriminazione. Esso costituisce una solida piattaforma su cui basare politiche contro la discriminazione *ad ampio raggio*, di natura normativa o meno, a livello comunitario, attribuendo al Consiglio poteri espliciti e specifici".

¹¹ La norma ha fondato l'adozione della Dir. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione).

¹² Art. 4 TFUE.

¹³ Si segnala che, a seconda del settore nel quale sono fissate tali prescrizioni minime, le norme del Titolo X TFUE prevedono il ricorso sia alla procedura legislativa ordinaria, sia alla procedura legislativa speciale.

¹⁴ In tal senso, cfr. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2019, in particolare 155 e segg., nonché S. Giubboni, *Diritto del*

lavoro europeo. Una introduzione critica, Milano, 2017 e M. Roccella-T. Treu, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, 2016.

¹⁵ Dir. 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

¹⁶ Dir. 91/533/CEE del Consiglio, del 14 ottobre 1991, relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro.

¹⁷ Dir. 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES.

¹⁸ Dir. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

¹⁹ Dir. 2010/18/UE del Consiglio, dell'8 marzo 2010, che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la Dir. 96/34/CE.

²⁰ Per un approfondimento, cfr. F. Salerno, *L'attuazione degli accordi tra le parti sociali europee tramite decisione del Consiglio UE nel prisma della pluralità degli ordinamenti giuridici*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 319 e segg.

²¹ Corte giust. UE (Grande sez.), C-303/06, 17 luglio 2008 (di séguito, caso *Coleman*) e, da ultimo, Corte giust. UE, C-670/18, 2 aprile 2020.

de evidente che le pronunce riguardanti la Dir. 2000/78 sono attratte *ratione materiae* dalla politica sociale.

Ciò è ancor più chiaro laddove, nelle cause trattate dalla Corte di Lussemburgo, abbiano assunto rilievo sia la direttiva *de qua*, sia altre direttive adottate con base giuridica nella politica sociale dell'UE. In tal senso, giova ricordare che già nel primigenio caso *Mangold* – pur non rubricato nella “politica sociale” – la Corte si è espressa al contempo sulla Dir. 1999/70, attuativa dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, e sulla Dir. 2000/78 in un caso di discriminazione in base all'età. Non mancano comunque esempi successivi, tra cui si segnala la pronuncia nel caso *Kleinstüber*, in cui giudici europei si sono espressi sulla Dir. 2000/78, sulla Dir. 97/81 attuativa dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale e sulla Dir. 2006/54 sul pari trattamento fra uomini e donne nell'occupazione e nell'impiego in un caso riguardante un sistema di calcolo della pensione che penalizzava i lavoratori a tempo parziale, laddove – secondo il giudice del rinvio – le attività *part-time* sono in prevalenza esercitate da lavoratrici²².

Ciò premesso, il fine primario della Dir. 2000/78 è quello di attuare il principio della parità di trattamento nell'UE²³. Principio che, al momento dell'adozione della direttiva, non era formalmente espresso nei trattati sull'allora Comunità europea (CE), ma veniva in rilievo ai sensi dell'art. 6 TUE come principio generale del diritto comunitario, ricavato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 (CEDU) e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, nonché corroborato dalla Carta comunitaria dei diritti sociali²⁴, da alcune precedenti direttive sulla parità²⁵ e dal diritto

internazionale, con particolare riguardo agli strumenti pattizi di cui tutti gli Stati membri sono firmatari.

Che la Dir. 2000/78 si proponga di *attuare* la parità di trattamento è stato ribadito dal citato caso *Mangold*, nel quale i giudici dell'UE hanno affermato che l'atto “non sancisce (...) il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, (avendo) il solo obiettivo di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni (...), dal momento che il principio (...) trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. Dunque, la direttiva non *crea* il principio, la cui fonte è esogena al diritto dell'UE, ma gli conferisce un'espressione concreta nel settore lavoristico. Pertanto, la parità di trattamento è un principio generale del diritto dell'UE e la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, deve fornire ai giudici nazionali richiedenti tutti gli elementi necessari alla decisione nel merito, in termini di conformità della normativa domestica al principio *de quo*²⁶. Merita aggiungere che tale formula è stata confermata nella giurisprudenza successiva²⁷, anche se, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stata riformulata nella direzione di valorizzare la fonte endogena del principio di parità, il quale è “ormai sancito dall'articolo 21 della Carta” (dei diritti fondamentali dell'UE)²⁸, divenuta finalmente vincolante.

Per rendere effettivo il principio *de quo* negli Stati membri, la Dir. 2000/78 prevede l'obiettivo specifico – quale emerge dal titolo, dal preambolo e, soprattutto, dall'art. 1 – di dar vita a un “quadro generale” atto a garantire la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, offrendo delle forme di tutela contro le discriminazioni fondate sulla

²² Corte giust. UE, C-354/16, 13 luglio 2017, par. 21 e altresì Corte giust. UE, C-415/10, 19 aprile 2012 (esame congiunto delle direttive 2000/43/CE, 2000/78/CE e 2006/54/CE), nonché Corte giust. UE, C-46/17, 28 febbraio 2018 (esame della Dir. 1999/70/CE e della Dir. 2000/78/CE).

²³ Su tale principio e sulla sua attuazione, si rinvia, per ogni approfondimento, ai saggi raccolti nel volume I. Castangia, G. Biagioni (a cura di), *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2011.

²⁴ Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dai Capi di Stato o di governo degli Stati membri della Comunità economica europea, riuniti a Strasburgo il 9 dicembre 1989.

²⁵ Dir. 76/207/CEE sull'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne in ambito lavoristico e Dir. 2000/43/CE attuativa dello stesso principio fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

²⁶ Caso *Mangold*, par. 74-75.

²⁷ Ad esempio, Corte giust. UE, C-388/07, 5 marzo 2009, par. 54. Tale giurisprudenza ha occasionato un dibattito vivace in dottrina (cfr. la nota successiva), poiché già nel caso *Mangold*, la Corte ha riconosciuto effetti diretti orizzontali al principio di parità di trattamento *ex art 13 TCE*, senza però evidenziare in base a quali criteri riconoscere tale effetto alla norma primaria.

²⁸ Cfr., ad esempio, Corte giust. UE (Grande sez.), C-555/07, 19 gennaio 2010, par. 21 e 22 (di séguito, caso *Kücükdeveci*); Corte giust. UE (Grande sez.), C-414/16, 17 aprile 2018, par. 47 e, da ultimo, caso *NH*, par. 38. Con riguardo al caso *Kücük-*

deveci, che riprende e ulteriormente sviluppa le conclusioni del caso *Mangold*, la dottrina è tornata a evidenziare i punti deboli dell'approccio ermeneutico della Corte di giustizia. Su tale aspetto, nella vasta letteratura, cfr. O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in *Riv. It. Lav.*, 2006, 266 e segg.; L. Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. It.*, 2006, 1816 e segg.; V. Piccone, S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*, in *Foro It.*, 2006, 342 e segg.; V. Sciarabba, *Dopo Mangold la Corte di giustizia torna sul rapporto tra principi generali, direttive e norme interne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, 376 e segg.; S. Lorenzon, *La Corte di giustizia e il riconoscimento degli effetti diretti orizzontali delle direttive comunitarie: il caso Kücükdeveci*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 430 e segg.; L. Iannuzzi, *La sentenza sul caso Kücükdeveci: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 163 e segg.; N. Lazzerini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018 e altresì *The Horizontal Application of the General Principles of EU Law: Nothing Less than Direct Effect*, in K. Ziegler, P. Neuvonen, V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on General Principles of EU Law*, Elgar – in corso di pubblicazione, su gentile concessione dell'a.). Quanto all'art. 21 della Carta dei diritti dell'UE, per un commento cfr. C. Favilli-F. Guarriello, *Articolo 21*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 412 e segg.

religione o sulle convinzioni personali, sugli *handicap*, sull'età o sulle tendenze sessuali.

Tra le numerose pronunce della Corte di giustizia sull'art. 1, merita ricordare quelle relative alle discriminazioni in base all'*handicap*, poiché emerge una nozione di disabilità piuttosto elastica, sia *in melius* che *in peius*. Infatti, da una parte la nozione comprende, oltre alle disabilità certificabili, le condotte impari, comprese le molestie, a danno di un lavoratore che sia trattato sfavorevolmente in ragione della disabilità del figlio, a cui presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno²⁹. Dall'altra parte, nella stessa nozione non sono rientrate alcune forme di invalidità temporanea³⁰, la diagnosi di una patologia che abbia reso necessario il ricorso alla maternità surrogata³¹, l'obesità³², nonché la malattia che abbia impedito di svolgere l'attività lavorativa per un certo periodo di tempo³³. La Corte di giustizia ha, dunque, accolto una nozione che non tiene conto delle similitudini tra *handicap*, disabilità e altre forme di inabilità, anche sopravvenute, tanto da apparire meno garantista dei diritti dei lavoratori aventi limitazioni psico-fisiche che possono incidere sulla capacità di svolgere un lavoro³⁴.

Quanto alle condotte vietate, la Dir. 2000/78 appresta uno *standard* minimo di tutela. Infatti, tale "quadro generale" offre una protezione essenziale e omogenea contro le discriminazioni all'interno dell'UE, lasciando comunque liberi gli Stati membri di introdurre o di mantenere disposizioni più favorevoli al lavoratore. Rispetto a tale *favor* non c'è possibilità di regresso, affermando l'art. 8, Dir. 2000/78, che la sua attuazione non può costituire motivo di riduzione del livello di protezione antidiscriminatoria già disposto in sede nazionale. Così, ad esempio, nel caso *Bulicke* i giudici hanno affermato che il diritto antidiscriminatorio dell'UE non osta a una norma processuale nazionale favorevole alla vittima di una discriminazione in base all'età nelle pro-

cedure di assunzione, la quale ha il diritto di presentare un reclamo teso a ottenere il risarcimento del danno entro due mesi, a condizione che tale termine non sia meno favorevole rispetto a quello relativo a ricorsi analoghi di natura interna e che il *dies a quo* non renda impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva³⁵.

Come anticipato, le discriminazioni vietate dalla Dir. 2000/78 devono basarsi sui tratti distintivi espressamente previsti. Sicché, sottolineano i giudici di Lussemburgo, l'art. 1, Dir. 2000/78 "non considera il sesso come motivo di discriminazione, (dunque) non può ritenersi che l'eventuale riduzione del livello di tutela contro la discriminazione basata su tale motivo intervenga nei settori di applicazione della direttiva"³⁶. Rispetto a tale precisazione, ci appare comunque chiaro che, pur non trovando applicazione la direttiva *de qua*, la minor tutela sopravvenuta possa essere censurata in base ad altre norme vincolanti gli Stati membri, ad esempio l'art. 27 della citata Dir. 2006/54 sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che è parte del diritto antidiscriminatorio dell'UE e parimenti prevede la clausola di non regresso.

Ciò premesso, come evidenzia l'Avvocato Generale nelle conclusioni alla causa in epigrafe, la Dir. 2000/78 prevede una tutela di duplice livello.

Il primo è di natura sostanziale e riguarda il divieto di discriminazioni, dirette e indirette³⁷, compresi l'ordine di discriminare e le molestie sul lavoro³⁸, in ambito lavoristico.

Mentre le discriminazioni dirette sono facilmente individuabili³⁹, dato che l'indebita distinzione è espressa da una norma interna, quelle indirette sono di più difficile accertamento. Per citare una nota pronuncia sull'art. 2, Dir. 2000/78, nel caso *Achbita* la Corte di giustizia ha statuito che il divieto di indossare

²⁹ Caso *Coleman*, par. 56.

³⁰ Corte giust. UE, C-395/15, 19 gennaio 2010 e, in senso opposto, Corte giust. UE, C-397/18, 11 settembre 2019, par. 41 e segg.

³¹ Corte giust. UE (Grande sez.), C-363/12, 18 marzo 2014, par. 78 e segg.

³² Corte giust. UE, C-354/13, 18 dicembre 2014, par. 64 (di séguito, caso *FOA*).

³³ Corte giust. UE (Grande sez.), C-13/05, 11 luglio 2006 (di séguito, caso *Chacón Navas*).

³⁴ Quanto all'ampio dibattito dottrinale sull'elasticità della nozione, cfr. G. De Baere, *Shall I be mother? The prohibition on sex discrimination, the UN Disability Convention, and the right to surrogacy leave under EU law*, in *The Cambridge Law Journal*, 2015, 44 e segg.; E. Adobati, *La Corte di giustizia precisa la nozione di handicap ai sensi della direttiva n. 2000/78/CE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, 531 e segg.; G. Giappichelli, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla nozione di handicap: un freno alla vis expansiva del diritto antidiscriminatorio?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 768 e segg.; L. Waddington, *Case C-13/05, Chacón Navas v. Eures Colectividades SA, judgement of the Grand Chamber of 11 July 2006*, in *Common Market Law Review*, 2007 487 e segg.; N. de Betsch, *The Ring and Skouboe Werge Case: A Reluctant Acceptance of the Social Approach of Disability*, in *European Labour Law Journal*, 2013, 135 e segg.;

G. Beco, *Is Obesity a Disability? The Definition of Disability by the Court Of Justice of the European Union and its Consequences for the Application of EU Anti-Discrimination Law*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2016 381 e segg.; D. Ferri, *Daouidi v Bootes Plus SL and the Concept of "Disability"*, in *European Labour Law Journal*, 2019, 69 e segg.

³⁵ Corte giust. UE, C-246/09, 8 luglio 2010.

³⁶ Caso *FOA*, par. 64.

³⁷ In particolare, ai sensi dell'art. 2, Dir. 2000/78, "sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga" e "sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone (...)".

³⁸ Caso *Coleman*, par. 56.

³⁹ Cfr., ad esempio, Corte giust. UE, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, 19 giugno 2014 (di séguito, caso *Specht et al.*); Corte giust. UE, C-20/13, 9 settembre 2015 (di séguito, caso *Unland*); Corte giust. UE (Grande sez.), C-193/17, 22 gennaio 2019.

il velo islamico imposto da una norma aziendale, che vieta di indossare in modo visibile segni politici, filosofici o religiosi sul luogo di lavoro, non costituisce una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. Al contempo, però, la stessa norma può dar luogo a una discriminazione indiretta, se dimostrato che tale obbligo rivolto a tutti i dipendenti (dunque, formalmente neutro) di fatto comporti un particolare svantaggio per le persone che aderiscono a religioni o ideologie la cui dottrina imponga, ad esempio, un determinato vestiario o l'ostensione di segni. Tale valutazione è rimessa al giudice del rinvio, che conosce i fatti in causa, il quale deve verificare sia la finalità legittima perseguita dall'impresa (in tal caso, la politica di neutralità verso i clienti), sia l'adeguatezza e la necessità dei mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità, atteso che, secondo i giudici dell'UE, l'impresa avrebbe potuto, senza oneri aggiuntivi, proporre alla ricorrente un lavoro che non comportasse un contatto visivo con i clienti, piuttosto che licenziarla a fronte del rifiuto di togliere il velo durante l'orario di lavoro⁴⁰.

La Dir. 2000/78, che riguarda sia il settore pubblico che quello privato, si applica all'accesso al lavoro e all'occupazione, alla promozione sul lavoro, alla formazione professionale e alle condizioni di lavoro, nonché all'adesione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro e associazioni professionali e alle prestazioni da esse erogate⁴¹. Rispetto a tali ambiti – con esclusione dell'accesso al lavoro, su cui ci soffermeremo esaminando il caso *NH* – la Corte di giustizia ha chiarito, ad esempio, che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva le retribuzioni dei dipendenti pubblici e le provvidenze loro concesse⁴², il trattamento fiscale delle spese di formazione differenziato per età se teso a favorire l'accesso alla formazione dei giovani⁴³ e il divieto, espresso a livello nazionale e diretto alle amministrazioni pubbliche, di assegnare incarichi di studio e consulenza a persone collocate in quiescenza⁴⁴.

Si è già inteso che la direttiva rivolge una particolare attenzione ai disabili, ai quali sono dedicate diverse disposizioni. L'art. 5 prevede, infatti, che il datore di lavoro adotti, se non comportano oneri finanziari spro-

porzionati, “soluzioni ragionevoli” in relazione alle situazioni concrete, atte a consentire ai disabili l'accesso al lavoro, la possibilità di svolgerlo e di avere una promozione o di ricevere una formazione. Un esempio è fornito dalla riduzione dell'orario di lavoro, laddove tale soluzione consenta al lavoratore disabile di svolgere il proprio lavoro⁴⁵. È chiaro che accomodamenti di tal genere risultano necessari se consentono di valorizzare le abilità dei disabili e, dunque, rendono effettiva la parità di trattamento⁴⁶. Inoltre, l'art. 7, Dir. 2000/78 prevede, in generale, che il principio della parità di trattamento non è incompatibile con misure nazionali dirette a evitare o compensare svantaggi correlati a uno dei tratti distintivi *ex art. 1*, e, quanto ai disabili, che gli Stati membri possono mantenere o adottare disposizioni tese a salvaguardare o promuovere il loro inserimento lavorativo. Lo stesso dicasi per il mantenimento dell'impiego: ad esempio, nel caso *Milkova*, la Corte ha affermato che una normativa interna che conferisce ai lavoratori con determinate disabilità una tutela speciale preventiva in caso di licenziamento è compatibile con l'art. 7, aggiungendo che – in relazione ai fatti in causa – qualora detta tutela non sia accordata ai dipendenti pubblici con le medesime disabilità, il giudice nazionale deve verificare se sussista un indebito trattamento tra lavoratori⁴⁷.

Il secondo livello di tutela offerto dalla Dir. 2000/78 riguarda, invece, i criteri minimi riguardanti i mezzi di ricorso che gli Stati membri sono tenuti a rendere disponibili alle vittime di discriminazione. Pertanto, essi garantiscono, anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, l'accesso a procedure giurisdizionali e/o amministrative, anche conferendo mandato ad agire a organizzazioni o associazioni che, in base al diritto nazionale attuativo della direttiva, abbiano un interesse legittimo a garantire che la direttiva sia rispettata. Si ricorderà che questo è il caso della causa in epigrafe, nella quale uno dei punti controversi era il *locus standi* di tali associazioni o organizzazioni in assenza di una vittima identificabile. Sul punto si intende tornare, precisando sin da ora che è ammesso il diritto di agire di tali enti, sempre che, in base alla loro natura e alla finalità, abbiano un interesse legittimo a

⁴⁰ Corte giust. UE (Grande sez.), C-157/15, 14 marzo 2017, par. 43 e dispositivo. In dottrina, cfr. S. Hennette-Vauchez, *Equality and the Market: the unhappy fate of religious discrimination in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, 744 e segg.; L. Salvadego, *Il divieto per i dipendenti di imprese private di esibire simboli religiosi all'esame della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, 808 e segg.; infine, E. Cloots, *Safe harbour or open sea for corporate headscarf bans? Achbita and Bougnaoui*, in *Common Market Law Review*, 2018, 589 e segg.

⁴¹ Art. 3, Dir. 2000/78.

⁴² Corte giust. UE, cause riunite C-124/11, C-125/11 e C-143/11, 6 dicembre 2012, nonché casi *Specht et al.* e *Unland*.

⁴³ Corte giust. UE, C-548/15, 10 novembre 2016.

⁴⁴ Corte giust. UE, C-670/18, 2 aprile 2020.

⁴⁵ Corte giust. UE, cause riunite C-335/11 e C-337/11, 11 aprile 2013.

⁴⁶ Cfr. la proposta di direttiva della Commissione (COM/99/

0565 def.). Le “soluzioni ragionevoli” rivestono una particolare importanza, tenuto anche conto che l'art. 2, par. 2, lett. b), punti i e ii della Dir. 2000/78 esclude la discriminazione indiretta quando una norma, un criterio o una prassi apparentemente neutri impongano al datore di lavoro di adottare tali soluzioni per superare l'effetto discriminatorio determinato dalla legge nazionale. Sul punto, si segnala la procedura di infrazione che ha riguardato il nostro Paese, che non aveva imposto a tutti i datori di lavoro di prevedere, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, soluzioni ragionevoli applicabili a tutti i disabili. Pertanto, la Corte accerta che l'Italia “è venuta meno al suo obbligo di recepire correttamente e completamente l'art. 5, Dir. 2000/78/CE” (Corte giust. UE, C-312/11, *Commissione c. Italia*, 4 luglio 2013, di séguito caso *Commissione c. Italia*). Per un commento, cfr. M. Cinnelli, *Insufficiente per la Corte di giustizia la tutela che l'Italia assicura ai lavoratori disabili: una condanna realmente meritata?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, 935 e segg.

⁴⁷ Corte giust. UE, C-406/15, 9 marzo 2017.

garantire il rispetto della direttiva a livello nazionale⁴⁸.

Resta inteso che, come prevede l'art. 17, Dir. 2000/78, gli Stati membri non solo determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali attuative, ma assumono anche i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Tali sanzioni, che possono prevedere il risarcimento del danno, devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. In tal senso, gli Stati membri hanno notificato alla Commissione europea, entro il 2 dicembre 2003, le misure sanzionatorie adottate a livello nazionale, nonché le successive modifiche. La severità delle sanzioni – come ha avuto modo di precisare la Corte dell'UE – dev'essere adeguata alla gravità delle violazioni che reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente, tanto da aggiungere, quasi lapalissianamente, che “una sanzione meramente simbolica non può essere considerata compatibile con un'attuazione corretta ed efficace della Dir. 2000/78”⁴⁹.

Sul piano processualistico, l'art. 10 prevede l'inversione dell'*onus probandi*, che di norma incombe all'attore. Infatti, nelle cause in tema di discriminazione sul lavoro può essere problematico ottenere le prove, poiché le informazioni relative al caso sono spesso in possesso della parte datoriale convenuta⁵⁰. Dunque, la Dir. 2000/78 prevede che, nel caso di discriminazione e successiva attivazione di un rimedio per la difesa dei diritti, ricade sul datore di lavoro l'obbligo di dimostrare che il principio della parità di trattamento non è stato violato⁵¹, fatta comunque salva la possibilità di prevedere disposizioni più favorevoli all'attore in materia di prove. In ogni caso, tale *favor* alla vittima non si applica ai procedimenti penali e “ai procedimenti in cui spetta al giudice o all'organo competente indagare sui fatti”⁵².

Completano il secondo livello di tutela offerto dalla Dir. 2000/78 alcune rilevanti disposizioni. Innanzitutto, l'art. 11 prevede la protezione delle vittime da rappresaglie, le quali sono spesso trattenute dall'esercitare i loro diritti per timore di ritorsioni sul lavoro, comprese le ipotesi del demansionamento e del licenziamento. In secondo luogo, atteso che “(l)'esperienza insegna che le persone sono spesso male o insufficientemente informate sulle questioni antidiscriminatorie”⁵³, l'art. 12 impone la pubblicità delle disposizioni nazionali attuative della direttiva. Inoltre, è promosso il dialogo sociale e delle organizzazioni non governative aventi un interesse legittimo a contribuire alla

lotta alle discriminazioni nel promuovere la parità⁵⁴, anche attraverso la conclusione di accordi e l'adozione di codici di comportamento antidiscriminatori. Infine, merita menzionare l'art. 16, Dir. 2000/78, il quale dispone che gli Stati membri prendano le misure necessarie per assicurare che siano abrogate le disposizioni interne contrarie al principio *de quo* e siano annullate o modificate quelle che, pure discriminatorie, sono contenute nei contratti collettivi o individuali di lavoro, nei regolamenti interni alle aziende o nella disciplina del lavoro autonomo.

Segue: le possibili deroghe

Il descritto quadro antidiscriminatorio è soggetto a più possibilità di deroga.

Innanzitutto, l'art. 2 prevede che non sussiste una discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi nazionale apparentemente neutri siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari oppure, come anticipato, quando detta normativa domestica debba essere ovviata dal datore di lavoro attraverso l'adozione di accomodamenti a favore dei disabili. Sicché, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto legittima una normativa nazionale che riconosce il Venerdì Santo come giorno festivo a taluni lavoratori, poiché è conforme all'art. 2, par. 5, Dir. 2000/78, a mente del quale sono impregiudicate le misure nazionali che, in una società democratica, sono necessarie (anche) alla tutela dei diritti altrui, compresa la libertà di religione⁵⁵.

Per sua parte, l'art. 3 prevede che le discriminazioni vietate non riguardino le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e le disposizioni e le condizioni relative all'ammissione e al soggiorno di cittadini di Stati terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, oltre che qualsiasi trattamento derivante dalla loro condizione giuridica. Inoltre, la Dir. 2000/78 non si applica ai pagamenti, inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale, nonché, in relazione al diverso trattamento in base all'*handicap* o all'età, alle vicende relative al rapporto di servizio delle forze armate, di polizia e di soccorso.

Rispetto a tale ultima ipotesi, merita ricordare che i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto legittima la fissazione di un'età massima per accedere a taluni profili professionali dei vigili del fuoco⁵⁶, mentre hanno censurato, sulla base della Dir. 76/207 sulla parità di

⁴⁸ Art. 9, Dir. 2000/78.

⁴⁹ Corte giust. UE, C-81/12, 25 aprile 2013, par. 60 e segg. (di séguito, caso *Asociatia Accept*), per un commento del quale cfr. M. Castellaneta, *Se un dirigente di calcio fa dichiarazioni omofobe il club deve provare l'assenza di discriminazione. Spetta agli Stati membri prevedere sanzioni effettive e proporzionate*, in *Guida al diritto*, 2013, 88 e segg. e Ž. Nendl, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne. Chronique des arrêts. Non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Arrêts “Asociatia Accept”*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2013, 366 e segg.

⁵⁰ La norma stabilisce che l'onere della prova spetti alla parte convenuta, conformemente alla giurisprudenza di Lussemburgo, tra cui si segnalano Corte giust. UE, C-109/88, 17 ottobre 1989, par. 16 e Corte giust. UE, C-400/93, 31 maggio 1995, par. 24.

⁵¹ Cfr. la proposta della Commissione (COM/99/0565 def.).

⁵² Art. 10, par. 3 e 5, Dir. 2000/78.

⁵³ Cfr. la proposta della Commissione (COM/99/0565 def.).

⁵⁴ Artt. 13 e 14, Dir. 2000/78.

⁵⁵ Corte giust. UE (Grande sez.), C-193/17, 22 gennaio 2019.

⁵⁶ Corte giust. UE (Grande sez.), C-229/08, 12 gennaio 2010 (di séguito, caso *Wolf*), commentato, ad esempio, da F. Colapinto,

genere, una normativa interna che subordina l'arruolamento in Polizia al possesso di statura minima, laddove tale requisito risulti oggettivamente svantaggioso per un numero molto più elevato di candidate rispetto ai candidati e non sia necessario per garantire il buon funzionamento dei servizi di ordine pubblico⁵⁷.

Altra deroga ammessa riguarda, invece, la possibilità di fissare dei requisiti specifici per lo svolgimento dell'attività lavorativa. Infatti, l'art. 4 consente la diversità di trattamento allorché una caratteristica costituisce una qualificazione professionale autentica, dunque essenziale per lo svolgimento di un lavoro. Nell'appena citata sentenza sull'accesso a taluni ruoli nei vigili del fuoco, la Corte dell'UE ha concluso che l'idoneità fisica è una caratteristica legata all'età e costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento del lavoro, poiché "le attività del servizio tecnico di medio livello sono caratterizzate da un impegno di natura fisica", dunque possedere determinate capacità fisiche è dirimente per l'esercizio di tale professione, nonché, in generale, per il buon funzionamento dei servizi di soccorso⁵⁸. Mentre *nulla quaestio* sulla necessità di possedere determinate capacità fisiche per svolgere attività operative di soccorso, non conveniamo del tutto con la conclusione per cui l'idoneità fisica è una caratteristica (necessariamente) collegata dall'età.

Nel caso specifico del lavoro presso chiese o altri enti confessionali o filosofico-morali, la differenza di trattamento non costituisce discriminazione se, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui è svolta, la religione o le convinzioni personali rappresentano un requisito essenziale, legittimo e giustificato. Requisito che, in sostanza, comporta che tali enti possono esigere dai loro dipendenti adesione e lealtà rispetto all'etica che fonda la loro attività. Tale pretesa non è però assoluta. Ad esempio, la Corte ha stabilito che una differenza di trattamento, in termini di buona fede e lealtà, tra dipendenti in funzione della loro confessione o agnosticismo, è conforme alla Dir. 2000/78 se, considerate la natura delle attività da svolgere o il contesto in cui sono esercitate, la religione o le convinzioni personali costituiscono un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato rispetto all'etica del datore di lavoro e siano conformi al principio di proporzionalità. Inoltre, tale impari trat-

tamento dev'essere essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo, che spetta *in primis* al giudice nazionale garantire⁵⁹.

Infine, l'art. 6 ammette le disparità di trattamento in base all'età se siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi gli obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari⁶⁰. Nella copiosa giurisprudenza su tale disposizione, merita ricordare due pronunce vertenti su diverse categorie di individui trattati diversamente dagli altri lavoratori in base all'età, al fine di realizzare gli obiettivi nazionali di politica del lavoro. Da una parte, nel caso *Abercrombie* i giudici europei hanno ritenuto conforme alla Dir. 2000/78 una norma nazionale che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 25 anni e a licenziarlo al compimento di tale età, giacché, come ha dimostrato lo Stato membro interessato, è perseguita una finalità legittima di politica del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari⁶¹. Dall'altra, una normativa nazionale che prevede il pensionamento d'ufficio dei professori universitari al compimento dei 68 anni e la possibilità che essi proseguano la loro attività oltre i 65 anni unicamente mediante contratti a tempo determinato, conclusi per un periodo di un anno e rinnovabili al massimo due volte, è conforme alla Dir. 2000/78 se la disciplina nazionale persegue, con mezzi appropriati e necessari, una finalità legittima connessa alla politica dell'occupazione e del mercato del lavoro, come nel caso dell'attuazione di un sistema di insegnamento di qualità e dell'ottimale ripartizione dei posti di professore tra le generazioni⁶².

Lo stesso fine giustifica l'esistenza, a livello nazionale, di differenti regimi di sicurezza sociale in relazione all'età pensionabile, purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso. Sebbene non riguardante la Dir. 2000/78, bensì una norma primaria del diritto antidiscriminatorio dell'UE, merita rammentare un noto caso riguardante il nostro Paese, convenuto in giudizio dalla Commissione europea nell'ambito di una procedura d'infrazione, nel quale la Corte di Lussemburgo ha lapidariamente affermato che "mantenendo

Una configurazione equilibrata dell'età tale da garantire il carattere operativo e il buon funzionamento del corpo dei vigili del fuoco, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 2010, 387 e segg.

⁵⁷ Corte giust. UE, C-409/16, 18 ottobre 2017.

⁵⁸ Caso *Wolf*, parr. 39 e segg.

⁵⁹ Corte giust. UE (Grande sez.), C-68/17, 11 settembre 2018, per un commento del quale cfr. E. Adobati, *Un medico risposato non può essere licenziato da un ospedale cattolico*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2018, 641 e segg.

⁶⁰ Tali disparità di trattamento possono comprendere, in particolare, la definizione di condizioni speciali di accesso all'occupazione e alla formazione a favore di giovani, anziani e lavoratori con persone a carico, al fine di favorirne l'inserimento professionale o assicurarne la protezione, la fissazione di condizioni minime di età, esperienza professionale o anzianità di lavoro ai fini dell'ac-

cesso all'occupazione o a vantaggi connessi e, infine, la fissazione di un'età massima per l'assunzione basata sulle condizioni di formazione richieste per il lavoro da svolgere o la necessità di un ragionevole periodo di attività lavorativa prima del pensionamento. In giurisprudenza, cfr. Corte giust. UE (Grande sez.), C-411/05, 16 ottobre 2007; Corte giust. UE, cause riunite C-250/09 e C-268/09, 18 novembre 2010; infine, Corte giust. UE, C-443/15, 24 novembre 2016.

⁶¹ Corte giust. UE, C-143/16, 19 luglio 2017, commentato da F. Marinelli, *Quando il datore di lavoro ha ragione: la CGUE annovera il contratto intermittente stipulato con gli under 25 tra le disparità di trattamento giustificate*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, 887 e segg.

⁶² Corte giust. UE, cause riunite C-250/09 e C-268/09, 18 novembre 2010.

in vigore una normativa in forza della quale i dipendenti pubblici hanno diritto a percepire la pensione di vecchiaia a età diverse a seconda che siano uomini o donne, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi di cui all'art. 141 CE" (oggi, art. 157 TFUE)⁶³.

Infine, è il caso di aggiungere che, nelle conclusioni sul caso *NH*, l'Avvocato Generale si è soffermata sulla possibilità che le vicende occorse potessero rientrare nelle deroghe previste dalla Dir. 2000/78. Infatti, sebbene non invocate dalle parti, in udienza si è discusso dell'art. 2, par. 5, secondo cui la direttiva "lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui". Ebbene, l'Avvocato Generale ritiene che detta deroga sia manifestamente irrilevante, perché non è stata individuata alcuna norma nazionale pertinente che la renderebbe operativa e poiché, anche individuando tale normativa, non si comprende come delle affermazioni discriminatorie che ostacolano l'accesso al lavoro possano essere plausibilmente interpretate come necessarie per tutelare i diritti e le libertà individuali indispensabili al funzionamento di una società democratica⁶⁴. Lo stesso può dirsi per le altre deroghe contemplate dalla Dir. 2000/78, ad esempio l'art. 6 o l'art. 7, che sono inapplicabili al caso *NH*, sul quale è ora possibile soffermarsi.

La prima questione: la nozione di "accesso all'occupazione e al lavoro"

La prima questione risolta dalla Corte di Lussemburgo è la seconda posta dalla Cassazione italiana, che domandava se le contestate dichiarazioni radiofoniche rientrassero nell'ambito di applicazione dell'art. 3 della direttiva, che comprende le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione e promozione, nel settore pubblico come nel privato, che si tratti di lavoro dipendente o autonomo, e ciò indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale.

Atteso che la Dir. 2000/78 non rinvia al diritto nazionale per definire la nozione di "condizioni di ac-

cesso all'occupazione e al lavoro", la Corte afferma che "dalle esigenze inerenti sia all'applicazione uniforme del diritto dell'Unione sia al principio di parità discende che i termini di una disposizione del diritto dell'Unione non contenente alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri al fine di determinare il senso e la portata della disposizione stessa devono di norma ricevere, in tutta l'Unione, un'interpretazione autonoma e uniforme"⁶⁵. Tale formula, peraltro risalente⁶⁶, è divenuta costante nella giurisprudenza sulla Dir. 2000/78 nei casi in cui sia stato necessario ricavare una "nozione europea" (dunque autonoma e uniforme), come nel caso, già visto, dell'*handicap*⁶⁷ o della "retribuzione", che comprende la prestazione previdenziale ai superstiti del lavoratore in base all'art. 141 TCE (oggi, art. 157 TFUE) e rientra, dunque, nella sfera di applicazione della Dir. 2000/78⁶⁸.

Ebbene, i giudici dell'UE ritengono di poter ricavare la nozione di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" partendo dal significato comunemente attribuito alla locuzione, tenendo conto del contesto nel quale viene utilizzata e degli obiettivi perseguiti dalla Dir. 2000/78⁶⁹. In particolare, nel linguaggio corrente per "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" si intendono le circostanze o i fatti la cui esistenza dev'essere dimostrata da una persona per ottenere un lavoro, mentre l'accesso all'occupazione comprende, più generalmente, le condizioni, i requisiti, i mezzi e le modalità di assunzione. Tali prime precisazioni non sono, però, sufficienti a ricavare la nozione europea di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro", anche perché la Corte di giustizia non aveva finora affrontato la qualificazione giuridica di fatti quali quelli accaduti nel caso *NH*, dunque si rende necessario un supplemento di interpretazione. In tale direzione, la precedente giurisprudenza sulla Dir. 2000/78 ha fornito alcune indicazioni ai giudici di Lussemburgo.

In primis, va evidenziato che in alcune sentenze riguardanti le discriminazioni di genere, la Corte dell'UE ha attribuito un significato ampio all'espressione "accesso al lavoro", che comprende sia le condizioni preesistenti al sorgere del un rapporto di impiego, sia i fattori che influenzano la decisione di accettare o meno un'offerta di lavoro⁷⁰.

⁶³ Corte giust. UE, C-46/07, 13 novembre 2008, commentata da V. Piccone, *Principio comunitario di uguaglianza, parità retributiva, età pensionabile*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, 105 e segg. Si segnala altresì l'inadempimento dell'Ungheria rispetto agli obblighi previsti dalla direttiva, avendo tale Stato membro introdotto un regime nazionale che impone la cessazione dell'attività professionale di giudici, procuratori e notai all'età di 62 anni, poiché la risultante disparità di trattamento non è proporzionata rispetto alle finalità legittimamente perseguite (Corte giust. UE, C-286/12, 6 novembre 2012, sulla quale B. Delzangles, *Les affaires hongroises ou la disparition de la valeur "intégration" dans la jurisprudence de la Cour de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, 201 e segg.).

⁶⁴ Conclusioni nel caso *NH*, par. 75.

⁶⁵ Caso *NH*, par. 31.

⁶⁶ Corte giust. UE, C-327/82, 18 gennaio 1984, par. 11.

⁶⁷ Caso *Chacón Navas*, par. 42.

⁶⁸ Corte giust. UE (Grande sez.), C-267/06, 1° aprile 2008, par. 40 e segg. In dottrina, cfr. L. Ronchetti, *I due volti dell'Europa: il principio di non discriminazione tra libertà e uguaglianza. A proposito delle sentenze Maruko e Riffert della Corte di giustizia*, in *Giur. It.*, 2009, 564 e segg.; M. Vizioli, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla pensione di reversibilità nelle unioni di fatto tra partner dello stesso sesso*, in *Giur. It.*, 2009, 1904 e segg.; M. Castellaneta, *Pensioni: i partner di "unioni registrate" hanno gli stessi diritti delle copie sposate*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 23, 99 e segg.; infine, G. Picarella, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte di giustizia: dal caso P. alla sentenza Romer*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, 1325 e segg.

⁶⁹ Caso *NH*, par. 32.

⁷⁰ Corte giust. UE, C-116/94, 13 luglio 1995, par. 22.

Inoltre, nel caso *Feryn*, riguardante l'interpretazione della Dir. 2000/43 sulla parità fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, la Corte ha precisato che "(l)e dichiarazioni con cui un datore di lavoro rende pubblicamente noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale possono configurare tali elementi di fatto idonei a far presumere una politica di assunzione discriminatoria". Non foss'altro perché tali dichiarazioni pubbliche sono idonee a creare un deterrente alla presentazione delle candidature di lavoro per determinati candidati, dando così luogo a un ostacolo all'accesso al lavoro, ossia – nel lessico della Dir. 2000/78 – a una discriminazione diretta nell'assunzione, che non presuppone l'identificazione di una specifica vittima denunciante la discriminazione subita⁷¹.

Infine, va richiamato il caso *Asociația Accept*, vertente sull'interpretazione della Dir. 2000/78, nel quale un importante azionista e finanziatore della *FC Steaua* aveva dichiarato, in occasione di un'intervista concernente il possibile trasferimento di un calciatore professionista presentato come gay, che non avrebbe accettato un omosessuale in squadra. Sebbene la società calcistica non avesse avviato delle trattative ufficiali (sembra, però, che alcuni contatti informali avessero avuto luogo) per ingaggiare quel calciatore, né lo avesse ingaggiato, la Corte di giustizia giunge alla conclusione che ciò sia avvenuto presumibilmente a causa del suo orientamento sessuale⁷².

Tali "precedenti" non rendono ancora chiaro se le dichiarazioni contestate, rese al di fuori di qualsiasi procedura di selezione, in corso o programmata, rientrino nell'ambito di applicazione materiale della Dir. 2000/78. Pertanto, i giudici dell'UE procedono ad accertare se i fatti in causa rientrino nella nozione di "accesso all'occupazione".

A tal fine, essi considerano il contesto nel quale si iscrive l'art. 3, par. 1, lett. a), nonché la finalità della direttiva *de qua*, che, come detto, consta della creazione di un quadro antidiscriminatorio, al fine di garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuire alla piena partecipazione degli stessi alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale⁷³. Su tale base, tenuto conto dei diritti conferiti dalla Dir. 2000/78 e dei valori ad essa sottesi, la Corte afferma che la nozione autonoma e uniforme di "condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro" non può essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, dunque è suscettibile di comprendere fattispecie non letteralmente contemplate o già emerse in via giurisprudenziale.

In tal senso, nuovamente la pronuncia nel caso *Asociația Accept* offre alcune indicazioni utili a ricavare la nozione *de qua*. In tale caso, i giudici di Lussemburgo avevano affermato che tra le condizioni di assunzione indicate dall'art. 3, par. 1, lett. a) rientrano delle dichiarazioni pubbliche relative ad una determinata politica di assunzioni, effettuate anche se il sistema di assunzioni non si fonda su un'offerta pubblica o su una trattativa diretta a seguito di una selezione che presupponga la presentazione di candidature, nonché una preselezione di queste ultime in ragione delle esigenze del datore di lavoro.

Inoltre, nella stessa pronuncia i giudici hanno statuito che il semplice fatto che delle dichiarazioni suggerenti l'esistenza di una politica di assunzioni omofoba non provengano da una persona avente la capacità giuridica di definire direttamente la politica di reclutamento del datore di lavoro oppure di vincolarlo o anche rappresentarlo nelle assunzioni non osta a che tali dichiarazioni possano ricadere tra le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro dello stesso datore. In tal senso, la circostanza che la parte datoriale non avesse preso le distanze dalle dichiarazioni incriminate, così come la percezione generata nel pubblico e negli ambienti interessati, offre un elemento di valutazione al giudice *a quo*, il quale può tenerne conto nell'ambito di una valutazione globale dei fatti⁷⁴.

Né il fatto che non fossero state avviate delle trattative per l'assunzione esclude la possibilità che le dichiarazioni pubbliche rientrino nell'ambito di applicazione della Dir. 2000/78, sempre che possano effettivamente ricondursi alla politica di assunzioni di un determinato datore di lavoro. Ciò impone di accertare l'esistenza di un collegamento *non ipotetico* tra quanto affermato pubblicamente e le condizioni di impiego richieste. In altre parole, ciò che rende discriminatorie le dichiarazioni pubbliche in assenza di forme di reclutamento, presenti o future, è il loro collegamento diretto con le condizioni di impiego imposte dalla parte datoriale.

Segue: il legame effettivo tra le dichiarazioni pubbliche e le condizioni di assunzione

Punto nodale del ragionamento dei giudici – assistiti dalle accurate conclusioni dell'Avvocato Generale – è, dunque, la verifica di tale legame effettivo, che dev'essere valutato dal giudice nazionale adito dalle parti, al quale la Corte dell'UE indica tre criteri di "non ipoteticità" da ponderare⁷⁵. In presenza dei tre criteri, il collegamento tra le dichiarazioni e le condizioni di impiego è più stretto e fa ricadere quanto accaduto

⁷¹ Corte giust. UE, C-54/07, 10 luglio 2008, par. 15, 16, 25 e 31.

⁷² Caso *Asociația Accept*, par. 24, 25 e 52.

⁷³ Cfr. "considerando" 9 e art. 1, Dir. 2000/78.

⁷⁴ Caso *Asociația Accept*, par. da 47 a 51.

⁷⁵ Si segnala che l'Avvocato generale aveva proposto un quarto

criterio, non accolto dalla Corte, consistente nella valutazione di quanto la natura, il contenuto e il contesto delle dichiarazioni rese possano dissuadere le persone appartenenti al gruppo protetto dal presentare la loro candidatura a un impiego presso tale datore di lavoro. In tal senso, al par. 57 delle proprie conclusioni cita quanto affermato dall'Avvocato generale Poiares Maduro nelle conclu-

nell'ambito di applicazione della Dir. 2000/78. Dunque, se in base a tali criteri viene accertato che un datore di lavoro sceglie di non assumere determinate persone a causa del loro (presunto o meno) orientamento sessuale, esso stabilisce un criterio negativo di selezione a sfondo discriminatorio rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva⁷⁶.

Un nesso puramente ipotetico non sarebbe, invece, sufficiente. Infatti, come afferma l'Avvocato Generale, "(s)i può dunque immaginare, ad esempio, una persona che dichiara: "se fossi un avvocato, non assumerei mai persone LGBTI nel mio studio legale". Se il soggetto autore di tale affermazione fosse un architetto, anziché un avvocato, e non ricoprisse alcun ruolo in uno studio legale, tale affermazione, per quanto deplorabile, non presenterebbe alcun nesso effettivo con l'accesso all'occupazione. Lo stesso dicasi nell'ipotesi in cui una persona che non possiede un giardino, né ha alcuna prospettiva di acquisirne uno in futuro affermasse che non assumerebbe mai un giardiniere LGBTI. Gli esempi sono molteplici. A seconda di come tali esempi vengono strutturati, il nesso tra le affermazioni discriminatorie e il potenziale accesso all'occupazione sarà più stretto o più labile"⁷⁷.

Ebbene, il primo criterio di "non ipoteticità" riguarda lo *status* dell'autore delle dichiarazioni e la veste in cui si è espresso, che devono individuarlo come potenziale datore di lavoro o, di fatto o in diritto, come capace di esercitare un'influenza determinante sulle assunzioni oppure, ancora, che sia suscettibile di essere percepito dal pubblico o dagli ambienti interessati come capace di esercitare una siffatta influenza, anche se non dispone della necessaria capacità giuridica, né lo rappresenti in materia di assunzioni.

Sullo *status*, fermo restando quanto deciderà il giudice interno, l'Avvocato Generale sottolinea che l'autore delle dichiarazioni è un avvocato *senior*, il che fa presumere con ragionevolezza che, sebbene il fascicolo processuale non permetta di stabilire la sua posizione nello studio legale di cui è socio, egli possa incidere sulla relativa politica di assunzione. A nostro avviso, tale elemento andrebbe altresì ponderato considerando che l'autore delle dichiarazioni, oltre a essere un avvocato *senior*, è anche personaggio noto al pubblico televisivo, il che non esclude un possibile effetto emulativo da parte di professionisti dello stesso ramo e/o dello stesso orientamento contrario alla comunità LGBTI. E, in effetti, in tal senso si è espressa, in secondo grado, la Corte d'appello di Brescia, che

ha respinto il ricorso del noto avvocato sottolineando come la sua notorietà e la possibile risonanza prodotta costituissero un'aggravante.

Il secondo criterio riguarda la natura e il contenuto delle dichiarazioni, che devono riferirsi alle condizioni di accesso all'occupazione presso il datore di lavoro interessato e dimostrare la sua intenzione di discriminare sulla base di uno dei tratti distintivi previsti dalla Dir. 2000/78.

Come efficacemente suggerito dall'Avvocato Generale, "(d)alle dichiarazioni in parola deve constare l'intenzione del datore di lavoro di operare una discriminazione nei confronti dei membri del gruppo protetto. Esse devono, inoltre, essere tali da dissuadere gli appartenenti al gruppo protetto dal presentare la loro candidatura nell'eventualità che si renda disponibile un posto di lavoro presso siffatto potenziale datore di lavoro. Al menzionato riguardo, ritengo che si dovrebbe riconoscere l'esistenza di una presunzione relativa in base alla quale, prima o poi, il potenziale datore di lavoro desidererà effettuare delle assunzioni e, quando lo farà, applicherà il criterio discriminatorio che ha annunciato pubblicamente come facente parte della sua politica di assunzione"⁷⁸. In tal senso, merita ricordare l'onere di confutare tale presunzione è posto in capo al potenziale datore di lavoro, come previsto dall'art. 10, Dir. 2000/78.

Infine, il terzo criterio considera il contesto nel quale sono state rese le dichiarazioni contestate, cioè se in pubblico o in privato, ed eventualmente se le affermazioni contestate siano state diffuse. Infatti, è rilevante comprendere se si sia trattato di commenti in una conversazione privata o di affermazioni rese in pubblico, magari andate in onda in diretta e successivamente riprese dai mezzi di comunicazione. Non rileva, ad avviso dell'Avvocato Generale, l'eventuale contesto leggero nel quale sono state rese le dichiarazioni: "respingo con forza l'affermazione secondo cui una dichiarazione discriminatoria 'scherzosa' possa in qualche modo 'non contare' o essere accettabile. L'umorismo è uno strumento potente ed è molto facile farne cattivo uso. Si può agevolmente immaginare l'effetto raggelante di 'battute' omofobiche fatte da un potenziale datore di lavoro in presenza di candidati LGBTI"⁷⁹.

Tutto ciò considerato, la Corte di giustizia risponde alla seconda questione posta dalla Cassazione italiana affermando che "la nozione di 'condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro' contenuta all'art. 3, par. 1,

sioni nel caso *Feryn*, cioè "[i]n tutte le procedure di assunzione, la principale "selezione" ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno. Non ci si può legittimamente aspettare che qualcuno si candidi a un posto di lavoro se sa in anticipo che, a causa della sua origine razziale o etnica, non ha alcuna possibilità di essere assunto. Pertanto, 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 e, in particolare, su quelle che sarebbero state interessate ad essere assunte presso il datore di lavoro in questione" (Conclusioni dell'Avvocato generale, C-54/07, 12 marzo 2008, par. 15).

⁷⁶ Conclusioni nel caso *NH*, par. 43.

⁷⁷ Conclusioni nel caso *NH*, par. 52.

⁷⁸ Conclusioni nel caso *NH*, par. 55.

⁷⁹ Conclusioni nel caso *NH*, par. 56.

lett. a), Dir. 2000/78 deve essere interpretata nel senso che in essa rientrano delle dichiarazioni rese da una persona nel corso di una trasmissione audiovisiva secondo le quali tale persona mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi, nella propria impresa, della collaborazione di persone di un determinato orientamento sessuale, e ciò sebbene non fosse in corso o programmata una procedura di selezione di personale, purché il collegamento tra dette dichiarazioni e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro in seno a tale impresa non sia ipotetico⁸⁰. Gli indicati criteri di "non ipoteticità"⁸¹ guideranno il giudice del rinvio nel pronunciarsi sulla causa sospesa, a tal fine valutando se i fatti occorsi dimostrino un nesso tra le dichiarazioni censurate e le condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro nello studio legale a cui il noto avvocato *senior* appartiene.

Segue: libertà di espressione o espressione di una politica di assunzione discriminatoria?

Una questione rilevante si è posta sullo sfondo della vicenda giunta fino al Lussemburgo e riguarda la possibilità, invocata dal soccombente sin dal primo grado di giudizio, che le contestate dichiarazioni siano state rese come privato cittadino nell'esercizio della sua libertà di espressione, dunque al di fuori del campo di applicazione della Dir. 2000/78.

Infatti, nell'ordinanza di rinvio si domanda se "rientri nell'ambito di applicazione della tutela antidiscriminatoria predisposta dalla direttiva n. 2000/78/CE, secondo l'esatta interpretazione dei suoi artt. 2 e 3, una dichiarazione di manifestazione del pensiero contraria alla categoria delle persone omosessuali, con la quale, in un'intervista rilasciata nel corso di una trasmissione radiofonica di intrattenimento, l'intervistato abbia dichiarato che mai assumerebbe o vorrebbe avvalersi della collaborazione di dette persone nel proprio studio professionale, sebbene non fosse affatto attuale ne' programmata dal medesimo una selezione di lavoro"⁸².

Invero, la Cassazione dubitava delle argomentazioni del ricorrente sull'esercizio della libertà di espressione, poiché – ad avviso della Cassazione – la Dir. 2000/78 e l'atto nazionale attuativo sembrano estranei a tale diritto individuale e non intesi a limitarlo. D'altra parte, per potersi constatare una situazione di accesso all'occupazione ai sensi della Dir. 2000/78, dev'essere almeno in corso una trattativa individuale di lavoro o un'offerta pubblica di lavoro, mentre nel caso di specie erano state proferite delle dichiarazioni non aventi le caratteristiche di un'offerta di lavoro pubblica. La questione da sciogliere riguarda, dunque, la possibilità che le contestate dichiarazioni possano essere protette

dalla libertà di espressione esercitata da un privato cittadino, che si espresso nel corso di un evento radiofonico di intrattenimento senza alcun legame con il contesto professionale di appartenenza.

Sul punto, la Corte di giustizia ritiene, come già la Cassazione adombrava, che nel caso sottoposto l'interpretazione della Dir. 2000/78 non possa soffrire di interferenze con la libertà di espressione. Libertà che indubbiamente costituisce un fondamento essenziale delle società democratiche e pluraliste, rispecchia i valori sui quali l'UE⁸³ si fonda ed è garantita dall'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁸⁴, a tenore del quale "Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera". Tale libertà non è, però, assoluta. Come risulta dall'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'esercizio della libertà di espressione può incontrare delle limitazioni, a condizione che siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di tale diritto e siano conformi al principio di proporzionalità, dunque siano necessarie e rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'UE o all'esigenza di tutela dei diritti e delle libertà altrui.

Così è nel caso della Dir. 2000/78⁸⁵. Infatti, le limitazioni previste scaturiscono da un atto giuridico di natura vincolante, sono giustificate dalla necessità di raggiungere l'obiettivo di attuare il principio di parità negli Stati membri e possono considerarsi proporzionate a tale scopo, atteso che l'ingerenza nell'esercizio della libertà di espressione non va oltre quanto è necessario per realizzare detto obiettivo. Infatti, sono vietate unicamente le dichiarazioni che danno luogo a una discriminazione in materia di occupazione, non le discriminazioni in generale.

Peraltro, se si ammettesse che determinate dichiarazioni fossero sottratte all'ambito di applicazione della direttiva poiché rese nell'ambito di un evento mediatico, dunque al di fuori di una procedura di selezione, o perché costituiscano l'espressione di un'opinione personale, l'essenza stessa della tutela concessa alle vittime dalla Dir. 2000/78 potrebbe divenire illusoria. Infatti, è ben chiaro che le dichiarazioni rese pubblicamente potrebbero sortire l'effetto di dissuadere le persone raggiunte dalle sue "parole alate" dal candidarsi a un posto di lavoro, cui fanno di non poter accedere poiché in possesso di un requisito negativo di assunzione, atto cioè a non ottenere l'impiego. Non solo, poiché, in generale, verrebbe compromesso l'obiettivo di promuovere un mercato del lavoro inclusivo e sarebbe ostacolata la piena partecipazione di

⁸⁰ Caso *NH*, par. 58.

⁸¹ Caso *NH*, par. 43, 57-58.

⁸² Ordinanza di rinvio, par. 2 del dispositivo.

⁸³ Cfr. art. 6 TUE.

⁸⁴ Per un commento, cfr. R. Mastroianni-G. Strozzi, *Articolo 11*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 217 e segg.

⁸⁵ Caso *NH*, par. 47 e segg.

tutti i cittadini alla vita economica, culturale e sociale, oltre alla loro realizzazione personale.

Più incisive, invece, le argomentazioni dell'Avvocato Generale sulla ipotizzata interferenza tra la libertà di espressione e la tutela dei diritti prevista dalla Dir. 2000/78. Infatti, tale libertà "non vale soltanto in relazione alle informazioni o alle idee accolte con favore o considerate come inoffensive od indifferenti, ma anche a quelle di tali informazioni o idee che disturbano, sconvolgano od inquietino", da cui discende a necessità di porre delle limitazioni al suo esercizio.

Ciò vale anche per la Dir. 2000/78, che introduce una limitazione legittima, rispettosa del contenuto essenziale dei diritti e libertà altrui e proporzionata alla necessità di evitare, nel suo ambito di applicazione, effetti discriminatori di qualsiasi tipo. Certamente, un'interferenza inevitabilmente si verifica, ma essa non pregiudica il contenuto essenziale della libertà di espressione, perché la direttiva *de qua* opera nel contesto circoscritto del lavoro. Pertanto – conclude l'Avvocato Generale – "un datore di lavoro non può dichiarare che non assumerebbe persone LGBTI, persone con disabilità, oppure cristiani, musulmani o ebrei, e, in seguito, invocare a sua difesa la libertà di espressione. Nel pronunciare simili affermazioni, egli non esercita il suo diritto alla libertà di espressione. Egli sta esprimendo una politica di assunzione discriminatoria".

Infine, merita sottolineare che l'Avvocato Generale – non, invece, la Corte di giustizia – corrobora tale conclusione invocando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Come noto, nel sistema della CEDU l'art. 10 tutela la libertà di espressione, la quale però "comporta doveri e responsabilità" e limita ai fini della "protezione della reputazione o dei diritti altrui", sempre che siano previste dalla legge e costituiscano delle misure necessarie in una società democratica. Tra i casi decisi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, uno attira l'attenzione dell'Avvocato Generale per similitudine con le vicende relative al caso in epigrafe⁸⁶. Trattasi del caso *Vejdeland*, riguardante un gruppo di persone arrestate e poste in detenzione per aver distribuito, in una scuola, dei volantini che riportavano affermazioni sprezzanti nei confronti della comunità LGBTI. Ebbene, la Corte di Strasburgo, in linea con le conclusioni della Corte suprema svedese, ritiene la restrizione della libertà di espressione giustificata dall'art. 10 CEDU, poiché sebbene sia certo il diritto dei ricorrenti di esprimere le proprie idee, non possono sottacersi gli obblighi connessi all'esercizio di tale libertà, tra cui evitare, nella misura del possibile, affermazioni ingiustificabilmente offensive verso gli altri⁸⁷.

La seconda questione: il *locus standi* delle associazioni in assenza di vittime identificabili

Invertendo l'ordine in cui figurano nell'ordinanza di rinvio, la Corte di giustizia tratta quindi la prima questione posta dalla Cassazione, la quale chiedeva, in sostanza, se la Dir. 2000/78 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale in base alla quale un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone della comunità LGBTI e nel promuoverne la cultura e il rispetto dei diritti, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dal suo eventuale scopo di lucro, automaticamente legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi risultanti dalla direttiva e, eventualmente, ad ottenere il risarcimento del danno, nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione nei confronti della citata categoria di persone e non sia identificabile una persona lesa.

Sul punto, merita ricordare che l'art. 9, par. 2, Dir. 2000/78, dispone che gli Stati membri riconoscano alle associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che, conformemente ai criteri stabiliti a livello interno, abbiano un legittimo interesse a garantire che la direttiva sia rispettata, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno di una potenziale vittima e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dal suddetto atto di diritto derivato. La norma prevede, però, che sia identificabile una vittima dell'episodio discriminatorio, che possa conferire mandato a uno dei suddetti enti per la difesa dei propri diritti.

Tale *locus standi* non è invece previsto nel caso in cui non sia identificabile una vittima. Ciò detto, l'art. 8, par. 1, Dir. 2000/78, corroborato dal suo 'considerando 28', stabilisce che gli Stati membri possano introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli all'attuazione del principio della parità di trattamento rispetto a quelle previste dalla Dir. 2000/78.

Sembra, questa, l'ipotesi che ci riguarda, peraltro già affrontata nel caso *Asociația Accept*, nel quale i giudici di Lussemburgo hanno statuito che l'art. 9, par. 2, Dir. 2000/78 non osta a che, a livello nazionale, uno Stato membro riconosca alle associazioni aventi un legittimo interesse a far garantire il rispetto di tale direttiva il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti dalla direttiva stessa senza agire in nome di una determinata persona lesa ovvero in assenza di una persona lesa identificabile⁸⁸.

Se tale scelta è operata in sede di attuazione della direttiva, allo Stato membro spetta decidere a quali

⁸⁶ *Ex plurimis*, cfr. Corte EDU, *Mamère c. France*, 7 novembre 2006 e *Hertel c. Suisse*, 25 agosto 1998. In generale, sulla giurisprudenza di Strasburgo relativa alla libertà di espressione e ai suoi limiti, cfr. Corte EDU, *Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – Liberté d'expression*, 31 marzo

2020.

⁸⁷ Corte EDU, *Vejdeland e a. c. Svezia*, 9 febbraio 2012, par. da 47 a 60.

⁸⁸ Caso *Asociația Accept*, par. 37.

condizioni un'associazione può avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far constatare l'esistenza di una discriminazione vietata dalla Dir. 2000/78 e a farla sanzionare. Lo Stato membro deve però stabilire se lo scopo di lucro o meno dell'associazione incida sul *locus standi* della stessa associazione e precisare la portata di tale azione, comprese le sanzioni irrogabili che – si ricorderà – devono essere effettive, proporzionate e dissuasive, anche quando non vi sia alcuna persona lesa identificabile.

La conclusione cui giunge la Corte di giustizia è, dunque, che la Dir. 2000/78 dev'essere interpretata nel senso che non osta ad una normativa nazionale che consente a un'associazione di avvocati, la cui finalità statutaria consista nel difendere in giudizio le persone appartenenti alla comunità LGBTI, sia, in ragione di tale finalità e indipendentemente dall'eventuale scopo di lucro perseguito, legittimata ad avviare un procedimento giurisdizionale inteso a far rispettare gli obblighi derivanti dalla Dir. 2000/78 e, eventualmente, a ottenere il risarcimento del danno nel caso in cui si verificano fatti idonei a costituire una discriminazione e non sia identificabile una persona lesa.

Quale rilievo per il diritto internazionale?

Nel caso *NH*, la Corte di giustizia non menziona le fonti internazionali, individuando il contesto normativo applicabile nell'art. 11 (libertà di espressione e di informazione)⁸⁹, nell'art. 15 (libertà professionale e diritto di lavorare)⁹⁰ e nell'art. 21 (divieto di discriminazione)⁹¹ della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, oltre che, naturalmente, nella Dir. 2000/78. Solo l'Avvocato Generale rammenta, nel suddetto contesto normativo, la CEDU, con particolare riguardo all'art. 10 (libertà d'espressione) e all'art. 14 (divieto di discriminazione). In ogni caso, non si registrano riferimenti ad altre fonti internazionali, ad esempio i pertinenti *standard* del lavoro adottati dall'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL)⁹², *in primis* alla Con-

venzione n. 111 sulle discriminazioni nell'occupazione e nel lavoro⁹³.

La circostanza sorprende, perché tale Convenzione è richiamata al 'considerando' 4 della Dir. 2000/78 tra le rilevanti fonti internazionali, unitamente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, alcune convenzioni ONU e, naturalmente, la CEDU. Inoltre, va rammentato che la C-111 vincola gli Stati membri dell'UE in quanto membri dell'OIL. Essi, dunque, erano già tenuti a perseguire una politica nazionale intesa a promuovere la parità in materia di occupazione e impiego. A tal fine, dovevano adottare le necessarie misure attuative⁹⁴, garantire la difesa dei diritti da parte delle vittime di discriminazione⁹⁵ e accordare una tutela speciale a categorie di lavoratori vulnerabili, tra cui i disabili⁹⁶. Peraltro, l'esame della C-111 mostra come, nel complesso, essa tratti gli aspetti più estesamente disciplinati dalla Dir. 2000/78, tanto da affermare che la convenzione OIL abbia costituito il canovaccio per la stesura della direttiva, come testimoniato dal menzionato 'considerando' 4, già presente nella proposta della Commissione⁹⁷.

Ora, la rilevanza assunta dagli *standard* dell'OIL nella giurisprudenza di Lussemburgo è stata oggetto di un'accurata analisi in dottrina⁹⁸, la quale ha posto in evidenza quattro possibilità.

La prima è che gli *standard* internazionali del lavoro non abbiano assunto alcuna rilevanza ai fini della decisione, come nella causa in epigrafe.

La seconda possibilità riguarda i casi in cui tali *standard* sono stati utilizzati al fine di interpretare il diritto europeo, come nel caso dell'art. 119 TCE (oggi, art. 157 TFUE) sulla parità retributiva per lo stesso lavoro, il cui contenuto è stato definito in relazione a quanto previsto dalla C-100, che afferma detto principio secondo un contenuto più ampio, riferendosi a un lavoro di *pari valore*⁹⁹.

In terzo luogo, la Corte di giustizia è ricorsa agli *standard* dell'OIL per stabilire l'esistenza di un diritto

⁸⁹ Cfr. R. Mastroianni-G. Strozzi, *Articolo 11*, cit., 217 e segg.

⁹⁰ Per un commento, cfr. L. Nogler-G. Colavitti, *Articolo 15*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 282 e segg.

⁹¹ Cfr. C. Favilli-F. Guarriello, *Articolo 21*, cit., 412 e segg.

⁹² Su tale organizzazione internazionale, cfr. per tutti A. Zano-betti, *Diritto internazionale del lavoro*, Milano, 2011 e J.-M. Servais, *International Labour Law*, V ed., Kluwer Law International, 2017.

⁹³ C-111 *Discrimination (Employment and Occupation) Convention*, 1958 (di séguito, C-111), "gemella" della Convenzione n. 100 sulla parità retributiva (C-100 *Equal Remuneration Convention*, 1951, di séguito, C-100). Per un commento su tali convenzioni, cfr. T. Teklè, *ILO Convention 111*, in E. Ales et al. (eds.), *International and European Labour law*, Hart Publishing, 2018, 612 e segg. e, della stessa a. nel medesimo volume, *ILO Convention 100*, 602 e segg. Merita ricordare che le convenzioni, vertenti sui temi della parità di trattamento, sono due delle otto convenzioni fondamentali dell'OIL, il cui numero di Parti è alto (173 per la C-100 e 175 per la C-111) e rasenta la *membership* dell'Organizzazione, che conta 187 Stati membri. La circostanza che un numero minoritario di Stati non abbia ratificato le convenzioni

non le priva della loro natura "fondamentale", la cui vincolatività, secondo l'approccio (invero, non del tutto condivisibile) dell'OIL, prescinde dalla ratifica. In altre parole, le otto convenzioni fondamentali vincolano i 187 Stati parti dell'OIL indipendentemente dalla ratifica, quale conseguenza della loro appartenenza alla stessa Organizzazione. Su tale delicata questione, cfr. A. Zano-betti, *op. cit.*, 57 e segg.

⁹⁴ Art. 3 della convenzione ONU.

⁹⁵ Art. 4 della convenzione ONU.

⁹⁶ Art. 5 della convenzione ONU.

⁹⁷ Si consideri che, come ricorda T. Teklè, *ILO Convention 111*, cit., 612, la C-111 ha costituito il primo trattato internazionale in materia di discriminazione sul lavoro e altresì un riferimento sostanziale per la codificazione di successivi trattati internazionali sui diritti umani, nonché per diverse legislazioni nazionali.

⁹⁸ Così T. Teklè, *Labour Rights and the Case Law of the European Court of Justice: What Role for International Labour Standards?*, in *European Labour Law Journal*, 2018, 236 e segg.

⁹⁹ Su tale giurisprudenza, cfr. T. Teklè, *Labour Rights*, cit., 243 e segg.

fondamentale, ad esempio il diritto all'azione collettiva dei sindacati nel trattare con la parte datoriale le retribuzioni dei lavoratori. A tal fine, in più casi la Corte dell'UE ha fatto leva (anche) sulla Convenzione n. 87 dell'ILO sulla libertà di associazione sindacale¹⁰⁰, al fine di affermare che “il diritto di intraprendere un'azione collettiva de(ve) essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario”¹⁰¹.

L'ultima possibilità riguarda, invece, i casi in cui si è prospettato un contrasto tra il diritto (allora) comunitario e gli obblighi internazionali derivanti dall'OIL. Tale ipotesi è particolarmente esplicativa della rilevanza che gli *standard* internazionali del lavoro possono assumere nell'attuazione, a livello nazionale, del diritto dell'UE. Infatti, se gli Stati membri sono vincolati al contempo dagli *standard* adottati dall'OIL e dal diritto europeo e tali obblighi contrastano nel contenuto, si pone la necessità di fissare una prevalenza tra le norme confliggenti.

Così è accaduto nel caso del lavoro notturno femminile: mentre la Convenzione n. 89 dell'OIL¹⁰² prevede il divieto *generale* del lavoro notturno delle donne nell'industria, nel diritto sociale europeo¹⁰³ tale divieto riguarda le gestanti e le puerpere, poiché – come affermato nel caso *Stoeckel* – la parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro e nelle sue condizioni presuppone il superamento di forme di tutela non più giustificate, se non per ragioni legate alla gravidanza e alla maternità¹⁰⁴. Tale prevalenza del diritto sovranazionale sul concorrente *standard* dell'OIL è solo apparentemente scontata, poiché successivamente la Corte ha precisato che non si applica agli obblighi internazionali assunti prima della nascita della CEE¹⁰⁵, proprio come la C-89. L'*empasse* è stata infine risolta dagli Stati membri, che hanno denunciato la C-89, al fine di svincolarsi dal divieto generalizzato di lavoro notturno delle donne a favore dell'applicazione del diritto comunitario¹⁰⁶.

L'evidenziata incertezza della Corte di Lussembur-

go potrebbe trovare ragione nella circostanza che trattasi di obblighi internazionali che non vincolano *direttamente* l'UE, che non è parte dell'OIL né può divenirne¹⁰⁷, ma invero l'argomento non ci sembra dirimente. Infatti, la vicenda relativa alla C-89 mostra come gli *standard* internazionali del lavoro possono incidere *ratione materiae* sull'attuazione del diritto dell'UE, senza che essa ne sia vincolata, poiché spetta ai suoi Stati membri osservarli.

Inoltre, altre ragioni sostengono l'auspicio che la Corte di giustizia tenga più estesamente conto degli *standard* internazionali del lavoro quando è investita di questioni lavoristiche.

Una prima ragione risiede nella circostanza che il già visto *favor* mostrato per le fonti interne al diritto dell'UE, almeno dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pare ignorare il ruolo che gli *standard* del lavoro dell'OIL possono assumere per il tramite della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Infatti, un'attenta lettura delle sue *Spiegazioni* mostra che essa sia fortemente tributaria del diritto internazionale pattizio, certamente della CEDU, ma anche alcune convenzioni a vocazione universale in materia di diritti umani o di diritto internazionale umanitario.

In secondo luogo, gli *standard* internazionali del lavoro sono stati recepiti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, dunque possono essere considerati nel contesto delle tradizioni costituzionali comuni, dalle quali desumere, avendo a mente l'art. 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Dunque, gli *standard* adottati dall'OIL non direttamente vincolanti l'UE entrerebbero nel suo diritto attraverso il diritto degli Stati membri, trovando così conferma la loro vocazione di livello minimo di tutela del lavoratore, che l'UE può innalzare, a livello regionale, esercitando le proprie competenze in materia di politica sociale. Ciò ci sembra dimostrato, per restare al caso in epigrafe, dal maggiore dettaglio della disciplina introdotta dalla Dir. 2000/78 rispetto al contenuto, necessa-

¹⁰⁰ C-87 *Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*, 1948. Anche tale convenzione appartiene al gruppo delle otto convenzioni fondamentali dell'OIL. Per un approfondimento sulla contrattazione collettiva nel diritto dell'Unione, cfr. T. Jaspers, *Collective Bargaining in EU Law*, in T. Jaspers et al., *European Labour Law*, Intersentia, 2019, 245 e segg.

¹⁰¹ Corte giust. UE (Grande sez.), C-341/05, 18 dicembre 2007, par. 91 e cfr. successiva Corte giust. UE (Grande sez.), C-438/05, 11 dicembre 2007, par. 43.

¹⁰² C-89 *Night Work (Women) Convention (Revised)*, 1948 (di seguito, C-89). La convenzione OIL fu, a suo tempo, ratificata dagli Stati membri della CEE e poi denunciata, non vincolando più tali Stati.

¹⁰³ In particolare, la Dir. 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, non più in vigore a seguito dell'adozione della Dir. 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in

materia di occupazione e impiego (rifusione), che è attualmente vigente.

¹⁰⁴ Corte giust. UE, C-345/89, 25 luglio 1991, par. 11 e segg.
¹⁰⁵ Corte giust. UE, C-158/91 e C-13/93, 2 agosto 1993, par. 22.

¹⁰⁶ Più ampiamente, cfr. A. Zanobetti, *op. cit.*, 254 e segg.

¹⁰⁷ Infatti, l'art. 1 della Costituzione dell'OIL consente la *membership* ai soli Stati. In generale, quando il trattato istitutivo di una organizzazione internazionale non ammette altri enti quali membri, l'UE tende ad instaurare delle forme di cooperazione, spesso acquisendo lo *status* di osservatore. In altri casi, invece, l'UE è membro effettivo di altre organizzazioni internazionali, come nel caso dell'Organizzazione mondiale del commercio o dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura. In ogni caso, il fondamento di tali *membership* e delle avviate *partnership* risiede nella convergenza *ratione materiae* tra una o più competenze attribuite dell'UE e quelle assegnate agli altri enti creati da Stati. Su tale aspetto, tra i molti contributi di dottrina, cfr. G. De Baere, *EU Status in Other International Organizations*, in R. Schütze, T. Tridimas (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, 1234 e segg.

riamente più generico in quanto universale, della C-111.

Infine, va evidenziata l'incoerenza tra la postura assunta dalla Corte di giustizia e l'approccio che l'UE segue, come osservatore, nel partecipare ai lavori dell'OIL. Partecipazione che, ad esempio, comporta che la Commissione contribuisca al coordinamento dell'azione degli Stati membri dell'UE nella Conferenza internazionale del lavoro, quando in tale organo assembleare sono negoziate e adottate le convenzioni (e le raccomandazioni) sugli *standard* internazionali del lavoro. Tale coordinamento si rende necessario soprattutto per evitare che il contenuto delle convenzioni dell'OIL si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione. Inoltre, si è già inteso che la stessa istituzione ha riservato una certa attenzione agli *standard* internazionali del lavoro nella predisposizione delle proposte di direttiva della politica sociale europea¹⁰⁸. Un pari *commitment* si può registrare anche nell'azione di altre istituzioni, come il Parlamento europeo e il Consiglio, che più volte hanno evidenziato la necessità di rispettare gli *standard* dell'OIL nell'UE e di farli rispettare nei Paesi terzi coi quali intrattiene relazioni internazionali. L'approccio caso per caso seguito dalla Corte di giustizia non ci sembra, quindi, del tutto in linea con la convergenza che informa i rapporti tra l'UE e l'OIL. Ciò è ancor più evidente se si considera che alcuni Avvocati Generali hanno valorizzato gli *standard* internazionali del lavoro nelle conclusioni delle cause loro assegnate¹⁰⁹.

D'altra parte, più univoco è stato l'approccio della Corte di giustizia rispetto agli obblighi internazionali ai quali l'UE è *direttamente* vincolata. È il caso della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006¹¹⁰, della quale l'Unione è

Parte e le cui norme riguardano anche aspetti riguardanti il lavoro dei disabili¹¹¹.

Ebbene, atteso che per consolidata giurisprudenza gli accordi internazionali conclusi dall'UE vincolano le sue istituzioni e prevalgono sugli atti di diritto derivato, la Corte di giustizia ha affermato che la Dir. 2000/78 dev'essere interpretata "per quanto possibile" in modo conforme alla convenzione ONU¹¹². Sulla base di tale obbligo di interpretazione conforme e tenuto conto sia del contenuto della convenzione ONU, sia della Dir. 2000/78, i giudici di Lussemburgo si sono avvalsi della prima come riferimento normativo, ad esempio per delimitare le nozioni di *handicap*¹¹³ e di "soluzioni ragionevoli per i disabili" sul lavoro¹¹⁴, nonché per esprimersi sugli obblighi generali che incombono sugli Stati membri a favore dei disabili¹¹⁵.

Se tale ossequio agli obblighi *direttamente* vincolanti per l'UE trova evidente ragione nella necessità che l'Unione non incorra in forme di responsabilità internazionale, va d'altra parte rilevata l'assenza di riferimenti al diritto consuetudinario che vincola *direttamente* l'UE, con particolare riguardo alle norme applicabili agli enti creati da Stati che appartengono, in quanto soggetti di diritto, alla comunità internazionale. Per restare nel perimetro materiale della Dir. 2000/78, basti rammentare che lo stesso divieto di discriminazione è considerato una norma di diritto internazionale generale¹¹⁶, se non addirittura di *jus cogens*¹¹⁷. Inoltre, chiamando in causa nuovamente le *Spiegazioni* alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, si è evidenziato che essa è fortemente tributaria del diritto internazionale pattizio, ma, invero, rispetto a tali fonti scritte non sarebbe difficile riscontrare che il loro contenuto (o parte di esso) sia oggi riproduttivo di norme di diritto internazionale generale¹¹⁸, anche di

¹⁰⁸ Così T. Teklè, *Labour Rights*, cit., 240.

¹⁰⁹ Così T. Teklè, *Labour Rights*, cit., 255.

¹¹⁰ Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Resolution A/RES/61/106 adopted by the UN General Assembly, 24 January 2007. La convenzione ONU è entrata in vigore il 3 maggio 2008 (di seguito, convenzione ONU).

¹¹¹ Decisione 2010/48/CE del Consiglio, del 26 novembre 2009, relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Per l'UE, la convenzione ONU è entrata in vigore il 23 dicembre 2010.

¹¹² Cfr. caso *HK Danmark* (par. 32) e giurisprudenza successiva.

¹¹³ Cfr. caso *HK Danmark* (parr. 39-41); Corte giust. (Grande sez.), C-363/12, 18 marzo 2014 (par. 76); Corte giust. UE, C-356/12, 22 maggio 2014 (par. 45); caso *FOA* (par. 53); Corte giust. UE, C-395/15, 1° dicembre 2016 (par. 42); Corte giust. UE, C-397/18, 11 settembre 2019 (par. 41); caso *Commissione c. Italia* (par. 57). Si segnala che nel caso *Chacón Navas* la Corte di giustizia era intervenuta sulla nozione di *handicap* senza operare alcun riferimento alla convenzione ONU. Nel successivo caso *HK Danmark*, i giudici di Lussemburgo precisano (par. 37) invece che detta convenzione è stata ratificata dall'UE dopo la sentenza nel caso *Chacón Navas*, pronunciata l'11 luglio 2006, dunque poco prima della conclusione dei lavori preparatori e a pochi mesi dalla sua adozione, avvenuta il 13 dicembre 2006 da parte dell'Assem-

blea generale dell'ONU (UNGA, A/RES/61/106, 4 January 2007).

¹¹⁴ Caso *Commissione c. Italia*, par. 58. Si segnala che nel caso *HK Danmark* la Corte entra nel merito dell'attuazione degli obblighi previsti dalla convenzione ONU, precisando che "da un lato, il considerando 20 della Dir. 2000/78 e l'articolo 2, quarto comma, della Convenzione dell'ONU prevedono soluzioni non solo materiali, ma anche organizzative, e, dall'altro, il termine "ritmo" di lavoro deve essere inteso come la cadenza o la velocità con cui si effettua il lavoro, non può escludersi che una riduzione dell'orario di lavoro possa costituire uno dei provvedimenti di adattamento di cui all'articolo 5 di detta direttiva" (par. 55).

¹¹⁵ Corte giust. UE, C-406/15, 9 marzo 2017 (par. 64).

¹¹⁶ Cfr. per tutti P. Pustorino, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, 2019, 137 e segg.

¹¹⁷ Tale è, ad esempio, la posizione della Corte interamericana dei diritti umani, come emerge dalla pertinente giurisprudenza (per la quale si invia a Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH n. 14: Igualdad y no Discriminación*, 2019, 4 e segg.).

¹¹⁸ Si pensi, ad esempio, allo stesso divieto di discriminazione (cfr. C. Favilli-F. Guarriello, *Articolo 21*, cit., 429 e segg.) o al diritto di accesso alla giustizia [per un commento, cfr. D.P. Dominucci-F. Filpo, *Articolo 47*, in R. Mastroianni et al. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, 862 e segg.].

natura cogente¹¹⁹, il che rende la stessa Carta “transitivamente” tributaria (anche) del diritto internazionale non scritto¹²⁰.

Sembra, dunque, che l’approccio “caso per caso” seguito dalla Corte di giustizia rispetto agli *standard* internazionali del lavoro, lamentato con forza in dottrina¹²¹, si estenda anche agli obblighi internazionali che l’UE è tenuta a rispettare, così rendendo la giurisprudenza di Lussemburgo ancor più ondivaga rispetto alla rilevanza assunta dalle fonti internazionali.

Ciò detto – restando comunque nell’ambito materiale del lavoro – ci permettiamo di auspicare il superamento di tale incostante postura della Corte di giustizia, la quale potrebbe riservare maggiore apertura agli *standard* internazionali del lavoro, con tutti i benefici che tale mutato approccio porterebbe.

Infatti, oltre a seguire un *modus interpretandi* tipico

di molte corti interne e di altre corti internazionali – ad esempio, la Corte di Strasburgo¹²² – i giudici dell’UE potrebbero beneficiare della *expertise* e della lunga esperienza dell’OIL nel delicato settore del lavoro, così ulteriormente rafforzando l’autorevolezza della propria giurisprudenza, e altresì potrebbero, in un’ottica di dialogo con altri sistemi giuridici, contribuire alla consolidazione degli *standard* universali del lavoro, obiettivo a cui l’OIL, istituita nel 1919, sta lavorando da oltre cento anni. Peraltro, tale maggior riguardo agli *standard* adottati dall’Organizzazione a vocazione universale risulterebbe del tutto in linea con l’obiettivo previsto dall’art. 3, 5° comma, TUE, secondo cui l’Unione europea, nelle proprie relazioni con il resto del mondo, afferma e promuove la rigorosa osservanza e lo sviluppo del diritto internazionale (anche del lavoro).

Licenziamenti individuali

Corte costituzionale, 16 luglio 2020, n. 150 – Pres. Cartabia – Red. Sciarra – A. P. (avv.ti Loconsole e Andreoni) – L. srl.

Lavoro (rapporto) – Licenziamento individuale – Vizi formali – Conseguenze sanzionatorie

È costituzionalmente illegittimo l’art. 4, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di

lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della L. 10 dicembre 2014, n. 183), limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Per il testo della sentenza v. www.cortecostituzionale.it.

Cosa resterà del Jobs Act?

Marco Mocella*

La sentenza della Corte costituzionale dichiara l’illegittimità dell’art. 4, D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 nella parte in cui prevede che il risarcimento per i vizi formali del licenziamento sia calcolato forfettariamente in un importo pari a una mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio.

La sentenza in epigrafe

Come previsto, la Corte costituzionale smantella un altro “pezzo” del Jobs Act e segnatamente l’art. 4, 1° comma, D.Lgs. n. 23/2015 relativo alle sanzioni per i vizi formali dei licenziamenti individuali¹. Con due separate ordinanze, i giudici di merito avevano evidenziato come il datore di lavoro non fosse incorso

in vizi sostanziali che avrebbero potuto portare alla nullità del recesso, ma esclusivamente in vizi formali, disciplinati dalla norma in esame, della cui legittimità costituzionale essi dubitavano per una serie di profili². Questi ultimi, invero, appaiono simili a quelli già esaminati nella sentenza n. 194/2018, richiamata nella pronuncia in epigrafe, vale a dire la violazione degli

¹¹⁹ Come, ad esempio, nel caso del divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti.

¹²⁰ Riprendendo gli esempi delle note precedenti, nella Carta dei diritti fondamentali dell’UE cfr. l’art. 21 (divieto di discriminazione), l’art. 47 (diritto di accesso alla giustizia) e, per lo *jus cogens*, l’art. 4 (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti).

¹²¹ T. Teklè, *Labour Rights*, cit., 243 e segg.

¹²² Sulla relativa giurisprudenza, cfr. T. Teklè, *An Analysis of the Contribution of the ILO’s International Labour Standards System to the European Court of Human Rights’s Jurisprudence in the Field of Non-Discrimination*, EUI Working Paper – Robert Schuman Centre for Advanced Studies, n. 2018/50.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valu-

tazione di un *referee*.

¹ Sull’ordinanza del Tribunale di Bari, Riccio, *Art. 4, d.lgs. n. 23/2015: verso una nuova pronuncia di incostituzionalità?*, in *Dir. Relazioni Ind.*, 2020, 193. Tra i primi commenti alla sentenza in esame Marino, *Licenziamento affetto da vizi formali o procedurali: il Jobs Act è ‘di nuovo’ incostituzionale*, in *Dir. e Giust.*, 138, 2020, 3.

² In una delle due fattispecie la violazione riguardava l’omissione della contestazione di uno degli addebiti e di non aver indicato al lavoratore il termine contrattuale entro il quale era tenuto a difendersi, nell’altra l’errata valutazione della tardività delle difese del lavoratore che non erano pertanto state prese in considerazione.