

***Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel:
riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia****

di Marzia Barbera

Facoltà di Giurisprudenza
Università di Brescia

A ridosso dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si era cominciato a ragionare sugli effetti che l'entrata in campo del principio di eguaglianza avrebbe operato sull'assetto di competenze stabilito dai Trattati. Secondo una delle letture proposte, a causa delle restrizioni poste dalle clausole orizzontali della Carta di Nizza, il principio di eguaglianza avrebbe potuto essere invocato solo se la disparità di trattamento si fosse verificata in una delle aree di competenza della Comunità¹.

Il problema è che l'eguaglianza non è una competenza, ma un principio generale, la cui operatività taglia trasversalmente tutto l'ordinamento comunitario, non diversamente da quanto accade negli ordinamenti nazionali. Non era perciò difficile prevedere che il principio d'eguaglianza e i divieti espressi di discriminazione avrebbero invece potuto essere proprio il “grimaldello” in grado di scardinare l'assetto ipotizzato dagli estensori della Carta².

* Questo scritto, che riprende in parte considerazioni già svolte nell'introduzione al volume M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, è stato presentato al convegno internazionale *The Protection of Constitutional Rights in Modern Democracies: A Comparative Perspective*, tenutosi all'Università G. D'Annunzio di Pescara l' 11-12 dicembre 2007, e fa parte di uno studio più ampio sul dialogo fra le corti nei sistemi di protezione multilevel dei diritti fondamentali, condotto insieme a Giulio Itzcovich, anch'egli dell'Università di Brescia.

¹ Kenner J., *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, in Hervey T., Kenner J. A (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2003, p. 19.

² Cfr. Barbera M., *The Unsolved Conflict: Reshaping Family Work and Market Work in the EU Legal Order*, in Hervey T., Kenner J., *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, op.cit., p. 152.

Vi è qualche segno che questa previsione comincia a realizzarsi. Lo dimostrano intanto la sentenza *Mangold*³ e le preoccupate reazioni che essa ha provocato, sia a livello nazionale che a livello comunitario. La decisione ha dato modo alla Corte di Giustizia di leggere i divieti specifici di discriminazione sanciti dal nuovo diritto antidiscriminatorio come espressione di un principio generale di eguaglianza che è da considerare un principio generale del diritto comunitario e che trova la sua fonte già in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Si tratta di un'affermazione non inedita⁴; inedita è invece la conseguenza che ne trae la Corte, e cioè che

“Il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni ... Ciò considerato, è compito del giudice nazionale, adito con una controversia che mette in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, assicurare, nell'ambito della sua competenza, la tutela giuridica che il diritto comunitario attribuisce ai singoli, garantendone la piena efficacia e disapplicando le disposizioni eventualmente configgenti della legge nazionale ... anche quando il termine di trasposizione della detta direttiva non è ancora scaduto.”

Dunque, sembra dire la Corte, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, i divieti di discriminazione vivono di una vita propria, che prescinde dai comportamenti attuativi o omissivi degli Stati membri, e prescinde anche dall'assetto presente e futuro delle competenze. Dalla natura precisa e incondizionata di tale principio, discende la conseguenza che anche le specificazioni del principio stesso possono spiegare i propri effetti su tutti i

³ Cgce 22.11.2005, *Mangold c. Helm*, causa C-144/04, in *Racc.*, 2005, p. 9981.

⁴ Si vedano, ad esempio, Cgce 12 dicembre 2002, *Caballero c. Fondo de Garantía Salarial*, causa C-442/00, *Racc.*, pag. 11915; 12 luglio 2001, *Jippes e a. c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, causa C-189/01, *Racc.*, pag. 5689; 23 novembre 1999, *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149/96, *Racc.*, pag. 8395; 17 aprile 1997, *EARL de Kerlast c. Union régionale de coopératives agricoles (Unicopa) e Coopérative du Trieux*, causa C-15/95, *Racc.*, pag. 1961.

consociati ed essere dunque invocate dai privati verso lo Stato e dai privati verso altri privati. Si finisce, per questa strada, per attribuire ad una direttiva non ancora trasposta un effetto simile all'efficacia diretta orizzontale delle direttive trasposte in un giudizio che oppone due privati. Che, infatti, sia in ultimo la direttiva quadro, e non (solo) il principio generale d'eguaglianza, a fungere da parametro interpretativo di riferimento per il giudice nazionale è dimostrato dal richiamo espresso che la Corte opera alle disposizioni della direttiva stessa, ed in particolare a quelle dell'art. 6, che individuano le ipotesi di giustificazione legittima delle distinzioni basate sull'età.

Conseguenza di tale impostazione è che una scelta di politica occupazionale di uno Stato Membro che, nella prima parte della sentenza, la Corte aveva dichiarato non sindacabile alla luce della dir. n. 99/70 relativa al lavoro a tempo determinato, ed in particolare alla luce della clausola di non regresso ivi contenuta⁵, lo diventa, invece, nella seconda parte della stessa sentenza, alla luce di una delle declinazioni del principio di eguaglianza, e precisamente del divieto di discriminazioni fondate sull'età e del connesso criterio di proporzionalità. In tal modo, il controllo d'eguaglianza finirebbe per assumere nell'ordinamento comunitario una latitudine simile a quella che riveste negli ordinamenti costituzionali nazionali rispetto a qualsiasi differenziazione normativa (sub specie di controllo di legalità diffuso), senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto sia stato adottato.

Secondo un'autorevole opinione, quella resa dall'Avvocato generale Geelhoed nella causa *Chacon Navas c. Eurest Colectividades SA* in tema di discriminazioni basate sulla disabilità⁶, il rischio di un'interpretazione così estensiva della portata del principio di non discriminazione è quello travalicare i limiti stabiliti dall'art. 13 del Trattato CE all'operatività del principio stesso, limiti che attengono tanto al carattere sussidiario della clausola di non discriminazione, quanto al rispetto delle rispettive competenze della Comunità e degli Stati Membri.

⁵ Secondo quanto ritenuto dalla Corte “gli Stati membri dispongono incontestabilmente di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione”.

⁶ Cge 11.7.2006, *Chacon Navas c. Eurest Colectividades SA*, causa C-13/05, in <http://www.europa.eu.lex/curia>

In tal modo, l'ampio margine di valutazione discrezionale di cui gli Stati godono nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi, ad esempio in materia di politica occupazionale, rispetto alla quale la Comunità “*dispone tutt'al più di competenze parziali, ma più spesso complementari*”, verrebbe ridotto al di là di quanto non consenta l'attuale riparto di competenze.

Non è possibile in questa sede entrare nel merito delle ardue questioni sollevate dall'Avvocato generale, e riprese in un commento editoriale alla sentenza della rivista *Common Market Law Review*, dove si fa rilevare come l'impossibilità di superare la teoria dell'effetto diretto solo verticale delle direttive trovi origine, una volta di più, nella diversa natura conferita ai poteri della Comunità da atti come i regolamenti e come le direttive⁷. In un caso come nell'altro, quello che si manca di osservare è che questi effetti sono collegabili *non alla direttiva in sé*, e neppure in altri principi, quali quelli contenuti nella Carta di Nizza, che vengono definiti dall'autore della nota, con un certo spregio a dire il vero, “*a wide range of social aspirations (grouped) under the heading of Solidarity*”, ma all'operare del principio di eguaglianza.

Tuttavia, il richiamo quasi dolente dell'Avvocato Gellhoed nella causa *Chacon Navas* non è rimasto inascoltato. Come avviene in molti casi, le argomentazioni della Corte sono molto più concise di quelle dell'Avvocato generale. Ma la Corte non si sottrae all'invito alla prudenza nel quale quest'ultimo si era speso. In un conciso ma significativo passaggio, il giudici precisano che:

«È ben vero che nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario compare segnatamente il divieto generale di discriminazione...Da ciò non consegue tuttavia che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 debba essere esteso per analogia al di là delle discriminazioni fondate sui motivi enunciati in modo esaustivo nell'art. 1 di quest'ultima»⁸.

È possibile che i giudici abbiano solo voluto richiamare la differenza che corre fra il principio generale di eguaglianza (di cui il divieto generale di discriminazione è

⁷ EDITORIAL COMMENTS, *Horizontal direct effect - A law of diminishing coherence?*, in *ILJ*, 2006, p. 4;

⁸ *Chacon Navas*, punto 56.

il risvolto negativo, l'altra faccia della medaglia) e i divieti specifici di discriminazione, in termini di profondità di scrutinio e di ammissibilità di deroghe e giustificazioni; ma è anche possibile che essi abbiano voluto compiere un passo indietro rispetto a *Mangold*, consapevoli del fatto che una delle implicazioni di maggior portata di tale decisione sia quella di introdurre un sindacato di ragionevolezza diffuso, simile a quello esercitato dalle corti costituzionali. Alla stregua di tale sindacato, anche il diverso trattamento di due situazioni che potrebbero astrattamente ritenersi simili, quali la malattia e la disabilità, potrebbe, in quanto irragionevole, cadere sotto un sospetto di illegittimità, a prescindere dall'esclusione dell'una e dall'inclusione dell'altra nella lista dei divieti espressi di discriminazione. Che la Corte esiti a proseguire su questa strada è comprensibile, ma ciò che ne deriva è una giurisprudenza oscillante e incerta non solo sui grandi principi, ma anche sulle specifiche questioni che il nuovo diritto antidiscriminatorio pone

In altre recenti sentenze la Corte compie altri due passi di questo incerto cammino, questa volta in direzione di un ampliamento del raggio d'azione del diritto comunitario e del ruolo del giudice europeo. Ancora una volta di scena è l'eguaglianza.

La prima è la causa *Cordero Alonso*⁹. In essa la Corte, dovendosi pronunciare sulla compatibilità della legislazione spagnola con la normativa comunitaria in tema di tutela del lavoratore in caso di insolvenza del datore di lavoro (direttiva 80/987 CEE, come modificata dalla direttiva 2002/74 CE) , aveva preliminarmente dovuto affrontare le questioni, postegli dal giudice nazionale, se “ il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale comporta, di per sé e senza necessità di disposizioni esplicite di diritto interno, l'attribuzione agli organi giurisdizionali nazionali del potere di disapplicare qualsiasi tipo di norma di diritto interno che sia contraria al diritto comunitario, indipendentemente dal rango di tale norma nella gerarchia delle fonti”, vale a dire anche una norma di rango costituzionale (v. punto 25 a) e se nell'applicare le norme di diritto interno di

⁹Cgce 27.4.2006, *Cordero Alonso .c. Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*,, causa C-81/05, in <http://www.europa.eu.lex/curia>

attuazione delle disposizioni comunitarie, essi siano vincolate dal principio dell'uguaglianza dinanzi alla legge e dal divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornita dalla Corte, benché essa possa non coincidere con l'interpretazione dell'analogo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola quale interpretato dalla giurisprudenza del Tribunal Constitucional español (v. punto 25b).

Ebbene la Corte ha risposto affermativamente a tutte e due le domande, oltre a ritenere nel merito che una violazione del principio di eguaglianza effettivamente vi fosse, con la conseguenza di far materializzare un fantasma più volte evocato, vale a dire quella di un possibile conflitto fra alte corti, giacché, proprio sul punto controverso il *Tribunal Constitucional* si era espresso nel senso della compatibilità della normativa contestata con la clausola d'eguaglianza sancita dall'art. 14 della Costituzione spagnola.

Il giudice nazionale diventa in tal modo l'interlocutore diretto del giudice europeo: lo "scambio di messaggi" fra corti ¹⁰ sembra svolgersi ormai eludendo il confronto con i custodi delle costituzioni nazionali. Il principio di supremazia classico, che vede il diritto nazionale cedere di fronte al diritto comunitario, si trasforma in un "principio di supremazia ermeneutica", che assicura anche la prevalenza del diritto vivente comunitario rispetto a quello nazionale ¹¹.

Come è stato osservato, nel caso *Cordero Alonso*, le tensioni provocate da questa lettura del principio di supremazia non conducono ancora alla rottura: l'interpretazione della Corte di Giustizia in tema di principi generali prevale su quella delle corti costituzionali *solo nel caso in cui le normative nazionali da sindacare rientrino nella sfera di applicazione del diritto comunitario* ¹²

Ma anche quest'ultima barriera sembra cedere nelle altre due decisioni che si vogliono proporre all'attenzione di chi legge: la decisione resa nel caso *Del Cerro*

¹⁰ Sciarra S., *Integration Through Courts: Art. 177 as a Prefederal Device*, in S. Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, national Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

¹¹ Lazari A., *Aplicacion Judicial del derecho comunitario en Espagna y en otros paises de la UE*, in *Revista electronica de estudios internacionales*, 2007.

¹² Bronzini G., Piccone V., *La giurisprudenza in "movimento": luci ed ombre nel porcesso di costruzione di uno ius commune*, in G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta e le Corti*, Cimenti, Taranto, 2007, p. 288.

Alonso, e quella resa nel caso *K.B.*. In tutte i casi, il principio generale in questione era il principio di eguaglianza.

Nella prima, recentissima sentenza *Del Cerro Alonso*¹³, la Corte, contravvenendo all'opinione dell'Avvocato generale Poiares Maduro,, ha ritenuto che il divieto di discriminazione fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo determinato, sancito dalla direttiva 1999/70/CE , si applichi a tutte le condizioni di impiego, ivi compresa la retribuzione, nonostante tale materia sia espressamente esclusa dall'art. 135,n. 5 del Trattato dalle competenze comunitarie.

La Corte fa qui una sottile distinzione basata su un argomento di tipo teleologico: l'esclusione della retribuzione dal novero delle materie sulle quali la Comunità è competente a emanare prescrizioni minime dirette al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori trova ragion d'essere nell'autonomia normativa che deve essere lasciata alle parti sociali, cui storicamente è demandato il compito di stabilire il il costo del lavoro. Ma tale esclusione non opera in relazione a ogni questione *connessa* alla retribuzione, a pena di svuotare di gran parte dei loro contenuti l'insieme delle competenze in materia di rapporti di lavoro (a cominciare da quelle che concernono le “condizioni di impiego” ,(art. 137 n. 1, lett.c Trattato CE)). Qui è il principio di non discriminazione a richiedere che un dato elemento retributivo sia riconosciuto a prescindere dalla tipologia contrattuale scelta (a tempo determinato o indeterminato) e questo perché il principio di non discriminazione opera in relazione *all'insieme* delle condizioni d'impiego, ivi compresa la retribuzione. La regola della competenza, insomma cede alla regola dell'eguaglianza, poiché decidere il contrario significa ridurne la portata. Il diritto a non essere discriminati attraversa il campo delle materie perché è una “non materia”.

Ma a questa “smaterializzazione” dell'eguaglianza¹⁴ non si accompagna una neutralizzazione né delle questioni di valore che l'eguaglianza sottintende, né dei conflitti fra ordinamenti. Ne è la riprova l'ultimo dei casi che esamineremo: il caso

¹³ Cgce 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso c. Osakidetza- Servicio Vasco de Salud*, causa C- 307/07, in <http://www.europa.eu.lex/curia>

¹⁴ Di un processo di “smaterializzazione” dei diritti fondamentali che dovrebbero valere per un ambito indeterminato di rapporti parla Giulio Itzcovich in *Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti. Il caso Federfarma*, *mimeo*.

*K.B.*¹⁵. Chiamata a giudicare se vi fosse una violazione del principio di non discriminazione sulla base del sesso da parte del legislatore britannico per il fatto che quest'ultimo non consentiva che il mutamento di sesso venisse registrato all'anagrafe, impedendo così a un transessuale di contrarre matrimonio e di godere di tutti i benefici connessi (compresa la possibilità per la vedova di ricevere la pensione di reversibilità), la Corte di Giustizia ha ancora una volta risposto di sì. E questo nonostante il fatto che il principio di eguaglianza finisse così per incidere sul regime dello stato civile britannico, materia sicuramente estranea e lontana dalle competenze della Comunità. Il Regno Unito ha dovuto di fatti adeguare la legge interna alla decisione della Corte (oltre che a precedenti decisioni della Corte di Strasburgo).

Un'eminente costituzionalista, Marta Cartabia, commentando la sentenza, si è chiesta: non si realizza forse così una discutibile "invasione della tutela comunitaria dei diritti in ambiti spettanti alle Costituzioni nazionali?" In fondo, si chiede la studiosa, "perché deve essere la Corte di giustizia di Lussemburgo ad imporre all'ordinamento inglese il riconoscimento dei diritti dei transessuali? Non bastano le cure delle Corti britanniche e della Corte di Strasburgo?"¹⁶

La risposta potrebbe essere fin troppo semplice: non bastano perché ormai la giurisdizione sui diritti della Corte di Giustizia non è sostanzialmente diversa da quella dell'altra Corte europea e delle Corti costituzionali. Ma ciò non sarebbe sufficiente a spiegare perché il principio di eguaglianza, e in generale tutti i diritti e i principi fondamentali, "sembravano in qualche modo 'bucare' trasversalmente le sovranità in integrazione, o in conflitto, trasformandone le competenze"¹⁷.

Possiamo ipotizzare che, nel caso del principio di eguaglianza ciò accada, come si è già detto, perché esso funziona come un metaprincipio, capace di spostare i confini delle competenze, trasformandoli in confini mobili. Dunque, anche nel processo di integrazione europea, il principio di eguaglianza (anche nella declinazione in negativo di principio di non discriminazione) mostrerebbe l'attitudine

¹⁵Cgce 7.1.2004, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health, causa ii/1*

¹⁶ Cfr. Cartabia M.L. *ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 59.

¹⁷ Cfr. G. Itzcovich, *op.cit.*

a giocare il ruolo che esso ha sempre svolto in tutti i sistemi di governo *multilevel*, che è quello di forzare i limiti della ripartizione di competenze (e dunque di potere) fra centro e periferia, e di estendere la giurisdizione delle corti chiamate a darvi applicazione (così rafforzando anche il potere giudiziario rispetto al potere politico). Si tratta, come si è detto, di limiti e competenze mobili, e non potrebbe essere altrimenti, dato il carattere dinamico del processo di integrazione comunitario.

Ma occorre riconoscere che ciò accade sempre di più anche per tutti i diritti che si pongano come diritti fondamentali. Nei rapporti fra diritto interno ed esterno, i diritti fondamentali stanno diventando soprattutto una tecnica di gestione di conflitti: “la protezione dei diritti fondamentali è rivendicata dal giudice nazionale come competenza statale, come libertà *dello* Stato, ed è rivendicata dal giudice comunitario come competenza comunitaria, come libertà *della* Comunità. La protezione dei diritti fondamentali è “libertà” di decidere sulla violazione dei diritti fondamentali”. In tal modo, “i diritti fondamentali consentono di concepire i conflitti fra gli ordinamenti non solo come politici o “istituzionali”, ma come giuridici e decidibili giudizialmente”¹⁸..

Tuttavia, come rivelano le stesse decisioni qui analizzate, la tecnica di giudizio che le corti hanno finora applicato è un tecnica “altamente flessibile, negoziabile, bilanciabile da caso a caso e ‘traducibile’ fra gli ordinamenti in gioco”¹⁹. Se è così, i rischi di “colonialismo giurisdizionale” evocati da Marta Cartabia, la possibilità che, “in nome di una battaglia di civilizzazione condotta con l’arma dei diritti fondamentali, si sacrificino i modelli culturali e storici già esistenti”²⁰, per giungere ad un’omologazione ai dei modelli più forti (ma quali?), sembrano rimanere ancora abbastanza remoti.

¹⁸ Cfr. Itzcovich G., *op. cit.*

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ Cfr. Cartabia M, *op. cit.*, p. 58.