

**MANUALE**

# Manuale di diritto europeo della non discriminazione



© Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, 2010.  
Consiglio d'Europa, 2010.

Il manoscritto è stato completato nel luglio 2010.

Riproduzione autorizzata, a fini non commerciali, con citazione della fonte.

***Europe Direct è un servizio a vostra disposizione per aiutarvi  
a trovare le risposte ai vostri interrogativi sull'Unione europea.***

**Numero verde unico (\*):  
00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Alcuni gestori di telefonia mobile non consentono l'accesso ai numeri 00 800 o non ne accettano la gratuità.

Diritti delle immagini usate (copertina e testo): © iStockphoto

Numerose informazioni sull'Unione europea sono disponibili su Internet consultando il portale Europa (<http://europa.eu>).

Una scheda catalografica figura alla fine del volume.

Lussemburgo: Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2011

ISBN 978-92-871-9989-8 (Consiglio d'Europa)

ISBN 978-92-9192-671-8 (FRA)

doi:10.2811/13599

*Printed in Luxembourg by Imprimerie Centrale*

STAMPATO SU CARTA SBIANCATA SENZA CLORO ELEMENTARE (ECF)

Questo manuale è stato redatto in inglese. La Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu) declina ogni responsabilità sulla traduzione in altre lingue. Le opinioni espresse in questo manuale non vincolano la Cedu. Il manuale contiene riferimenti a una selezione di commentari e di manuali sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La Corte non è responsabile di tali pubblicazioni e la loro inclusione in detta selezione non comporta in alcun modo l'approvazione da parte della Cedu del loro contenuto. Ulteriori manuali sulla Convenzione sono indicati nel sito internet della biblioteca della Corte ([www.echr.coe.int/Library/](http://www.echr.coe.int/Library/)).



# Manuale di diritto europeo della non discriminazione



## Premessa

Nel gennaio 2010 la Corte europea dei diritti dell'uomo e l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali hanno stabilito di collaborare alla preparazione del presente manuale di diritto europeo sulla non discriminazione. Siamo lieti di presentare il risultato di questo impegno congiunto.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è diventata giuridicamente vincolante. Il trattato di Lisbona prevede inoltre l'adesione dell'UE alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In questo contesto, una migliore conoscenza dei principi comuni elaborati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non soltanto è auspicabile, ma è di fatto indispensabile per una corretta attuazione a livello nazionale di una parte fondamentale delle normative europee riguardanti i diritti umani: le norme sulla non discriminazione.

Nel 2010 si è celebrato il sessantesimo anniversario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che sancisce all'articolo 14 un divieto generale di discriminazione, nonché il decimo anniversario dell'adozione dei due testi fondamentali per la lotta contro la discriminazione nell'Unione europea: le direttive sull'uguaglianza razziale e sulla parità di trattamento in materia di occupazione. A fronte della vasta giurisprudenza prodotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di non discriminazione, è parso opportuno presentare, in una forma accessibile, un manuale corredato di CD-Rom rivolto agli operatori del diritto, vale a dire giudici, procuratori, avvocati e agenti delle forze di polizia dell'Unione europea, degli Stati membri del Consiglio d'Europa e di altri paesi. In prima linea per la tutela dei diritti umani, essi sono chiamati, in modo particolare, ad acquisire dimestichezza con i principi che sottendono la non discriminazione per poterli trasporre efficacemente nella prassi. È del resto a livello nazionale che le disposizioni in materia di non discriminazione prendono vita ed è qui, sul campo, che le sfide diventano reali.

**Erik Fribergh**

Cancelliere della Corte europea dei diritti dell'uomo

**Morten Kjaerum**

Direttore dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali



# Indice

PREMESSA.....	3
SIGLE E ACRONIMI.....	9
<b>1. INTRODUZIONE AL DIRITTO EUROPEO DELLA NON DISCRIMINAZIONE: CONTESTO, EVOLUZIONE E PRINCIPI FONDAMENTALI.....</b>	<b>11</b>
1.1. Il contesto e le premesse del diritto europeo della non discriminazione.....	12
1.1.1. Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.....	12
1.1.2. L'Unione europea e le direttive contro la discriminazione.....	14
1.2. Sviluppi attuali e futuri dei meccanismi di protezione europei.....	15
1.2.1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.....	15
1.2.2. Trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani.....	16
1.2.3. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.....	17
Punti salienti.....	18
Approfondimenti.....	19
<b>2. LA DISCRIMINAZIONE: CATEGORIE E TUTELE.....</b>	<b>23</b>
2.1. Introduzione.....	23
2.2. Discriminazione diretta.....	24
2.2.1. Il trattamento sfavorevole.....	25
2.2.2. Il termine di confronto.....	25
2.2.3. Il motivo oggetto del divieto di discriminazione.....	28
2.3. Discriminazione indiretta.....	31
2.3.1. Disposizione, criterio o prassi neutri.....	32
2.3.2. Gli effetti significativamente più negativi su un gruppo protetto.....	33
2.3.3. Il termine di confronto.....	34
2.4. Le molestie e l'ordine di discriminare.....	34
2.4.1. Le molestie e l'ordine di discriminare nell'ambito nelle direttive europee.....	34
2.4.2. Le molestie e l'ordine di discriminare nel quadro della CEDU.....	37
2.5. Le misure speciali o specifiche.....	38
Punti salienti.....	46
2.6. Le eccezioni o giustificazioni del trattamento meno favorevole nel quadro delle normative europee della non discriminazione.....	48
2.6.1. Introduzione.....	48
2.6.2. Scomposizione della giustificazione generica.....	48
2.6.3. L'applicazione della giustificazione generale.....	50

2.6.4. Le eccezioni specifiche nel quadro del diritto dell'Unione.....	51
2.6.4.1. Il requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.....	51
2.6.4.2. Le organizzazioni religiosi.....	55
2.6.4.3. Le eccezioni basate sull'età.....	57
Punti salienti.....	60
Approfondimenti.....	60
<b>3. L'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DELLA NON DISCRIMINAZIONE.....</b>	<b>63</b>
3.1. Introduzione.....	63
3.2. I beneficiari della protezione nel quadro del diritto europeo della non discriminazione.....	64
3.3. L'ambito di applicazione della Convenzione europea: l'articolo 14 e il protocollo n. 12.....	66
3.3.1. Il divieto di discriminazione a norma della Convenzione.....	66
3.4. L'ambito di applicazione delle direttive europee contro la discriminazione.....	71
3.4.1. Occupazione.....	71
3.4.2. L'accesso alle prestazioni sociali e alla sicurezza sociale.....	76
3.4.3. L'accesso alla fornitura di beni e servizi, inclusa l'abitazione.....	80
3.4.4. L'accesso alla giustizia.....	84
3.5. L'applicazione della Convenzione al di là del diritto dell'Unione.....	86
3.5.1. La sfera «personale»: vita privata e familiare, adozione, domicilio e matrimonio.....	86
3.5.2. La partecipazione politica: libertà di espressione, di riunione e di associazione e diritto a libere elezioni.....	89
3.5.3. L'applicazione della legge.....	89
3.5.4. I profili penali.....	91
Punti salienti.....	92
Approfondimenti.....	93
<b>4. MOTIVI DI DISCRIMINAZIONE OGGETTO DI PROTEZIONE.....</b>	<b>95</b>
4.1. Introduzione.....	95
4.2. Il sesso.....	96
4.3. L'orientamento sessuale.....	104
4.4. La disabilità.....	106
4.5. L'età.....	109



4.6. La razza, l'origine etnica, il colore e l'appartenenza a una minoranza nazionale .....	111
4.7. La nazionalità o l'origine nazionale .....	114
4.8. La religione o convinzione personale.....	119
4.9. La lingua.....	122
4.10. L'origine sociale, la nascita e la ricchezza .....	124
4.11. Le opinioni politiche o altre convinzioni personali.....	125
4.12. «Ogni altra condizione».....	126
Punti salienti .....	127
Approfondimenti .....	128
<b>5. QUESTIONI PROBATORIE IN MATERIA DI NON DISCRIMINAZIONE.....</b>	<b>131</b>
5.1. Introduzione.....	131
5.2. La ripartizione dell'onere della prova .....	132
5.2.1. I fattori che non occorre provare .....	135
5.3. Il ruolo delle statistiche e di altri dati.....	137
Punti salienti .....	142
Approfondimenti .....	143
<b>ELENCO DELLA GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>145</b>
<b>RIFERIMENTI NORMATIVI.....</b>	<b>155</b>
<b>MATERIALI AGGIUNTIVI DISPONIBILI SU CD-ROM.....</b>	<b>157</b>
<b>FONTI ONLINE.....</b>	<b>159</b>
<b>NOTA SULLE CITAZIONI.....</b>	<b>161</b>



## Sigle e acronimi

<b>CDE</b>	Consiglio d'Europa
<b>CEDAW</b>	Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna
<b>CEDU</b>	Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
<b>Cedu</b>	Corte europea dei diritti dell'uomo
<b>CG</b>	Corte di giustizia (Unione europea)
<b>CIG</b>	Corte internazionale di giustizia
<b>CPT</b>	Cittadino di un paese terzo
<b>CRC</b>	Convenzione sui diritti del fanciullo
<b>HRC</b>	Comitato dei diritti umani
<b>ICCPR</b>	Patto internazionale sui diritti civili e politici
<b>ICERD</b>	Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale
<b>ICESCR</b>	Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali
<b>ONU</b>	Nazioni Unite
<b>STCE</b>	Serie dei Trattati del Consiglio d'Europa
<b>STE</b>	Serie dei Trattati Europei
<b>UE</b>	Unione europea
<b>UNCRPD</b>	Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità
<b>UNTS</b>	Serie dei Trattati dell'ONU



# 1

## Introduzione al diritto europeo della non discriminazione: contesto, evoluzione e principi fondamentali

Il presente capitolo introduttivo illustra le origini del diritto della non discriminazione in Europa e degli sviluppi attuali e futuri di questa materia sotto un profilo sia sostanziale, sia processuale.

È importante osservare in primo luogo che i giudici e i magistrati sono tenuti ad applicare le tutele previste dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e dalle direttive dell'Unione europea (UE) contro la discriminazione a prescindere dal fatto che le parti del procedimento vi facciano o meno richiamo. I giudici e i magistrati nazionali non si limitano a esaminare gli argomenti giuridici dedotti dalle parti, ma determinano il diritto applicabile alla luce delle fattispecie che vengono loro prospettate. Ciò significa che, in un procedimento, le parti di fatto scelgono se avanzare o meno un'azione per discriminazione in funzione degli argomenti e delle prove che adducono. Ciò è conforme ai principi giuridici fondamentali incardinati in ogni sistema, come l'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea nei ventisette Stati membri che la costituiscono e l'effetto diretto eventualmente riconosciuto alla CEDU, che deve essere rispettata da tutti gli Stati membri dell'UE e del Consiglio d'Europa (CDE). Tuttavia la portata di questa regola può rimanere alquanto circoscritta per effetto dei termini di decadenza applicabili. Prima di valutare se adoperare la legislazione e la giurisprudenza della non discriminazione, gli operatori dovranno pertanto essere a conoscenza di eventuali termini di decadenza applicabili nell'ordinamento specifico e stabilire se il giudice può effettivamente occuparsi della controversia.

Le conseguenze pratiche di quanto precede sono che gli operatori, se necessario, possono avvalersi degli strumenti e della giurisprudenza dei tribunali e delle autorità nazionali disponibili in materia di non discriminazione.

Ciò rende indispensabile che gli operatori stessi comprendano i sistemi attualmente in uso come pure le loro modalità di funzionamento e di applicazione in una data situazione.

## 1.1. Il contesto e le premesse del diritto europeo della non discriminazione

Sebbene l'espressione «diritto europeo della non discriminazione» lasci supporre l'esistenza di un unico sistema europeo contro la discriminazione, in realtà quest'ultimo è costituito da un quadro di norme elaborate in molteplici contesti. Il presente manuale attinge principalmente alla giurisprudenza della CEDU e al diritto dell'Unione. Questi due sistemi hanno origini distinte e sono stati formati in periodi diversi e per ragioni differenti.

### 1.1.1. Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Il Consiglio d'Europa (CDE) è un'organizzazione intergovernativa istituita alla fine della seconda guerra mondiale con il compito di promuovere, tra l'altro, lo Stato di diritto, la democrazia, i diritti umani e lo sviluppo sociale (cfr. preambolo e articolo 1 dello statuto del Consiglio d'Europa). Per contribuire alla realizzazione di questi obiettivi gli Stati membri del CDE hanno adottato la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), il primo trattato moderno sui diritti umani ispirato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite. La CEDU sancisce l'obbligo giuridicamente vincolante per gli Stati contraenti di riconoscere a ogni persona (non soltanto ai propri cittadini) sottoposta alla loro giurisdizione i diritti umani che sono enunciati nella Convenzione. L'applicazione della CEDU è soggetta al controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo (inizialmente affiancata da una Commissione), che esamina i ricorsi presentati contro gli Stati membri. Il Consiglio d'Europa riunisce attualmente quarantasette Paesi e ogni Stato che intenda aderirvi deve sottoscrivere la CEDU.

In seguito alla sua adozione nel 1950, la CEDU è stata modificata e integrata mediante una serie di «protocolli». La modifica procedurale più significativa è stata

introdotta con il protocollo n. 11 (1994), che ha trasformato la Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu) in un organo permanente a tempo pieno e ha abolito la Commissione. Questo protocollo puntava a ristrutturare i meccanismi della CEDU per far fronte all'aumento di ricorsi dovuto all'adesione al Consiglio d'Europa dei paesi dell'Europa orientale avvenuta in seguito alla caduta del muro di Berlino e al crollo dell'ex Unione sovietica.

Il divieto di discriminazione è sancito dall'articolo 14 della CEDU<sup>1</sup>, che garantisce la parità di trattamento nel godimento dei diritti riconosciuti nella Convenzione. Il protocollo n. 12 (2000) alla CEDU, non ancora ratificato da tutti gli Stati membri dell'UE<sup>2</sup>, amplia la portata del divieto di discriminazione garantendo la parità di trattamento nel godimento di ogni diritto (compresi i diritti previsti dalla legislazione nazionale). Secondo la relazione esplicativa del protocollo, la sua adozione muove dal desiderio di consolidare la protezione contro la discriminazione, considerata fondamentale nella garanzia dei diritti umani. In particolare, il protocollo scaturisce dal dibattito sul rafforzamento della parità tra i sessi e tra le razze.

Sebbene non costituisca oggetto di trattazione approfondita nel presente manuale, è opportuno segnalare che il principio di non discriminazione rientra tra i principi fondamentali sanciti in diversi altri documenti del CDE. In particolare, la versione del 1996 della Carta sociale europea prevede il diritto alla parità di trattamento in materia di lavoro e professione, senza discriminazioni basate sul sesso<sup>3</sup>. Ulteriori tutele contro la discriminazione sono previste dalla Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali<sup>4</sup>, dalla Convenzione del CDE sulla lotta contro la tratta degli esseri umani<sup>5</sup> e dalla Convenzione del CDE sull'accesso ai documenti ufficiali. La protezione contro l'incitamento alla discriminazione è altresì prevista dal protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica. La questione della non discriminazione ha esercitato un'evidente influenza sulla redazione dei documenti normativi prodotti dal CDE ed è considerata una libertà fondamentale meritevole di tutela.

- 1 Un manuale di formazione, sotto forma di presentazione in Powerpoint, fornisce orientamenti in merito all'applicazione dell'articolo 14 della CEDU ed è disponibile nel sito Internet del Consiglio d'Europa, Educazione ai diritti umani per le professioni legali: [www.coehelp.org/course/view.php?id=18](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18).
- 2 Per il numero effettivo di Stati membri dell'UE che hanno ratificato il protocollo n. 12, cfr.: [www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ITA](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=7&DF=16/07/2010&CL=ITA).
- 3 Cfr. Carta sociale europea, articolo 20, e parte V, articolo E.
- 4 Cfr. Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, articolo 4, articolo 6, comma 2, e articolo 9.
- 5 Cfr. articolo 2, comma 1, della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani.

## 1.1.2. L'Unione europea e le direttive contro la discriminazione

L'Unione europea (UE), in origine un'organizzazione intergovernativa (O.I.), è dotata attualmente di personalità giuridica propria. Al momento l'UE conta ventisette Stati membri ed è il risultato dell'evoluzione di tre distinte O.O.II., istituite negli anni '50, che si occupavano di sicurezza energetica e di libero scambio (note collettivamente come le «Comunità europee», tra cui la Comunità europea dell'energia atomica, tuttora esistente). Lo scopo fondamentale delle Comunità europee era stimolare lo sviluppo economico attraverso la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Al fine di garantire la parità di condizioni tra gli Stati membri il trattato che istituisce la Comunità economica europea (1957), conteneva una disposizione che vietava la discriminazione fondata sul sesso in materia di occupazione e lavoro. Ciò avrebbe impedito agli Stati membri di acquisire vantaggi concorrenziali gli uni rispetto agli altri, offrendo alle donne retribuzioni più basse o condizioni di lavoro meno favorevoli. Nonostante questo insieme di norme si sia notevolmente evoluto sino a comprendere ambiti quali le pensioni, la maternità e i regimi giuridici di sicurezza sociale, fino al 2000 il diritto dell'Unione della non discriminazione riguardava unicamente il contesto dell'occupazione e della sicurezza sociale, e comprendeva soltanto le discriminazioni fondate sul sesso.

Negli anni '90 vari gruppi di interesse hanno esercitato notevoli pressioni affinché il divieto di discriminazione sancito dal diritto dell'Unione fosse esteso ad altri ambiti, quali la razza e l'origine etnica, l'orientamento sessuale, le convinzioni religiose, l'età e la disabilità. Il timore di un rigurgito di nazionalismo estremista in alcuni Stati membri dell'UE ha indotto i capi di governo ad assicurare la volontà politica necessaria per modificare il trattato che istituisce la Comunità economica europea, al fine di conferire alla Comunità la competenza per adottare norme in tali ambiti.

Nel 2000 sono state adottate due direttive: la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, che vieta le discriminazioni fondate sulla religione, gli handicap, l'età e l'orientamento sessuale nell'ambito del lavoro, e la direttiva sull'uguaglianza razziale, che vieta le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica oltre che nel contesto del lavoro anche nell'accesso alla protezione e alla sicurezza sociale come pure nell'accesso ai beni e ai servizi. Si tratta di una significativa estensione dell'ambito di applicazione del diritto della non discriminazione dell'Unione, in quanto è stato riconosciuto che, per consentire agli individui di sviluppare appieno le proprie potenzialità nel mercato del lavoro, è essenziale garantire loro parità di accesso anche a servizi come l'assistenza



sanitaria, l'istruzione e l'abitazione. Nel 2004 la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi ha esteso la protezione contro la discriminazione fondata sul sesso a questo settore. La tutela contro tale tipo di discriminazione, peraltro, non corrisponde esattamente a quella riconosciuta dalla direttiva sull'uguaglianza razziale, in quanto la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale garantisce parità di trattamento solo in tale ambito e non in quello più esteso delle politiche sociali, che comprendono la protezione sociale, l'assistenza sanitaria e l'istruzione.

Le istituzioni dell'UE stanno esaminando una proposta per estendere all'accesso ai beni e ai servizi la tutela contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale, le convinzioni religiose, la disabilità e l'età, che attualmente configurano motivi di discriminazione oggetto di protezione soltanto in campo lavorativo (si tratta della cosiddetta «direttiva orizzontale»).

## 1.2. Sviluppi attuali e futuri dei meccanismi di protezione europei

### 1.2.1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

I trattati originari delle Comunità europee non fanno riferimento ai diritti umani o alla loro protezione. All'epoca, infatti, non si riteneva che la creazione di una zona di libero scambio in Europa potesse incidere su questa categoria di diritti. Con il sopraggiungere di ricorsi per presunte violazioni dei diritti umani dovute all'applicazione di norme comunitarie, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CG) ha elaborato nel tempo una giurisprudenza relativa a quanto è noto come «principi generali» del diritto comunitario<sup>6</sup>. Secondo la CG, tali principi generali riflettono la protezione dei diritti umani garantita dalle costituzioni nazionali e dai trattati sui diritti umani, in particolare la CEDU. La CG si è quindi impegnata a garantire la conformità del diritto comunitario a questi principi.

---

<sup>6</sup> In seguito alle modifiche introdotte dal trattato di Lisbona, la Corte di giustizia delle Comunità europee è ora detta la «Corte di giustizia» e il Tribunale di primo grado semplicemente «Tribunale». L'espressione ufficiale «Corte di giustizia dell'Unione europea» indica ora l'insieme degli organi giudicanti dell'Unione. Onde evitare confusioni, nel presente manuale si utilizzerà l'espressione ufficiale «Corte di giustizia».

Consapevole delle eventuali ripercussioni delle sue politiche sui diritti umani e nel tentativo di far sentire i cittadini «più vicini» all'Europa, nel 2000 l'UE e i suoi Stati membri hanno proclamato la Carta dei diritti fondamentali. La Carta enuncia una serie di diritti che traggono spunto da quelli sanciti nelle costituzioni degli Stati membri, dalla CEDU e dai trattati universali sui diritti umani, fra cui la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo. Benché il documento adottato nel 2000 fosse una semplice «dichiarazione» non vincolante giuridicamente, la Commissione europea (il principale organo incaricato di presentare proposte normative per l'UE) si era impegnata a conformarvisi nelle sue proposte.

Con la sua entrata in vigore nel 2009, il trattato di Lisbona ha reso la Carta uno strumento giuridicamente vincolante per le istituzioni dell'UE, che sono quindi tenute a rispettarla. Anche gli Stati membri sono tenuti a conformarvisi, ma soltanto allorché si trovino a dare attuazione al diritto dell'Unione. Per quanto riguarda la Repubblica ceca, la Polonia e il Regno Unito, è stato approvato un protocollo sull'applicazione della Carta che ribadisce esplicitamente questa limitazione. L'articolo 21 della Carta vieta le discriminazioni fondate su vari motivi, sui quali si ritornerà più avanti. Ciò significa che è possibile contestare la normativa dell'UE o la legislazione nazionale che attua il diritto dell'Unione, qualora si ritenga che la Carta non sia stata rispettata. I giudici nazionali possono rivolgersi alla CG per ottenere una pronuncia sulla corretta interpretazione del diritto dell'Unione, mediante la procedura di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

## 1.2.2. Trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani

Naturalmente, i meccanismi di protezione dei diritti umani non si limitano all'Europa. In aggiunta ai meccanismi regionali presenti nelle Americhe, in Africa e in Medio Oriente, esiste un corpus di norme internazionali in materia di diritti umani, creato attraverso le Nazioni Unite (ONU). Tutti gli Stati membri dell'UE hanno aderito a una serie di trattati dell'ONU sui diritti umani che contemplano un divieto di discriminazione, vale a dire: il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR)<sup>7</sup>, il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)<sup>8</sup>, la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (ICERD)<sup>9</sup>, la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione

---

7 999 UNTS 171.

8 993 UNTS 3.

9 660 UNTS 195.

nei confronti della donna (CEDAW)<sup>10</sup>, la Convenzione contro la tortura<sup>11</sup> e la Convenzione sui diritti del fanciullo (CRC)<sup>12</sup>. Il più recente trattato sui diritti umani adottato dall'ONU è la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006<sup>13</sup>. Di norma, questo tipo di trattati può essere ratificato soltanto dagli Stati. Va rilevato che, poiché gli Stati cooperano sempre più nel contesto di organizzazioni intergovernative, alle quali delegano competenze e responsabilità sostanziali, sussiste l'esigenza pressante di assicurare che anche queste ultime ottemperino agli obblighi assunti dai rispettivi Stati membri in materia di diritti umani. La UNCRPD è il primo trattato sui diritti umani concluso in ambito ONU al quale possono aderire le organizzazioni di integrazione regionale e che l'UE ha ratificato nel dicembre 2010.

La UNCRPD enuncia un elenco completo di diritti delle persone con disabilità, al fine di garantire la parità nel godimento di tali diritti e di imporre agli Stati numerosi obblighi miranti all'introduzione di misure positive. Al pari della Carta, essa sarà vincolante per le istituzioni dell'UE e per i suoi Stati membri allorché attuano il diritto dell'Unione. Alcuni Stati membri sono inoltre in procinto di ratificare unilateralmente la UNCRPD; ciò comporterà per tali Stati l'assunzione diretta degli obblighi sanciti nella Convenzione. È probabile che la UNCRPD diventi in futuro un punto di riferimento per l'interpretazione del diritto dell'Unione e della giurisprudenza della Cedu in materia di discriminazioni basate sulla disabilità.

### 1.2.3. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Attualmente il diritto dell'Unione e la CEDU sono strettamente correlati. Tutti gli Stati membri dell'UE hanno aderito alla Convenzione. Come già rilevato, la CG si ispira ai principi della CEDU per determinare la portata della protezione dei diritti umani nell'ambito delle normative dell'Unione. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali rispecchia (senza limitarsi ad essi) l'insieme dei diritti sanciti dalla CEDU. Le normative dell'Unione sono dunque ampiamente in linea con la Convenzione, pur non

10 1249 UNTS 13.

11 1465 UNTS 85.

12 1577 UNTS 3. Alcuni Stati membri sono inoltre parti contraenti della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (documento ONU A/61/611, 13 dicembre 2006) e della Convenzione internazionale sulla protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate (documento ONU A/61/488, 20 dicembre 2006); tuttavia, nessuno ha ancora ratificato la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (documento ONU A/RES/45/158, 1° luglio 2003).

13 Documento ONU A/61/611, 13 dicembre 2006.

essendo l'UE una parte contraente. Ciò significa che un individuo non potrà adire la Cedu attraverso un ricorso nei confronti dell'UE per mancata tutela dei diritti umani. Occorrerà rivolgersi a un tribunale nazionale il quale, a sua volta, sottoporrà la questione alla CG mediante rinvio pregiudiziale, oppure coinvolgere indirettamente l'UE nell'ambito di un procedimento avviato contro uno Stato membro dinanzi alla Cedu.

Il trattato di Lisbona dispone che l'UE in quanto tale aderisca alla CEDU e il protocollo n. 14 modifica la Convenzione a tale scopo. Al momento non è possibile affermare con certezza quali effetti comporterà in concreto l'adesione e, in particolare, quale sarà il futuro rapporto tra CG e Cedu; del resto i negoziati per l'adesione potrebbero richiedere diversi anni. Senza dubbio essa consentirà ai singoli individui di citare l'UE direttamente dinanzi alla Cedu per mancato rispetto della Convenzione.

### Punti salienti

- La protezione contro la discriminazione in Europa è sancita sia dal diritto dell'Unione sia dalla CEDU. I due sistemi sono in larga misura complementari e si rafforzano a vicenda, sebbene sussistano talune differenze di cui gli operatori del diritto devono essere a conoscenza.
- La CEDU tutela tutti gli individui nei territori soggetti alla giurisdizione dei quarantasette Stati firmatari, mentre le direttive dell'UE contro la discriminazione garantiscono la protezione soltanto ai cittadini dei ventisette Stati membri.
- Ai sensi dell'articolo 14 della CEDU, la discriminazione è vietata soltanto riguardo all'esercizio di un diritto riconosciuto nella Convenzione stessa. In forza del protocollo n. 12, il divieto di discriminazione assume una valenza a sé stante.
- Secondo il diritto della non discriminazione dell'Unione, il divieto di discriminazione ha valenza a sé stante, seppur limitato a contesti specifici, quali il lavoro.
- Le istituzioni dell'UE sono giuridicamente vincolate a rispettare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, comprese le disposizioni in materia di non discriminazione. Anche gli Stati membri dell'UE sono tenuti a rispettare la Carta nel momento in cui applicano il diritto dell'Unione.
- L'UE ha aderito alla UNCRPD e aderirà alla CEDU. In seguito all'adesione, l'UE sarà sottoposta alla supervisione di organi di controllo esterni e i singoli individui avranno la facoltà di ricorrere direttamente alla Cedu per violazioni della Convenzione da parte dell'UE.

## Approfondimenti

Bamforth, Malik e O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* [Diritto in materia di discriminazione. Teoria e contesto], Sweet and Maxwell, Londra 2008, cap. 1 «Key Issues and Questions in Discrimination Law» [Aspetti fondamentali del diritto in materia di discriminazioni], cap. 2 «Sources and Scope of Domestic Discrimination Law» [Fonti e campo di applicazione del diritto nazionale in materia di discriminazione].

Barnard, *EC Employment Law* [Diritto comunitario del lavoro], 3a edizione, Oxford University Press, Oxford 2006, cap. 1 «The Evolution of 'EC' Social Policy» [L'evoluzione della politica sociale «comunitaria»].

Besson, «The European Union and Human Rights: Towards a Post-National Human Rights Institution?» [L'Unione europea e i diritti umani. Verso un'istituzione post-nazionale dei diritti umani?], *Human Rights Law Journal*, n. 6, 2006, pag. 323.

Butler, «A Comparative Analysis of Individual Petition in Regional and Global Human Rights Protection Mechanisms» [Analisi comparata delle petizioni individuali nei meccanismi regionali e globali di tutela dei diritti umani], *University of Queensland Law Journal*, n. 23, 2004, pag. 22.

Chalmers *et al*, *European Union Law: Text and Materials* [Il diritto dell'Unione europea. Testo e materiali], 2a edizione, Cambridge University Press, Cambridge 2010, cap. 1 «European Integration and the Treaty on European Union» [L'integrazione europea e Trattato sull'Unione europea], cap. 2 «EU institutions» [Istituzioni europee], cap. 6 «Fundamental Rights» [Diritti fondamentali].

Costello, «The Bosphorus Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe» [La sentenza Bosforo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Diritti fondamentali e confini incerti in Europa], *Human Rights Law Review*, n. 6.1, 2006, pag. 87.

Craig e de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials* [Diritto dell'Unione europea. Testo, casi e materiali], 4a edizione, Oxford University Press, Oxford 2008, cap. 1 «The Development of European Integration» [Lo sviluppo dell'integrazione europea], cap. 11 «Human Rights in the EU» [I diritti umani nell'UE].

Eicke, «The European Charter of Fundamental Rights – Unique Opportunity or Unwelcome Distraction» [La Carta dei diritti fondamentali europea. Un'opportunità unica o una distrazione indesiderata], *European Human Rights Law Review*, n. 3, 2000, pag. 280.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* [Diritto dell'Unione europea della non discriminazione], Oxford University Press, Oxford 2005, cap. 1 «Introduction» [Introduzione].

Equinet, *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice* [Interpretazione dinamica: il diritto europeo della non discriminazione nella pratica], voll. I-IV, disponibile all'indirizzo: [www.equineteurope.org/equinetpublications.html](http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html).

Fitzpatrick *et al.*, «The 1996 Intergovernmental Conference and the Prospects of a Non-Discrimination Treaty Article» [La Conferenza intergovernativa del 1996 e le prospettive di un articolo in materia di non discriminazione nel trattato], *Industrial Law Journal*, n. 25.4, 1996, pag. 320.

Guliyev, «Interdiction générale de la discrimination: droit fondamental ou droit de 'second rang'? CourEDH, Gde Ch., Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, 22 décembre 2009», *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, n. 31, 2010.

Heringa e Verhey, «The EU Charter: Text and Structure» [La Carta dell'UE. Testo e struttura], *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n. 8, 2001, pag. 11.

Llorente, «A Charter of Dubious Utility» [Una Carta di dubbia utilità], *International Journal of Constitutional Law*, n. 1.3, 2003, pag. 405.

Martin, «Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudences sous influence?», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 69, 2007.

Quesada Segura, «La no discriminación, la igualdad de trato y de oportunidades, en el ordenamiento europeo. Del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa, a los Tratados y a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008 (extraordinary number).

Royer, *The Council of Europe/Le Conseil de l'Europe* [Il Consiglio d'Europa], Consiglio d'Europa, Strasburgo 2009/2010.

Sadurski, «Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments» [La cooperazione con Strasburgo. La costituzionalizzazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'adesione degli Stati dell'Europa centrale e orientale al Consiglio d'Europa e l'idea delle sentenze pilota], *Human Rights Law Review*, n. 9.3, 2009, pag. 397.

Syrpis, «The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?» [Il trattato di Lisbona. Tanto rumore... ma per cosa?], *Industrial Law Journal*, n. 37.3, 2008, pag. 219.

Tulkens, «L'évolution du principe de non-discrimination à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in Carlier (a cura di), *L'étranger face au droit*, Bruylant, Bruxelles 2010.





# 2

## La discriminazione: categorie e tutele

### 2.1. Introduzione

Scopo del diritto della non discriminazione è garantire a tutti gli individui di accedere in modo equo e paritario alle opportunità offerte dalla società. Ogni giorno compiamo scelte su questioni come chi frequentare, dove effettuare i nostri acquisti e dove lavorare. Preferiamo delle cose e delle persone rispetto ad altre. Sebbene esprimere le nostre preferenze soggettive sia un fatto ovvio e naturale, talvolta la nostra funzione ci pone in una posizione di autorità o ci consente di prendere decisioni che possono avere ripercussioni dirette sulla vita di altre persone. Potremmo essere dipendenti pubblici, commercianti, datori di lavoro, padroni di casa o medici. A modo loro, costoro determinano il modo in cui vengono esercitati i pubblici poteri o in cui vengono offerti prodotti e servizi privati. In questi contesti non personali, il diritto della non discriminazione interviene in modo duplice nelle scelte che compiamo.

Innanzitutto stabilisce che tutti coloro che si trovano in una determinata situazione debbano ricevere lo stesso trattamento a prescindere dal fatto che possiedano o meno una caratteristica ritenuta «protetta». Si tratta della cosiddetta discriminazione «diretta». Nel quadro della CEDU, il divieto di discriminazione diretta è controbilanciato da un'eccezione generale basata sull'oggettiva giustificazione; per contro, le eccezioni al divieto di discriminazione diretta previste dal diritto dell'Unione sono più specifiche.

In secondo luogo, il diritto della non discriminazione stabilisce che le persone che si trovano in situazioni diverse devono ricevere un trattamento diverso nella misura in cui ciò sia loro necessario per fruire di determinate opportunità su un piano di parità

Il diritto della non discriminazione vieta sia le situazioni in cui persone o gruppi di persone nella stessa posizione ricevono un trattamento diverso, sia le situazioni in cui persone o gruppi di persone in posizioni diverse ricevono lo stesso trattamento<sup>14</sup>.

con gli altri. Nel momento in cui si attua una prassi o si definiscono delle regole, è dunque necessario tener conto dei medesimi motivi di discriminazione oggetto di protezione. Questa è la cosiddetta discriminazione «indiretta». Per tutte le forme di discriminazione indiretta sussiste un'eccezione basata sull'oggettiva giustificazione, indipendentemente dalla circostanza che il ricorso si fondi sulla CEDU o sul diritto dell'Unione.

Nel presente capitolo verrà approfondito il significato delle discriminazioni dirette e indirette, di alcune loro manifestazioni specifiche, quali le molestie o l'ordine di discriminare, e del modo in cui esse operano nella pratica, attraverso l'analisi della giurisprudenza. In aggiunta, saranno esaminate le modalità di funzionamento delle deroghe e eccezioni al divieto di discriminazione.

## 2.2. Discriminazione diretta

La discriminazione diretta è definita in modo analogo sia nella CEDU sia nel diritto dell'Unione. L'articolo 2, comma 2, della direttiva dell'UE sull'uguaglianza razziale stabilisce che «sussiste discriminazione diretta quando, a causa della sua razza od origine etnica, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»<sup>15</sup>. La formulazione usata dalla Cedu è che deve sussistere una «differenza nel trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni analoghe o significativamente simili, basata su una caratteristica identificabile»<sup>16</sup>.

La discriminazione diretta si verifica quando:

- una persona riceve un trattamento sfavorevole;
- rispetto a quello che hanno ricevuto o che riceverebbero altre persone in una situazione analoga;
- la ragione di questo trattamento, dovuto a una particolare caratteristica della persona, rientra fra i motivi di discriminazione che formano oggetto di protezione.

14 Cfr., per esempio, Cedu, decisione 6 gennaio 2005, *Hoogendijk c. Paesi Bassi (dec.)* (n. 58641/00).

15 Cfr. anche direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 2, lettera a); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera a); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera a).

16 Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC] (n. 42184/05); punto 61. Cfr. anche Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punto 175; Cedu, sentenza 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito* [GC] (n. 13378/05), punto 60.

## 2.2.1. Il trattamento sfavorevole

La discriminazione diretta si basa sulla differenza nel trattamento riservato a una persona. Di conseguenza, la discriminazione diretta si caratterizza in primo luogo per un trattamento sfavorevole. La sua individuazione può essere relativamente semplice rispetto alla discriminazione indiretta, per la quale sono spesso necessari dati statistici (cfr. *infra*). Fra gli esempi trattati nel presente manuale rientrano: il rifiuto dell'accesso a un ristorante o esercizio commerciale, l'attribuzione di una pensione o retribuzione inferiore, gli abusi o le violenze verbali, il rifiuto di passaggio attraverso un posto di controllo, l'età di pensionamento più alta o più bassa, l'impossibilità di accedere a una determinata professione, l'impossibilità di far valere diritti di eredità, l'esclusione dal sistema scolastico ordinario, l'espulsione, il divieto di indossare simboli religiosi, il rifiuto o la revoca di prestazioni previdenziali.

## 2.2.2. Il termine di confronto

Il trattamento sfavorevole assume rilievo ai fini della discriminazione qualora sia tale rispetto al trattamento riservato a un'altra persona che si trovi in situazione analoga. Un ricorso per scarsa retribuzione non equivale a una denuncia di discriminazione, a meno che non si possa dimostrare che la retribuzione sia inferiore a quella di una persona impiegata per svolgere le stesse mansioni presso lo stesso datore di lavoro. È quindi necessario un «termine di confronto», vale a dire una persona in circostanze materiali paragonabili, che si differenzi dalla presunta vittima principalmente per la caratteristica che forma oggetto del divieto di discriminazione. Gli esempi riportati nel presente manuale mostrano che in molti casi il termine di confronto non solleva controversie e, talvolta, è addirittura sottinteso dalle parti e dal giudice. Di seguito sono forniti alcuni esempi di casi in cui la questione del termine di confronto proposto è stata espressamente esaminata dall'organo decisionale.

Esempio: nella causa *Moustaquim c. Belgio*, un cittadino marocchino, condannato per diversi reati, sarebbe dovuto essere espulso dal territorio dello Stato<sup>17</sup>. Il cittadino marocchino sosteneva che l'espulsione equivaleva a un trattamento discriminatorio e denunciava una discriminazione fondata sulla nazionalità, affermando che i cittadini belgi non erano soggetti a espulsione a seguito di una condanna per reati penali. La Cedu ha constatato che la situazione del ricorren-

<sup>17</sup> Cedu, sentenza 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* (n. 12313/86).

te non era analoga a quella dei cittadini belgi, in quanto la CEDU vieta a uno Stato di espellere i propri cittadini. Pertanto la sua espulsione non equivaleva a un trattamento discriminatorio. Pur riconoscendo che il cittadino marocchino si trovava in una situazione analoga a quella di cittadini non belgi provenienti da altri Stati membri dell'UE (che non potevano essere espulsi in forza del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione), la Corte ha ritenuto giustificata la differenza di trattamento.

Esempio: nella causa *Allonby*, la ricorrente, che lavorava in un istituto scolastico come docente, si era vista negare il rinnovo del contratto di lavoro<sup>18</sup>. Trovato successivamente impiego presso una società che forniva insegnanti a istituti scolastici, le era stato affidato un incarico presso lo stesso istituto da cui proveniva, con le stesse mansioni ma con una retribuzione inferiore. La ricorrente lamentò una discriminazione fondata sul sesso, affermando che i docenti di sesso maschile impiegati dall'istituto percepivano una retribuzione superiore. La CG ha stabilito che i docenti di sesso maschile impiegati presso l'istituto non si trovavano in una situazione analoga, in quanto l'istituto non era responsabile dei livelli retributivi di entrambi, vale a dire del docente che impiegava direttamente e della ricorrente impiegata da una società esterna. La loro situazione non era quindi sufficientemente simile.

Esempio: nella causa *Luczak c. Polonia*, un agricoltore francese che viveva e lavorava in Polonia presentò ricorso essendosi visto negare l'accesso a un regime di previdenza sociale specifico per gli agricoltori, sulla base del fatto che detto regime non era aperto ai cittadini non polacchi<sup>19</sup>. La Cedu ha riconosciuto che il ricorrente si trovava in una situazione analoga a quella degli agricoltori polacchi legittimati a beneficiare di quel regime, in quanto risiedeva nel paese in via permanente, versava le tasse alla stregua dei cittadini polacchi, contribuiva al finanziamento del regime di previdenza sociale e risultava già iscritto al regime di previdenza sociale generale.

Esempio: nella causa *Richards*, la ricorrente si era sottoposta a un intervento chirurgico di rettificazione del sesso e chiedeva di poter percepire la pensione di anzianità a partire dal compimento del sessantesimo anno, l'età in cui le

18 CG, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Allonby c. Accrington and Rossendale College*, Racc. 2004, pag. I-873.

19 Cedu, sentenza 27 novembre 2007, *Luczak c. Polonia* (n. 77782/01); cfr. anche Cedu, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90).

donne maturano il diritto alla pensione nel Regno Unito<sup>20</sup>. Il governo rifiutava di concederle la pensione, sostenendo che la ricorrente non aveva subito un trattamento sfavorevole rispetto alle persone nella sua stessa situazione. Secondo il governo, il termine di confronto corretto in questo caso era costituito dagli «uomini», in quanto la ricorrente aveva vissuto come uomo. La CG ha concluso che, poiché il diritto nazionale permette a un individuo la rettificazione di sesso, il termine di confronto corretto era rappresentato dalle donne. Di conseguenza, la ricorrente era stata discriminata rispetto alle altre donne, in quanto le veniva imposta un'età pensionabile più elevata.

Esempio: nella causa *Burden c. Regno Unito*, due sorelle avevano coabitato per trentun'anni<sup>21</sup>. Possedevano una proprietà in comune e ciascuna aveva lasciato all'altra la propria quota di eredità nel testamento. Le ricorrenti lamentavano che, poiché il valore della proprietà superava la soglia prescritta, alla morte di una delle sorelle l'altra avrebbe dovuto pagare l'imposta di successione. A loro parere, ciò configurava una discriminazione con riguardo all'esercizio del diritto di proprietà, in quanto le coppie sposate e le coppie che avevano contratto unioni civili erano esentate dal pagamento dell'imposta di successione. La Cedu ha tuttavia constatato che le ricorrenti, in quanto sorelle, non potevano paragonarsi alle coppie conviventi sposate o unite civilmente. Il matrimonio e le unioni civili costituiscono rapporti speciali, sorretti dai diritti e dagli obblighi nascenti da un contratto stipulato liberamente e volontariamente. Viceversa il rapporto tra le ricorrenti si basava sulla consanguineità e quindi era fondamentalmente diverso.

Esempio: nella causa *Carson e a. c. Regno Unito*, i ricorrenti rilevavano che il governo britannico non applicava ai pensionati residenti all'estero lo stesso incremento del trattamento pensionistico riconosciuto ai pensionati residenti nel Regno Unito<sup>22</sup>. Secondo il diritto britannico, gli incrementi si applicavano soltanto ai residenti nel Regno Unito, fatta eccezione per i cittadini britannici in pensione nei paesi con i quali il Regno Unito aveva concluso un accordo bilaterale in materia di previdenza sociale. I ricorrenti, residenti in un paese che non aveva concluso un siffatto accordo, sostenevano di subire una discriminazione fondata sul luogo di residenza. La Cedu non ha accolto l'argomentazione

20 CG, sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Racc. 2006, pag. I-3585.

21 Cedu, sentenza 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito* [GC] (n. 13378/05).

22 Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC] (n. 42184/05).

dei ricorrenti, che affermavano di trovarsi nella stessa situazione dei pensionati residenti nel Regno Unito o dei cittadini britannici in pensione in un paese con il quale il Regno Unito aveva concluso un accordo bilaterale. La Cedu ha constatato che, sebbene questi diversi gruppi avessero tutti contribuito al gettito pubblico tramite il pagamento dell'assicurazione nazionale, tali versamenti non costituivano un fondo pensionistico, bensì entrate pubbliche generali destinate a finanziare varie voci della spesa pubblica. Inoltre, l'obbligo del governo di applicare incrementi si basava sulla considerazione dell'aumento del costo della vita nel Regno Unito. I ricorrenti non si trovavano quindi in una situazione paragonabile a quella di tali altri gruppi e, di conseguenza, non avevano subito una discriminazione.

Sulla necessità di individuare un «termine di confronto» idoneo, una chiara particolarità, almeno nell'ambito del diritto dell'Unione in materia di lavoro, ricorre nel caso in cui la vittima della discriminazione sia una donna in gravidanza. È giurisprudenza costante della CG, a partire dalla sentenza caposcuola pronunciata nella causa *Dekker*, che qualora il pregiudizio arrecato a una persona sia dovuto al fatto che questa sia in stato di gravidanza, tale persona sarà considerata vittima di una discriminazione diretta basata sul sesso, senza necessità di un termine di confronto<sup>23</sup>.

### 2.2.3. Il motivo oggetto del divieto di discriminazione

Il capitolo 4 esamina l'insieme dei motivi che formano oggetto del divieto di discriminazione ai sensi della normativa europea della non discriminazione, vale a dire: sesso, orientamento sessuale, disabilità, età, razza, origine etnica, origine nazionale e religione o convinzioni personali. In detto capitolo si esamina la necessità di un nesso di causalità fra il trattamento meno favorevole e il motivo oggetto del divieto di discriminazione. Per stabilire se questo requisito sia soddisfatto, è sufficiente porsi una semplice domanda: la persona avrebbe ricevuto un trattamento meno favorevole se fosse stata di un altro sesso, di un'altra razza, di un'altra età, o in una condizione diversa rispetto a uno degli altri motivi oggetto del divieto di discriminazione? Se la risposta è affermativa, il trattamento meno favorevole è chiaramente determinato dal motivo in questione.

<sup>23</sup> CG, sentenza 8 novembre 1990, causa C-177/88, *Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (JV-Centrum) Plus*, Racc. 1990, pag. I-3941. Cfr. nello stesso senso CG, sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd*, Racc. 1994, pag. I-3567.

La norma o la prassi seguita non deve necessariamente riguardare in modo esplicito il motivo oggetto del divieto di discriminazione, essendo sufficiente che si riferisca a un altro fattore indissociabile da quest'ultimo. In altri termini, quando si considera se sia stata commessa una discriminazione diretta, si valuta se il trattamento meno favorevole sia dovuto a un motivo che non è separabile dal particolare fattore oggetto di doglianza.

Esempio: nella causa *James c. Eastleigh Borough Council*, il signor James doveva pagare il biglietto per accedere a una piscina di Eastleigh, mentre sua moglie, la signora James, poteva entrare gratuitamente<sup>24</sup>. Avevano entrambi 61 anni. Il diritto all'ingresso gratuito era riconosciuto soltanto alla signora James perché era in pensione, mentre il signor James non lo era ancora, in quanto nel Regno Unito l'età pensionabile maschile è 65 anni e quella femminile 60 anni. Sebbene la regola dell'ingresso gratuito in piscina fosse basata sulla condizione di essere o non essere in pensione, l'età pensionabile era legata al sesso. La camera dei Lord del Regno Unito ha concluso che se il signor James fosse stato del sesso opposto avrebbe ricevuto lo stesso trattamento riservato alla moglie. Ha inoltre stabilito che l'intenzione e il motivo alla base del trattamento non erano rilevanti, poiché l'oggetto in esame era soltanto il trattamento.

Esempio: nella causa *Maruko*, una coppia di due uomini aveva contratto un'unione solidale<sup>25</sup>. In seguito al decesso del partner, il ricorrente chiedeva il beneficio di una pensione di vedovanza presso l'ente che gestiva il regime previdenziale di categoria del partner deceduto. L'ente aveva respinto la domanda del ricorrente in quanto le prestazioni ai superstiti erano corrisposte soltanto ai coniugi, e lui non era stato sposato con il deceduto. La CG ha riconosciuto che il rifiuto di corrispondere la prestazione equivaleva a un trattamento meno favorevole rispetto al termine di confronto rappresentato dal «coniuge». Ha constatato che la costituzione di un'unione solidale in Germania creava per i partner molti diritti e responsabilità identici a quelli dei coniugi, in particolare per quanto riguarda i regimi pensionistici pubblici. È stata dunque pronta a riconoscere che, per quanto riguarda la prestazione suddetta, i partner di unioni solidali si trovavano in una posizione analoga a quella dei coniugi. La CG ha altresì affermato che tale trattamento equivarrebbe a una discriminazione fon-

24 Sentenza 14 giugno 1990, *James c. Eastleigh Borough Council* [1990] Camera dei Lord del Regno Unito, Sesta sezione.

25 CG, sentenza 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Racc. 2008, pag. I-1757.

data sull'orientamento sessuale. Il fatto che i partner non potessero sposarsi era quindi inseparabile dal loro orientamento sessuale.

Esempio: nella causa *Aziz c. Cipro*, il ricorrente denunciava di essere stato privato del diritto di voto a causa della sua origine etnica turco-cipriota<sup>26</sup>. All'epoca il diritto cipriota permetteva ai turchi-ciprioti e ai greci-ciprioti di votare alle elezioni politiche soltanto per i candidati appartenenti alla rispettiva comunità etnica. Tuttavia, in seguito all'occupazione turca di Cipro Nord, la grande maggioranza della comunità turca aveva lasciato il territorio e la partecipazione dei turchi-ciprioti al parlamento era stata sospesa. Di conseguenza, non esisteva più una lista di candidati per i quali il ricorrente potesse votare. Il governo sosteneva che l'impossibilità di votare era dovuta all'assenza di candidati disponibili, ma la Cedu ha espresso il parere che lo stretto legame esistente tra i regolamenti elettorali e l'appartenenza alla comunità turco-cipriota, assieme al mancato adeguamento dei regolamenti elettorali alla nuova situazione da parte del governo, faceva sì che tale rifiuto equivalesse a una discriminazione diretta basata sull'origine etnica.

I giudici hanno fornito un'interpretazione estensiva del motivo che forma oggetto del divieto di discriminazione. Quest'ultimo può comprendere la «discriminazione per associazione», nel qual caso la vittima della discriminazione non è la persona che possiede la caratteristica protetta. È altresì possibile che il motivo in questione sia interpretato in senso astratto. Gli operatori del diritto devono pertanto condurre un'analisi approfondita della *ratio* alla base del trattamento meno favorevole e ricercare conferme del fatto che il motivo oggetto del divieto sia la causa, diretta o indiretta, di tale trattamento.

Esempio: nel caso *Coleman*, una madre sosteneva di aver subito un trattamento sfavorevole sul lavoro, dovuto al fatto che suo figlio fosse disabile<sup>27</sup>. A causa di questa disabilità, talvolta era arrivata in ritardo in ufficio e aveva chiesto permessi in funzione delle esigenze del figlio. Le richieste erano state respinte, la ricorrente era stata minacciata di licenziamento ed erano stati fatti commenti insultanti sulle condizioni del figlio. La CG ha ammesso come termine di confronto i colleghi in mansioni analoghe con figli, constatando che era stata loro concessa

26 Cedu, sentenza 22 giugno 2004, *Aziz c. Cipro* (n. 69949/01).

27 CG, sentenza 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, Racc. 2008, pag. I-5603.



la flessibilità richiesta. Ha inoltre riconosciuto che tale trattamento configurava un'ipotesi di discriminazione e molestie dovute alla disabilità del figlio.

Esempio: nella causa *Weller c. Ungheria* una donna romena era sposata con un ungherese e dall'unione erano nati quattro figli<sup>28</sup>. La donna non era stata ammessa a beneficiare delle prestazioni per maternità dopo il parto, non essendo cittadina ungherese. Il marito aveva cercato di ottenere tali prestazioni, ma la sua richiesta era stata respinta dal governo secondo il quale le prestazioni potevano essere corrisposte soltanto alle madri. La Cedu ha constatato che l'uomo aveva subito una discriminazione fondata sulla paternità (anziché sul sesso), in quanto i genitori adottivi o i tutori di sesso maschile erano ammessi a beneficiare di tali prestazioni, mentre i padri biologici non lo erano. Anche i figli avevano presentato ricorso per discriminazione dovuta al rifiuto di concedere le prestazioni al padre, che è stato accolto dalla Cedu. I figli avevano dunque subito una discriminazione fondata sulla condizione del loro genitore quale padre biologico.

Esempio: nella causa *P. c. S. e Cornwall County Council* la ricorrente si era sottoposta a un ciclo di trattamenti per la rettificazione del sesso da maschile a femminile ed era stata licenziata dal datore di lavoro. La CG ha constatato che il licenziamento costituiva un trattamento sfavorevole<sup>29</sup>. Per quanto riguarda il termine di confronto, la CG ha statuito che «una persona, se licenziata per aver intenzione di sottoporsi o per essersi sottoposta a un intervento di rettificazione del sesso, subisce un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso cui apparteneva prima di detta operazione». Quanto ai fattori di discriminazione, sebbene non fosse stato possibile dimostrare che la differenza di trattamento derivasse dall'appartenenza all'uno piuttosto che all'altro sesso, è stato possibile dimostrare la correlazione al sesso dell'interessata quale causa di discriminazione.

## 2.3. Discriminazione indiretta

Sia il diritto dell'Unione sia la CEDU riconoscono che la discriminazione può derivare non solo dal trattamento diverso di persone che si trovano in una situazione analoga, ma anche da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano

<sup>28</sup> Cedu, sentenza 31 marzo 2009, *Weller c. Ungheria* (n. 44399/05).

<sup>29</sup> CG, sentenza 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, Racc. 1996, pag. I-2143.

in situazioni diverse. In quest'ultimo caso si tratta di discriminazione «indiretta», in quanto la differenza non risiede tanto nel trattamento, quanto piuttosto negli effetti che esso produce, che sono percepiti in modo diverso da persone con caratteristiche differenti. Secondo l'articolo 2, comma 2, lettera b), della direttiva sull'uguaglianza

Gli elementi che compongono una discriminazione indiretta sono:

- una disposizione, un criterio o una prassi neutra,
- che colpisce in modo significativamente più sfavorevole un gruppo definito da uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione,
- rispetto ad altre persone in una situazione analoga.

razziale, «sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone»<sup>30</sup>. La Cedu ha fatto propria questa definizione di discriminazione indiretta in alcune recenti sentenze, affermando che «una differenza di trattamento può consistere nell'effetto sproporzionatamente pregiudizievole di una politica o di una misura generale che, se pur formulata in termini neutri, produce una discriminazione nei confronti di un determinato gruppo»<sup>31</sup>.

### 2.3.1. Disposizione, criterio o prassi neutri

Il primo elemento identificabile è una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri. In altre parole, deve esistere una condizione che si applichi a tutti. Di seguito sono descritti due casi esplicativi. Per ulteriori esempi si rimanda al capitolo 5, relativo alle prove e al ruolo dei dati statistici.

Esempio: nella causa *Schönheit* le pensioni dei dipendenti a tempo parziale venivano calcolate applicando un'aliquota diversa da quella riconosciuta ai dipendenti a tempo pieno<sup>32</sup>. L'aliquota diversa non si basava sulla differenza di tempo effettivamente lavorato. I lavoratori a orario ridotto percepivano quindi una pensione inferiore a quella dei lavoratori a tempo pieno, anche tenendo conto della diversa durata del periodo di servizio, il che significava che erano

30 Cfr. in tal senso direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera b).

31 Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punto 184; Cedu, sentenza 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (n. 33401/02), punto 183. Cedu, sentenza 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta* (n. 17209/02), punto 80.

32 CG, sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, Racc. 2003, pag. I-12575.

effettivamente pagati di meno. Questa norma neutra relativa al calcolo della pensione era applicata egualmente a tutti i lavoratori a orario ridotto. Tuttavia, poiché le donne costituivano circa l'88% dei dipendenti a tempo parziale, la norma produceva un effetto sproporzionatamente sfavorevole sulle donne rispetto agli uomini.

Esempio: nella causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca* una serie di test era stata usata per valutare l'intelligenza e l'idoneità degli alunni al fine di stabilire se dovessero essere trasferiti dal sistema di istruzione ordinario alle scuole speciali<sup>33</sup>. Tali scuole speciali erano destinate ad alunni con disabilità intellettuali e altre difficoltà di apprendimento. Lo stesso test veniva applicato a tutti gli alunni esaminati per l'inserimento nelle scuole speciali. Tuttavia, nella pratica il test era stato elaborato prendendo a riferimento la popolazione ceca generale, con la conseguenza che gli alunni rom avevano maggiori probabilità di ottenere risultati negativi, come infatti avveniva, tanto che il 50-90% dei bambini rom veniva educato al di fuori del sistema di istruzione ordinario. La Cedu ha constatato che si trattava di un caso di discriminazione indiretta.

### 2.3.2. Gli effetti significativamente più negativi su un gruppo protetto

Il secondo elemento identificabile è che la disposizione, il criterio o la prassi apparentemente neutri pongano un «gruppo protetto» in posizione di particolare svantaggio. Su questo aspetto la discriminazione indiretta si distingue dalla discriminazione diretta in quanto sposta l'attenzione dalla differenza di trattamento alla diversità degli effetti.

Quando, alla luce dei dati statistici, risulta che un gruppo protetto è colpito in modo sproporzionatamente negativo rispetto ad altri gruppi in situazioni analoghe, la CG e la Cedu ricercano elementi atti a dimostrare che una proporzione particolarmente ampia delle persone colpite negativamente è costituita da tale «gruppo protetto». Questo aspetto sarà esaminato in modo approfondito nel capitolo 5, relativo alle prove. Per il momento si richiama l'insieme di citazioni della CG, riportate nelle conclusioni dell'avvocato generale Léger, nella causa *Nolte* relativa a un caso di discriminazione fondata sul sesso:

<sup>33</sup> Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punto 79.

«[P]er essere considerata discriminatoria, la misura deve colpire ‘un numero molto maggiore di donne che di uomini’ [*Rinner-Kühn*<sup>34</sup>] o ‘una percentuale di uomini notevolmente inferiore a quella delle donne’ [*Nimz*,<sup>35</sup> *Kowalska*<sup>36</sup>] o ‘molte più donne che uomini’ [*Roks*<sup>37</sup>]<sup>38</sup>.

### 2.3.3. Il termine di confronto

Al pari della discriminazione diretta, anche qui il giudice deve individuare un termine di confronto per stabilire se l'effetto di una particolare disposizione, criterio o prassi sia significativamente più negativo di quello prodotto su altre persone che si trovano in una situazione analoga. Al riguardo il metodo seguito dai giudici non si differenzia da quello adottato per la discriminazione diretta.

## 2.4. Le molestie e l'ordine di discriminare

### 2.4.1. Le molestie e l'ordine di discriminare nell'ambito nelle direttive europee

Il divieto di molestie e dell'ordine di discriminare costituiscono un'evoluzione relativamente recente nell'ambito del diritto dell'Unione, introdotta per garantire una protezione più completa.

Le direttive UE considerano le molestie una specifica forma di discriminazione. In precedenza, questo comportamento era considerato alla stregua di una forma particolare di discriminazione diretta. La loro separazione in un elemento distinto nel quadro delle direttive si deve all'importanza di individuare più chiaramente questa

34 CG, sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Racc. 1989, pag. 2743.

35 CG, sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Racc. 1991, pag. I-297.

36 CG, sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Racc. 1990, pag. I-2591.

37 CG, sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *M.A. Roks (coniugata De Weerd) e a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e a.*, Racc. 1994, pag. I-571.

38 *Conclusioni dell'avvocato generale Léger* del 31 maggio 1995, punti 57-58, in CG, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, causa C-317/93, Racc. 1995, pag. I-4625, 14 dicembre 1995. Per un approccio analogo nel quadro della CEDU, cfr. causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), sentenza 13 novembre 2007 (esaminata nel capitolo 5, paragrafo 2.1).

forma particolarmente pregiudizievole di trattamento discriminatorio, più che a un cambiamento nell'elaborazione concettuale.

Nelle direttive sulla parità di trattamento tra uomini e donne sono inoltre espressamente comprese le molestie sessuali come forma specifica di discriminazione, nella quale il comportamento indesiderato espresso «in forma verbale, non verbale o fisica» abbia una «connotazione sessuale»<sup>40</sup>.

Secondo questa definizione, non è necessario un termine di confronto per dimostrare le molestie. Ciò rispecchia essenzialmente il fatto che le molestie sono di per sé negative a causa della forma che assumono (abuso verbale, non verbale o fisico) e dell'effetto che possono produrre (violare la dignità umana).

Le direttive comunitarie in materia sanciscono che le molestie debbano considerarsi alla stregua di una discriminazione qualora:

- il comportamento indesiderato sia determinato da un motivo rientrante fra quelli oggetto del divieto di discriminazione,
- avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona
- e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo<sup>39</sup>.

Gran parte degli orientamenti in materia di molestie a livello dell'UE deriva dalla dichiarazione del Consiglio del 19 dicembre 1991 relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta per combattere le molestie sessuali<sup>41</sup>. Il diritto dell'Unione segue un'impostazione flessibile oggettiva/soggettiva. In primo luogo, per stabilire se siano state compiute molestie si considera la percezione del trattamento da parte della vittima. In secondo luogo, tuttavia, anche se la vittima in realtà non risente gli effetti delle molestie è comunque possibile constatarne la sussistenza, purché il denunciante sia bersaglio del comportamento in questione.

39 Cfr.: direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 2, comma 3; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 3; direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera c); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera c).

40 Direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera d); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera d).

41 Dichiarazione del Consiglio, del 19 dicembre 1991, relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta volto a combattere le molestie sessuali, GU C 27 del 4.2.1992, pag. 1; raccomandazione 92/131/CEE della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro, GU L 49 del 24.2.1992, pag. 1.

Gli elementi di fatto per stabilire se un comportamento configuri molestie, di regola, sono accertati dal giudice nazionale prima del rinvio alla CG. I seguenti casi esplicativi sono quindi tratti dalle giurisdizioni nazionali.

Esempio: in una causa dinanzi a una Corte d'appello svedese il ricorrente aveva tentato di acquistare un cucciolo di cane<sup>42</sup>. Accortosi che l'acquirente era omosessuale, il negoziante si era rifiutato di concludere la vendita basandosi sul benessere del cucciolo, affermando che gli omosessuali praticano atti sessuali con gli animali. Il rifiuto di vendere il cucciolo è stato considerato una discriminazione diretta nel settore dell'accesso ai beni e ai servizi. I giudici svedesi hanno constatato, nella fattispecie, una molestia posta in essere a motivo dell'orientamento sessuale.

Esempio: in una controversia dinanzi all'autorità ungherese per la parità di trattamento era stato presentato un reclamo contro alcuni insegnanti che dicevano a degli studenti rom che la loro cattiva condotta a scuola era stata segnalata alla «Guardia ungherese», un'organizzazione nazionalista nota per gli atti di estrema violenza contro i rom<sup>43</sup>. È stato constatato che gli insegnanti avevano implicitamente avallato le opinioni razziste della Guardia e creato un clima di paura e intimidazione equivalente a molestie.

Tutte le direttive sulla non discriminazione dispongono che l'«ordine di discriminare» debba essere considerato una forma di «discriminazione»<sup>44</sup>. Tuttavia, nessuna norma contiene una definizione di questa espressione. Per risultare efficace contro le prassi discriminatorie, «l'ordine di discriminare» non dovrebbe dunque comprendere solo gli ordini di carattere obbligatorio, ma anche le situazioni in cui si esprime una preferenza o un incoraggiamento a trattare alcune persone in modo meno favorevole per uno dei motivi che formano oggetto del divieto di discriminazione.

42 Corte d'appello di Svea (Svezia), sentenza 11 febbraio 2008, causa n. T-3562-06, *Mediatore per le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale c. A. S.*. Una sintesi è disponibile in lingua inglese tramite la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 69.

43 Decisione n. 654/2009, 20 dicembre 2009, Autorità per la parità di trattamento (Ungheria). Una sintesi è disponibile in lingua inglese tramite la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, «New Report» [Nuova relazione]: [www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU\\_harassment\\_of\\_Roma\\_pupils\\_by\\_teachers.pdf](http://www.non-discrimination.net/content/media/HU-14-HU_harassment_of_Roma_pupils_by_teachers.pdf).

44 Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 4; direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 4, comma 4; direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 2, lettera b); direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 2, comma 4.

Si tratta di un concetto soggetto a evoluzione in ragione della giurisprudenza dei tribunali.

Sebbene le direttive contro la discriminazione non obblighino gli Stati membri a combattere gli atti di discriminazione tramite il diritto penale, una decisione quadro del Consiglio europeo impone a tutti gli Stati membri dell'UE l'obbligo di prevedere sanzioni penali per l'istigazione alla violenza o all'odio nei confronti di una persona o di un gruppo di persone per motivi di razza, colore, ascendenza, religione o convinzione personale, origine nazionale o etnica, per la diffusione di materiale razzista e xenofobo e per l'apologia, la negazione o la minimizzazione dei crimini di genocidio, dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità dirette contro tali gruppi di persone<sup>45</sup>. Gli Stati membri sono inoltre tenuti a considerare le intenzioni razziste e xenofobe una circostanza aggravante.

È quindi probabile che le molestie e l'istigazione a discriminare, oltre a costituire una discriminazione, possano anche ricadere nel diritto penale nazionale, soprattutto se riguardano la razza o l'origine etnica.

Esempio: in una causa dinanzi a un tribunale bulgaro, un deputato parlamentare aveva fatto diverse dichiarazioni offensive nei confronti delle comunità rom, ebraica e turca, e degli «stranieri» in generale<sup>46</sup>. Stando al deputato tali comunità impedivano ai bulgari di gestire lo Stato, commettevano reati impunemente e privavano i bulgari di un'assistenza sanitaria adeguata. Egli esortava i cittadini a impedire che la Bulgaria si trasformasse in una «colonia» di questi gruppi. Il tribunale regionale di Sofia ha concluso che tale comportamento costituiva una molestia e un ordine di discriminare.

## 2.4.2. Le molestie e l'ordine di discriminare nel quadro della CEDU

La CEDU non vieta specificamente le molestie o l'ordine di discriminare, ma sancisce determinati diritti correlati. Le molestie possono quindi rientrare nel diritto al

<sup>45</sup> Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, GU L 328 del 6.12.2008, pag. 55.

<sup>46</sup> Tribunale regionale di Sofia (Bulgaria), sentenza 21 giugno 2006, n. 164, nella causa civile n. 2860/2006. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 11-1.

rispetto della sfera privata e familiare di cui all'articolo 8 della CEDU o nel diritto di non subire pene o trattamenti inumani o degradanti sancito dall'articolo 3, mentre l'ordine di discriminare può essere contemplato da altri articoli, come la libertà di religione o di riunione di cui agli articoli 9 e 11, a seconda del contesto. Qualora questi atti contengano un intento discriminatorio, la Cedu accerta le presunte violazioni alla luce degli articoli pertinenti, in combinato disposto con l'articolo 14 che vieta la discriminazione. Di seguito sono riportati alcuni casi rientranti nelle fattispecie suindicate, esaminati nel contesto della CEDU.

Esempio: nella causa *Bączkowski e a. c. Polonia* il sindaco di Varsavia aveva pubblicamente diramato annunci a sfondo omofobico, affermando che non avrebbe autorizzato un corteo volto a sensibilizzare la popolazione sul problema della discriminazione basata sull'orientamento sessuale<sup>47</sup>. Ricevuta la richiesta, l'organo amministrativo competente aveva quindi deciso di negare l'autorizzazione per altri motivi, per esempio la necessità di prevenire scontri tra i manifestanti. La Cedu ha constatato che le dichiarazioni del sindaco potevano avere influenzato la decisione delle autorità competenti, e che tale decisione si fondava su motivi legati all'orientamento sessuale e pertanto costituiva una violazione del diritto alla libertà di riunione, congiuntamente al diritto di non subire discriminazioni.

Esempio: nella causa *Paraskeva Todorova c. Bulgaria* i giudici nazionali, nell'emettere sentenza contro una cittadina di origine rom, avevano espressamente respinto la raccomandazione del pubblico ministero di concedere una sospensione dell'esecuzione della pena, affermando che esisteva una cultura d'impunità tra la minoranza rom e sottintendendo che il caso in questione meritava un trattamento esemplare<sup>48</sup>. La Cedu ha riconosciuto che questo comportamento violava il diritto dell'interessata a un equo processo unitamente al diritto di non subire discriminazioni.

## 2.5. Le misure speciali o specifiche

Come già rilevato, i casi di discriminazione indiretta sono dovuti al fatto che la stessa norma viene applicata a tutti indistintamente, senza tenere conto di eventuali differenze. Per prevenire e per porre rimedio a questo tipo di situazioni, i governi, i datori di lavoro e i prestatori di servizi devono prendere provvedimenti affinché

47 Cedu, sentenza 3 maggio 2007, *Bączkowski e a. c. Polonia* (n. 1543/06).

48 Cedu, sentenza 25 marzo 2010, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria* (n. 37193/07).



le norme e le prassi tengano conto di tali differenze; devono cioè intervenire per adeguare politiche e misure esistenti. Nel contesto delle Nazioni Unite, tali provvedimenti sono definiti «misure speciali», mentre nel contesto del diritto dell'Unione si tratta delle cosiddette «misure specifiche» o «azioni positive». Adottando misure speciali, i governi possono garantire la «parità di fatto», vale a dire l'opportunità di fruire in maniera paritaria e reale dei benefici offerti dalla società, anziché una mera «parità formale». Se i governi, i datori di lavoro e i prestatori di servizi non prendono in considerazione la necessità di adottare misure speciali, aumenta il rischio che le loro norme e prassi possano comportare discriminazioni indirette.

La Cedu ha affermato che «il diritto di non subire discriminazioni nel godimento dei diritti riconosciuti dalla Convenzione è violato anche quando gli Stati [...] non riservano un trattamento diverso a persone che si trovano in situazioni significativamente diverse<sup>49</sup>». La possibilità di introdurre azioni positive è espressamente prevista dalle direttive europee contro la discriminazione, le quali stabiliscono che «[a]llo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure specifiche dirette a evitare o compensare svantaggi connessi con [un motivo oggetto del divieto di discriminazione]»<sup>50</sup>.

L'articolo 5 della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione contiene precisazioni relative alla norma generale delle misure specifiche per quanto riguarda i disabili, che impongono ai datori di lavoro di prevedere «soluzioni ragionevoli» per permettere alle persone con disabilità fisiche o mentali di godere di pari opportunità sul lavoro. Tali soluzioni sono definite come «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato». Tali provvedimenti possono contemplare l'installazione di un ascensore o di una rampa o di un bagno per disabili nel luogo di lavoro per potervi accedere con la sedia a rotelle.

49 Cedu, sentenza 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia* [GC] (n. 34369/97), punto 44. Cfr. in tal senso anche Cedu, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (n. 2346/02), punto 88.

50 Direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 5; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 7; direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 6; e, con una formulazione leggermente diversa, direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 3.

Esempio: nella causa *Thlimmenos c. Grecia* il diritto nazionale vietava alle persone con precedenti penali di esercitare la professione di esperto contabile, in quanto una condanna per infrazioni di natura penale implicava l'assenza dell'onestà e dell'affidabilità necessarie per svolgere tale funzione. Il ricorrente era stato condannato per aver rifiutato di indossare la divisa militare durante il servizio di leva, in quanto aderiva ai Testimoni di Geova, una congregazione religiosa pacifista. La Cedu ha riconosciuto che non sussistevano motivi per escludere dalla professione persone condannate per reati non legati a problemi di affidabilità e onestà. Il governo aveva discriminato il ricorrente nella misura in cui non aveva stabilito un'eccezione alla norma per tali situazioni, violando il suo diritto di manifestare il proprio credo (articolo 9 della CEDU), unitamente al divieto di discriminazione.

Esempio: in un caso sottoposto all'organo per la promozione della parità di trattamento di Cipro, il ricorrente, affetto da disabilità visiva, aveva partecipato a un esame di ammissione al pubblico impiego<sup>51</sup>. Aveva chiesto del tempo supplementare per completare l'esame e gli erano stati concessi trenta minuti, poi dedotti dalla pausa alla quale tutti avevano diritto. L'organo per la promozione della parità di trattamento ha però constatato l'assenza di una procedura uniforme per valutare quando sorgesse l'esigenza di adottare provvedimenti appropriati per i candidati in situazioni particolari e che, alla luce dei fatti, non era stato fatto abbastanza per creare condizioni che consentissero al/alla ricorrente di competere su un piano di parità con gli altri candidati. L'organo ha pertanto raccomandato allo Stato di formare un gruppo di esperti nel quadro di una procedura uniforme volta a esaminare caso per caso le situazioni che richiedono l'adozione di ragionevoli agevolazioni.

Esempio: una persona costretta sulla sedia a rotelle ha presentato ricorso ai giudici francesi contro il ministero dell'Istruzione che non gli aveva assegnato un determinato posto<sup>52</sup>. La domanda del ricorrente figurava al terzo posto nella lista dei candidati. I primi due candidati avevano rinunciato al posto, che era stato quindi offerto al quarto candidato anziché al ricorrente, al quale veniva invece proposto un impiego in un altro dipartimento, che era stato adattato

51 Organo per la promozione della parità di trattamento (Cipro), rif. A.K.I. 37/2008, 8 ottobre 2008. Una sintesi è disponibile in lingua inglese tramite la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 43.

52 Tribunale amministrativo di Rouen (Francia), sentenza 24 giugno 2008, n. 0500526-3, *Boutheiller c. Ministère de l'éducation*. Una sintesi è disponibile in lingua inglese tramite la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 45.

per consentire l'accesso con la sedia a rotelle. Lo Stato giustificava la decisione affermando che non era nell'interesse pubblico investire fondi per modificare la sede al fine di ottemperare all'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Il tribunale ha riconosciuto che il ministero dell'Istruzione non aveva assolto al proprio dovere di adottare soluzioni ragionevoli per le persone disabili, le quali non potevano essere svlitate in ragione di considerazioni di carattere gestionale.

L'espressione «misure speciali» talvolta è usata anche in riferimento a una situazione in cui la differenza di trattamento favorisce (anziché svantaggiare) una persona in ragione della sua caratteristica protetta. Per esempio, una donna viene scelta al posto di un uomo per un determinato impiego in quanto è donna e il datore di lavoro segue una politica intesa a riequilibrare la rappresentanza insufficiente delle donne tra il personale. La terminologia usata per descrivere questi casi varia enormemente e comprende la discriminazione «positiva», il «trattamento preferenziale», le «misure temporanee speciali» e «l'azione positiva»<sup>53</sup>. Questi termini esprimono la funzione riconosciuta di tali misure quali strumenti eccezionali di breve durata per combattere i pregiudizi nei confronti di persone che di norma subirebbero discriminazioni e per creare modelli di comportamento che servano da ispirazione ad altre persone che condividono la stessa caratteristica.

L'ammissibilità delle misure positive in favore di gruppi svantaggiati è rafforzata dagli orientamenti emanati da diversi organi di controllo responsabili dell'interpretazione dei trattati delle Nazioni Unite sui diritti umani. Tali organi hanno sottolineato che siffatte misure devono avere carattere temporaneo, e che la loro durata e portata devono essere limitate a quanto necessario per

53 Per esempio, comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, «General Recommendation No. 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination» [Raccomandazione generale n. 32: Il significato e la portata delle misure speciali nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale], documento ONU CERD/C/GC/32, 24 settembre 2009; Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, «General Comment 13: The Right to Education» [Osservazione generale n. 13: Il diritto all'istruzione], documento ONU E/C.12/1999/10, 8 dicembre 1999; Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, «General Recommendation No. 25: Article 4, para.1, of the Convention (temporary special measures)» [Raccomandazione generale n. 25: Articolo 4, comma 1, della Convenzione (misure speciali temporanee)], documento ONU A/59/38(SUPP), 18 marzo 2004; Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, «General Comment No. 18: Non-Discrimination» [Osservazione generale n. 18: Non discriminazione], documento ONU A/45/40(Vol.I)(SUPP), 10 novembre 1989; Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, «General Recommendation 30 on Discrimination against Non-Citizens» [Raccomandazione generale n. 30 sulla discriminazione nei confronti dei non cittadini], documento ONU HRI/GEN/1/Rev.7/Add.1, 4 maggio 2005.

rispondere alla disparità in questione<sup>54</sup>. Secondo il comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, per essere ammissibili tali misure devono avere come unico scopo l'eliminazione delle disparità esistenti e la prevenzione di squilibri futuri<sup>55</sup>. Il comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione nei confronti delle donne ha stabilito che le «misure speciali temporanee» possono comprendere «il trattamento preferenziale, la selezione, l'assunzione e la promozione mirate, obiettivi quantitativi con scadenze precise e sistemi di quote»<sup>56</sup>. Secondo la giurisprudenza della CG, esaminata di seguito, la proporzionalità di tali misure deve essere valutata in senso restrittivo.

I tribunali si sono mostrati inclini a trattare la discriminazione in questo contesto non come una forma distinta di discriminazione, ma come un'eccezione al divieto di discriminazione. In altre parole, i giudici riconoscono l'esistenza di una differenza di trattamento, che può tuttavia essere giustificata se ha lo scopo di rimediare a uno svantaggio preesistente, per esempio la rappresentanza insufficiente di determinati gruppi in un ambiente di lavoro.

Questa giustificazione della differenza di trattamento talvolta ricorre anche negli ordinamenti nazionali. Può essere intesa secondo una duplice prospettiva. Dal punto di vista del beneficiario, il trattamento più favorevole rispetto a una persona in una situazione analoga è concesso in ragione di una caratteristica protetta. Dal punto di vista della vittima, il trattamento meno favorevole è dovuto al fatto che non possiede una caratteristica protetta. Tipici esempi sono i posti riservati alle donne in ambienti di lavoro in cui prevalgono gli uomini o alle minoranze etniche nei servizi pubblici, quali le forze di polizia, al fine di rispecchiare meglio la composizione della società. È una sorta di discriminazione «inversa», perché il trattamento discriminatorio è accordato al fine di favorire una persona che, in base alle tendenze sociali del passato, con tutta probabilità riceverebbe un trattamento meno favorevole. In altri casi è definita «azione positiva», perché è un'azione specificamente adottata per compensare uno svantaggio pregresso promuovendo

---

54 *Ibid.*

55 Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale, «General Recommendation 32: The Meaning and Scope of Special Measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», [Raccomandazione generale n. 32: Il significato e la portata delle misure speciali nella Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale], documento ONU CERD/C/GC/32, 24 settembre 2009, paragrafi 21-26.

56 Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, «General Recommendation No. 25: Article 4, paragraph 1, of the Convention (temporary special measures)» [Raccomandazione generale n. 25: Articolo 4, comma 1, della Convenzione (misure speciali temporanee)], documento ONU A/59/38(SUPP), 18 marzo 2004, paragrafo 22.

la partecipazione di gruppi storicamente svantaggiati; in questo senso, si basa su un obiettivo positivo, anziché sul pregiudizio contro determinati gruppi.

Questa nozione compare raramente nella giurisprudenza della Cedu, mentre è tenuta in maggiore considerazione nel contesto dell'Unione, in cui la CG si è occupata di una serie di cause di lavoro. Le misure specifiche figurano come eccezione a sé stante nelle direttive contro la discriminazione e nella giurisprudenza della CG, e sono ricomprese nell'eccezione del «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa», esaminato più avanti, al paragrafo 2.6.4.1.

Le cause principali esaminate dalla CG riguardanti misure speciali sono emerse nel contesto della parità tra uomini e donne, in particolare nella causa *Kalanke*<sup>57</sup>, nella causa *Marschall*<sup>58</sup> e nella causa *Abrahamsson*<sup>59</sup>. Nell'insieme queste sentenze hanno definito i limiti entro cui è possibile introdurre delle misure speciali per compensare, nelle fattispecie, gli svantaggi subiti dalle lavoratrici nel corso del rapporto di lavoro.

Esempio: nella causa *Kalanke* la CG ha adottato un approccio restrittivo nei riguardi di un trattamento preferenziale accordato per rimediare a una scarsa presenza femminile in determinati impieghi. La causa riguardava una legge regionale che preferiva automaticamente i candidati di sesso femminile in caso di nomina o promozione. In altri termini, nei settori in cui le donne figurano sottorappresentate, a parità di qualificazioni tra candidati di sesso diverso la preferenza sarebbe dovuta andare alle candidate di sesso femminile. Per rappresentanza insufficiente si intendeva la situazione nella quale le donne occupavano meno della metà dei posti dell'organico nel servizio considerato. Nella fattispecie un candidato respinto, il signor Kalanke, aveva presentato ricorso ai tribunali nazionali denunciando una discriminazione fondata sul sesso. Il giudice nazionale rinviava la questione alla CG, chiedendo se tale normativa fosse compatibile con l'articolo 2, comma 4, della direttiva sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro del 1976 (antecedente all'articolo 3 della direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne, relativo all'«azione positiva») che recita: «La presente direttiva non pregiudica le misure volte a promuovere la pa-

57 CG, sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Racc. 1995, pag. I-3051.

58 CG, sentenza 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Racc. 1997, pag. I-6363.

59 CG, sentenza 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, Racc. 2000, pag. I-5539.

rità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne»<sup>60</sup>.

La CG ha osservato che l'articolo 2, comma 4, ha lo scopo di autorizzare provvedimenti che, «pur apparendo discriminatori, mirano effettivamente a eliminare o a ridurre le disparità di fatto che possono esistere nella realtà della vita sociale»<sup>61</sup>. È stato riconosciuto che la normativa perseguiva l'obiettivo legittimo di eliminare le disparità presenti nel mondo del lavoro. Di conseguenza, in linea di principio, i provvedimenti che conferiscono alle donne un vantaggio specifico sul lavoro, ivi compresa la promozione, sono ammissibili purché siano adottati allo scopo di migliorare la loro attitudine a concorrere sul mercato del lavoro senza subire discriminazioni.

In proposito si rileva che la CG ha precisato che un'eventuale deroga al diritto alla parità di trattamento deve essere interpretata restrittivamente. Ha quindi concluso che, poiché la normativa in questione assicurava «una preferenza assoluta e incondizionata alle donne in caso di nomina o promozione», il provvedimento era effettivamente sproporzionato rispetto all'obiettivo di eliminare le disparità in relazione con il diritto alla parità di trattamento. In questo caso il trattamento preferenziale non poteva quindi essere giustificato.

I casi successivi rivelano nondimeno che le misure specifiche possono essere autorizzate se la normativa non prevede la concessione automatica e incondizionata della preferenza.

Esempio: la causa *Marschall* riguardava una legge analoga nella sostanza a quella esaminata nella causa *Kalanke*. Tuttavia la norma in questione stabiliva che, a parità di qualificazioni, le donne dovevano avere precedenza «a meno che non prevalgano motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile». Il signor Marschall, la cui candidatura a un posto era stata respinta in favore di una sua concorrente, contestava la legittimità della norma dinanzi ai tribunali nazionali, che rinviavano la questione alla CG, chiedendo anche in

60 Direttiva 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, GU L 39 del 14.2.1976, pag. 40.

61 Questa formulazione è stata ampiamente adottata nei «considerando» delle direttive contro la discriminazione: direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), «considerando» 21; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, «considerando» 26; direttiva sull'uguaglianza razziale, «considerando» 17.

questo caso se detta norma fosse compatibile con la direttiva sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro. La CG ha dichiarato che una norma siffatta non è sproporzionata rispetto all'obiettivo legittimo di eliminare le disparità se, «in ciascun caso individuale, garantisce ai candidati di sesso maschile aventi una qualificazione pari a quella dei candidati di sesso femminile un esame obiettivo delle candidature che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di detti criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile». Il margine di discrezionalità previsto dalla norma impediva quindi che fosse accordata una preferenza assoluta e di conseguenza la norma era proporzionata rispetto all'obiettivo di rimediare alle disparità presenti nel mondo del lavoro.

Esempio: la causa *Abrahamsson* verteva sulla legittimità di una legge svedese, intermedia rispetto alla preferenza incondizionata della causa *Kalanke* e al margine di discrezionalità garantito nella causa *Marschall*. La norma stabiliva che un candidato a un posto di lavoro appartenente al sesso sottorappresentato e in possesso di qualifiche sufficienti per ricoprire tale posto doveva essere preferito a un candidato dell'altro sesso, a meno che «la differenza di qualificazione tra i candidati sia di rilevanza tale che ne conseguirebbe una violazione del criterio di obiettività che deve essere osservato nelle assunzioni». La CG ha constatato che la legge di fatto accordava automaticamente la preferenza ai candidati del sesso sottorappresentato. Il fatto che la disposizione non si applicasse nel solo caso di una significativa differenza tra i meriti dei candidati non era sufficiente a impedire che la norma avesse effetti sproporzionati.

Questi casi evidenziano che la CG in generale ha adottato un approccio prudente nel consentire che le misure specifiche prevalgano sul principio di equità. Soltanto in limitate circostanze, nelle quali le misure specifiche non siano assolute e incondizionate, la CG ammette l'applicazione della deroga di cui all'articolo 2, comma 4, alle normative nazionali.

Quando trattano una questione riguardante misure specifiche ai sensi delle direttive UE sulla non discriminazione, gli operatori devono concentrarsi sull'«azione» che è stata adottata per favorire un determinato gruppo di persone. Come si evince chiaramente dalla giurisprudenza della CG esaminata, le misure specifiche devono essere intese come *extrema ratio*. Avvocati e magistrati, allorquando esaminano un caso riguardante questo tipo di misure, devono dunque assicurarsi che tutti i

candidati considerati dal datore di lavoro, compresi quelli che non sono contemplati nelle misure speciali, siano stati valutati in modo obiettivo ed equo in vista del posto disponibile. Sarà possibile ricorrere a misure speciali soltanto se in seguito a una siffatta valutazione obiettiva siano stati individuati diversi candidati, tra i quali figurano persone appartenenti a un gruppo mirato, ritenuti tutti ugualmente idonei a ricoprire il posto disponibile. Soltanto in simili circostanze una persona appartenente a un gruppo mirato, selezionato in ragione delle storiche discriminazioni subite in passato sul lavoro, può essere preferita a un'altra che non rientra in tale gruppo.

Pur essendosi imbattuta nella questione in un ristretto numero di fattispecie, la Cedu non ha ancora avuto occasione di trattare in modo approfondito casi vertenti su misure speciali.

Esempio: nella causa *Wintersberger c. Austria* la Cedu ha adottato una decisione relativa all'ammissibilità di un ricorso<sup>62</sup>. Il ricorrente, una persona disabile, era stato licenziato dal suo posto nel pubblico impiego. Secondo il diritto nazionale, le persone con disabilità beneficiavano di una protezione speciale in caso di licenziamento, che imponeva al datore di lavoro la previa autorizzazione di una commissione apposita. Qualora il datore di lavoro non fosse stato a conoscenza della disabilità, l'autorizzazione poteva essere concessa retroattivamente. Tale autorizzazione non era richiesta per le persone non disabili. Il ricorrente sosteneva che la possibilità di concedere l'autorizzazione retroattivamente per le persone con disabilità, ma non per le persone non disabili, costituiva una discriminazione. La Cedu ha constatato che in realtà la disposizione riguardava le persone disabili ed era quindi giustificata come esempio di discriminazione alla rovescia. Il ricorso è stato pertanto dichiarato irricevibile.

## Punti salienti

- La discriminazione si verifica allorché un individuo venga svantaggiato in qualche modo, sulla base di una «caratteristica protetta».
- La discriminazione assume forme molteplici: discriminazione diretta, discriminazione indiretta, molestie e ordine di discriminare.
- La discriminazione diretta si caratterizza per una disparità di trattamento; in altri termini occorre dimostrare che la presunta vittima sia stata trattata in modo meno

62 Cedu, decisione 27 maggio 2003, *Wintersberger c. Austria* (dec.) (n. 57448/00).



favorevole sulla base di una caratteristica riconducibile a un motivo oggetto del divieto di discriminazione.

- Il trattamento meno favorevole è accertato effettuando un confronto tra la presunta vittima e un'altra persona priva della caratteristica protetta in situazione analoga.
- Può accadere che il motivo oggetto del divieto di discriminazione non costituisca la ragione esplicita che sta dietro la differenza di trattamento, essendo sufficiente che quest'ultima ragione sia inscindibilmente legata al primo.
- La CG e i tribunali nazionali hanno riconosciuto la nozione di discriminazione per associazione, che si verifica quando una persona subisce un trattamento meno favorevole nel momento in cui viene associata con un'altra persona che possiede una «caratteristica protetta».
- Le molestie, pur essendo trattate separatamente nel quadro del diritto dell'Unione, sono una particolare manifestazione della discriminazione diretta.
- La discriminazione indiretta è caratterizzata dalla diversità delle ripercussioni o degli effetti: occorre dimostrare che un gruppo sia sfavorito da una decisione rispetto a un gruppo di confronto.
- Per dimostrare che sussiste una discriminazione indiretta è necessario dimostrare che, a livello di gruppo, coloro che possiedono una determinata caratteristica protetta subiscono effetti o ripercussioni diversi rispetto a coloro che sono privi di detta caratteristica.
- Al fine di garantire a tutti la parità di accesso a determinati diritti, i governi, i datori di lavoro e i prestatori di servizi possono essere chiamati ad adottare misure speciali o specifiche per adeguare le rispettive norme e prassi alle persone che possiedono caratteristiche diverse.
- Le espressioni «misure speciali» e «misure specifiche» possono riferirsi alle disposizioni adottate per rimediare agli svantaggi subiti in passato da persone che possiedono una caratteristica protetta. Se l'effetto è proporzionato, ciò può costituire una giustificazione della discriminazione.

## 2.6. Le eccezioni o giustificazioni del trattamento meno favorevole nel quadro delle normative europee della non discriminazione

### 2.6.1. Introduzione

In particolari circostanze, i giudici possono ritenere ammissibile un'effettiva disparità di trattamento. Il sistema delle giustificazioni in materia di discriminazione, previsto nel quadro del diritto dell'Unione, ancorché si differenzi da quello della CEDU nella forma, è molto simile nella sostanza.

Nell'ambito del diritto europeo della non discriminazione, una giustificazione può essere formulata in termini generali o in termini limitati e più specifici. La Cedu segue un'impostazione che garantisce una giustificazione formulata in termini generali per quanto riguarda la discriminazione sia diretta sia indiretta. Per contro, il diritto dell'Unione prevede soltanto giustificazioni o eccezioni limitate e specifiche in relazione alla discriminazione diretta e una giustificazione generale soltanto con riferimento alla discriminazione indiretta. In altre parole, a norma delle direttive contro la discriminazione, la discriminazione diretta può essere giustificata soltanto se è intesa a conseguire finalità specifiche, stabilite espressamente in queste direttive.

Nel quadro delle direttive contro la discriminazione, le giustificazioni specifiche sono peraltro riconducibili al regime più ampio della giustificazione generale riconosciuta dalla Cedu e sono in linea con il modo in cui detta giustificazione generale è applicata nella giurisprudenza. In sostanza, le giustificazioni specifiche contenute nelle direttive contro la discriminazione sono espressioni articolate della giustificazione generale, adattate e applicate al particolare settore del lavoro.

### 2.6.2. Scomposizione della giustificazione generica

Come già rilevato, nel quadro della CEDU una giustificazione generale è prevista per quanto riguarda la discriminazione sia diretta sia indiretta, mentre il diritto dell'Unione la prevede soltanto per la discriminazione indiretta. Secondo la Cedu:

*«una differenza nel trattamento riservato a persone in situazioni relativamente comparabili [...] è discriminatoria se è priva di giustificazione obiettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno scopo legittimo o se non sussiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende conseguire»<sup>63</sup>.*

Una formulazione analoga si ritrova nelle direttive dell'UE contro la discriminazione per quanto riguarda la discriminazione indiretta. La direttiva sull'uguaglianza razziale recita:

*«sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone, a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari»<sup>64</sup>.*

Secondo la formulazione utilizzata sia dalla Cedu sia nelle direttive contro la discriminazione, non si tratta, a rigore, di un'eccezione relativa alla discriminazione in quanto tale, ma di una giustificazione della differenza di trattamento che impedisce di constatare una discriminazione. Tuttavia nella sostanza, se non nella forma, i giudici trattano i motivi di giustificazione alla stregua di eccezioni alla discriminazione.

Per giustificare una differenza di trattamento occorre dimostrare:

- che la norma o la prassi in questione persegue una finalità legittima;
- che i mezzi scelti per conseguire tale finalità (cioè la misura che ha determinato la differenza di trattamento) siano proporzionati e necessari per il suo conseguimento.

Esempio: la CG ha precisato in modo dettagliato il concetto di giustificazione obiettiva nella causa *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*<sup>65</sup>. Nella fattispecie, i dipendenti a orario ridotto, esclusi dal regime pensionistico aziendale della Bilka (un grande magazzino), sostenevano che tale esclusione costituiva una discriminazione indiretta nei confronti delle donne, in quanto queste ultime rappresentavano la maggioranza dei lavoratori a orario ridotto. La CG ha rilevato che tale

63 Cedu, sentenza 29 aprile 2008, *Burden c. Regno Unito* [GC] (n. 13378/05), punto 60.

64 Direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 2, comma 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 2, comma 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 2, lettera b); direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 2, comma 1, lettera b).

65 CG, sentenza 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz*, Racc. 1986, pag. 1607.

prassi costituiva una discriminazione indiretta, a meno che la differenza nel trattamento potesse essere giustificata. A tale scopo, era necessario dimostrare che: «i mezzi scelti dalla Bilka rispondono ad un'effettiva esigenza dell'impresa, sono idonei a raggiungere l'obiettivo da questa perseguito e sono a tal fine necessari».

La Bilka sosteneva che la differenza di trattamento mirava a scoraggiare il lavoro a orario ridotto e a incentivare il lavoro a tempo pieno, in quanto i lavoratori a orario ridotto tendevano a rifiutare di lavorare nel tardo pomeriggio e di sabato, rendendo più difficile garantire la presenza di personale sufficiente. La CG ha rilevato che tale finalità potrebbe essere legittima. Non ha tuttavia risposto alla questione se l'esclusione dei lavoratori a orario ridotto dal regime pensionistico fosse proporzionata al suo conseguimento. Il criterio secondo cui le misure adottate devono essere «necessarie» comporta la necessità di dimostrare che non esistono mezzi alternativi ragionevoli che arrechino minore pregiudizio al principio della parità di trattamento. La CG ha lasciato al giudice nazionale il compito di applicare la legge alla fattispecie.

### 2.6.3. L'applicazione della giustificazione generale

Per stabilire se la differenza di trattamento sia proporzionata, il giudice deve accertare che:

- non esistano altri mezzi per conseguire la finalità perseguita che pregiudichino in misura minore il diritto alla parità di trattamento. In altre parole, che lo svantaggio subito sia il livello di pregiudizio minimo necessario per conseguire detta finalità;
- la finalità perseguita sia sufficientemente importante da giustificare tale livello di pregiudizio.

Nel contesto del lavoro, la CG è poco incline ad accettare le disparità di trattamento per motivi di gestione legati agli interessi economici dei datori di lavoro e tende ad accettare più facilmente il diverso trattamento finalizzato a realizzare obiettivi più ampi di politica sociale e in materia di lavoro in ragione delle conseguenze fiscali associate. Nelle fattispecie che si attagliano a queste considerazioni, la CG accorda agli Stati un ampio «margine di discrezionalità». Nel contesto della CEDU, la Cedu è meno disposta ad accettare le disparità di trattamento legate ad aspetti ritenuti fondamentali per la dignità della persona, come la discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, sulla sfera privata e familiare, ed è più propensa ad accettare

una differenza di trattamento legata a considerazioni generali di politica sociale, soprattutto se hanno dei risvolti fiscali. La Cedu usa l'espressione «margine di apprezzamento» in riferimento all'ambito di discrezionalità dello Stato nel determinare se il diverso trattamento sia giustificato. Nei casi in cui tale margine è considerato ridotto, la Cedu esercita un livello di controllo più elevato.

## 2.6.4. Le eccezioni specifiche nel quadro del diritto dell'Unione

Come si è visto, le direttive contro la discriminazione prevedono un insieme di eccezioni specifiche che permettono di giustificare le disparità di trattamento in un numero limitato di circostanze. L'«eccezione relativa al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa» è presente in tutte le direttive (tranne la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, che non riguarda l'occupazione); tale requisito permette ai datori di lavoro di riservare alle persone un diverso trattamento in ragione di un motivo rientrante fra quelli che formano oggetto del divieto di discriminazione, qualora quest'ultimo sia intrinsecamente legato all'idoneità o alle qualifiche richieste per svolgere un determinato lavoro<sup>66</sup>. Le altre due eccezioni sono previste soltanto dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione. In primo luogo, è ammessa la discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali nel caso delle attività professionali di organizzazioni la cui etica è fondata sulla religione<sup>67</sup>. In secondo luogo, è ammessa la discriminazione in ragione dell'età in determinate circostanze<sup>68</sup>. L'approccio restrittivo della CG nei riguardi delle eccezioni a sostegno della differenza di trattamento lascia supporre che le eventuali eccezioni saranno interpretate in senso restrittivo, tenuto conto della tendenza della Corte a porre l'accento sull'importanza dei diritti individuali sanciti dalle normative dell'Unione.<sup>69</sup>

### 2.6.4.1. Il requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa

Secondo le direttive contro la discriminazione, per quanto riguarda il settore dell'occupazione:

*«gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a [un motivo oggetto del divieto di discriminazione] non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale*

66 Direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 14, comma 2; direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 4; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 4, comma 1.

67 Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 4, comma 2.

68 Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 6.

69 Cfr., per esempio, CG, sentenza 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Racc. 1986, pag. 1651, punto 36.

*caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato»<sup>70</sup>.*

Questa eccezione permette ai datori di lavoro di riservare alle persone un diverso trattamento sulla base di una caratteristica protetta, qualora tale caratteristica sia direttamente legata all'idoneità o alla competenza a svolgere le mansioni richieste in un determinato impiego.

Esiste un insieme consolidato di professioni alle quali si applica la deroga relativa al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa: nella causa *Commissione c. Germania* la CG, basandosi su un'indagine della Commissione relativa all'applicazione della deroga alla discriminazione sessuale, ha indicato alcune attività lavorative per le quali potrebbe essere applicabile la deroga<sup>71</sup>. È stata prestata particolare attenzione alle professioni artistiche, per le quali possono essere necessari attributi che fanno parte delle caratteristiche individuali di una persona, per esempio la richiesta di una cantante perché una voce femminile si adatta meglio allo stile di esecuzione, di un giovane attore per una determinata parte, di una persona non disabile per un corpo di ballo, di indossatori di sesso maschile o femminile per particolari sfilate di moda. Con questo tuttavia non si intende fornire un elenco esaustivo. Altri esempi possono essere l'assunzione di una persona di origine cinese in un ristorante cinese per preservarne l'autenticità, oppure di una donna in un centro benessere per sole donne.

Esempio: nella causa *Commissione c. Francia*, la CG ha stabilito che in alcune circostanze non è illegittimo riservare posti di lavoro principalmente agli uomini nelle carceri maschili e principalmente alle donne nelle carceri femminili<sup>72</sup>. Tuttavia l'eccezione si può far valere soltanto per i posti che comportano lo svolgimento di mansioni per le quali l'appartenenza all'uno o all'altro sesso costituisce un fattore decisivo. Nella fattispecie le autorità francesi intendevano riservare una quota dei posti agli uomini, in quanto l'attività lavorativa poteva comportare l'uso della forza per dissuadere eventuali malintenzionati, oltre ad altre mansioni che potevano essere espletate soltanto dagli uomini. Sebbene la CG abbia accolto gli argomenti in linea di principio, le autorità francesi non

70 Direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 14, comma 2; direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 4; direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 4, comma 1.

71 CG, sentenza 21 maggio 1985, causa 248/83, *Commissione c. Germania*, Racc. 1985, pag. 1459.

72 CG, sentenza 30 giugno 1988, causa 318/86, *Commissione c. Francia*, Racc. 1988, pag. 3559.

avevano soddisfatto il criterio della trasparenza per quanto riguarda le attività specifiche che potevano essere espletate soltanto dagli uomini; le indicazioni generali sull'idoneità dell'uno o dell'altro sesso non sono sufficienti.

Esempio: nella causa *Johnston* un'agente di polizia che prestava servizio nell'Irlanda del Nord aveva presentato ricorso contro il mancato rinnovo del suo contratto. Il commissario capo aveva giustificato la decisione spiegando che le agenti non erano addestrate a maneggiare armi da fuoco in virtù del fatto che non si poteva escludere «la possibilità che, in una situazione di gravi disordini interni, il porto di armi da fuoco da parte di donne poliziotto le esponga a un più grave rischio di attentati e sia pertanto in contrasto con le esigenze della pubblica sicurezza». La CG ha concluso che, se si dovessero prendere in considerazione i pericoli per la sicurezza, tali pericoli riguarderebbero allo stesso modo gli uomini e le donne e le donne non sarebbero esposte a un rischio maggiore. A meno che la giustificazione riguardi le condizioni biologiche specifiche delle donne, per esempio la protezione durante la gravidanza, la differenza di trattamento non può essere giustificata dal fatto che l'opinione pubblica esige che le donne siano protette.

Esempio: nella causa *Mahlburg*, la ricorrente, in stato di gravidanza, era stata esclusa da un posto di infermiera con contratto a tempo indeterminato, che prevedeva lo svolgimento di una parte sostanziale dell'attività lavorativa in sala operatoria<sup>73</sup>. La decisione era stata giustificata con il motivo che il feto avrebbe potuto subire danni a causa dell'esposizione a sostanze nocive utilizzate in sala operatoria. La CG ha stabilito che, poiché il posto era a tempo indeterminato, risultava sproporzionato rifiutare l'assunzione alla ricorrente, in quanto la sua incapacità di svolgere il lavoro in sala operatoria era soltanto temporanea. Le restrizioni relative alle condizioni di lavoro delle donne in gravidanza erano legittime, ma dovevano essere strettamente limitate alle mansioni che avrebbero esposto la ricorrente a situazioni dannose e non potevano comportare un'esclusione generale dal lavoro.

Il diciottesimo considerando della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione contiene precisazioni sull'eccezione relativa al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa per quanto riguarda taluni servizi pubblici legati alla sicurezza. Non si tratta di un'eccezione distinta, ma di

73 CG, sentenza 3 febbraio 2000, causa C-207/98, *Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern*, Racc. 2000, pag. I-549.

una clausola che rende esplicita una delle conseguenze dell'eccezione relativa al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa in un contesto specifico:

*«La presente direttiva non può avere l'effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedano i requisiti necessari per svolgere l'insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell'obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi»<sup>74</sup>*

Di norma tale clausola si può applicare a una situazione in cui si rifiuta l'assunzione di persone disabili o che hanno superato una certa età per impieghi considerati molto impegnativi sul piano fisico. Al riguardo, l'articolo 3, comma 4, della direttiva permette agli Stati membri di escludere espressamente le forze armate dal campo di applicazione della direttiva. Sebbene questa disposizione non figuri nella direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), per capire come potrebbe operare facciamo ora riferimento a due casi di discriminazione fondata sul sesso nelle forze armate. Tali casi sono stati esaminati ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della direttiva sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro, che prevedeva la tutela relativa al «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa», ora contenuta nell'articolo 14, comma 2, della direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

Esempio: nella causa *Sirdar* la ricorrente aveva prestato servizio come cuoca in un'unità d'assalto. Era stata licenziata in seguito a tagli della spesa militare che avevano introdotto il principio dell'«interoperabilità» per le unità d'assalto<sup>75</sup>. L'«interoperabilità» prevedeva che ciascun componente dell'unità fosse in grado di combattere, a causa della scarsità di effettivi. La CG ha riconosciuto che le unità combattenti speciali composte esclusivamente da uomini erano giustificate allo scopo di garantire l'efficienza bellica e che il principio dell'interoperabilità escludeva quindi le donne. Ciò era dovuto al fatto che le unità d'assalto erano forze speciali di piccole dimensioni, di norma impiegate in

74 Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione (2000/78/CE), GU L 303 del 2.12.2000, pag. 16.

75 CG, *Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence*, causa C-273/97, Racc. 1999, pag. I-7403, 26 ottobre 1999.



prima linea. La CG ha concluso che la norma era necessaria al fine di garantire l'efficienza bellica.

Esempio: nella causa *Kreil* la ricorrente aveva presentato domanda di impiego come elettrotecnico nelle forze armate<sup>76</sup>. Il posto le era stato però negato in quanto le donne erano escluse da tutti gli impieghi militari comportanti l'uso di armi e potevano essere arruolate soltanto nei servizi di sanità e nelle formazioni di musica militare. La CG ha ritenuto che la portata di tale esclusione fosse troppo ampia, in quanto si applicava alla quasi totalità degli impieghi militari per il solo motivo che avrebbero potuto comportare la necessità di utilizzare armi. La giustificazione deve essere più strettamente correlata con le funzioni normalmente svolte in un determinato impiego. Per altro verso, la credibilità della giustificazione addotta dal governo appariva dubbia anche perché nei servizi accessibili alle donne era comunque previsto un avviamento all'uso delle armi a fini di autodifesa e di pronto soccorso. La misura non era quindi proporzionata al conseguimento dell'obiettivo perseguito. Non si possono inoltre fare distinzioni tra le donne e gli uomini per il motivo che le donne hanno bisogno di maggiore protezione, eccetto il caso in cui tali distinzioni riguardino fattori specifici della condizione biologica della donna, per esempio l'esigenza di protezione durante la gravidanza.

In futuro potrebbe diventare sempre più difficile giustificare la discriminazione fondata sul sesso per motivi di efficacia o efficienza di determinati servizi di sicurezza o di emergenza, in quanto i ruoli di genere e gli atteggiamenti sociali si modificano nel tempo e gli Stati membri sono tenuti a rivedere periodicamente le misure restrittive tenendo conto di tale evoluzione<sup>77</sup>.

#### 2.6.4.2. Le organizzazioni religiose

La direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione permette specificamente alle organizzazioni fondate sulla «religione» o sulle «convinzioni personali» di imporre talune condizioni ai loro dipendenti. L'articolo 4, comma 2, afferma che la direttiva non pregiudica «il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali [...] di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona

76 CG, sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil c. Repubblica federale di Germania*, Racc. 2000, pag. I-69.

77 Direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 31, comma 3.

fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione». Inoltre i datori di lavoro collegati a organizzazioni religiose possono rientrare nell'eccezione del «requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa», che ammette una differenza di trattamento basata sui principi religiosi dell'organizzazione.

L'articolo 4, paragrafi 1 e 2, permette quindi a organizzazioni quali le chiese di rifiutare, per esempio, l'assunzione di donne destinate all'ufficio di prete, pastore o ministro del culto, qualora ciò sia in contrasto con i dogmi di tale religione. La CG non si è ancora confrontata con questa disposizione, la quale è stata però applicata a livello nazionale. Di seguito si riportano due esempi nei quali è stata sollevata questa eccezione per giustificare la differenza di trattamento basata sull'orientamento sessuale.

Esempio: in una causa dinanzi a un tribunale finlandese, la Chiesa evangelica luterana della Finlandia aveva rifiutato di nominare cappellano (aiuto vicario) una persona impegnata in una relazione con persona dello stesso sesso<sup>78</sup>. Il tribunale amministrativo di Vaasa ha annullato la decisione in quanto l'eterosessualità non poteva considerarsi un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa in questione. Il giudice finlandese inoltre ha evidenziato il fatto che nel regolamento interno della Chiesa non si facesse alcun riferimento all'orientamento sessuale per quanto riguarda la nomina di vicari e cappellani.

Esempio: nella causa *Amicus* i giudici britannici sono stati chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità delle normative nazionali che recepiscono l'eccezione del requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa nel contesto delle organizzazioni religiose rispetto alla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione<sup>79</sup>. È stato rilevato che qualsiasi eccezione al principio della parità di trattamento deve essere interpretata in senso restrittivo. Secondo le normative nazionali, la disparità di trattamento era consentita se l'assunzione era destinata «agli scopi di una religione organizzata», ed è stato sottolineato che tale formulazione era molto più ristretta rispetto a quella facente riferimento «agli scopi di un'organizzazione religiosa».

78 Tribunale amministrativo di Vaasa (Finlandia), sentenza Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 187-1.

79 High Court (Regno Unito), sentenza 26 aprile 2004, *Amicus MSF Section, R (su domanda di) c. Secretary of State for Trade and Industry* [2004] EWHC 860 (Admin). Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA.

I giudici hanno quindi accolto l'argomentazione del governo secondo cui l'eccezione dovrebbe applicarsi a un numero alquanto limitato di impieghi legati alla promozione o alla rappresentazione della religione, quali i ministri del culto, ma non può permettere a organizzazioni religiose, quali scuole confessionali o case di cura religiose, di affermare che un posto di insegnante (la cui finalità è l'istruzione) o di infermiere (la cui finalità è l'assistenza sanitaria) rientri negli «scopi di una religione organizzata».

### 2.6.4.3. Le eccezioni basate sull'età

L'articolo 6 della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione prevede due giustificazioni distinte per le disparità di trattamento collegate all'età.

L'articolo 6, comma 1, permette la discriminazione in ragione dell'età nei casi in cui si perseguono «giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale», purché sia soddisfatto il criterio della proporzionalità. Alcuni esempi di casi in cui le disparità di trattamento possono essere giustificate sono: l'articolo 6, comma 1, lettera b), permette la «fissazione di condizioni minime di età, di esperienza professionale o di anzianità di lavoro per l'accesso all'occupazione». L'elenco non intende essere esaustivo e può essere ampliato secondo le fattispecie.

L'articolo 6, comma 2, permette la discriminazione fondata sull'età per quanto riguarda l'accesso o il diritto alle prestazioni dei regimi professionali di sicurezza sociale, senza necessità di soddisfare il criterio della proporzionalità.

Esempio: nella causa *Palacios*, la CG si è soffermata per la prima volta sull'applicazione dell'articolo 6 con riferimento, nella fattispecie, all'età di pensionamento obbligatorio<sup>80</sup>. Una volta constatato che l'età di pensionamento obbligatorio rientra nel campo di applicazione dell'articolo 6, la CG ha esaminato se la disposizione sia basata su una giustificazione oggettiva. Nel suo ragionamento la CG ha tenuto conto degli aspetti seguenti:

- la disposizione era stata originariamente introdotta per creare opportunità sul mercato del lavoro in un contesto economico caratterizzato da un alto tasso di disoccupazione;

<sup>80</sup> CG, sentenza 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Racc. 2007, pag. I-8531.

- esistevano elementi a conferma del fatto che la disposizione transitoria era stata adottata dietro pressione delle parti sociali per promuovere una migliore distribuzione del lavoro sotto il profilo intergenerazionale;
- la legge n. 14/2005 era stata promulgata con la collaborazione delle organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro, sul presupposto esplicito che la misura fosse «connessa con obiettivi coerenti con la politica del lavoro espressi nel contratto collettivo»;
- la clausola relativa al pensionamento obbligatorio era stata inserita nel contratto collettivo «al fine di promuovere l'occupazione».

Dopo aver esaminato questi fattori, la CG ha stabilito che, «ricollocata nel suo contesto, la disposizione transitoria [...] si propone quindi di disciplinare il mercato nazionale del lavoro, segnatamente con la finalità di contrastare la disoccupazione». La Corte ha riconosciuto che il contratto collettivo perseguiva una finalità legittima. A questo punto, è passata ad accertare se i mezzi adottati per conseguire tale scopo fossero «appropriati e necessari». La CG ha ribadito che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità in materia di politica sociale e di occupazione, e di conseguenza hanno la facoltà di adottare «disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione negli Stati membri». È risultata fondamentale la condizione che i lavoratori beneficino di una pensione di vecchiaia «il cui livello non può essere ritenuto irragionevole». Altrettanto determinante è stato il fatto che le disposizioni in questione erano previste dal contratto collettivo tra le parti sociali, garantendo così un livello di flessibilità tale da poter tenere conto, nella decisione relativa al pensionamento, del settore occupazionale interessato e delle prerogative dell'attività lavorativa in questione. La CG ha pertanto stabilito che la disposizione transitoria applicata al signor Palacios e il contratto collettivo erano oggettivamente giustificati e quindi compatibili con il diritto dell'Unione. L'approccio seguito dalla CG, suggerisce che l'articolo 6 sarà considerato alla stessa stregua della giustificazione oggettiva richiesta per gli altri motivi di discriminazione oggetto di protezione, esaminati in precedenza.

Esempio: nella causa *MacCulloch* il giudice britannico era stato chiamato a esaminare quei regimi di indennità di licenziamento che prevedevano indennità più elevate, in funzione dell'età e della durata del periodo di servizio<sup>81</sup>. In questo modo i

81 Employment Appeals Tribunal (Regno Unito), sentenza 22 luglio 2008, *MacCulloch c. Imperial Chemical Industries plc* [2008] IRLR 846.

dipendenti più anziani, con periodi di servizio più lunghi, avevano diritto a un'indennità notevolmente maggiore, rispetto al personale più giovane e di recente assunzione. Il tribunale del lavoro del Regno Unito ha riscontrato che, in linea di principio, la disposizione non era priva di un'oggettiva giustificazione in quanto premiava la fedeltà dei dipendenti più anziani, offrendo indennità più elevate che tenessero conto della loro vulnerabilità sul mercato del lavoro, incoraggiandoli nel contempo a lasciare spazio ai dipendenti più giovani. La sentenza fornisce peraltro orientamenti su come impostare l'analisi della giustificazione oggettiva, soffermandosi sulla necessità di tenere in debita considerazione l'elemento della proporzionalità prima di trarre conclusioni sulla giustificazione oggettiva.

Esempio: nella causa *Hütter c. Technische Universität Graz*, la CG ha esaminato, in sede di rinvio, una normativa austriaca secondo la quale l'esperienza professionale maturata prima del compimento del diciottesimo anno di età non aveva valore ai fini della determinazione della retribuzione. Il signor Hütter e una sua collega avevano entrambi effettuato un periodo di apprendistato presso la Technische Universität Graz, al termine del quale erano stati assunti con contratto trimestrale. Sulla base della normativa in questione, la retribuzione del signor Hütter, poco più che diciottenne, veniva calcolata tenendo conto di un'esperienza lavorativa pari a 6,5 mesi, mentre quella della sua collega, che aveva 22 mesi più di lui, era calcolata in funzione di un'esperienza lavorativa di 28,5 mesi. Ciò determinava una differenza nella retribuzione mensile, pur avendo entrambi maturato un analogo periodo di servizio.

Il signor Hütter proponeva ricorso, sostenendo che la norma in questione riservava un trattamento più favorevole a coloro che avevano acquisito un'esperienza professionale dopo il diciottesimo anno di età. La CG ha considerato in principio legittime le finalità della disposizione, vale a dire (1) non svantaggiare coloro che hanno compiuto studi di istruzione secondaria superiore rispetto ai lavoratori che provengono dalla formazione professionale; e (2) non rendere più oneroso il costo dell'apprendistato e favorire in tal modo l'ingresso nel mercato del lavoro dei giovani che seguono questo tipo di formazione. Pur riconoscendo che, per stabilire se i mezzi adoperati per conseguire le finalità legittime sono appropriati e necessari, lo Stato membro dispone di un notevole margine di discrezionalità, la CG ha constatato che non era stata fornita una giustificazione adeguata e oggettiva, in quanto la norma produceva un effetto sproporzionato sui lavoratori più giovani, soprattutto allorché, a parità di esperienza professionale, l'età dell'interessato influiva sul calcolo della retribuzione come nel caso di specie.

Si rileva che detto approccio è in linea con quello seguito dalla Cedu, la quale ha trattato la questione della differente età pensionabile di donne e uomini alla luce della CEDU nella causa *Stec e a.*, descritta al paragrafo 4.2. In tal senso, le eccezioni relative all'età sono coerenti con l'impostazione adottata dai giudici rispetto alle giustificazioni basate su obiettivi di politica sociale e in materia di occupazione.

## Punti salienti

- La CEDU contiene una giustificazione generale al divieto di discriminazione diretta. Il diritto dell'Unione prevede a tal fine giustificazioni o eccezioni specifiche, adattate al contesto lavorativo.
- Nel quadro del diritto dell'Unione e della CEDU la discriminazione indiretta è soggetta ad una generale giustificazione oggettiva.
- La differenza di trattamento può essere giustificata qualora persegua una finalità legittima e se i mezzi adoperati per conseguirla siano appropriati e necessari.
- Oltre alla giustificazione generale al divieto di discriminazione indiretta, il diritto dell'Unione della non discriminazione prevede altre eccezioni specifiche: (i) i requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento dell'attività lavorativa; (ii) le eccezioni riguardanti le organizzazioni religiose; (iii) le eccezioni specifiche per la discriminazione basata sull'età.
- L'età è l'unico tra i motivi che formano oggetto del divieto di discriminazione nell'UE per il quale la discriminazione diretta può essere oggettivamente giustificata.

## Approfondimenti

Bamforth, Malik e O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context* [Diritto in materia di discriminazione. Teoria e contesto], Sweet and Maxwell, Londra 2008, capp. 4, 5, 6, 8.

Barnard, *EC Employment Law* [Diritto comunitario del lavoro], Oxford University Press, Oxford 2006, capp. 6, 7, 8, 9, 10.

Bercusson, *European Labour Law* [Diritto europeo del lavoro], Cambridge University Press, Cambridge 2009, capp. 10, 11, 22.

Dubout, «L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour européenne des droits de l'homme: rénovation ou révolution? Epilogue dans l'affaire D.H. et autres c. République tchèque, Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), 13 novembre 2007», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 75, 2008.

Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* [Diritto dell'Unione europea della non discriminazione], Oxford University Press, Oxford 2005, cap. 6.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [Il contenzioso strategico della discriminazione fondata sulla razza in Europa: dai principi alla pratica], Russell Press, Nottingham 2004, Allegato 5.

Fredman, *Discrimination Law* [Diritto in materia di discriminazione], Oxford University Press, Oxford 2002, cap. 4.

Heyden e von Ungern-Sternberg, «Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009.

Interights, *Non-Discrimination in International Law* [La non discriminazione nel diritto internazionale], Interights, Londra 2005, capp. 3 e 4.

Marguénaud, «L'affaire Burden ou l'humiliation de la fratrie: Cour européenne des droits de l'homme (Gde Ch.), Burden et Burden c. Royaume Uni, 29 avril 2008», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 78, 2009.

Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* [Lo sviluppo di obblighi positivi nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo], Hart Publishing, Oxford 2004, cap. 7.

Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *The Limits and Potential of the Concept of Indirect Discrimination* [I limiti e le potenzialità del concetto di discriminazione indiretta], Ufficio pubblicazioni, Lussemburgo 2008.

Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78* [Oltre l'uguaglianza formale. Azione positiva nel quadro delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE], Ufficio pubblicazioni, Lussemburgo 2007, disponibile anche in francese e in tedesco.

Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *Age Discrimination and European Law* [Discriminazione basata sull'età e diritto europeo], Ufficio pubblicazioni, Lussemburgo 2005, disponibile anche in francese e in tedesco.

Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *Religion and Belief in Employment* [Religione e convinzioni personali nell'occupazione], Ufficio pubblicazioni, Lussemburgo 2006, disponibile anche in francese e tedesco.

Schiek, Waddington e Bell (a cura di), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* [Casi, materiali e testi sul diritto nazionale, sopranazionale e internazionale in materia di non discriminazione], Hart Publishing, Oxford 2007, capp. 2, 3 e 7.



# 3

## L'ambito di applicazione del diritto europeo della non discriminazione

### 3.1. Introduzione

Il diritto europeo della non discriminazione vieta la discriminazione diretta e indiretta ma soltanto in alcuni contesti. Nell'Unione europea la legislazione contro la discriminazione è stata introdotta al fine di favorire il buon funzionamento del mercato interno ed è stata quindi tradizionalmente limitata all'ambito lavorativo. Nel 2000, con l'adozione della direttiva sull'uguaglianza razziale, tale ambito è stato esteso in modo da includere l'accesso ai beni e ai servizi, da un lato, e l'accesso al sistema nazionale di previdenza sociale, dall'altro, in ragione del fatto che per garantire l'uguaglianza sul mercato del lavoro è necessario assicurare la parità di trattamento anche in ambiti contigui all'occupazione. È stata poi introdotta la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi al fine di tutelare la parità tra i sessi in questo settore. Peraltro, la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione adottata nel 2000, la quale vieta le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e la religione o convinzione personale, si applica soltanto nel contesto dell'occupazione. Come si è visto al paragrafo 1.1.2, l'estensione della protezione di queste caratteristiche al settore dei beni e dei servizi e al sistema di previdenza sociale è attualmente in corso di esame da parte degli organi legislativi.

Per contro, l'articolo 14 della CEDU garantisce il pari godimento dei diritti fondamentali riconosciuti nella Convenzione. Inoltre il protocollo n. 12 alla CEDU, entrato in vigore nel 2005, estende la portata del divieto di discriminazione in modo da includere ogni diritto garantito a livello nazionale, ancorché non rientrante nella portata dei diritti sanciti dalla CEDU. Tuttavia il protocollo è stato ratificato soltanto da 18 dei 47 Stati membri del CDE, tra i quali si contano sei Stati membri

dell'UE. Ciò significa che fra gli Stati membri dell'UE sussistono diverse tipologie di obblighi in relazione al diritto europeo della non discriminazione.

Il presente capitolo illustra l'ambito di applicazione del diritto europeo della non discriminazione. Si apre con un'esposizione generale dell'articolo 14 e del protocollo n. 12 della CEDU, nonché del metodo adottato dalla Cedu per determinarne il campo di applicazione. Sono quindi esaminati i settori sostanziali specifici in cui trovano applicazione le direttive contro la discriminazione, precisando se si tratti o meno di un ambito contemplato anche dall'articolo 14. Il capitolo si conclude con una panoramica dei settori di applicazione della CEDU al di fuori dei contesti specifici previsti dal diritto dell'Unione, per esempio la corretta attuazione della legge e la tutela della «sfera personale».

## 3.2. I beneficiari della protezione nel quadro del diritto europeo della non discriminazione

Occorre fare un'osservazione preliminare sui beneficiari della protezione nel quadro del diritto dell'Unione e della CEDU. Quest'ultima garantisce la protezione a ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti, indipendentemente dal fatto che ne siano o meno cittadini, anche al di fuori del territorio nazionale nelle zone soggette al controllo effettivo dello Stato (per esempio i territori occupati)<sup>82</sup> Per contro, la protezione prevista dal diritto dell'Unione è di portata più limitata. Il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità ai sensi del diritto dell'Unione si applica soltanto nel contesto della libera circolazione delle persone ed è riconosciuto unicamente ai cittadini degli Stati membri dell'UE. Inoltre le direttive contro la discriminazione in molti casi escludono dal loro campo di applicazione i cittadini dei paesi terzi (CPT). Un CPT è un cittadino di uno Stato che non fa parte dell'Unione europea.

Le direttive contro la discriminazione escludono espressamente dal loro campo di applicazione la discriminazione basata sulla nazionalità, che è disciplinata dalla direttiva sulla libera circolazione<sup>83</sup>. Secondo quest'ultima, soltanto i cittadini degli Stati membri dell'UE godono di un diritto automatico di ingresso e di soggiorno in altri

82 Cedu, sentenza 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia* (n. 15318/89).

83 Direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, GU L 158 del 30.4.2004, pag. 77.

Stati membri dell'UE. Dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro dell'UE, un cittadino dell'UE acquisisce il diritto di soggiorno permanente, che a sua volta gli conferisce diritti equivalenti a quelli di cui gode la categoria dei «lavoratori». Ciò ovviamente non significa che i cittadini di altri Stati membri non siano protetti dalle direttive contro la discriminazione: un omosessuale tedesco licenziato in Grecia a causa del suo orientamento sessuale può invocare la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione. Significa soltanto che, quando presenta una denuncia di discriminazione basata sulla nazionalità, la vittima deve cercare di farla rientrare nel motivo della razza o dell'origine etnica, oppure invocare la direttiva sulla libera circolazione.

La direttiva sull'uguaglianza razziale e la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione affermano entrambe di non istituire un diritto alla parità di trattamento per i cittadini di paesi terzi (CPT) in relazione alle condizioni di ingresso e di soggiorno. La direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione afferma inoltre di non creare un diritto alla parità di trattamento per i CPT in relazione all'accesso all'occupazione e alle condizioni di lavoro. La direttiva sull'uguaglianza razziale esclude espressamente «qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi». Queste disposizioni tuttavia non sembrano permettere agli Stati membri di escludere totalmente i CPT dalla protezione, in quanto nei «considerando» si legge che i CPT sono protetti dalla direttiva, ma non per quanto riguarda l'accesso al lavoro. La direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne e la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi non escludono i CPT dalla protezione.

Tuttavia i CPT godono del diritto alla parità di trattamento pressoché negli stessi ambiti previsti dalle direttive contro la discriminazione allorché ottengono lo status di «soggiornante di lungo periodo» ai sensi della direttiva sui cittadini dei paesi terzi (la quale prevede, tra gli altri requisiti, un periodo di soggiorno legale di cinque anni)<sup>84</sup>. Inoltre, a talune condizioni, la direttiva sul ricongiungimento familiare permette ai CPT che soggiornano legalmente in uno Stato membro di farsi raggiungere dai familiari<sup>85</sup>.

Naturalmente queste norme del diritto dell'Unione non impediscono agli Stati membri di introdurre disposizioni più favorevoli nel quadro del diritto nazionale. La

84 Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, GU L 16 del 23.1.2004, pag. 44.

85 Direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, GU L 251 del 3.10.2003, pag. 12.

giurisprudenza della Cedu esaminata al paragrafo 4.7 rivela inoltre che, sebbene uno Stato possa ritenere che i cittadini e i non cittadini non siano in una situazione paragonabile (e quindi considerare legittima una differenza di trattamento in talune circostanze), in linea di principio tutti i diritti garantiti dalla CEDU devono essere parimenti riconosciuti a ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione. In questo contesto la CEDU impone agli Stati contraenti obblighi nei riguardi dei CPT che in alcuni ambiti vanno oltre le prescrizioni del diritto dell'Unione.

### **3.3. L'ambito di applicazione della Convenzione europea: l'articolo 14 e il protocollo n. 12**

#### **3.3.1. Il divieto di discriminazione a norma della Convenzione**

L'articolo 14 garantisce la parità «[n]el godimento dei diritti e delle libertà» riconosciuti nella Convenzione. La Cedu è quindi competente a ricevere i ricorsi in materia di discriminazione soltanto se rientrano nell'ambito di uno dei diritti garantiti dalla CEDU.

Quando la Cedu esamina una presunta violazione dell'articolo 14, lo fa sempre in associazione con un diritto sostanziale. Spesso i ricorsi riguardano la presunta violazione di un diritto sostanziale, e in aggiunta la violazione di un diritto sostanziale in combinato disposto con l'articolo 14. Vale a dire che il pregiudizio arrecato ai diritti di una persona, oltre a non rispettare i criteri inerenti al diritto sostanziale, è anche discriminatorio in quanto le persone in situazioni paragonabili non subiscono uno svantaggio dello stesso tipo. Come rilevato nel capitolo 4, quando la Cedu constata la violazione di un diritto sostanziale spesso non procede alla trattazione del ricorso per discriminazione, in quanto dovrebbe esaminare sostanzialmente gli stessi elementi.

Questa sezione riporta, in primo luogo, una descrizione succinta dei diritti riconosciuti nella CEDU e, quindi, illustra l'ambito di applicazione della Convenzione, stabilito dalla Cedu, ai fini dell'applicazione dell'articolo 14.

##### **3.3.1.1. I diritti sanciti nella Convenzione**

Dal momento che la disposizione dell'articolo 14 è strettamente correlata con la discriminazione basata su uno dei diritti sostanziali garantiti dalla CEDU, è necessario

acquisire dimestichezza con tali diritti. La Convenzione enuncia una serie di diritti, prevalentemente caratterizzati come «civili e politici», ma tutela anche alcuni diritti «economici e sociali».

I diritti sostanziali contenuti nella CEDU coprono uno spettro eccezionalmente ampio e comprendono, per esempio, il diritto alla vita, il diritto al rispetto della sfera privata e familiare e la libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

Quando un problema di discriminazione riguarda l'ambito di un diritto riconosciuto nella Convenzione, la Cedu esamina i ricorsi come presunte violazioni dell'articolo 14.

Si tratta di un elemento importante che contraddistingue la normativa dell'UE dalla CEDU, in quanto la tutela prevista dalla CEDU in materia di non discriminazione comprende degli aspetti che non sono contemplati dal diritto dell'Unione europea della non discriminazione. Sebbene la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea preveda che le misure dell'UE non debbano interferire con i diritti umani (compreso un divieto di discriminazione), la Carta si applica agli Stati membri soltanto quando questi ultimi attuano il diritto dell'Unione. La limitazione a quest'unica circostanza si deve al fatto che l'UE in realtà non dispone di un apparato amministrativo negli Stati membri per applicare le sue normative, le quali sono pertanto attuate dalle amministrazioni degli Stati membri. Pertanto, negli ambiti in cui questi ultimi non hanno trasferito poteri all'UE, la Carta è priva di efficacia.

In seguito all'introduzione delle direttive contro la discriminazione e all'estensione della protezione all'accesso ai beni e ai servizi e al sistema di previdenza sociale, la differenza tra la portata della protezione offerta dalla CEDU e quella garantita dalle direttive si è ridotta. Si possono nondimeno individuare alcuni settori nei quali la CEDU offre una protezione maggiore rispetto al diritto dell'Unione, che sono esaminati di seguito.

### 3.3.1.2. La portata dei diritti sanciti nella Convenzione

Nell'applicazione dell'articolo 14 la Cedu ha fornito un'interpretazione estensiva dei diritti sanciti dalla CEDU:

- in primo luogo, ha precisato che i ricorsi basati sull'articolo 14 possono essere esaminati in relazione a un diritto sostanziale, ancorché non sussista un'effettiva violazione del diritto sostanziale di per sé considerato<sup>86</sup>

<sup>86</sup> Cfr., per esempio, Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC] (n. 31871/96).

- in secondo luogo, ha affermato che l'ambito di applicazione della CEDU va oltre la lettera dei diritti garantiti, essendo sufficiente che la fattispecie sia genericamente ricollegabile a degli aspetti protetti dalla CEDU.

Esempio: nella causa *Zarb Adami c. Malta*, il ricorrente sosteneva di aver subito una discriminazione fondata sul sesso in quanto il numero di uomini convocati come giurati era sproporzionatamente elevato<sup>87</sup>. L'articolo 4, comma 2, della CEDU vieta il lavoro forzato. Tuttavia l'articolo 4, comma 3, lettera d), precisa che i «normali doveri civici» non rientrano nella nozione di «lavoro forzato». La Cedu ha stabilito che, sebbene i «normali doveri civici» non rientrino nel campo di applicazione di detto articolo (in altre parole, la CEDU non conferisce il diritto di essere esentato dal servizio nelle giurie popolari), la fattispecie rientrava nell'ambito del diritto da esso sancito. Ha basato il proprio ragionamento sul fatto che i «normali doveri civici» possono diventare «anomali» allorché vengono imposti in modo discriminatorio.

Esempio: nella causa *E.B. c. Francia*, le autorità nazionali avevano respinto una domanda di adozione presentata da una donna lesbica convivente con la propria partner<sup>88</sup>. La ricorrente sosteneva di essere vittima di una violazione dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14. La Cedu ha osservato che la questione ad essa sottoposta non verteva su un'autonoma violazione dell'articolo 8, aspetto ritenuto significativo in quanto l'articolo 8 di per sé non conferisce un diritto a formare una famiglia o adottare un figlio. Tuttavia, la portata di una doglianza per discriminazione può ricadere nell'ambito di un determinato diritto, ancorché la fattispecie non verta di per sé su di uno specifico diritto sancito dalla CEDU. Poiché la legislazione francese prevedeva il diritto di adozione, la Corte ha stabilito che le circostanze del caso di specie indubbiamente rientravano nell'ambito dell'articolo 8. Ha inoltre constatato che l'orientamento sessuale della ricorrente aveva avuto un ruolo determinante nella decisione delle autorità di non autorizzare l'adozione, il che costituiva un trattamento discriminatorio rispetto ad altre persone non coniugate alle quali la legislazione nazionale riconosceva il diritto di adozione.

Esempio: nella causa *Sidabras e Džiautas c. Lituania*, i ricorrenti sostenevano che lo Stato aveva esercitato un'ingerenza indebita nella sfera privata vietando loro l'accesso a un impiego nel servizio pubblico e ad alcune professioni nel

87 Cedu, sentenza 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta* (n. 17209/02).

88 Cedu, sentenza 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* [GC] (n. 43546/02).

settore privato<sup>89</sup>. La Convenzione europea non garantisce il diritto al lavoro. La Cedu ha nondimeno constatato che tale divieto rientrava nell'ambito dell'articolo 8, in quanto «influiva in modo significativo sulla loro capacità di stringere legami con il mondo esterno e procurava loro gravi difficoltà in termini di possibilità di guadagnarsi da vivere, con evidenti ripercussioni sulla loro sfera privata»<sup>90</sup>.

Esempio: nella causa *Carson e a. c. Regno Unito*, i ricorrenti sostenevano di aver subito una discriminazione fondata sulla residenza, in quanto il governo non permetteva l'adeguamento delle loro pensioni alle stesse condizioni riconosciute ai pensionati residenti nel Regno Unito o in un paese con il quale quest'ultimo aveva concluso un accordo bilaterale al riguardo<sup>91</sup>. La Cedu ha stabilito che, sebbene la Convenzione europea non preveda un diritto alla sicurezza sociale o alla pensione, se lo Stato decide di garantirlo, esso genera un interesse patrimoniale che rientra nel campo di applicazione del protocollo n. 1, articolo 1.

La Cedu ha statuito in diversi casi analoghi che, in presenza di un diritto all'erogazione di una prestazione sociale, ai fini dell'applicazione dell'articolo 14 tale prestazione rientra nel campo di applicazione del protocollo n. 1, articolo 1<sup>92</sup>, (perché è considerata una proprietà)<sup>93</sup> oppure dell'articolo 8 (perché riguarda la famiglia o la sfera privata)<sup>94</sup>. Questo aspetto riveste particolare importanza in relazione con la discriminazione fondata sulla nazionalità, esaminata al paragrafo 3.2, in quanto il diritto dell'Unione è molto più restrittivo al riguardo.

89 Cedu, sentenza 27 luglio 2004, *Sidabras e Džiautas c. Lituania* (nn. 55480/00 e 59330/00).

90 *Ibid.*, punto 48.

91 Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC] (n. 42184/05).

92 Per un'analisi approfondita del protocollo n. 1, articolo 1, si rimanda al sito Internet del CDE, Educazione ai diritti umani per le professioni legali: Grgić, Mataga, Longar e Vilfan, *The Right to Property under the ECHR* [Il diritto di proprietà nel quadro della CEDU], Manuale sui diritti umani, n. 10, 2007, disponibile all'indirizzo: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2123).

93 Per esempio, Cedu, sentenza 12 aprile 2006, *Stec e a. c. Regno Unito* [GC] (nn. 65731/01 e 65900/01) (pensioni e indennità di invalidità); Cedu, sentenza 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* [GC] (n. 55707/00) (pensioni); Cedu, sentenza 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia* (n. 40892/98) (indennità di invalidità); Cedu, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90) (indennità di disoccupazione).

94 Per esempio, Cedu, sentenza 31 marzo 2009, *Weller c. Ungheria* (n. 44399/05) (prestazioni sociali a sostegno delle famiglie con figli).

### 3.3.1.3. Il protocollo n. 12

Il protocollo n. 12 vieta la discriminazione nel «godimento di ogni diritto previsto dalla legge» e ha quindi un campo di applicazione più vasto dell'articolo 14, che riguarda soltanto i diritti riconosciuti nella CEDU. I commenti sulle disposizioni del protocollo contenuti nella relazione esplicativa del Consiglio d'Europa indicano che la disposizione riguarda la discriminazione:

- «i. nel godimento di ogni diritto specificamente riconosciuto a una persona dal diritto nazionale;
- ii. nel godimento di ogni diritto derivante da un chiaro obbligo di un'autorità pubblica in forza del diritto nazionale, cioè nel caso in cui, ai sensi del diritto nazionale, tale autorità sia tenuta a comportarsi in un determinato modo;
- iii. da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio del potere di discrezionalità (per esempio, la concessione di determinati sussidi);
- iv. mediante altre azioni od omissioni da parte di un'autorità pubblica (per esempio, il comportamento dei funzionari responsabili dell'applicazione della legge quando intervengono per sedare una sommossa)»<sup>95</sup>.

Nella relazione si legge inoltre che, sebbene il protocollo punti alla tutela dei singoli contro le discriminazioni delle autorità pubbliche, riguarda anche quei rapporti tra privati che di norma rientrano nel campo delle normative nazionali, «per esempio, il rifiuto arbitrario dell'accesso al lavoro, dell'accesso a ristoranti o a servizi che i privati possono mettere a disposizione del pubblico, come l'assistenza medica o la fornitura di acqua e di elettricità»<sup>96</sup>. In generale, il protocollo n. 12 vieta la discriminazione al di fuori dei contesti puramente personali, nei casi in cui una persona eserciti funzioni che le consentono di prendere decisioni in merito al modo in cui vengono offerti i beni e i servizi a disposizione del pubblico.

Nell'unico caso esaminato dalla Cedu a norma del protocollo n. 12, articolo 1, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina*, descritto al paragrafo 4.6, quest'ultima ha dichiarato che tale strumento «introduce un divieto generale di discriminazione». Ha inoltre affermato che l'analisi dei casi di discriminazione è identica a quella stabilita dalla Cedu per quanto riguarda l'articolo 14.

<sup>95</sup> Protocollo n. 12 alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (STE n. 177), relazione esplicativa, paragrafo 22. Disponibile all'indirizzo: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm>.

<sup>96</sup> *Ibid.*, paragrafo 28.



## 3.4. L'ambito di applicazione delle direttive europee contro la discriminazione

Nel quadro delle direttive contro la discriminazione, il divieto di discriminazione riguarda tre settori: l'occupazione, il sistema di previdenza sociale, beni e servizi. Attualmente la direttiva sull'uguaglianza razziale si applica a tutti e tre i settori. Sebbene sia in corso di esame una proposta che estende la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione a tutti e tre i settori, allo stato attuale la direttiva si applica soltanto nel contesto dell'occupazione. La direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne e la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi si applicano nel contesto dell'occupazione e dell'accesso ai beni e ai servizi, ma non dell'accesso al sistema di previdenza sociale.

### 3.4.1. Occupazione

La protezione contro la discriminazione nel settore dell'occupazione comprende tutti i motivi che formano oggetto di divieto previsti dalle direttive contro la discriminazione.

#### 3.4.1.1. Accesso al lavoro

La CG ha fornito un'interpretazione estensiva della nozione di «accesso al lavoro».

Esempio: nella causa *Meyers c. Adjudication Officer*, la CG ha affermato che la nozione di accesso al lavoro «non concerne solo le condizioni esistenti prima del sorgere di un rapporto di lavoro», ma anche tutti i fattori significativi che una persona prende in considerazione prima di decidere se accettare o no un'offerta di lavoro<sup>97</sup>. Nella fattispecie, una particolare prestazione sociale (concessa a seconda del livello di reddito) poteva rientrare in questo ambito, in quanto la prospettiva di percepirla avrebbe potuto influenzare la decisione di una persona se accettare o meno un impiego. Tale considerazione riguardava quindi l'accesso al lavoro.

Esempio: nella causa *Schnorbus c. Land Hessen*, la ricorrente aveva presentato domanda per un posto di tirocinante nell'ambito dell'iter formativo di accesso alla magistratura<sup>98</sup>. A norma della legislazione nazionale era necessario superare un esame di Stato, seguito da un periodo di tirocinio e quindi da un secondo

97 CG, sentenza 13 luglio 1995, causa C-116/94, *Meyers c. Adjudication Officer*, Racc. 1995, pag. I-2131.

98 CG, sentenza 7 dicembre 2000 causa C-79/99, *Schnorbus c. Land Hessen*, Racc. 2000, pag. I-10997.

esame. La ricorrente aveva superato il primo esame, ma la sua richiesta di ammissione al tirocinio era stata respinta in mancanza di posti liberi. L'ammissione veniva quindi rinviata finché non si fosse reso disponibile un posto. La ricorrente sosteneva di avere subito una discriminazione a causa della preferenza accordata ai candidati di sesso maschile che avessero prestato il servizio militare obbligatorio. La CG ha stabilito che la legislazione nazionale che disciplinava la data di ammissione al tirocinio rientrava nell'ambito dell'«accesso al lavoro», in quanto tale periodo di formazione era considerato un «impiego» sia di per sé sia nell'ambito della procedura prevista per accedere a un posto nella magistratura.

### 3.4.1.2. Le condizioni di lavoro, compreso il licenziamento e la retribuzione

Anche in riferimento alle condizioni di lavoro la CG ha fornito un'interpretazione estensiva del campo di applicazione. Ciò ha fatto sì che, in sostanza, ogni condizione collegata a un rapporto di lavoro sia considerata compresa in questa categoria.

Esempio: nella causa *Meyers*, la ricorrente, che allevava un figlio da sola, denunciava una discriminazione indiretta nei confronti delle donne, dovuta al metodo adoperato per stabilire se una persona avesse diritto a percepire il «family credit» (sussidio familiare)<sup>99</sup>. La CG è stata adita per chiarire se la concessione di detto sussidio fosse riconducibile unicamente alla previdenza sociale o se costituisse una condizione di lavoro. La CG ha tenuto conto del fatto che, per la concessione del sussidio familiare in questione, la legge imponeva tre condizioni, vale a dire: che il reddito della richiedente non fosse superiore a un importo determinato; che la richiedente o il suo partner svolgesse un'attività lavorativa retribuita; che la richiedente o il suo partner avesse un figlio a proprio carico. La Corte ha stabilito che l'applicazione della direttiva sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro (ora sostituita dalla direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne) non si potesse escludere sulla base del mero fatto che la prestazione rientrava in un regime di previdenza sociale. Facendo leva su questo approccio estensivo ha valutato se la prestazione fosse riconducibile a un rapporto di lavoro. Nella fattispecie, per beneficiare del sussidio familiare, la ricorrente doveva dimostrare che ella stessa o il suo partner svolgeva un'attività lavorativa retribuita. La condizione relativa all'esistenza di un rapporto di lavoro faceva dunque rientrare il regime di prestazioni familiari nella categoria delle condizioni di lavoro.

<sup>99</sup> CG, sentenza 13 luglio 1995, causa C-116/94, *Meyers c. Adjudication Officer*, Racc. 1995, pag. I-2131.

In virtù di quest'ampia definizione della nozione di lavoro e di condizioni di lavoro, la CG ha statuito che anche i posti in asili nido sovvenzionati dal datore di lavoro<sup>100</sup> e la riduzione dell'orario di lavoro<sup>101</sup> rientrano in questo ambito.

La CG ha adottato un approccio inclusivo anche nei confronti dei licenziamenti e della retribuzione. Per quanto riguarda il licenziamento, rientrano in questo ambito quasi tutte le situazioni in cui si pone fine al rapporto di lavoro. Sono state comprese, per esempio, la cessazione del rapporto di lavoro nel quadro di uno schema di pensionamento anticipato volontario<sup>102</sup> e la cessazione del rapporto di lavoro dovuta al pensionamento obbligatorio<sup>103</sup>.

La nozione di retribuzione è definita dall'articolo 157 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea come «il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo». Ciò comprende una grande varietà di prestazioni che un lavoratore riceve in relazione a un rapporto di lavoro. La portata di tale definizione è stata precisata dalla CG in una serie di casi e include tutti i vantaggi collegati a un impiego, tra cui le agevolazioni in materia di trasporti ferroviari<sup>104</sup>, le indennità di dislocazione<sup>105</sup>, le gratifiche natalizie<sup>106</sup> e i regimi pensionistici professionali<sup>107</sup>. Per stabilire se una questione rientri nella definizione di «retribuzione» occorre individuare qualsiasi forma di prestazione derivante dall'esistenza di un rapporto di lavoro.

---

100 CG, sentenza 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers c. Minister van Landbouw*, Racc. 2002, pag. I-2891.

101 CG, sentenza 30 marzo 2000, causa C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen c. Örebro Lans Landsting*, Racc. 2000, pag. I-2189.

102 CG, sentenza 16 febbraio 1982, causa 19/81, *Burton c. British Railways Board*, Racc. 1982, pag. 555.

103 CG, sentenza 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*, Racc. 2007, pag. I-8531.

104 CG, sentenza 9 febbraio 1982, causa 12/81, *Garland c. British Rail Engineering Limited*, Racc. 1982, pag. 359.

105 CG sentenza 7 giugno 1972, causa 20/71, *Sabbatini c. Parlamento europeo*, Racc. 1972, pag. 345.

106 CG, sentenza 21 ottobre 1999, causa C-333/97, *Lewen c. Denda*, Racc. 1999, pag. I-7243.

107 CG, sentenza 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Racc. 1990, pag. I-1889.

### 3.4.1.3. L'accesso all'orientamento e alla formazione professionali

La CG ha esaminato la definizione di «orientamento e formazione professionali» nel contesto della libera circolazione delle persone<sup>108</sup> adottando un approccio estensivo.

Esempio: nella causa *Gravier*, una studentessa, cittadina francese, intendeva studiare fumettistica presso la Académie Royale des Beaux-Arts di Liegi<sup>109</sup>. Alla studentessa veniva imposto il pagamento di una tassa scolastica, mentre gli studenti dello Stato ospitante ne erano esentati. La CG ha dichiarato:

«qualsiasi forma d'insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività, fa parte della formazione professionale, qualunque sia l'età ed il livello di preparazione degli alunni o degli studenti, e anche se il programma d'insegnamento comprenda materie di carattere generale».

Esempio: questa definizione è stata applicata nella causa *Blaizot*, nella quale il ricorrente si era iscritto a un corso di studi di medicina veterinaria<sup>110</sup>. La CG ha rilevato che nella maggior parte dei casi gli studi universitari rientrano nella nozione di «formazione professionale», anche se il diploma finale attribuito al termine del programma non conferisce direttamente il titolo richiesto per l'esercizio di una professione, di un mestiere o di un'attività determinata. È sufficiente che il programma in questione fornisca le nozioni o le competenze richieste per l'esercizio di una professione, un mestiere o un'attività. Il fatto che determinati mestieri non richiedano un titolo ufficiale, o che il diploma universitario non costituisca il titolo ufficiale per l'esercizio di una professione, non consente di escludere il programma dalla nozione di «formazione professionale». L'unica eccezione riguarda «determinati cicli di studi particolari che per le loro caratteristiche intrinseche, sono destinati a coloro che desiderano approfondire le loro conoscenze generali piuttosto che intraprendere un'attività lavorativa».

108 Secondo l'articolo 7, comma 3, del regolamento n. 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257 del 19.10.1968, pag. 2), un lavoratore fruisce «dell'insegnamento delle scuole professionali e dei centri di riadattamento o di rieducazione» alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali.

109 CG, sentenza 13 febbraio 1985, causa 293/83, *Gravier c. Ville de Liège e a.*, Racc. 1985, pag. 593.

110 CG, sentenza 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot c. Università di Liegi e a.*, Racc. 1988, pag. 379.

### 3.4.1.4. Le organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro

Rientrano in questo ambito non solo l'affiliazione e l'accesso a un'organizzazione di lavoratori o di datori di lavoro, ma anche la partecipazione a tali organizzazioni. Secondo gli orientamenti forniti dalla Commissione europea, l'intenzione è di garantire che non ci siano discriminazioni né nell'affiliazione né nelle prestazioni erogate da tali organismi<sup>111</sup>.

### 3.4.1.5. La Convenzione europea nel contesto dell'occupazione

Sebbene la CEDU non preveda un diritto al lavoro, in alcune circostanze l'articolo 8 è stato considerato applicabile alla sfera dell'occupazione. Nella causa *Sidabras e Džiautas c. Lituania*, summenzionata, un divieto di accesso all'impiego nel settore pubblico e ad alcune professioni nel settore privato, imposto dal governo agli ex agenti del KGB, è stato fatto rientrare nell'ambito dell'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14, in quanto «influisce in modo significativo sulla loro capacità di stringere legami con il mondo esterno e procurava loro gravi difficoltà in termini di possibilità di guadagnarsi da vivere, con evidenti ripercussioni sulla loro sfera privata»<sup>112</sup>. Analogamente, nella causa *Bigaeva c. Grecia*, è stato dichiarato che l'articolo 8 può comprendere anche la sfera dell'occupazione, in modo da includere il diritto di esercitare una professione<sup>113</sup>.

La Cedu vieta altresì la discriminazione basata sull'affiliazione a un sindacato. Inoltre il diritto di costituire un sindacato è riconosciuto come un diritto autonomo nella CEDU<sup>114</sup>.

Esempio: nella causa *Danilenkov e a. c. Russia*, i ricorrenti avevano subito molestie e un trattamento meno favorevole da parte del datore di lavoro in ragione della loro affiliazione a un sindacato<sup>115</sup>. I ricorsi civili dinanzi ai giudici nazionali erano stati respinti, in quanto la discriminazione poteva essere accertata soltanto nell'ambito di un procedimento penale. Tuttavia, il pubblico ministero rifiutava di avviare un procedimento penale in quanto il grado di intensità della prova imponeva allo Stato di dimostrare «al di là di ogni ragionevole dubbio»

111 Proposta di direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, COM(1999) 566 def., 25.11.1999.

112 Cedu, sentenza 27 luglio 2004, *Sidabras e Džiautas c. Lituania* (nn. 55480/00 e 59330/00).

113 Cedu, sentenza 28 maggio 2009, *Bigaeva c. Grecia* (n. 26713/05).

114 Per esempio, Cedu, sentenza 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (n. 34503/97).

115 Cedu, sentenza 30 luglio 2009, *Danilenkov e a. c. Russia* (n. 67336/01).

l'intenzionalità della discriminazione compiuta da un dirigente dell'impresa. La Cedu ha concluso che la mancanza, nel diritto nazionale, di una protezione giuridica efficace della libertà di associazione sindacale costituiva una violazione dell'articolo 11 in combinato disposto con l'articolo 14.

### 3.4.2. L'accesso alle prestazioni sociali e alla sicurezza sociale

Tra le direttive contro la discriminazione, soltanto quella sull'uguaglianza razziale prevede un'ampia protezione contro le discriminazioni nell'accesso al sistema di previdenza sociale e ad altre forme di sicurezza sociale. Ciò comprende l'accesso a prestazioni in natura detenute «in comune» dallo Stato, come l'assistenza sanitaria pubblica, l'istruzione e il sistema di sicurezza sociale. Tuttavia la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale vieta le discriminazioni fondate sul sesso nell'ambito più limitato della «sicurezza sociale».

#### 3.4.2.1. La protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria

Sussiste incertezza circa l'estensione precisa di questo ambito, in quanto la direttiva sull'uguaglianza razziale non ne contiene una definizione e la giurisprudenza della CG non se ne è ancora occupata. Come già rilevato, la direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale prevede la parità di trattamento in relazione ai «regimi legali di sicurezza sociale»<sup>116</sup>. All'articolo 1, comma 3, questi ultimi sono definiti come regimi che assicurano una protezione contro la malattia, l'invalidità, la vecchiaia, l'infortunio sul lavoro e la malattia professionale, la disoccupazione nonché l'«assistenza sociale» nella misura in cui sia destinata a completare o a supplire a detti regimi.

Il significato di «protezione sociale» non è chiaro, sebbene la relazione della Commissione che introduce la proposta di direttiva sull'uguaglianza razziale, così come i termini adoperati nella direttiva stessa, lasci intendere che tale nozione sia più ampia di quella di «sicurezza sociale»<sup>117</sup>. Considerata l'auspicata ampiezza della disposizione, ogni forma di prestazione erogata dallo Stato, economica o in natura, nella misura in

<sup>116</sup> In contrapposizione ai regimi «professionali», classificati come «retribuzione» nella direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione).

<sup>117</sup> Proposta di direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, COM(1999) 566 def., 25.11.1999.

cui non rientra nella sicurezza sociale dovrebbe intendersi compresa nella categoria della protezione sociale. In questo senso, è altamente probabile che i singoli ambiti di applicazione della direttiva sull'uguaglianza razziale si sovrappongano l'uno all'altro.

Solo tratteggiata è altresì la portata della protezione contro la discriminazione nel settore dell'assistenza sanitaria. Sembrerebbe riguardare l'accesso all'assistenza sanitaria pubblica presso il punto di erogazione, per esempio il trattamento accordato dal personale amministrativo e medico. Presumibilmente si applica anche all'assicurazione, nel caso in cui i servizi sanitari siano forniti da privati e i pazienti siano rimborsati tramite un regime di assicurazione obbligatoria. In questo caso, il rifiuto di assicurare una persona o l'addebito di premi più elevati in ragione della razza o dell'origine etnica sembrano rientrare nell'ambito di tale disposizione. In alternativa, tali fattispecie sarebbero riconducibili alla fornitura di beni e servizi.

### 3.4.2.2. I vantaggi sociali

La nozione di «vantaggi sociali» è ben sviluppata nella giurisprudenza della CG in materia di diritto alla libera circolazione delle persone ed è stata interpretata in senso estremamente estensivo.

Esempio: nella causa *Cristini*, la ricorrente era una cittadina italiana che risiedeva in Francia con i figli; il coniuge deceduto era stato un «lavoratore» ai sensi del diritto dell'Unione<sup>118</sup>. Le ferrovie francesi rilasciano alle famiglie numerose una tessera che dà diritto a riduzioni sulle tariffe di trasporto; questa tessera era negata alla signora Cristini in ragione della sua nazionalità. Si sosteneva che, ai fini del diritto dell'Unione, i «vantaggi sociali» sarebbero esclusivamente quelli derivanti da un contratto di lavoro. La CG non ha accolto questa interpretazione, rilevando che tale nozione dovrebbe comprendere tutti i vantaggi, a prescindere dal fatto che siano connessi o meno a un contratto di lavoro, incluse le tessere per la riduzione dei prezzi di trasporto ferroviario.

La CG ha definito i «vantaggi sociali» nella causa *Even* come vantaggi:

«che, connessi o no ad un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in ragione principalmente del loro status obiettivo di

118 CG, sentenza 30 settembre 1975, causa 32/75, *Cristini (coniugata Fiorini) c. SNCF*, Racc. 1975, pag. 1085.

lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, e la cui estensione ai lavoratori cittadini d'altri Stati membri risulta quindi idonea a facilitare la loro mobilità nell'ambito della Comunità»<sup>119</sup>.

I termini si applicano praticamente a tutti i vantaggi, purché soddisfino la definizione di cui alla causa *Even*: non sussiste alcuna distinzione tra le agevolazioni attribuite in forza di un diritto e quelle concesse discrezionalmente. Inoltre, la definizione non impedisce che i diritti riconosciuti dopo la cessazione di un rapporto di lavoro siano considerati un vantaggio sociale, come il diritto a una pensione<sup>120</sup>. Nel contesto della libera circolazione, per vantaggi sociali si intendono pertanto tutti i vantaggi che possono contribuire all'integrazione del lavoratore migrante nella società dello Stato ospitante. I giudici si sono rivelati generosi nel dichiarare che un'agevolazione costituisce un vantaggio sociale. Alcuni esempi:

- la concessione di un prestito esente da interessi in occasione della nascita di un figlio. Sebbene il sistema di prestiti fosse stato istituito al fine di contribuire all'aumento delle nascite, la CG ha ritenuto che si trattasse di un vantaggio sociale, in considerazione del suo scopo di alleviare il peso degli oneri finanziari gravanti sulle famiglie a basso reddito<sup>121</sup>;
- l'attribuzione di una borsa di studio in forza di un accordo culturale inteso a sostenere i lavoratori nazionali che studiano all'estero<sup>122</sup>;
- il diritto di chiedere che un procedimento penale instaurato nei confronti di una persona si svolga nella lingua del suo paese d'origine<sup>123</sup>.

### 3.4.2.3. L'istruzione

La protezione contro la discriminazione nell'accesso all'istruzione è stata originariamente sviluppata nel contesto della libera circolazione delle persone, in forza dell'articolo 12 del regolamento n. 1612/68, in particolare per quanto riguarda i figli dei lavoratori. È presumibile che si verifichino sovrapposizioni tra l'istruzione e la formazione professionale. Non è chiaro se la nozione di istruzione comprenda anche

119 CG, sentenza 31 maggio 1979, causa 207/78, *Pubblico ministero c. Even*, Racc. 1979, pag. 2019, punto 22.

120 CG, sentenza 24 settembre 1998, causa C-35/97, *Commissione c. Francia*, Racc. 1998, pag. I-5325.

121 CG, sentenza 14 gennaio 1982, causa 65/81, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Racc. 1982, pag. 33.

122 CG, sentenza 27 settembre 1988, causa 235/87, *Matteucci c. Communauté Française de Belgique*, Racc. 1988, pag. 5589.

123 CG, sentenza 11 maggio 1985, causa 137/84, *Pubblico ministero c. Mutsch*, Racc. 1985, pag. 2681.



i programmi di insegnamento superiore che non rientrano nella formazione professionale e sono esclusivamente destinati a migliorare le conoscenze generali.

Esempio: nella causa *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, il ricorrente era figlio di un cittadino italiano che lavorava in Germania<sup>124</sup>. Le autorità tedesche riconoscevano un sussidio mensile ai minori in età scolare, al fine di facilitare la «frequenza scolastica». La CG ha stabilito che, in generale, tutti i provvedimenti miranti a facilitare la frequenza scolastica rientrano nell'ambito dell'istruzione.

### 3.4.2.4. La Convenzione europea nell'ambito dell'assistenza sociale e dell'istruzione

La CEDU non prevede un diritto alla sicurezza sociale, ma risulta evidente dalla giurisprudenza della Cedu che alcune forme di sicurezza sociale, quali le agevolazioni e le pensioni, rientrano nell'ambito del protocollo n. 1, articolo 1, o dell'articolo 8<sup>125</sup>.

Sebbene la Convenzione non preveda un diritto all'assistenza sanitaria, la Cedu ha stabilito che le questioni ad essa afferenti, come l'accesso alle cartelle cliniche<sup>126</sup>, rientrano nell'ambito dell'articolo 8 o, qualora la mancanza di accesso alla salute sia di una gravità tale da costituire un trattamento inumano o degradante, dell'articolo 3<sup>127</sup>. Si può dunque anche affermare che i ricorsi contro le discriminazioni nell'accesso all'assistenza sanitaria rientrino nell'ambito dell'articolo 14.

Non è chiaro se l'accesso ai vantaggi sociali sotto forma di prestazioni in natura, per esempio i titoli di viaggio, siano compresi nell'ambito della Convenzione; tuttavia l'interpretazione estensiva dell'articolo 8 da parte della Cedu induce a ritenere che lo siano, soprattutto se le prestazioni sono destinate a favorire l'unità familiare.

Il protocollo n. 1, articolo 2, della CEDU sancisce un diritto autonomo all'istruzione e, di conseguenza, la Cedu considera i ricorsi contro la discriminazione nel contesto dell'istruzione ricompresi nell'ambito dell'articolo 14. La discriminazione in materia

124 CG, causa 9/74, *Casagrande c. Landeshauptstadt München*, Racc. 1974, pag. 773.

125 Cfr., in particolare, le cause seguenti: Cedu, sentenza 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* [GC] (n. 55707/00); Cedu, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90); Cedu, sentenza 30 settembre 2003, *Koua Poiriez c. Francia* (n. 40892/98), tutte esaminate al paragrafo 4.7.

126 Cedu, sentenza 28 aprile 2009, *K.H. e a. c. Slovacchia* (n. 32881/04).

127 Cedu, sentenza 20 gennaio 2009, *Slawomir Musiał c. Polonia* (n. 28300/06).

di istruzione nel quadro della CEDU è stata esaminata nella causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca*<sup>128</sup>, di cui al capitolo 2, paragrafo 3.1, e nella causa *Oršuš e a. c. Croazia*<sup>129</sup>, di cui al capitolo 5, paragrafo 3.

### 3.4.3. L'accesso alla fornitura di beni e servizi, inclusa l'abitazione

La protezione contro la discriminazione fondata sulla razza nell'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, inclusa l'abitazione, è garantita dalla direttiva sull'uguaglianza razziale, e quella fondata sul sesso dalla direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi. L'articolo 3, comma 1, di quest'ultima direttiva riporta alcune delucidazioni sulla norma, precisando che si applica ai beni e ai servizi «che sono a disposizione del pubblico, indipendentemente dalla persona interessata per quanto riguarda sia il settore pubblico che quello privato, compresi gli organismi pubblici e che sono offerti al di fuori dell'area della sfera privata e familiare e delle transazioni effettuate in questo ambito». Sono espressamente esclusi il «contenuto dei mezzi di comunicazione e della pubblicità» e l'«istruzione pubblica o privata»; quest'ultima esclusione non riduce il campo di applicazione della direttiva sull'uguaglianza razziale, che invece comprende espressamente l'istruzione. La direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi rimanda inoltre all'articolo 57 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea:

*«Ai sensi dei trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione [...].*

*I servizi comprendono in particolare:*

- (a) attività di carattere industriale;*
- (b) attività di carattere commerciale;*
- (c) attività artigiane;*
- (d) attività delle libere professioni».*

Sembra dunque che questo settore comprenda tutte le situazioni in cui un bene o un servizio sia normalmente fornito dietro retribuzione, purché ciò non avvenga in un contesto puramente personale, e con l'esclusione dell'istruzione pubblica e privata.

<sup>128</sup> Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00).

<sup>129</sup> Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Oršuš e a. c. Croazia* [GC] (n. 15766/03).

Secondo la giurisprudenza degli organi nazionali, tale definizione comprende situazioni quali l'accesso o la qualità del servizio ricevuto nei bar<sup>130</sup>, nei ristoranti e nei locali notturni<sup>131</sup>, nei negozi<sup>132</sup>, l'acquisto di un'assicurazione<sup>133</sup> nonché gli atti stipulati da venditori «privati», per esempio gli allevatori di cani<sup>134</sup>. L'assistenza sanitaria è specificamente compresa nella direttiva sull'uguaglianza razziale, ma può rientrare anche nell'ambito dei servizi, soprattutto se si tratta di assistenza sanitaria privata o nel caso in cui sussista l'obbligo di sottoscrivere un regime di assicurazione contro le malattie che copra le spese sanitarie. L'interpretazione della CG sulla libera circolazione di servizi ricomprende nella definizione di servizi anche le cure sanitarie prestate dietro retribuzione da un ente che persegue scopi di lucro<sup>135</sup>.

La direttiva sull'uguaglianza razziale non fornisce una definizione di abitazione. Si ritiene tuttavia che tale nozione debba essere interpretata alla luce del diritto internazionale in materia di diritti umani, in particolare il diritto al rispetto del domicilio di cui all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'articolo 8 della CEDU (considerato che tutti gli Stati membri dell'UE sono parti contraenti e che l'UE aderirà alla Convenzione in futuro) nonché il diritto a una abitazione adeguata di cui all'articolo 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (del quale tutti gli Stati membri sono parti contraenti). La Cedu ha fornito un'interpretazione estensiva del diritto all'abitazione, includendovi le case mobili quali i camper e le roulotte, anche nel caso in cui siano installati illegalmente su un

- 130 Autorità per la parità di trattamento (Ungheria), causa n. 72, aprile 2008. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 322-1; Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 49.
- 131 Corte suprema (Svezia), sentenza 1° ottobre 2008, causa T-2224-07, *Escape Bar and Restaurant c. Mediatore per le discriminazioni fondate sull'origine etnica*. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 365-1; Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 68.
- 132 Bezirksgericht Döbling (Austria), sentenza 23 gennaio 2006, GZ 17 C 1597/05f-17. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 1-1. Testo originale: <http://infportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=1>.
- 133 Corte d'appello di Nîmes (Francia), sentenza 6 novembre 2008, n. 08/00907, *Lenormand c. Balenci* e Corte di cassazione francese, sezione penale, sentenza 7 aprile 2009, n. M 08-88.017 e n. 2074. Una sintesi è disponibile in lingua inglese presso la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 9 (dicembre 2009), pag. 59.
- 134 Corte d'Appello di Svea (Svezia), sentenza 11 febbraio 2008, causa n. T-3562-06, *Mediatore per le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale c. A. S.*. Una sintesi è disponibile in lingua inglese presso la Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 69.
- 135 CG, sentenza 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll c. Union des Caisses de Maladie*, Racc. 1998, pag. I-1931; CG, sentenza 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, Racc. 2001, pag. I-5473; CG, sentenza 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij*, Racc. 2003, pag. I-4509.

terreno<sup>136</sup>. Secondo il Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, un'abitazione adeguata deve soddisfare una serie di criteri, in particolare deve: essere di qualità sufficiente a garantire la protezione contro le intemperie, tenere conto delle esigenze culturali degli abitanti (sono quindi inclusi veicoli, caravan, accampamenti e altre strutture non permanenti), essere allacciato ai servizi di pubblica utilità e alla rete fognaria, e collegato ai servizi pubblici e ai luoghi di lavoro mediante idonee infrastrutture. Dovrebbe altresì comprendere una tutela adeguata in caso di sfratto forzoso o cautelare ed essere messo a disposizione a un prezzo accessibile<sup>137</sup>. Questa nozione di abitazione è ripresa anche dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) nella sua relazione di sintesi intitolata *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [La situazione abitativa dei rom e dei nomadi nell'Unione europea. Progressi verso l'uguaglianza]<sup>138</sup>.

Su questa linea, l'accesso all'abitazione non comporta soltanto la garanzia della parità di trattamento da parte dei proprietari e degli agenti immobiliari pubblici e privati allorché decidono se affittare o vendere una proprietà a determinate persone. Comprende anche il diritto alla parità di trattamento nell'assegnazione degli alloggi (per esempio l'assegnazione di alloggi di scarsa qualità o in zone periferiche a determinati gruppi etnici), nella manutenzione (per esempio qualora non si provveda alla manutenzione di edifici abitati da gruppi particolari) e nella locazione (per esempio la mancanza di sicurezza del locatario, o la richiesta di cauzioni e canoni di locazione più elevati alle persone appartenenti a gruppi particolari).

Esempio: in Belgio il proprietario di una abitazione è stato condannato penalmente e sanzionato civilmente per essersi rifiutato di affittare l'abitazione a persone di origine congolese. Pur avendo ricevuto referenze soddisfacenti da precedenti locatori e prove di un reddito adeguato, il proprietario si era rifiutato di concludere il contratto di locazione in ragione del fatto che in passato aveva avuto problemi con cittadini di altri paesi riguardo ai pagamenti<sup>139</sup>.

136 Cedu, sentenza 25 settembre 1996, *Buckley c. Regno Unito* (n. 20348/92).

137 Comitato delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali, «General comment No. 4: The right to adequate housing (Art.11 (1))» [Osservazione generale n. 4: Il diritto a una abitazione adeguata (articolo 11, paragrafo 1)], UN. Doc. E/1992/23, 13 dicembre 1991.

138 Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *The State of Roma and Traveller Housing in the European Union: Steps Towards Equality* [Lo stato degli alloggi dei rom e dei nomadi nell'Unione europea. Progressi verso la parità], Relazione di sintesi, FRA, Vienna, marzo 2010.

139 Correctionele Rechtbank van Antwerpen, Decisione del 6 dicembre 2004 (Belgio). Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 15-1, testo originale all'indirizzo: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=15>.

### 3.4.3.1. La Convenzione europea nell'ambito dei beni e dei servizi, inclusa l'abitazione

La Cedu ha interpretato l'articolo 8 in modo da includere attività che possono avere conseguenze nella sfera privata, ivi comprese le relazioni di carattere economico e sociale. Ha adottato un'interpretazione estensiva anche per quanto riguarda il diritto al rispetto del domicilio previsto dall'articolo 8. Come già rilevato, per domicilio si intendono anche gli alloggi stabili meno «tradizionali», quali le roulotte e le case mobili. La Cedu ha altresì stabilito che, qualora gli alloggi messi a disposizione dallo Stato siano in condizioni particolarmente carenti, e causino gravi disagi ai residenti per un periodo prolungato, ciò potrebbe costituire un trattamento inumano.

Esempio: nella causa *Moldovan e a. c. Romania (n. 2)*, i ricorrenti erano stati cacciati dalle loro abitazioni, poi distrutte in circostanze particolarmente traumatiche<sup>140</sup>. I lavori di ricostruzione delle loro case procedevano con particolare lentezza, e la sistemazione provvisoria messa a disposizione era estremamente carente. La Cedu ha riconosciuto che:

«le condizioni nelle quali i ricorrenti hanno vissuto negli ultimi dieci anni, in particolare la promiscuità e l'insalubrità e i loro effetti deleteri sulla salute e sul benessere dei ricorrenti, associati alla durata del periodo durante il quale questi ultimi sono stati costretti a vivere in tali condizioni e all'atteggiamento generale delle autorità, devono aver causato notevoli sofferenze psicologiche e aver quindi leso la loro dignità umana e suscitato in loro un senso di umiliazione e avvilitamento».

Questa constatazione, assieme ad altri elementi, ha indotto la Cedu a concludere che era stato imposto un trattamento degradante in violazione dell'articolo 3 della Convenzione, sebbene il linguaggio adoperato nell'estratto citato lasci supporre che le condizioni dell'abitazione sarebbero state di per sé sufficienti per pervenire a tale conclusione<sup>141</sup>.

Esempio: nella causa *Đokić c. Bosnia Erzegovina*, il ricorrente denunciava un'ingerenza nel suo diritto di proprietà<sup>142</sup>. Prima della disgregazione dell'ex lugo-

140 Cedu, *Moldovan e a. c. Romania (n. 2)* (nn. 41138/98 e 64320/01), 12 luglio 2005.

141 La giurisprudenza della Cedu indica che, in alcune circostanze, il trattamento discriminatorio può divenire anche un trattamento degradante. Cfr., per esempio, Cedu, *Smith e Grady c. Regno Unito* (nn. 33985/96 e 33986/96), 27 settembre 1999.

142 Cedu, sentenza 27 maggio 2010, *Đokić c. Bosnia Erzegovina* (n. 6518/04).

slavia, il ricorrente era un insegnante presso la scuola militare e membro delle forze armate nazionali. Aveva acquistato un appartamento a Sarajevo, ma in seguito allo scoppio della guerra in Bosnia Erzegovina e al trasferimento della scuola militare nell'odierna Serbia, anche il ricorrente si era trasferito e arruolato nelle forze armate serbe. Al termine del conflitto le autorità respingevano la domanda di restituzione dell'appartamento di sua proprietà perché aveva prestato servizio nelle forze armate di un altro paese. A livello nazionale, tale trattamento veniva giustificato in conseguenza del «tradimento» del ricorrente per aver prestato servizio in forze armate straniere coinvolte in operazioni militari in Bosnia Erzegovina. Pur non avendo esaminato espressamente il caso alla luce dell'articolo 14 della Convenzione, la Cedu ha ritenuto che tale decisione fosse stata presa esclusivamente in ragione dell'origine etnica del ricorrente (in quanto il servizio prestato in determinate forze armate rivelava l'origine etnica di una persona), soprattutto perché non era stato dimostrato che il ricorrente avesse effettivamente commesso atti di «tradimento», a parte fare formalmente parte di tali forze armate. In assenza della restituzione, la mancanza di una compensazione o di soluzioni alternative costituiva un'ingerenza sproporzionata nel suo diritto di proprietà.

### 3.4.4. L'accesso alla giustizia

L'accesso alla giustizia non è specificamente menzionato tra gli esempi di beni e servizi nelle direttive contro la discriminazione, ma è verosimile che vi rientri nella misura in cui il sistema giudiziario rappresenta un servizio fornito al pubblico dallo Stato dietro retribuzione. Le direttive contro la discriminazione impongono agli Stati membri di porre in essere quantomeno le procedure giudiziali e/o amministrative che permettano alle persone di tutelare i diritti che le direttive stesse gli riconoscono<sup>143</sup>. È inoltre un principio consolidato del diritto dell'Unione che i singoli debbano godere di «una tutela giurisdizionale effettiva» dei diritti che essi derivano dalla normativa dell'Unione<sup>144</sup>. Di conseguenza, anche se non si può affermare che i «beni e servizi» comprendano l'«accesso alla giustizia», si può dire con certezza

143 Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, articolo 9, comma 1 direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione), articolo 17, comma 1; direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, articolo 8, comma 1; direttiva sull'uguaglianza razziale, articolo 7, comma 1.

144 Cfr., per esempio, CG, sentenza 12 giugno 2010, causa C-364/07, *Vassilakis e a. c. Dimos Kerkyras*, Racc. 2008, pag. I-90.; CG, sentenza 23 aprile 2009, causa C-362/06, *Sahlstedt e a. c. Commissione*, Racc. 2009, pag. I-2903; CG, sentenza 23 aprile 2009, causa C-378/07, *Angelidaki e a. c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis*, Racc. 2009, pag. I-3071.

che l'accesso alla giustizia è previsto come diritto autonomo (senza necessità di dimostrare la discriminazione) per quanto riguarda l'applicazione delle direttive stesse.

### 3.4.4.1. La Convenzione europea nel contesto dell'accesso alla giustizia

Il diritto di accesso alla giustizia è garantito come diritto autonomo dalla CEDU nel contesto del diritto a un equo processo di cui all'articolo 6. La Cedu ha esaminato diversi casi di discriminazione in proposito.

Esempio: nella causa *Paraskeva Todorova c. Bulgaria*, il rifiuto da parte del giudice nazionale di sospendere la pena inflitta alla ricorrente, accompagnato da osservazioni sulla necessità di contrastare la cultura di impunità diffusa tra le minoranze etniche, è stato considerato come una violazione dell'articolo 6 in combinato disposto con l'articolo 14<sup>145</sup>.

Esempio: nella causa *Moldovan e a. c. Romania (n. 2)*, già esaminata, è stato riconosciuto che il ritardo eccessivo nel risolvere i procedimenti penali e civili (sette anni per la pronuncia della prima sentenza) costituiva una violazione dell'articolo 6<sup>146</sup>. Il ritardo era dovuto a numerosi errori commessi dai giudici e, insieme con l'atteggiamento discriminatorio generale delle autorità nei confronti dei ricorrenti rom, è stato considerato costituire alla stregua di una violazione dell'articolo 6 in combinato disposto con l'articolo 14.

Esempio: nella causa *Anakomba Yula c. Belgio*, il diritto nazionale, che impedisce alla ricorrente di ottenere assistenza pubblica per sostenere le spese relative a un'azione di riconoscimento di paternità in ragione del fatto che non era una cittadina belga, è stato considerato in contrasto con l'articolo 6 in combinato disposto con l'articolo 14<sup>147</sup>. Peraltro ciò non sta a indicare che i cittadini di paesi terzi abbiano diritto assoluto a ricevere sussidi pubblici. Nella fattispecie la Cedu ha preso in considerazione diversi aspetti, tra cui il fatto che la richiesta era stata respinta perché la ricorrente non aveva un permesso di soggiorno valido, sebbene all'epoca fosse in attesa del rinnovo. La Cedu ha inoltre tenuto conto del fatto che per le azioni relative alla paternità era previsto un termine

145 Cedu, sentenza 25 marzo 2010, *Paraskeva Todorova c. Bulgaria* (n. 37193/07).

146 Cedu, sentenza 12 luglio 2005, *Moldovan e a. c. Romania (n. 2)* (nn. 41138/98 e 64320/01).

147 Cedu, sentenza 10 marzo 2009, *Anakomba Yula c. Belgio* (n. 45413/07), esaminata al paragrafo 4.7.

di un anno, e di conseguenza non era ragionevole attendersi che la ricorrente attendesse il rinnovo del permesso di soggiorno per presentare la domanda di assistenza.

## 3.5. L'applicazione della Convenzione al di là del diritto dell'Unione

Oltre ai casi descritti, in cui la tutela garantita dalla CEDU coincide con quella prevista dalle direttive contro la discriminazione, vi sono importanti settori in cui la CEDU offre una protezione aggiuntiva.

### 3.5.1. La sfera «personale»: vita privata e familiare, adozione, domicilio e matrimonio<sup>148</sup>

Un ambito particolarmente significativo è quello della vita familiare e privata; a questo riguardo gli Stati membri non hanno conferito all'UE ampi margini per legiferare. I casi portati innanzi la Cedu in tale ambito hanno riguardato la considerazione della disparità di trattamento in relazione alle disposizioni su successioni ereditarie, diritto di visita ai figli dei genitori divorziati e questioni relative alla paternità.

Come si vedrà di seguito e nel capitolo 4, le cause *Mazurek c. Francia*<sup>149</sup>, *Sommerfeld c. Germania*<sup>150</sup> e *Rasmussen c. Danimarca*<sup>151</sup> hanno comportato l'esame di differenze di trattamento riguardanti le norme in materia di successioni ereditarie, di diritto di visita dei figli da parte di genitori divorziati e di riconoscimento della paternità. L'articolo 8 si applica anche alle questioni attinenti all'adozione. La causa *E.B. c. Francia*, già esaminata, dimostra che l'adozione può rientrare nell'ambito di applicazione della CEDU, sebbene la Convenzione di fatto non preveda un diritto di adozione. La Cedu ha inoltre definito la portata generale dell'articolo 8, facendo riferimento alla giurisprudenza precedente:

148 Una descrizione del campo di applicazione dell'articolo 8 della CEDU è disponibile nel sito Internet del CDE, Educazione ai diritti umani per le professioni legali: Kilkelly, *The Right to Respect for Private and Family Life* [Il diritto al rispetto della vita privata e familiare], Manuali sui diritti umani, n. 1, 2001, disponibile all'indirizzo: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=1636).

149 Cedu, sentenza 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (n. 34406/97).

150 Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC] (n. 31871/96).

151 Cedu, sentenza 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca* (n. 8777/79).



«la nozione di 'vita privata', ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, è un concetto di ampia portata che comprende, tra l'altro, il diritto di instaurare e sviluppare relazioni con i propri simili [...], il diritto allo 'sviluppo personale' [...] e il diritto all'autodeterminazione in quanto tale. Comprende elementi quali il nome [...], l'identità di genere, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, che rientrano nella sfera personale protetta dall'articolo 8 [...], nonché il diritto al rispetto della decisione di avere o non avere un figlio»<sup>152</sup>.

La portata dell'articolo 8 è quindi estremamente ampia. La CEDU ha conseguenze anche in altri ambiti, quali il matrimonio, specificamente protetto dall'articolo 12.

Esempio: nella causa *Muñoz Díaz c. Spagna*, la ricorrente aveva contratto matrimonio secondo le usanze tradizionali rom; il rito tuttavia non era conforme alle condizioni prescritte dal diritto nazionale e il matrimonio non risultava quindi formalmente contratto<sup>153</sup>. Le autorità avevano peraltro considerato la ricorrente come coniugata, rispetto al rilascio di documenti d'identità, alla corresponsione di determinate prestazioni e all'attribuzione del «libretto di famiglia». Alla morte del coniuge, la ricorrente aveva presentato domanda allo Stato per ottenere la pensione di reversibilità, che le veniva rifiutata in quanto non risultava regolarmente sposata a norma del diritto nazionale. La Cedu ha stabilito che, poiché lo Stato aveva trattato la sua relazione al pari di un matrimonio validamente contratto, la posizione della ricorrente era equiparabile a quella dei coniugi in «buona fede» (vale a dire a un caso di matrimonio putativo contratto in buona fede da entrambi i coniugi), ai quali la pensione di reversibilità sarebbe stata accordata. Pur ritenendo che il rifiuto di riconoscere la validità del matrimonio non costituisse una discriminazione (alla luce dell'articolo 12 in combinato disposto con l'articolo 14), la Cedu ha concluso che il rifiuto di accordare alla ricorrente lo stesso trattamento riservato ai coniugi in buona fede e di accordarle la pensione costituiva una discriminazione (alla luce del protocollo n. 1, articolo 1, in combinato disposto con l'articolo 14).

Pertanto, nei casi di protezione di un aspetto fondamentale della dignità umana in principio la Cedu riconosce agli Stati un più ristretto margine di apprezzamento. Tuttavia, in alcune ipotesi si deve stabilire un equilibrio tra questa esigenza e la necessità di proteggere altre persone vulnerabili, i cui diritti potrebbero essere violati.

<sup>152</sup> Cedu, sentenza 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* [GC] (n. 43546/02), punto 43.

<sup>153</sup> Cedu, sentenza 8 dicembre 2009, *Muñoz Díaz c. Spagna* (n. 49151/07).

Esempio: la causa *Sommerfeld c. Germania* verteva su una legge tedesca che disciplinava il diritto del padre di visitare i propri figli<sup>154</sup>. Ai sensi del diritto nazionale, se i genitori di un bambino non erano sposati, la madre poteva negare al padre di visitare il figlio. In tal caso, il padre poteva rivolgersi a un giudice per ottenere l'autorizzazione. Secondo il governo, tale legge non era discriminatoria in quanto i padri allontanati in genere mostravano scarso interesse per i figli. La Cedu ha osservato che, in questi casi, lo Stato dispone di un margine di apprezzamento particolarmente ridotto. Ha altresì dichiarato che «occorrono motivi molto solidi per poter considerare compatibile con la Convenzione una differenza di trattamento dovuta alla nascita al di fuori del matrimonio [...]. Lo stesso vale per una differenza di trattamento tra il padre di un bambino nato da una coppia convivente non sposata e il padre di un bambino nato da una coppia sposata». Secondo la Corte la spiegazione fornita dal governo non poteva giustificare tale disparità.

Nel caso summenzionato la Cedu ha ritenuto che gli interessi del padre coincidessero con quelli del bambino, cioè che fosse nell'interesse del bambino avere contatti con il padre. Tuttavia, in caso di potenziale conflitto tra gli interessi del bambino e quelli del padre, lo Stato gode di maggiore discrezionalità ai fini della migliore tutela del bambino.

Esempio: nella causa *Rasmussen c. Danimarca*, un padre contestava una normativa i cui termini gli impedivano di procedere all'accertamento della paternità<sup>155</sup>. La Cedu ha constatato una differenza di trattamento fondata sul sesso, ma ha ritenuto che fosse giustificata. La legge perseguiva la finalità legittima di garantire ai minori la certezza della loro condizione giuridica, impedendo ai padri di abusare della possibilità di contestare la paternità in una fase avanzata della loro vita. Data la scarsa uniformità di approccio alla questione tra gli Stati aderenti alla Convenzione, la Cedu ha accordato allo Stato un ampio margine di apprezzamento e ha ritenuto giustificata la differenza di trattamento<sup>156</sup>.

154 Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC] (n. 31871/96), punto 93. Cfr. in fattispecie analoga, Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sahin c. Germania* [GC] (n. 30943/96), 8 luglio 2003. Cfr. anche Cedu, sentenza 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (n. 34406/97), sul diverso trattamento riservato ai figli nati fuori dal matrimonio, esaminata nel capitolo 4 (motivi oggetto del divieto di discriminazione).

155 Cedu, sentenza 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca* (n. 8777/79).

156 *Ibid.*, punti 40-42.

### 3.5.2. La partecipazione politica: libertà di espressione, di riunione e di associazione e diritto a libere elezioni

Uno dei principali obiettivi del Consiglio d'Europa è la promozione della democrazia. Tale obiettivo trova espressione in molti diritti riconosciuti nella CEDU, che facilitano la promozione della partecipazione politica. Il diritto dell'Unione prevede un insieme limitato di diritti in questo ambito (in particolare il diritto dei cittadini dell'UE di partecipare alle elezioni comunali e alle elezioni del Parlamento europeo), mentre la CEDU offre garanzie più generali che sanciscono non solo il diritto di votare e di candidarsi alle elezioni, ma anche diritti complementari, quali la libertà di espressione e la libertà di riunione e di associazione.

Esempio: nella causa *Bączkowski e a. c. Polonia*, già esaminata, il rifiuto di autorizzare un corteo inteso a sensibilizzare la popolazione al problema della discriminazione basata sull'orientamento sessuale, associato a dichiarazioni pubbliche omofobiche da parte del sindaco, è stato considerato alla stregua di una violazione del diritto alla libertà di riunione (articolo 11) in combinato disposto con l'articolo 14<sup>157</sup>.

Il diritto alla libertà di associazione è stato inteso nel senso di comprendere anche la costituzione di un partito politico, alla quale la Cedu ha accordato un alto livello di protezione<sup>158</sup>. Analogamente, come rilevato nel capitolo 4, paragrafo 11, ogni ingerenza nel diritto alla libertà di espressione nell'ambito del dibattito politico è oggetto di esame molto scrupoloso<sup>159</sup>.

### 3.5.3. L'applicazione della legge

Oltre a garantire il diritto sostanziale alla vita (articolo 2) e la proibizione della tortura, delle pene e dei trattamenti inumani o degradanti (articolo 3), questi articoli generano anche un obbligo per lo Stato, che è tenuto a indagare le circostanze nelle quali si sono verificati tali trattamenti o la perdita di vite umane. Nelle cause *Nachova e a. e Turan Cakir*, la Cedu ha statuito che tale obbligo comporta il dovere specifico di condurre un'indagine circa le eventuali motivazioni razziste alla base delle

157 Cedu, sentenza 3 maggio 2007, *Bączkowski e a. c. Polonia* (n. 1543/06).

158 Per esempio, Cedu, sentenza 25 maggio 1998, *Partito socialista e a. c. Turchia* (n. 21237/93).

159 Cedu, sentenza 23 aprile 1992, *Castells c. Spagna* (n. 11798/85).

violazioni degli articoli 2 e 3 e che il mancato rispetto di tale obbligo comporta, a sua volta, una violazione di detti articoli, in combinato disposto con l'articolo 14<sup>160</sup>.

Esempio: nella causa *Turan Cakir c. Belgio*, il ricorrente denunciava la brutalità della polizia che, nel corso del suo arresto, gli aveva provocato lesioni gravi e durature, accompagnate da minacce e insulti razzisti<sup>161</sup>. La Cedu ha constatato che la violenza inflitta infrangeva il diritto del ricorrente di non subire un trattamento inumano o degradante (articolo 3 della CEDU). Ha altresì dichiarato che lo Stato, non avendo condotto un'indagine adeguata in merito alla denuncia di maltrattamento, era venuto meno agli obblighi procedurali impostigli dal medesimo articolo. Ha infine concluso che la mancata conduzione dell'indagine violava anche il diritto di non subire discriminazioni in associazione con l'articolo 3, in quanto lo Stato aveva l'obbligo di condurre indagini non solo sul presunto maltrattamento, ma anche sulla presunta motivazione razzista del comportamento discriminatorio.

Esempio: la causa *Nachova e a. c. Bulgaria* riguardava due uomini rom uccisi a colpi di arma da fuoco mentre tentavano di sottrarsi alla polizia militare che intendeva arrestarli perché si erano assentati senza permesso<sup>162</sup>. All'epoca dei fatti, il militare che aveva ucciso le vittime aveva urlato «Maledetti zingari» a un loro vicino. La Cedu ha constatato che lo Stato aveva violato il diritto alla vita delle vittime (articolo 2 della CEDU), non solo in modo sostanziale, ma anche a livello procedurale, in quanto non aveva condotto un'indagine adeguata sui decessi. Ha inoltre dichiarato che la mancata conduzione dell'indagine violava anche il diritto di non subire discriminazioni in associazione con l'articolo 2, in quanto lo Stato aveva l'obbligo di accertare specificamente l'esistenza di un'eventuale motivazione razzista.

Questi casi riguardano entrambi azioni compiute da pubblici ufficiali, ma lo Stato è tenuto a intervenire al fine di proteggere le vittime di reati e di condurre indagini anche nel caso di azioni commesse da privati.

160 Cedu, sentenza 6 luglio 2005, *Nachova e a. c. Bulgaria* [GC] (nn. 43577/98 e 43579/98); Cedu, sentenza 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio* (n. 44256/06); cfr. anche Cedu, sentenza 31 maggio 2007, *Šečić c. Croazia* (n. 40116/02).

161 Cedu, sentenza 10 marzo 2009, *Turan Cakir c. Belgio* (n. 44256/06).

162 Cedu, sentenza 6 luglio 2005, *Nachova e a. c. Bulgaria* [GC] (nn. 43577/98 e 43579/98).

Esempio: nella causa *Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e a. c. Georgia*<sup>163</sup>, un gruppo di Testimoni di Geova era stato aggredito da un gruppo di estremisti ortodossi. Se pur avvisata, la polizia non era intervenuta per impedire gli atti di violenza. La successiva indagine veniva interrotta in quanto, stando alla polizia, non era stato possibile accertare l'identità degli aggressori. La Cedu ha concluso che il mancato intervento da parte della polizia per proteggere le vittime dalla violenza per motivi razziali e la successiva mancanza di un'indagine adeguata costituivano una violazione dell'articolo 3 (diritto di non subire pene o trattamenti inumani o degradanti) e dell'articolo 9 (diritto alla libertà di religione) in combinato disposto con l'articolo 14, in quanto si basava su motivi religiosi.

Sembra che il diritto dell'Unione possa imporre obblighi analoghi nel contesto della decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale (esaminata al paragrafo 4.6)<sup>164</sup>. Tuttavia la decisione quadro non impone l'obbligo specifico di accertare l'eventuale esistenza di motivazioni razziste connesse ai reati contro la persona.

### 3.5.4. I profili penali

Oltre alle questioni relative all'applicazione della legge di cui al paragrafo 3.5.3, la CEDU tocca profili di diritto penale nel contesto di una serie di diritti, tra cui il diritto a un equo processo, il diritto di non subire detenzioni arbitrarie, la proibizione delle pene retroattive, il diritto di non essere giudicato o punito due volte, il diritto alla vita e il diritto di non subire pene o trattamenti inumani o degradanti.

Esempio: nella causa *Opuz c. Turchia*, la Cedu ha constatato una discriminazione indiretta fondata sul sesso, in associazione con il diritto alla vita e il diritto di non subire trattamenti inumani o degradanti, in quanto la polizia e la magi-

163 Cedu, sentenza 3 maggio 2007, *Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e a. c. Georgia* (n. 71156/01).

164 Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, GU L 328 del 6.12.2008, pag. 55. Va rilevato che la Cedu ha riconosciuto che l'istigazione alla discriminazione, all'odio e alla violenza nei confronti di un gruppo di persone in ragione della loro origine o della loro appartenenza o non appartenenza a un gruppo etnico, una nazione, una razza o una religione particolari costituisce una limitazione specifica della libertà di espressione protetta dalla CEDU. Cfr. sul punto, Cedu, decisione 20 aprile 2010, *Le Pen c. Francia* (dec.) (n. 18788/09); Cedu, sentenza 16 luglio 2009, *Féret c. Belgio* (n. 15615/07); Cedu, sentenza 16 luglio 2009, *Willem c. Francia* (n. 10883/05); Cedu, sentenza 4 novembre 2008, *Balsytė-Lideikienė c. Lituania* (n. 72596/01).

struttura non avevano adeguatamente applicato la legge in materia di violenza domestica<sup>165</sup>.

Esempio: nelle cause *D.G. c. Irlanda e Bouamar c. Belgio* (esaminate al paragrafo 4.5), i ricorrenti erano stati arrestati dalle autorità nazionali<sup>166</sup>. In questi casi la Cedu ha stabilito che, sebbene il diritto alla libertà fosse stato violato, non erano state commesse discriminazioni, in quanto la differenza di trattamento era giustificata dalla necessità di garantire la protezione dei minori.

## Punti salienti

- I cittadini di paesi terzi godono del diritto alla parità di trattamento pressoché negli stessi ambiti previsti dalle direttive dell'UE contro la discriminazione allorché ottengono lo status di «soggiornante di lungo periodo» ai sensi della direttiva sui cittadini dei paesi terzi.
- Se non ottengono lo status di «soggiornante di lungo periodo», i cittadini di paesi terzi godono di una protezione limitata in forza delle direttive contro la discriminazione:
  - per motivi di orientamento sessuale, età, disabilità, religione o convinzione personale nel diritto di accesso alla formazione professionale e alle condizioni di lavoro. Tuttavia non godono di un identico diritto di accesso al lavoro;
  - ai sensi della direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi e della direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne, i cittadini di paesi terzi godono di una protezione contro la discriminazione fondata sul sesso nell'accesso al lavoro e ai beni e ai servizi.
- La protezione offerta dalle direttive dell'UE contro la discriminazione ha una portata variabile:
  - la razza e l'origine etnica godono della protezione più ampia, in quanto si applica al lavoro, al sistema di previdenza sociale e ai beni e ai servizi;
  - la discriminazione fondata sul sesso è vietata nel contesto del lavoro, della sicurezza sociale (più limitata rispetto al sistema generale di previdenza sociale) e dei beni e servizi;
  - l'orientamento sessuale, la disabilità, la religione o convinzione personale e l'età allo stato attuale sono protetti soltanto nel contesto del lavoro.

<sup>165</sup> Cedu, sentenza 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (n. 33401/02).

<sup>166</sup> Cedu, sentenza 16 maggio 2002, *D.G. c. Irlanda* (n. 39474/98); Cedu, sentenza 29 febbraio 1988, *Bouamar c. Belgio* (n. 9106/80).

- La CEDU contiene un elenco esemplificativo dei motivi oggetto del divieto di discriminazione. Chiunque può far valere la Convenzione dinanzi alle autorità e ai giudici nazionali e, in ultima istanza, alla Cedu.
- Quando riceve un ricorso per presunte discriminazioni, la Cedu può esaminarlo alla luce del solo diritto sostanziale invocato o in combinato disposto con l'articolo 14.
- Non è possibile proporre ricorso soltanto in forza dell'articolo 14, il quale deve essere associato a un diritto sostanziale riconosciuto nella CEDU. È sufficiente tuttavia che il ricorso riguardi l'ambito materiale in cui rientra il diritto in questione.
- Il protocollo n. 12 alla CEDU istituisce un diritto autonomo a non subire discriminazioni. Esso riguarda tutti i diritti previsti o desumibili dalla legge o dalla prassi nazionale e il significato attribuito a «discriminazione» è identico a quello di cui all'articolo 14.
- La CG adotta con riguardo all'ambito di applicazione interpretazioni molto estensive, al fine di garantire la piena efficacia dei diritti individuali sanciti dal diritto dell'Unione.
- La portata della CEDU, sia in termini di diritti sostanziali riconosciuti, sia di interpretazione che viene data a tali diritti ai fini dell'applicazione dell'articolo 14, è decisamente più estesa rispetto alle direttive dell'UE contro la discriminazione.
- Tra i settori particolarmente importanti esclusi dal campo di applicazione delle direttive contro la discriminazione, e ampiamente al di fuori delle competenze dell'UE (e quindi esclusi dall'applicazione della Carta dei diritti fondamentali), figurano le questioni attinenti al diritto privato e di famiglia, i diritti associati alla partecipazione politica e le questioni di diritto penale.
- È dunque molto importante che la vittima di una discriminazione valuti attentamente se la situazione rientri nell'ambito di applicazione delle direttive contro la discriminazione o della CEDU, allorché decide l'approccio da adottare nei riguardi della controversia.

## Approfondimenti

Bell, «Beyond European Labour Law? Reflections on the EU Racial Equality Directive» [Oltre il diritto europeo del lavoro? Riflessioni sulla direttiva dell'UE sull'uguaglianza razziale], *European Law Journal*, n. 8.3, 2002, pag. 384.

Boccardo, «Housing Rights and Racial Discrimination» [Diritto all'abitazione e discriminazione razziale], in Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 9, dicembre 2009, pag. 21.

Brosius-Gersdorf, «Ungleichbehandlung von Imam-Ehe und Zivilehe bei der Gewährung von Sozialversicherungsleistungen in der Türkei aus völkerrechtlicher

Sicht: der Fall Şerife Yiğit vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2009.

Cousins, «The European Convention on Human Rights and Social Security law» [La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la legislazione in materia di sicurezza sociale], *Human Rights Law Review*, n. 10.1, 2010, pag. 191.

Edel, «The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights», *Human Rights Files*, No. 22, 2010.

Equinet, *Combating Discrimination in Goods and Services* [La lotta contro la discriminazione nel settore dei beni e dei servizi], Equinet, 2004.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [Il contenzioso strategico della discriminazione fondata sulla razza in Europa: dai principi alla pratica], Russell Press, Nottingham 2004, Allegato 5.c.

Kapuy, «Social Security and the European Convention on Human Rights: How an Odd Couple has Become Presentable» [La sicurezza sociale e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: come una strana coppia è diventata presentabile], *European Journal of Social Security*, n. 9.3, 2007, pag. 221.

Sánchez-Rodas Navarro, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», *Aranzadi Social*, n. 18, 2009.

Sudre (a cura di), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque des 9 et 10 novembre 2007*, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 2008.



# 4

## Motivi di discriminazione oggetto di protezione

### 4.1. Introduzione

Le direttive europee contro la discriminazione vietano la differenza di trattamento fondata su taluni motivi di discriminazione oggetto di protezione e contengono un elenco circoscritto di tali motivi, comprendente il sesso (direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi, direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne), l'orientamento sessuale, la disabilità, l'età e la religione o convinzione personale (direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione), la razza o l'origine etnica (direttiva sull'uguaglianza razziale). Viceversa la CEDU contiene un elenco aperto, che coincide con le direttive e le oltrepassa. L'articolo 14 vieta le discriminazioni «fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione». La categoria «ogni altra condizione» ha permesso alla Cedu di includere (tra gli altri) i motivi che sono espressamente protetti dalle direttive contro la discriminazione, vale a dire: la disabilità, l'età e l'orientamento sessuale.

Nel capitolo 1 si è visto che anche l'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contiene un divieto di discriminazione. La Carta vincola le istituzioni dell'Unione europea, ma si applica anche agli Stati membri quando interpretano e danno attuazione al diritto dell'Unione. La disposizione della Carta relativa alla discriminazione contiene un misto dei motivi previsti dalla CEDU e dalle direttive contro la discriminazione.

Un motivo oggetto del divieto di discriminazione consiste in una caratteristica dell'individuo che non dovrebbe essere considerata rilevante e che non dovrebbe motivare alcuna disparità di trattamento o di fruizione di una particolare prestazione.

## 4.2. Il sesso

La discriminazione sessuale è relativamente ovvia, in quanto si riferisce alla discriminazione basata sul fatto che una persona sia una donna o un uomo. È l'aspetto maggiormente sviluppato nella politica sociale dell'UE ed è da tempo considerato un diritto fondamentale. Lo sviluppo della protezione basata su questo motivo ha perseguito una duplice finalità: in primo luogo, sul piano economico ha contribuito a eliminare le distorsioni della concorrenza su un mercato divenuto sempre più integrato e, in secondo luogo, a livello politico ha dotato la Comunità prima e l'Unione poi di uno strumento atto a promuovere il progresso sociale e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. La protezione contro la discriminazione fondata sul sesso è dunque stata e continua a essere una funzione fondamentale dell'Unione europea. Il riconoscimento dell'importanza sociale ed economica di garantire la parità di trattamento ha trovato un'ulteriore espressione concreta nella posizione centrale attribuita alla Carta dei diritti fondamentali. La protezione contro la discriminazione fondata sul sesso è altrettanto sviluppata nel quadro della CEDU.

Nella maggior parte dei casi, la discriminazione sessuale di solito riguarda situazioni in cui le donne ricevono un trattamento meno favorevole rispetto agli uomini, sebbene talvolta si verifichi il contrario.

Esempio: nella causa *Defrenne c. Sabena*, la ricorrente lamentava di ricevere una retribuzione inferiore a quella dei suoi colleghi di sesso maschile, nonostante svolgessero mansioni lavorative identiche<sup>167</sup>. La CG ha ritenuto che si trattasse di un chiaro caso di discriminazione fondata sul sesso. Nel pervenire a questa conclusione, la CG ha evidenziato la dimensione sia economica sia sociale dell'Unione e il fatto che la parità di trattamento contribuisce al progresso dell'UE verso tali obiettivi.

Nella causa *Bilka*, esaminata in precedenza, la CG ha esaminato una diversità di trattamento basata su considerazioni attinenti alla gestione di un'impresa, in virtù delle quali il datore di lavoro giustificava l'esclusione dei dipendenti a orario ridotto da un regime pensionistico professionale adducendo la necessità di incoraggiare il lavoro a tempo pieno per assicurare la presenza di personale sufficiente. In questo caso la CG non si è pronunciata in merito al fatto che tale misura fosse proporzionata alla differenza di trattamento subita. È stata invece più esplicita nella causa seguente.

<sup>167</sup> CG, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena*, Racc. 1976, pag. 455.

Esempio: nella causa *Hill e Stapleton*, il governo aveva introdotto un regime di impiego a tempo parziale per i dipendenti pubblici, in forza del quale due dipendenti si ripartivano, in via temporanea, un unico posto a tempo pieno e ciascuno copriva il 50% dell'orario di lavoro e percepiva il 50% dello stipendio<sup>168</sup>. I dipendenti conservavano il diritto di ritornare a occupare un impiego a tempo pieno, purché esistessero posti vacanti. In base alle norme applicabili, i dipendenti con un impiego a tempo pieno maturavano ogni anno uno scatto della tabella retributiva. Tuttavia per i dipendenti che optavano per l'impiego a tempo parziale l'incremento era dimezzato, cioè erano necessari due anni per maturare uno scatto. Nel caso di specie le due ricorrenti avevano ripreso il servizio a tempo pieno e contestavano il modo in cui era stato applicato lo scatto. La CG ha constatato una discriminazione indiretta fondata sul sesso, in quanto le donne costituivano la quasi totalità dei dipendenti che optavano per il tempo parziale. Secondo il governo, la differenza di trattamento era giustificata, perché il principio di applicazione dello scatto si basava sulla durata effettiva del servizio. La CG ha ritenuto che tale giustificazione fosse un mero assunto, non corroborato da riscontri obiettivi (in quanto non esistevano prove del fatto che la durata del servizio di altri lavoratori fosse calcolata in termini di ore effettivamente lavorate). La CG ha quindi dichiarato che «un datore di lavoro non può giustificare una discriminazione derivante da un regime di impiego a tempo parziale con il solo motivo secondo cui l'eliminazione di una discriminazione del genere comporterebbe un aumento delle sue spese».

Riguardo al trattamento discriminatorio in ragione del sesso, la CG sembra dunque poco propensa ad accogliere giustificazioni fondate unicamente sulle considerazioni finanziarie o di gestione dei datori di lavoro.

Esempio: nella causa *Ünal Tekeli c. Turchia*, la ricorrente contestava il fatto che il diritto nazionale obbligasse le donne a prendere il cognome del marito all'atto del matrimonio<sup>169</sup>. Sebbene la legge consentisse a una donna di conservare il proprio nome da nubile assieme a quello del marito, la Cedu ha constatato una discriminazione fondata sul sesso, in quanto la legge nazionale non obbligava il marito a cambiare cognome.

168 CG, sentenza 17 giugno 1998, causa C-243/95, *Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners and Department of Finance*, Racc. 1998, pag. I-3739.

169 Cedu, sentenza 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c. Turchia* (n. 29865/96).

Esempio: nella causa *Zarb Adami c. Malta*, il ricorrente sosteneva di subire una discriminazione allorché veniva convocato come giurato, in quanto la prassi in base alla quale erano compilati gli elenchi dei giurati rendeva più probabile che fossero convocati gli uomini<sup>170</sup>. Le statistiche rivelavano che, su un periodo di cinque anni, gli uomini rappresentavano oltre il 95% dei giurati. La Cedu ha constatato che, poiché gli uomini e le donne erano in una situazione analoga quanto ai loro doveri civici, tale prassi costituiva una discriminazione.

L'identità di genere si riferisce all'«esperienza intima e personale che ogni persona ha del sesso, che corrisponda o no al sesso attribuito alla nascita, compresa la consapevolezza personale del corpo (che può comportare, se frutto di una libera scelta, la modificazione dell'aspetto fisico o delle funzioni fisiche mediante interventi medici, chirurgici o di altro tipo) e altre espressioni del genere, tra cui l'abbigliamento, il linguaggio e l'atteggiamento»<sup>171</sup>.

La nozione di «sesso» è stata interpretata nel senso di comprendere anche situazioni in cui il trattamento discriminatorio è legato al «sesso» dell'interessato in modo più astratto, consentendo così una limitata protezione dell'identità di genere.

Pertanto, la definizione di identità di genere maggiormente riconosciuta comprende non solo le persone che si sottopongono a un intervento chirurgico di riattribuzione del genere («transessuali»), ma anche quelle che scelgono di esprimere il loro genere in altri modi, come il travestitismo, o semplicemente adottando un linguaggio o dei cosmetici normalmente associati a persone appartenenti all'altro sesso.

Secondo la sentenza nella causa *P. c. S. e Cornwall County Council*, ai sensi delle direttive contro la discriminazione, il motivo del «sesso» comprende anche la discriminazione contro una persona per il fatto che «intende subire o ha subito un cambiamento di sesso». Sembra dunque che il motivo del sesso, così come viene interpretato ai sensi del diritto dell'Unione, attualmente protegga l'identità di genere soltanto in un senso restrittivo.

170 Cedu, sentenza 20 giugno 2006, *Zarb Adami c. Malta* (n. 17209/02).

171 Questa definizione ampiamente riconosciuta è tratta da «Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity» [Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in relazione con l'orientamento sessuale e l'identità di genere], marzo 2007, disponibile all'indirizzo: [www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm). I principi sono stati adottati da un organismo indipendente, costituito da esperti di diritto internazionale in materia di diritti umani.

Esempio: la causa *K.B. c. NHS Pensions Agency* verteva sul rifiuto di concedere al partner transessuale di K.B. la pensione di reversibilità<sup>172</sup>. Tale rifiuto era dovuto al fatto che la coppia transessuale non fosse coniugata; all'epoca il diritto britannico non permetteva ai transessuali di contrarre matrimonio.

Nell'esaminare la questione della discriminazione, la CG ha dichiarato che non sussisteva una discriminazione fondata sul sesso, in quanto nello stabilire chi avesse diritto alla pensione di reversibilità non si riservava un trattamento meno favorevole a una persona in ragione del suo essere uomo o donna. La CG ha quindi rovesciato il proprio ragionamento e si è concentrata sulla questione del matrimonio. Ha rilevato che i transessuali non potevano contrarre matrimonio, e quindi non avrebbero mai potuto beneficiare della pensione di reversibilità, mentre gli eterosessuali potevano farlo. Ha tenuto conto della sentenza della Cedu nella causa *Christine Goodwin*<sup>173</sup>. Sulla base di queste considerazioni, la CG ha concluso che la legislazione britannica in questione era incompatibile con il principio della parità di trattamento, in quanto impediva ai transessuali di beneficiare di parte della retribuzione del partner.

Esempio: considerazioni analoghe sono emerse nella causa *Richards*<sup>174</sup>. Richards, che era nato uomo, si era sottoposto a intervento chirurgico di rettificazione del sesso. Il caso riguardava il diritto alla pensione di vecchiaia nel Regno Unito, poiché all'epoca le donne raggiungevano l'età di pensionamento a 60 anni, mentre gli uomini a 65 anni. Richards aveva richiesto la pensione all'età di 60 anni, ma la domanda era stata respinta, per il motivo che legalmente era considerata uomo e quindi non poteva ottenere la pensione di vecchiaia finché non avesse raggiunto l'età di 65 anni. La CG ha dichiarato che si trattava di una disparità di trattamento in ragione del suo cambiamento di sesso e, di conseguenza, costituiva una discriminazione in contrasto con l'articolo 4, paragrafo 1, della direttiva relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale<sup>175</sup>.

172 CG, sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. c. NHS Pensions Agency*, Racc. 2004, pag. I-541.

173 Cedu, sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC] (n. 28957/95).

174 CG, sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, Racc. 2006, pag. I-3585.

175 Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, GU 1979 L 6, pag. 24.

La Cedu non si è ancora pronunciata sulla questione se l'identità di genere rientri fra i motivi di discriminazione che formano oggetto di protezione ai sensi dell'articolo 14; né ha fornito indicazioni se la nozione comprenda solo i «transessuali» o debba essere interpretata in senso più estensivo. Ciò non significa che non abbia mai affrontato la questione dell'identità di genere. La Cedu ha stabilito che l'identità di genere, così come l'orientamento sessuale, rientra nella sfera privata di una persona e non deve quindi subire ingerenze da parte delle autorità pubbliche.

Esempio: le cause *Christine Goodwin c. Regno Unito* e *I. c. Regno Unito* riguardavano fatti molto simili<sup>176</sup>. Le ricorrenti, che si erano entrambe sottoposte a intervento chirurgico di rettificazione del sesso da maschile a femminile, contestavano il fatto che il governo si rifiutasse di autorizzare la modifica dei loro certificati di nascita al fine di tenere conto del loro sesso. Sebbene le ricorrenti potessero modificare altri documenti e il loro nome, i certificati di nascita erano ancora usati in certi casi in cui il genere aveva rilevanza giuridica, per esempio nell'ambito del lavoro o delle pensioni, il che significava che le ricorrenti si sarebbero sentite imbarazzate e umiliate qualora fossero state costrette a rivelare di essere considerate maschi dalla legge. La Cedu (superando la giurisprudenza precedente) ha deciso che ciò costituiva una violazione del diritto al rispetto della sfera privata e del diritto di contrarre matrimonio di cui all'articolo 12, ma non ha accertato l'eventuale sussistenza di una violazione dell'articolo 14.

Esempio: nella causa *Van Kück*, alla ricorrente, che si era sottoposta a un intervento chirurgico di rettificazione del sesso e a una terapia ormonale, veniva rifiutato il rimborso delle spese sostenute a tal fine dalla sua compagnia di assicurazione medica privata<sup>177</sup>. La Corte d'appello tedesca, competente per il ricorso della ricorrente contro la compagnia di assicurazione, stabiliva che le procedure mediche non erano «necessarie», come richiesto dalla polizza, e quindi la ricorrente non aveva diritto al rimborso. La Cedu ha constatato che, considerata la natura dell'identità di genere e il carattere profondamente personale della decisione di sottoporsi a procedure mediche irreversibili, l'approccio del giudice nazionale non solo non aveva garantito il diritto della ricorrente a un equo processo, violando così l'articolo 6 della CEDU, ma aveva anche violato il suo diritto al rispetto della sfera privata, sancito dall'articolo 8 della Convenzione. La Cedu

<sup>176</sup> Cedu, sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC] (n. 28957/95); Cedu, sentenza 11 luglio 2002, *I. c. Regno Unito* [GC] (n. 25680/94). Cfr. anche Cedu, sentenza 11 settembre 2007, *L. c. Lituania* (n. 27527/03).

<sup>177</sup> Cedu, sentenza 12 giugno 2003, *Van Kück c. Germania* (n. 35968/97).

non ha tuttavia esaminato la questione alla luce dell'articolo 14, in quanto i fatti in questione erano essenzialmente gli stessi.

In generale si osserva che la legislazione relativa al motivo dell'«identità di genere» richiede notevoli precisazioni a livello sia europeo sia nazionale. Gli studi recenti delle leggi nazionali che disciplinano questo ambito rivelano che non esiste un approccio coerente in Europa, con una divisione tra Stati che trattano l'«identità di genere» nell'ambito dell'«orientamento sessuale» e Stati che la trattano nell'ambito della «discriminazione fondata sul sesso»<sup>178</sup>.

Una serie di casi relativi alla discriminazione fondata sul sesso, con riferimento all'età pensionabile, mostra che la Cedu tende a riconoscere agli Stati un ampio margine di apprezzamento in materia di politica fiscale e sociale<sup>179</sup>.

Esempio: nella causa *Stec e a. c. Regno Unito*, i ricorrenti lamentavano che, a causa della diversa età di pensionamento prevista per gli uomini e le donne, ciascuno di essi risultava svantaggiato dall'adeguamento delle prestazioni cui aveva diritto, calcolate in funzione dell'età pensionabile<sup>180</sup>. La Cedu ha stabilito che, in linea di principio, la discriminazione fondata sul sesso può essere giustificata soltanto in presenza di «ragioni molto forti». Tuttavia, «nel quadro della Convenzione, di norma gli Stati godono di un ampio margine di manovra quando adottano misure generali in materia economica o sociale [...] Grazie alla conoscenza diretta della loro società e delle sue esigenze, le autorità nazionali in linea di principio sono in una posizione migliore rispetto al giudice internazionale per stabilire che cosa sia di pubblico interesse in campo sociale o economico e la Corte in genere rispetta le scelte politiche del governo, a meno che [...] siano manifestamente prive di un ragionevole fondamento». La Cedu ha rilevato che in origine le diverse età di pensionamento erano effettivamente una forma di «misure speciali» in quanto erano intese a compensare le difficoltà finanziarie

178 Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States: Part I – Legal Analysis* [Omofobia e discriminazione fondata sull'orientamento sessuale negli Stati membri dell'UE: Parte I, Analisi giuridica], FRA, Vienna 2009, pagg. 129-144; Commissario per i diritti dell'uomo, *Human Rights and Gender Identity* [Diritti umani e identità di genere] (documento di analisi di Thomas Hammarberg, Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa, Strasburgo, 29 luglio 2009) CommDH/IssuePaper(2009)2.

179 Questi casi non soltanto offrono una disanima interessante della giustificazione della differenza di trattamento, ma anche e ulteriori delucidazioni per approfondire l'analisi della giustificazione svolta nei precedenti capitoli del manuale.

180 Cedu, sentenza 12 aprile 2006, *Stec e a. c. Regno Unito* [GC] (nn. 65731/01 e 65900/01).

che le donne potevano incontrare a causa del loro ruolo tradizionale all'interno della famiglia, che le lasciava prive di un reddito monetario autonomo. Ha constatato che il governo aveva cominciato a introdurre gradualmente adeguamenti al fine di equiparare l'età di pensionamento degli uomini e delle donne e che non si era spinto al di là del proprio margine di apprezzamento né scegliendo di farlo nell'arco di alcuni anni, né evitando di introdurre le modifiche più rapidamente<sup>181</sup>.

Un approccio analogo è stato adottato dalla CG in relazione a casi di disparità di trattamento giustificate da considerazioni generali in materia di lavoro.

Esempio: nella causa *Schnorbus*, la CG ha stabilito che la prassi del ministero della Giustizia del Land dell'Assia di accordare la preferenza ai candidati di sesso maschile che avessero compiuto il servizio militare o civile obbligatorio nell'ammissione al tirocinio per le professioni legali costituiva una discriminazione indiretta fondata sul sesso<sup>182</sup>. La Corte ha tuttavia constatato che tale prassi era oggettivamente giustificata, in quanto era semplicemente intesa a compensare il ritardo che l'obbligo di prestare il servizio militare comportava per la carriera dei candidati di sesso maschile.

Esempio: la causa *Megner e Scheffel* riguardava una legge tedesca che escludeva l'impiego a orario ridotto (inferiore a quindici ore settimanali) e di breve durata dai regimi obbligatori di assicurazione malattia e vecchiaia nonché dall'obbligo di versare contributi al regime di assicurazione contro la disoccupazione<sup>183</sup>. La CG ha constatato che la norma comportava una potenziale discriminazione indiretta nei confronti delle donne, di per sé più propense a lavorare a orario ridotto o per brevi periodi. La CG ha accolto la tesi del governo secondo cui, se gli impieghi a orario ridotto e di breve durata fossero stati inclusi nel regime, i conseguenti costi avrebbero comportato l'intera riorganizzazione del sistema, che non sarebbe più potuto essere finanziato su base contributiva. Ha altresì riconosciuto che esisteva una domanda di lavori di breve durata e a orario ridotto, che il governo poteva favorire soltanto escludendo tali lavori dal

181 Cfr. in tal senso Cedu, sentenza 22 agosto 2006, *Barrow c. Regno Unito* (n. 42735/02), punti 20-24, 37; Cedu, sentenza 22 agosto 2006, *Pearson c. Regno Unito* (n. 8374/03), punti 12-13, 25; Cedu, sentenza 22 agosto 2006, *Walker c. Regno Unito* (n. 37212/02), punti 19-20, 37.

182 CG, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-79/99, *Schnorbus c. Land Hessen*, Racc. 2000, pag. I-10997.

183 CG, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-444/93, *Megner e Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz*, Racc. 1995, pag. I-4741. Cfr. in tal senso CG, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Racc. 1995, pag. I-4625.



regime di sicurezza sociale. In caso contrario, con tutta probabilità tali lavori sarebbero comunque esistiti illegalmente. La CG ha riconosciuto che il governo perseguiva una finalità sociale legittima e che lo Stato disponeva di un'«ampia discrezionalità» nella scelta dei provvedimenti idonei a realizzare la «politica sociale e occupazionale». La differenza di trattamento era quindi giustificata.

In segno contrario la causa seguente, nella quale la CG non ha ritenuto che la discriminazione fondata sul sesso fosse giustificata nel contesto della politica sociale, nonostante le conseguenze fiscali significative adottate dal governo.

Esempio: la causa *Roks* riguardava una legge nazionale relativa a un sussidio per inabilità al lavoro per incapacità lavorativa<sup>184</sup>. Nel 1975 la legge aveva introdotto tale prestazione per gli uomini e per le donne nubili, a prescindere dal loro reddito prima dell'insorgere dell'incapacità. Nel 1979 la legge era stata modificata e il diritto alla prestazione era stato esteso alle donne coniugate. Tuttavia veniva introdotta anche la condizione che il destinatario avesse percepito un determinato reddito nel corso dell'anno precedente. La legge era stata impugnata, fra l'altro, per il motivo che la condizione relativa al reddito costituiva una discriminazione indiretta nei confronti delle donne (che avevano minori probabilità di percepire il reddito richiesto rispetto agli uomini). Lo Stato sosteneva che la differenza di trattamento era giustificata da considerazioni di bilancio, al fine di contenere la spesa pubblica. La CG ha statuito che, sebbene il diritto dell'Unione non impedisca allo Stato di stabilire quali categorie di persone beneficino di prestazioni previdenziali, esso non può farlo in modo discriminatorio.

Queste due cause possono essere conciliate sul piano fattuale, per cui la causa *Roks* probabilmente deve considerarsi la «regola», mentre la causa *Megner e Scheffel* costituisce l'eccezione. Il diritto dell'Unione non obbliga gli Stati membri ad adottare particolari regimi di sicurezza sociale, ma se lo fanno il giudice non permetterà l'esclusione di alcuni gruppi soltanto in ragione di considerazioni fiscali, in quanto ciò potrebbe indebolire gravemente il principio della parità di trattamento e prestarsi ad abusi. Tuttavia, una differenza di trattamento può essere tollerata se è l'unico mezzo per impedire il crollo dell'intero sistema di assicurazione contro le malattie e la disoccupazione, soprattutto se la misura in questione non farebbe altro che costringere le persone a lavorare in nero.

<sup>184</sup> CG, sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *M.A. Roks (coniugata De Weerd) e a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e. a.*, Racc. 1994, pag. I-571.

L'orientamento sessuale può intendersi riferito alla «capacità di ogni persona di provare una profonda attrazione emotiva, affettiva e sessuale verso persone dell'altro sesso, dello stesso sesso o di più di un sesso, e di intrattenere relazioni intime con loro»<sup>185</sup>.

### 4.3. L'orientamento sessuale

I tipici casi di discriminazione dovuta all'orientamento sessuale riguardano situazioni in cui una persona è trattata in modo sfavorevole perché è gay, lesbica o bisessuale, ma la discriminazione per questo motivo è vietata anche nei confronti delle persone eterosessuali.

Esempio: in una causa dinanzi al Mediatore svedese per le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale («HomO»), una donna eterosessuale denunciava una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in quanto la federazione nazionale svedese per i diritti delle lesbiche, dei gay e delle persone transgender aveva respinto la sua candidatura al posto di responsabile dell'informazione sul sesso sicuro<sup>186</sup>. L'organizzazione le aveva comunicato che desiderava impiegare un uomo dichiaratamente gay o bisessuale, per permettere un approccio basato sulla sensibilizzazione tra pari. È stato constatato che la ricorrente non poteva affermare di essere in una situazione analoga a quella di un uomo gay o bisessuale ai fini dell'impiego in questione (e quindi non poteva dimostrare un trattamento meno favorevole), e che in ogni caso la discriminazione era giustificata in base al requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Sebbene all'articolo 14 della CEDU l'«orientamento sessuale» non compaia fra i motivi oggetto del divieto di discriminazione, in diverse occasioni la Cedu ha dichiarato esplicitamente che esso debba venire incluso tra gli «altri» motivi oggetto del divieto di discriminazione ai sensi della norma indicata<sup>187</sup>.

Esempio: nella causa *S.L. c. Austria*, il ricorrente lamentava che il diritto nazionale criminalizzava le relazioni sessuali consensuali tra uomini se uno dei partner

<sup>185</sup> Questa definizione ampiamente riconosciuta è tratta da «Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity» [Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani in relazione con l'orientamento sessuale e l'identità di genere], marzo 2007, disponibile all'indirizzo: [www.yogykartaprinciples.org/principles\\_en.htm](http://www.yogykartaprinciples.org/principles_en.htm).

<sup>186</sup> HomO, Decisione del 21 giugno 2006, Dossier n. 262/06.

<sup>187</sup> Cfr., per esempio, Cedu, sentenza 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia* (n. 36515/97), punto 32.

aveva meno di diciotto anni,<sup>188</sup> mentre le donne potevano praticare atti sessuali (sia omosessuali, sia eterosessuali) dall'età di quattordici anni. La Cedu ha constatato l'esistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Esempio: nella causa *E.B. c. Francia*, la domanda di adozione della ricorrente era stata respinta in ragione del fatto che nella sua famiglia non era presente una figura maschile<sup>189</sup>. Il diritto nazionale permetteva le adozioni da parte di genitori *single* e la Cedu ha constatato che la decisione delle autorità era principalmente basata sul fatto che la ricorrente aveva una relazione e conviveva con una donna. Di conseguenza la Cedu ha dichiarato che si trattava di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Va rilevato che l'orientamento sessuale in quanto tale è protetto dalla Corte contro le ingerenze delle autorità pubbliche sulla base dell'articolo 8 della CEDU relativo alla protezione della vita privata. Pertanto, anche se il trattamento discriminatorio si è verificato per questo motivo, è possibile denunciare semplicemente una violazione dell'articolo 8, senza necessità di sostenere l'esistenza di una discriminazione.

Esempio: la causa *Dudgeon c. Regno Unito* riguardava una legge nazionale che criminalizzava i rapporti sessuali omosessuali consensuali tra adulti<sup>190</sup>. Il ricorrente lamentava che, in quanto omosessuale, era esposto al rischio di essere incriminato. La Cedu ha riscontrato che tale legge costituiva di per sé una violazione del diritto al rispetto della sfera privata, in quanto quest'ultima comprendeva la «vita sessuale». Ha altresì constatato che la protezione della moralità pubblica, pur costituendo una finalità legittima, poteva essere perseguita senza ricorrere a un'ingerenza nella sfera privata di tale intensità.

La Cedu è stata particolarmente incline a garantire la protezione delle persone nel caso in cui l'ingerenza da parte dello Stato riguardi questioni che si considerano intimamente correlate agli elementi fondamentali della dignità personale, come la vita sessuale o la vita familiare. L'esempio seguente illustra le difficoltà nel giustificare ingerenze nella sfera privata che riguardino la sessualità.

<sup>188</sup> Cedu, sentenza 9 gennaio 2003, *S.L. c. Austria* (n. 45330/99).

<sup>189</sup> Cedu, sentenza 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia* [GC] (n. 43546/02).

<sup>190</sup> Cedu, sentenza 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* (n. 7525/76).

Esempio: la causa *Karner c. Austria* riguardava l'interpretazione di una legge nazionale (articolo 14 della legge sulla locazione), che riconosceva a un parente o a un «compagno di vita» il diritto di subentrare automaticamente nel contratto di locazione in caso di decesso del locatario principale<sup>191</sup>. Il ricorrente aveva coabitato con il partner, locatario principale, che era deceduto. I giudici nazionali avevano interpretato la disposizione nel senso che essa esclude le coppie omosessuali, ma non quelle eterosessuali non coniugate. Il governo ha riconosciuto che la differenza di trattamento si era verificata in ragione dell'orientamento sessuale, sostenendo al contempo che essa era giustificata allo scopo di tutelare i nuclei familiari tradizionali dalla perdita dell'abitazione. La Cedu ha stabilito che, sebbene la protezione della famiglia tradizionale possa costituire una finalità legittima, «il margine di apprezzamento [...] è ristretto [...] in presenza di una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale». La Cedu ha aggiunto che «il principio di proporzionalità non impone soltanto che la misura scelta sia in linea di principio idonea a realizzare la finalità perseguita. Occorre anche dimostrare che, per conseguire tale finalità, è necessario escludere alcune categorie di persone – in questo caso le persone che intrattenevano una relazione omosessuale – dall'ambito di applicazione della sezione 14 della legge sulla locazione». La Cedu ha dunque constatato l'esistenza di una discriminazione, in quanto lo Stato avrebbe potuto adottare misure per proteggere la famiglia tradizionale senza mettere le coppie omosessuali in una condizione di svantaggio.

## 4.4. La disabilità

La CEDU e la direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione non contengono una definizione di disabilità. Tenuto conto dell'ambito di competenza della CG, spesso la determinazione di ciò che costituisce una disabilità è demandata ai giudici nazionali, in modo tale che essa rimane sullo sfondo delle questioni rinviate alla CG. Tuttavia, dalla giurisprudenza della CG emergono alcuni orientamenti sulla nozione di disabilità.

Esempio: nella causa *Chacón Navas*, la CG si è espressa sulla portata generale delle disposizioni in materia di discriminazione fondata sulla disabilità e ha colto l'opportunità per rilevare che il termine «disabilità» dovrebbe avere

<sup>191</sup> Cedu, sentenza 24 luglio 2003, *Karner c. Austria* (n. 40016/98), punti 34-43.

una definizione uniforme a livello comunitario<sup>192</sup>. La CG ha indicato che una disabilità, ai fini della direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione, dovrebbe essere intesa come «un limite che deriva, in particolare, da minorazioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacola la partecipazione della persona considerata alla vita professionale» e deve essere «probabile che essa sia di lunga durata». Nell'applicare questa definizione alla fattispecie, è stato riscontrato come la signora Navas non fosse disabile allorquando ha intentato causa dinanzi ai tribunali spagnoli per discriminazione fondata sulla disabilità, dal momento che quest'ultima era stata licenziata per un'assenza dal lavoro per malattia di otto mesi. In questo caso, la CG ha precisato che occorre distinguere tra malattia e disabilità, in quanto la prima non gode di protezione.

Come si è visto nel capitolo 1, l'UE ha ratificato la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD) del 2006, il che significa che la CG terrà probabilmente conto della Convenzione stessa e delle interpretazioni fornite dal Comitato per i diritti delle persone con disabilità, incaricato di controllarne l'applicazione e l'interpretazione<sup>193</sup>.

In quanto parte contraente della UNCRPD, l'UE e le sue istituzioni (come pure gli Stati membri allorché interpretano e attuano il diritto dell'Unione) sono tenute a seguire questo approccio ampio e inclusivo nell'interpretare il significato di «disabilità».

Articolo 1 della UNCRPD: «Per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in combinazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società in condizioni di uguaglianza con gli altri».

Pur non figurando in modo esplicito fra i motivi oggetto del divieto di discriminazione della CEDU, la disabilità è stata inclusa dalla Cedu nella nozione di «altri» motivi ai sensi dell'articolo 14.

Esempio: nella causa *Glor c. Svizzera*, la Cedu ha riscontrato che il ricorrente, diabetico, poteva essere considerato una persona affetta da disabilità, a prescindere dal fatto che la legge nazionale classificasse la sua condizione fra le disabilità «minori»<sup>194</sup>. Per compensare l'impossibilità di completare il servizio

192 CG, sentenza 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacón Navas c. Eures Colectividades SA*, Racc. 2006, pag. I-6467.

193 Documento ONU A/RES/61/611, 13 dicembre 2006.

194 Cedu, sentenza 30 aprile 2009, *Glor c. Svizzera* (n. 13444/04).

militare, il ricorrente aveva dovuto versare una tassa che gravava su tutte le persone idonee al servizio militare. Per essere esentati dal pagamento della tassa era necessario avere una disabilità del «40%» (considerata equivalente alla perdita dell'uso di un arto), oppure essere obiettore di coscienza. Gli obiettori di coscienza erano tenuti a prestare il «servizio civile». Il ricorrente era stato dichiarato non idoneo al servizio militare a causa della sua disabilità, la quale era però inferiore alla soglia di gravità prescritta dalla legge nazionale per essere esentati dal pagamento della tassa. Aveva chiesto di prestare il «servizio civile», ma la domanda era stata respinta. La Cedu ha constatato che lo Stato aveva trattato il ricorrente alla stregua di coloro che non avevano completato il servizio militare senza una giustificazione valida. Ciò costituiva un trattamento discriminatorio, in quanto il ricorrente si trovava in una posizione diversa (vale a dire inabile al servizio militare ma disposto e in grado di prestare il servizio civile) e per tale motivo lo Stato avrebbe dovuto prevedere un'eccezione alle norme vigenti.

Al pari di altri motivi che formano oggetto del divieto di discriminazione ai sensi della CEDU, non è insolito che i casi vengano esaminati alla luce di altri diritti sostanziali, piuttosto che secondo un approccio che associ un diritto sostanziale all'articolo 14, che vieta appunto la discriminazione.

Esempio: nella causa *Price c. Regno Unito*, la ricorrente, condannata a sette anni di reclusione, soffriva di disabilità fisiche dovute all'assunzione da parte della madre di talidomide durante la gravidanza, che si manifestavano in arti assenti o notevolmente più corti e in disfunzioni renali<sup>195</sup>. Di conseguenza aveva bisogno di una sedia a rotelle per muoversi e di assistenza per soddisfare i bisogni corporali e per l'igiene personale, nonché di una sistemazione speciale per dormire. Durante la prima notte di detenzione era stata sistemata in una cella non adattata alle esigenze delle persone con disabilità fisiche e, di conseguenza, non aveva potuto riposare, patendo dolori fisici acuti e ipotermia. Trasferita in carcere, era stata ricoverata in infermeria, dove erano stati presi alcuni provvedimenti, ma continuava ad avere problemi analoghi. Non era inoltre autorizzata a ricaricare la sedia a rotelle elettrica, la cui batteria si era esaurita. La Cedu ha riscontrato che la ricorrente era stata sottoposta a un trattamento degradante, in violazione dell'articolo 3. La discriminazione nel godimento di

<sup>195</sup> Cedu, sentenza 10 luglio 2001, *Price c. Regno Unito* (n. 33394/96).

uno dei diritti sostanziali della CEDU, di cui all'articolo 14, in questo caso non è stata sollevata.

Esempio: nella causa *Pretty c. Regno Unito*, la richiedente, affetta da una patologia degenerativa, desiderava ottenere dal governo la garanzia di poter ricorrere al suicidio assistito senza rischi di incriminazione nel momento in cui le sue condizioni fossero diventate tali da impedirle di compiere il gesto da sola<sup>196</sup>. Ai sensi del diritto nazionale, assistere una persona che commette suicidio era un reato di per sé, oltre a costituire un omicidio. La richiedente sosteneva, tra l'altro, che il suo diritto di prendere decisioni riguardo al proprio corpo, protetto nell'ambito del diritto alla vita privata (articolo 8), era stato violato in modo discriminatorio, in quanto lo Stato aveva applicato un divieto uniforme al suicidio assistito, che produceva un effetto sproporzionatamente negativo sulle persone che diventavano incapaci e non erano quindi in grado di porre fine alla propria vita. La Cedu ha ritenuto che il rifiuto di operare una distinzione tra coloro «che sono e che non sono fisicamente in grado di suicidarsi» fosse giustificato, perché introdurre deroghe alla legge nella pratica lascerebbe spazio ad abusi e comprometterebbe la protezione del diritto alla vita.

## 4.5. L'età

Il motivo di discriminazione in base all'età, oggetto di tutela, riguarda semplicemente le differenze di trattamento o di godimento dei diritti in ragione dell'età di una persona. Sebbene la discriminazione fondata sull'età di per sé non rientri nell'ambito di un particolare diritto riconosciuto nella CEDU (al contrario della religione o dell'orientamento sessuale), questioni legate alla discriminazione fondata sull'età possono emergere nel contesto di diversi diritti. Come in altri ambiti, la Cedu si è quindi pronunciata su casi in cui le circostanze lasciavano supporre una discriminazione fondata sull'età senza affrontare la questione sotto questo profilo, in particolare per quanto riguarda il trattamento dei bambini nell'ambito del sistema giudiziario. La Cedu ha stabilito che l'«età» è compresa in «ogni altra condizione»<sup>197</sup>.

<sup>196</sup> Cedu, sentenza 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito* (No. 2346/02).

<sup>197</sup> Cedu, sentenza 10 giugno 2010, *Schwizgebel c. Svizzera* (n. 25762/07).

Esempio: nella causa *Schwizgebel c. Svizzera*, una madre di quarantasette anni non coniugata contestava il rifiuto opposto alla propria domanda di adozione<sup>198</sup>. Le autorità nazionali avevano basato la loro decisione sulla differenza di età tra la ricorrente e il bambino e sul fatto che l'adozione avrebbe comportato un onere finanziario significativo, considerato che la ricorrente aveva già un figlio. La Cedu ha constatato che la donna veniva trattata in modo diverso rispetto alle donne più giovani che presentavano domanda di adozione, in ragione della sua età. Tuttavia, la mancanza di uniformità tra gli Stati in merito ai limiti di età per l'adozione concedeva allo Stato un ampio margine di apprezzamento. Inoltre il rilievo attribuito alla differenza di età da parte dell'autorità nazionale non era stato arbitrario, ma si fondava su considerazioni concernenti l'interesse del bambino e l'onere finanziario che un secondo figlio avrebbe comportato per la ricorrente, il quale a sua volta poteva influire sul benessere del bambino. La Corte ha pertanto ritenuto giustificata la differenza di trattamento.

Esempio: nelle cause *T. c. Regno Unito* e *V. c. Regno Unito* due ragazzi erano stati processati e condannati per un omicidio commesso quando avevano dieci anni<sup>199</sup>. I ricorrenti lamentavano, tra l'altro, di non aver subito un processo equo, in quanto la loro età e la mancanza di maturità avevano impedito di partecipare attivamente alla loro difesa. La Cedu ha dichiarato che, quando processa un minore, lo Stato deve tenere «pienamente conto della sua età, del suo livello di maturità e delle sue capacità intellettuali ed emotive» e adottare misure volte «a promuovere la sua capacità di comprendere il procedimento e di prendervi parte». La Cedu ha concluso che lo Stato non aveva ottemperato a tale obbligo e di conseguenza aveva infranto l'articolo 6 della Convenzione, non avendo esaminato il caso alla luce dell'articolo 14.

Esempio: nelle cause *D.G. c. Irlanda* e *Bouamar c. Belgio* i ricorrenti erano stati arrestati dalle autorità nazionali<sup>200</sup>. La Cedu ha riscontrato che, nella fattispecie, era stata commessa violazione del diritto a non essere sottoposti a detenzione arbitraria. Inoltre in entrambi i casi i ricorrenti lamentavano di aver subito un trattamento discriminatorio rispetto a quello riservato agli adulti, in quanto il diritto nazionale non permetteva che, in circostanze analoghe, questi ultimi fossero privati della libertà. La Cedu ha concluso che, sebbene sussistesse una

198 *Ibid.*

199 Cedu, sentenza 16 dicembre 1999, *T. c. Regno Unito* [GC] (n. 24724/94); Cedu, sentenza 16 dicembre 1999, *V. c. Regno Unito* [GC] (n. 24888/94).

200 Cedu, sentenza 16 maggio 2002, *D.G. c. Irlanda* (n. 39474/98); Cedu, sentenza 29 febbraio 1988, *Bouamar c. Belgio* (n. 9106/80).



differenza di trattamento tra adulti e minori, tale differenza era giustificata poiché la privazione della libertà era finalizzata a proteggere i minori, una considerazione che non si applicava agli adulti.

## 4.6. La razza, l'origine etnica, il colore e l'appartenenza a una minoranza nazionale

Sembra esistere una differenza tra le normative dell'Unione e la CEDU riguardo all'ampiezza del motivo della «razza e origine etnica», in quanto la direttiva sull'uguaglianza razziale esclude espressamente la «nazionalità» dalla nozione di razza od origine etnica. Benché la CEDU elenchi la «nazionalità» o l'«origine nazionale» come motivi distinti, la giurisprudenza esaminata di seguito mostra che la nazionalità può essere intesa quale fattore di origine etnica. La differenza non è tanto dovuta al fatto che la discriminazione fondata sulla nazionalità sia ammessa ai sensi del diritto dell'Unione, quanto al modo in cui il diritto dell'Unione si è evoluto, sicché la discriminazione fondata sulla nazionalità è disciplinata dalle norme in materia di libera circolazione delle persone. Oltre ad escludere espressamente la nazionalità, la direttiva sull'uguaglianza razziale non contiene una definizione di «razza od origine etnica». Esistono vari altri strumenti che offrono orientamenti su come intendere la razza e l'origine etnica. Il «colore» e l'appartenenza a una minoranza nazionale non sono elencati espressamente nella direttiva sull'uguaglianza razziale, ma sono indicati come motivi distinti nella CEDU. Tali termini sembrano essere indissociabili dalla definizione di razza e/o origine etnica e sono quindi esaminati in questa sede.

La decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale definisce il razzismo e la xenofobia in modo da includervi la violenza o l'odio nei confronti di gruppi di persone, definiti in base «alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica». Anche la commissione contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) del Consiglio d'Europa ha adottato una definizione estensiva di «discriminazione razziale», che comprende i motivi di «razza, colore,

lingua, religione, nazionalità e origine nazionale o etnica»<sup>201</sup>. Analogamente, la definizione contenuta all'articolo 1 della Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1966 (cui hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa) include i motivi di «razza, colore, ascendenza e origine nazionale o etnica»<sup>202</sup>. Il comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, responsabile di interpretare e controllare il rispetto della convenzione, ha inoltre dichiarato che, salvo contraria giustificazione, per stabilire se una persona appartenga a una razza o a un gruppo etnico particolari, occorre «basarsi sull'identificazione di sé da parte dell'interessato»<sup>203</sup>. Ciò impedisce allo Stato di escludere dalla protezione i gruppi etnici che non riconosce.

Sebbene il diritto dell'Unione non preveda espressamente la lingua, il colore o l'ascendenza quali motivi di discriminazione oggetto di protezione, ciò non significa che tali caratteristiche non siano tutelabili nell'ambito della razza o dell'origine etnica, dal momento che la lingua, il colore e l'ascendenza sono intrinsecamente collegati alla razza e all'origine etnica. Sembrerebbe inoltre che, nella misura in cui i fattori che definiscono la nazionalità siano rilevanti ai fini della razza e dell'origine etnica, in talune circostanze, la nazionalità possa a sua volta essere ricompresa fra questi motivi.

La religione è protetta espressamente dalla direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione. Peraltro, la presunta vittima di una discriminazione fondata sulla religione può avere interesse ad associare la religione alla razza perché, allo stato attuale del diritto dell'Unione, la protezione contro la discriminazione razziale ha una portata più ampia di quella per motivi religiosi. Ciò è dovuto al fatto che, mentre la direttiva sull'occupazione riguarda soltanto quest'ultimo settore, la direttiva sull'uguaglianza razziale riguarda anche l'accesso ai beni e ai servizi.

Nell'illustrare le nozioni di razza e origine etnica, la Cedu ha ritenuto che la lingua, la religione, la nazionalità e la cultura possono essere indissociabili dalla razza. Nella causa *Timishev* il ricorrente, di origine cecena non era autorizzato ad attraversare un posto di controllo, in quanto le guardie avevano ricevuto istruzioni

---

201 ECRI «General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination» [Raccomandazione di politica generale n. 7 sulla legislazione nazionale volta a combattere il razzismo e la discriminazione razziale], CRI(2003)8, adottata il 13 dicembre 2002, paragrafo 1, lettere b) e c).

202 660 UNTS 195.

203 CERD, «General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention» [Raccomandazione generale VIII concernente l'interpretazione e l'applicazione dell'articolo 1, paragrafi 1 e 4, della Convenzione].

di negare l'accesso alle persone di origine cecena. La Cedu ha argomentato come segue:

*«L'origine etnica e la razza sono nozioni collegate che si sovrappongono l'una all'altra. Mentre la nozione di razza trae origine dall'idea di una classificazione biologica degli esseri umani in sottospecie, in base alle caratteristiche morfologiche (quali il colore della pelle o i tratti somatici), l'origine etnica deriva dall'idea di gruppi sociali accomunati da una nazionalità, da un'affiliazione tribale, da una fede religiosa, da una lingua o da origini e contesti culturali e tradizionali»<sup>204</sup>.*

Esempio: la causa *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina* è stata la prima decisa in applicazione del protocollo n. 12. I ricorrenti lamentavano di non potersi candidare alle elezioni<sup>205</sup>. Nell'ambito dell'accordo di pace che poneva fine al conflitto negli anni '90 era stata pattuita una ripartizione dei poteri tra i tre principali gruppi etnici che comprendeva una clausola secondo la quale ogni candidato alle elezioni doveva dichiarare la propria affiliazione alla comunità bosniaca, serba o croata. I ricorrenti, di origine ebraica e rom, si erano rifiutati di farlo e denunciavano una discriminazione fondata sulla razza e l'origine etnica. La Cedu ha ribadito la concezione del rapporto tra razza e origine etnica di cui sopra, aggiungendo che la «[d]iscriminazione in ragione dell'origine etnica di una persona è una forma di discriminazione razziale». La constatazione di una discriminazione razziale illustra l'interazione tra origine etnica e religione. La Cedu ha inoltre dichiarato che, nonostante le condizioni delicate dell'accordo di pace, tale discriminazione non era giustificata.

Esempio: in una controversia sottoposta alla Commissione austriaca per la parità di trattamento, una persona sikh lamentava il diniego del permesso di entrare in un tribunale viennese motivato dal suo rifiuto di deporre il kirpan, un piccolo pugnale cerimoniale portato dagli aderenti a questa religione<sup>206</sup>. La Commissione ha trattato la questione alla stregua di un caso di discriminazione fondata sull'origine etnica. Nel merito, ha constatato che la differenza di trattamento era giustificata per motivi di sicurezza.

204 Cedu, sentenza 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 55.

205 Cedu, sentenza 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina* [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06).

206 Commissione per la parità di trattamento, Senato III. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 5-1. Testo originale: <http://infoportal.fra.europa.eu/InfoPortal/caselawDownloadFile.do?id=5>.

La Cedu ha adottato un'impostazione assai rigorosa nei riguardi della discriminazione fondata sulla razza o sull'origine etnica, dichiarando che «nessuna differenza di trattamento basata esclusivamente o in misura decisiva sull'origine etnica di una persona può essere oggettivamente giustificata in una società democratica contemporanea, fondata sui principi del pluralismo e sul rispetto delle diverse culture»<sup>207</sup>.

Un utile caso di studio, che evidenzia le considerazioni di cui tenere conto quando si esamina una denuncia di discriminazione fondata sulla razza ai sensi della CEDU, è disponibile sul sito Internet Educazione ai diritti umani per le professioni legali<sup>208</sup> del Consiglio d'Europa.

## 4.7. La nazionalità o l'origine nazionale

L'articolo 2, lettera a), della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla cittadinanza del 1996 la definisce come «il vincolo giuridico tra una persona e uno Stato». Benché il numero di Stati che hanno ratificato la convenzione sia limitato, la definizione si basa su norme riconosciute di diritto internazionale<sup>209</sup> pubblico ed è stata adottata anche dalla Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza<sup>210</sup>. L'«origine nazionale» può essere intesa nel senso della precedente cittadinanza di una persona, che può averla persa o alla quale può averne aggiunta un'altra a seguito di naturalizzazione, oppure riferirsi al collegamento a una «nazione» all'interno di uno Stato (per esempio la Scozia nel Regno Unito).

Esempio: la causa *Chen* verteva sul diritto di un bambino a risiedere in uno Stato membro, qualora fosse nato in un altro Stato membro, mentre la madre,

207 Cedu, sentenza 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina* [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), punto 44. Cfr. in tal senso Cedu, sentenza 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 58.

208 Caso di studio n. 15, Arrest, pre trial detention, ill treatment of Roma man [Arresto, custodia cautelare e maltrattamento di un rom], disponibile all'indirizzo: [www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1](http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&topic=1).

209 Corte internazionale di giustizia, *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* 1955, Relazioni CIG, 4, 23, 6 aprile 1955: «la cittadinanza è un vincolo giuridico che si fonda su un elemento sociale di attaccamento, su un autentico rapporto di vita, interessi e sentimenti, insieme con l'esistenza di diritti e obblighi reciproci».

210 ECRI General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination [Raccomandazione di politica generale n. 7 sulla legislazione nazionale volta a combattere il razzismo e la discriminazione razziale], CRI(2003)8, adottata il 13 dicembre 2002, pag. 6.

dalla quale dipendeva, proveniva da un paese terzo<sup>211</sup>. La CG ha ritenuto che se i requisiti per ottenere la cittadinanza di uno Stato membro sono soddisfatti, un altro Stato membro non può mettere in discussione tale diritto qualora gli interessati presentino domanda per ottenere la residenza.

Sebbene la CEDU offra una tutela più ampia rispetto al diritto dell'Unione per quanto riguarda la nazionalità, essa è maggiormente portata a riconoscere che l'assenza di un vincolo giuridico di nazionalità spesso va di pari passo con l'assenza di legami effettivi con un determinato Stato; a sua volta, questo argomento impedisce alla presunta vittima di sostenere che la sua posizione è analoga a quella di un cittadino. In sintesi, l'impostazione della Cedu è che quanto più stretto è il vincolo effettivo di una persona rispetto a un determinato Stato (specialmente in termini di tasse versate), tanto meno probabile è che una differenza di trattamento fondata sulla nazionalità sia giustificata.

Esempio: nella causa *Zeibek c. Grecia* alla ricorrente era stato negato il diritto a una pensione destinata alle persone con «famiglie numerose»<sup>212</sup>. Pur avendo il numero di figli prescritto, uno di essi non aveva la cittadinanza greca all'epoca in cui la ricorrente aveva raggiunto l'età di pensionamento. Tale situazione era dovuta a una precedente decisione del governo (con ogni probabilità irregolare) di revocare la cittadinanza all'intera famiglia della ricorrente e quindi di riconoscere nuovamente la cittadinanza soltanto a tre dei figli (perché il quarto era già sposato). La Cedu ha constatato che la politica di revoca della cittadinanza era stata applicata in particolare ai greci musulmani e che il rifiuto della pensione non poteva essere giustificato dalla volontà di salvaguardare la nazione greca, in quanto tale motivazione equivaleva di per sé a una discriminazione fondata sull'origine nazionale.

Esempio: la causa *Anakomba Yula c. Belgio* riguardava una cittadina congolese che risiedeva in Belgio irregolarmente<sup>213</sup>. Il suo permesso di soggiorno era scaduto poco dopo la nascita di una figlia e la donna aveva presentato domanda di rinnovo. Essendo separata dal coniuge congolese, la ricorrente, insieme al padre naturale della neonata, un cittadino belga, desiderava procedere al ri-

211 CG, sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Chen c. Secretary of State for the Home Department*, Racc. 2004, pag. I-9925.

212 Cedu, sentenza 9 luglio 2009, *Zeibek c. Grecia* (n. 46368/06).

213 Cedu, sentenza 10 marzo 2009, *Anakomba Yula c. Belgio* (n. 45413/07).

conoscimento di paternità. A tal fine avrebbe dovuto presentare un'azione di disconoscimento della paternità del coniuge entro un anno dalla nascita. La ricorrente chiedeva di beneficiare del gratuito patrocinio per la procedura, in quanto non disponeva di risorse sufficienti. La richiesta veniva respinta, perché tale assistenza finanziaria era messa a disposizione dei cittadini di paesi non aderenti al Consiglio d'Europa soltanto se l'azione riguardava il riconoscimento di un titolo di soggiorno. Alla ricorrente veniva consigliato di completare la procedura di rinnovo del permesso di soggiorno e quindi ripresentare la domanda. La Cedu ha constatato che, nella fattispecie, la ricorrente era stata privata del diritto a un equo processo in ragione della sua nazionalità. Lo Stato non poteva giustificare la differenza di trattamento tra le persone in possesso di un permesso di soggiorno e le persone prive di tale permesso in una situazione in cui erano in gioco gravi questioni legate alla vita familiare, in cui il termine per il riconoscimento della paternità era breve e l'interessata aveva avviato la procedura di rinnovo del permesso.

Come si è visto al paragrafo 3.2, il diritto dell'Unione vieta la discriminazione fondata sulla nazionalità soltanto nel contesto specifico della libera circolazione delle persone. In particolare, il diritto dell'Unione in materia di libera circolazione prevede diritti limitati per i cittadini dei paesi terzi. Nondimeno, la CEDU impone a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (che comprende gli Stati membri dell'UE) l'obbligo di garantire i diritti sanciti dalla Convenzione a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione (compresi i cittadini di paesi terzi). La Cedu ha mantenuto un equilibrio tra il diritto dello Stato di controllare i vantaggi che può riservare a coloro che godono del vincolo legale della cittadinanza e la necessità di impedire agli Stati di discriminare le persone che hanno sviluppato importanti legami di fatto con lo Stato. Allorquando una persona sia in grado di dimostrare l'esistenza di un siffatto legame, la Cedu si dimostra particolarmente scrupolosa nell'esame delle questioni di sicurezza sociale.

La facoltà degli Stati di controllare l'ingresso e l'uscita dai propri confini dei cittadini di altri paesi è un diritto consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale e riconosciuto dalla Cedu. In questo contesto, la Cedu è intervenuta soprattutto in casi di espulsione di persone che rischiavano di subire pene o trattamenti inumani o degradanti o la tortura nello Stato di destinazione (articolo 3)<sup>214</sup> o che avevano stretto

214 Cfr., per esempio, Cedu, sentenza 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* (n. 22414/93).

nello Stato ospitante forti legami familiari, che si sarebbero interrotti se la persona fosse stata costretta a lasciare il paese (articolo 8).<sup>215</sup>

Esempio: nelle cause *C. c. Belgio* e *Moustaquim c. Belgio* i ricorrenti, cittadini marocchini, erano stati condannati per reati che comportavano l'espulsione dal paese<sup>216</sup>. A questo proposito lamentavano una discriminazione fondata sulla nazionalità, in quanto né i cittadini belgi, né quelli di altri Stati membri dell'Unione europea avrebbero subito l'espulsione in circostanze analoghe. La Cedu ha osservato che i ricorrenti non erano in una situazione paragonabile a quella dei cittadini belgi, in quanto questi ultimi hanno diritto di rimanere nel proprio paese d'origine, come espressamente sancito dalla CEDU (protocollo n. 4, articolo 3). Inoltre la differenza di trattamento tra cittadini di paesi terzi e cittadini di altri Stati membri dell'UE era giustificata, in quanto l'UE costituiva un ordinamento giuridico a sé stante con una propria cittadinanza.

È opportuno porre a confronto questi casi con fattispecie in cui il ricorrente aveva instaurato stretti legami concreti con lo Stato ospitante, in virtù di un lungo periodo di soggiorno o del pagamento delle imposte.

Esempio: nella causa *Andrejeva c. Lettonia* la ricorrente era una cittadina dell'ex Unione sovietica con un diritto di soggiorno permanente in Lettonia<sup>217</sup>. Secondo la legislazione nazionale essa risultava classificata tra i lavoratori all'estero nel periodo precedente l'indipendenza (pur avendo avuto lo stesso impiego in territorio lettone prima e dopo l'indipendenza) e di conseguenza calcolava la sua pensione in base al periodo di servizio nello stesso impiego successivamente all'indipendenza. Per contro, i cittadini lettoni nella stessa posizione beneficiavano di una pensione basata sull'intero periodo di servizio, compreso il lavoro svolto prima dell'indipendenza. La Cedu ha ritenuto che la ricorrente fosse in una situazione analoga a quella dei cittadini lettoni, dal momento che era una «non cittadina con permesso di soggiorno permanente» ai sensi del diritto nazionale e, in quanto tale, aveva pagato le imposte. Ha ritenuto che, per giustifi-

215 Si tratta peraltro di fattispecie con inferiori probabilità di esito favorevole. Cfr., per esempio, Cedu, sentenza 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito* (nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81).

216 Cedu, sentenza 7 agosto 1996, *C. c. Belgio* (n. 21794/93); Cedu, sentenza 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* (n. 12313/86).

217 Cedu, sentenza 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* [GC] (n. 55707/00).

care una differenza di trattamento basata esclusivamente sulla nazionalità, erano necessarie «ragioni molto forti», che non erano riscontrabili nella fattispecie. Pur riconoscendo l'ampia discrezionalità degli Stati in materia di politica fiscale e sociale, la situazione della ricorrente era di fatto troppo simile a quella dei cittadini lettoni per giustificare una discriminazione su dette basi.

Esempio: nella causa *Gaygusuz c. Austria*, un cittadino turco, che aveva lavorato in Austria, si era visto negare l'indennità di disoccupazione perché non aveva cittadinanza austriaca<sup>218</sup>. La Cedu ha ritenuto che la sua fosse una situazione paragonabile a quella dei cittadini austriaci, in quanto risiedeva nel paese in via permanente e aveva contribuito al sistema di sicurezza sociale con il versamento delle imposte. Ha constatato che l'assenza di un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale tra l'Austria e la Turchia non poteva giustificare la differenza di trattamento, in quanto la situazione del ricorrente era di fatto troppo simile a quella dei cittadini austriaci.

Esempio: nella causa *Koua Poirrez c. Francia* un cittadino della Costa d'Avorio aveva richiesto una prestazione riconosciuta alle persone disabili. La richiesta era stata respinta in quanto potevano fruirne soltanto i cittadini francesi o i cittadini di Stati con i quali la Francia aveva concluso un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale<sup>219</sup>. In questo caso la Cedu ha rilevato che il ricorrente, in realtà, si trovava in una situazione equiparabile a quella dei cittadini francesi, in quanto soddisfaceva tutti gli altri requisiti per beneficiare della prestazione e beneficiava di altre prestazioni sociali che non dipendevano dalla cittadinanza. Ha rilevato inoltre che, per giustificare una differenza di trattamento tra il ricorrente e gli altri cittadini, sarebbero state necessarie delle «ragioni particolarmente forti». Al contrario dei casi esaminati ai punti precedenti, in cui allo Stato era riconosciuto un ampio margine di discrezionalità in materia fiscale e di sicurezza sociale, nella fattispecie in questione la Corte non era persuasa dagli argomenti della Francia, né riguardo la necessità di garantire l'equilibrio tra le entrate e le spese pubbliche, né riguardo la differenza derivante dalla mancanza di un accordo bilaterale tra la Francia e la Costa d'Avorio. È interessante osservare che la prestazione in questione era riconosciuta a prescindere dal versamento di contributi al regime nazionale di sicurezza sociale da parte del beneficiario (ovverosia il motivo principale per non tollerare la discriminazione fondata sulla nazionalità nei casi di cui sopra).

<sup>218</sup> Cedu, sentenza 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90).

<sup>219</sup> Cedu, sentenza 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia* (n. 40892/98).



## 4.8. La religione o convinzione personale<sup>220</sup>

Il diritto dell'Unione prevede una protezione più limitata contro la discriminazione fondata sulla religione o la convinzione personale, rispetto alla CEDU in cui la norma dell'articolo 9 tutela un diritto autonomo alla libertà di coscienza, di religione e credo.

Esempio: nella causa *Alujer Fernández e Caballero García c. Spagna*, i ricorrenti lamentavano che, al contrario dei cattolici, non potevano destinare una parte della loro imposta sul reddito direttamente alla loro chiesa<sup>221</sup>. La Cedu ha dichiarato il ricorso irricevibile nel merito, in quanto la chiesa dei richiedenti non era in una situazione comparabile a quella della Chiesa cattolica poiché non aveva presentato al governo una richiesta a tal fine e perché il governo aveva concluso un accordo bilaterale con la Santa Sede.

Esempio: la causa *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* riguardava un'organizzazione ebraica che certificava le carni kosher vendute nei ristoranti e nelle macellerie dei suoi affiliati<sup>222</sup>. Ritenendo che le carni macellate da un'altra organizzazione ebraica non fossero più conformi ai precetti rigorosi associati alle carni kosher, l'organizzazione ricorrente aveva chiesto allo Stato l'autorizzazione a effettuare le proprie macellazioni rituali. L'autorizzazione veniva negata in ragione del fatto che l'organizzazione ricorrente non era sufficientemente rappresentativa all'interno della comunità ebraica francese e che esistevano altri macellatori rituali autorizzati. La Cedu ha constatato che nella fattispecie l'organizzazione ricorrente non subiva svantaggi effettivi, in quanto poteva comunque reperire carni macellate secondo il metodo prescritto da altri fornitori.

La giurisprudenza sia della CG sia della Cedu non hanno ancora elaborato una definizione esauriente di ciò che debba essere ricompreso nel concetto di «religione» o «convinzione personale» ammessa a beneficiare della protezione a norma della

220 Una spiegazione della portata dell'articolo 9 della CEDU è reperibile nel sito Internet del CDE, Educazione ai diritti umani per le professioni legali: Murdoch, *Freedom of Thought, Conscience and Religion*, [Libertà di pensiero, di coscienza e di religione], Manuali sui diritti umani, n. 2, 2007, disponibile all'indirizzo: [www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122](http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&id=2122).

221 Cedu, decisione 14 giugno 2001, *Alujer Fernández e Caballero García c. Spagna* (dec.) (n. 53072/99).

222 Cedu, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* [GC] (n. 27417/95), 27 giugno 2000.

direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione o della CEDU; peraltro la questione è stata esaminata in modo approfondito a livello nazionale<sup>223</sup>.

Esempio: nella causa *Islington London Borough Council c. Ladele (parte interveniente: Liberty)*, la Corte d'appello del Regno Unito è stata chiamata a statuire se la ricorrente, un ufficiale di stato civile, avesse subito una discriminazione basata sulla religione o convinzione personale a causa di una sanzione disciplinare inflittale in seguito al rifiuto, fondato sui dettami della fede cristiana, di celebrare unioni civili<sup>224</sup>. La Corte d'appello ha stabilito che non si trattava di un caso di discriminazione diretta fondata sulla religione, in quanto il trattamento sfavorevole non era dovuto alle sue convinzioni religiose, ma al rifiuto di rispettare una condizione di impiego. La Corte ha respinto altresì la denuncia di discriminazione indiretta, rilevando che rientrava nell'impegno generale assunto dal consiglio comunale la promozione dell'uguaglianza e della diversità, sia nella comunità sia al suo interno, e che tale politica non interferiva con il diritto della ricorrente di avere le proprie convinzioni. La Corte d'appello ha, inoltre, ritenuto che, in caso contrario, si sarebbe praticata una discriminazione per un altro motivo, quello dell'orientamento sessuale; la Corte ha riconosciuto la necessità di garantire l'equilibrio tra il diritto individuale di non subire discriminazioni e il diritto della collettività di non subire discriminazioni.

In una serie di casi riguardanti il diritto sostanziale alla libertà di religione e credo ai sensi della CEDU, la Cedu ha precisato che lo Stato non può tentare di determinare cosa costituisca una religione o credo e che tali nozioni proteggono «gli atei, gli agnostici, gli scettici e gli indifferenti», tutelando quindi coloro che scelgono «di avere o di non avere una fede religiosa e di praticare o di non praticare una religione». Questi casi indicano inoltre che la religione o credo è essenzialmente una questione personale e soggettiva e non deve necessariamente riguardare una

223 Il diritto alla libertà di religione o credo è protetto anche come diritto autonomo dall'articolo 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa). Cfr. Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite, General Comment No. 22: Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion) [Osservazione generale n. 22: articolo 18 (Libertà di pensiero, di coscienza o di religione)].

224 *Islington London Borough Council c. Ladele (Liberty intervening)* [2009] EWCA Civ 1357, Corte d'appello del Regno Unito, 12 febbraio 2010.

fede organizzata in istituzioni<sup>225</sup>. Anche le religioni più recenti, come la Chiesa di Scientology, sono state ammesse a beneficiare di questa tutela<sup>226</sup>.

La Cedu ha sviluppato il concetto di «credo» nel contesto del diritto all'istruzione di cui all'articolo 2 del protocollo n. 1 alla CEDU, in base al quale lo Stato deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere all'educazione dei figli «secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche». In particolare, la Cedu ha statuito:

*«Considerato isolatamente e nel suo significato ordinario, il termine 'convinzioni' non è sinonimo dei termini 'opinioni' e 'idee', nel senso in cui sono adoperate nell'articolo 10 della Convenzione, che garantisce la libertà di espressione; è più vicino al termine 'credo' (in francese 'convictions') che figura nell'articolo 9 [...] e denota idee che raggiungono un certo livello di rigore, serietà, coerenza e importanza»<sup>227</sup>.*

La Cedu di recente ha esaminato casi riguardanti la libertà di religione nel contesto di Stati che desiderano salvaguardare la laicità e ridurre al minimo l'effetto potenzialmente disgregante della religione sulle loro società. In questo ambito, ha attribuito particolare importanza all'obiettivo dichiarato dello Stato di prevenire i disordini e proteggere i diritti e le libertà di terzi.

Esempio: la causa *Köse e a. c. Turchia* riguardava una norma sull'abbigliamento che vietava alle ragazze di indossare il velo a scuola. I ricorrenti sostenevano che ciò costituisse una discriminazione fondata sulla religione, in quanto la pratica di indossare il velo faceva parte della religione musulmana<sup>228</sup>. La Cedu ha riconosciuto che le norme sull'abbigliamento non erano correlate a questioni di affiliazione a una determinata religione, ma erano intese a garantire la neutralità e la laicità nelle scuole; ciò avrebbe prevenuto disordini, oltre che tutelato il diritto di altri a non subire ingerenze nelle loro convinzioni religiose. Il ricorso è stato quindi considerato manifestamente infondato e

225 Cedu, sentenza 5 ottobre 2006, *Moscow Branch of the Salvation Army c. Russia* [Esercito della salvezza - sede di Mosca] (n. 72881/01), punti 57-58; Cedu, sentenza 13 dicembre 2001, *Metropolitan Church of Bessarabia e a. c. Moldova* [Chiesa Metropolitana di Bessarabia e a.] (n. 45701/99), punto 114; Cedu, sentenza 26 ottobre 2000, *Hasan e Chaush c. Bulgaria* [GC] (n. 30985/96), punti 60 e 62.

226 Cedu, sentenza 5 aprile 2007, *Church of Scientology Moscow c. Russia* [Chiesa della Scientology di Mosca] (n. 18147/02).

227 Cedu, sentenza 25 febbraio 1982, *Campbell e Cosans c. Regno Unito* (nn. 7511/76 e 7743/76), punto 36.

228 Cedu, decisione 24 gennaio 2006, *Köse e a. c. Turchia* (dec.) (n. 26625/02).

irricevibile. Una linea simile è stata seguita in un caso riguardante le norme sull'abbigliamento degli insegnanti<sup>229</sup>.

## 4.9. La lingua

Sia la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa per la protezione delle minoranze nazionali del 1995<sup>230</sup> (ratificata da 39 Stati membri), sia la Carta europea per le lingue regionali o minoritarie del 1992<sup>231</sup> (ratificata da 24 Stati membri) impongono agli Stati partecipanti obblighi specifici in relazione all'uso delle lingue minoritarie. Tuttavia, nessuna delle due convenzioni definisce il significato della nozione di «lingua». L'articolo 6, comma 3, della CEDU prevede espressamente alcune garanzie nel contesto del processo penale, per esempio il diritto di ogni persona di essere informata dell'accusa a suo carico in una lingua a lei comprensibile e di farsi assistere da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

Benché previsto dalla CEDU, il motivo della lingua non figura, di per sé, fra i motivi di discriminazione che formano oggetto di protezione nelle direttive in materia. Non-dimeno, può essere protetto nel quadro della direttiva sull'uguaglianza razziale e può essere ricompreso dalla Cedu all'interno di questo motivo, nella misura in cui la lingua sia ricollegabile alla razza o all'origine etnica. È stato inoltre ricondotto dalla CG nell'ambito del motivo basato sulla nazionalità sotto il profilo della libera circolazione delle persone<sup>232</sup>.

La principale questione sottoposta alla Cedu riguardo alla lingua attiene all'istruzione.

Esempio: nella causa *Belgian Linguistics* un gruppo di genitori contestava la legge nazionale in materia di offerta di istruzione, ritenuta discriminatoria per motivi linguistic<sup>233</sup>. In considerazione della presenza in Belgio di due comunità, una di lingua francese e una di lingua olandese, la legge nazionale stabiliva che l'istruzione offerta o sovvenzionata dallo Stato venisse impartita in francese o in olandese a seconda del fatto che la regione fosse considerata francofo-

229 Cedu, decisione 15 febbraio 2001, *Dahlab c. Svizzera* (dec.) (n. 42393/98).

230 STCE n. 157.

231 STCE n. 148.

232 CG, sentenza 28 novembre 1989, causa C-379/87, *Groener c. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee*, Racc. 1989, pag. 3967.

233 Cedu, sentenza 23 luglio 1968, *Belgian Linguistics Case* (nn. 1474/62 e a.).

na o neederlandofona. I genitori dei bambini di lingua francese che vivevano nella regione di lingua olandese lamentavano che ciò impediva ai loro figli, o rendeva loro notevolmente più difficile, ricevere un'istruzione nella loro lingua materna. Pur riconoscendo una differenza di trattamento, la Cedu ha ritenuto tale differenza giustificata. Essendo le regioni prevalentemente monolingue non sarebbe stato economicamente praticabile offrire l'insegnamento in entrambe le lingue. Inoltre, non era vietato alle famiglie di fare ricorso all'istruzione privata in francese nelle regioni di lingua olandese.

Per maggiori delucidazioni circa il modo in cui la lingua, e il relativo divieto di discriminazione, funzioni in pratica, si richiamano due casi decisi dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite (HRC), responsabile di interpretare e controllare il rispetto del Patto internazionale sui diritti civili e politici (sottoscritto da tutti gli Stati membri dell'UE).

Esempio: nella causa *Diergaardt c. Namibia* i ricorrenti appartenevano a un gruppo minoritario di ascendenza europea che in precedenza aveva goduto di autonomia politica e ora faceva parte della Namibia<sup>234</sup>. La lingua parlata da tale comunità era l'afrikaans. I ricorrenti lamentavano che durante un procedimento giudiziario erano stati obbligati a usare l'inglese anziché la loro lingua madre. Contestavano inoltre la politica dello Stato di rifiutare di rispondere in afrikaans a qualsiasi comunicazione scritta o orale dei ricorrenti, anche se vi erano persone in grado di farlo. L'HRC ha constatato che il diritto a un processo equo non era stato violato, in quanto i ricorrenti non potevano dimostrare di aver subito un pregiudizio a causa dell'uso dell'inglese durante il procedimento. Ciò lascia desumere che il diritto a farsi assistere da un interprete durante un processo non si applichi a situazioni in cui la lingua semplicemente non è la lingua madre della presunta vittima. È necessario che la vittima non sia sufficientemente in grado di comprendere o di comunicare in tale lingua. L'HRC ha invece ritenuto che la politica ufficiale dello Stato di rifiutare di comunicare in una lingua diversa da quella ufficiale (l'inglese) costituisca una violazione del diritto all'uguaglianza dinanzi alla legge in ragione della lingua. Lo Stato può scegliere la propria lingua ufficiale, ma deve permettere ai funzionari di rispondere in altre lingue se sono in grado di farlo.

234 HRC, *Diergaardt e a. c. Namibia*, Comunicazione n. 760/1997, 6 settembre 2000.

## 4.10. L'origine sociale, la nascita e la ricchezza

È possibile considerare questi tre motivi in modo interdipendente, in quanto riguardano una condizione attribuita a una persona in virtù di una caratteristica sociale, economica o biologica ereditata<sup>235</sup>. In quanto tali, possono anche essere correlati con la razza e l'origine etnica. Fatto salvo per la «nascita», sono pochissime le fattispecie presentate al vaglio della Cedu riguardanti gli altri motivi in esame.

Esempio: nella causa *Mazurek c. Francia*, una persona nata al di fuori del matrimonio lamentava che il diritto nazionale gli impediva (in quanto figlio «illegittimo») di ereditare più di un quarto del patrimonio della madre<sup>236</sup>. La Cedu ha riscontrato che questa differenza di trattamento, basata esclusivamente sulla nascita al di fuori del matrimonio, poteva essere giustificata soltanto da «ragioni particolarmente forti». Sebbene la salvaguardia della famiglia tradizionale fosse una finalità legittima, non si poteva conseguire penalizzando il figlio, che non ha alcun controllo sulle circostanze della propria nascita.

Esempio: nella causa *Chassagnou e a. c. Francia*, i ricorrenti contestavano il fatto di non essere autorizzati a usare i propri terreni come desideravano<sup>237</sup>. Le leggi in vigore in determinate regioni obbligavano i piccoli proprietari terrieri a trasferire diritti pubblici di caccia sui loro terreni, mentre tale obbligo non era imposto a coloro che possedevano grandi proprietà fondiarie, che potevano disporre dei loro terreni come preferivano. I ricorrenti desideravano proibire la caccia sui loro terreni e destinarli alla conservazione della vita selvatica. La Cedu ha constatato che tale obbligo costituiva una discriminazione fondata sulla ricchezza.

I motivi dell'origine sociale, della nascita e della condizione economica figurano anche nell'articolo 2, comma 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966. Il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, responsabile del controllo e dell'interpretazione del Patto, ha approfondito il loro significato nell'Osservazione generale n. 20.

235 I motivi dell'origine sociale, della nascita e della condizione economica figurano anche nell'articolo 2, comma 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, 1966 (sottoscritto da tutti gli-Stati membri dell'UE). Cfr. Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, General Comment 20, «Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights» [Osservazione generale n. 20, «Non discriminazione nei diritti economici, sociali e culturali»], documento ONU E/C.12/GC/20, 10 giugno 2009, paragrafi 24-26, 35.

236 Cedu, sentenza 1° febbraio 2000, *Mazurek c. Francia* (n. 34406/97).

237 Cedu, sentenza 29 aprile 1999, *Chassagnou e a. c. Francia* (nn. 25088/94, 28331/95 e 28443/95).

Secondo il comitato, i requisiti di «origine sociale», «nascita» e «condizioni economiche» sono correlati tra loro. L'origine sociale «si riferisce alla condizione sociale ereditata da una persona». Può riguardare la posizione acquisita nascendo in una particolare comunità (per esempio etnica, religiosa o fondata su di un'ideologia particolare) o dalla propria condizione sociale, come la povertà e l'essere senza dimora. Il motivo della nascita può inoltre riferirsi alla condizione di figlio illegittimo o adottato. Il motivo della ricchezza può riguardare la condizione di una persona in relazione ai terreni (per esempio essere un mezzadro, un proprietario o un occupante illegale) o ad altre proprietà<sup>238</sup>.

## 4.11. Le opinioni politiche o altre convinzioni personali

La CEDU elenca espressamente le «opinioni politiche o quelle di altro genere» tra i motivi oggetto del divieto di discriminazione, anche se non figurano tra i motivi di cui alle direttive dell'UE contro la discriminazione. Presumibilmente, se una persona ha una particolare convinzione, che però non soddisfa i criteri per essere una «religione o credo», può comunque beneficiare di protezione per questo motivo. La Cedu si è pronunciata di rado al riguardo. Come per altri ambiti della CEDU, le «opinioni politiche o quelle di altro genere» sono protette in quanto tali dal diritto alla libertà di espressione sancito all'articolo 10. Dalla giurisprudenza è possibile evincere la portata del motivo in questione per cui, in pratica, si direbbe che, qualora una presunta vittima ritenga di aver subito un diverso trattamento basato su questo motivo, è probabile che la Cedu esaminerà il ricorso semplicemente alla luce dell'articolo 10.

In generale la Cedu ha stabilito, nella causa *Handyside c. Regno Unito*, che il diritto alla libertà di espressione protegge non solo le «informazioni» o le «idee» recepite favorevolmente o considerate inoffensive o ininfluenti, ma anche quelle che offendono, sconvolgono o turbano lo Stato o qualsiasi categoria della popolazione<sup>239</sup>. Sul punto esiste una corposa giurisprudenza, in questa sede ci limiteremo a illustrare, attraverso due esempi, come le opinioni politiche verosimilmente beneficino di una protezione maggiore rispetto a quelle di altro genere.

<sup>238</sup> Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, General Comment 20, «Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights» [Osservazione generale n. 20, «Non discriminazione nei diritti economici, sociali e culturali»], documento ONU E/C.12/GC/20, 10 giugno 2009, paragrafi 24-26, 35.

<sup>239</sup> Cedu, sentenza 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito* (n. 5493/72).

Esempio: nella causa *Steel e Morris c. Regno Unito*, i ricorrenti, degli attivisti che avevano distribuito volantini con affermazioni non veritiere sulla multinazionale McDonald's<sup>240</sup>, erano stati citati per diffamazione e condannati al risarcimento del danno dinanzi ai tribunali nazionali. In questo caso, la Cedu ha osservato che l'azione per diffamazione, pur configurando un'ingerenza nella libertà di espressione, serviva allo scopo legittimo di proteggere la reputazione personale. Tuttavia la libertà di espressione su questioni di pubblico interesse comporta una particolare tutela di modo che, essendo McDonald's una multinazionale potente, la quale non era pervenuta a dimostrare il danno subito dalla distribuzione di diverse migliaia di volantini, a fronte di un danno riconosciuto relativamente elevato rispetto al reddito dei ricorrenti, l'ingerenza nella libertà di espressione di questi ultimi doveva ritenersi sproporzionata.

Esempio: la causa *Castells c. Spagna* riguardava un deputato al parlamento che era stato incriminato per aver «insultato» il governo dopo averne criticato l'inazione di fronte agli atti di terrorismo nei Paesi Baschi<sup>241</sup>. La Cedu, ponendo l'accento sull'importanza della libertà di espressione in campo politico, in cui essa detiene un ruolo essenziale per il buon funzionamento di una società democratica, ha ritenuto che ogni ingerenza debba avvenire alla luce di un «esame estremamente scrupoloso».

## 4.12. «Ogni altra condizione»

Come risulta da quanto precede, la Cedu ha individuato svariati motivi di discriminazione oggetto di protezione, nell'ambito della categoria «ogni altra condizione», molti dei quali coincidono con quelli configurati nelle normative UE, fra cui l'orientamento sessuale, l'età e la disabilità.

Oltre alla disabilità, all'età e all'orientamento sessuale, la Cedu ha riconosciuto che anche le caratteristiche seguenti costituiscono motivi oggetto del divieto di discriminazione nell'ambito di «ogni altra condizione»: la paternità<sup>242</sup>, lo stato

240 Cedu, sentenza 15 febbraio 2005, *Steel e Morris c. Regno Unito* (n. 68416/01).

241 Cedu, sentenza 23 aprile 1992, *Castells c. Spagna* (n. 11798/85).

242 Cedu, sentenza 31 marzo 2009, *Weller c. Ungheria* (n. 44399/05).



civile<sup>243</sup>, l'appartenenza a un'organizzazione<sup>244</sup>, il grado militare<sup>245</sup>, l'essere genitore di un figlio illegittimo<sup>246</sup>, il luogo di residenza<sup>247</sup>.

Esempio: la causa *Petrov c. Bulgaria* verteva sulla prassi adottata in un carcere di permettere ai detenuti sposati di telefonare al coniuge due volte al mese. Il richiedente aveva convissuto con la propria partner per un periodo di quattro anni e aveva avuto un figlio con lei prima di essere incarcerato. La Cedu ha rilevato che, sebbene il matrimonio fosse una condizione speciale, ai fini delle norme in materia di comunicazioni telefoniche, il ricorrente, che aveva costituito una famiglia con una partner stabile, era in una situazione analoga a quella delle coppie sposate. La Cedu ha dichiarato che «[s]ebbene gli Stati contraenti possano godere di un certo margine di apprezzamento e riservare un trattamento diverso alle coppie sposate e non sposate, per esempio in materia di imposizione fiscale, sicurezza sociale o politica sociale [...] non è evidente il motivo per cui i partner sposati e non sposati che hanno una vita familiare consolidata debbano ricevere un trattamento diverso per quanto riguarda la possibilità di mantenere contatti telefonici mentre uno di loro è in carcere». La Cedu ha quindi concluso che la discriminazione non era giustificata.

## Punti salienti

- Nel quadro delle direttive europee contro la discriminazione, i motivi protetti sono stabiliti espressamente: sesso, razza od origine etnica, età, disabilità, religione o convinzione personale e orientamento sessuale. Nel quadro della CEDU l'elenco è aperto e può essere integrato caso per caso.
- Ai sensi del diritto dell'Unione, il sesso può comprendere l'identità di genere in misura limitata e proteggere le persone che intendono sottoporsi o si sono sottoposte a intervento chirurgico di riattribuzione del genere. L'identità di genere è stata esaminata anche dalla Cedu.

243 Cedu, sentenza 22 maggio 2008, *Petrov c. Bulgaria* (n. 15197/02).

244 Cedu, sentenza 30 luglio 2009, *Danilenkov e a. c. Russia* (n. 67336/01) (sindacato); Cedu, sentenza 31 maggio 2007, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia* (n. 2) (n. 26740/02) (massoneria).

245 Cedu, sentenza 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi* (nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72).

246 Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sommerfeld c. Germania* [GC] (n. 31871/96); Cedu, sentenza 8 luglio 2003, *Sahin c. Germania* [GC] (n. 30943/96).

247 Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Carson e a. c. Regno Unito* [GC] (n. 42184/05).

- Nel quadro della CEDU, elementi quali il colore, l'ascendenza, la nazionalità, la lingua e la religione rientrano nel motivo oggetto del divieto di discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica; tuttavia, la portata effettiva di questo motivo, nel quadro del diritto dell'Unione, attende ancora di essere chiarita dalla giurisprudenza della CG.
- La discriminazione fondata sulla nazionalità figura come motivo oggetto del divieto di discriminazione a norma della CEDU. La discriminazione fondata sulla nazionalità è vietata ai sensi del diritto dell'Unione soltanto nel contesto della libera circolazione delle persone.
- Il termine «religione» andrebbe interpretato in senso relativamente estensivo e non limitato alle religioni tradizionali organizzate o consolidate.
- Anche nei casi in cui può essere stata commessa una discriminazione, la Cedu spesso esamina i ricorsi soltanto in base ai diritti sostanziali enunciati nella CEDU. Ciò può alleggerire l'onere di dimostrare la differenza di trattamento o di trovare un termine di confronto.

## Approfondimenti

Boza Martínez, «Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 7, 2005.

Breen, *Age Discrimination and Children's Rights: Ensuring Equality and Acknowledging Difference* [Discriminazione fondata sull'età e diritti dei minori. Garantire l'uguaglianza e riconoscere la differenza], Martinus Nijhoff, Leiden 2006.

Bribosia, «Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 78, 2009, pagg. 319-373.

Cano Palomares, «La protección de los derechos de las minorías sexuales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», Human Rights Institute of Catalonia, Barcelona, 2007, pagg. 35-57.

Demaret, «L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité: l'arrêt E.B. contre France», *Journal des tribunaux*, n. 6343, 2009, pagg. 145-149.

Evans, *Manual on the Wearing of Religious Symbols in Public Areas*, Council of Europe, Strasburgo 2009.

Flauss, «L'interdiction des minarets devant la Cour européenne des droits de l'homme: petit exercice de simulation contentieuse», *Recueil Dalloz*, n.8, 2010, pagg. 452-455.

Interights, *Non-Discrimination in International Law*, Interights, Londra 2005, cap. 5.

Johnson, «An essentially private manifestation of human personality: constructions of homosexuality in the European Court of Human Rights» [Una manifestazione essenzialmente privata della personalità umana: interpretazione dell'omosessualità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo], *Human Rights Law Review*, n. 10.1, 2010, pagg. 67-97.

Kastanas, «La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in Auer, Flückiger, Hottelier (a cura di), *Les droits de l'homme et la Constitution: études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni*, Schulthess, Ginevra/Zurigo/Basilea 2007, pagg. 197-218.

Landau e Beigbender, «From ILO Standards to EU Law: The Case of Equality Between Men and Women at Work» [Dalle norme dell'OIL al diritto dell'Unione europea. La parità tra uomini e donne sul lavoro], *European Journal of International Law*, n. 21.1, 2010, pagg. 264-267.

Laskowski, «Der Streit um das Kopftuch geht weiter. Warum das Diskriminierungsverbot nach nationalem und europäischem Recht immer bedeutsamer wird», *Kritische Justiz*, 2003, pagg. 420-444.

Lawson, «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: new era or false dawn?» [La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. Una nuova era o un'alba falsa?], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n. 34, 2007, pag. 563.

MacKay, «The United Nations Convention on the rights of persons with disabilities» [La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità], *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, n. 34, 2007, pag. 323.

Pettiti, «L'égalité entre époux», in Krenc e Puéchavy (a cura di), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme: actes du colloque organisé le 4 mai 2007*, Institut des droits de l'homme du Barreau de

Bruxelles et l'Institut des droits de l'homme du Barreau de Paris, Bruylant/Nemesis, Bruxelles 2008, pagg. 29-46.

Presno Linera, «La consolidación europea del derecho a no ser discriminado por motivos de orientación sexual en la aplicación de disposiciones nacionales», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 1, 2008.

Rudyk, «A Rising Tide: the transformation of sex discrimination into gender discrimination and its impact on law enforcement» [Una marea montante: la trasformazione della discriminazione fondata sul sesso in discriminazione fondata sul genere e le ripercussioni sull'applicazione della legge], *International Journal of Human Rights*, n. 14.2, 2010, pagg. 189-214.

Shuibne, «Article 13 EC and Non-Discrimination on Grounds of Nationality: Missing or in Action?» [L'articolo 13 CE e il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità: dispersi o in azione?], in Costello e Barry (a cura di), *Equality in Diversity: The New Equality Directives* [Uguaglianza nella diversità. Le nuove direttive in materia di parità di trattamento], Irish Centre for European Law, 2003.

Thürer e Dold, «Rassismus und Rule of Law – Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGMR? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien», *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 2005, pagg. 1-12.

Tulkens, «Droits de l'homme, droits des femmes: les requérantes devant la Cour européenne des droits de l'homme», in Caflisch (et al), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights, Strasbourg Views = Droits de l'homme, regards de Strasbourg*, N.P. Engel, Kehl/Strasburgo, Arlington, Va. 2007, pagg. 423-445.

# 5

## Questioni probatorie in materia di non discriminazione

### 5.1. Introduzione

In genere la discriminazione non si manifesta in modo palese e facilmente ravvisabile. Dimostrare l'esistenza di una discriminazione diretta è spesso arduo, sebbene per definizione la differenza di trattamento sia «palesamente» dovuta a una caratteristica della vittima. Come si è visto nel capitolo 2, il motivo che sottende la differenza di trattamento in molti casi non è espresso oppure è in apparenza dovuto a un altro fattore (come nel caso dei vantaggi offerti a condizione di essere pensionato e che, quindi, sono riconducibili alla caratteristica protetta dell'età). In questo senso, sono relativamente rari i casi in cui una persona dichiara apertamente quale causa della differenza di trattamento uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione. Un'eccezione si può trovare nella causa *Feryn*, in cui il titolare di un'impresa in Belgio aveva dichiarato, tramite annunci pubblicitari e verbalmente, che nessun «immigrato» sarebbe stato assunto nella sua impresa<sup>248</sup>. La CG ha constatato che si trattava di un caso palese di discriminazione diretta fondata sulla razza o sull'origine etnica. Tuttavia, chi mette in atto una discriminazione non sempre dichiara di trattare una persona in modo meno favorevole rispetto ad altre, né indica la ragione per cui lo fa. Una donna potrebbe vedersi negare un impiego e sentirsi dire che è semplicemente «meno qualificata» del candidato di sesso maschile al quale viene offerto il posto. In questa situazione la vittima può avere difficoltà a dimostrare di avere subito una discriminazione diretta in ragione del sesso.

<sup>248</sup> CG, sentenza 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Racc. 2008, pag. I-5187.

In risposta alla difficoltà di dimostrare che la differenza di trattamento sia basata su un motivo oggetto del divieto di discriminazione, il diritto europeo della non discriminazione sancisce il principio della ripartizione dell'onere della prova. Se il ricorrente è in grado di fornire elementi idonei a fondare una presunzione di discriminazione, l'onere della prova spetta al convenuto che è pertanto tenuto a dimostrare il contrario. Questo spostamento dell'onere della prova è particolarmente utile nei casi di discriminazione indiretta, in cui è necessario dimostrare che determinate norme o prassi si ripercuotono in maniera sproporzionata su un determinato gruppo di individui. Allo scopo di fondare una presunzione di discriminazione indiretta, un ricorrente può avvalersi di dati statistici che dimostrino una tendenza generale a una disparità di trattamento. A tal fine alcuni sistemi giudiziari nazionali ammettono prove ottenute mediante i «test situazionali».

## 5.2. La ripartizione dell'onere della prova

Ripartizione dell'onere della prova: il ricorrente deve fornire elementi che lascino intuire l'esistenza di un possibile trattamento discriminatorio. Ciò permette di far sorgere una presunzione di discriminazione che spetterà quindi al convenuto confutare.

Di norma spetta alla persona che propone ricorso persuadere l'organo decisionale dell'esistenza di una discriminazione. Tuttavia può essere particolarmente difficile dimostrare che la differenza di trattamento sia basata su una particolare caratteristica protetta. Ciò è dovuto al fatto che la motivazione che si cela dietro la diversità di trattamento spesso esiste soltanto nelle intenzioni dell'autore della discriminazione. Di conseguenza, i ricorsi per discriminazione il più delle

volte si fondano su deduzioni o indizi oggettivi connessi con la regola o la prassi in questione. In altre parole, è necessario convincere il giudice che l'unica spiegazione ragionevole per la differenza di trattamento è la caratteristica protetta della vittima, come il sesso o la razza. Tale principio si applica tanto ai casi di discriminazione diretta quanto a quelli di discriminazione indiretta.

Poiché il presunto autore della discriminazione è in possesso delle informazioni necessarie per comprovare una denuncia, il diritto della non discriminazione ripartisce

l'onere della prova tra attore e convenuto. Tale principio della ripartizione dell'onere della prova è ben consolidato nel diritto dell'Unione e nella CEDU<sup>249</sup>.

Questo aspetto è stato chiarito dalla giurisprudenza della Cedu, la quale, come altri meccanismi regionali e globali di protezione dei diritti umani, ha stabilito la ripartizione dell'onere della prova per dimostrare violazioni dei diritti umani in generale. La prassi della Cedu consiste nell'esaminare gli elementi disponibili nel loro insieme, in considerazione del fatto che spesso è lo Stato ad avere il controllo su gran parte delle informazioni necessarie per dimostrare la veridicità di una denuncia. Di conseguenza, se i fatti presentati dal ricorrente appaiono verosimili e coerenti alla luce delle prove addotte, la Cedu li considera fondati, a meno che lo Stato non fornisca una spiegazione alternativa convincente. Per usare le parole della Cedu, essa accoglie come fatti le deduzioni che sono:

*«corroborate da una valutazione indipendente dell'insieme delle prove, compresi gli elementi che si possono dedurre dai fatti e dalle osservazioni delle parti [...] [L]a prova può risultare dalla coesistenza di indizi, o di presunzioni non confutate, sufficientemente chiare, precise e concordanti. Inoltre il livello di persuasione necessario per pervenire a una determinata conclusione e, a questo proposito, la ripartizione dell'onere della prova sono intrinsecamente legati alla specificità dei fatti, alla natura delle accuse formulate e al diritto della Convenzione in gioco»<sup>250</sup>.*

Esempio: nella causa *Timishev c. Russia*, il ricorrente affermava di essere stato respinto a un posto di controllo per accedere a una determinata regione a causa della sua origine etnica cecena<sup>251</sup>. La Cedu ha constatato che l'affermazione era corroborata da documenti ufficiali, che segnalavano l'esistenza di una politica volta a limitare la circolazione dei ceceni. La spiegazione fornita dallo Stato era risultata poco convincente, ad esempio quando affermava che la vittima si era

249 Oltre alle decisioni di cui sotto, cfr. direttiva sull'uguaglianza razziale (articolo 8), direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione (articolo 10), direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione) (articolo 19); direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi (articolo 9). Cfr. inoltre la giurisprudenza sul punto del comitato europeo per i diritti sociali: *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia* (ricorso n. 24/2004), 8 novembre 2005, e *Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) c. Bulgaria* (ricorso n. 41/2007), 3 giugno 2008.

250 Cedu, sentenza 6 luglio 2005, *Nachova e a. c. Bulgaria* [GC] (nn. 43577/98 e 43579/98), punto 147. Nello stesso senso anche Cedu, sentenza 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 39, e Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punto 178.

251 Cedu, sentenza 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punti 40-44.

allontanata volontariamente dopo che le era stata negata la precedenza in coda. Di conseguenza, la Cedu ha riconosciuto che il ricorrente aveva subito una discriminazione fondata sulla sua origine etnica.

Esempio: nella causa *Brunnhofer*, la ricorrente affermava di avere subito una discriminazione fondata sul sesso, in quanto il salario percepito era inferiore a quello di un collega al suo stesso livello retributivo<sup>252</sup>. La CG ha dichiarato che spettava alla ricorrente dimostrare innanzitutto di percepire una retribuzione inferiore a quella del suo collega e, in secondo luogo, di svolgere un lavoro di uguale importanza. Ciò sarebbe stato sufficiente per presumere che la differenza di trattamento poteva essere dovuta soltanto al suo sesso. In tal caso, sarebbe poi spettato al datore di lavoro dimostrare il contrario.

È importante tenere in considerazione due aspetti. In primo luogo, è il diritto nazionale che determina il tipo di prove ammissibili dinanzi agli organi nazionali ed esso può essere più restrittivo rispetto alle norme applicate dalla Cedu o dalla CG. In secondo luogo, l'inversione dell'onere della prova di norma non si applica nei casi di diritto penale nei quali lo Stato persegue un reato motivato da un pregiudizio razziale, o «*crimine d'odio*». Ciò è dovuto in parte al fatto che l'accertamento della responsabilità penale richiede un grado più elevato di intensità della prova e in parte perché sarebbe difficile imporre all'autore di un reato di dimostrare l'assenza di una motivazione razzista, che è totalmente soggettiva<sup>253</sup>.

Il presunto autore della discriminazione può confutare la presunzione in due modi. Può dimostrare che il ricorrente non si trova effettivamente in una situazione analoga a, o confrontabile con quella del «*termine di paragone*», come si è visto al paragrafo 2.2.2, oppure che la differenza di trattamento non sia dovuta al motivo oggetto del divieto di discriminazione, bensì ad altre differenze oggettive, come si è visto al paragrafo 2.6. Se l'autore non perviene a confutare la presunzione, in tal caso deve difendere la disparità di trattamento adducendo l'oggettiva ragionevolezza e proporzionalità del provvedimento adottato.

252 CG, sentenza 26 giugno 2001, causa C-381/99, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Racc. 2001, pag. I-4961, punti 51-62.

253 Per l'impostazione della Cedu sull'inversione dell'onere della prova nel caso di violenza di matrice razzista, cfr. Cedu, sentenza 6 luglio 2005, *Nachova e a. c. Bulgaria* [GC] (nn. 43577/98 e 43579/98), punti 144-159. La normativa dell'Unione in materia di discriminazione non prevede l'inversione dell'onere della prova nel contesto del diritto penale.



Esempio: nella causa *Brunnhofner*, succitata, la CG ha fornito orientamenti in merito al modo in cui un datore di lavoro può confutare la presunzione di discriminazione. In primo luogo, dimostrando che i dipendenti di sesso maschile e femminile non erano effettivamente in una situazione comparabile, in quanto svolgevano un lavoro che non era di uguale importanza. Ciò poteva essere vero se i loro impieghi comportavano mansioni di natura sostanzialmente diversa. In secondo luogo, dimostrando che la differenza di retribuzione era dovuta a fattori oggettivi, estranei al sesso. Ciò poteva essere vero se il reddito del dipendente di sesso maschile era integrato da indennità di viaggio che gli spettavano perché doveva percorrere lunghe distanze e pernottare in albergo durante la settimana lavorativa.

Esempio: nella causa *Feryn*, succitata, la CG ha riscontrato che gli annunci pubblicitari e le dichiarazioni fatte dall'accusato prefiguravano una discriminazione diretta. Tuttavia la CG ha anche affermato che il presunto responsabile avrebbe potuto confutare la presunzione se fosse stato in grado di provare che le prassi di assunzione di fatto non riservavano un trattamento diverso alle persone di carnagione non bianca, per esempio dimostrando che veniva regolarmente assunto personale con colore della pelle non bianco.

### 5.2.1. I fattori che non occorre provare

Alcune questioni di fatto che spesso accompagnano gli esempi di discriminazione, come l'esistenza di un pregiudizio o di un'intenzione di discriminare, in realtà non sono rilevanti per determinare se il vaglio circa l'esistenza di una discriminazione abbia o meno esito affermativo. Ciò che occorre dimostrare in un caso di discriminazione è la mera esistenza di una disparità di trattamento, fondata su una caratteristica protetta e priva di giustificazione. In altri termini, non è necessario accertare svariati elementi accessori riguardanti le situazioni di discriminazione per provarne l'esistenza.

In primo luogo, non è necessario dimostrare che l'autore sia mosso da pregiudizio; di conseguenza, non è necessario dimostrare che l'autore abbia opinioni «razziste» o «sessiste» per provare una discriminazione fondata sulla razza o sul sesso. In generale, la legge non può disciplinare gli atteggiamenti individuali, trattandosi di aspetti inerenti alla sfera intima. Può soltanto disciplinare le azioni attraverso cui tali atteggiamenti possono manifestarsi.

Esempio: nella causa *Feryn*, il proprietario dell'impresa affermava di aver seguito una certa regola perché i suoi clienti (anziché egli stesso) volevano che il lavoro fosse svolto soltanto da belgi di carnagione bianca. La CG non ha ritenuto questa affermazione rilevante al fine di stabilire la sussistenza della discriminazione. Di solito non è necessario dimostrare una motivazione discriminatoria, a meno che non si voglia dimostrare che è stato commesso un «crimine d'odio», in quanto il diritto penale richiede una certezza maggiore per la prova dell'elemento psicologico.

In secondo luogo, non è necessario dimostrare che la norma o la prassi in questione sia concepita per produrre una differenza di trattamento. Vale a dire che, anche se un'autorità pubblica o un singolo individuo segue una prassi in buona fede, tale prassi costituisce una discriminazione se l'effetto è quello di sfavorire un gruppo particolare.

Esempio: nella causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca*, succitata, il governo sosteneva che il sistema di scuole «speciali» era stato istituito per favorire l'istruzione dei bambini rom attraverso il superamento delle difficoltà linguistiche e la correzione di carenze educative pre-scolastiche<sup>254</sup>. Tuttavia la Cedu ha considerato irrilevante stabilire se la politica in questione fosse destinata ai bambini rom. Al fine di comprovare la discriminazione era sufficiente dimostrare che i bambini erano colpiti in modo negativo e sproporzionato rispetto alla maggioranza della popolazione, non che vi fosse intenzione di discriminare<sup>255</sup>.

In terzo luogo, per quanto riguarda la discriminazione fondata sulla razza, la CG ha rilevato che non era necessario provare l'esistenza di una vittima identificabile, e presumibilmente ciò si applica anche ad altri motivi di discriminazione in circostanze analoghe. Se ai sensi del diritto dell'Unione può non essere richiesta una vittima identificabile, ciò non è vero per quanto riguarda la Cedu, per la quale tale tipo di ricorso non sarebbe conforme alle condizioni di ricevibilità di cui all'articolo 35 della Convenzione.

Esempio: nella causa *Feryn* non era possibile dimostrare che una persona avesse presentato domanda per un posto di lavoro e fosse stata respinta,

<sup>254</sup> Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punto 79.

<sup>255</sup> *Ibid*, punti 175 e 184.

né era possibile trovare una persona che affermasse di aver deciso di non presentare domanda per tale lavoro a causa dell'annuncio. In altre parole, non esisteva una vittima «identificabile», e il caso era stato sollevato dall'Organismo per la parità di trattamento del Belgio. La CG ha affermato che non era necessario identificare una persona che avesse subito la discriminazione. Poiché era evidente che la formulazione dell'annuncio avrebbe dissuaso i «non bianchi» dal presentare domanda, sapendo in anticipo che quest'ultima non sarebbe stata accolta. Pertanto, sarebbe possibile dimostrare che una legge o una politica è discriminatoria, senza necessità di individuare una vittima effettiva.

Esempio: qualora ci si avvalga di «test situazionali» (esaminati di seguito) spesso coloro che vi partecipano lo fanno sapendo o aspettandosi un trattamento meno favorevole. Il loro obiettivo principale non è accedere effettivamente al servizio in questione, ma raccogliere prove. Ciò significa che tali persone non sono propriamente delle «vittime». Esse sono prima di tutto interessate a garantire l'applicazione della legge piuttosto che a ottenere un risarcimento per i danni subiti. In una causa intentata in Svezia, nella quale un gruppo di studenti di giurisprudenza aveva condotto dei test situazionali in alcuni locali notturni e ristoranti, la Corte suprema ha ritenuto che le persone coinvolte nell'indagine potessero comunque avviare un procedimento per trattamento discriminatorio. Al tempo stesso era possibile ridurre il risarcimento dei danni riconosciuti, tenuto conto del fatto che non era stato negato loro qualcosa che volessero realmente (cioè l'accesso ad alcuni esercizi commerciali)<sup>256</sup>.

### 5.3. Il ruolo delle statistiche e di altri dati

I dati statistici possono svolgere un ruolo importante per fondare una presunzione di discriminazione. Sono particolarmente utili per dimostrare la discriminazione indiretta, perché in tali situazioni le norme o prassi in questione sono apparentemente neutre. In tal caso è necessario concentrarsi sugli effetti delle norme o prassi per dimostrare che sono sproporzionatamente sfavorevoli a un gruppo specifico di persone rispetto ad altre in una situazione analoga. Anche nel

<sup>256</sup> Corte Suprema (Svezia), sentenza 1° ottobre 2008, T-2224-07, *Escape Bar and Restaurant c. Mediatore per le discriminazioni fondate sull'origine etnica*. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 365-1; Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 68.

caso della produzione di dati statistici vale il principio dell'inversione dell'onere della prova: se i dati dimostrano, per esempio, che le donne o le persone disabili sono particolarmente sfavorite, spetterà allo Stato fornire una spiegazione alternativa convincente di tali dati. La Cedu lo ha chiarito nella causa *Hoogendijk c. Paesi Bassi*<sup>257</sup>:

*«[L]a Corte ritiene che, se un ricorrente è in grado di dimostrare, sulla base di statistiche ufficiali incontestate, l'esistenza di un indizio che una norma specifica – pur formulata in termini neutri – di fatto colpisca una percentuale di donne chiaramente più elevata rispetto agli uomini, spetta al governo convenuto dimostrare che ciò è il risultato di fattori oggettivi, non collegati a una discriminazione fondata sul sesso».*

Non sembra che i giudici abbiano stabilito dei criteri rigorosi riguardo alle soglie minime necessarie per dimostrare una discriminazione indiretta sulla base di dati statistici. La CG sottolinea che è necessario raggiungere una cifra significativa. Una sintesi della giurisprudenza della CG è presentata nelle conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa *Nolte*, nella quale ha dichiarato, riguardo alla discriminazione fondata sul sesso, che:

*«[P]er essere considerata discriminatoria, la misura deve colpire 'un numero molto maggiore di donne che di uomini' [Rinner-Kühn<sup>258</sup>] o 'una percentuale di uomini notevolmente inferiore a quella delle donne' [Nimz<sup>259</sup>, Kowalska<sup>260</sup>] o 'molte più donne che uomini' [Roks<sup>261</sup>].*

*I casi lasciano supporre che la percentuale di donne colpite dalla misura debba essere particolarmente elevata. Nella causa Rinner-Kühn, la Corte ha presunto una discriminazione in una situazione in cui la percentuale di donne era dell'89%. In questo caso, la cifra del 60% di per sé [...] probabilmente sarebbe insufficiente per lasciar presumere una discriminazione»<sup>262</sup>.*

257 Cedu, decisione 6 gennaio 2005, *Hoogendijk c. Paesi Bassi* (dec.) (n. 58641/00).

258 CG, sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, *Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung*, Racc. 1989, pag. 2743.

259 CG, sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Racc. 1991, pag. I-297.

260 CG, sentenza 27 giugno 1990, causa C-33/89, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, Racc. 1990, pag. I-2591.

261 CG, sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *M.A. Roks (coniugata De Weerd) e a. c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e a.*, Racc. 1994, pag. I-571.

262 Conclusioni dell'avvocato generale Léger del 31 maggio 1995, punti 57-58, in CG, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover*, Racc. 1995, pag. I-4625.

Esempio: nella causa *Schönheit* una lavoratrice a orario ridotto sosteneva di subire una discriminazione fondata sul sesso<sup>263</sup>. La differenza nelle pensioni riconosciute, che non si basava su differenze di orario lavorativo, significava che i lavoratori a orario ridotto erano effettivamente pagati meno dei dipendenti a tempo pieno. Venivano presentati dati statistici per dimostrare che le donne costituivano l'87,9% dei dipendenti a orario ridotto. Poiché la misura, benché neutra, colpiva negativamente le donne in modo sproporzionato rispetto agli uomini, la CG ha riconosciuto che sussisteva una presunzione di discriminazione indiretta fondata sul sesso. Analogamente, uno svantaggio per i lavoratori a orario ridotto, l'87% dei quali era costituito da donne, è stato considerato sufficiente nella causa *Gerster*<sup>264</sup>.

Esempio: la causa *Seymour-Smith* riguardava una legge del Regno Unito in materia di licenziamento arbitrario, che accordava una protezione speciale alle persone che avevano lavorato per più di due anni consecutivi per un particolare datore di lavoro<sup>265</sup>. La ricorrente asseriva che la legge determinava una discriminazione indiretta fondata sul sesso, in quanto le donne avevano minori probabilità degli uomini di soddisfare tale criterio. Questo caso è interessante perché la CG ha lasciato intendere che anche una minore sproporzione può comunque dimostrare una discriminazione indiretta qualora «emerge un divario [...] perdurante e relativamente costante, nel corso di un lungo periodo, tra i lavoratori e le lavoratrici». Tuttavia, nelle circostanze del caso di specie, la CG ha dichiarato che le statistiche fornite, che indicavano che il 77,4% degli uomini e il 68,9% delle donne soddisfacevano il criterio, non dimostravano che la percentuale di donne in grado di rispettare la norma fosse notevolmente inferiore.

Esempio: nella causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca*, i ricorrenti rom lamentavano che i loro figli erano esclusi dal sistema di istruzione tradizionale e collocati in scuole «speciali» destinate ad alunni con difficoltà di apprendimento, a causa della loro origine etnica rom<sup>266</sup>. L'assegnazione dei bambini rom a scuole «speciali» si basava sull'impiego di test per valutare la capacità intellettuale. Nonostante questa prassi apparentemente «neutra», la natura dei test rendeva più difficile per i bambini rom ottenere un risultato soddisfacente e accedere

263 CG, sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, Racc. 2003, pag. I-12575.

264 CG, sentenza 2 ottobre 1997, causa C-1/95, *Gerster c. Freistaat Bayern*, Racc. 1997, pag. I-5253.

265 CG, sentenza 9 febbraio 1999, causa C-167/97, *R. c. Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez*, Racc. 1999, pag. I-623.

266 Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00).

al sistema di istruzione tradizionale. La Cedu ha rilevato che ciò doveva essere dimostrato in riferimento a dati statistici che indicassero la proporzione particolarmente elevata di alunni di origine rom collocati nelle scuole «speciali». I dati forniti dai ricorrenti riguardo alla loro specifica regione geografica indicavano che i rom costituivano il 50-56% degli alunni nelle scuole speciali, mentre rappresentavano soltanto il 2% circa della popolazione totale iscritta a scuola. I dati tratti da fonti intergovernative indicavano che, nell'insieme del paese, il 50-90% dei rom frequentava scuole speciali. La Cedu ha stabilito che, sebbene i dati non fossero precisi, essi indicavano che il numero di bambini rom colpiti era «sproporzionatamente elevato» rispetto alla loro percentuale nella popolazione globale del paese<sup>267</sup>.

Si direbbe che sia possibile dimostrare che un gruppo protetto è colpito in modo sproporzionato anche in caso di assenza di dati statistici, qualora le fonti disponibili siano attendibili e confermino tale analisi.

Esempio: la causa *Opuz c. Turchia* riguardava una persona con trascorsi di violenza domestica che aveva brutalizzato la moglie e la madre di quest'ultima in diverse occasioni, finendo per uccidere la madre<sup>268</sup>. La Cedu ha riscontrato che lo Stato non aveva protetto la ricorrente e sua madre da un trattamento inumano e degradante nonché la vita della madre. Ha altresì riscontrato che lo Stato aveva commesso una discriminazione nei confronti delle ricorrenti in quanto la mancanza di una protezione adeguata era ricollegabile al fatto di essere donne. La Corte è giunta a tale conclusione basandosi, in parte, su prove del fatto che le vittime di violenze domestiche erano prevalentemente donne e in parte perché, sul versante dei giudici nazionali, i dati rivelavano un esercizio relativamente limitato della facoltà di emettere ordinanze a tutela delle vittime di violenze domestiche. Merita osservare che, in questo caso, la Cedu non disponeva di dati statistici indicanti che le vittime di violenze domestiche fossero prevalentemente di sesso femminile, e di fatto anche Amnesty International riconosceva che non sussistevano dati attendibili al riguardo. Tuttavia la Corte ha ammesso la valutazione di Amnesty International, di una rispettata ONG nazionale nonché del Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, secondo cui la violenza contro le donne costituiva un problema significativo in Turchia.

<sup>267</sup> Cedu, sentenza 13 novembre 2007, *D.H. e a. c. Repubblica ceca* [GC] (n. 57325/00), punti 18, 196-201.

<sup>268</sup> Cedu, sentenza 9 giugno 2009, *Opuz c. Turchia* (n. 33401/02).

Si osserva che non sempre è necessario allegare dati statistici per corroborare un'ipotesi di discriminazione indiretta. Ciò dipenderà dalle circostanze del caso di specie. In modo particolare, la prova delle prassi o delle convinzioni degli appartenenti a una stessa categoria protetta sembra essere sufficiente.

Esempio: nella causa *Oršuš e a. c. Croazia*, alcune scuole avevano formato classi che seguivano un programma di studi ridotto rispetto alle classi normali. I ricorrenti sostenevano che tali classi comprendevano un numero sproporzionato di studenti rom, il che costituiva una discriminazione indiretta fondata sull'origine etnica. Il governo ribatteva che tali classi erano costituite in base alla competenza nella lingua croata e che, quando raggiungevano una buona padronanza della lingua, gli studenti venivano trasferiti nelle classi tradizionali. La Cedu ha riscontrato che, al contrario della causa *D.H. e a. c. Repubblica ceca*, le sole statistiche non consentivano di presumere una discriminazione. In una scuola i rom costituivano il 44% degli alunni e il 73% frequentava una classe costituita esclusivamente da rom. In un'altra scuola i rom costituivano il 10%, e il 36% frequentava una classe composta di soli rom. Ciò confermava che non esisteva una politica generale volta a collocare automaticamente i rom in classi separate. Si osserva che, nel ragionamento della Cedu, si arriva ad ammettere la possibilità di motivare una denuncia di discriminazione indiretta senza fare ricorso a dati statistici. In questo caso, la prassi di collocare i bambini in classi separate in funzione dell'insufficiente padronanza della lingua croata era applicata soltanto agli studenti rom. Di conseguenza, ciò lasciava presumere una differenza di trattamento<sup>269</sup>.

Esempio: una questione sottoposta al difensore sloveno per le pari opportunità riguardava un datore di lavoro che forniva ai suoi dipendenti pasti che spesso contenevano prodotti a base di grassi o carni di suino. Un dipendente musulmano aveva richiesto l'indennità mensile alternativa alla mensa per poter acquistare il proprio cibo, indennità che il datore di lavoro concedeva soltanto ai dipendenti con comprovate e specifiche esigenze alimentari per motivi medici<sup>270</sup>. Questo comportamento configurava una discriminazione indiretta, in cui una prassi a prima vista neutra aveva un effetto negativo sui musulmani

<sup>269</sup> Cedu, sentenza 16 marzo 2010, *Oršuš e a. c. Croazia* [GC] (n. 15766/03), punti 152 e 153.

<sup>270</sup> Difensore per le pari opportunità (Slovenia), decisione 28 agosto 2008, n. UEM-0921-1/2008-3. Una sintesi è disponibile in lingua inglese nel portale informativo della FRA, causa 364-1; Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *European Anti-Discrimination Law Review*, n. 8 (luglio 2009), pag. 64.

che non possono mangiare carni suine. Nella fattispecie non è stato necessario produrre dati statistici per dimostrare che la norma danneggiava i musulmani, essendo facilmente accertabile che questi ultimi non possono mangiare carni suine, in quanto bastava addurre a prova le rispettive pratiche religiose.

Esempio: una causa esaminata dai tribunali britannici riguardava un datore di lavoro che proibiva ai dipendenti di indossare gioielli (neppure per motivi religiosi) sulla divisa<sup>271</sup>. Una dipendente cristiana, non potendo indossare una croce, lamentava una discriminazione fondata sulla religione. I giudici dei vari gradi di giudizio hanno affermato che sarebbe stato possibile riconoscere nel divieto una discriminazione indiretta fondata sulla religione, qualora fosse stato dimostrato che indossare la croce costituiva un precetto della fede cristiana. A tal fine il tribunale del lavoro si è rivolto a degli esperti di pratiche cristiane, anziché ricercare prove statistiche sul numero di cristiani che indossano simboli religiosi sul lavoro.

## Punti salienti

- La motivazione alla base del trattamento meno favorevole è irrilevante, ciò che conta è l'effetto.
- Ai sensi del diritto dell'Unione, non è necessario accertare l'esistenza di una vittima identificabile.
- Spetta innanzitutto al ricorrente produrre prove che lascino presumere l'esistenza di una discriminazione.
- I dati statistici possono essere usati per far sorgere una presunzione di discriminazione.
- L'onere probatorio si trasferisce sul presunto autore del trattamento discriminatorio che deve pertanto fornire prove idonee a dimostrare che il trattamento meno favorevole non è riconducibile a un motivo oggetto del divieto di discriminazione.
- La presunzione di discriminazione può essere confutata dimostrando: che la vittima non si trova in una situazione analoga al «termine di confronto»; oppure che la differenza di trattamento si basa su fattori oggettivi, estranei al motivo che forma oggetto del divieto di discriminazione. Se l'autore non perviene a confutare la presunzione, può comunque tentare di giustificare la differenza di trattamento.

<sup>271</sup> Corte d'appello (Regno Unito), sentenza 12 febbraio 2010, *Eweida c. British Airways plc*, 2010, EWCA Civ 80.



## Approfondimenti

Bragoï, «La discrimination indirecte implique le transfert de la charge de la preuve au gouvernement défendeur: CourEDH, Gde Ch., D.H. et autres c. République tchèque, 13 novembre 2007», 8 *L'Europe des libertés: revue d'actualité juridique*, n. 25, 2008.

ERRC/Interights/MPG, *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice* [Il contenzioso strategico della discriminazione fondata sulla razza in Europa: dai principi alla pratica], Russell Press, Nottingham 2004, cap. 4 «Strategic Litigation in Practice» [Il contenzioso strategico nella pratica].

Interights, *Non-Discrimination in International Law* [Non discriminazione nel diritto internazionale], Interights, Londra 2005, cap. 4 «Procedure: Making a Discrimination Claim» [Procedura: presentare una denuncia di discriminazione].

*Horizons Stratégiques*, «La discrimination saisie sur le vif: le testing» [La discriminazione nel suo contesto concreto: i test situazionali], n. 5, 2007 (periodico contenente diversi articoli riguardanti i «test situazionali», disponibile all'indirizzo: [www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm](http://www.cairn.info/revue-horizons-strategiques-2007-3.htm)).

Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, *Measuring Discrimination: Data Collection and EU Equality Law* [Quantificare le discriminazioni – Raccolta di dati e diritto europeo sull'uguaglianza], Ufficio pubblicazioni, Lussemburgo 2007, cap. 3 «The role of data in ensuring compliance with equal treatment law» [Il ruolo dei dati nel garantire la conformità al diritto in materia di parità di trattamento].

Schiek, Waddington e Bell (a cura di), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law* [Casi, materiali e testi sul diritto nazionale, sopranazionale e internazionale in materia di non discriminazione], Hart Publishing, Oxford 2007, cap. 8.5.1.E «Situation Testing» [I test situazionali].



# Elenco della giurisprudenza

## Giurisprudenza del Tribunale internazionale

<i>Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)</i> 1955 Relazioni CIG, 4, 23, 6 aprile 1955.....	114
--	-----

## Giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

<i>Abrahamsson e Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist</i> , causa C-407/98, Racc. 2000 .....	43
<i>Allonby c. Accrington and Rossendale College</i> , causa C-256/01, Racc. 2004 .....	26
<i>Angelidaki e a. c. Organismos Nomarkhiaki Aftodiikisi Rethimnis</i> , causa C-378/07, Racc. 2009 .....	84
<i>Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group</i> , causa C-262/88, Racc. 1990 .....	73
<i>Bilka-Kaufhaus GmbH c. Weber Von Hartz</i> , causa 170/84, Racc. 1986 .....	49, 96
<i>Blaizot c. Université de Liège e a.</i> , causa 24/86, Racc. 1988 .....	74
<i>Burton c. British Railways Board</i> , causa 19/81, Racc. 1982 .....	73
<i>Casagrande c. Landeshauptstadt München</i> , causa 9/74, Racc. 1974 .....	79
<i>Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding</i> <i>c. Firma Feryn NV</i> , causa C-54/07, Racc. 2008 .....	131
<i>Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA</i> , causa C-13/05, Racc. 2006 .....	106, 107
<i>Chen c. Secretary of State for the Home Department</i> , causa C-200/02, Racc. 2004 .....	115

<i>Coleman c. Attridge Law and Steve Law</i> , causa C-303/06, Racc. 2008 .....	30
<i>Commissione c. Francia</i> , causa 318/86, Racc. 1988 .....	52
<i>Commissione c. Francia</i> , causa C-35/97, Racc. 1998 .....	78
<i>Commissione c. Germania</i> , causa 248/83, Racc. 1985 .....	52
<i>Cristini (coniugata Fiorini) c. SNCF</i> , causa 32/75, Racc. 1975 .....	77
<i>Defrenne c. Sabena</i> , causa 43/75, Racc. 1976 .....	96
<i>Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus</i> , causa C-177/88, Racc. 1990 .....	28
<i>Garland c. British Rail Engineering Limited</i> , causa 12/81, Racc. 1982 .....	73
<i>Gerster c. Freistaat Bayern</i> , causa C-1/95, Racc. 1997, pag. I-5253, 2 ottobre 1997 .....	139
<i>Gravier c. Ville de Liège e a.</i> , causa 293/83, Racc. 1985 .....	74
<i>Groener c. Minister for Education and the Dublin Vocational Educational Committee</i> , causa C-379/87, Racc. 1989 .....	122
<i>Hilde Schönheit c. Stadt Frankfurt am Main e Silvia Becker c. Land Hessen</i> , cause riunite C-4/02 e C-5/02, Racc. 2003 .....	32, 139
<i>Hill e Stapleton c. The Revenue Commissioners and Department of Finance</i> , causa C-243/95, Racc. 1998 .....	97
<i>Hütter c. Technische Universität Graz CG</i> , sentenza 18 giugno 2009, causa C-88/08, Racc. 2009 .....	59
<i>Jämställdhetsombudsmannen c. Örebro Lans Landsting</i> , causa C-236/98, Racc. 2000 .....	73
<i>Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary</i> , causa 222/84, Racc. 1986 .....	51, 53
<i>K.B. c. NHS Pensions Agency</i> , causa C-117/01, Racc. 2004 .....	99
<i>Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen</i> , causa C-450/93, Racc. 1995 .....	43, 44, 45
<i>Kohll c. Union des Caisses de Maladie</i> , causa C-158/96, Racc. 1998 .....	81
<i>Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg</i> , causa C-33/89, Racc. 1990 .....	34, 138
<i>Kreil c. Bundesrepublik Deutschland</i> , causa C-285/98, Racc. 2000 .....	55
<i>Lewen c. Denda</i> , causa C-333/97, Racc. 1999 .....	73
<i>Lommers c. Minister van Landbouw</i> , causa C-476/99, Racc. 2002 .....	73

<i>Mahlburg c. Land Mecklenburg-Vorpommern,</i> causa C-207/98, Racc. 2000 .....	53
<i>Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen,</i> causa C-409/95, Racc. 1997 .....	43, 44, 45
<i>Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen,</i> causa C-267/06, Racc. 2008 .....	29
<i>Matteucci c. Communauté Française de Belgique,</i> causa 235/87, Racc. 1988 .....	78
<i>Megner e Scheffel c. Innungskrankenkasse Vorderpfalz,</i> causa C-444/93, Racc. 1995 .....	102, 103
<i>Meyers c. Adjudication Officer,</i> causa C-116/94, Racc. 1995 .....	71, 72
<i>Müller Fauré c. Onderlinge Waarborgmaatschappij,</i> causa C-385/99, Racc. 2003 .....	81
<i>Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg,</i> causa C-184/89, Racc. 1991 .....	34, 138
<i>Nolte c. Landesversicherungsanstalt Hannover,</i> causa C-317/93, Racc. 1995 .....	34, 102, 138
<i>P. c. S. e Cornwall County Council,</i> causa C-13/94, Racc. 1996 .....	31, 98
<i>Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA,</i> causa C-411/05, Racc. 2007 .....	57, 73
<i>Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen,</i> causa C-157/99, Racc. 2001 .....	81
<i>Pubblico ministero contro Even,</i> causa 207/78, Racc. 1979 .....	78
<i>Pubblico ministero contro Mutsch,</i> causa 137/84, Racc. 1985 .....	78
<i>R. c. Secretary of State for Employment,</i> <i>ex parte Seymour-Smith and Perez,</i> causa C-167/97, Racc. 1999 .....	139
<i>Reina c. Landeskreditbank Baden-Württemberg,</i> causa 65/81, Racc. 1982 .....	78
<i>Richards c. Secretary of State for Work and Pensions,</i> causa C-423/04, Racc. 2006 .....	27, 99
<i>Rinner-Kühn c. FWW Spezial-Gebäudereinigung,</i> causa 171/88, Racc. 1989 .....	34, 138
<i>Roks M.A. (coniuigata De Weerd) e a. c. Bestuur van de</i> <i>Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid,</i> <i>Geestelijke en Maatschappelijke Belangen e a.,</i> causa C-343/92, Racc. 1994 .....	34, 103, 138

<i>Sabbatini c. Parlamento europeo</i> , causa 20/71, Racc. 1972 .....	73
<i>Sahlstedt e a. c. Commissione</i> , causa C-362/06, Racc. 2009 .....	84
<i>Schnorbus c. Land Hessen</i> , causa C-79/99, Racc. 2000 .....	71, 102
<i>Sirdar c. The Army Board and Secretary of State for Defence</i> , causa C-273/97, Racc. 1999 .....	54
<i>Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG</i> , causa C-381/99, Racc. 2001 .....	134
<i>Vassilakis e a. c. Dimos Kerkyras</i> , causa C-364/07, Racc. 2008 .....	84
<i>Webb c. EMO Air Cargo (UK) Ltd</i> , causa C-32/93, Racc. 1994 .....	28

### **Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo**

<i>Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito</i> (nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81), 28 maggio 1985 .....	117
<i>Alujer Fernández e Caballero García c. Spagna (dec.)</i> (n. 53072/99), 14 giugno 2001 .....	119
<i>Anakomba Yula c. Belgio</i> (n. 45413/07), 10 marzo 2009 .....	85, 115
<i>Andrejeva c. Lettonia</i> [GC] (n. 55707/00), 18 febbraio 2009 .....	69, 79, 117
<i>Aziz c. Cipro</i> (n. 69949/01), 22 giugno 2004 .....	30
<i>Bączkowski e a. c. Polonia</i> (n. 1543/06), 3 maggio 2007 .....	38, 89
<i>Balsytė-Lideikienė c. Lituania</i> (n. 72596/01), 4 novembre 2008 .....	91
<i>Barrow c. Regno Unito</i> (n. 42735/02), 22 agosto 2006 .....	102
<i>Belgian Linguistics Case</i> (nn. 1474/62 e a.), 23 luglio 1968 .....	122
<i>Bigaeva c. Grecia</i> (n. 26713/05), 28 maggio 2009 .....	75
<i>Bouamar c. Belgio</i> (n. 9106/80), 29 febbraio 1988 .....	92, 110
<i>Buckley c. Regno Unito</i> (n. 20348/92), 25 settembre 1996 .....	82
<i>Burden c. Regno Unito</i> [GC] (n. 13378/05), 29 aprile 2008 .....	24, 27, 49, 61
<i>C. c. Belgio</i> (n. 21794/93), 7 agosto 1996 .....	117
<i>Campbell e Cosans c. Regno Unito</i> (nn. 7511/76 e 7743/76), 25 febbraio 1982 .....	121
<i>Carson e a. c. Regno Unito</i> [GC] (n. 42184/05), 16 marzo 2010 .....	24, 27, 69, 109, 127
<i>Castells c. Spagna</i> (n. 11798/85), 23 aprile 1992 .....	89, 126
<i>Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia</i> [GC] (n. 27417/95), 27 giugno 2000 .....	119
<i>Chahal c. Regno Unito</i> (n. 22414/93), 15 novembre 1996 .....	116

<i>Chassagnou e a. c. Francia</i>	
(nn. 25088/94, 28331/95 e 28443/95), 29 aprile 1999 .....	124
<i>Church of Scientology Moscow c. Russia</i> (n. 18147/02), 5 aprile 2007 .....	121
<i>Christine Goodwin c. Regno Unito</i> [GC] (n. 28957/95), 11 luglio 2002 .....	99, 100
<i>D.G. c. Irlanda</i> (n. 39474/98), 16 maggio 2002 .....	92, 110
<i>D.H. e a. c. Repubblica ceca</i> [GC] (n. 57325/00), 13 novembre 2007 .....	24, 32, 33, 34, 80, 133, 136, 139, 140
<i>Dahlab c. Svizzera</i> (dec.) (n. 42393/98), 15 febbraio 2001 .....	122
<i>Danilenkov e a. c. Russia</i> (n. 67336/01), 30 luglio 2009 .....	75, 127
<i>Demir e Baykara c. Turchia</i> (n. 34503/97), 12 novembre 2008 .....	75
<i>Đokić c. Bosnia Erzegovina</i> (n. 6518/04), 27 maggio 2010 .....	83
<i>Dudgeon c. Regno Unito</i> (n. 7525/76), 22 ottobre 1981 .....	105
<i>E.B. c. Francia</i> [GC] (n. 43546/02), 22 gennaio 2008 .....	68, 87, 105
<i>Engel e a. c. Paesi Bassi</i> (nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72), 8 giugno 1976 .....	127
<i>Féret c. Belgio</i> (n. 15615/07), 16 luglio 2009 .....	91
<i>Fretté c. Francia</i> (n. 36515/97), 26 febbraio 2002 .....	104
<i>Gaygusuz c. Austria</i> (n. 17371/90), 16 settembre 1996 .....	26, 69, 79, 118
<i>Glor c. Svizzera</i> (n. 13444/04), 30 aprile 2009 .....	107
<i>Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia</i> (n. 2) (n. 26740/02), 31 maggio 2007 .....	129
<i>Handyside c. Regno Unito</i> (n. 5493/72), 7 dicembre 1976 .....	125
<i>Hasan e Chaush c. Bulgaria</i> [GC] (n. 30985/96), 26 ottobre 2000 .....	121
<i>Hoogendijk c. Paesi Bassi</i> (dec.) (n. 58641/00), 6 gennaio 2005 .....	24, 138
<i>I. c. Regno Unito</i> [GC] (n. 25680/94), 11 luglio 2002 .....	100
<i>K.H. e a. c. Slovacchia</i> (n. 32881/04), 28 aprile 2009 .....	79
<i>Karner c. Austria</i> (n. 40016/98), 24 luglio 2003 .....	106
<i>Köse e a. c. Turchia</i> (dec.) (n. 26625/02), 24 gennaio 2006 .....	121
<i>Koua Poirrez c. Francia</i> (n. 40892/98), 30 settembre 2003 .....	69, 79, 118
<i>L. c. Lituania</i> (n. 27527/03), 11 settembre 2007 .....	100
<i>Le Pen c. Francia</i> (dec.) (n. 18788/09), 20 aprile 2010 .....	91

<i>Loizidou c. Turchia</i> (n. 15318/89), 18 dicembre 1996 .....	64
<i>Luczak c. Poland</i> (n. 77782/01), 27 novembre 2007 .....	26
<i>Mazurek c. Francia</i> (n. 34406/97), 1° febbraio 2000 .....	86, 88, 124
<i>Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e a. c. Georgia</i> (n. 71156/01), 3 maggio 2007 .....	91
<i>Metropolitan Church of Bessarabia e a. c. Moldova</i> (n. 45701/99), 13 dicembre 2001 .....	121
<i>Moldovan e a. c. Romania</i> (n. 2) (nn. 41138/98 e 64320/01), 12 luglio 2005 .....	83, 85
<i>Moscow Branch of the Salvation Army c. Russia</i> (n. 72881/01), 5 ottobre 2006 .....	121
<i>Moustaquim c. Belgio</i> (n. 12313/86), 18 febbraio 1991 .....	25, 117
<i>Muñoz Díaz c. Spagna</i> (n. 49151/07), 8 dicembre 2009 .....	87
<i>Nachova e a. c. Bulgaria</i> [GC] (nn. 43577/98 e 43579/98), 6 luglio 2005 .....	90, 133, 134
<i>Opuz c. Turchia</i> (n. 33401/02), 9 giugno 2009 .....	32, 92, 140
<i>Oršuš e a. c. Croazia</i> [GC] (n. 15766/03), 16 marzo 2010 .....	80, 141
<i>Paraskeva Todorova c. Bulgaria</i> (n. 37193/07), 25 marzo 2010 .....	38, 85
<i>Partito socialista e a. c. Turchia</i> (n. 21237/93), 25 maggio 1998 .....	89
<i>Pearson c. Regno Unito</i> (n. 8374/03), 22 agosto 2006 .....	102
<i>Petrov c. Bulgaria</i> (n. 15197/02), 22 maggio 2008 .....	127
<i>Pretty c. Regno Unito</i> (n. 2346/02), 29 aprile 2002 .....	39, 108, 109
<i>Price c. Regno Unito</i> (n. 33394/96), 10 luglio 2001 .....	108
<i>Rasmussen c. Danimarca</i> (n. 8777/79), 28 novembre 1984 .....	86, 88
<i>S.L. c. Austria</i> (n. 45330/99), 9 gennaio 2003 .....	104, 105
<i>Sahin c. Germania</i> [GC] (n. 30943/96), 8 luglio 2003 .....	88, 127
<i>Schwizgebel c. Svizzera</i> (n. 25762/07), 10 giugno 2010 .....	109, 110
<i>Šečić c. Croazia</i> (n. 40116/02), 31 maggio 2007 .....	90
<i>Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina</i> [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), 22 dicembre 2009 .....	70, 113, 114
<i>Sidabras e Džiautas c. Lituania</i> (nn. 55480/00 e 59330/00), 27 luglio 2004 .....	68, 69, 75
<i>Sławomir Musiał c. Polonia</i> (n. 28300/06), 20 gennaio 2009 .....	79



<i>Smith e Grady c. Regno Unito</i> (nn. 33985/96 e 33986/96), 27 settembre 1999	83
<i>Sommerfeld c. Germania</i> [GC] (n. 31871/96), 8 luglio 2003	67, 86, 88, 127
<i>Stec e a. c. Regno Unito</i> [GC] (nn. 65731/01 e 65900/01), 12 aprile 2006	69, 101
<i>Steel e Morris c. Regno Unito</i> (n. 68416/01), 15 febbraio 2005	126
<i>T. c. Regno Unito</i> [GC] (n. 24724/94), 16 dicembre 1999	110
<i>Thlimmenos c. Grecia</i> [GC] (n. 34369/97), 6 aprile 2000	39, 40
<i>Timishev c. Russia</i> (nn. 55762/00 e 55974/00), 13 dicembre 2005	113, 114, 133
<i>Turan Cakir c. Belgio</i> (n. 44256/06), 10 marzo 2009	90
<i>Ünal Tekeli c. Turchia</i> (n. 29865/96), 16 novembre 2004	97
<i>V. c. Regno Unito</i> [GC] (n. 24888/94), 16 dicembre 1999	110
<i>Van Kück c. Germania</i> (n. 35968/97), 12 giugno 2003	100
<i>Walker c. Regno Unito</i> (n. 37212/02), 22 agosto 2006	102
<i>Weller c. Ungheria</i> (n. 44399/05), 31 marzo 2009	31, 69, 126
<i>Willem c. Francia</i> (n. 10883/05), 16 luglio 2009	91
<i>Wintersberger c. Austria</i> (dec.) (n. 57448/00), 27 maggio 2003	46
<i>Zarb Adami c. Malta</i> (n. 17209/02), 20 giugno 2006	32, 68, 99
<i>Zeibek c. Grecia</i> (n. 46368/06), 9 luglio 2009	115

### Giurisprudenza del Comitato europeo per i diritti sociali

<i>Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) c. Bulgaria</i> (ricorso n. 41/2007), 3 giugno 2008	133
<i>SUD Travail Affaires Sociales c. Francia</i> (ricorso n. 24/2004), 8 novembre 2005	133

### Giurisprudenza del Comitato dei diritti umani

<i>Diergaardt e a. c. Namibia</i> , Comunicazione n. 760/1997, 6 settembre 2000	123
--	-----

### Giurisprudenza dei tribunali nazionali

<i>Austria</i> – Bezirksgericht Döbling, GZ 17 C 1597/05f-17, 23 gennaio 2006	81
---	----

<i>Austria</i> – Commissione per la parità di trattamento, Senato III .....	113
<i>Belgio</i> – Decisione del Correctionele Rechtbank van Antwerpen, 6 dicembre 2004 .....	82
<i>Bulgaria</i> – Decisione n. 164 relativa alla causa civile n. 2860/2006, Tribunale regionale di Sofia, 21 giugno 2006 .....	37
<i>Cipro</i> – Rif. A.K.I. 37/2008, Organismo per la parità di trattamento, 8 ottobre 2008 .....	40
<i>Finlandia</i> – Vaasan Hallinto-oikeus - 04/0253/3, Tribunale amministrativo di Vaasa .....	56
<i>Francia</i> – Boutheiller c. Ministère de l'éducation, sentenza n. 0500526-3, Tribunale amministrativo di Rouen, 24 giugno 2008 .....	40
<i>Francia</i> – Decisione n. M 08-88.017 e n. 2074, Corte di cassazione francese, Sala penale, 7 aprile 2009 .....	81
<i>Francia</i> – Lenormand c. Balenci, n. 08/00907, Corte d'appello di Nîmes, 6 novembre 2008 .....	81
<i>Regno Unito</i> – Amicus MSF Section, R (su domanda di) v. Secretary of State for Trade and Industry, Alta Corte del Regno Unito, 26 aprile 2004 .....	56
<i>Regno Unito</i> – Eweida c. British Airways plc, Corte d'appello del Regno Unito, 12 febbraio 2010 .....	142
<i>Regno Unito</i> – Islington Londra Borough Council c. Ladele (Liberty intervening), Corte d'appello del Regno Unito, 12 febbraio 2010 .....	120
<i>Regno Unito</i> – James c. Eastleigh Borough Council [1990] Camera dei Lord del Regno Unito 6, 14 giugno 1990 .....	29
<i>Regno Unito</i> – MacCulloch c. Imperial Chemical Industries plc, Corte d'appello del Regno Unito per il lavoro, 22 luglio 2008 .....	58
<i>Slovenia</i> – Difensore del principio di uguaglianza, decisione n. UEM-0921-1/2008-3, 28 agosto 2008 .....	141
<i>Svezia</i> – Escape Bar and Restaurant c. Mediatore per le discriminazioni fondate sull'origine etnica, causa T-2224-07, Corte suprema, 1° ottobre 2008 .....	81
<i>Svezia</i> – HomO, Dossier n. 262/06, 21 giugno 2006 .....	104

<i>Svezia</i> – Mediatore per le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale c. A. S., causa n. T-3562-06, Corte d'appello di Svea, 11 febbraio 2008 .....	36, 81
<i>Ungheria</i> – Autorità per la parità di trattamento, causa n. 72, aprile 2008 .....	81
<i>Ungheria</i> – Autorità per la parità di trattamento, decisione n. 654/2009, 20 dicembre 2009 .....	36





# Riferimenti normativi

## **Normativa internazionale**

Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità  
(13 dicembre 2006)

Dichiarazione delle Nazioni Unite dei diritti del fanciullo (20 novembre 1989)

Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura (10 dicembre 1984)

Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione  
nei confronti della donna (18 dicembre 1979)

Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione  
razziale (4 gennaio 1969)

Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (16 dicembre 1966)

Patto internazionale sui diritti civili e politici (16 dicembre 1966)

Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali  
(4 novembre 1950)

Dichiarazione universale dei diritti umani (10 dicembre 1948)

## **Normativa dell'Unione europea**

Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea (13 dicembre 2007)

Direttiva sulla parità di trattamento fra uomini e donne (rifusione) o direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione) (5 luglio 2006)

Direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di accesso ai beni e ai servizi o direttiva 2004/113/CE del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (13 dicembre 2004)

Carta dei diritti fondamentali o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (7 dicembre 2000)

Direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione o direttiva 2000/78/CE del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (27 novembre 2000)

Direttiva sull'uguaglianza razziale o direttiva 2000/43/CE del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (29 giugno 2000)

Dichiarazione del Consiglio relativa all'applicazione della raccomandazione della Commissione sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini nel mondo del lavoro, compreso il codice di condotta volto a combattere le molestie sessuali (19 dicembre 1991)

Raccomandazione della Commissione 92/131/CEE sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini sul lavoro (27 novembre 1991)

Direttiva sulla parità di trattamento tra uomini e donne in materia di sicurezza sociale o direttiva 79/7/CEE del Consiglio relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (19 dicembre 1978)

Direttiva sulla parità di trattamento nell'accesso al lavoro o direttiva 76/207/CEE del Consiglio 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 (9 febbraio 1976)

Trattato che istituisce la Comunità economica europea (25 marzo 1957)

## Materiali aggiuntivi disponibili su CD-Rom

- i. Direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- ii. Edel, *The Prohibition of Discrimination under the European Convention on Human Rights* [Il divieto di discriminare nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo], Human Rights Files, n. 22, 2010 [EN - FR]
- iii. Commissione europea, *Lottare contro la discriminazione - Manuale di formazione (2006)* [BG - CS - DE - EL - EN - ES - FR - HU - IT - PL - RO]
- iv. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice* [Interpretazione dinamica: le norme europee sulla non discriminazione nella pratica], Volume I [EN - FR], Volume II [EN - FR], Volume III [EN - FR], Volume IV [EN]
- v. European Network of Equality Bodies (Equinet), *Combating Discrimination in Goods and Services* [Lottare contro la discriminazione nell'accesso a beni e servizi] [EN - FR]
- vi. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), *The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union* [L'impatto della direttiva sull'uguaglianza razziale. Il punto di vista dei sindacati e dei datori di lavoro nell'Unione europea] 2010 [EN]
- vii. Casi di studio sugli articoli 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nonché l'articolo 1 del Protocollo 1 alla Convenzione [DE - EN - FR]
- viii. Sintesi in lingua ungherese di una selezione di casi della Corte europea dei diritti dell'uomo [HU]





# Fonti online

Fonti	Indirizzo Internet <sup>272</sup>
Consiglio d'Europa, sito Internet Educazione ai diritti umani per le professioni legali	<a href="http://www.coehelp.org/">www.coehelp.org/</a>
Equinet, <i>Dynamic Interpretation: European Anti-Discrimination Law in Practice</i> [Interpretazione dinamica: il diritto europeo della non discriminazione nella pratica], voll. I-IV	<a href="http://www.equineteurope.org/equinetpublications.html">www.equineteurope.org/equinetpublications.html</a>
Rete europea di esperti giuridici nel campo della non discriminazione, «New Report» [Nuova relazione]	<a href="http://www.non-discrimination.net/news">www.non-discrimination.net/news</a>
Grgić, Mataga, Longar and Vilfan, <i>The Right to Property under the ECHR</i> [Il diritto di proprietà nel quadro della CEDU], Manuali sui diritti umani, n. 10, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2123</a>
Protocollo n. 12 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (STCE n. 177), Relazione esplicativa, punto 22	<a href="http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm">http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/177.htm</a>
Kilkelly, <i>The Right to Respect for Private and Family Life</i> [Il diritto al rispetto della sfera privata e familiare], Manuali sui diritti umani, n. 1, 2001	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=1636</a>

272 Tutti i collegamenti ipertestuali sono stati visitati in data 10 marzo 2011.

Fonti	Indirizzo Internet <sup>272</sup>
Equinet, <i>Combating Discrimination in Goods and Services</i> [La lotta contro la discriminazione nel settore dei beni e dei servizi]	<a href="http://www.equineteurope.org/68.html">www.equineteurope.org/68.html</a>
Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity [Principi di Yogyakarta sull'applicazione del diritto internazionale in materia di diritti umani per quanto riguarda l'orientamento sessuale e l'identità di genere]	<a href="http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm">www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.htm</a>
Portale informativo della FRA	<a href="http://infoportal.fra.europa.eu">http://infoportal.fra.europa.eu</a>
Relazione della FRA <i>The Impact of the Racial Equality Directive. Views of Trade Unions and Employers in the European Union</i> [L'impatto della direttiva sull'uguaglianza razziale. Pareri dei sindacati e dei datori di lavoro nell'Unione europea]	<a href="http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm">http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/publications/publications_per_year/pub_racial_equal_directive_en.htm</a>
Caso di studio 15, Arrest, pre trial detention, ill treatment of Roma man [Arresto, detenzione prima del processo, maltrattamento di un rom]	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1">www.coehelp.org/course/view.php?id=18&amp;topic=1</a>
Murdoch, <i>Freedom of Thought, Conscience and Religion</i> [Libertà di pensiero, di coscienza e di religione], Manuali sui diritti umani, n. 2, 2007	<a href="http://www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122">www.coehelp.org/mod/resource/view.php?inpopup=true&amp;id=2122</a>
Consiglio d'Europa, Manuali sui diritti umani	<a href="http://www.coehelp.org/course/view.php?id=54">www.coehelp.org/course/view.php?id=54</a>
Lotta contro la discriminazione: Manuale di formazione	<a href="http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&amp;langId=it">http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=95&amp;langId=it</a>

272 Tutti i collegamenti ipertestuali sono stati visitati in data 10 marzo 2011.



## Nota sulle citazioni

La giurisprudenza di cui sopra fornisce ai lettori informazioni esaurienti che permettono di reperire il testo completo delle sentenze trattate. Ciò può risultare utile qualora il lettore desideri esaminare in modo più approfondito il ragionamento e l'analisi applicati dal tribunale per pervenire alla decisione.

La giurisprudenza cui si fa riferimento nella presente pubblicazione proviene in buona parte da cause esaminate dalla CG o dalla Cedu, e pertanto è ad esse che si riferisce il resto dell'analisi. Tecniche analoghe possono nondimeno essere usate qualora si faccia ricorso alle banche dati della giurisprudenza nazionale.

È possibile accedere alla giurisprudenza della Cedu tramite il portale HUDOC, che offre accesso gratuito alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: [www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/](http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/). Il portale HUDOC comprende un motore di ricerca di facile impiego che permette di reperire agevolmente la giurisprudenza desiderata. Il metodo più semplice per consultare una causa consiste nell'inserire il numero di domanda nel riquadro denominato «Application Number».

Per reperire la giurisprudenza della CG, il lettore può accedere al motore di ricerca CURIA, che offre accesso gratuito alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>. Il sito CURIA contiene un motore di ricerca di facile impiego che permette di reperire agevolmente la giurisprudenza desiderata. Il metodo più semplice per consultare una causa consiste nell'inserire il numero della causa nel riquadro denominato «N. di causa».

In alternativa, i due motori di ricerca indicati (o qualsiasi motore di ricerca utilizzato) permettono agli utenti di visualizzare i procedimenti in base alla data. Il reperimento della giurisprudenza ricercata mediante la visualizzazione per data della sentenza è facilitato dall'indicazione della data di tutte le cause cui si rimanda nel presente manuale.

Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali  
Corte europea dei diritti dell'uomo–Consiglio d'Europa

## **Manuale di diritto europeo della non discriminazione**

2011 — 162 pp. — 14,8 x 21 cm

ISBN 978-92-871-9989-8 (Consiglio d'Europa)

ISBN 978-92-9192-671-8 (FRA)

doi:10.2811/13599

Numerose informazioni sull'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali sono disponibili su Internet.

È possibile accedervi attraverso il sito Internet della FRA ([fra.europa.eu](http://fra.europa.eu))

Ulteriori informazioni sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sono disponibili sul sito web della Corte: [echr.coe.int](http://echr.coe.int). Il portale di ricerca HUDOC consente di accedere alle sentenze e decisioni in inglese e/o francese, le traduzioni in altre lingue, le note informative mensili sulla giurisprudenza, comunicati stampa e altre informazioni sul lavoro della Corte.

## **Come ottenere le pubblicazioni dell'Unione europea**

### **Pubblicazioni gratuite:**

- tramite EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- presso le rappresentanze o le delegazioni dell'Unione europea.  
Per ottenere indicazioni e prendere contatto collegarsi a <http://ec.europa.eu> o inviare un fax al numero +352 2929-42758.

### **Pubblicazioni a pagamento:**

- tramite EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

### **Abbonamenti a pagamento (ad esempio serie annuali della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, raccolte della giurisprudenza della Corte di giustizia):**

- tramite gli uffici vendita dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea ([http://publications.europa.eu/others/agents/index\\_it.htm](http://publications.europa.eu/others/agents/index_it.htm)).

## **Come ottenere le pubblicazioni del Consiglio d'Europa**

Consiglio d'Europa Pubblicazioni realizza prestazioni in tutti i settori di riferimento dell'Organizzazione, compreso i diritti umani, scienza giuridica, la salute, l'etica, gli affari sociali, l'ambiente, l'istruzione, la cultura, lo sport, la gioventù e il patrimonio architettonico. Libri e pubblicazioni elettroniche dal vasto catalogo possono essere ordinati online (<http://book.coe.int/>).

Una sala di lettura virtuale consente agli utenti di consultare gratuitamente estratti dalle principali opere appena pubblicate o i testi integrali di alcuni documenti ufficiali.

Informazioni su, così come il testo integrale, delle Convenzioni del Consiglio d'Europa sono disponibili sul sito web dell'Ufficio dei Trattati: <http://conventions.coe.int/>.

Il diritto europeo in materia di non discriminazione, costituito dalle direttive dell'UE contro la discriminazione e dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), in particolare l'articolo 14 e il protocollo n. 12, vieta le discriminazioni in tutta una serie di contesti e per tutta una serie di motivi. Il presente manuale passa in rassegna il diritto europeo in materia di non discriminazione derivante da queste due fonti quali sistemi complementari, attingendo a entrambi in modo intercambiabile, quando si sovrappongono, ed evidenziando le differenze dove esistono. A fronte della vasta giurisprudenza prodotta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di non discriminazione, è parso opportuno presentare, in una forma accessibile, un manuale corredato di CD-Rom rivolto agli operatori del diritto, vale a dire giudici, procuratori, avvocati e agenti delle forze di polizia dell'Unione europea, degli Stati membri del Consiglio d'Europa e di altri paesi.

---

#### **AGENZIA DELL'UNIONE EUROPEA PER I DIRITTI FONDAMENTALI**

Schwarzenbergplatz 11 - 1040 Vienna - Austria  
Tel. +43 (1) 580 30-60 - Fax +43 (1) 580 30-693  
fra.europa.eu - info@fra.europa.eu

#### **CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO CONSIGLIO D'EUROPA**

67075 Strasburgo Cedex - Francia  
Tel. +33 (0) 3 88 41 20 18 - Fax +33 (0) 3 88 41 27 30  
echr.coe.int - publishing@echr.coe.int



Ufficio delle pubblicazioni

ISBN 978-92-871-9989-8  
ISBN 978-92-9192-671-8



9 789291 926718