

Il silenzio è d'oro: la Corte di giustizia dell'Unione europea precisa l'applicazione della direttiva n. 2000/78 sulle discriminazioni in base all'orientamento sessuale

di Eleonora Ceccherini

Title: "It is wisest to say nothing": the EU Court of Justice specifies the application of the directive 2000/78 against the discrimination on the ground of sexual orientation

Keywords: Sexual orientation; Employment access; Discrimination expression.

1. – La Corte di giustizia-Grande sezione con la sentenza del 23 aprile 2020 (causa C-507/18, *NH vs. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI-Rete Lenford*) a seguito di un rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione italiana con ordinanza 2 agosto 2018 ha modo di precisare l'applicazione della direttiva n. 2000/78/CE del Consiglio sulla Parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro (Cfr., in generale: C. Chacartegui Javega, *La direttiva 2000/78/CE e il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel diritto comunitario*, in N. Fabeni, M.G. Toniollo, *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, 54 ss.; C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Firenze, 2008, 193 ss.). Il contenzioso nasce a seguito di un'intervista radiofonica, all'interno del programma "La zanzara", in cui un noto avvocato italiano dichiara che non avrebbe mai consentito l'assunzione e non si sarebbe mai avvalso della collaborazione di una persona omosessuale nel proprio studio legale. Sulla scorta di queste affermazioni, la Rete Lenford, un'associazione di avvocati che presta la sua opera per difendere in giudizio le persone LGBTI, ha ritenuto di citare in giudizio il legale, sostenendo la violazione del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, adottato in attuazione della direttiva n. 2000/78.

La controversia ha esito favorevole all'associazione davanti al Tribunale di Bergamo (sulla vicenda cfr. F. Rizzi, *Tre lezioni dal caso Taormina: il ruolo della società civile come strumento di empowerment dei soggetti discriminati*, in www.articolo29.it/2014/lezioni-dal-caso-taormina-ruolo-societa-civile-come-strumento-empowerment-dei-soggetti-discriminati/) che condanna l'avvocato al versamento di 10.000 euro per risarcimento del danno e alla pubblicazione dell'ordinanza per estratto in un quotidiano nazionale, verdetto che poi viene confermato dalla Corte d'Appello di Brescia. Il soccombente decide poi di proporre ricorso avverso a questa sentenza in Corte di Cassazione, la quale opta per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

Due sono rilievi posti in luce dalla Suprema Corte nell'ordinanza di rinvio: il primo riguarda l'ambito applicativo della direttiva, in quanto le dichiarazioni censurate potevano situarsi in un ambito diverso da quello tutelato dalla normativa europea relativa alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro (...), non essendo state

rese in costanza di una procedura selettiva del personale; il secondo oggetto di rinvio concerne la legittimazione processuale dell'Associazione Lenford, ritenuta ente esponenziale degli interessi della comunità LGBTI ma al contempo un gruppo di professionisti agente a scopo di lucro. he agiva non a difesa di un singolo danneggiato.

Il dispositivo della sentenza indica come le discriminazioni possano materializzarsi anche con sole espressioni omofobiche rese da chi svolge delle funzioni tali da escludere nelle proprie attività di reclutamento persone omosessuali; inoltre, statuisce che un'associazione, che si adopera per la tutela dei diritti di determinate categorie di persone, può costituirsi in giudizio per richiedere il risarcimento dei danni anche quando non sia individuato un soggetto leso.

2. – I giudici di Lussemburgo affrontano il primo tema, prendendo le mosse dall'ordinanza della Corte di Cassazione in cui si prefigura l'ipotesi che l'avvocato abbia solo reso manifesto il proprio intendimento in via generale, senza porre in essere una discriminazione in ambito lavorativo poiché non erano aperte procedure selettive nel proprio studio legale.

Il tema assume una certa rilevanza in quanto il giudice di rinvio sarebbe indotto a ritenere che le affermazioni del ricorrente siano riconducibili alla libera manifestazione del pensiero e perciò non censurabili in base alla direttiva *de qua*. Tale orientamento, tuttavia, non sarebbe condiviso prima dall'Avvocato generale, Eleanor Sharpston, poi dalla Corte di giustizia dell'U.E.

Quest'ultimo, infatti, snoda il suo ragionamento partendo dall'esegesi della normativa di riferimento: sia la normativa eurounitaria che quella nazionale statuiscono il divieto di discriminazione sulla base della razza, sesso, handicap, religione, età e orientamento sessuale nell'instaurazione, esecuzione o conclusione del rapporto di lavoro.

4378

In base ai considerando della direttiva, l'intervento riguarda la parità di trattamento dei lavoratori e delle lavoratrici al fine di promuovere l'occupazione, ritenuta necessaria per garantire il miglioramento della qualità della vita. A questi fini, sarebbe legittimo quindi imporre delle limitazioni alla libertà di impresa ma queste non potrebbero espandersi alla libertà di espressione. Il dubbio prefigurato dalla Suprema Corte è dunque che la condotta dell'avvocato, sebbene caratterizzata da venature omofobiche, sarebbe riconducibile nell'alveo della libertà di manifestazione del pensiero e pertanto non potrebbe essere censurata sulla base della direttiva e della normativa nazionale di recepimento.

In merito a questo punto, i giudici di Lussemburgo, *in primis*, precisano che la formula linguistica: «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro» evocato dall'art. 3, par. 1, lett. a) della direttiva europea non sono determinabili dai singoli Stati membri e pertanto si rinviene la necessità che vi sia una interpretazione uniforme in tutto il territorio dell'Unione europea (punto 31 della sentenza).

Una volta rivendicata la competenza esclusiva in tale ambito, il passaggio successivo è dettato dall'analisi degli obiettivi della direttiva, la quale sarebbe un atto di stretta applicazione per il conseguimento degli obiettivi del Trattato sul funzionamento europeo. La normativa antidiscriminatoria, infatti, adottata sulla scorta dell'art. 13 del TFUE, sarebbe lo strumento normativo con il quale si vorrebbe raggiungere un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, migliorare gli standard di vita dei cittadini, la coesione sociale ed economica e implementare la solidarietà e la libera circolazione delle persone (punto 37 della sentenza).

La sommità dei principi che sarebbero soddisfatti dall'applicazione giustificerebbero un'interpretazione estensiva della direttiva e in questo modo la Corte pone le basi per il suo ragionamento.

Utilizzando come precedente il caso *Asociatia Accept* (sentenza 25 aprile 2013, *Asociatia Accept*, C-81-12), viene ribadito che le dichiarazioni pubbliche che danno conto degli orientamenti nelle politiche di assunzione di una determinata impresa, a prescindere dalle modalità di reclutamento, rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva.

Il precedente utilizzato riguardava le dichiarazioni di un'azionista di una squadra di calcio che erano state pronunciate mentre la società calcistica stava perfezionando la procedura di acquisto di un giocatore, che si vociferava fosse omosessuale. Poiché poi il contratto non si era perfezionato, qui il nesso fra le esternazioni, sia pure da parte di una persona non incaricata di svolgere le trattative e la mancata assunzione era parso diretto e concreto.

In questo caso, invece, il convenuto aveva più volte ribadito nei vari gradi di processo che non sussisteva alcuna procedura aperta per la selezione del personale ma cionondimeno, la Corte ha ritenuto che ciò non dovesse essere dirimente nella decisione del caso, in quanto sarebbe stato sufficiente stabilire se le parole espresse pubblicamente indicassero una politica aziendale in materia di assunzioni.

L'onere di qualificare le dichiarazioni come indicative di linee guida nella procedura di reclutamento del personale spetta alle autorità nazionali, alle quali la sentenza offre una sorta di griglia di valutazione. In questa prospettiva, la Corte passa dalla valutazione di condizioni – per così dire – oggettive come la verifica dello *status* dell'autore delle dichiarazioni e dalla posizione ricoperta nell'azienda ad altre di tipo soggettivo, riguardanti la considerazione che gli possa essere tributata in generale o nell'ambiente interessato, anche se ufficialmente non disponga della capacità giuridica di poter procedere alle assunzioni; infine, è qualificante se le dichiarazioni siano state rese in pubblico o privato e che tipo di diffusione abbiano avuto.

Qui la Corte offre il destro per dilatare il campo applicativo della direttiva, ritenendo che sia sufficiente la "rilevanza" della persona in un contesto per far sì che le sue parole assumano le caratteristiche di "atto aziendale". A sostegno di questa ipotesi, la Corte – mutuando le conclusioni della Avvocato generale – evidenzia come la percezione nell'auditorio che vi sia una precisa volontà di escludere le persone omosessuali dallo staff dello studio legale indurrebbe i potenziali candidati ad autoescludersi, rinunciando quindi a qualsiasi manifestazione di interesse nell'occupare quella posizione lavorativa. L'atto sarebbe quindi discriminatorio perché idoneo a scoraggiare i candidati nella presentazione di una candidatura, precludendo loro un'opportunità di lavoro.

Ci si avvale quindi di una nozione di accesso molto ampia e che riecheggia quanto affermato dal parere dell'Avvocato generale che riprende la giurisprudenza pregressa, indicando come nei casi di discriminazione in base al sesso, si sia stabilito che nell'accesso rientrano «i fattori che influenzano la decisione di una persona di accettare o meno un'offerta di lavoro» (punto 46 della sentenza, mentre il precedente citato è la sentenza 13 luglio 1995, *Meyers*, C-116/94 in particolare punto 22).

Le dichiarazioni incriminate avrebbero la capacità di escludere l'entrata delle persone nel mercato del lavoro, le quali, consapevoli degli orientamenti aziendali, possono reputare che la loro condizione possa essere già motivo di esclusione. Per questo la Corte sottolinea come ciò si concretizzi in una discriminazione diretta, sanzionata dall'art. 3 par. 1 lett. a) della direttiva 2000/78.

La Corte evidenzia quindi una sorta di *continuum* fra le critiche irragionevoli dell'avvocato e i comportamenti che potrebbero turbare l'incontro fra la domanda e l'offerta sul mercato del lavoro, inibendo i potenziali aspiranti. Si tratta di una nuova versione del lemma: pensiero e azione, in cui il primo non darebbe adito a comportamenti conferenti con il contenuto del messaggio da parte dei potenziali datori di lavoro ma innescherebbe una condotta autoselettiva da parte di coloro che subiscono i commenti poco onorevoli.

3. – L'altro profilo oggetto dell'indagine giurisdizionale è che era stata portata all'attenzione nell'ordinanza del rinvio riguarda l'eventuale violazione dell'art. 11 della Carta dei diritti relativa alla libertà di manifestazione del pensiero.

Sia la Corte di Cassazione che l'avvocato, nei diversi gradi di giudizio, hanno prefigurato che le dichiarazioni rese potessero rientrare nella libertà di espressione, tutelata dall'art. 11 della Carta dei diritti. Tale orientamento è respinto con forza sia dalla Avvocato generale che dal collegio giudicante, i quali sostengono che la libertà de qua non sia un diritto assoluto ma possa essere oggetto di limitazione, purché tali limiti siano introdotti da una legge, rispondano al criterio di proporzionalità e sia preservato il contenuto essenziale del diritto.

Il Tribunale di Lussemburgo nel definire questi criteri non fa altro che riprendere quanto disposto dall'art. 52 della Carta di Nizza e indica che tutti e tre gli elementi della clausola limitativa sono stati rispettati.

Il punto merita proporre delle chiose: *nulla quaestio* sul primo elemento del test, in quanto la riserva di legge è assoluta dalla previsione della direttiva, qualche riflessione può emergere invece rispetto al contenuto essenziale e al principio di proporzionalità. Infatti, la Corte si appresta a dichiarare che questi due elementi sarebbero assolti in quanto le restrizioni opererebbero soltanto laddove le esternazioni ostacolano l'accesso al mercato del lavoro.

In questo passaggio, forse la Corte è meno attenta e finisce per sovrapporre proporzionalità e contenuto essenziale considerate quindi come un'endiadi ed entrambi riconducibili alla finalità della normativa dell'Unione che è quella di garantire parità di accesso al lavoro. L'opportunità lavorativa verrebbe meno qualora le dichiarazioni fossero espresse da chi possa avere un collegamento con l'azienda, che procederebbe a un futuro e potenziale reclutamento.

Per escludere l'effetto discriminatorio, la Corte impone al giudice di valutare il caso concreto nel quale si calano le dichiarazioni (R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 35 ss.; T.A. Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in *Yale L. Journ.*, 5, 1987, 943 ss.).

Il delicato ruolo che viene assegnato al giudice ha il pregio di non far cadere sotto la scure della direttiva tutte le forme espressive ma limitarsi a quelle che potrebbero produrre effetti inibenti nei potenziali candidati a una selezione per una posizione. La Corte, infatti, sembra assumere un atteggiamento prudentiale consapevole del terreno scivoloso nel quale si muove quando intenda immettere delle limitazioni alla libertà di espressione.

4. – Il secondo quesito sollevato dall'ordinanza di rinvio riguarda la legittimazione processuale della Rete Lenford a ricorrere in sede civile contro le parole dell'avvocato pronunciate in una trasmissione radiofonica.

L'art. 9 della direttiva 2000/78 dispone l'obbligo per gli stati di introdurre dei meccanismi affinché le vittime di discriminazione possano disporre di un ricorso effettivo. Questa legittimazione ad agire si estende anche alle associazioni che possano vantare un interesse legittimo e che possano ricorrere a sostegno o per conto della persona lesa.

Già in merito a questo primo punto, la Corte precisa che quest'ultimo elemento non può escludere che vi possa essere un ricorso anche in assenza dell'identificazione della persona che ha subito la discriminazione, altrimenti sarebbe vanificato l'obiettivo della piena inclusione dei cittadini dell'U.E. alla vita economica, sociale e culturale.

Pertanto, anche in questo caso, il collegio tende a dilatare i margini applicativi della direttiva, peraltro, in ossequio a una giurisprudenza espressa dal caso *Asociatia Accept* (v. supra). Il Tribunale di Lussemburgo ha statuito che l'art. 8 della direttiva in oggetto legittima l'azione degli stati membri che abbiano introdotto discipline che

garantiscono un livello di protezione più ampio rispetto alla direttiva stessa, pertanto, non viene preclusa l'ipotesi che i singoli ordinamenti consentano la costituzione in giudizio di enti o associazioni, anche in assenza di una parte lesa individuata.

Ora l'art. 5 dlgs. n. 216 del 2003, oltre a consentire a organizzazioni sindacali, associazioni e rappresentative del diritto o dell'interesse leso di agire *sub delega* a sostegno o per conto del soggetto leso, altresì al c. 2 indica come gli stessi possano agire in casi di discriminazione collettiva se non fosse possibile individuare in modo diretto e immediato le persone oggetto della discriminazione.

La formula linguistica sembra chiara ma rilevano almeno due elementi secondo il giudice del rinvio. In primo luogo, rimane incerta l'individuazione degli enti che possono vantare la legittimazione ad agire. Non sussistono, infatti, albi o registri e quindi il titolo legittimante può essere evinto solo dallo statuto societario da cui dovrebbe sussumersi - senza ombra di dubbio - che la condotta eccepita incida sullo scopo istituzionale dell'associazione.

Venendo al caso concreto, lo statuto dell'associazione Lenford, da una parte indica come fine quello di promuovere il rispetto nei confronti delle persone LGBTI, dall'altra quello di fornire servizi legali ai propri assistiti. Si profila, quindi, un sistema bicefalo: associazione di tutela dei diritti e rete di professionisti.

Sia la Corte che l'Avvocato generale rimandano ai giudici interni l'onere di accertare la legittimità del *locus standi* dell'associazione e la loro attitudine a difendere interessi adespoti, rispettando il principio di effettività (il sistema nazionale non deve prevedere meccanismi ostacolanti l'applicazione del diritto dell'Unione) e di equivalenza (la norma oggetto della controversia si applica sia alle cause fondate sulla violazione del diritto dell'Unione che quello nazionale) e se agiscono per fini coerenti con le finalità dell'Unione.

In questa prospettiva, il Tribunale afferma la piena coerenza della normativa nazionale con quella eurounitaria, demandando agli organi giurisdizionali l'incombenza di "certificare" le associazioni titolari della legittimazione ad agire in giudizio. Non rileva neppure che l'associazione agisca per scopo di lucro, in quanto questa qualificazione non preclude per la normativa italiana la costituzione in giudizio.

Il contenuto della legislazione di recepimento della direttiva non esclude neppure che suddette associazioni possano proporre azioni risarcitorie, visto che la direttiva (art. 17) *expressis verbis* indica proprio l'azione risarcitoria come una delle sanzioni possibili, che comunque, debbano essere effettive, proporzionate e dissuasive.

5. – I giudici dell'Unione europea colgono l'occasione con questo rinvio pregiudiziale per precisare ancora una volta le misure adottate a contrasto della discriminazione (F. Buffa, *L'avvocato omofobo*, in *Questione giustizia*, 15 maggio 2020). La stella polare dell'interpretazione della direttiva 2000/78 è quella teleologica. Sussiste una palese esortazione ai giudici affinché operino in modo da raggiungere gli obiettivi prefissati dalla normativa europea. In particolare, vengono ricondotte, nell'ambito applicativo, condotte il cui nesso con l'accesso al lavoro è rarefatto, richiamandosi a una sorta di *environment* che si creerebbe e che spingerebbe le persone LGBTI a rinunciare a un'opportunità lavorativa proprio perché allertati da una serie di manifestazioni del pensiero omofobiche (P. Quinn, *The Problem of Stigmatizing Expressions: The Limits of Anti-discrimination Approaches*, in *Int'l Journ. of Discrimination and the Law*, 17, 1, 2017, 23 ss.). L'operare della Corte, seppur spinto dalle più alte intenzioni, difetta in parte di limpidezza e non è in grado di individuare un nesso di causalità diretta fra le espressioni dell'avvocato e l'ingresso delle persone omosessuali nel mondo del lavoro.

D'altra parte, è possibile affermare che sussista un preciso e consolidato orientamento della Corte in tal senso. Oltre al precedente *Asociatia Accept*, ampiamente citato nella sentenza, è da ricordare anche il caso *Feryn* (Sentenza CGUE 10 luglio 2008,

C-54/07) evocato dal parere dell'Avvocato dello Stato, in cui sono state ritenute discriminatorie le esternazioni di un imprenditore belga che indicavano il suo intendimento di non procedere all'assunzione di lavoratori di origine straniera

Nel ricostruire il suo percorso argomentativo, l'organo giurisdizionale non esita a incidere, per ridimensionarla, la libertà di espressione, optando per un'esegesi estensiva della normativa anti-discriminatoria dell'Unione a detrimento della libertà di manifestazione del pensiero.

La lotta alle discriminazioni è stato infatti uno degli ambiti che, fin dall'inizio del processo di integrazione sovranazionale, ha dato vita a copiosi e interessanti sviluppi normativi e giurisprudenziali. Peraltro, il processo di costruzione è stato anche implementato dalle discipline nazionali contribuendo quindi alla vertebrazione delle tradizioni costituzionali comuni. Inoltre, non è da sottovalutare che in Europa emerge in maniera minore la deferenza verso la libertà di espressione rispetto a quanto invece è avvenuto negli Stati Uniti, dove il Primo emendamento ha sempre goduto di una posizione di privilegio, sottraendosi spesso al bilanciamento nell'intento di creare e mantenere un "*freemarket of ideas*". D'altro canto, è al contempo evidente come nei paesi di cultura occidentale (compresi finanche gli Stati Uniti), la *freedom of expression* sia vieppiù soggetta a restrizioni (C. Fried, *A New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty*, in *U. Chi. L. Rev.*, 59, 2, 1992, 225 ss.); non possono sfuggire, infatti, le elucubrazioni che sorgono in merito ai discorsi d'odio o anche al negazionismo. Da più parti, infatti, vengono approvate normative tese a moderare i contenuti delle proprie manifestazioni espressive, soprattutto se indirizzate a dileggiare o disprezzare determinate categorie di persone (I. Spigno, *Discorsi d'odio*, Milano, 2018, 28 ss.; F. J. Ansuátegui Roig, *Libertà di espressione, discorsi d'odio, soggetti vulnerabili: paradigmi e nuove frontiere*, in *Ars interpretandi*, 1, 2017, 29 ss.).