
GIURISPRUDENZA RASSEGNA

MARINA NIGOLosi

Ricercatore dell'Università di Palermo

LE DISCRIMINAZIONI PER ORIENTAMENTO SESSUALE: OSSERVAZIONI A MARGINE DELLA SENTENZA *MARUKO*

SOMMARIO: 1. La sentenza *Maruko* e il rinvio pregiudiziale. – 2. Le discriminazioni nei confronti delle minoranze sessuali nella giurisprudenza comunitaria: dal caso *P.* al caso *K.B.* – 3. L'orientamento sessuale come fattore di discriminazione: dal caso *K.B.* al caso *Maruko*. – 4. L'orientamento sessuale come fattore di discriminazione nella direttiva 2000/78/CE. – 5. L'impossibilità di contrarre matrimonio, a causa dell'orientamento sessuale, e la sostanziale equiparazione tra matrimonio e unione solidale quale presupposto per il riconoscimento di un trattamento discriminatorio. – 6. I regimi obbligatori di categoria e la nozione di retribuzione ai sensi della direttiva 2000/78/CE: il ventiduesimo *considerando*.

1. – A più di dieci anni di distanza dalla sentenza *P. c. S.* ⁽¹⁾, il caso *Maruko* ⁽²⁾ rappresenta la prima occasione in cui la Corte di Giustizia applica il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, contenuto formalmente nella direttiva n. 2000/78 ⁽³⁾, ad una fattispecie di unione omosessuale.

Sono ormai numerosi, infatti, gli ordinamenti giuridici europei che hanno adottato regolamentazioni specifiche per disciplinare la convivenza tra persone dello stesso sesso ⁽⁴⁾. Una legge sulle « unioni civili » tra

⁽¹⁾ Corte giust. CE 30 aprile 1996 C-13/94, in *Racc.*, pag. 2143.

⁽²⁾ Corte giust. CE 1 aprile 2008 C-267/06, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, pag. 506, con nota di A. GUARISO, *Le coppie dello stesso sesso nella previdenza integrativa: la Corte Ce vieta le discriminazioni « a metà »* e in *Comm. Mar. Law Rev.*, 2009, pag. 723 e segg., con nota di C. TOBLER, K. WALDIJK.

⁽³⁾ Sulla giurisprudenza comunitaria emessa dal 1996 ad oggi che ha concorso a « definire la portata e i relativi limiti al funzionamento dei divieti di discriminazione in base all'orientamento sessuale dopo averne concorso a definirne il significato, anche se in via incidentale », L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2008, pag. 171 e segg., spec. pag. 176.

⁽⁴⁾ S. MELIS, *Il regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Rass. Parl.*, 2005, pag. 267 e segg. Sia pure nella profonda diversità delle soluzioni adottate nei vari Paesi europei (Danimarca, Svezia, Germania, Olanda, Belgio, Francia, Spagna, Portogallo; il Regno Unito

omosessuali è stata introdotta anche in Germania, dove è sorta la controversia *Maruko* (5). Il Lebenspartnerschaftsgesetz (legge sulle unioni civili registrate, d'ora in poi LPartG) ha creato, per le persone dello stesso sesso, un istituto di diritto di famiglia affine al matrimonio. La richiesta di regolarizzazione di un'unione duratura tra partner dello stesso sesso può essere avanzata all'ufficiale dello stato civile sulla base di una manifestazione di volontà di costituire una comunione per la durata della vita (art. 1, n. 1). L'ufficiale è tenuto a registrare ed attuare tale richiesta, purché almeno uno dei due partner possieda la cittadinanza tedesca. La registrazione concede la possibilità di ottenere lo stesso cognome del partner, nonché il riconoscimento dei diritti al mantenimento (che persistono anche dopo lo scioglimento dell'unione) (6), i diritti di successione, di assi-

era in attesa dell'approvazione di un disegno di legge presentato dal partito laburista di Tony Blair per il riconoscimento delle coppie omosessuali), i dati segnalano una crescente sensibilità verso le minoranze sessuali, che si sta diffondendo anche nei Paesi extraeuropei. Il fenomeno giuridico è stato condizionato non soltanto dal mutamento dei valori morali ma, piuttosto, dalla pressione esercitata nei confronti dell'opinione pubblica dalle associazioni omosessuali per il riconoscimento degli stessi diritti delle coppie eterosessuali, compresa la possibilità di contrarre matrimonio. In proposito va segnalata l'opportuna distinzione che sia l'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sia l'art. 12 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali consacrano tra il diritto di sposarsi ed il diritto di costituire una famiglia. Sul percorso che ha favorito una maggiore sensibilità nei confronti dei diritti delle persone gay, lesbiche e bisessuali, M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, pag. 775 e segg., nonché E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle esperienze costituzionali straniere*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2001, pag. 39 e segg. In generale, sul tema dell'omosessualità, V.M. PALMIERI, voce *Omosessualità*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, pag. 909 e segg.; sul tema del transessualismo, P. STANZIONE, voce *Transessualità*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, pag. 874 e segg., nonché P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, XXXI, Roma, 1994.

(5) BGBl I S.266 del 16 febbraio 2001 sulla cui legittimità costituzionale si è espressa la Corte Costituzionale federale tedesca che ha negato, con sentenza del 18 luglio 2001, il contrasto con l'art. 6 della Costituzione federale il cui primo comma stabilisce che « il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale ». In proposito v., in dottrina, le considerazioni di J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della corte costituzionale tedesca*, in *Familia*, 2003, pag. 503 e segg. La legge è stata successivamente modificata dalla legge di revisione della normativa sulle unioni civili (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts) del 15 dicembre 2004.

(6) Nel corso dell'unione i partner sono tenuti a prestarsi reciprocamente aiuto e assistenza (art. 2); essi devono contribuire alle necessità comuni e, per ciò che attiene agli obblighi alimentari, si estendono le norme che il codice civile riserva ai coniugi (art. 5); al pari dei coniugi, i partner sono sottoposti allo stesso regime patrimoniale della comunione dei beni, anche se possono convenirne uno diverso (art. 6); ogni membro è considerato parte della famiglia dell'altro (art. 11); analogamente a quanto disposto dal codice civile per i coniugi, in caso di separazione, oltre alla persistenza dell'obbligo di mantenimento (art. 16), si procede ad una ripartizione compensativa dei diritti pensionistici (art. 20).

stenza sanitaria, di custodia sui figli del partner. Non è invece consentita l'adozione (7).

Il sig. Maruko ed il suo partner dello stesso sesso contraevano nel 2001 una unione registrata ai sensi del LPartG. Il partner di unione solidale del sig. Maruko era costumista teatrale, ed era assicurato presso la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi, d'ora in poi Vddb). A seguito della morte di costui, il sig. Maruko presentava richiesta presso la Vddb per ottenere il beneficio di una pensione di vedovo. La Vddb respingeva la domanda sostenendo che il beneficio richiesto veniva riservato dallo statuto ai soli coniugi superstiti e non anche ai partner di unioni solidali superstiti. Il sig. Maruko si rivolgeva allora al Bayerisches Verwaltungsgericht di Monaco di Baviera, sostenendo che il diniego opposto dalla Vddb violava il principio di parità di trattamento, dal momento che il legislatore tedesco, nel modificare il codice di previdenza sociale, aveva realizzato una totale parificazione tra l'unione solidale e il matrimonio (8). Il Tribunale riconosceva come gli artt. 32 e 34 dello statuto del Vddb presupponessero in effetti l'esistenza di un rapporto matrimoniale tra richiedente e assicurato e che i termini « vedovo », « vedova », « marito », « moglie » non potessero subire un'interpretazione estensiva, atteso che l'istituto dell'unione civile registrata è riservato proprio a coloro che non possono contrarre matrimonio. Il giudicante, tuttavia, ammetteva che nella causa principale l'assicurato e il ricorrente non avrebbero mai potuto beneficiare di una prestazione ai superstiti, giacché a causa del loro orientamento sessuale essi non avrebbero mai potuto contrarre matrimonio, che è condizione cui il regime previdenziale gestito dalla Vddb subordina la prestazione in contestazione. Ritenendo, dunque, che la questione potesse essere risolta solo alla luce delle norme comunitarie, il Bayerisches sospendeva il procedimento e sottoponeva alla Corte una serie di questioni pregiudiziali. Con la sentenza *Maruko* la Corte accoglie il ricorso e riconosce come a seguito dell'evoluzione della legislazione nazionale tedesca, che ha realizzato una « equiparazione progressiva » tra matrimonio e unione soli-

(7) Sulla possibilità di realizzare per via interpretativa una piena equiparazione tra matrimonio ed unione registrata ai sensi della normativa tedesca si è espressa negativamente anche la Corte di Giustizia europea nel noto caso *D. e Regno di Svezia c. Consiglio* (Corte giust. CE, 31 maggio 2001, C-122/99 e 125/99, in *Racc.*, 2001, pag. 4319), in cui è stata respinta la richiesta di un funzionario del Consiglio dell'UE di ottenere per il proprio partner gli stessi benefici previsti in Belgio per i « funzionari coniugati ». Secondo la Corte, infatti, con il termine « matrimonio » si fa riferimento all'unione tra due persone di sesso diverso. E il fatto che in un numero limitato di Stati membri l'unione registrata venga equiparata al matrimonio non autorizza a ricomprendere in via interpretativa ed automatica nella nozione di « funzionario coniugato » persone soggette ad un regime giuridico diverso dal matrimonio.

(8) Art. 46, n. 4, codice di previdenza sociale.

dale, una normativa che riservi la pensione ai superstiti ai soli coniugi superstiti, e non ai partner di unione solidale superstiti, realizzi una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 (punti 67-73).

Come rilevato dallo stesso Avv. Generale nelle conclusioni del 6 settembre 2007, la controversia *Maruko* va inquadrata « nel lungo processo di accettazione dell'omosessualità come tappa indispensabile per conseguire l'uguaglianza e il rispetto di tutti gli esseri umani »⁽⁹⁾.

La soluzione offerta dalla Corte, pertanto, assume un indiscusso valore giuridico.

La portata dirompente della decisione tuttavia è più apparente che reale. Essa infatti costituisce la logica evoluzione di concetti già esposti nella giurisprudenza precedente, che la Corte ha potuto svolgere a seguito del parallelo sviluppo della normativa comunitaria antidiscriminatoria.

2. – Come si accennava, il percorso per il riconoscimento della parità di trattamento delle minoranze sessuali ha preso le mosse nel 1996 con il noto caso *P. c. S.*⁽¹⁰⁾. Lì la Corte di Giustizia si occupava, per la prima volta, del licenziamento di un lavoratore britannico che si era sottoposto ad un intervento di cambiamento di sesso. La situazione non era contemplata nel Sex Discrimination Act del 1975, applicabile nell'ordinamento inglese alle sole fattispecie in cui una donna o un uomo sono trattati in modo diverso in ragione dell'appartenenza a uno dei due sessi. In base ad un'interpretazione piuttosto ampia della nozione di discriminazione fondata sul sesso di cui alla direttiva n. 76/207, la Corte vi ricollegò anche il trattamento sfavorevole basato « essenzialmente, se non esclusivamente sul sesso di una persona », compreso quello che trovi origine nel mutamento di sesso dell'interessata⁽¹¹⁾. La direttiva n. 76/207, infatti, implica « l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso » ed è « l'espressione, nella materia conside-

⁽⁹⁾ Concl. Avv. Generale, 6 settembre 2007, I.

⁽¹⁰⁾ Corte giust. CE 30 aprile 1996, cit., su cui L. CALAFÀ - A. RIVARA, *La sentenza P: una nuova frontiera dell'eguaglianza?*, in *Lav. Dir.*, 1996, pag. 579 e segg., e M.V. BALLESTRERO, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, in *Ragion Pratica*, 1996, pag. 269. Il caso *P* costituisce il « punto di avvio dell'intera vicenda della definizione giurisprudenziale dell'identità di genere e/o sessuale delle persone: la dir. n. 2006/54, di recente approvazione, ne rappresenta – per converso – il punto di arrivo di natura legislativa, fortemente condizionato dalla pregressa esperienza giudiziale ». Così L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 177. Più recentemente, sulla discriminazione ai danni di un lavoratore a causa del cambiamento di sesso, Corte giust. CE 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 765, con nota di L. PANAIOTTI, *Il diritto antidiscriminatorio di genere al vaglio della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*.

⁽¹¹⁾ Corte giust. CE 30 aprile 1996 C-13/94, cit., punto 21.

rata, del principio di uguaglianza, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario »⁽¹²⁾.

Per opinione diffusa in dottrina la sentenza *P. c. S.* poteva rappresentare un importante punto di partenza per una interpretazione della nozione di discriminazione sessuale il più ampio possibile, tale da abbracciare tutti gli altri casi di disparità di trattamento sfuggenti alla più tradizionale dicotomia uomo/donna⁽¹³⁾.

Il percorso in questione ha però subito un'imprevista battuta d'arresto⁽¹⁴⁾ con l'altrettanto noto caso *Grant*⁽¹⁵⁾ in cui, a pochi anni di distanza dal caso *P. c. S.*, la Corte di Giustizia ha affrontato la compatibilità con l'art. 141 CE del regolamento aziendale di una compagnia ferroviaria britannica che riconosceva alcuni vantaggi salariali ai dipendenti sposati o conviventi con persone di sesso diverso, ad esclusione, pertanto, delle coppie omosessuali. Il diniego opposto alla sig.ra Grant veniva collegato alla mancanza dei requisiti prescritti dall'anzidetta normativa, e cioè l'esistenza di un coniuge o di una relazione significativa con una persona di sesso opposto da almeno un biennio. Tale requisito sarebbe stato applicato a prescindere dal sesso dell'interessato, ed il beneficio in contestazione sarebbe stato negato al lavoratore di sesso maschile convivente con uomo, come viene negato ad una dipendente femminile che convive con una persona dello stesso sesso. Con sentenza del 17 febbraio 1998, la Corte ha negato, pertanto, che nell'ambito di applicazione dell'art. 141 CE potessero rientrare i diritti delle coppie omosessuali, da non potersi equiparare a quelli delle coppie sposate: veniva in altri termini respinta la tesi secondo la quale l'art. 141 CE vieterebbe sia la discriminazione sulla base del sesso sia quella basata sull'orientamento sessuale. Ad avviso della Corte, invero, la fattispecie costituiva ipotesi di

⁽¹²⁾ Corte giust. CE 30 aprile 1996 C-13/94, cit., punti 17-18. Secondo L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 185, per la prima volta nel 1996 « dietro il riduttivo campo di applicazione della dir. n. 76/207 ... si iniziava a discutere di portata generale del principio d'eguaglianza da una prospettiva diversa, non tradizionale. Con *P* si è cominciato ad affrontare le "altre" differenze, relazionando eguaglianza con tutela della dignità », atteso che il diritto a non essere discriminati in ragione del proprio sesso costituisce, ad avviso della Corte, uno dei diritti fondamentali della persona umana (punti 18-21).

⁽¹³⁾ M. BELL, *Shifting Conceptions of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from P v S to Grant v SWT*, in *European Law Journal*, 1999 e, nello stesso senso, E. BATTAGLIA, « Sesso » e « orientamento sessuale » nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza K.B. c. Regno Unito, in *Dir. Un. Eur.*, 2004, pag. 599 e segg.

⁽¹⁴⁾ L. CALAFÀ, *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di giustizia*, in *Lav. Dir.*, 1998, pag. 419 e segg., spec. pag. 435.

⁽¹⁵⁾ Corte giust. CE 17 febbraio 1998, C-249/96, in *Racc.*, pag. 621 e in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, II, pag. 293, con nota di D. IZZI, *Orientamento sessuale del lavoratore e divieti comunitari di discriminazione in base al sesso*.

discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, che soltanto il legislatore comunitario avrebbe potuto affrontare in base all'art. 13 del Trattato CE (punto 36) ⁽¹⁶⁾.

La posizione assunta nella sentenza *Grant* è stata sostanzialmente ribadita nella sentenza *D.* ⁽¹⁷⁾, con la quale la Corte ha respinto la richiesta di un beneficio sociale avanzata dal compagno omosessuale di un funzionario del Consiglio, sebbene la coppia avesse contratto nel Paese di origine un accordo di « partenariato registrato ». Il diniego si basava sull'assenza di un vincolo matrimoniale che, ai sensi del regolamento del Consiglio, costituiva presupposto per la concessione del beneficio sociale in contestazione.

Il rifiuto di estendere agli omosessuali la protezione, invece accordata dal diritto comunitario ad altri gruppi storicamente discriminati, subisce una svolta con la sentenza *K.B.* ⁽¹⁸⁾, sul riconoscimento della pensione di reversibilità alla convivente omosessuale di un'infermiera impiegata presso il National Health Service, in caso di premorienza di questa. La partner della sig.ra K.B. si era sottoposta ad un intervento chirurgico di cambiamento di sesso, e da allora conduceva una vita sociale come un uomo. Tuttavia, la legislazione britannica sullo stato civile, non poteva consentirle un pieno riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale. Tale normativa le impediva, conseguentemente, la possibilità di contrarre matrimonio che, sempre ai sensi del diritto britannico, consiste in un'unione volontaria di un uomo e di una donna. Il matrimonio, a sua volta, rappresentava il presupposto imprescindibile per la concessione del beneficio sociale richiesto, sicché la Corte accoglieva il ricorso di K.B., con un percorso argomentativo non perfettamente lineare, articolato su tre passaggi intermedi.

In primo luogo, alla stregua dei principi affermati nella sentenza *D.*, la Corte ha ribadito come, certamente, la scelta di riservare alcuni benefici al-

⁽¹⁶⁾ Su questo punto v. le osservazioni critiche di M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, pag. 399 e segg. e M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, in *Famila*, 2003, pag. 821 e segg.

⁽¹⁷⁾ Corte giust. CE 31 maggio 2001, C-122/99 e C-125/99, in *Racc.*, pag. 4319.

⁽¹⁸⁾ Corte giust. CE 7 gennaio 2004, causa C-117/2001, in *Racc.*, pag. 541. La sentenza è stata commentata in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, 989 con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Recenti orientamenti di diritto europeo in materia di discriminazione dei transessuali*, in *Fam. Dir.*, 2004, pag. 139 con nota di R. NUNIN, *Sul diritto del convivente transessuale al godimento della pensione di reversibilità*, e in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 453, con nota di C. COMINATO, *Il diritto della persona a veder riconosciuto dall'ordinamento il proprio mutamento di sesso*. Sulle argomentazioni della sentenza *K.B.*, v., inoltre, diffusamente E. BATTAGLIA, « Sesso » e « orientamento sessuale » nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, op. cit., pag. 603 e F. SAVINO, *Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio. Osservazioni a margine della « sentenza K.B. »*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2005, pag. 431 e segg.

le coppie regolarmente sposate, e di estromettere quelle conviventi in assenza di matrimonio, rientra nel novero delle scelte di politica legislativa degli Stati membri. In secondo luogo, un trattamento preferenziale concesso a coppie sposate e negato a coppie non sposate, non può in alcun modo costituire una discriminazione fondata sul sesso. E neanche il diniego di una pensione di reversibilità avrebbe potuto integrare una discriminazione in base al sesso, in quanto, sulla base del precedente affrontato con la sentenza *Grant*, il diniego in questione avrebbe colpito indifferentemente tanto un uomo quanto una donna.

Tuttavia, la disparità di trattamento riservata alla coppia del caso *K.B.* (coppia eterosessuale, di cui una parte è transessuale), presentava una peculiarità rispetto ai casi precedenti. Invero, essa, pur non mettendo direttamente in discussione il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, avrebbe indirettamente inciso su una delle condizioni necessarie per accedervi. Sicché, l'incapacità di contrarre matrimonio, di per sé, in linea teorica insindacabile, rappresentando un requisito indispensabile per la concessione del beneficio sociale su base non discriminatoria, diventava nel caso di specie valutabile alla luce del diritto comunitario. La Corte, pertanto, ha concluso che l'art. 141 CE osta ad una legislazione che – in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – impedisce ad una coppia di soddisfare la condizione del matrimonio, necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro.

3. – Come è stato attentamente osservato nella sentenza *K.B.*, similmente a quanto già accaduto nel caso *Grant*, all'origine della discriminazione denunciata alla Corte non è il sesso della ricorrente quanto piuttosto quello della sua partner e dunque, in via indiretta, l'orientamento sessuale di K.B. ⁽¹⁹⁾. Quest'ultima reclamava la possibilità di vedere riconosciuta giuridicamente una relazione stabile con una persona il cui sesso postoperatorio era risultato opposto al suo. Con la sentenza *K.B.*, pertanto, la Corte di Giustizia supera la rigida distinzione dicotomica tra sesso e orientamento sessuale, che sembrava essere il fulcro della sentenza *Grant*, fino ad estendere l'ambito applicativo dell'art. 141 CE ad alcune ipotesi di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale. Il significato ultimo della sentenza è la sua portata innovativa, quindi, stanno nell'aver affermato il

⁽¹⁹⁾ Sulla valenza semantica della locuzione « orientamento sessuale » v. diffusamente L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 177 e M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, op. cit., pag. 787 e segg.

diritto di un lavoratore a non essere discriminato, almeno sotto il profilo retributivo, a causa del sesso del proprio partner (nel caso di *K.B.*, peraltro, sesso opposto al suo, non dalla nascita, ma a seguito di intervento chirurgico). Con probabili ma (allora) imprevedibili ricadute anche in merito alla posizione delle coppie omosessuali.

Sicché, i principi sviluppati dalla Corte nella sentenza *K.B.* costituiscono un presupposto imprescindibile per una corretta lettura della sentenza *Maruko*. Invero, già all'indomani della sentenza *K.B.*, la dottrina aveva rilevato come il richiamo ivi operato alla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo (sentenza *Godwin*) avesse aperto un varco significativo al trattamento discriminatorio delle coppie omosessuali⁽²⁰⁾. Segnatamente è stato sottolineato come al punto 31 della sentenza *K.B.* la Corte avesse intrapreso un implicito percorso di comparazione tra il trattamento riservato alle coppie eterosessuali, in cui l'identità di nessuno dei due partner derivi da cambiamento di sesso, le quali possono contrarre matrimonio, e quello di cui godono le coppie in cui l'identità di uno dei componenti derivi da una modificazione di sesso, le quali nell'ordinamento britannico non possono contrarre matrimonio. Era sembrato emergere, quindi, un implicito riconoscimento della possibilità di attribuire particolari benefici correlati al matrimonio a persone dello stesso sesso che non possono (al momento) contrarlo.

Ciò aveva portato la dottrina ad interrogarsi se, alla luce dei presupposti contenuti nella sentenza *K.B.* e in virtù dell'evoluzione normativa successiva, il caso affrontato, ad esempio, nella sentenza *Grant* (coppia omosessuale in cui nessuno dei due componenti si è sottoposto a riassegnazione del genere) non potesse ricevere una soluzione diversa rispetto a quella elaborata nel 1998. E, in particolare se, dopo le sentenze *Goodwin* e *K.B.* e a causa dell'evoluzione normativa successiva, ai sensi della direttiva n. 2000/78/CE, fosse

⁽²⁰⁾ CEDU, sentenze 11 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*, nella quale la Corte ha giudicato l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del genere al quale prima dell'intervento di mutamento di sesso apparteneva, come una violazione del diritto di contrarre matrimonio tutelato dall'art. 12 della Carta europea dei diritti dell'uomo. Sull'influenza esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza, nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, op. cit., pag. 399; L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 171 e segg., spec. pag. 192; EAD., *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di Giustizia*, in *Lav. Dir.*, 1998, pag. 419 e segg., spec. pag. 432; M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in S. FABENI, M.G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, Roma, 2005, pag. 27 e segg.; F. SAVINO, *Le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio. Osservazioni a margine della « sentenza K.B. »*, op. cit., pag. 431 e segg., spec. pag. 446; F. RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, op. cit., pag. 697 e segg.

consentito ad un datore di lavoro erogare benefici ai coniugi di sesso diverso dei lavoratori, ma non ai partner conviventi dello stesso sesso. E se, conseguentemente, potesse configurarsi una discriminazione indiretta fondata sull'incapacità di contrarre matrimonio tra le persone dello stesso sesso: l'impossibilità di contrarre matrimonio per le coppie dello stesso sesso potrebbe, in altri termini, rappresentare un requisito solo apparentemente neutro, ma in grado di mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che presentino una particolare tendenza sessuale rispetto alle persone eterosessuali⁽²¹⁾.

La risposta a tali interrogativi è pervenuta a pochi mesi di distanza con la sentenza *Maruko*. Al pari del caso *Grant*, all'origine del rinvio pregiudiziale vi è il rifiuto di concedere una prestazione che una fonte, legale o contrattuale, riserva al coniuge o alla persona convivente di sesso diverso, anche senza vincolo matrimoniale. In entrambi i casi il diniego opposto alla sig.ra Grant ed al sig. Maruko, si basa sull'esistenza di una relazione stabile con un partner dello stesso sesso.

Sul punto, la sig.ra Grant aveva sostenuto che tale rifiuto avrebbe comportato una discriminazione diretta fondata sul sesso. Invero, in virtù del cosiddetto « criterio del fattore distintivo unico », se una lavoratrice non fruisce di vantaggi identici ad un suo omologo maschile, in circostanze identiche, è vittima di una discriminazione sessuale⁽²²⁾. Secondo la difesa della sig.ra Grant, il datore di lavoro avrebbe preso una decisione diversa se le agevolazioni controverse fossero state richieste da un uomo convivente con una donna, cui non era unito da vincolo matrimoniale, e non da una donna convivente con una donna. Il diniego in questione pertanto presupponeva una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, frutto di pregiudizi relativi al comportamento sessuale o affettivo delle persone di un determinato sesso, da ascrivere alla discriminazione fondata sul sesso *ex art.* 141 CE.

Come ricordato prima, le argomentazioni della sig.ra Grant non hanno trovato accoglimento. La Corte ha rilevato, infatti, l'insussistenza di una

⁽²¹⁾ « Ci si può chiedere se in un (ulteriore) « caso futuro relativo ad una coppia formata da persone dello stesso sesso, di cui nessuno dei partner sia stato sottoposto a riassegnazione di genere, può immaginarsi che la Cge applicherà il principio elaborato in *K.B.* (e prevedere un'esenzione dal requisito di contrarre matrimonio) », ciò che ha evitato accuratamente di fare in *Grant* e *D.*, con uno strumentario che non comprendeva l'utilizzabilità della dir. n. 2000/78 ». La domanda è stata direttamente posta da L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 197 che l'ha ricavata e glossata da R. WINTEMUTE, *La discriminazione e la giurisprudenza europea*, in S. FABENI, M.G. TONIOLO (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 486.

⁽²²⁾ Cfr. sul punto le conclusioni dell'Avv. generale del 6 settembre 2007, punto 89.

discriminazione diretta fondata sul sesso vietata dalle norme comunitarie, dal momento che il trattamento riservato alla sig.ra Grant era esteso tanto ai lavoratori quanto alle lavoratrici che avessero un compagno del loro stesso sesso (punti 27 e 28) ⁽²³⁾. Ha aggiunto, inoltre, che, allo stato attuale del diritto comunitario, le relazioni stabili omosessuali non sono assimilabili né alle coppie coniugate né alle unioni stabili eterosessuali (punto 35). Ha concluso, quindi, che mentre una distinzione fondata sul sesso sarebbe vietata da illegittimità, ai sensi dell'art. 141 CE, una distinzione sull'orientamento sessuale non lo sarebbe, atteso che nessuna norma comunitaria la sanziona.

4. – Le cose sono profondamente cambiate a seguito delle direttive nn. 43/2000 e 78/2000 CE ⁽²⁴⁾. La direttiva n. 78/2000, è noto, mira a contrastare, limitatamente all'occupazione e alle condizioni di lavoro, alcuni tipi di discriminazioni, tra i quali quelle fondate sull'orientamento sessuale (art. 1), al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento ⁽²⁵⁾. Ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, della stessa direttiva,

⁽²³⁾ Su questo punto v. le considerazioni critiche di G.F. MANCINI, *Le nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel diritto comunitario*, in G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, pag. 207 e segg., spec. pag. 242. Nello stesso senso, M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, op. cit., pag. 399 e segg. e M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, op. cit., pag. 821 e segg.

⁽²⁴⁾ In base all'art. 13 del Trattato di Amsterdam (ex art. 6A), fatte salve le più specifiche disposizioni del trattato e nell'ambito delle competenze conferite alla Comunità, il Consiglio, all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento, « può prendere provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali ». L'art. 21 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali vieta « qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione, o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali ». In ordine alle direttive sul divieto di discriminazione, in generale, P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 75 e segg.; AA.VV., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003; in particolare, sulla direttiva n. 2000/78, v. L. CALAFÀ, *Le direttive antidiscriminatorie di « nuova generazione »: il recepimento italiano*, in *Studium Iuris*, 2004, pag. 873; R. NUNIN, *Recepimento delle direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. Giur.*, 2003, pag. 905; R. CHERCHI-A. DEFFENU, *Le politiche comunitarie di lotta alla discriminazione*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2004, pag. 43 e segg.

⁽²⁵⁾ Con riferimento al divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, M.G. GAROFALO - C.A. RECCHIA, *Le sanzioni contro le discriminazioni per orientamento sessuale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2005, pag. 615; G.M. MONDA, *La tutela del lavoratore contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, in *Dir. Lav.*, 2006, pag. 119; E. CECCHERINI, *Il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Un breve sguardo sullo stato del dibattito nelle espe-*

sussiste una discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi i cui all'art. 1, « una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga » ⁽²⁶⁾.

La Corte, pertanto, muove da questa premessa e sviluppa il ragionamento centrale della sentenza *Maruko*, secondo la seguente scansione logica.

Invero, la Repubblica Federale di Germania ha adeguato il proprio ordinamento in modo da consentire alle persone dello stesso sesso « di vivere in seno ad una comunione fondata sull'assistenza e sull'aiuto reciproco, formalmente costituita per tutta la durata della vita ». In detto ordinamento a tali persone non è consentito il matrimonio, che è rimasto riservato alle sole persone di diverso sesso: per costoro, quindi, è stato istituito un regime distinto, l'unione solidale, appunto, « le cui condizioni sono state progressivamente equiparate a quelle applicabili al matrimonio ». Di tale progressivo ravvicinamento la legge 15 dicembre 2004 costituisce esempio emblematico, nell'aver apportato al libro VI del codice della previdenza sociale – Regime legale di assicurazione vecchiaia, con la conseguente aggiunta di un paragrafo 4 all'art. 46, dal quale risulta che l'unione solidale è equiparata al matrimonio per ciò che concerne la pensione di vedovo o vedova di cui a tale disposizione. Il suddetto ravvicinamento tra matrimonio e unione solidale ha di fatto realizzato una « equiparazione progressiva » tra i due regimi, sicché l'unione solidale, « senza essere identica al matrimonio » pone le persone dello stesso sesso « in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale ».

Tuttavia, il beneficio di tale prestazione ai superstiti, in virtù delle disposizioni dello statuto della Vddb, è riservato ai soli coniugi superstiti, mentre è negato ai partner di unione solidale superstiti. Nel caso in esame,

rienze costituzionali straniere, op. cit., pag. 39 e segg. In ordine all'orientamento sessuale la direttiva fa leva sul principio secondo cui la discriminazione basata su tale fattore, potendo pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, e segnatamente un elevato livello di occupazione e protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità di vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone, dovrebbe essere proibita in tutta la Comunità. In questo senso si è espresso anche il Parlamento europeo nella Risoluzione europea per l'anno 2002 (P5_TA (2003) 0376), formulando l'auspicio che la trasposizione della direttiva 2000/78/CE sia puntualmente monitorata in merito all'effettività delle tutele nei confronti delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale.

⁽²⁶⁾ La formula è particolarmente ampia e presuppone che, per valutare la sussistenza della situazione vietata, la comparazione prenda in considerazione non soltanto situazioni in atto o passate ma anche quelle meramente ipotetiche. Sulla struttura della disposizione adottata dal legislatore comunitario, sull'uso del condizionale « sarebbe trattata » e sul momento comparativo v. D. IZZI, *Discriminazione senza comparazione? Appunti sulle direttive comunitarie di seconda generazione*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2003, pag. 423 e segg.

quindi, « tali partner di unione solidale si vedono trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti per quanto riguarda il beneficio della detta prestazione ai superstiti ». Ne consegue che ove il giudice *a quo* decida che i coniugi superstiti e i partner di unione solidale superstiti siano in una posizione analoga per quel che concerne tale tipo di prestazione, la normativa controversa nella causa principale (lo statuto del Vddb) « deve di conseguenza essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 »⁽²⁷⁾.

La soluzione offerta dalla Corte, quindi, va senz'altro apprezzata, ma non rappresenta quella decisione « coraggiosa », auspicata dall'Avvocato generale Tesauro e accolta tanto favorevolmente dalla dottrina con riferimento al caso *P*, all'origine del percorso giurisprudenziale verso la tutela delle minoranze sessuali⁽²⁸⁾. Come è stato attentamente osservato, allora nessuna disposizione comunitaria si occupava di transessualismo (o di omosessualità) e, soprattutto, nessuna disposizione comunitaria sanciva un « principio generale che imponga di non prendere in considerazione fattori di differenziazione quali il sesso, la razza, la religione, la lingua, la nazionalità »⁽²⁹⁾.

Oggi, l'art. 1 della direttiva 2000/78, tra i motivi di discriminazione vie-

⁽²⁷⁾ Con la soluzione adottata la Corte ha respinto la tesi dell'Avv. generale, secondo cui « il diniego della pensione dovuto al fatto di non avere contratto matrimonio, quando due persone dello stesso sesso non possono contrarlo, avendo sottoscritto un'unione che produce effetti simili, comporta una discriminazione indiretta fondata sulle tendenze sessuali ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2000/78 » (conclusioni dell'Avv. Generale del 6 settembre 2007, punto 89). Ai sensi dell'art. 2.2., lett. b), sussiste discriminazione indiretta quando « una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri » determinano nelle persone a cui sia riferibile uno dei motivi tipizzati, una « posizione di particolare svantaggio ». Sulla distinzione tra discriminazioni dirette e indirette v., diffusamente, G. DE SIMONE, *La nozione di discriminazione diretta e indiretta*, in M. BARBERA (a cura di), *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità. Commentario sistematico al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 196, disciplina delle attività delle consigliere e dei consiglieri di parità e disposizioni in materia di azioni positive, a norma dell'art. 47 della l. 17 maggio 1999, n. 144*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2003, pag. 711 e segg. Ma v. anche M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, op. cit., pag. 797 che segnala l'importanza della qualificazione di uno stesso fatto in termini di discriminazione diretta o di discriminazione indiretta, in quanto mentre la prima non può mai essere giustificata, la seconda può essere giustificata da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari [art. 2, lettera b (i)].

⁽²⁸⁾ Conclusioni dell'Avv. Generale Tesauro, del 14 dicembre 1995. In dottrina, parla di decisione « coraggiosa » M.V. BALLESTRERO, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, op. cit., pag. 271, di « magniloquenza della Corte » G.F. MANCINI, *Le nuove frontiere dell'eguaglianza fra i sessi nel diritto comunitario*, op. cit., pag. 238.

⁽²⁹⁾ M.V. BALLESTRERO, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, op. cit., pag. 271.

tata, espressamente menziona l'orientamento sessuale⁽³⁰⁾. Nella sentenza *Maruko*, pertanto, la Corte si limita ad applicare questa disposizione. Una scelta pressoché obbligata in fin dei conti che, pur tuttavia, consente finalmente di dare « chiara e positiva risposta giuridica al *vulnus* apertosi formalmente nell'ordinamento comunitario con l'affermazione dell'inapplicabilità del divieto di discriminazione fondata sul sesso alle differenziazioni in danno degli omosessuali »⁽³¹⁾.

5. – L'aspetto che merita di essere messo in evidenza semmai è un altro ed attiene al nodo centrale delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale: al matrimonio, cioè, quale presupposto per il godimento dei diritti tutelati dall'ordinamento comunitario. È evidente, infatti, che l'esclusione da determinati diritti riconosciuti soltanto alle coppie coniugate di sesso diverso costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale⁽³²⁾. Se per le coppie eterosessuali il matrimonio è possibile, per le coppie omosessuali il matrimonio, salvo specifiche eccezioni, non è ammesso. Si tratta pertanto di capire se la cosiddetta « incapacità di contrarre matrimonio », nella fattispecie da sottoporre a giudizio, costituisca fattore di discriminazione. La comparazione sulla cui base giudicare l'esistenza di

⁽³⁰⁾ M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, op. cit., pag. 795: « Oggi, con l'avvento della direttiva n. 2000/78/CE, la situazione è radicalmente mutata. Alla luce della qualificazione operata in *Grant* e della direttiva menzionata, dunque, è fuor di dubbio che ogniquale volta un datore di lavoro riconosca vantaggi o *benefits* al convivente *more uxorio* di sesso diverso, ma non al convivente dello stesso sesso, ciò costituisce discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale ».

⁽³¹⁾ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, op. cit., spec. pag. 79, nt. 8, con riferimento alla sentenza *Grant*. Nello stesso senso si esprime M.V. BALLESTRERO, *Transparità. Ovvero transessualismo e discriminazione*, op. cit., spec. pag. 271 nel commentare la soluzione adottata nel caso *P*, con riferimento alla possibilità di adottare una nozione di discriminazione che non denoti più soltanto una disparità di trattamento tra donna e uomo, ma anche un trattamento di per sé pregiudizievole, motivato da scelte del lavoratore relative alla propria identità sessuale. Sulle ragioni per cui la Corte ha tendenzialmente evitato di estendere le tutele contro le discriminazioni sessuali accordate ai transessuali (caso *P*) anche agli omosessuali (caso *Grant*), v. EAD., *Il diritto del lavoro e la differenza di genere*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1998, pag. 287 e segg., spec. pagg. 307-309, secondo cui « mentre il transessuale, optando per un genere che all'origine non era il suo, sceglie ancora di appartenere ad un genere e di comportarsi in modo coerente a tale appartenenza, l'omosessuale non muta la propria appartenenza di genere, ma si comporta in modo deviante rispetto a esso ». Sul punto v. anche L. CALAFÀ, *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di Giustizia*, in *Lav. Dir.*, 1998, pag. 419 e segg., spec. pag. 436. Sul transessualismo, in generale, v. le riflessioni di S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pag. 225 e segg.

⁽³²⁾ L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 198.

⁽³³⁾ M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, op. cit., pag. 826.

una discriminazione non coinvolge più, quindi, coppie di fatto dello stesso sesso da un lato e coppie di fatto di sesso diverso dall'altro (come nel caso *Grant*)⁽³³⁾: il fattore rilevante per l'individuazione della discriminazione attiene all'esistenza del vincolo matrimoniale. Va infatti precisato che se tale istituto fosse accessibile anche alle coppie omosessuali l'esistenza o meno del vincolo matrimoniale non farebbe alcun gioco. Invece, nel caso in cui l'ordinamento giuridico nazionale precluda alle coppie omosessuali il matrimonio, riservandolo a quelle di sesso diverso, allora l'esclusione dall'erogazione di un beneficio di natura retributiva che presuppone il vincolo matrimoniale non può che costituire una discriminazione diretta. Dal beneficio in questione, in altri termini, risulterebbero escluse tutte le coppie non sposate e dunque tutti coloro che, a causa del loro orientamento sessuale, non possono contrarre matrimonio⁽³⁴⁾. Secondo un'opinione ormai diffusa, sia in dottrina sia nella stessa giurisprudenza comunitaria, non costituisce criterio apparentemente neutro, che dà luogo soltanto ad una discriminazione indiretta, un criterio che, anche se non esplicitamente menzionato tra i fattori di discriminazione vietati, appartiene esclusivamente ed è proprio di un solo gruppo tutelato. È, ad esempio, il caso della gravidanza che essendo propria delle sole donne, in qualità di gruppo tutelato, può generare una discriminazione diretta⁽³⁵⁾.

Sotto questo profilo, la portata innovativa della sentenza *Maruko* passa attraverso un passaggio intermedio che ne attenua fortemente gli effetti. Essa, cioè, presuppone una sostanziale equiparazione tra unioni solidali e vincolo matrimoniale, tale da porre le persone dello stesso sesso in una posizione analoga ai coniugi (punto 69). Il che richiede un accertamento preliminare da condursi, ordinamento per ordinamento, da parte del giudice nazionale, al quale è demandato il compito di verificare se rispetto ad un determinato beneficio il diritto dello Stato membro ponga le due tipologie di unioni nella medesima condizione. È chiaro che, se tale equiparazione risulta nei fatti realizzata, in linea di massima, è poi escluso che lo stesso ordinamento nazionale autorizzi una discriminazione rispetto al godimento di un determinato beneficio tra chi è regolarmente sposato e chi non lo è. Invero, se il presupposto per l'accesso al trattamento è costituito dal vincolo matrimoniale, l'esclusione di un intero gruppo sociale che non vi possa

⁽³⁴⁾ A. GUARISO, *Le coppie dello stesso sesso nella previdenza integrativa: la Corte Ce vieta le discriminazioni « a metà »*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, pag. 503 e segg.

⁽³⁵⁾ D. IZZI, *Eguaglianze e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2005. Nello stesso senso anche M. BONINI BARALDI, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, op. cit., pag. 788, secondo cui la discriminazione nei confronti delle famiglie omosessuali non è, in molte ipotesi, null'altro che discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

accedere, a causa del proprio orientamento sessuale, non può che costituire una discriminazione.

Ove, tuttavia, una progressiva equiparazione in linea generale tra vincolo matrimoniale e coppie dello stesso sesso non venga verificata, la portata innovativa della sentenza appare, in effetti, assai limitata⁽³⁶⁾.

È il caso dell'Italia, dove, per una serie di fattori, il percorso per l'elaborazione di una disciplina legale delle unioni dello stesso sesso ha trovato ostacoli insormontabili e dove si registra, conseguentemente, una giurisprudenza molto rigida⁽³⁷⁾. Sotto tale aspetto, questa prima applicazione giurisprudenziale della direttiva n. 2000/78 appare deludente, tenuto conto del fatto che la direttiva quadro, pur lasciando ampio spazio per il mantenimento dei diversi approcci nazionali al fenomeno dell'orientamento sessuale, espressamente mira ad una forte armonizzazione della normativa lavoristica vigente nei diversi Paesi membri, con riferimento alla promozione e all'effettività della parità di trattamento⁽³⁸⁾.

Al contrario, negli ordinamenti che si siano dotati di una normativa che parifichi il trattamento delle unioni omosessuali a quello delle coppie regolarmente sposate, l'adozione di un presupposto per l'erogazione di un be-

⁽³⁶⁾ A. GUARISO, *Le coppie dello stesso sesso nella previdenza integrativa: la Corte Ce vieta le discriminazioni « a metà »*, op. cit., pag. 506.

⁽³⁷⁾ Trib. Latina 10 giugno 2005, in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, I, pag. 86 e segg., con nota di F. BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*. Il rifiuto di trascrivere in Italia l'atto di matrimonio celebrato all'estero tra due persone dello stesso sesso è stato giudicato legittimo, in quanto tale negozio giuridico va ritenuto inesistente per l'ordinamento italiano « per difetto di un requisito naturalistico essenziale » e perché contrario alle norme di ordine pubblico. Per un caso analogo a quello deciso da Trib. Latina v. Trib. Roma 28 giugno 1980, in *Giur. It.*, 1982, I, pag. 170, con nota di T. GALLETTO, *Identità di sesso e rifiuto delle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio*.

⁽³⁸⁾ G.M. MONDA, *La tutela del lavoratore contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 122. Per quanto riguarda l'Italia, sulla legittimità costituzionale della legge regionale Toscana n. 63 del 2004 che prevede, nell'ambito delle politiche del lavoro e dell'integrazione sociale, misure di sostegno e di tutela a favore delle persone discriminate per motivi derivanti dall'orientamento sessuale, o dalla identità di genere, dei transessuali e dei transgender, v. Corte cost. 4 luglio 2006, in *Giust. Civ.*, 2006, pag. 1974. Sulle diverse proposte di legge che a partire dal giugno 2001 si sono occupate di estendere ai cittadini omosessuali o transessuali la medesima protezione contro possibili discriminazioni o contro delitti motivati dall'odio nei confronti di determinati gruppi sociali v. la proposta di legge AC n. 715 del 12 giugno 2001 e la proposta di legge AC n. 690 del 15 maggio 2006. Sul trattamento delle coppie omosessuali nell'ordinamento italiano L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 220 e segg. e V. POGAR - R. DAMENO, *Morale/Morali. Pluralismo etico, bioetica e discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale*, in *Sociologia del diritto*, 2004, pag. 165 e segg.; P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Famiglia*, 2001, pag. 1097 e segg.; F. RUSCELLO, *La famiglia tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Famiglia*, 2001, pag. 697 e segg.; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Lav. Dir.*, 2001, pag. 9 e segg.

neficio sociale dal quale siano esclusi gli omosessuali costituisce oggi una discriminazione diretta basata sull'orientamento sessuale.

6. – Ma anche con riferimento a tali ordinamenti la tutela della discriminazione basata sull'orientamento sessuale incontra dei limiti consistenti. Va infatti messo in evidenza che, ai sensi dell'art. 3.3 della direttiva n. 2000/78, sono sottratti alla copertura giuridica « i pagamenti di qualsiasi genere effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili » compresi « i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale »; e che, ai sensi dell'art. 2.5, restano comunque impregiudicate le misure legislative che « in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui »⁽³⁹⁾. L'art. 3.3 è di non facile interpretazione e richiede un'attenta lettura dei *considerando* della direttiva, i cui nn. 13 e 14 chiariscono che sono esclusi dal divieto di discriminazione, per i motivi introdotti dalla direttiva, le prestazioni dei regimi di sicurezza e di protezione sociale, in quanto non assimilate alla retribuzione, nell'interpretazione che di tale istituto è stata fornita dalle applicazioni giurisprudenziali dell'art. 141 del Trattato CE, e gli altri pagamenti di qualsiasi genere erogati dallo Stato « allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro ». Si precisa, inoltre, che la direttiva lascia impregiudicate le disposizioni che stabiliscono l'età pensionabile.

Nell'interpretazione più convincente, l'art. 3.3 mira ad assicurare che il precetto paritario lasci invariate le condizioni nazionali stabilite per l'accesso ai trattamenti previdenziali e assistenziali obbligatori erogati dallo Stato o da altri soggetti anche nel caso in cui siano stati presi in considerazione alcuni dei fattori oggetto della tutela antidiscriminatoria. È stato sin da subito messo in evidenza, tuttavia, che « l'incidenza dell'esclusione di cui all'art. 3.3 della direttiva n. 2000/78 CE risulta essere significativa solo per ciò che concerne le tendenze sessuali, in relazione alle quali sono ipotizzabili discriminazioni riguardanti i trattamenti previdenziali »⁽⁴⁰⁾.

Ecco perché va messo in evidenza il passaggio ermeneutico compiuto dalla Corte nella sentenza *Maruko*. Invero, sia pure attraverso l'applicazio-

⁽³⁹⁾ Si tratta degli aspetti più criticati della direttiva n. 2000/78, per una più compiuta analisi dei quali si rinvia a D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 381 e P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, op. cit., pag. 95 e segg.

⁽⁴⁰⁾ P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, op. cit., pagg. 100-101, secondo cui mentre per i motivi di differenziazione legati all'età e all'handicap l'operatività del divieto è oggetto di una specifica calibratura che copre le diversificazioni garantite in via generale dall'art. 3 della direttiva, è difficile immaginare trattamenti assistenziali o previdenziali differenziati in funzione delle convinzioni religiose o ideologiche.

ne di una giurisprudenza sufficientemente consolidata⁽⁴¹⁾, va apprezzata la scelta di ampliare la nozione di retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE⁽⁴²⁾, fino a comprendervi anche « una prestazione ai superstiti concessa in base ad un regime previdenziale di categoria »⁽⁴³⁾. Sul punto, contro la tesi della natura retributiva della prestazione pensionistica in contestazione, la Vddb aveva sostenuto di essere un ente di diritto pubblico facente parte dell'amministrazione federale e che il regime previdenziale controverso è un regime obbligatorio, fondato sulla legge. Peraltro, il contratto collettivo che lo disciplina ha valore di legge e, a causa della natura obbligatoria dell'iscrizione a tale regime, la prestazione ai superstiti più che essere legata ad un impiego determinato, è collegata a considerazioni generali di ordine sociale. La Corte respinge queste argomentazioni e precisa che il regime obbligatorio di categoria gestito dalla Vddb trova la sua fonte in un contratto collettivo di lavoro; che tale contratto collettivo persegue, attraverso la gestione del predetto regime obbligatorio, l'obiettivo di costituire un supplemento alle prestazioni previdenziali dovute in forza della normativa nazionale di applicazione generale; che il regime in esame è finanziato interamente ed esclusivamente dai lavoratori e dai datori di lavoro del settore interessato, senza alcun intervento finanziario pubblico; che l'ammontare della pensione erogata dal regime in questione è calcolato sulla base della durata dell'iscrizione (volontaria o obbligatoria) del lavoratore e dell'importo dei contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione del lavoratore, ai quali si applica infine un fattore di rivalutazione. Irrilevanti, pertanto, sono risultati: la qualità di ente pubblico che l'ordinamento tedesco riconosce alla Vddb⁽⁴⁴⁾; il carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime che dà diritto alla prestazione ai superstiti⁽⁴⁵⁾; la circostanza che tali prestazioni siano erogate dopo la cessazione del rapporto di lavoro (e segnatamente dopo la morte del lavoratore)⁽⁴⁶⁾ e che esse, come nel caso di una pensione ai superstiti disciplinata da un regime pensionistico di categoria creato con contratto collettivo, vengano corrisposte non al lavoratore ma al

⁽⁴¹⁾ Tra le più significative Corte giust. CE 17 maggio 1999, C-268/88, *Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in *Racc.*, 1990, pag. 1889. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza comunitaria in materia, L. NANI, *La parità di trattamento previdenziale fra lavoratori e lavoratrici nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, I, pag. 483 e segg.

⁽⁴²⁾ Il suddetto articolo stabilisce che per retribuzione deve intendersi 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 (punto 43 sent. *Maruko*).

⁽⁴³⁾ Sentenza *Maruko*, punto 56.

⁽⁴⁴⁾ Corte giust. CE 17 aprile 1997, C-147/95, *Evrenopoulos*, in *Racc.*, pag. 2057, punti 16 e 23.

⁽⁴⁵⁾ Corte giust. CE 25 maggio 2000, C-50/99, *Podesta*, in *Racc.*, pag. 4039, punto 32.

⁽⁴⁶⁾ Corte giust. CE 6 ottobre 1993, C-109/91, *Ten Oever*, in *Racc.*, pag. 4879, punto 8.

suo coniuge superstite. Secondo l'orientamento già espresso in altre occasioni, infatti, tale vantaggio trova origine nell'iscrizione al regime del coniuge del superstite, al quale spetta la pensione nell'ambito del rapporto di lavoro tra datore di lavoro e lavoratore in ragione dell'attività lavorativa svolta da quest'ultimo⁽⁴⁷⁾.

Determinante, infine, appare il rilievo collegato al ventiduesimo *considerando* della direttiva n. 2000/78, su cui si era concentrata la difesa della Vddb. La clausola delimita l'ambito di applicazione della direttiva, dal quale risultano escluse le disposizioni del diritto nazionale relative allo stato civile e le prestazioni che da esso derivano, ivi comprese, secondo la rappresentazione della Vddb, le prestazioni ai superstiti, come quella controversa nella causa principale.

Sul punto la Corte adotta una soluzione molto interessante. È vero che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie sottratte alla competenza dell'Unione che ne ha riservato ed intende mantenerne la titolarità agli Stati membri. Secondo l'orientamento giurisprudenziale comunitario, tuttavia, nell'esercizio di tale competenza gli Stati devono rispettare il diritto comunitario, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare⁽⁴⁸⁾. Sicché, a causa della natura retributiva, riconosciuta ai sensi dell'art. 141 CE, la prestazione ai superstiti controversa nella causa principale rientra nel campo di applicazione della direttiva n. 2000/78, e l'applicazione del ventiduesimo *considerando* non può spingersi fino a mettere in discussione l'applicazione dell'intera direttiva⁽⁴⁹⁾.

Si tratta, probabilmente, dell'aspetto più interessante della sentenza *Maruko*: una sorta di breccia nella tendenziale ritrosia della Corte di Giustizia a depotenziare la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di stato civile. Un significativo passo avanti verso quel difficile « confine » oltre il quale la giurisprudenza comunitaria ha tradizionalmente esitato a spingersi. Quel confine cioè che la dottrina più attenta in passato aveva identificato con « la legale incapacità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso », il superamento del quale era apparso l'obiettivo ulti-

⁽⁴⁷⁾ Corte giust. CE 17 aprile 1997, C-147/95, *Evrenopoulos*, cit., punto 22.

⁽⁴⁸⁾ Qui la Corte rinvia al noto caso *Watts*, Corte giust. CE 16 maggio 2006, C-372/04, in *Racc.*, pag. 4325.

⁽⁴⁹⁾ M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, op. cit., pag. 839, che aveva già proposto una lettura meno restrittiva del ventiduesimo *considerando* della direttiva, sicura espressione dell'intenzione di limitare l'ambito di efficacia della normativa antidiscriminatoria, inidoneo tuttavia ad escludere del tutto applicazioni della stessa a casi indirettamente riconducibili alla discriminazione sulla base dello stato civile. Che lo *status* giuridico di una persona rifletta l'identità sessuale che essa ritiene di possedere è precisato anche da E. BATTAGLIA, « Sesso » e « orientamento sessuale » nell'interpretazione dell'art. 141 CE alla luce della sentenza *K.B. c. Regno Unito*, op. cit., pag. 615.

mo dei casi sottoposti al giudizio della Corte di Giustizia, « a cui la Corte stessa si è parzialmente, ma non certo casualmente, sottratta »⁽⁵⁰⁾. È in questo passo in avanti che è possibile cogliere, sia pure in prospettiva, un nuovo parametro giurisprudenziale in materia di orientamento sessuale: la sentenza *Maruko* esplicita a chiare lettere un limite alla competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali in materia di stato civile, che sembra destinato a ridurre quella distanza che ha tradizionalmente separato, sotto il profilo previdenziale, la famiglia eterosessuale e le unioni stabili tra omosessuali. Una buona base di partenza per una progressiva diffusione di principi antidiscriminatori all'interno di realtà giuridiche più rigide nell'accettazione della parità di trattamento delle coppie omosessuali. È possibile sin d'ora ipotizzare, infatti, che attraverso i meccanismi giuridici introdotti dal Trattato e applicati dalla Corte si pervenga ad una più rapida circolazione di modelli sociali e culturali in sostituzione di altri, tradizionalmente imbrigliati e condizionati da ostacoli di carattere politico religioso o morale, altrimenti insormontabili⁽⁵¹⁾. Risulta così confermato il ruolo centrale della parità di trattamento e la sua capacità di incidere in maniera irreversibile sugli interessi precostituiti e sulle spontanee determinazioni verso cui si orienterebbero i sistemi nazionali⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ L. CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, op. cit., pag. 185.

⁽⁵¹⁾ V. sul punto le interessanti osservazioni di M. BONINI BARALDI, *Parità di trattamento e nozione di « familiare » tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, op. cit., pag. 836 e, più recentemente, Id., *Congedo matrimoniale al dipendente omosessuale e diritto internazionale privato comunitario: a proposito di un recente caso*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, pag. 37 e segg. in relazione alla richiesta di congedo matrimoniale di un dipendente regionale italiano in occasione del matrimonio celebrato con il compagno omosessuale in Belgio. Si consideri, infatti, che tra le principali motivazioni che spingono i cittadini europei a spostarsi da un Paese all'altro compare proprio l'esigenza di ricongiungersi al partner o alla propria famiglia, nelle diverse forme che questa può assumere nelle varie realtà europee (su cui, in generale, Id., *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005). « Risulta allora impossibile ignorare come ai problemi classici connessi alla libera circolazione si affianchino oggi le molteplici difficoltà connesse alla parità di trattamento sul luogo di lavoro sulla base di nuovi fattori di discriminazione, vuoi al riconoscimento negli Stati membri del matrimonio fra persone dello stesso sesso e di tutti quegli istituti sorti per tutelare le esigenze delle coppie che non possono sposarsi a causa dell'identità di sesso ».

⁽⁵²⁾ L. NANI, *La parità di trattamento previdenziale fra lavoratori e lavoratrici nella giurisprudenza comunitaria*, op. cit., pag. 483 e segg., che insiste sull'attitudine della parità di trattamento a « segnare i costumi e la cultura delle diverse nazioni che compongono il complesso mosaico dell'Unione europea ». Sulla rilevanza del ruolo della giurisdizione per l'effettiva difesa dei diritti scaturiti dal principio di non discriminazione riconosciuto come diritto fondamentale, F. GUARIELLO, *Introduzione*, in Aa.Vv. *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, op. cit., pag. 341 e segg., spec. pag. 343; G. PALMERI, *Il principio di non discriminazione*, in *Famiglia*, 2004, pag. 515 e segg.; F. AMATO, *Il divieto di discriminazioni per motivi non di genere in materia di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, pag. 271 e segg.