



Dichiarazioni pubbliche omofobe come discriminazione diretta nelle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro. Nota a margine della sentenza *NH*

DI SAMUELE BARBIERI*

Sommario. 1. *Parole alate*: il caso *NH* - 2. Le sentenze *Feryn* e *Asociația Accept*: dichiarazioni pubbliche come discriminazione diretta “senza vittima” - 3. La legittimazione attiva di organismi pubblici e associazioni - 4. Le questioni pregiudiziali poste dalla Cassazione - 5. La sentenza *NH* della Grande Sezione - 6. Due prospettive per comprendere *NH* - 6.1. L'ambito di applicazione della direttiva 2000/78: la portata innovativa di *NH* e i possibili riflessi per il diritto antidiscriminatorio - 6.2. Il livello di tutela sostanziale: tra il bilanciamento con interessi contrapposti e le criticità procedurali - 7. Conclusioni

1. *Parole alate*: il caso *NH*

Ἐπεα πτερόεντα¹, *parole alate*. L'Avvocato generale Sharpston (di seguito AG) si avvale di questa espressione omerica per qualificare le dichiarazioni rilasciate, durante una trasmissione radiofonica satirica italiana, da *NH* il quale affermava che, in quanto avvocato, non avrebbe assunto o mai si sarebbe voluto avvalere della collaborazione di una persona omosessuale nel proprio studio legale. L'Associazione Rete Lenford - Avvocatura per i diritti LGBTI (di seguito RLA) agiva presso il giudice del lavoro di Bergamo per far accertare che quelle dichiarazioni costituissero una discriminazione diretta nelle condizioni di assunzione ai sensi della direttiva 2000/78², chiedendo, *inter alia*, la condanna di *NH* al risarcimento dei danni non patrimoniali. Dopo esser risultato soccombente nei primi due gradi di giudizio,

* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Ferrara.

¹ Conclusioni AG Sharpston 31 ottobre 2019, causa C-507/18, *NH contro Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, ECLI: ECLI:EU:C:2019:922, punto 1.

² Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, GU L 303 del 2.12.2000, pp. 16–22.

quest'ultimo ricorreva in Cassazione, la quale³ chiedeva alla Corte di giustizia se un'associazione come la RLA potesse essere legittimata ad agire pur in assenza di una vittima identificata. Secondariamente si domandava se dichiarazioni come quelle del caso di specie potessero essere ritenute illecite ai sensi della direttiva 2000/78 oppure fossero tutelate dalla libertà d'espressione⁴.

La sentenza in commento si inserisce nel solco delle pronunce *Feryn*⁵ e *Asociația Accept*⁶, dove la Corte di giustizia ha stabilito che, anche in assenza di una vittima identificata, dichiarazioni rilasciate alla stampa o mediante altri mezzi di informazione, con le quali si manifesti l'intenzione di non assumere persone aventi una certa razza o origine etnica o un determinato orientamento sessuale, costituiscono una discriminazione diretta nelle «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro»⁷ ai sensi delle direttive 2000/43 e 2000/78. Tuttavia emerge un punto debole di questa interpretazione: sebbene la Corte abbia ritenuto le direttive applicabili ai casi di discriminazione collettiva, al tempo stesso ha chiarito che dalle medesime non discende l'obbligo per gli Stati membri di prevedere la legittimazione autonoma ad agire in capo ad associazioni o organismi pubblici, in assenza di un denunciante.

Dato che *NH* affonda le sue radici in *Feryn* e *Asociația Accept*, non si può non partire da queste ultime per comprendere appieno la sentenza in commento. Dei due precedenti si analizzerà, in particolare, il ragionamento della Corte relativo alla nozione di discriminazione diretta. Compiuta questa operazione, sarà dedicata attenzione alla tutela procedurale delle discriminazioni "senza vittima", analizzando il meccanismo della c.d. *azione popolare* nel contesto del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea e dei singoli ordinamenti nazionali. Infine, si apprezzerà il giudizio della Grande Sezione.

La sentenza *NH* può essere letta attraverso due diversi angoli d'indagine. Dalla prospettiva dell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, si comprenderà appieno la portata innovativa della pronuncia, rispetto a *Feryn* e *Asociația Accept*, nel sancire l'irrelevanza dell'esistenza di una procedura di assunzione in corso per ritenere una dichiarazione pubblica indice di una politica di selezione del personale discriminatoria. Allo stesso tempo, la sentenza nel caso *NH* rappresenta l'occasione per riflettere sulla capacità di questa interpretazione di porsi al di là del settore delle condizioni di accesso al lavoro e oltre il rapporto di lavoro stesso (problema questo che si pone con forza per la direttiva 2000/43). Dalla seconda prospettiva scelta, costituita dal livello della tutela sostanziale, emergerà il necessario bilanciamento tra la protezione garantita dalla direttiva 2000/78 e la libertà d'espressione, che la Corte risolve nella sentenza in commento ritenendo soddisfatte le

³ Cass. civ., sez. I, ordinanza 20 luglio 2018, n. 19443.

⁴ Per la ricostruzione dei fatti, v. Corte giust., 23 aprile 2020, causa C-507/18, *NH contro Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI - Rete Lenford*, ECLI:EU:C:2020:289, punti 16-26.

⁵ Corte giust., 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, ECLI: ECLI:EU:C:2008:397.

⁶ Corte giust., 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Asociația Accept contro Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, ECLI: ECLI:EU:C:2013:275.

⁷ Art. 3, par. 1, lett. a) direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, GU L 180 del 19.7.2000, pp. 22-26; art. 3, par. 1, lett. a), direttiva 2000/78/CE. Sulla nozione di accesso al lavoro, si veda Corte giust., 13 luglio 1995, causa C-116/94, *Jennifer Mayers e Adjudication Officer*, ECLI: ECLI:EU:C:1995:247, punto 22. Le pari opportunità nell'accesso al lavoro è inoltre uno dei 20 obiettivi del *Pilastro europeo dei diritti sociali*, approvato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione europea in occasione del vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita, che si è svolto a Göteborg il 17 novembre 2017, disponibile in https://ec.europa.eu/commission/publications/european-pillar-social-rights-booklet_en.

condizioni poste dall'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali. Per altro verso, si confermano le criticità relative all'autonoma legittimazione ad agire delle associazioni nei casi di discriminazioni "senza vittima", segnalando l'urgenza di un intervento del legislatore dell'Unione.

2. Le sentenze *Feryn* e *Asociația Accept*: dichiarazioni pubbliche come discriminazione diretta "senza vittima"

«Contrariamente al senso comune, le parole possono far male. Ma possono costituire una discriminazione?». ⁸ La domanda che l'AG Poiares Maduro si pone all'inizio delle conclusioni in *Feryn* sintetizza mirabilmente la questione sottesa alla controversia. Per quanto riguarda i fatti, Pascal Feryn, amministratore della *NV Firma Feryn*, impresa belga di vendita e di installazione di porte basculanti, rilasciava un'intervista al quotidiano *De Standaard* nella quale si lamentava che gli unici candidati che avevano risposto ad un'offerta di lavoro in corso erano «marocchini»⁹ e che non voleva assumerli poiché la clientela era mal disposta a consentirne l'ingresso nelle proprie abitazioni¹⁰. Nonostante l'assenza di un denunciante, il *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* (di seguito CGKR), organismo pubblico belga per la lotta alle discriminazioni razziali¹¹, presentava un'istanza per far dichiarare che la *Feryn* attuasse una politica di assunzione discriminatoria.

La Corte di giustizia riconosce che l'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/43 descrive la discriminazione diretta come una situazione in cui una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga¹². Dalla norma, per quanto risulti evidente il riferimento ai singoli individui, non discende che l'assenza di una vittima comporti la mancata possibilità di accertare una discriminazione diretta¹³. Dal considerando 8 e dall'art. 3, par. 1, lett. a) della direttiva, si evince infatti rispettivamente che questa mira ad agevolare la partecipazione al lavoro e all'occupazione e che i criteri di selezione e le condizioni di assunzione rientrano nel suo ambito applicativo¹⁴.

⁸ Conclusioni AG Poiares Maduro 12 marzo 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro Firma Feryn NV*, ECLI: ECLI:EU:C:2008:155, punto 1.

⁹ *Ibidem*, punti 3-4.

¹⁰ Causa *Feryn*, cit., punti 3-4. Sul tema delle preferenze della clientela, si vedano le conclusioni AG Poiares Maduro, *Feryn*, cit., punto 18. Sui rilievi critici riguardo a tale profilo della sentenza si rimanda a D. IZZI, *Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *RGL*, 2008, p. 765 ss.; R. KRAUSE *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, [2008] *ECR I-5187*, in *CMLR*, 2010, p. 917 ss., in particolare p. 928 ss. Si veda anche Corte giust., 14 marzo 2017, causa C-188/15, *Asma Bougnaoui e Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contro Micropole SA*, ECLI: ECLI:EU:C:2017:204.

¹¹ Il CGKR è un organismo pubblico belga che risponde all'obbligo posto dall'art. 13 della direttiva 2000/43/CE in capo agli Stati membri di prevedere organismi per la promozione della parità di trattamento.

¹² V. art. 2, par. 2, lett. a), direttiva 2000/43/CE. Sulla nozione di discriminazione diretta v. E. ELLIS, P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2012, p. 142 ss. Per una lettura critica della pronuncia si rinvia a K. HENRARD, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, Jean Monnet Working Paper 09/09, dove l'A., tra gli altri rilievi, sottolinea come vi sia una confusione terminologica laddove la Corte, se da una parte ritiene che dichiarazioni pubbliche costituiscano una discriminazione diretta, dall'altra, rispondendo alle questioni del giudice del rinvio in merito all'onere della prova di cui all'art. 8 della direttiva, sembra ritenerle come fatti sulla base dei quali provare una politica discriminatoria.

¹³ Causa *Feryn*, cit., punto 22.

¹⁴ *Ibidem*, punto 23. Mentre nel giudizio della Corte l'obiettivo dell'accesso al mercato del lavoro assume una rilevanza centrale, nelle conclusioni l'AG cita anche il considerando 12 che colloca la direttiva 2000/43 nel solco della tutela dei diritti fondamentali. V. conclusioni AG Poiares Maduro, *Feryn*, cit., punto 14. Si veda sul punto

Se si riconoscesse la sussistenza di una discriminazione diretta nell'assunzione solo nel caso in cui un candidato scartato e che si reputi vittima agisca giudizialmente contro il datore, sarebbe compromesso l'obiettivo stesso della direttiva¹⁵. Per questa ragione, dichiarazioni pubbliche con cui un datore affermi che non assumerà lavoratori dipendenti a ragione della loro razza o origine etnica, configurano una discriminazione diretta, anche in assenza di un denunciante identificabile¹⁶.

Inoltre, la questione relativa alla nozione di discriminazione deve essere tenuta distinta da quella relativa ai rimedi che gli Stati devono prevedere ai sensi dell'art. 7¹⁷. L'art. 6 della direttiva afferma infatti che questa pone norme minime che non precludono il mantenimento o l'introduzione da parte degli Stati membri di disposizioni più favorevoli¹⁸. Ne discende che anche se l'art. 7 impone di riconoscere alle associazioni la possibilità di agire esclusivamente *a sostegno* o *per conto* di una vittima, ciò non esclude che l'ordinamento nazionale possa consentire a queste, come pure agli organismi pubblici di parità, di agire senza un denunciante identificato¹⁹.

Nella sentenza *Asociația Accept* un importante azionista della squadra di calcio rumena *FC Steaua*, George Becali, commentando il possibile trasferimento di un giocatore durante un'intervista, dichiarava che, a motivo del suo presunto orientamento sessuale, avrebbe preferito far giocare gli atleti della giovanile piuttosto che accoglierlo in squadra. In assenza di un denunciante, giacché il giocatore non promuoveva alcuna azione, l'*Accept* (associazione non governativa per la tutela delle persone LGBT) sporgeva denuncia sia contro Becali che contro la *FC Steaua* davanti al *Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării* (di seguito il CNCD²⁰). La decisione di quest'ultimo di qualificare il fatto come una molestia invece che come una discriminazione sul lavoro -basata sul fatto che Becali aveva ceduto da pochi giorni le proprie azioni²¹- veniva impugnata dall'*Accept* presso la Corte d'Appello di Bucarest che si domandava, *inter alia*, se dichiarazioni provenienti da un soggetto formalmente estraneo all'impresa potessero comunque configurare un fatto dal quale dimostrare una politica di assunzione discriminatoria.²²

R. KRAUSE, *Case C-54/07*, cit., p. 925 ss.; D. STRAZZARI, *Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, in *RGL*, 2008, p. 776 ss.

¹⁵ Causa *Feryn*, cit., punto 24.

¹⁶ *Ibidem*, punto 25.

¹⁷ V. art. 7, direttiva 2000/43/CE.

¹⁸ *Ibidem*, art. 6.

¹⁹ Causa *Feryn*, cit., punto 26-27. È chiaro -come sottolineato in dottrina- che la debolezza di questa interpretazione si palesa in quegli ordinamenti nazionali dove una tale legittimazione non sia prevista. Si veda R. KRAUSE, *Case C-54/07*, cit., p. 927 ss.; F. SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *RIDL*, 2009, p. 243 ss.

²⁰ Organismo pubblico rumeno per la lotta alle discriminazioni.

²¹ Causa *Asociația Accept*, cit., punto 32. Il sig. Becali aveva ceduto le quote societarie il giorno 8 febbraio 2010. In base al diritto rumeno la cessione è opponibile a terzi a decorrere dalla sua iscrizione nell'apposito registro pubblico, circostanza avvenuta il 23 febbraio dello stesso anno. Le dichiarazioni controverse vengono rilasciate alla stampa il giorno 13 febbraio. Il giudice del rinvio sottolinea che il sig. Becali non modifica il proprio atteggiamento quale *patron* del club dopo l'atto di vendita. Per una completa ricostruzione della vicenda si veda U. BELAVUSAU, *A Penalty Card for Homophobia from EU Non-Discrimination Law: Comment on Asociația Accept.*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2015, p. 353 ss.

²² Sul punto si veda L. CALAFÀ, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 2014, p. 133 ss.

La Corte ritiene che i fatti rientrino nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78²³, in quanto le dichiarazioni erano relative alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro come sancito dall'art. 3, par. 1, lett. a). Questo assunto non è scalfito dal fatto che le modalità di assunzione di una squadra calcistica non siano basate su di un'offerta pubblica o su di una trattativa individuale a seguito di candidature o della preselezione delle stesse da parte del datore²⁴.

Fatte queste premesse, la Corte sostiene che dichiarazioni omofobe come quelle di Becali configurino «fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione»²⁵; in capo al datore ai sensi dell'art. 10, par. 1 della direttiva, benché provengano da un soggetto privo della capacità giuridica di definirne in modo diretto la politica di assunzione o di impegnare o rappresentare lo stesso in materia di selezione del personale²⁶. Il datore non potrà confutare l'esistenza di tali fatti adducendo «la mera circostanza»²⁷ che il dichiarante è privo di poteri legali in tal senso, quando questo si presenti e venga percepito come un importante soggetto nella gestione dell'impresa. Nella valutazione complessiva del caso il giudice comune può tenere conto, in particolare, della circostanza che il datore non abbia preso le distanze dalle dichiarazioni controverse nonché la percezione del pubblico e degli ambienti interessati²⁸. Infine, il fatto che nessuna trattativa sia stata avviata tra la squadra e il giocatore non esclude la configurabilità di fatti dai quali si dimostri una politica di assunzione discriminatoria presso la società²⁹.

Inoltre, la Corte riconosce che il semplice ammonimento irrogato dal CNCD -unica sanzione irrogabile dall'organismo pubblico, secondo il diritto rumeno, quando siano trascorsi 6 mesi dai fatti controversi- non rispetta il contenuto dell'art. 17³⁰ della direttiva, se non accompagnato da modalità sostanziali e procedurali che lo rendano una sanzione *effettiva, proporzionata e dissuasiva*.³¹ Il monito della Corte è chiaro: anche nelle discriminazioni “senza vittima” le sanzioni predisposte dall'ordinamento nazionale devono essere adeguate.

²³ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'interpretazione della direttiva 2000/78, per quanto riguarda l'orientamento sessuale, si vedano Corte giust., 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Tadao Maruko e Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, ECLI: ECLI:EU:C:2008:179; Corte giust., 10 maggio 2001, causa C-147/08, *Jürgen Römer contro Freie und Hansestadt Hamburg*, ECLI: ECLI:EU:C:2011:286; Corte giust., 24 novembre 2016, causa C-443/15, *David L. Parris contro Trinity College Dublin*, ECLI: ECLI:EU:C:2016:897; Corte giust., 12 dicembre 2013, causa C-267/12, *Frédéric Hay contro Crédit agricole*, ECLI: ECLI:EU:C:2013:823; Corte giust., 15 gennaio 2019, causa C-258/17, *E.B. contro Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter BVA*, ECLI: ECLI:EU:C:2019:17. Sull'orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea si rinvia a M. BELL, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002, p. 88 ss.; C. O'CONNOR, *The Constitutionalization of Equality within the EU Legal Order, Sexual Orientation as a Testing Ground*, in *MJ*, 2015, p. 370 ss.; G. ZACCARONI, *Differentiating Equality? The Different Advancements in the Protected Grounds in the Case Law of the European Court of Justice*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (a cura di), *The Principle of Equality in EU Law*, Cham, 2017, p. 167 ss.; A. TRYFONIDOU, *The impact of the framework equality directive on the protection of LGB persons and same-sex couples from discrimination under EU law*, in U. BELAVUSAU, K. HENRARD (a cura di), *EU Anti-Discrimination Law beyond Gender*, Oxford, 2018, p. 229 ss.

²⁴ Causa *Asociația Accept*, cit., punto 44-45.

²⁵ Art. 10, par. 1, direttiva 2000/78/CE.

²⁶ Causa *Asociația Accept*, cit., punto 47.

²⁷ *Ibidem*, punto 48.

²⁸ *Ibidem*, punti 50-51.

²⁹ *Ibidem*, punto 52.

³⁰ V. art. 17, direttiva 2000/78/CE.

³¹ Causa *Asociația Accept*, cit., punto 69.

3. La legittimazione attiva di organismi pubblici e associazioni

Da *Feryn e Asociația Accept* emerge l'importanza di un'autonoma azione di organismi pubblici e associazioni non governative. Dunque sembra utile soffermarsi sulla c.d. *azione popolare*, dato il ruolo cruciale che assume nei casi di discriminazione "senza vittima"³², avvertendo fin da subito che le riflessioni che seguono si concentreranno esclusivamente sulle direttive 2000/43 e 2000/78, con la consapevolezza, tuttavia, che le medesime questioni e problematiche si impongono con forza anche per gli altri settori del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea.

L'art. 7, par. 2 della direttiva 2000/43 e l'art. 9, par. 2 della direttiva 2000/78 impongono agli Stati membri di riconoscere alle associazioni il diritto di avviare procedure giurisdizionali e amministrative solo *a sostegno* o *per conto* di una persona che si ritenga lesa e in ogni caso con il consenso di questa³³.

L'*actio popularis*³⁴ -intesa in questo specifico settore quale azione la cui legittimazione ad agire in capo ad un'associazione, organismo o persona giuridica è riconosciuta in virtù di un autonomo interesse a garantire che le disposizioni delle direttive anti-discriminazione siano rispettate³⁵- si presta ad essere utile strumento per l'accertamento di discriminazioni collettive, dove sovente le vittime non sono identificabili per una serie di cause quali, per esempio, la scarsa conoscenza del contesto normativo³⁶ o il timore di subire fenomeni di c.d. vittimizzazione³⁷.

³² Sul ruolo e le potenzialità degli attori collettivi nel diritto antidiscriminatorio si veda M. DAWSON, E. MUIR, *Individual, Institutional and Collective Vigilance in Protecting Fundamental Rights in the EU: Lessons from the Roma*, in *CMLR*, 2011, p. 751 ss.; C. KILPATRICK, B. DE WITTE, *Introducing the Role of Collective Actors and Preliminary References in the Enforcement of EU Fundamental Rights Law*, in E. MUIR, C. KILPATRICK, J. MILLER, B. DE WITTE (a cura di), *How EU law shapes opportunities for preliminary references on fundamental rights: discrimination, data protection and asylum*, *EUI LAW*, 2017/17, p. 1 ss.; E. MUIR, *EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU*, Oxford, 2018, p. 144 ss.

³³ Per una riflessione sulle conseguenze che le due disposizioni considerate hanno prodotto nei singoli ordinamenti nazionali si rinvia a A. OLIVEIRA, *What Difference Does EU Law Make? The Added Value of EU Equality Directives on Access to Justice for Collective Actors*, in E. MUIR, C. KILPATRICK, J. MILLER, B. DE WITTE (a cura di), *How EU law shapes opportunities for preliminary references on fundamental rights*, cit., p. 7 ss.; Si veda inoltre I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A Comparative Analysis of Non-discrimination Law in Europe* 2019, Commissione Europea, disponibile in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a88ed4a7-7879-11ea-a07e-01aa75ed71a1>. Si veda: art. 17, par. 2 della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), GU L 204 del 26.7.2006, pp. 23-36; art. 8, par. 3, direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, 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, GU L 373 del 21.12.2004, pp. 37-43.

³⁴ Di *actio popularis* parla anche l'AG Poiares Maduro in *Feryn*, v. conclusioni AG Poiares Maduro, *Feryn*, cit., punto 12.

³⁵ Si veda L. FARKAS, *Collective Actions under European Anti-discrimination Law*, in *European Anti-discrimination Law Review*, 2014, n. 19, p. 25 ss; S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing Eu Equality Law through Collective Redress: Lagging Behind?*, in *CMLR*, 2018, p. 783 ss; inoltre, l'azione popolare si rinviene in diversi modelli di giustizia costituzionale, v. M. CAIELLI, E. PALICI DI SUNI, *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Lavis, 2017, p. 80 ss.

³⁶ Una delle criticità maggiori nell'applicazione delle direttive del 2000 riguarda il *deficit* informativo delle vittime, come rilevato dalla Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Relazione congiunta sull'applicazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro {SWD(2014) 5 final}, 17.1.2014, COM(2014) 2 final, p. 4 ss.

³⁷ Le due direttive del 2000 prevedono che gli Stati membri introducano norme per tutelare le persone da trattamenti o conseguenze sfavorevoli di varia natura come ritorsioni a reclami o azioni intentate per chiedere il rispetto del principio di parità di trattamento. V. art. 9, direttiva 2000/43/CE e art. 11, direttiva 2000/78/CE.

L'analisi comparata dei singoli ordinamenti ci consegna un quadro disomogeneo. A titolo d'esempio, in Germania una legittimazione autonoma in capo alle associazioni è riconosciuta esclusivamente nell'ambito delle discriminazioni basate sulla disabilità mentre in Belgio solo in capo al CGKR e ad associazioni registrate e sindacati a tutela dei lavoratori. In Spagna, invece, è possibile per un'associazione agire nel proprio interesse solo nei procedimenti penali³⁸.

La normativa italiana di attuazione delle direttive 2000/43 e 2000/78 riconosce la legittimazione delle associazioni sia quando agiscono *a sostegno* o *per conto* di una vittima che nei casi di *discriminazione collettiva*³⁹. Tuttavia, mentre l'art. 5 del d.lgs. 215/2003, che attua la prima direttiva, garantisce la possibilità di agire solo ad «associazioni [ed] enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministro per le pari opportunità...»⁴⁰, l'art. 5 del d.lgs. 216/2003, che attua la direttiva 2000/78⁴¹, non richiede l'iscrizione in un apposito elenco ma solamente una valutazione caso per caso ad opera del giudice in ordine alla *rappresentatività* dell'associazione. È facile intuire come la legittimazione ad agire, nei casi di discriminazione per *razza* ed *origine etnica*, sia sottoposta alle condizioni più onerose derivanti dall'iscrizione nel registro ministeriale rispetto ai fatti discriminatori basati sui motivi tutelati dalla direttiva 2000/78.

Da ultimo, non si può non ricordare la raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013⁴² che pone principi comuni relativi ai meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria per le violazioni dei diritti conferiti dalle norme di diritto dell'Unione⁴³, poiché, oltre ad essere richiamata dalla Corte di Cassazione nelle domande pregiudiziali da

³⁸ Nessuna forma di *actio popularis* in capo alle sole associazioni è riconosciuta in Belgio, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda. Si veda I. CHOPIN, C. GERMAINE, *A Comparative Analysis of Non-discrimination Law*, cit., p. 93 ss.

³⁹ Si veda V. PASSALACQUA, *Advancing EU Equality Law in Italy: Between Unsystematic Implementation and Decentralized Enforcement*, in E. MUIR, C. KILPATRICK, J. MILLER, B. DE WITTE (a cura di), *How EU law shapes opportunities for preliminary references on fundamental rights*, cit., p. 75 ss.; C. FAVILLI, *Country Report Non-discrimination, Italy 2019*, Commissione europea, disponibile in <https://www.equalitylaw.eu/downloads/5014-italy-country-report-non-discrimination-2019-pdf-1-36-mb>, p. 50 ss.

⁴⁰ V. art. 5, comma 1, Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (Pubblicato in GU n.186 del 12-8-2003). Tra le condizioni per l'iscrizione, secondo l'articolo 6 comma 2, figurano: l'avvenuta costituzione da almeno un anno e l'esistenza di uno statuto che «sancisca un ordinamento a base democratica» e che dichiarare come «scopo esclusivo o preminente» dell'associazione la lotta alle discriminazioni (lett. a); la tenuta dell'elenco degli iscritti (lett. b); l'elaborazione di un bilancio annuale secondo le norme di contabilità delle associazioni non riconosciute (lett. c); lo svolgimento di una attività continuativa nell'anno precedente (lett. d); infine, vari requisiti che devono essere posseduti dai rappresentanti legali (lett. e).

⁴¹ V. art. 5 commi 1 e 2, Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (Pubblicato in GU n. 187 del 13-08-2003).

⁴² Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione, 2013/396/UE. La raccomandazione è accompagnata dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, «Verso un quadro orizzontale europeo sui ricorsi collettivi», 11.6.2013, COM(2013) 401 final. Per un inquadramento generale della raccomandazione si rinvia a M. DAWSON, E. MUIR, *One for All and All for One? The Collective Enforcement of EU Law*, in *LIEI*, 2014, p. 215 ss.

⁴³ Ad oggi la raccomandazione sembra aver avuto uno scarso impatto negli ordinamenti nazionali: «l'analisi delle evoluzioni legislative negli Stati membri e gli elementi di prova forniti dimostrano che è stato dato un seguito piuttosto limitato alla raccomandazione», così la Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'unione (2013/396/UE), 25.1.2018, COM(2018) 40 final, p.19.

cui origina la sentenza in commento, essa costituisce un atto tipico, sebbene non vincolante⁴⁴, di cui il giudice nazionale deve tenere conto nell'applicazione del diritto dell'Unione. È stato già notato in dottrina come la raccomandazione del 2013 possa rilevare anche nel campo del diritto antidiscriminatorio⁴⁵e, dunque, come non vi siano ragioni per escludere che i principi che ne emergono possano essere rilevanti anche per i meccanismi di *azione popolare* che gli Stati membri prevedono nei casi di discriminazione “senza vittima”⁴⁶. Sul profilo della legittimazione ad agire degli attori collettivi, in particolare, va notato che il punto 4 suggerisce che gli Stati designino le organizzazioni rappresentative sulla base delle «condizioni di legittimità»⁴⁷ elencate nel punto, tra cui si sottolinea per quel che qui rileva ai fini della sentenza *NH*, l'assenza dello *scopo di lucro* dell'associazione.

4. Le questioni pregiudiziali poste dalla Cassazione

Una volta chiariti questi aspetti di tutela sostanziale e procedurale, è il momento di procedere all'esame delle questioni pregiudiziali poste dalla Prima Sezione civile della Cassazione.

Con la prima si chiede se l'art. 9 della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che un'associazione come la RLA «si ponga automaticamente come portatrice di un interesse collettivo e associazione di tendenza *non profit*, legittimata ad agire in giudizio, anche con una domanda risarcitoria, in presenza di fatti ritenuti discriminatori per detta categoria»⁴⁸. Dall'ordinanza di rinvio⁴⁹ risulta che l'art. 5 comma 2 del d.lgs. 216/2003, che attua l'art. 9 della direttiva, riconosca la legittimazione ad agire attraverso una valutazione del giudice tesa a verificare la *rappresentatività* dell'associazione⁵⁰. La Suprema Corte dubita, a differenza dei giudici di primo e secondo grado, che per il solo fatto della presenza nello statuto del fine di promuovere il rispetto per la comunità LGBTI, la RLA possa essere considerata ente esponenziale, quando è invece costituita da avvocati e ha come obiettivo preminente quello di offrire un'assistenza giudiziaria alle persone LGBTI. Sorge anche la questione se, alla luce della raccomandazione del 2013, debba essere valutato lo scopo di lucro tra i criteri rilevanti per concedere alla RLA la possibilità di agire.

Con la seconda questione, invece, il Giudice di legittimità si chiede se le dichiarazioni di *NH* costituiscano una discriminazione diretta all'accesso all'occupazione e al lavoro secondo gli artt. 2 e 3 della direttiva 2000/78⁵¹. La Prima Sezione della S.C. Cassazione

⁴⁴ V. Corte giust., 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Salvatore Grimaldi contro Fonds des maladies professionnelles*, ECLI: ECLI:EU:C:1989:646, punto 18. Si veda R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, 2018, Torino, II ed., p. 183 ss.

⁴⁵ Va dichiarato che la scelta dell'approccio orizzontale va salutata con favore, in quanto il diritto antidiscriminatorio condivide con altri settori normativi l'asimmetria tra i soggetti coinvolti, con la conseguenza che il ricorso collettivo assume un ruolo centrale nella tutela delle vittime, cfr. C. FAVILLI, *I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria: verso un autentico approccio orizzontale*, in *DUE*, 2014, p. 439 ss, in particolare p. 454 ss; Si veda sul punto anche S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing Eu Equality Law through Collective Redress*, cit., p. 792 ss.

⁴⁶ C. FAVILLI, *I ricorsi collettivi nell'Unione europea e la tutela antidiscriminatoria*, cit., p. 456 ss.

⁴⁷ Punto 4, raccomandazione 2013/396/UE.

⁴⁸ Causa *NH*, cit., punto 27.

⁴⁹ V. Cass. civ., sez. I, ordinanza 20 luglio 2018, cit., paragrafi 3 e 4.

⁵⁰ Questa è rappresentativa quando è ritenuta *ente esponenziale*, nel senso che, avendo come fine statutario la rappresentanza di una data categoria, l'atto discriminatorio lede allo stesso tempo l'interesse collettivo e l'interesse proprio dell'associazione.

⁵¹ V. Cass. civ., sez. I, ordinanza 20 luglio 2018, cit., paragrafo 5.

evidenzia che la direttiva delimita la tutela antidiscriminatoria alle situazioni concernenti i rapporti di lavoro e l'occupazione. La libertà che entra in bilanciamento con gli interessi sottesi è dunque l'autonomia negoziale -espressione della libera iniziativa economica riconosciuta anche all'art. 41 della Costituzione italiana- e non la libertà d'espressione: la normativa a contrasto delle discriminazioni non è destinata a fornire una tutela dell'onore, della reputazione e dell'identità personale. Seguendo questo ragionamento, dichiarazioni rilasciate in pubblico possono costituire una discriminazione ai sensi della direttiva 2000/78 solo qualora sia dimostrato un «effettivo pericolo»⁵² che, in relazione all'ambito delle condizioni di accesso al lavoro, debba almeno concretizzarsi nell'esistenza di una procedura di selezione in corso o programmata. Confidando in un attento bilanciamento degli interessi coinvolti da parte della Corte di giustizia, la Cassazione, in sostanza, interroga i giudici di Lussemburgo sulla possibilità di ritenere dichiarazioni come quelle di NH illegittime, in quanto rientranti nell'ambito della direttiva 2000/78, oppure oggetto della tutela della libertà d'espressione.

5. La sentenza *NH* della Grande Sezione

La Corte di giustizia sceglie di rispondere prioritariamente alla seconda questione relativa all'ambito di applicazione materiale della direttiva 2000/78⁵³. Il primo passo compiuto dalla Grande Sezione consiste nel riformulare la domanda pregiudiziale della Cassazione: benché quest'ultima faccia riferimento anche all'art. 2 della direttiva, il problema interpretativo non concerne tanto la qualificazione delle dichiarazioni di NH come discriminazione diretta quanto piuttosto se queste, in virtù del particolare contesto in cui sono state rilasciate, possano essere considerate relative alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, lett. a)⁵⁴ e dunque rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva. Riformulata in questi termini la questione, la Corte fornisce l'interpretazione della disposizione in parola, collocando il dato testuale nella cornice del contesto e degli obiettivi della direttiva 2000/78.

L'art. 3 non fa riferimento esplicito, per la definizione dei suoi termini, al diritto degli Stati membri⁵⁵. Ne consegue che la locuzione deve essere oggetto di un'interpretazione uniforme ed autonoma di diritto dell'Unione, la cui base di partenza deve essere il suo «senso abituale nel linguaggio corrente»⁵⁶. Le «condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro» a cui fa riferimento l'articolo, altro non sono che le «circostanze o i fatti la cui esistenza deve imperativamente essere dimostrata affinché una persona possa ottenere un'occupazione o un lavoro determinato»⁵⁷. Ma qual è il significato di questa espressione, letta alla luce del contesto e degli obiettivi della normativa in cui si inserisce?

⁵² *Ivi*.

⁵³ La Grande Sezione decide di seguire l'impostazione adottata dall'AG Sharpston, v. conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 29.

⁵⁴ Causa *NH*, cit., punti 28-29.

⁵⁵ *Ibidem*, punto 31.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 32. Va sottolineato che si potrebbe rilevare una certa antinomia logica nel discorso della Corte in quanto risulta evidente come il senso nel linguaggio abituale della locuzione può risentire del contesto normativo dei singoli ordinamenti in cui viene calata.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 33.

La Corte ricostruisce in modo preciso il quadro normativo attraverso la cui lente va letta la disposizione. L'art. 19, par. 1 TFUE⁵⁸ ha dotato l'Unione delle competenze necessarie per combattere le discriminazioni, comprese quelle basate sull'*orientamento sessuale*. È sulla base di questa disposizione che il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/78, la quale offre un quadro generale per la lotta alle discriminazioni nel campo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Il considerando 9 della stessa definisce questi ultimi come «elementi chiave» attraverso cui si realizza la partecipazione dell'individuo alla vita collettiva⁵⁹ mentre il considerando 11 indica come le discriminazioni rappresentino una minaccia per il raggiungimento degli obiettivi stessi del TFUE⁶⁰. Da ultimo -ma si tratta di profilo non meno importante- si sottolinea che la stessa direttiva 2000/78 attua il *principio generale di non discriminazione* sancito dall'art. 21 della Carta⁶¹.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, l'art. 3, par. 1, lett. a) non può ricevere un'interpretazione restrittiva, come già affermato in *Asociația Accept* laddove si era stabilito che la direttiva 2000/78 è «idonea ad applicarsi in situazioni che concernono, in materia di occupazione e di lavoro, delle dichiarazioni relative alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro»⁶².

In tale pronuncia la Corte aveva ritenuto non necessaria, al fine di dimostrare il carattere discriminatorio di una politica di assunzione promossa dalla società calcistica, la circostanza che una trattativa fosse stata avviata con il giocatore⁶³. Ebbene, nella causa *NH*, la Grande Sezione compie un passo ulteriore, chiarendo definitivamente che «talune circostanze, come l'assenza di una procedura di selezione in corso o programmata, non sono decisive per stabilire se delle dichiarazioni siano relative ad una determinata politica di assunzioni e rientrino dunque nella nozione di “condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro”»⁶⁴, nella

⁵⁸ Art. 19, par. 1, TFUE: «fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità, secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale (corsivo aggiunto)». Sull'evoluzione del diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea si rinvia, *ex multis*, a B. DE WITTE, *From a “Common Principle of Equality” to “European Antidiscrimination Law”*, in *ABS*, 2010, p. 1715 ss.; M. BELL, *The Principle of Equal Treatment: Widening and Deepening*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 611 ss.; U. BELAVUSAU, K. HENRARD, *A Bird's Eye View on EU Anti-Discrimination Law: The Impact of the 2000 Equality Directive*, in *GLJ*, 2019, p. 614 ss.

⁵⁹ V. considerando 9, direttiva 2000/78/CE. Il valore del lavoro come mezzo per la completa realizzazione dell'individuo è sottolineato anche dall'AG, v. conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 44.

⁶⁰ V. considerando 11, direttiva 2000/78/CE.

⁶¹ Causa *NH*, cit., punti 35-38. Sul punto va sottolineato che l'AG dedica particolare attenzione nell'affermare che la direttiva 2000/78 «non crea, essa stessa, il principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro» (conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 41). V. Corte giust., 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, ECLI: ECLI:EU:C:2005:709; Corte giust., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Küçükdeveci contro Swedex GmbH & Co. KG*, ECLI: ECLI:EU:C:2010:21; Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, ECLI: ECLI:EU:C:2018:257. Sul punto v. G. DI FEDERICO, *La sentenza Küçükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in *RIDL*, 2010, p. 1002 ss. Il richiamo a questa giurisprudenza è, in tale caso, “incidentale” nel senso che non serve tanto a determinare la disapplicazione della norma nazionale ma piuttosto a contestualizzare l'interpretazione dell'ambito materiale della direttiva 2000/78. Sul rapporto tra direttive, principi generali e Carta dei diritti fondamentali si è rivolta l'attenzione della migliore dottrina. Sul punto, *ex multis*, si rinvia a T. TRIDIMAS, *Fundamental Rights, General Principles of EU Law, and the Charter*, in *CYELS*, 2014, p. 361 ss.; L. S. ROSSI, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi.it*, n. 10, 22 maggio 2019.

⁶² Causa *NH*, cit., punto 40.

⁶³ *Ibidem*, punto 42.

⁶⁴ *Ibidem*, punto 43.

misura in cui «esse possano effettivamente essere ricondotte alla politica di assunzioni di un determinato datore di lavoro»⁶⁵ attraverso una serie di criteri utili al giudice per orientarsi in una tale opera interpretativa⁶⁶.

Il primo criterio su cui porre l'attenzione è lo *status dell'autore delle dichiarazioni* e la *veste nella quale le esprime*⁶⁷. Il dichiarante deve essere un datore di lavoro potenziale o una persona capace di fatto o in diritto di «esercitare un'influenza determinante nella politica di assunzioni, ovvero su una decisione di assunzione» di un potenziale datore oppure essere quantomeno suscettibile di essere percepita «dal pubblico o dagli ambienti interessati»⁶⁸ come capace di esercitare una simile influenza, anche quando non disponga della capacità giuridica di definire la politica di assunzione del datore o a vincolarlo o rappresentarlo in materia di assunzioni.

Il secondo criterio è quello della *natura* e del *contenuto delle dichiarazioni*⁶⁹, da cui si dovrebbe ricavare il riferimento all'attività lavorativa esercitata dal datore e l'intenzione di discriminare.

In terzo luogo si deve prendere in considerazione il *contesto* in cui le dichiarazioni sono rilasciate, in particolare se questo sia *privato* oppure *pubblico*⁷⁰. Non rileva se la diffusione sia da imputare ai media tradizionali oppure avvenga tramite *social network*⁷¹.

Ricostruiti in questo modo i criteri in presenza dei quali le dichiarazioni devono ritenersi illegittime ai sensi della direttiva 2000/78, la Grande Sezione afferma che tale interpretazione non può essere scalfita dalle esigenze di tutela della libertà d'espressione: il dichiarante, come afferma l'AG Sharpston, «non esercita il suo diritto alla libertà di espressione. Egli sta esprimendo una politica di assunzione discriminatoria»⁷².

La libertà d'espressione è un valore caratterizzante le società democratiche. La stessa Unione, come testimonia l'art. 2 TUE⁷³, la pone tra i valori sui quali è edificato il suo ordinamento. Allo stesso tempo costituisce una prerogativa fondamentale della persona riconosciuta all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali⁷⁴. Tuttavia questa non è un diritto assoluto immune da limitazioni⁷⁵.

⁶⁵ *Ibidem*, punto 44.

⁶⁶ La Grande Sezione rinvia espressamente alle conclusioni dell'AG Sharpston, v. conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punti 53-56, dove la stessa definisce i criteri «non esaustivi».

⁶⁷ Causa *NH*, cit., punto 44.

⁶⁸ *Ivi*.

⁶⁹ *Ibidem*, punto 45.

⁷⁰ Vale la pena sottolineare che solo in questo secondo caso sembra che le dichiarazioni possano configurare una discriminazione.

⁷¹ Il riferimento alle nuove piattaforme comunicative non sembra essere casuale in quanto nelle conclusioni dell'AG non compare alcuna menzione in tal senso. Questo, dunque, è il risultato di un'autonoma riflessione della Corte riguardo la circostanza che il fenomeno discriminatorio ha subito una migrazione verso nuove piattaforme, la cui rapidità nella diffusione dei contenuti, è ancora più «letale» per gli obiettivi della direttiva.

⁷² Conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit. punti 62.

⁷³ V. art. 2 TUE.

⁷⁴ V. art. 11 CDFUE. Si veda R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Art. 11. Libertà di espressione e di informazione*. in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017, p. 219 ss.

⁷⁵ Come risulta confermato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sul punto l'AG richiama la sentenza della Corte EDU, 9 febbraio 2012, *Vejdeland e a. c. Svezia*, CE:ECHR:2012:0209JUD000181307. V. conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 70.

Non ci sono dubbi che l'interpretazione della direttiva 2000/78 fornita in *NH* rispetti i requisiti che l'art. 52, par. 1⁷⁶ della Carta pone come condizione di legittimità delle limitazioni dei diritti e delle libertà in essa custoditi. La qualificazione illecita delle dichiarazioni deriva dalla *legge*, nella specie dalla direttiva 2000/78⁷⁷. Il *contenuto essenziale* della libertà d'espressione non viene intaccato in quanto questa è limitata al solo fine di raggiungere l'obiettivo della parità di trattamento e di un elevato livello di occupazione e protezione sociale⁷⁸. Inoltre, viene osservato il *principio di proporzionalità*: la direttiva delimita in modo chiaro i motivi di discriminazione all'art. 1 e il proprio ambito materiale all'art. 3. Ne risulta che non tutte le manifestazioni di opinione sono vietate ma solo quelle che configurino, alla luce dei criteri sopra enunciati, una discriminazione in materia di occupazione e di lavoro, non eccedendosi quanto necessario per il perseguimento degli obiettivi che si pone la direttiva⁷⁹.

Infine, la Grande Sezione -tirando le fila del ragionamento- sottolinea che «l'essenza stessa della tutela concessa [dalla direttiva 2000/78] in materia di occupazione e di lavoro potrebbe divenire illusoria»⁸⁰ se l'interpretazione dell'art. 3, par. 1, lett. a) portasse a non ricomprendere nell'ambito della stessa opinioni discriminatorie per il solo fatto che non era in corso o prevista una procedura concreta di assunzione. Dichiarazioni come quelle di *NH* sono idonee a dissuadere le persone dal presentare le proprie candidature per un posto di lavoro e la circostanza non muta neppure nel caso in cui vengano rilasciate nel contesto di un programma di intrattenimento o rappresentino l'opinione personale dell'autore riguardo alla categoria⁸¹. Infatti, alla luce del terzo criterio ricostruttivo posto dalla Corte (il *contesto*), ben si intuisce come la diffusione pubblica -a prescindere da circostanze quali la natura satirica del programma audiovisivo⁸²- è il fattore che rende le dichiarazioni una minaccia seria agli obiettivi della direttiva 2000/78.

La Grande Sezione -dopo aver così risposto alla seconda questione- risponde al dilemma interpretativo relativo alla legittimazione ad agire di associazioni come la *RLA*. Va notato che rispetto sia alle conclusioni dell'AG⁸³ sia all'intensità delle preoccupazioni che sembrano emergere dall'ordinanza di rinvio, risolve in modo relativamente semplice la questione, richiamando in sostanza *Asociația Accept*, la quale a sua volta riprendeva sinteticamente i principi emersi in *Feryn*⁸⁴.

⁷⁶ Causa *NH*, cit., punto 49. V. art. 52 CDFUE. Si veda K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ECLR*, 2012, p. 375 ss.; F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Art. 52 - Portata ed interpretazione dei diritti e dei principi*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, cit, p. 1062 ss.

⁷⁷ Causa *NH*, cit., punto 50.

⁷⁸ *Ibidem*, punto 51.

⁷⁹ *Ibidem*, punti 52-53. Tra questi obiettivi la Grande Sezione cita anche la garanzia delle vittime di discriminazione. Questa argomentazione sottolinea che, nel ragionamento della Corte, l'impatto di dichiarazioni discriminatorie è tutt'altro che potenziale, rinvenendosi vittime anche in assenza di denunciatori.

⁸⁰ *Ibidem*, punto 54.

⁸¹ *Ibidem*, punto 56.

⁸² Conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 37. Il governo italiano aveva tentato di introdurre il concetto di trasmissioni di "approfondimento", le quali si caratterizzerebbero per la partecipazione di datori di lavoro e giornalisti di cronaca tra gli ospiti, lasciando intendere che invece trasmissioni di intrattenimento come quelle nel caso *de quo*, caratterizzate dal contesto satirico e dissacrante, dovessero essere valutate come circostanza escludente la discriminazione.

⁸³ *Ibidem*, punti 78-110.

⁸⁴ V. causa *Asociația Accept*, cit, punti 36-39.

Come emerge dal combinato disposto degli artt. 9, par. 2 e 8, par. 1⁸⁵ della direttiva 2000/78, qualora lo Stato membro riconosca alle associazioni la possibilità di avviare procedure giurisdizionali o amministrative in assenza di una vittima identificabile, le condizioni a cui soggiace l'azione nonché il contenuto della domanda sono regolate dal diritto nazionale il quale deve garantire, secondo l'art. 17 della direttiva, che le sanzioni nei confronti di atti discriminatori siano *effettive, proporzionate e dissuasive*⁸⁶. Quindi, le domande della Cassazione riguardanti i criteri in base ai quali la legittimazione attiva può essere riconosciuta, tra cui la rilevanza dello scopo di lucro, nonché la possibilità che l'associazione rivolga all'autore della discriminazione una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale, devono necessariamente essere risolte sulla base della normativa interna italiana.

6. Due prospettive per comprendere *NH*

Come già anticipato, sono due le prospettive attraverso le quali merita di essere letta la sentenza *NH*. La prima, costituita dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, permette di apprezzare la portata innovativa della pronuncia rispetto a *Feryn* e *Asociația Accept* e, allo stesso tempo, di interrogarsi sulla possibile estensione dell'interpretazione della Corte a dichiarazioni discriminatorie che insistano, oltre che sulle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, su altri ambiti materiali considerati dalle direttive anti-discriminazione, soprattutto con riferimento alla direttiva 2000/43.

La seconda prospettiva è invece rappresentata dallo standard di tutela elaborato dalla Corte. L'interpretazione estensiva della nozione di discriminazione diretta, nel ricomprendere oltre che le discriminazioni individuali anche fenomeni di discriminazione collettiva in assenza di denunciante, dilata considerevolmente la tutela offerta dalla direttiva 2000/78. Tuttavia, si può notare come aumenti, in modo corrispondente, la possibilità di conflitti con interessi comunque meritevoli di protezione. Se la Grande Sezione risolve in modo relativamente semplice il bilanciamento tra tutela antidiscriminatoria e libertà d'espressione, non è scontato che sul piano nazionale il conflitto si ricomponga con altrettanta agilità: per questa ragione si ritiene necessario soffermarsi sulla possibile reazione della Cassazione. Si conferma peraltro la debolezza della tutela procedurale, circostanza che, negli ordinamenti sprovvisti di un'autonoma legittimazione d'agire delle associazioni, potrebbe vanificare lo standard di tutela sostanziale elaborato dalla Corte: ci si trova allora davanti ad un gigante dai piedi di argilla?

6.1. L'ambito di applicazione della direttiva 2000/78: la portata innovativa di *NH* e i possibili riflessi per il diritto antidiscriminatorio

L'aspetto innovativo di *NH* rispetto ai precedenti risiede nel punto 43 della sentenza, dove la Grande Sezione considera non decisiva la circostanza che al momento delle dichiarazioni sia in corso o programmata una procedura di assunzione. La *ratio* sembra essere racchiusa nella *presunzione relativa* avanzata dall'AG⁸⁷: la selezione del personale è un

⁸⁵ V. art. 8, par. 1, direttiva 2000/78/CE.

⁸⁶ Causa *NH*, cit., punti 59-65.

⁸⁷ Conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 55.

momento fisiologico di ogni attività economica e dunque è presumibile che un datore applicherà il criterio discriminatorio, oggetto delle dichiarazioni, in tutte le potenziali procedure. La Corte si concentra sull'effetto dissuasivo, amplificato dai mezzi di comunicazione, delle dichiarazioni: difficilmente una persona omosessuale invierà il proprio *curriculum vitae* nello studio legale di NH, dopo aver ascoltato la dichiarazione in cui questo ha pubblicamente manifestato i criteri adottati nella selezione dei propri dipendenti e/o collaboratori.

Inoltre, alla sentenza va riconosciuto il merito –anche grazie alla mirabile opera ricostruttiva dell'AG Sharpston- di aver dato coerenza al *corpus* di principi emersi in *Feryn* e *Asociația Accept*, attraverso l'elencazione dei criteri utili per ricondurre determinate dichiarazioni pubbliche nell'ambito della direttiva 2000/78. Tuttavia, la valutazione complessiva dei fatti di discriminazione, che l'interprete sarà chiamato ad affrontare, risulterà tutt'altro che agevole. Il *contenuto* e la *natura delle dichiarazioni* sembrano i criteri più utili per apprezzare l'evento discriminatorio, in quanto si può valutare se sia presente l'intenzione di discriminare del dichiarante, nel senso di stabilire un trattamento diseguale nei confronti di una data categoria. Allo stesso modo sembra che un certo rilievo debba avere la valutazione della *percezione del pubblico* o *degli ambienti interessati* relativamente allo *status dell'autore*, dai quali ricavare in che misura la provenienza delle dichiarazioni da un soggetto, non formalmente investito di poteri legali in materia di assunzioni, permetta comunque di accertare l'esistenza di una politica di selezione discriminatoria perseguita da un datore di lavoro. Tuttavia, pare utile ricordare che, a prescindere dalla più o meno intensa rilevanza che singolarmente possono assumere nei casi concreti, i criteri devono essere cumulativamente applicati, al fine di ricondurre determinate dichiarazioni alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro.

Infine, meritano di essere sottolineate le conclusioni dell'AG Sharpston, laddove essa afferma che si debba tenere conto «della misura in cui la *natura*, il *contenuto* e il *contesto* delle dichiarazioni possano dissuadere le persone appartenenti al gruppo protetto dal presentare la loro candidatura a un impiego presso tale datore di lavoro (corsivo aggiunto)»⁸⁸. Allo stesso tempo, la Grande Sezione sottolinea con enfasi che «l'espressione di opinioni discriminatorie in materia di occupazione e lavoro [...] è *idonea a dissuadere* le persone in questione dal candidarsi ad un posto di lavoro (corsivo aggiunto)»⁸⁹. Dunque, nella ricostruzione del nesso tra dichiarazioni pubbliche e accesso all'occupazione e al lavoro, emerge l'importanza che le stesse siano “dissuasive”, valorizzandosi in questo modo la percezione del gruppo interessato. Seguendo le conclusioni dell'AG, se determinate dichiarazioni, in virtù della loro *natura* e *contenuto* nonché del *contesto*, abbiano dissuaso gli

⁸⁸ *Ibidem*, punto 57. Si noti come l'AG ritenga che l'effetto dissuasivo delle dichiarazioni debba essere valutato alla stregua della *natura*, del *contenuto* e del *contesto* delle stesse, non richiamando in tale punto delle sue conclusioni il criterio precedentemente posto dello *status dell'autore* e del suo *ruolo*. Una possibile spiegazione risiede nella circostanza che mentre lo *status dell'autore* è un criterio soggettivo che insiste sulla posizione *de iure* o *de facto* dell'autore delle dichiarazioni, gli altri criteri sono relativi alla dichiarazione in sé. Secondo l'AG l'effetto dissuasivo, che sembra, nell'economia delle conclusioni, rivestire il ruolo di una sorta di ulteriore criterio, discenderebbe proprio dalla combinazione di questi ultimi.

⁸⁹ Causa *NH*, cit., punto 55. La Grande Sezione rinvia espressamente ai punti 44-57 delle conclusioni dell'AG per confermare l'idoneità di dichiarazioni pubbliche a rappresentare un fattore dissuasivo in capo agli appartenenti alla categoria discriminata dal presentare candidature per posizioni lavorative.

appartenenti ad una categoria dal proporsi per una posizione lavorativa, allora rientrano, per il tramite dell'art. 3, par. 1, lett. a), nell'ambito della direttiva 2000/78.

Pare potersi affermare che l'interpretazione fornita in *NH* sia valida, come già del resto era possibile ricavare da *Feryn e Asociația Accept*⁹⁰, per tutte le discriminazioni basate sui motivi considerati dall'art. 19 TFUE⁹¹ e 157 TFUE⁹². Tuttavia, vale la pena interrogarsi sui riflessi generati da una simile interpretazione, in particolare riguardo all'ambito materiale della direttiva 2000/43 rispetto alla direttiva "gemella".

La direttiva 2000/78 ha un ambito di applicazione circoscritto esclusivamente al lavoro e alla formazione professionale⁹³ rispetto a quello della direttiva 2000/43, la quale ricopre anche i settori della protezione sociale, compresa la sicurezza sociale e l'accesso alla sanità, le altre prestazioni sociali, l'istruzione e l'accesso ai beni e servizi incluso l'alloggio⁹⁴. Questa discrasia tra gli ambiti materiali delle direttive -acuita dal numero maggiore di eccezioni al principio di parità di trattamento contenute nella direttiva 2000/78⁹⁵- ha portato la dottrina a parlare di una *gerarchia* tra i motivi di discriminazione⁹⁶ giacché *razza* ed *origine etnica* privilegiano di un ambito materiale di tutela più ampio⁹⁷. Dunque sembra utile chiedersi se, relativamente alla direttiva 2000/43, questa giurisprudenza sia confinata esclusivamente all'ambito dell'occupazione e lavoro oppure possa essere estesa anche agli altri settori coperti, per esempio all'ambito dell'accesso ai servizi o all'alloggio: dichiarazioni come "non vendo", "non fornisco tale servizio" o "non affitto questa stanza" possono essere considerate anch'esse una *discriminazione diretta*?

Nulla osta a questo scenario. Se pur va ammesso che la necessità di garantire l'accesso all'occupazione emerge come un aspetto cruciale nel ragionamento della Corte in *Feryn*, *Asociația Accept* e oggi in *NH*, l'interpretazione teleologica delle disposizioni che disciplinano il perimetro materiale delle direttive sembra analogamente applicabile anche agli altri settori considerati dall'art. 3 della direttiva 2000/43. Se ciò venisse espressamente riconosciuto, il divario applicativo tra le direttive sarebbe ancora più evidente e testimonierebbe l'esigenza di un intervento del legislatore dell'Unione. Sul punto, la proposta di direttiva della Commissione del 2008, che mirava ad ampliare in modo orizzontale la tutela contro le discriminazioni basate sui motivi considerati dalla direttiva 2000/78 a tutti i settori interessati al diritto dell'Unione⁹⁸, sembra essere ancora una volta una possibile risposta al problema.

⁹⁰ Cfr. U. BELAVUSAU, *A Penalty Card for Homophobia from EU Non-Discrimination Law*, cit., p. 360 ss.

⁹¹ Direttiva 2000/43/CE, cit.; direttiva 2000/78/CE, cit.; direttiva 2004/113/CE, cit.

⁹² Direttiva 2006/54/CE, cit.

⁹³ V. art. 3, par. 1, direttiva 2000/78/CE

⁹⁴ V. art. 3, par. 1, direttiva 2000/43/CE.

⁹⁵ V. art. 6, direttiva 2000/78/CE.

⁹⁶ Cfr. L. WADDINGTON, M. BELL, *More Equal than Others: Distinguishing European Union Equality Directives*, in *CMLR*, 2001, p. 587 ss.

⁹⁷ Si noti inoltre che, mentre l'art. 13 della direttiva 2000/43 contiene una specifica norma che impone agli Stati membri di istituire *equality bodies* («Gli Stati membri stabiliscono che siano istituiti uno o più organismi per la promozione della parità di trattamento di tutte le persone senza discriminazioni fondate sulla razza o'origine etnica»), una simile norma risulta assente nel quadro della direttiva 2000/78, v. M. BELL, *The Principle of Equal Treatment*, cit., p. 619.

⁹⁸ V. Proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181}. L'art. 3 delimita l'ambito di applicazione alla protezione sociale, comprese la sicurezza sociale e l'assistenza sanitaria, alle prestazioni sociali, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi disponibili al pubblico e alla loro fornitura, inclusi gli alloggi, specificando che quest'ultimo caso si

6.2. Il livello di tutela sostanziale: tra il bilanciamento con interessi contrapposti e le criticità procedurali

Osservando la sentenza dalla prospettiva dello standard di tutela sostanziale elaborato dalla Corte, si può notare come l'interpretazione della direttiva 2000/78 comporti la necessità di un bilanciamento con la libertà d'espressione. Del resto, non è la prima volta che il diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea genera tensioni tra interessi contrapposti, alcuni dei quali aventi un diverso apprezzamento nella tradizione giuridica nazionale, come si può vedere nella sentenza *Honeywell*⁹⁹ del *Bundesverfassungsgericht* ma soprattutto nel caso *Ajos*¹⁰⁰ che ha portato la Corte suprema danese allo scontro con la Corte di giustizia. La domanda da porsi è, dunque, quale potrebbe essere la reazione del giudice del rinvio.

Non sembra privo di rilievo il fatto che la Cassazione richiami, nella propria ordinanza, il caso *Achbita*¹⁰¹ -dove veniva in rilievo l'art. 16 della Carta che tutela la libertà di iniziativa economica, come giustificazione del divieto imposto dal datore di indossare il velo per i dipendenti a contatto con la clientela- sembrando richiedere alla Corte di giustizia un attento bilanciamento tra libertà d'espressione e contrasto alle discriminazioni. Dalla lettura dell'ordinanza si evince una chiara posizione nel considerare che la libertà in parola non possa formare oggetto delle limitazioni della direttiva 2000/78. Ci si chiede allora se la Cassazione si riterrà soddisfatta dalla risposta della Grande Sezione oppure sosterrà che la libertà d'espressione nell'ordinamento italiano goda di un contenuto più ampio e non coincidente con quello che emerge dall'interpretazione in *NH*. Se così fosse, ci troveremmo davanti ad una c.d. *doppia pregiudiziale* i cui parametri rilevanti sono rappresentati, sul piano dell'Unione, dall'art. 11 della Carta e, sul piano interno, dall'art. 21 della Costituzione italiana. Nell'ambito del nuovo cambio di corso emerso nella giurisprudenza costituzionale -ribattezzato come sistema «269 temperato»¹⁰²- la Prima Sezione potrebbe rivolgersi alla Consulta. Nell'ipotesi –

applica agli individui solo se esercitano una propria attività commerciale o professionale. Sul punto si può notare che invece sul piano dei rimedi l'art. 7, par. 2 della proposta di direttiva non cambia il contenuto dell'attuale art. 9, par. 2 della direttiva 2000/78.

⁹⁹ BVerfG, ordinanza del primo senato del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, DE:BVerfG:2010:rs20100706.2bvr266106. Sul punto si veda M. PAYANDEH, *Constitutional Review of EU Law after Honeywell: Contextualizing the Relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, in *CMLR*, 2011, p. 9 e ss.

¹⁰⁰ V. Corte giust., 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Dansk Industri (DI) contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI: ECLI:EU:C:2016:278. La Corte suprema danese (Højesteret, 6 dicembre 2016, causa 15/2014) ha risposto alla pronuncia della Corte, la quale sostanzialmente confermava *Mangold*, imponendo al giudice nazionale la disapplicazione della normativa nazionale in una complicata vicenda di indennità di licenziamento e contratti a tempo, una volta raggiunto un determinato limite d'età, affermando che il principio generale di non discriminazione in base all'età non può trovare ingresso nell'ordinamento nazionale, aprendo anche scenari preoccupanti per quanto riguarda gli effetti diretti delle norme della Carta dei diritti fondamentali. Sul punto cfr. R. HOLDGAARD, D. ELKAN, G. KROHN SCHALDEMOSE, *From Cooperation to Collision: The ECJ's Ajos Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply*, in *CMLR*, 2018, p. 17 ss.

¹⁰¹ V. Corte giust., 14 marzo 2017, causa C-157/15, *Samira Achbita e Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contro G4S Secure Solutions NV*, ECLI: ECLI:EU:C:2017:203, punti 38-39.

¹⁰² L'espressione è ricavata da C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, dove l'A. definisce in questo modo il concorso di rimedi giurisdizionali (questione di costituzionalità e rinvio pregiudiziale) nei casi di c.d. *doppia pregiudiziale* che emerge dalla giurisprudenza costituzionale italiana dopo la sentenza n. 269/2017 e le successive pronunce. Sul punto si veda, *ex multis*: L. S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 3, 31.01.2018; ID, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte*

che non può escludersi a priori- in cui cassi la sentenza, potrebbe lasciare questa possibilità nelle mani del giudice di merito. In entrambi i casi la Corte costituzionale, qualora rilevasse un contrasto tra le disposizioni citate, non potrebbe esimersi dall'interrogare nuovamente la Corte di giustizia¹⁰³. Infine, va detto che i dubbi della Cassazione sul punto testimoniano le crescenti difficoltà di tracciare confini normativi chiari tra *hate speech*¹⁰⁴ e direttive anti-discriminazione. Il tema è ancor più rilevante oggi alla luce della citazione espressa in *NH*, per quanto incidentale, riguardante i *social network*.

In secondo luogo, da *NH* trapela che allo standard di tutela sostanziale non fa seguito un adeguamento della tutela procedurale. Prima di tutto, si deve prendere atto che la Cassazione -domandando alla Corte di giustizia se un'associazione avente le caratteristiche della RLA sia legittimata ad agire e a porre una domanda risarcitoria alla luce dell'art. 9, par. 2 della direttiva 2000/78- in realtà pone un problema interpretativo di diritto nazionale e non di diritto dell'Unione. Questa è la ragione per cui la Grande Sezione risponde in modo *tranchante* al primo quesito pregiudiziale, ribadendo che è la norma nazionale a cui il giudice deve riferirsi. In ogni caso colpisce la brevità del ragionamento della Corte, paragonato alle conclusioni dell'AG Sharpston. Quest'ultima giustamente sostiene che, per quanto l'art. 9, par. 2 e l'art. 8, par. 1 della direttiva 2000/78 riservino al diritto nazionale la disciplina della legittimazione ad agire delle associazioni in assenza di un denunciante identificabile, i diritti e gli obblighi che si mirano a far garantire discendono dalla direttiva stessa¹⁰⁵. Tale situazione non può che chiamare in causa¹⁰⁶ il principio dell'*autonomia procedurale*¹⁰⁷ dal quale discende che, in assenza di una disciplina comunitaria, la tutela delle posizioni giuridiche riconosciute

costituzionale italiana, in *Federalismi.it*, n. 16, 01.08.2018; G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, n. 11, 23.05.2018; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1, disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>; D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court's new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *Eur Law J.*, 2019, p. 434 ss.; A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *DUE* 2019, p. 9 ss. Sui rapporti tra ordinamenti nella tutela multilivello dei diritti fondamentali, sono significative anche le due recenti ordinanze del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, ordinanze del primo senato del 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13, *Right to be forgotten I*, DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr001613 e 1 BvR 276/17, *Right to be forgotten II*, DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr027617). Sul punto si veda L.S. ROSSI, *Il "nuovo corso" del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 05.02.2020.

¹⁰³ Cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale*, cit., dove l'A. sottolinea come sarebbe doveroso, se la Corte costituzionale ipotizzasse l'attivazione di un *controlimite*, che quest'ultima si determini a sollevare un rinvio pregiudiziale, come già avvenuto nel caso *Taricco* (V. Corte cost., ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24), al fine di portare a conoscenza della Corte di giustizia le specificità dell'ordinamento giuridico nazionale e soprattutto le *tradizioni costituzionali*, in modo da porre il giudice di Lussemburgo in grado di interpretare le norme della Carta dei diritti fondamentali in armonia con queste ultime, come richiesto dall'art. 52, par. 4 della Carta stessa.

¹⁰⁴ V. 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, pp. 55-58. La Commissione nel 2016 ha inoltre adottato in concerto con diverse piattaforme di social network e colossi del web il *EU Code of Conduct*, disponibile in <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-of-conduct-countering-illegal-hate-speech-online-en#theucodeofconduct>. Non si può non citare, nel suo campo di applicazione, la direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi (direttiva sui servizi di media audiovisivi), in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato, GU L 303 del 28.11.2018, pagg. 69-92.

¹⁰⁵ Conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 90.

¹⁰⁶ *Ibidem*, punto 92.

¹⁰⁷ Si veda, *ex multis*, A. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *CMLR*, 2000, p. 501 ss.; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi nazionali*, in *DUE*, 2013, p. 659 ss.

dal diritto dell'Unione è demandata agli Stati membri, nel rispetto dei ben noti *principi di effettività* e di *equivalenza*, i quali richiedono rispettivamente che l'esercizio dei diritti derivanti da norme dell'Unione non sia reso difficile se non impossibile e che la tutela sia equivalente rispetto ad analoghi reclami di natura interna¹⁰⁸.

Le conclusioni dell'AG inducono ad interrogarsi sul possibile ruolo di tali principi applicati al caso di una normativa nazionale che non riconosca una tale legittimazione. Si immagini che un'associazione, decisa a far accertare una discriminazione come nel caso *NH*, agisca presso il giudice competente il quale, constatato il difetto assoluto di legittimazione attiva in capo all'associazione, si rivolga sul punto alla Corte di giustizia: quale risposta arriverebbe dal Kirchberg?

Nel caso delle discriminazioni “senza vittima” -è stato già sottolineato in dottrina¹⁰⁹- i summenzionati principi non potrebbero comportare l'obbligo degli Stati membri di prevedere un'*azione popolare*, in quanto essi agiscono come limiti alla discrezionalità dello Stato e nel farlo si limitano a richiedere uno standard minimo di tutela, il quale potrebbe agilmente essere dimostrato sostenendo che le norme delle direttive possono comunque essere fatte valere attraverso le azioni individuali o a supporto o a sostegno delle vittime previste dalla normativa nazionale, in ottemperanza agli artt. 7, par. 2 della direttiva 2000/43 e 9, par. 2 della direttiva 2000/78¹¹⁰. Dunque -in tale materia oggetto di armonizzazione minima- sarebbe agile per la Corte affermare che il diritto dell'Unione non impone la creazione di un rimedio *ad hoc* per la tutela delle discriminazioni “senza vittima”¹¹¹.

In conclusione, si può affermare che *NH* confermi la debolezza, già emersa in *Feryn* e in *Asociația Accept*, della mancata previsione dell'obbligo in capo agli Stati membri di prevedere un'autonoma legittimazione di agire in capo alle associazioni. Una discriminazione diretta dove non si rinviene una vittima identificabile non è meno grave: l'esatto contrario. La circostanza che spesso non si individuino candidati che si ritengano esclusi per un motivo di discriminazione è il perfezionamento dell'effetto mortificante e dissuasivo delle dichiarazioni dell'autore; il sintomo fisiologico dell'intenzione (riuscita) di escludere determinati candidati. La stessa definizione di discriminazione “senza vittima” è un termine che può essere

¹⁰⁸ In relazione a quest'ultimo profilo l'AG compie un'interessante riflessione, mettendo in comparazione il caso *de quo* con la sentenza *Julián Hernández* (Corte giust., 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Victor Manuel Julian Hernández e a. contro Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) e a.*, ECLI: ECLI:EU:C:2014:2055.). In quest'ultima pronuncia veniva in rilievo l'art. 11, par. 1 della direttiva 2008/94 il quale permette agli Stati membri di introdurre o applicare disposizioni più favorevoli per i lavoratori subordinati. La Corte di giustizia sostenne che tale disposizione non conferiva un potere normativo in capo agli Stati membri di prevedere disposizioni più favorevoli al di fuori del regime della direttiva, ma si limitava a riconoscerlo: la conseguenza è che disposizioni nazionali più favorevoli non ricadono nell'ambito della direttiva. Secondo l'AG in *NH* la situazione è diversa: agli Stati membri è richiesto di garantire alle associazioni un *locus standi* per la tutela giudiziale di posizioni giuridiche sostanziali riconosciute dal diritto dell'Unione, nella specie dalla direttiva 2000/78. V. conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 91.

¹⁰⁹ Cfr. S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing Eu Equality Law through Collective Redress*, cit., p. 802 ss.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 804 ss., dove l'A. sottolinea che, benché la situazione rientri nel campo d'applicazione della Carta ai sensi dell'art. 51, par. 1 CDFUE, neppure l'art. 47 CDFUE, insieme all'art. 21 CDFUE relativo al principio di parità di trattamento, potrebbe essere utilizzato dalla Corte nel senso di ritenere in capo agli Stati membri un obbligo di prevedere una legittimazione autonoma delle associazioni nel caso di discriminazioni “senza vittima”. L'A, richiamando la definizione di Sarmiento, definisce i limiti posti dagli art. 7, par 2 della direttiva 2000/43 e 9, par. 2 della direttiva 2000/78 come “*exclusionary rules*” che hanno l'effetto di delimitare negativamente l'area di influenza del diritto dell'Unione, v. D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter: The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *CMLR*, 2013, p. 1267 ss.

¹¹¹ V. Corte giust., 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, ECLI: ECLI:EU:C:2007:163, punto 65.

fuorviante in quanto sottintende la portata anticipata e potenziale della discriminazione, quando questa invece si è davvero realizzata, nella realtà sociale, a danno del gruppo discriminato. In altri termini, ci si trova davanti a discriminazioni “*senza denunciante*” piuttosto che a discriminazioni “*senza vittima*”.

L'interpretazione della Corte sembra giustificata alla luce della deferenza verso la precisa scelta del legislatore dell'Unione. Un emendamento delle direttive anti-discriminazione sarebbe più che opportuno, se si considera che alla frammentarietà *tra* normative nazionali si somma la frammentarietà *nelle* normative nazionali, come nel caso italiano, che prevede diversi regimi processuali in base al motivo di discriminazione per cui si agisce¹¹². Pare quasi scontato dire che -stante la discrasia tra tutela sostanziale e tutela procedurale- gli obbiettivi delle direttive 2000/43 e 2000/78 siano gravemente compromessi.

Da ultimo, va sottolineato che la Grande Sezione non menziona la raccomandazione dell'11 giugno 2013, relativamente al punto 4. lett. a) sullo *scopo di lucro*. Nelle conclusioni l'AG Sharpston propone una differenza tra associazioni *designate* e *non*: la raccomandazione può avere una rilevanza interpretativa solo nel caso in cui la normativa nazionale sui meccanismi di ricorso collettivo *designi ex ante* le associazioni legittimate tramite registri ed elenchi tenute dall'autorità pubblica¹¹³. Non essendo questo il caso del d.lgs. n. 216/2003 che recepisce nell'ordinamento interno la direttiva 2000/78, la raccomandazione sembra non aver alcun ruolo. Il silenzio della Grande Sezione non permette di fornire indicazioni sul punto, neppure nel senso dell'accoglimento implicito delle conclusioni dell'AG, rinviando, relativamente al tema dello *scopo di lucro*, al diritto nazionale.

7. Conclusioni

La sentenza *NH* compie un ulteriore passo in avanti rispetto a *Feryn* e ad *Asociația Accept*, da una parte chiarendo che non è necessaria una procedura di assunzione al momento delle dichiarazioni pubbliche, dall'altra sistematizzando i principi già emersi nei precedenti, condensandoli in un'elencazione di criteri che dovrebbero orientare il giudice nel ricondurre determinate dichiarazioni ad una politica di assunzione discriminatoria. Dilatando considerevolmente l'ambito materiale della direttiva 2000/78 e, di conseguenza, migliorando la tutela sostanziale delle discriminazioni “*senza vittima*”, la pronuncia ha, paradossalmente, reso ancora più evidenti le criticità esistenti, quali la debolezza della tutela procedurale e i problemi di frammentazione tra gli ambiti materiali delle direttive. Si tratta di criticità che richiedono - in definitiva- una risposta dal legislatore dell'Unione.

In particolare, si deve ulteriormente sottolineare che la tutela sostanziale delle discriminazioni rischia di essere vanificata se non sorretta, nei singoli ordinamenti nazionali, da adeguate normative processuali tese a riconoscere agli attori collettivi la possibilità di agire in autonomia, qualora non si rinvenga un'iniziativa del denunciante individuale. Il caso *NH* - in sostanza- rappresenta un forte monito per il legislatore dell'Unione: senza l'azione diffusa delle associazioni o degli organismi pubblici di parità, il contrasto alle discriminazioni c.d. “*senza vittima*” è difficilmente realizzabile. Da questa presa d'atto discende che un legislatore

¹¹² V. *supra* paragrafo 3.

¹¹³ Conclusioni AG Sharpston, *NH*, cit., punto 102.

attento alle metamorfosi che i fenomeni discriminatori stanno subendo nella realtà sociale, anche a causa dei nuovi veicoli comunicativi, non può più rimandare l'aggiornamento di una normativa antidiscriminatoria dell'Unione che, nelle disposizioni relative ai rimedi, mostra il volto della sua inadeguatezza e compromette, dunque, il raggiungimento degli obiettivi previsti Trattati.