

Discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e le cause *Maruko* e *Römer*



Alexander SCHUSTER

Assegnista di ricerca in diritto privato, Università di
Udine

Avvocato , Foro di Trento

10 maggio 2011, Accademia di diritto europeo, Treviri

Una migliore semantica giuridica



Occorre considerare l'importanza di impiegare nel discorso giuridico termini capaci di esprimere nuove categorie del diritto e distinguere fra:

- Sesso
- Genere
- Orientamento sessuale
- Identità di genere

Le fonti rilevanti del diritto UE: la Carta di Nizza



- *Art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*
- È vietata 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, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale.

Il TFUE



- TFUE - PARTE SECONDA
NON DISCRIMINAZIONE E CITTADINANZA
DELL'UNIONE

- *Articolo 19 (ex articolo 13 del TCE)*
- 1. 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.

La direttiva 2000/78/CE



- **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**
- Due “considerando” importanti:
- (13) → vedi *infra*
- (22) “La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano”.

La direttiva 2000/78/CE:



- Art. 1 - Obiettivo
- *La presente direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.*

La distinzione chiave fra discr. diretta e indiretta

- Art. 2 - Nozione di discriminazione

1. *Ai fini della presente direttiva, per “principio della parità di trattamento” si intende l’assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all’articolo 1.*
2. *Ai fini del paragrafo 1:*
 - a) *sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all’articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un’altra in una situazione analoga;*

- b) *sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone, a meno che:*
 - i) *tale disposizione, tale criterio o tale prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari; . . .*

Giustificazione



Art. 4

Non vi è discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato.

Il campo di applicazione



- Articolo 3 – Campo d'applicazione
-
- 3. La presente direttiva non si applica ai pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale.
- Cfr. considerando 13:
- La presente direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dell'articolo 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

La nozione di retribuzione



- *Articolo 157 TFUE*
(ex articolo 141 del TCE)
- 1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.
- 2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, 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.
-

Le unioni fra persone dello stesso genere



- Diversi modelli di riconoscimento delle unioni
 1. *L'inclusione nell'istituto matrimoniale*
 2. *La creazione di una forma di riconoscimento "forte"*
 3. *La creazione di una forma di riconoscimento "debole"*
 4. *Il riconoscimento della coabitazione – unione di fatto*
 5. *Assenza di ogni riconoscimento giuridico dell'unione*

L'unione registrata tedesca



- Il *Lebenspartnerschaftsgesetz* (legge sulle unioni civili registrate – *LPartG*), del 16 febbraio 2001
- Per registrare un'unione di questo tipo l'art. 1, n. 1, prescrive la manifestazione della volontà di costituire una comunione per la durata della vita. Nel corso della relazione i partner sono tenuti a prestarsi reciprocamente aiuto e assistenza (art. 2); essi devono contribuire alle necessità comuni, mentre per quanto riguarda gli obblighi alimentari si applicano le norme che il codice civile riserva i coniugi (art. 5); come i coniugi, essi sono sottoposti al regime patrimoniale della comunione dei beni, sebbene possano convenirne uno diverso (art. 6); ogni membro, inoltre, è considerato parte della famiglia dell'altro (art. 11). In caso di separazione, sempre analogamente al disposto del codice civile, perdura l'obbligo di mantenimento (art. 16) e si procede ad una ripartizione compensativa dei diritti pensionistici (art. 20).
- L'art. 46, n. 4, del Codice della previdenza sociale rimette ai regimi legali di previdenza per la vecchiaia l'equiparazione dell'unione registrata al matrimonio, assimilando i soggetti dei due istituti.

Il caso MARUKO



TADAŌ MARUKO
C.
VERSORGUNGSANSTALT DER
DEUTSCHEN BÜHNEN

[MARUKO C. VDDB]

CAUSA C-267/06

SENTENZA (GRANDE SEZIONE)
1-4-2008

Il precedente: il caso MARUKO



La controversia: mancato riconoscimento di una pensione al superstite di una coppia costituita da persone dello stesso genere, che non avevano contratto matrimonio (riservato dalla legislazione tedesca alle unioni fra persone dello stesso sesso).

Il partner deceduto di Maruko era un costumista iscritto al regimento previdenziale della VddB per 45 anni, durante i quali ha pagato contributi al pari dei colleghi eterosessuali. Era unito al sig. Tadao Maruko per 13 anni, fino alla sua morte nel 2005.

Le questioni poste alla Corte di Giustizia (CG)



- Se un regime previdenziale obbligatorio di categoria – come nella fattispecie quello gestito dal Vddb – costituisca un regime assimilabile ad un regime statale ai sensi dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 (...);
- Se costituiscano una retribuzione ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE le prestazioni ai superstiti in forma di assegno vedovile erogate da un ente previdenziale obbligatorio di categoria;
- Se il combinato disposto degli artt. 1 e 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78/CE osti a disposizioni dello statuto di un regime previdenziale integrativo del tipo di cui alla presente fattispecie, ai sensi delle quali il contraente un'unione civile registrata non ha diritto a ricevere, alla morte del suo compagno, alcuna prestazione di reversibilità analoga a quella prevista per le persone coniugate, malgrado il fatto che anch'egli viva in una comunione fondata sull'assistenza e cura reciproca formalmente costituita per tutta la durata della vita, simile al matrimonio;
- In caso di soluzione affermativa delle questioni precedenti: se sia lecita una discriminazione fondata sulle tendenze sessuali alla luce del ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78/CE.

Le considerazioni della Corte



Gli elementi che inducono a collocare la prestazione al coniuge superstite nell'ambito della retribuzione (§§41-60):

1. l'obbligo di iscrizione alla VddB prima del decesso
2. l'importo della pensione di vecchiaia sulla base della quale è calcolata la prestazione ai superstiti è determinato in relazione alla durata dell'iscrizione del lavoratore
3. l'importo della stessa pensione di vecchiaia non è fissato dalla legge, ma calcolato sulla base dell'importo di tutti i contributi versati durante tutto il periodo di iscrizione dal lavoratore e ai quali si applica un fattore di rivalutazione.

Il considerando 23 e le competenze dell'UE



Lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario non pregiudica tale competenza.

Tuttavia, occorre ricordare che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione. [§59]

- *Il ventiduesimo 'considerando' della direttiva 2000/78 non può essere tale da rimettere in discussione l'applicazione di detta direttiva.* [§60]
- *Rigettate le tesi del R.U. e della VddB*

Situazione analoga?



- La giurisprudenza tedesca ha dapprima negato l'omogeneità delle situazioni: *Bundesverwaltungsgericht*, 2 C 33.06, 15-11-2007 (differenze in diversi ambiti, quali l'adozione, il diritto tributario, ecc.)
- *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1830/06, 06-05-2008: il legislatore non ha voluto una situazione di eguaglianza
- Cambio di posizione della giurisprudenza tedesca, dapprima con il tribunale amministrativo bavarese di Monaco (30-10-2008) e poi con la Corte costituzionale tedesca, 1 BvR 1164/07, 7-7-2009.
- Il giudice a quo rileva al riguardo che vi è stato un ravvicinamento progressivo del regime istituito per l'unione solidale a quello applicabile al matrimonio, fino a giungere ad un'equiparazione progressiva, senza divenire identica al matrimonio
- Il giudice remittente ritiene che le persone dello stesso sesso siano in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto concerne la prestazione ai superstiti

Alcuni spunti dalla CEDU



- Nella sentenza *Burden c. Regno Unito* [GC], 29-4-2008, la Corte utilizza il criterio dell'analogia per escludere che due sorelle conviventi da oltre trent'anni in una casa indivisa potessero lamentare una disparità di trattamento fiscale sul fondamento dell'art. 14 e art. 1, Prot. 1 della CEDU, in quanto non si trovavano in una situazione analoga a quella di coniugi o partner civili.
- Nella decisione *Manenc c. Francia*, 21-9-2010, la Corte ritiene che la mancata previsione di una pensione di vedovanza a favore del partner pacsato è legittima in quanto il PACS non è analogo o comparabile con il matrimonio (richiamo al *Conseil constitutionnel*). Pare inoltre considerare l'ipotesi di una discriminazione indiretta per orientamento sessuale quando analizza i dati statistici del PACS.

La CG ravvisa una discriminazione diretta



Discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale quando:

- 1) dopo il decesso del suo partner con il quale ha contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepisce una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite
- 2) nel diritto nazionale, l'unione solidale porrebbe le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti.

Spetta al giudice nazionale verificare se il partner di unione solidale superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria (ma la CG fa propria la valutazione di analogia del giudice remittente).

Analisi: discriminazione diretta

- Il parallelo con la tutela della gravidanza:

La CG ha costantemente affermato che costituisce una discriminazione diretta fondata sul sesso la presa in considerazione della gravidanza, da parte del datore di lavoro, come criterio per non assumere una donna, per licenziarla o per negarle il rinnovo di un contratto a termine.

Il problema della persona trans: verso la tutela del solo dato biologico?

- Il matrimonio è intrinsecamente eterosessuale
→ trattamento meno favorevole per motivo dell'orientamento sessuale

Domanda: l'orientamento sessuale è veramente un requisito del matrimonio?

Vedi differenza testuale nelle ordinanze di rinvio alla C. cost. it. sul matrimonio di Venezia e di Trento.

Per contro: caso francese transessuale MtF con transgender MtF

La posizione della COM e dell'AG Colomer

- Non vi era discriminazione diretta, bensì indiretta
- Assenza di giustificazione
- Tuttavia discriminazione solo nel caso vi siano situazioni comparabili.

→ Quando sono comparabili le situazioni?

- Cosa si deve comparare? Gli istituti (matrimonio / unione registrata) oppure la coppia eterosessuale e la coppia omosessuale?
- Quale discriminazione lì ove non vi è alcuna forma di riconoscimento? Es.: Italia

→ Esigenza di chiarezza

Il caso Römer



JÜRGEN RÖMER
C.

FREIE UND HANSESTADT HAMBURG

[RÖMER C. FHH]

CAUSA C-147/08

SENTENZA PUBBLICATA IL 10-5-2010

La materia oggetto del ricorso



Rifiuto di concedere il beneficio di una pensione complementare per l'importo richiesto dal sig. Römer, in considerazione del fatto che la modalità di calcolo adottata dal suo ex datore di lavoro era più favorevole per i pensionati coniugati che non per quelli che, come lui, hanno contratto un'unione solidale registrata conformemente al diritto tedesco.

Le questioni pregiudiziali



- Se le pensioni complementari siano escluse dalla portata della direttiva
- Se è esclusa in quanto materia di stato civile e prestazioni che ne derivano (22° considerando)
- Se il diverso computo della pensione sia discriminazione ai sensi dell'art. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c) della direttiva 2000/78
- Se vi è spazio per una violazione di un principio generale del diritto comunitario o dell'art. 157 TFUE
- Se il termine temporale da considerarsi possa essere anteriore a quello di attuazione della direttiva (caso *Barber*)
- Se obiettivi giuridici del diritto interno (tutela costituzionale della famiglia e del matrimonio), privi di equivalenti nel diritto comunitario, possano valere quali giustificazioni della discriminazione indiretta

La posizione dell'AG Jaaskinen



- Ritenuto che si tratta di retribuzione, ribadisce che
 - Quando agiscono nell'ambito dei poteri loro riservati, gli Stati membri non possono esimersi dall'obbligo generale ad essi incombente di rispettare il diritto dell'Unione, che include il rispetto delle norme relative al principio di non discriminazione.
 - Vi deve essere ANALOGIA, non identità
 - Comparazione non astratta con riferimento ai diversi istituti giuridici, bensì concreta tra le due categorie di persone interessate in riferimento al diritto in esame (rich. all'effetto utile): diritti e obblighi dei coniugi e dei partner pertinenti alla luce delle condizioni cui è subordinata la prestazione di cui trattasi
- Conclude per analogia e, quindi, per discriminazione diretta

AG: In subordine, discriminazione indiretta



- In subordine, qualora non si ritenga che la *LPart* e il matrimonio siano analoghi...
 - Matrimonio: criterio neutro, “particolare svantaggio”
 - L’approccio non deve essere soggettivo, ma oggettivo (non rileva l’elemento psicologico)
 - Allora, verifica della finalità legittima e se i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari
- La Corte CEDU ha affermato che nei casi di disparità di trattamento per orientamento sessuale il margine di apprezzamento degli Stati è stretto e la misura deve essere non solo proporzionata, ma anche necessaria. V. ad es. *Karner c. Austria* (2003), *Kozak c. Polonia* (2010), *Schalk & Kopf c. Austria*, 2010

Principio generale dell'UE



- Alla luce delle sentenze *Mangold* e in particolare *Küçükdeveci* sulla discriminazione in base all'età...
- Il divieto di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale costituisce un principio generale dell'Unione
- Qualora la fattispecie non rientrasse nell'ambito applicativo della direttiva, si dovrebbe ravvisare comunque una violazione di tale principio.
- Si deve riaffermare inoltre il primato del diritto dell'UE sul diritto nazionale, anche costituzionale

La decisione della CG



-- Life broadcasting from Luxembourg --

(la sentenza sarà pubblicata sul sito della Corte la mattina del 10 maggio 2010)