

## Non discriminazione ed uguaglianza: unite nella diversità\*

**SOMMARIO:** 1. Non discriminazione ed uguaglianza nel sistema di protezione della CEDU. – 2. Non discriminazione ed uguaglianza nell’ordinamento dell’Unione Europea. – 3. Tra CEDU e ordinamento UE: alla ricerca della protezione più estesa. – 4. Non discriminazione ed uguaglianza nell’ordinamento costituzionale italiano. – 5. Dall’uguaglianza formale all’uguaglianza sostanziale: una «rivoluzione promessa» e dovuta alle generazioni future.

### 1. Non discriminazione ed uguaglianza nel sistema di protezione della CEDU.

Il titolo è volutamente indefinito sul piano teorico, in quanto ho accostato concetti distinti, anzi differenti, nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale<sup>1</sup>, concernenti vari ordinamenti: quello internazionale, quello sovranazionale e quello interno. Alludo alla distinzione, teorica e pratica, tra principi e diritti, ovviamente, ma soprattutto a quella tra non discriminazione e uguaglianza.

Dopo la seconda guerra mondiale, «quelli che fino ad allora erano apparsi storicamente solo come principi propri della cultura politica di alcuni popoli dell’Occidente, alcuni dei quali per di più direttamente implicati, negli altri continenti, nella politica coloniale, si sono tramutati ed estesi fino a rappresentare un patrimonio comune dell’umanità»<sup>2</sup>.

Il principio di non discriminazione primeggia ovviamente tra essi ed è stato proclamato, non a caso, nell’art. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, come diretta espressione del postulato generale dell’eguale dignità di tutti gli esseri umani, racchiuso a sua volta nell’art. 1. Saldamente ancorato nell’ordinamento internazionale grazie ai numerosissimi strumenti elaborati da allora per la protezione dei diritti dell’uomo, di recente è stato fatto oggetto di nuove attenzioni, con l’approvazione e l’entrata in vigore, nel 2005, del Protocollo n. 12<sup>3</sup> della

---

\* Si tratta della relazione svolta in occasione della presentazione degli “Scritti in memoria di Alessandra Concaro” (Como-Varese, 20 aprile 2012), con l’aggiunta di alcune note e dei riferimenti bibliografici essenziali.

<sup>1</sup> Si è rivelato molto utile alla ricerca dei casi meno recenti anche il sito web dedicato al progetto «Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe»: <http://www.casebooks.eu/>, promosso da METRO (*Maastrichts Europees instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek*) e dal *Leuven Centre for a Common Law of Europe*.

<sup>2</sup> Cfr. V. ONIDA, *La Costituzione ieri e oggi: la “internazionalizzazione” del diritto costituzionale. Relazione al Convegno della Accademia Nazionale dei Lincei - Roma, 9-10 gennaio 2008*, in <http://www.astrid-online.it/Dossier--r/Studi--ric/60-anni-de/onida.pdf>, 4.

<sup>3</sup> Aperto alla firma, a Roma, il 4 novembre 2000, è entrato in vigore il 1° aprile 2005 ed è stato finora ratificato soltanto da 18 dei 47 Stati membri del Consiglio d’Europa; l’Italia l’ha firmato ma non l’ha ancora ratificato. In generale, sul Protocollo n. 12, *ex plurimis*, si veda: J.SCHOKKENBROEK, *A New European Standard Against Discrimination: Negotiating Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights*, in J. NIESSEN, I. CHOPIN (eds.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, 61-79.

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>4</sup>.

A ben vedere, la Dichiarazione, pur dedicando disposizioni distinte alla non discriminazione e all'uguaglianza (artt. 2 e 7), accosta in esse varie nozioni, miscelando i principî di non discriminazione, di uguaglianza davanti alla legge e di eguale protezione da parte della legge. Tale intreccio concettuale si ritrova anche nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (artt. 2, § 1, 3 e 26), nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (artt. 1, § 1, e 24) e pure nella più recente Carta dei diritti fondamentali dell'UE (artt. 20, 21 e 23). Non stupisce, quindi, se la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, giudicando sulla base dell'omologa Convenzione, ha poi finito per sistematizzare il coacervo concettuale, consacrando un unico principio di uguaglianza e di non discriminazione<sup>5</sup>.

In dottrina<sup>6</sup>, si assiste ad un'analogia assimilazione, giustificata dal fatto che le due nozioni si fanno reciproco rinvio: l'uguaglianza è intesa come assenza di discriminazione; la discriminazione è violazione dell'uguaglianza. Si giunge a dire, insomma, che la non discriminazione e l'uguaglianza rappresentano le due facce di uno stesso principio, non avvedendosi che il principio di non discriminazione, autonomamente considerato, può in realtà comportare trattamenti uguali anche in situazioni diverse; e ciò è emerso chiaramente in ambito lavorativo e nelle discriminazioni di genere.

Sul piano prettamente concettuale, in altri termini, non discriminazione ed uguaglianza si oppongono: la prima non consente di differenziare; per raggiungere la seconda, invece, si può distinguere. E, in effetti, proprio sul piano funzionale la non discriminazione si oppone all'uguaglianza, giacché quest'ultima ammette differenze. Non sorprende dunque l'affermazione di chi sostiene che lottare contro le discriminazioni non è come lottare contro le disuguaglianze<sup>7</sup>.

Leggendo il contributo di Elisabetta Crivelli, si riscontra la corretta percezione della dicotomia concettuale accennata: *«Per comprendere la novità introdotta dal protocollo n. 12 va ricordato che la Cedu non garantisce un autonomo diritto all'uguaglianza, ma vieta le discriminazioni nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Convenzione: si tutela non l'uguaglianza in sé, ma l'uguale godimento dei diritti, accogliendo una formulazione (3) che si*

---

<sup>4</sup> Il primo scritto che ci introduce al tema verte sull'interessante apporto che il Protocollo n. 12 della CEDU offre alla tutela antidiscriminatoria ed è opera di E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, 137 ss.

<sup>5</sup> Opinione Consultiva del 17 settembre 2003 (OC-18/03), Serie A, n. 18, §§ 82 ss.

<sup>6</sup> Di indubbio interesse la ricostruzione di X. BIOY, *L'ambiguïté du concept de non-discrimination*, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 51 ss.

<sup>7</sup> Cfr. D. BORRILLO (dir.), *Lutter contre les discriminations*, La Découverte, Paris, 2003, 7.

*distacca dal principio generale di uguaglianza enunciato come autonomo diritto dalla maggior parte delle carte costituzionali, tra cui anche quella italiana»<sup>8</sup>.*

E' del resto noto che lo stesso primo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione riflette tale impostazione, che risente della graduale affermazione del principio di uguaglianza formale, accostando, appunto, ai singoli divieti di discriminazione (in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche e alle condizioni personali e sociali) il principio generale di uguaglianza.

Già si intravede, dunque, la strada per proseguire nella nostra analisi e che di per sé giustifica il titolo che ho voluto dare alla relazione; tuttavia, ciò che rileva principalmente nel contributo di Elisabetta Crivelli è l'effetto dirompente che il Protocollo n. 12 è in grado di produrre, tenuto conto del fatto che la Corte EDU ha fin dall'inizio confermato la natura accessoria del diritto (sottolineo diritto) di non discriminazione, chiarendo che l'art. 14 non potesse avere un'applicazione indipendente, ma solo in relazione ai diritti e alle libertà garantite dalla Convenzione<sup>9</sup>. E' innegabile che il nesso con i diritti sostanziali recepiti dalla CEDU ha finito inevitabilmente per limitare la materia di cui si è occupata la Corte di Strasburgo, giacché non ogni problema di discriminazione tocca i diritti garantiti dalla Convenzione.

Il carattere accessorio del diritto di non discriminazione sancito dall'art. 14 della CEDU ha per altro condizionato anche l'affermazione del principio di uguaglianza ad esso correlato, in misura direttamente proporzionale all'espansione in via interpretativa del contenuto dei diritti sostanziali connessi.

Finora, rispetto al principio generale di uguaglianza, il diritto di non discriminazione ha funzionato come tutela basilare, primaria dei diritti già garantiti dalla Convenzione. In dottrina<sup>10</sup> c'è chi tiene, anzi, a precisare che nel diritto europeo dei diritti dell'uomo l'art. 14 della CEDU ha sinora garantito il diritto soggettivo alla non discriminazione, mentre la Corte EDU lo sta riducendo ad un principio direttivo di interpretazione della Convenzione e la letteratura giuridica lo sta confondendo con il principio di uguaglianza.

Neppure il Protocollo n. 12 – come si diceva – introduce espressamente il principio di uguaglianza nell'ambito della Convenzione, anche se ad esso fa espresso riferimento nel suo Preambolo; il Protocollo formalmente si limita ad ancorare il divieto di discriminazione non più al diritto sostanziale della Convenzione, ma al godimento dei diritti garantiti dal diritto nazionale: il divieto di discriminazione assume cioè una valenza propria e diventa un *divieto di discriminazione*

---

<sup>8</sup> E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata per incrementare la tutela antidiscriminatoria*, cit., 138 s.

<sup>9</sup> Giurisprudenza costante, a partire dalla nota pronuncia del 23 luglio 1968 sull'*Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique» c. Belgique* (1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64): «cette garantie n'a pas, il est vrai, d'existence indépendante en ce sens qu'elle vise uniquement, aux termes de l'article 14 (art. 14), les "droits et libertés reconnus dans la Convention"» (§ 9).

<sup>10</sup> F. SUDRE, *Rapport introductif*, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination*, cit., 23.

*generale*<sup>11</sup> nel godimento non più dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma di tutti i diritti previsti dalle leggi nazionali, quindi anche dei diritti sociali, come è stato prontamente sottolineato in dottrina<sup>12</sup>. Nella misura in cui il legislatore nazionale si occupi dei diritti fondamentali, in specie dei diritti sociali, il Protocollo riconduce in effetti anche questi ultimi alla competenza della Corte EDU, aprendo così la porta alla loro giustiziabilità presso tale organo e gettando nel contempo un “ponte” tra la sua giurisprudenza e le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS).

In altri termini, *se*<sup>13</sup> gli Stati intervengono con norme interne a garanzia dei diritti sociali contemplati nella Carta Sociale Europea<sup>14</sup>, la cui applicazione incombe ovviamente sulle rispettive autorità nazionali, tali norme diventano giustiziabili anche a livello convenzionale, per l'accertamento dell'eventuale profilo discriminatorio, ricadendo in tal modo nell'ambito di competenza della Corte EDU<sup>15</sup>.

E' dunque evidente che il controllo della Corte di Strasburgo finirà per avere ad oggetto la Carta Sociale Europea, così come attuata dal legislatore interno e come interpretata dal CEDS<sup>16</sup>;

---

<sup>11</sup> Nella prima sentenza in cui è stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 1 del Protocollo n. 12, la Corte EDU si è infatti espressa in questi termini: «l'article 1 du Protocole n° 12 étend le champ de la protection à « tout droit prévu par la loi ». Il introduit donc une interdiction générale de la discrimination» (*Sejdić e Finci c. Bosnia-Erzegovina - 27996/06 e 34836/06*).

<sup>12</sup> J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Le droit à la non-discrimination vecteur de la garantie des droits sociaux*, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination*, cit., 192 ss.

<sup>13</sup> Il limite del Protocollo n. 12 sta infatti proprio in questo: il controllo antidiscriminatorio della Corte è possibile soltanto se il legislatore interno si è concretamente attivato. Cfr. F. SUDRE, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?», in Rev. trim. dr. h.*, n. 55, 2003, 771, § 29.

<sup>14</sup> Si tratta, com'è noto, di uno strumento di tutela dei diritti umani originariamente concepito dal Consiglio d'Europa come elemento complementare della CEDU a difesa dei diritti sociali, il suo c.d. *pendant* sul piano sociale. Adottata a Torino nel 1961, e pressoché dimenticata per un trentennio, la Carta è stata rivista e rilanciata negli anni Novanta del secolo scorso. La Carta sociale europea riveduta (CSER) è stata elaborata tra il 1990 e il 1994 da un apposito Comitato (*Charte-Rel*), istituito in seguito alla Conferenza ministeriale informale sui diritti umani tenutasi a Roma il 5 novembre 1990. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1996 ha approvato il testo della CSER, licenziato dal Comitato nel 1994, aprendolo alla firma il 3 maggio dello stesso anno. L'Italia ha ratificato la CSER nel 1999. La revisione della CSE del 1961 è stata voluta sia per dare adeguato seguito all'evoluzione dei diritti sociali ed economici in Europa, sia per poter rispondere concretamente ai problemi sociali non considerati dagli altri strumenti internazionali in vigore. Il Protocollo addizionale del 1988, con l'aggiunta di nuovi diritti, il Protocollo del 1991, e soprattutto il Protocollo del 1995, che ha introdotto un efficace sistema di reclami collettivi, avevano del resto anticipato l'intento riformatore del Consiglio d'Europa. Il meccanismo di controllo della Carta, oltre che sui reclami collettivi, si basa sui rapporti annuali, che gli Stati contraenti sottopongono ad un Comitato di 15 esperti indipendenti (Comitato europeo dei diritti sociali – CEDS), eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Cfr., nella letteratura più recente, G. GUIGLIA, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, n. 3, 2010, pp. 505-538; ID., *Il diritto all'abitazione nella Carta Sociale Europea: a proposito di una recente condanna dell'Italia da parte del Comitato Europeo dei Diritti Sociali*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del Diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1013-1042; ID., *L'eguaglianza tra donne e uomini nella Carta Sociale Europea*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 361-394.

<sup>15</sup> In tal senso, F. SUDRE, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 768 s.

<sup>16</sup> Il Protocollo addizionale del 1995, entrato in vigore nel 1998, ha introdotto – come s'è più sopra anticipato – il controllo del CEDS attraverso il sistema dei *reclami collettivi*, presentati da organizzazioni nazionali di datori di lavoro e di lavoratori o da altre organizzazioni internazionali non governative iscritte in un'apposita lista, non da singoli, e adducanti violazioni della CSE e della CSER. Ciascuna *decisione* del Comitato in merito ad un reclamo sfocia in un rapporto al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa; quest'ultimo, alla luce della violazione riscontrata dal CEDS, sia nella legislazione interna che nella prassi applicativa, adotta una «risoluzione» e può anche intervenire con una «raccomandazione», nella quale invita lo Stato ad assumere le misure necessarie per rimuoverla. Va sottolineato che il CEDS è chiamato a pronunciarsi su reclami collettivi che in realtà possono riguardare soggetti perfettamente individuabili, i quali, per di più, pur avendo subito un pregiudizio, non sono tenuti a presentare alcuna prova: non

sicch  si pu  prevedere che si realizzer  un *continuum* giurisprudenziale in grado di riflettere sia l'innegabile interdipendenza e contiguit  che esiste tra i diritti contemplati dalla CEDU e quelli garantiti dalla Carta<sup>17</sup>, sia il maggiore impegno del CEDS a beneficio dell'uguaglianza sostanziale nel godimento dei diritti sociali.

La Corte, per ora, sulla scorta del rapporto esplicativo, ha soltanto confermato la portata del Protocollo n. 12, richiamando le quattro ipotesi nelle quali esso risulta applicabile:

1. nel godimento di un diritto specificamente riconosciuto all'individuo dal diritto nazionale;
2. nel godimento di un diritto che discende da un'inequivoca obbligazione in capo alle pubbliche autorit  in base alla legge nazionale (cio  quando tali autorit  devono seguire determinati comportamenti in base alla legge);
3. ad opera delle autorit  pubbliche nell'esercizio di poteri discrezionali (ad esempio nella concessione di sovvenzioni);
4. in occasione di un diritto pregiudicato da qualsiasi altro atto od omissione delle pubbliche autorit .

Il suo scarso impegno, nelle prime pronunce in cui   stato applicato il Protocollo dopo la sua entrata in vigore,   per altro noto<sup>18</sup>; resta tuttavia aperta la porta a futuri, positivi sviluppi, qualora

---

devono cio  provare di essere delle "vittime" in senso proprio. Un altro motivo di sicuro interesse,   rappresentato dalla possibilit  di presentare al Comitato reclami collettivi anche quando non siano state esaurite le vie nazionali di ricorso. Se ne deduce che l'accesso al CEDS pu  risultare pi  agevole e precorrere i tempi dei ricorsi alla Corte EDU. Il meccanismo di controllo della Carta, oltre che sui reclami collettivi, si basa – come s'  detto – sui rapporti annuali che gli Stati contraenti sottopongono al CEDS. Le sue decisioni sui rapporti degli Stati sono denominate «conclusioni» e vengono pubblicate annualmente. Nel caso in cui gli Stati non adottino le misure necessarie per conformarsi alle conclusioni del CEDS, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta apposite «raccomandazioni». Si noti che i rapporti annuali degli Stati concernono soltanto una parte delle disposizioni della Carta. Viene cos  a crearsi un sistema di controllo a rotazione, basato su quattro gruppi di norme: il *I Gruppo*   formato dalle disposizioni in materia di lavoro, formazione e pari opportunit  (artt. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25); il *II Gruppo* riunisce le disposizioni in materia di sanit , sicurezza sociale e protezione sociale (artt. 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30); del *III Gruppo* fanno parte le disposizioni concernenti i diritti connessi al lavoro (artt. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29); nel *IV Gruppo*, infine, rientrano le disposizioni sui minori, le famiglie e i migranti (artt. 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31).

<sup>17</sup> Sul piano giurisprudenziale si tratta di favorire un'osmosi tra i diversi cataloghi dei diritti, salvaguardando allo stesso tempo la protezione pi  approfondita che un valore pu  avere in uno strumento diverso dalla CEDU, come ad esempio la Carta sociale europea; e dunque si tratta di garantire il massimo pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Tale approdo sembra recentemente propiziato dalla Corte EDU con la nota sent. *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97): «85. The Court, in defining the meaning of terms and notions in the text of the Convention, can and must take into account elements of international law other than the Convention, the interpretation of such elements by competent organs, and the practice of European States reflecting their common values. The consensus emerging from specialised international instruments and from the practice of Contracting States may constitute a relevant consideration for the Court when it interprets the provisions of the Convention in specific cases.

86. In this context, it is not necessary for the respondent State to have ratified the entire collection of instruments that are applicable in respect of the precise subject matter of the case concerned. It will be sufficient for the Court that the relevant international instruments denote a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies». Ma anche la Corte di Lussemburgo manifesta analoghi intenti, rapportandosi alla giurisprudenza della Corte EDU. Alludo, in particolare, alla sentenza della CGUE, nelle cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi and Al Barakaat v. Council*, e alla sentenza test  richiamata della Corte di Strasburgo, *Demir and Baykara v. Turkey*; entrambe esprimono, infatti, scelte forti di tutela dei diritti fondamentali, essendo l'una basata su fonti del diritto dell'ordinamento giuridico cui l'altra appartiene, realizzando in tal modo una sorta di reciproca importazione di valori espressi sul piano internazionale. In proposito, cfr. C. CIUFFETTI, *Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europee nelle tutele dei diritti fondamentali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia delle Comunit  europee Kadi e Al Barakaat Foundation del 3 settembre 2008 e della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo G.C. Demir e Baykara c. Turchia del 12 novembre 2008*, in <http://www.federalismi.it>, n. 1/2009.

<sup>18</sup> Cfr. E. CRIVELLI, *Il Protocollo n. 12 Cedu: un'occasione (per ora) mancata*, cit., 146 ss.

essa decidesse di pronunciarsi sul carattere discriminatorio di trattamenti differenziati relativi a diritti riconosciuti dalla legge nazionale e nello stesso tempo si spingesse a sottolineare l'importanza che gli Stati raggiungano standard minimi di tutela dei diritti fondamentali.

Il confine tra non discriminazione ed uguaglianza, come concepite dalla Corte di Strasburgo, risulta comunque ormai molto labile e si ritiene che il Protocollo, in particolare il suo Preambolo, contribuisca, nonostante le apparenze, alla sua eliminazione; nella sentenza del 3 maggio 2007, *Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e altri c. Georgia* (71156/01), per la prima volta si legge infatti che i propositi e il comportamento dei funzionari in causa non possono essere considerati compatibili con il principio dell'eguaglianza di tutti davanti alla legge<sup>19</sup>.

L'eccessiva prudenza finora dimostrata dalla Corte nell'applicazione del Protocollo n. 12 non osta, in ogni caso, ad ulteriori progressi, in quanto dall'art. 1 *potrebbero* discendere *obblighi positivi generali*<sup>20</sup> in capo agli Stati che lo ratificano, intesi sia a prevenire le discriminazioni, anche nei rapporti interpersonali e quindi con chiari "effetti orizzontali", sia a rimediare a quelle riscontrate, in specie se dipendono dall'inerzia degli Stati, come del resto accade in sede di applicazione dell'art. 14 CEDU<sup>21</sup>.

Quello degli *obblighi positivi generali* a carico degli Stati è senz'altro l'effetto più auspicato e più discusso, in quanto il diritto/principio di non discriminazione porta con sé, storicamente, *obblighi negativi* per gli Stati, e cioè impone loro di astenersi da ogni discriminazione, senza per questo costringerli all'adozione di apposite misure. Il rapporto esplicativo pencola tra la celebrazione del valore aggiunto del Protocollo, in ragione del dovere di assicurare il godimento effettivo dei diritti previsti dalle leggi nazionali, che campeggia nel § 1 dell'art. 1, e il timore che da tale disposizione si possano ricavare *obblighi positivi generali*, imposti automaticamente agli Stati parti, chiamati a prendere misure per evitare ogni discriminazione o per rimediarvi<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> «Pour la Cour, les propos et l'attitude des fonctionnaires alertés au moment de l'attaque ou chargés par la suite de l'enquête y afférente ne sauraient passer pour compatibles avec le principe de l'égalité de tous devant la loi» (§ 140).

<sup>20</sup> Cfr. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, Conseil de l'Europe, 2006, spec. 60 s.

<sup>21</sup> Cfr., di recente, *Membri della Congregazione dei Testimoni di Geova di Gldani e altri c. Georgia*, cit., spec. §§ 133, 140, 141. Nella giurisprudenza precedente, la Corte EDU aveva comunque già evidenziato, basandosi sul principio di effettività dei diritti, che all'inerzia degli Stati potevano essere opposti obblighi positivi a garanzia del rispetto dei diritti coinvolti; cfr. *Airey c. Irlanda* (6289/73), laddove (§ 32) si legge che: «The Court does not consider that Ireland can be said to have "interfered" with Mrs. Airey's private or family life: the substance of her complaint is not that the State has acted but that it has failed to act. However, although the object of Article 8 (art. 8) is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life (see the above-mentioned Marckx judgment, p. 15, para. 31)».

<sup>22</sup> «25. D'une part, l'article 1 assure une protection contre la discrimination de la part des autorités publiques. Cet article ne vise pas à imposer aux Parties une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter tout cas de discrimination dans les relations entre particuliers ou pour y remédier. Un protocole additionnel à la Convention, qui, par essence, énonce des droits individuels justiciables formulés de façon concise, ne constituerait pas un instrument approprié pour définir les différents éléments d'une obligation aussi large, de caractère programmatore. [...] 26. D'autre part, on ne peut exclure totalement que le devoir d'«assurer», figurant au premier paragraphe de l'article 1, entraîne des obligations positives. Cette question peut, par exemple, se poser lorsqu'il existe une lacune manifeste dans la protection offerte par le droit national contre la discrimination. En ce qui concerne plus spécifiquement les relations entre

Finora la Corte, nell'imporre agli Stati di non ingerirsi nella sfera privata dei cittadini o, per converso, di intervenire, di fronte all'inerzia delle autorità nazionali, con l'obbligo (*positivo*, appunto) di adottare «misure ragionevoli e adeguate per proteggere i diritti dei ricorrenti», ha sempre ritenuto di doversi limitare ad un controllo concreto, caso per caso, cercando un «giusto equilibrio» tra «gli interessi concorrenti dell'individuo e quelli della società nel suo insieme»<sup>23</sup>.

Un'interpretazione estensiva del Protocollo potrebbe però avere ulteriori conseguenze, giacché la Corte nella più recente giurisprudenza<sup>24</sup>, prima e dopo la sua entrata in vigore, è andata oltre l'accertamento dei profili arbitrariamente discriminatori delle normative interne – che equivale in sostanza, non in teoria, come ho già detto, alla tutela dell'uguaglianza formale – per mettersi progressivamente sulla via anche dell'uguaglianza sostanziale.

Mi riferisco alla nota sentenza *Thlimmenos c. Grecia* del 2000 (34369/97), laddove viene sanzionata (nel caso di specie sulla base degli artt. 14 e 9 CEDU) la carenza della legislazione interna coinvolta nello stabilire la distinzione tra persone condannate in ragione delle loro convinzioni religiose e persone condannate per altri motivi.

Si tratta della sentenza da cui ha preso avvio il filone giurisprudenziale che contribuisce ad una tutela certamente più incisiva dei diritti umani, con conseguenze notevoli sia sul piano teorico che su quello pratico. Infatti, è evidente che il concetto di non discriminazione, pur astrattamente distinto da quello di uguaglianza, non viene più declinato soltanto sul piano formale di quest'ultima, ma ne coinvolge anche il piano sostanziale, nella misura in cui la Corte EDU si spinge a valutare un'omissione del legislatore, nell'ambito di misure intese a differenziare categorie di individui, allo scopo di compensare una disuguaglianza di fatto che tra esse preesiste.

E' emblematica a tale riguardo la successiva sentenza *Stec e altri c. Regno Unito* (65731/01 e 65900/01) del 2006, laddove la Corte ammette che la differenza tra uomini e donne nel Regno Unito, per quanto riguarda l'età legale di pensionamento, era originariamente destinata a correggere delle “disuguaglianze di fatto”, cioè lo svantaggio sul piano economico delle donne, e che tale differenza ha continuato ad essere ragionevolmente e obiettivamente giustificata per tale motivo, fino a quando i cambiamenti nella vita sociale ed economica hanno eliminato la necessità di un trattamento speciale per le donne<sup>25</sup>.

---

particuliers, l'absence de protection contre la discrimination dans ces relations pourrait être tellement nette et grave qu'elle entraînerait clairement la responsabilité de l'État et relèverait alors de l'article 1 du protocole (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt de la Cour du 26 mars 1985 dans l'affaire *X et Y c/Pays-Bas*, Série A, n° 91, paragraphes 23, 24, 27 et 30)».

<sup>23</sup> Si veda, ad es., la sentenza nel caso *Moreno Gómez c. Spagna* (4143/02), § 55. Le parti tra virgolette si riferiscono alla traduzione non ufficiale della sentenza.

<sup>24</sup> Cfr. anche *Oršuš e altri c. Croazia* (15766/03), § 165.

<sup>25</sup> «A son origine, dès lors, la différence établie entre les hommes et les femmes quant à l'âge légal du départ à la retraite visait à corriger des « inégalités factuelles » entre les premiers et les secondes» (§ 61), «Cette différence a continué à être raisonnablement et objectivement justifiée pour ce motif jusqu'à une époque où les changements intervenus aux plans social et économique avaient fait disparaître la nécessité d'un traitement spécial des femmes» (§ 66).

Siamo dunque di fronte a dei “ponti” tra concetti, distinti in teoria e nel diritto positivo; basti pensare al diritto di non discriminazione nell’originaria formulazione della CEDU (art. 14) e alla coeva articolazione in senso formale e in senso sostanziale del principio di uguaglianza da parte della nostra Costituzione. E’ risaputo che, a differenza del principio di uguaglianza formale, che vieta di fondare le disparità di trattamento degli individui su taluni fattori differenziali, quello di uguaglianza sostanziale rimanda invece ad azioni positive, basandosi sulla rilevanza di quegli stessi fattori, potenzialmente discriminatori, per legittimare un diritto apparentemente disuguale.

La Corte EDU, tuttavia, non va oltre, almeno per ora, l’accertamento in concreto, caso per caso, dell’obbligo di intervenire con misure preferenziali, che in dottrina vengono anche definite *discriminazioni positive*<sup>26</sup>, comprese le «discriminazioni alla rovescia», assimilabili alle c.d. *azioni positive*, ma distinte dalle norme antidiscriminatorie<sup>27</sup>.

In altri termini, se gli Stati intervengono con misure preferenziali (le c.d. *discriminazioni positive*), repute temporaneamente necessarie per rimuovere un trattamento discriminatorio, la Corte si ritiene competente ad accertare se esse si fondano su una giustificazione «obiettiva e ragionevole» e se esiste un «rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l’obiettivo perseguito»<sup>28</sup>; in caso contrario, impone *obblighi positivi* agli Stati, al fine di eliminarne gli effetti discriminatori; obblighi che impone anche in caso di inerzia delle autorità nazionali, dopo aver bilanciato gli interessi in gioco nei singoli casi<sup>29</sup>. Non si impegna, invece, ad accertare e ad imporre agli Stati obblighi generali di adottare misure antidiscriminatorie<sup>30</sup>; tanto meno si impegna a favore di norme riequilibratrici, che, andando al di là delle misure preferenziali repute temporaneamente necessarie per rimuovere un trattamento discriminatorio, siano intese a promuovere e ad incentivare l’uguaglianza sostanziale tra gli individui, con interventi strutturali che

---

<sup>26</sup> Mi riferisco alla letteratura giuridica in lingua francese. Cfr., ad es., X. BIOY, *L’ambiguïté du concept de non-discrimination*, in F. SUDRE, H. SURREL (dir.), *Le droit à la non-discrimination*, cit., 78 ss.

<sup>27</sup> La distinzione è compendiata in un recente scritto di A. MARESCA, *La promozione della rappresentanza di genere tra ipotesi di azioni positive e normative antidiscriminatorie*, in <http://www.dirittifondamentali.it>, n. 1/2012, 3 ss. Contesta la distinzione tra azioni positive e norme antidiscriminatorie, A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, CEDAM, Padova, 2002, 434, nota 253, il quale osserva che il concetto di azione positiva è un concetto «multicomprendivo» e «progressivo». Sulle azioni positive, *ex plurimis*, O. DE SCHUTTER, *L’action affirmative comme instrument de la lutte contre les discriminations en Europe: un outil de transformation sociale au service des objectifs du droit européen*, in M. MARTINIELLO, A. REA (eds.), *Affirmative action. Des discours, des politiques et des pratiques en débat*, Academia-Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 127-160; ID., *Positive Action*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2007, 757-870.

<sup>28</sup> Secondo le espressioni impiegate costantemente dalla Corte EDU a partire dalla sentenza sull’ *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique» c. Belgique*, cit., § 10.

<sup>29</sup> Cfr., ad es. la sentenza nel caso *Moreno Gómez c. Spagna* (4143/02), § 55: «Que l’on aborde l’affaire sous l’angle d’une obligation positive, à la charge de l’Etat, d’adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l’article 8, ou sous celui d’une ingérence d’une autorité publique à justifier sous l’angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l’individu et de la société dans son ensemble».

<sup>30</sup> O. DE SCHUTTER, *Reasonable Accommodation and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, in C. GOODING, A. LAWSON (eds.), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*, Hart Publishing, London, 2005, 35-63.



non attribuiscono direttamente un risultato ad una determinata categoria di soggetti (ad es. attraverso la previsione di «quote di genere»), ma mirino ad offrire in modo neutrale i mezzi, cioè le opportunità, per raggiungerlo.

Gli esiti altalenanti della giurisprudenza della Corte EDU sono d'altra parte ben noti; basti ricordare le sentenze nei casi *Botta c. Italia* (21439/93)<sup>31</sup>, del 1998, e *Zehlanova e Zehnal c. Repubblica Ceca* (38621/97), del 2002, in cui la Corte non ha ritenuto che gli Stati coinvolti dovessero obbligatoriamente adottare le misure necessarie all'integrazione sociale dei ricorrenti disabili<sup>32</sup>; altrettanto conosciuta è la sentenza *Chapman c. Regno Unito* (27238/95) del 2001<sup>33</sup>, in cui ha rifiutato di considerare a carico dello Stato l'obbligo di adottare le misure necessarie al godimento del diritto all'abitazione della ricorrente, facente parte della minoranza Zigana, in evidente connessione con il diritto di vivere secondo le sue tradizioni; ed è pure famosa la pronuncia del 2007 nel caso *D.H. e altri c. Repubblica Ceca* (57325/00), in cui, pur eliminando un'evidente discriminazione indiretta, non ha reputato necessaria l'assunzione di misure particolari nei confronti dei bambini Rom, per consentire di colmare le loro disuguaglianze sul piano culturale, insieme agli altri studenti, nello stesso ambiente scolastico ed educativo.

I limiti di tali pronunce, e le battute d'arresto che ad esse si sogliono ricondurre, sono altrettanto noti.

Sta di fatto, però, che in una recente sentenza del 2010, riguardante particolari misure di segregazione scolastica adottate in Croazia nei confronti dei minori Rom (*Oršuš e altri c. Croazia* - 15766/03), la Grande Camera, dopo averle giudicate sproporzionate e discriminatorie, ma ammissibili in astratto<sup>34</sup>, ha riconosciuto che lo Stato «avait en outre l'obligation de prendre des

---

<sup>31</sup> «In the instant case the applicant complained in substance not of action but of a lack of action by the State. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves [...] The Court has held that a State has obligations of this type where it has found a direct and immediate link between the measures sought by an applicant and the latter's private and/or family life. [...] In the instant case, however, the right asserted by Mr Botta, namely the right to gain access to the beach and the sea at a place distant from his normal place of residence during his holidays, concerns interpersonal relations of such broad and indeterminate scope that there can be no conceivable direct link between the measures the State was urged to take in order to make good the omissions of the private bathing establishments and the applicant's private life. Accordingly, Article 8 is not applicable» (§§ 33-35).

<sup>32</sup> In particolare, cfr. O. DE SCHUTTER, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU non-discrimination Directives - an update*, European Communities, Luxembourg, 2011, 23-25.

<sup>33</sup> «99. Il importe de rappeler que l'article 8 ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour. Il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile, mais il existe malheureusement dans les Etats contractants beaucoup de personnes sans domicile. La question de savoir si l'Etat accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire». Più recenti sentenze a conferma di tale orientamento vengono citate da D. ROMAN, *Les droits civils au renfort des droits sociaux: l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire*, in ID. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, 2010, 311, disponibile all'indirizzo [http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport\\_final/Justiciabilit%C3%A9\\_droits\\_sociaux\\_rapport\\_final.pdf](http://droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilit%C3%A9_droits_sociaux_rapport_final.pdf).

<sup>34</sup> «157. La Cour considère que le placement temporaire d'enfants dans une classe séparée au motif qu'ils n'ont pas une maîtrise suffisante de la langue n'est pas en soi automatiquement contraire à l'article 14 de la Convention. On pourrait

mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le biais de cours de langue spéciaux, afin qu'ils pussent être rapidement intégrés dans des classes mixtes» (§ 165). Sicché, accanto agli *obblighi positivi*, sotto forma di *discriminazioni positive*, sembra che la Corte non disdegni – seppure con i limiti fin qui evidenziati – la categoria degli *obblighi di risultato*<sup>35</sup>, da tempo riscontrabile nelle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali<sup>36</sup>.

## 2. Non discriminazione ed uguaglianza nell'ordinamento dell'Unione Europea.

Se passiamo ad analizzare la situazione nell'ordinamento dell'Unione Europea<sup>37</sup>, riscontriamo che in origine il principio di uguaglianza non era esplicitamente enunciato nei Trattati; sino all'adozione della Carta di Nizza, nel 2000 (art. 20), e al suo richiamo ad opera del Trattato di Lisbona, entrato in vigore nel dicembre 2009, esso veniva ricavato per via interpretativa dalla Corte di giustizia, desumendolo, in particolare, dai singoli divieti di discriminazione presenti nel diritto primario (spec. art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE e art. 141 TCE, ora art. 157 TFUE).

Da tali divieti, strettamente funzionali ai diversi settori di competenza e d'intervento dell'originaria Comunità europea, la Corte di giustizia ha precocemente ricavato un principio generale di uguaglianza del tutto omologo a quello riconosciuto dalle Costituzioni degli Stati membri e ha impiegato i due termini – uguaglianza e non discriminazione – come un'endiadi, per

---

dire que, dans certaines circonstances, pareil placement vise le but légitime d'adapter le système éducatif aux besoins particuliers des enfants. Toutefois, lorsqu'une telle mesure touche les membres d'un groupe ethnique spécifique de manière disproportionnée voire, comme en l'occurrence, exclusive, il faut que des garanties adaptées soient mises en place (*Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76, *Recueil* 1996-IV, *Connors*, précité, § 83, et *Timichev*, précité, § 56)». Cfr. F. STAIANO, *Diritto dei minori rom all'istruzione in condizioni di non discriminazione: il caso Oršuš e altri c. Croazia*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2011, 93 ss.

<sup>35</sup> Obblighi che, per altro, sembrano comparire anche in altre sentenze; mi riferisco, in particolare, alle sentenze *Moreno Gómez v. Spain* (4143/02), §§ 57-63; *Oluić v. Croatia* (61260/08), §§ 48-66 e, più di recente, alla sent. *Deés v. Hungary*, (2345/06) del 9 novembre 2010. In quest'ultima pronuncia la Corte si spinge infatti ad affermare che: «It observes nevertheless that the measures which were taken by the authorities consistently proved to be insufficient, as a result of which the applicant was exposed to excessive noise disturbance over a substantial period of time. The Court finds that this situation created a disproportionate individual burden for the applicant. [...] In these circumstances, the Court considers that there existed a direct and serious nuisance which affected the street in which the applicant lives and prevented him from enjoying his home in the material period. It finds that the respondent State has failed to discharge its positive obligation to guarantee the applicant's right to respect for his home and private life. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention» (§§ 23 e 24).

<sup>36</sup> Si tratta di una caratteristica saliente della "giurisprudenza" del CEDS, che sta emergendo sempre più grazie al suo dinamismo interpretativo ed è ormai riconosciuta in dottrina. Cfr., in specie, O. DE SCHUTTER, *The Two Lives of the European Social Charter*, in ID. (Coord.), *The European Social Charter: a social constitution for Europe/La Charte sociale européenne: une constitution sociale pour l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 34 s. A sua volta, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: quelles perspectives pour les 10 prochaines années?*, in O. DE SCHUTTER (Coord.), *The European Social Charter*, cit., 152, riferendosi agli Stati parti, ricorda che «le principe d'effectivité a notamment conduit le Comité à imposer à ces derniers des obligations de résultat là où on aurait pu penser qu'ils n'étaient tenus qu'à une obligation de moyen». Dello stesso avviso, più di recente, J.-P. MARGUENAUD e J. MOULY, *Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu*, in *Rev. dr. publ.*, n. 3, 2011, 694, che citano altra dottrina concorde (nota 19).

<sup>37</sup> Cfr. COM(2004)379, «Libro Verde» presentato dalla Commissione in tema di «Uguaglianza e non discriminazione nell'Unione europea allargata»; COM(2008)420, «Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni», intitolata: «Non discriminazione e pari opportunità: Un impegno rinnovato»; il «Parere del Comitato delle Regioni non discriminazione, pari opportunità e applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone» (2009/C 211/12).

cui il primo è apparso nella sua giurisprudenza il verso positivo del secondo<sup>38</sup>. In un secondo momento, in particolare dal 2000 in poi<sup>39</sup>, sono state adottate anche alcune importanti direttive, non solo in senso antidiscriminatorio, ma anche per garantire le pari opportunità in vari settori.

Tale approccio giurisprudenziale è attuale ed è in continua evoluzione, come ci conferma Stefania Ninatti, ricordandoci che a partire dalla discussa sentenza *Mangold* (C-144/04) «il giudice di Lussemburgo rinviene, infatti, che anche in assenza del riconoscimento di una specifica tradizione costituzionale comune in materia di discriminazione di età nel contesto giuridico europeo, quest'ultima può comunque essere ammessa grazie ad una lettura evolutiva del principio generale di uguaglianza che [...] è sempre stato riconosciuto come una componente costitutiva delle tradizioni costituzionali comuni. [...] Una possibile lettura espansiva delle discriminazioni può essere quindi dedotta, con il passare del tempo, dal generale principio di uguaglianza»<sup>40</sup>.

La Corte di giustizia, inoltre, ha ben presto affermato che «sussiste violazione del principio di parità di trattamento allorché a due categorie di persone, le cui situazioni di fatto e di diritto non presentino alcuna differenza essenziale, sia riservato un diverso trattamento o allorché situazioni dissimili vengano trattate in modo identico»<sup>41</sup>. Essa ha in effetti accolto da tempo risalente il canone della ragionevolezza, per cui una disparità di trattamento non può essere vietata laddove non si riveli arbitraria, «cioè priva di adeguata giustificazione e non fondata su criteri di natura obiettiva»<sup>42</sup>.

La stessa Corte ha pure considerato, a partire dalla sentenza *Badeck* (C-158/97), la distinzione tra uguaglianza formale ed uguaglianza sostanziale, apprezzando finalmente l'adozione di criteri distintivi – sotto forma di azioni positive – che «mirano chiaramente ad ottenere una parità sostanziale anziché formale, riducendo le disuguaglianze di fatto che possono sopraggiungere nella vita sociale» (punto 32). E a tale riguardo, non va poi sottaciuto che dal caso

---

<sup>38</sup> Cfr. la sentenza del 13 novembre 1984, C-283/83, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*; v. anche la sentenza dell'8 ottobre 1989, C-810/79, *Ueberschaer*; più di recente v. le conclusioni del 22 maggio 2008 dell'Avvocato generale *Sharpston* in causa C-427/06, *Bartsch*, §§ 34, 35, 42, 65.

<sup>39</sup> Si vedano le direttive: 2000/43/CE; 2000/78/CE; 2004/113/CE; 2006/54/CE. La direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GU L 180 del 19.7.2000, p. 22); la direttiva 2000/78/CE, del 27 novembre 2000, 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, p. 16); la direttiva 2004/113/CE, del 13 dicembre 2004, 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, p. 37); la direttiva 2006/54/CE, del 5 luglio 2006, riguarda 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, p. 23). Cfr. anche O. DE SCHUTTER, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives*, European Communities, Luxembourg, 2005; ID., *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law: Relevance for EU non-discrimination Directives - an update*, cit.

<sup>40</sup> S. NINATTI, *Ieri e oggi delle tradizioni costituzionali comuni: le novità nella giurisprudenza comunitaria*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, cit., 548.

<sup>41</sup> Cfr. Tribunale di I grado, sentenza del 14 aprile 1994, T-10/93, *A. c. Commissione*, in specie § 42; ma ben prima, si vedano le sentenze del 17 dicembre 1959, C-14/59, *Hauts Forneaux de Chasse Fonderies de Pont-à-Mousson*, cause riunite; del 13 giugno 1962, C-17 e 20/61, *Klockner-Werke*; del 13 luglio 1963, C-13/63, *Governo della Repubblica italiana c. Commissione*.

<sup>42</sup> *Ex plurimis*, si veda la sentenza del 15 settembre 1982, C-106/81, *Julius Kind KG c. CEE*.

*Arcelor* (C-127/07) è emersa la tesi per cui l'art. 6 TUE avrebbe ormai stabilito un'«identità organica» tra i valori costituzionali nazionali, di cui ovviamente il principio di uguaglianza – declinato in entrambe i sensi di cui si discute – è una componente essenziale, e quelli comunitari.

La Corte di Lussemburgo, infine, a differenza di quanto avviene a Strasburgo – dove la questione finora non è stata altrettanto approfondita<sup>43</sup> e dove si apprezzano le «discriminazioni positive» – ha tenuto a precisare che queste ultime non sono ammissibili, in particolare perché annichiliscono i meriti individuali; e che le azioni positive non possono comunque attribuire incondizionatamente e automaticamente il risultato voluto<sup>44</sup>.

### **3. Tra CEDU e ordinamento UE: alla ricerca della protezione più estesa.**

Anche volendo prescindere dai profili teorici dei concetti di uguaglianza e di non discriminazione, che per altro riemergono negli artt. 20, 21 e 23 della Carta di Nizza, si riscontrano, dunque, concrete differenze tra i due ordinamenti: a Strasburgo – come s'è detto – si avverte ancora una labile distinzione tra non discriminazione ed uguaglianza formale; inoltre dalla CEDU – che fin dall'inizio non aveva intenzione di prevedere, e non prevede, comunque, nemmeno dopo l'adozione del suo dodicesimo Protocollo addizionale, norme intese a garantire l'uguaglianza sostanziale – la Corte al momento fa discendere soltanto obblighi positivi conseguenti a trattamenti discriminatori, o che rimediano ad omissioni o carenze delle autorità nazionali, accertati in concreto, ma sicuramente non obblighi positivi generali, desumibili in astratto. Inoltre, si limita a ricondurre agli Stati l'adozione di misure preferenziali, le c.d. «discriminazioni positive», che poco hanno a che vedere con vere e proprie misure riequilibratrici, intese a promuovere e ad incentivare, in modo neutrale, l'uguaglianza sostanziale tra gli individui, senza attribuire direttamente un risultato ad una determinata categoria di soggetti.

In prospettiva, però, alla luce delle potenzialità del Protocollo n. 12 e delle decisioni del CEDS<sup>45</sup>, tali orientamenti potrebbero in parte mutare, soprattutto se i richiami della Corte EDU alla «giurisprudenza» sui diritti sociali di quest'ultimo si infittissero. Non va infatti scordato che il Comitato, spingendosi sempre più a verificare l'effettività dei risultati ottenuti dagli Stati e mirando ad ottenere l'effettiva tutela dei diritti coinvolti attraverso l'imposizione agli stessi di *obblighi di risultato* e non soltanto per mezzo di *obblighi positivi*, ha già da tempo varcato il confine della non

---

<sup>43</sup> Cfr. ad es. il caso *Wintersberger c. Austria* (57448/00).

<sup>44</sup> E' nota l'affermazione in tal senso, contenuta nella sentenza sul caso *Kalanke* (C-450/93). Si vedano altresì, per completezza, i casi *Marschall* (C-409/95) e *Abrahamsson* (C-407/98).

<sup>45</sup> Cfr., ad es., *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, recl. n. 13/2002, §53: «the implementation of the Charter requires the State Parties to take not merely legal action but also practical action to give full effect to the rights recognized in the Charter» e *International Movement ATD Fourth World v. France*, recl. n. 33/2006, §61: «In connection with means of ensuring steady progress towards achieving the goals laid down by the Charter, the Committee wishes to emphasise that implementation of the Charter requires state parties not merely to take legal action but also to make available the resources and introduce the operational procedures necessary to give full effect to the rights specified therein».

discriminazione e dell'uguaglianza formale nel godimento dei diritti sociali, con decisioni chiaramente improntate al raggiungimento dell'uguaglianza sostanziale<sup>46</sup>.

Dai Trattati comunitari, interpretati dalla Corte di giustizia alla luce della Carta di Nizza e del Trattato di Lisbona, si può per contro far discendere la necessità di un articolato sistema di azioni positive indirizzate proprio al conseguimento non solo dell'uguaglianza formale ma anche dell'uguaglianza sostanziale, giacché le tradizioni costituzionali comuni lo identificano nella sua duplice accezione e lo fanno perciò assurgere a principio indefettibile in tutti i settori di competenza dell'Unione. Le stesse direttive, finora adottate per eliminare talune discriminazioni e per garantire le pari opportunità in vari settori di competenza dell'Unione, rappresentano uno strumento estremamente efficace per il conseguimento dell'uguaglianza sostanziale, essendo in grado di imporre agli Stati membri misure volte ad ottenere i risultati che si prefiggono.

Quanto tali differenze tra i due ordinamenti potranno tuttavia incidere – se permarranno – sui diritti fondamentali dei cittadini europei, il cui pieno esercizio presuppone ineluttabilmente il rispetto dell'uguaglianza formale ma anche il conseguimento dell'uguaglianza sostanziale, entrambe patrimonio della «tradizione europea», che ormai sembra aver assimilato al proprio interno le stesse tradizioni costituzionali comuni, non è affatto semplice da stabilire.

Come emerge chiaramente dal contributo di Maria Elena Gennusa<sup>47</sup>, uno dei problemi che si possono presentare con l'adesione alla CEDU da parte dell'Unione consiste nella possibilità che la Corte EDU si pronunci sull'interpretazione del diritto dell'Unione ancor prima che si sia espressa la Corte di giustizia. E' evidente che, se emergessero sostanziali differenze giurisprudenziali proprio nell'implementazione del principio di uguaglianza, un'eventuale prevalenza sul piano ermeneutico di una Corte sull'altra potrebbe ingenerare incertezze e pericolose disarmonie. E il problema potrebbe non essere risolto incidendo soltanto sulla sequenza temporale delle pronunce delle due Corti: pur anteponendo il giudizio reso a Lussemburgo rispetto a quello di Strasburgo, se le pronunce della Corte di giustizia non risultassero vincolanti per la Corte EDU, i cui poteri a quanto pare dovrebbero mantenersi impregiudicati, la maggiore considerazione per l'uguaglianza sostanziale dei cittadini, che pare emergere dal diritto dell'Unione (pure in assenza di un'esplicita formulazione nella Carta di Nizza e nei Trattati), non troverebbe probabilmente conferma da parte di quest'ultima.

---

<sup>46</sup> Viene considerata “decisione capostipite” quella resa nel caso, già citato, *International Association Autism-Europe (IAAE) v. France*, recl. n. 13/2002, di cui si riporta un passo tratto dal § 52: «... human difference in a democratic society should not only be viewed positively but should be responded to with discernment in order to ensure real and effective equality». In esso si fa espresso riferimento all'interpretazione dell'art. E, formalmente intitolato alla non discriminazione, ma risulta del tutto evidente che il CEDS ne estende la portata al conseguimento dell'uguaglianza sostanziale e ciò emerge ancor di più se si legge il successivo §53: «... the implementation of the Charter requires the State Parties to take not merely legal action but also practical action to give full effect to the rights recognized in the Charter».

<sup>47</sup> M. E. GENNUSA, *L'Unione europea e la Cedu: verso l'adesione*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, cit., 279 ss.

La soluzione del problema è comunque rinvenibile nell'art. 53 della CEDU e nell'omologa disposizione della Carta di Nizza (art. 53<sup>48</sup>), se se ne accoglie una lettura garantistica assai semplice, che rende operativo ed esplicito nell'ordinamento multilivello il principio secondo cui Costituzione e Carte internazionali «si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione»<sup>49</sup>, per ottenere la protezione più estesa dei diritti fondamentali. Tali disposizioni, infatti, prevedono che dal confronto sinergico tra diritto interno, diritto dell'Unione e diritto di fonte convenzionale e internazionale (ivi comprese, quindi, la CSE e la CSER) debba emergere, prevalendo necessariamente, la norma più protettiva, ovviamente come interpretata dalle rispettive Corti<sup>50</sup>.

#### 4. Non discriminazione ed uguaglianza nell'ordinamento costituzionale italiano.

Ciò detto, possiamo finalmente passare al profilo della non discriminazione e dell'uguaglianza, formale e sostanziale, nell'ordinamento interno.

La nostra Costituzione, com'è risaputo, contempla l'uguaglianza formale nel primo comma dell'art. 3, dove per altro la accosta a sette divieti di non discriminazione, che impongono ovviamente proibizioni, cioè misure *negative*.

Nel secondo comma, invece, la nostra Costituzione pone in chiara luce il principio di uguaglianza sostanziale, ma esso necessita di misure *positive*<sup>51</sup> del legislatore per la sua realizzazione, in mancanza delle quali si ritiene che il giudice costituzionale non possa a sua volta intervenire in sostituzione. Si afferma, infatti, che il giudice delle leggi sarebbe costretto a limitarsi a verificare la conformità al principio di uguaglianza formale di interventi legislativi che, differenziando irragionevolmente situazioni diverse, eccedono dall'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale.

In altri termini, si reputa che l'inerzia del legislatore, benché si traduca nella violazione dell'uguaglianza sostanziale, non possa essere rimediata dal giudice costituzionale, al quale non

---

<sup>48</sup> Disposizione che, notoriamente, si combina con l'art. 52.3 della stessa Carta. In argomento, cfr. L. LANZONI, *Tutela e limitazione dei diritti dell'uomo nell'art. 52 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, ESI, Napoli, 2010, spec. 379 ss. Sull'art. 53 della Carta, si veda M. CARTABIA, *Art. 53*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 364 ss.

<sup>49</sup> Secondo la notissima sentenza n. 388 del 1999 della Corte costituzionale (Punto 2.1. del *Considerato in diritto*).

<sup>50</sup> «Ciò che conta, insomma, è rinvenire ogni volta la soluzione che offra la più “intensa” tutela ai diritti, all'intero sistema dei diritti (e, più in genere, dei beni costituzionalmente protetti)». In tal senso, A. RUGGERI, *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, 3, in <http://www.diritticomparati.it/2011/06/rapporti-tra-cedu-e-diritto-interno-bundesverfassungsgericht-e-corte-costituzionale-allo-specchio-di.html>.

In argomento, con utili spunti e numerosi riferimenti bibliografici, si veda anche M. NICOLINI, *Il livello integrale di tutela come contenuto indefettibile dello statuto sovranazionale dei diritti fondamentali*, in M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 389 ss.; si vedano pure le più recenti, e sempre più articolate, riflessioni di A. RUGGERI, *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri14.pdf>, 27: «Quando però si ragiona del “luogo” in cui si situa la più “intensa” o avanzata tutela, non necessariamente si ha a che fare con conflitti; potrebbe piuttosto assistersi a forme “graduate”, scalari di tutela: non già d'una fonte che la dà e di un'altra che la toglie o la nega».

<sup>51</sup> Le «sanzioni positive» di cui parlava N. BOBBIO, *Sulle sanzioni positive*, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, Giuffrè, Milano, 1971, 227 ss.

competete disporre interventi positivi nell'ordinamento ma soltanto eliminare norme, che in qualche modo contrastino con l'esigenza di uguaglianza sostanziale, o sollecitare interventi, con appositi moniti al legislatore. Sicché, parrebbe che la Corte costituzionale, senza un minimo intervento del legislatore, difficilmente sia in grado di realizzare essa stessa l'uguaglianza sostanziale. Ed in effetti, è noto che quest'ultima entra nel ragionamento della Corte come valore costituzionale alla luce del quale deve essere scrutinata la ragionevolezza delle distinzioni operate dal legislatore. Le stesse azioni positive finiscono per inquadarsi in essa soltanto perché la Corte ne valuta la ragionevolezza, facendole entrare nel bilanciamento tra valori costituzionali.

L'uguaglianza sostanziale si lega dunque all'uguaglianza formale in quanto valore che accede alla prima e non come principio autonomo; essa serve soprattutto a far dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme che alla fine vengono espunte dall'ordinamento non per violazione del secondo comma, ma per contrasto con il primo comma dell'art. 3 Cost.

Detto altrimenti: anche l'uguaglianza sostanziale diventa uno dei valori in base ai quali il legislatore *può* o, a seconda dei casi, *deve* effettuare delle distinzioni; e la loro ragionevolezza non è altro che la risultante del bilanciamento tra l'uguaglianza formale, che impone di non distinguere situazioni omologhe, e l'uguaglianza sostanziale, che impone di dare rilievo ad elementi di fatto o a condizioni personali, al fine di rispondere all'imperativo costituzionale e rimuovere le disuguaglianze.

Si dice, non a caso, che il primo comma dell'art. 3 si riempie dei contenuti del secondo comma, *«sì che la ragionevolezza delle distinzioni va valutata anche in base all'esigenza di realizzare l'eguaglianza sostanziale»*<sup>52</sup>.

## **5. Dall'uguaglianza formale all'uguaglianza sostanziale: una «rivoluzione promessa» e dovuta alle generazioni future.**

Possiamo pensare di spingerci oltre il sottile e utile ragionamento fatto proprio dalla Corte, per giungere, invece, a considerare autonomamente il principio di uguaglianza sostanziale e a promuovere il doveroso superamento dell'inerzia del legislatore a suo riguardo?

Adriana Apostoli, nella limpida ricostruzione del problema della presenza (o, meglio, dell'assenza) femminile nelle istituzioni politiche, ci ricorda che lo stesso legislatore ordinario in più di un'occasione ha fatto ricorso allo strumento delle c.d. «azioni positive» al fine di compensare la sottorappresentanza femminile nelle Assemblee elettive: *«un vero e proprio agire pubblico positivo volto a correggere le diseguaglianze sostanziali e a favorire soggetti appartenenti a specifiche categorie socialmente svantaggiate, affinché sia loro garantita una effettiva uguaglianza e parità»*<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Giappichelli, Torino, 2011, 211.

<sup>53</sup> A. APOSTOLI, *La Costituzione italiana e le donne*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, cit., 7.

La Repubblica ha promosso e promuove, dunque, con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini, ma a far capo dal 2001 le nuove disposizioni costituzionali (mi riferisco alle leggi costituzionali nn. 2 e 3 del 2001) pongono *«esplicitamente l'obiettivo del riequilibrio e stabiliscono come doverosa l'azione promozionale per la parità di accesso alle consultazioni, riferendoli specificamente alla legislazione elettorale»*. Ce lo dice la Corte costituzionale, nella nota sentenza n. 49 del 2003, e ce lo rammenta Alessandra Concaro: *«parlando esplicitamente di doverosità dell'azione regionale, il Giudice delle leggi indic[a] come necessario il perseguimento dell'obiettivo della parità dei sessi, da realizzarsi attraverso interventi mirati da parte del legislatore regionale: l'attuazione del quadro costituzionale, dunque, è subordinata all'adozione di misure legislative ad hoc, espressamente finalizzate al riequilibrio della rappresentanza dei sessi, con la conseguenza che le leggi elettorali regionali che non prevedano al loro interno simili meccanismi dovrebbero essere dichiarate incostituzionali»*<sup>54</sup>.

E' questo a mio parere il ragionamento che occorre sviluppare e che suscita il seguente interrogativo: se si reputa doveroso un intervento del legislatore, non solo per promuovere la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive, ma anche per rimuovere *«ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica»*, in attuazione di una norma della Costituzione (l'art. 117, settimo comma<sup>55</sup>) indissolubilmente connessa ad entrambi i principî supremi che discendono dal suo art. 3, si può evitare di ritenere altrettanto doverosi, *in generale*, gli interventi attesi dal legislatore in attuazione del secondo comma dello stesso articolo?

Per cercare di rispondere alla domanda, vanno a mio avviso richiamate, tra l'altro, le prime interpretazioni del giudice costituzionale in ordine al nuovo testo dell'art. 51 Cost.

Anzitutto, l'ordinanza n. 39 del 2005, nella quale la Corte, in materia di pubblico impiego, ha esplicitamente affermato che le modifiche normative e giurisprudenziali intervenute rendono ormai impossibile interpretare l'art. 51 Cost. nella sola ottica dell'eguaglianza formale, in quanto il nuovo testo della norma *«assegna ora alla Repubblica anche un compito di promozione delle pari opportunità tra donne e uomini»*.

In secondo luogo, come sottolineano Marilisa D'Amico e Stefano Catalano<sup>56</sup>, la sentenza n. 4 del 2010, laddove la Corte osserva, in particolare, che *«il quadro normativo, costituzionale e*

---

<sup>54</sup> Cfr. Corte costituzionale, sent. n. 49 del 2003 e A. CONCARO, *La rappresentanza politica femminile negli ordinamenti regionali*, in *Studi senesi*, 2009, 117 s.

<sup>55</sup> Art. 117, comma 7, Cost.: «le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive». In seguito, la legge costituzionale n. 1 del 2003 («Modifica dell'articolo 51 della Costituzione») ha aggiunto al primo comma dell'art. 51 Cost. la disposizione per cui «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini».

<sup>56</sup> M. D'AMICO, S. CATALANO *Le sfide della democrazia paritaria. La parità dei sessi fra legislatore, Corte costituzionale e giudici*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, cit., 155 ss.



statutario [della Regione Campania], è complessivamente ispirato al principio fondamentale dell'effettiva parità tra i due sessi nella rappresentanza politica, nazionale e regionale, nello spirito dell'art. 3, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica la rimozione di tutti gli ostacoli che di fatto impediscono una piena partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese». Significativo passaggio in cui, per la prima volta e in maniera esplicita, si collegano gli artt. 51 e 117, settimo comma, Cost. al principio di uguaglianza sostanziale, consentendo, di conseguenza, ai giudici amministrativi – come emerge dall'approfondita rassegna giurisprudenziale effettuata dagli autori appena citati – di intervenire puntualmente sulle numerose violazioni riscontrate all'interno degli organi esecutivi degli Enti territoriali.

Sulla scorta di tali pronunce si può forse tentare una prima risposta, non dimenticando che l'art. 3 Cost. non introduce un "diritto nuovo", ma declina in senso formale e sostanziale un diritto/principio/valore universalmente contemplato nei testi costituzionali contemporanei, che trova altrettanto riscontro nel diritto dell'UE, primario e derivato, com'è noto, oltre che nel diritto internazionale, seppure con i limiti prima evidenziati.

Per rispondere, si deve in ogni caso tenere conto anche di altri valori e principi concorrenti, che si sono affermati e si stanno affermando nel diritto sovranazionale ed internazionale, e che stanno circolando nella giurisprudenza delle Corti: mi riferisco ai principi di proporzionalità e di gradualità, ma prima di tutto all'emergente principio di responsabilità intergenerazionale<sup>57</sup>.

Quest'ultimo, accolto in vari strumenti internazionali, ma soprattutto evocato dal Preambolo della Carta di Nizza<sup>58</sup>, è già stato implicitamente considerato dal legislatore italiano (ad esempio quando ha deciso di passare da un sistema previdenziale retributivo ad uno basato sul calcolo contributivo) ed impone ormai di valutare anche il fattore temporale nell'attuazione dei principi e delle norme costituzionali da parte del legislatore ordinario. Sicché – a mio parere – le omissioni di quest'ultimo devono essere dichiarate irragionevoli, nella misura in cui – pur tenendo conto dei principi di gradualità e di proporzionalità<sup>59</sup>, nonché del suo margine di apprezzamento – violino gli impegni o, meglio, i doveri costituzionali sottesi ai valori e, soprattutto, ai principi accolti nella nostra Carta fondamentale. La Corte costituzionale – a mio avviso – è l'unico organo nel nostro sistema (fatte salve le attribuzioni del Presidente della Repubblica) che può far valere la responsabilità intertemporale, intesa come responsabilità intragenerazionale e intergenerazionale,

---

<sup>57</sup> Cfr., *ex plurimis*, R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2008, spec. 118 ss.; R. BIFULCO, A. D'ALOIA, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008; A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045\\_spadaro.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0045_spadaro.pdf).

<sup>58</sup> «Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future».

<sup>59</sup> Sull'influenza comunitaria nella definizione di un generale e autonomo principio di proporzionalità nell'ordinamento interno, non necessariamente connesso alla ragionevolezza, cfr. S. PANIZZA, E. STRADELLA, *Il concetto di eguaglianza come principio costituzionale e come criterio generale di ragionevolezza delle scelte pubbliche*, in A. DI CAPUA (a cura di), *Quaderni sul principio di eguaglianza*, I, CEDAM, Padova, 2008, 23 ss.

che il Costituente ha posto a carico del legislatore ordinario, e che dunque si presenta nella teoria delle Costituzioni come *responsabilità costituzionale* per il mantenimento della stessa democrazia.

Chi ha vissuto i c.d. *anni di piombo* nel nostro Paese, sa a che cosa alludo; quando intere generazioni vedono sfumare le speranze scaturenti dal “patto costituzionale” (la «rivoluzione promessa» di cui parlava Piero Calamandrei), è la democrazia stessa ad essere in serio pericolo.

Unendo e coordinando, sistematicamente e teleologicamente, tutti i principî evocati, mi pare che si possa allora sostenere che sia giunto il momento per la Corte costituzionale di orientare la ragionevolezza del proprio scrutinio verso le numerose omissioni del legislatore interno, reputandole finalmente contrarie ai principî richiamati in questa sede e indicandone quindi come doveroso l'intervento.

D'altra parte, è accettabile che un principio supremo della nostra Costituzione – mi riferisco in specie al secondo comma dell'art. 3 – possa essere disatteso dal legislatore, e cioè dalle varie maggioranze politiche succedutesi nel tempo, fino ad annichilire in taluni settori la forza pervasiva che esso – vero e proprio *principio di uguaglianza sostanziale intertemporale* – sprigiona nei confronti dell'intero ordinamento giuridico<sup>60</sup>, frustrando indefinitamente le legittime attese di generazioni e generazioni di cittadini?

Come ricorda Roberto Romboli, in varie occasioni la Corte ha pur affermato che *«spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina»*; e che *«nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»*<sup>61</sup>.

Tali affermazioni hanno trovato conferma proprio nella recente sentenza riguardante il matrimonio tra persone dello stesso sesso (la n. 138 del 2010), puntualmente analizzata da Romboli nel suo scritto. L'Autore evidenzia come anche i commentatori più critici, pur *«sottolineando il riconoscimento al legislatore della libertà di scelta dei tempi entro i quali intervenire, si esprimono ciò nonostante nel senso di “una disciplina costituzionalmente obbligatoria”, anche se a contenuto non costituzionalmente vincolato. La natura “costituzionalmente obbligata” della invocata legge parrebbe contrastare con l'assoluta libertà nella scelta dei tempi e comunque, sulla scorta di una giurisprudenza assolutamente consolidata ispirata ai principi del costituzionalismo, aprire alla possibilità di un intervento del “diritto giurisprudenziale”, in quanto la Costituzione sul punto non solo “consente”, bensì “impone” nel senso prima detto»*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> «L'uguaglianza, infatti, è principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura»; così si legge nella sentenza n. 25 del 1966 della Corte costituzionale (Punto 1. del *Considerato in diritto*).

<sup>61</sup> R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in G. D'ELIA, G. TIBERI, M. P. VIVIANI SCHLEIN, *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, cit., 628.

<sup>62</sup> *Ibidem*, 642.

Detto altrimenti, aderendo alla teoria dei diritti fondamentali di Robert Alexy<sup>63</sup>, si può a mio avviso sostenere che dal principio di uguaglianza sostanziale discendono «diritti ad azioni positive normative»<sup>64</sup>, incerte nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quando*, ma che non possono essere *irragionevolmente* procrastinate. Sicché il margine di apprezzamento, la gradualità e la stessa discrezionalità del legislatore devono essere bensì bilanciati, come principî concorrenti, ma sottostanno necessariamente al principio prevalente di uguaglianza sostanziale, consentendo alla Corte costituzionale di intervenire a colmare le lacune e le stesse omissioni del legislatore<sup>65</sup>, almeno fintanto che il medesimo non abbia assunto autonome decisioni in merito.

Il principio di responsabilità intergenerazionale rafforza, a sua volta, il principio di uguaglianza sostanziale e il conseguente diritto ad azioni positive normative<sup>66</sup>, in un'ottica di bilanciamento orientato all'obiettivo, il cui perseguimento – soprattutto in caso di inerzia o di controversie sul contenuto – non può essere lasciato ad una semplice maggioranza parlamentare<sup>67</sup>.

L'alternativa è quella – paradossale a mio avviso, pur considerando le complesse relazioni tra principî concorrenti e tra principî e regole costituzionali – di giudicare obbligatori per il legislatore ordinario soltanto quegli interventi che gli sono settorialmente imposti da specifiche norme costituzionali, come quelli che la Corte ha ricavato dai novellati artt. 51 e 117, settimo comma, Cost., reputando di fatto necessaria una puntuale opera di revisione e integrazione normativa che francamente mi sembra superflua, se si riflette sul significato e sulla portata attribuiti all'uguaglianza formale e all'uguaglianza sostanziale nell'elaborazione dei nostri Costituenti, alla luce del Costituzionalismo contemporaneo e in forza del diritto e della giurisprudenza sovranazionali e internazionali in tema di non discriminazione ed uguaglianza.

A livello nazionale, non solo non ci si può sottrarre al confronto con gli altri ordinamenti, quando si tratta di non discriminazione e di uguaglianza formale e sostanziale, i cui destini sono ormai uniti nella loro diversità, ma neppure si può sfuggire all'inevitabile e progressiva integrazione, soprattutto in chiave ermeneutica, dei valori e dei principî che risultano gradatamente condivisi sul piano sovranazionale e internazionale, molti dei quali – a ben vedere – fanno già parte dei caratteri proprî dello Stato costituzionale contemporaneo, al punto che ormai si può forse parlare di valori, principî e diritti del diritto costituzionale europeo ed internazionale.

---

<sup>63</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, spec. 421 ss.

<sup>64</sup> *Ibidem*, 222 ss.

<sup>65</sup> *Ibidem*, 545 e nota 266.

<sup>66</sup> K. HESSE, *Grundrechte. Bestand und Bedeutung*, in E. BENDA, W. MAIHOFFER, H.-J. VOGEL (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1983, 95, afferma che il legislatore ha l'obbligo (positivo) di fare di tutto per realizzare i diritti fondamentali, anche se, a tale riguardo, non sussiste una pretesa soggettiva del cittadino.

<sup>67</sup> R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 454 s. e nota 82.