

La discriminazione multipla e intersezionale

Prof.ssa Silvia Borelli
Università di Ferrara
silvia.borelli@unife.it

I principi di non discriminazione

I principi di non discriminazione sono norme imperative che vietano di accordare ad un soggetto/gruppo individuato in base al fattore protetto un trattamento che produce effetti svantaggiosi.

Mediante tali principi, il giudice può sindacare le modalità di esercizio di un potere, pubblico o privato, di «scegliere, distinguere, differenziare, di normare in senso lato». Egli può cioè operare un controllo sui mezzi prescelti nell'esercizio del potere in relazione agli effetti che l'atto, il patto o la condotta è idoneo a produrre, può cioè valutare se l'interesse che giustifica l'atto capace di generare un *disparate impact* prevalga, nella fattispecie concreta, sull'uguaglianza (obiettivo).

La definizione dei principi di non discriminazione ha carattere oggettivo: non è rilevante l'intento dell'agente, ma gli effetti (svantaggiosi) che conseguono alla sua condotta.

Il sindacato antidiscriminatorio

Il sindacato antidiscriminatorio segue sempre i medesimi passaggi argomentativi, pur se il modo in cui essi vengono motivati dipende dalla disciplina applicata. In ogni giudizio, occorre:

- 1) individuare la norma, l'atto, il patto o la condotta che si presumono discriminatori;
- 2) individuare il fattore protetto rilevante, e dunque la disciplina applicabile;
- 3) verificare se la fattispecie rientra nel campo di applicazione della disciplina applicabile, distinguendo in particolare l'ambito di applicazione soggettivo da quello oggettivo;
- 4) individuare un termine di comparazione (reale o ipotetico) che permetta di valutare la sussistenza di un effetto svantaggioso (generato da un diverso trattamento accordato a due soggetti/gruppi che si trovano in posizione analoga o da un analogo trattamento che produce o potrebbe produrre effetti sfavorevoli su un gruppo individuato sulla base dei fattori protetti), potendosi prescindere dal giudizio di comparazione quando il trattamento svantaggioso fa espressamente riferimento al fattore protetto o quando si fonda su un motivo (come la gravidanza) che caratterizza il soggetto/gruppo individuato in base al fattore protetto;
- 5) verificare l'effetto svantaggioso che deriva o può derivare dall'aver trattato in modo analogo situazioni differenti o dall'aver trattato in modo differente situazioni analoghe;
- 6) valutare l'esistenza di eccezioni/giustificazioni del trattamento svantaggioso (è in questo momento che viene operato il giudizio di adeguatezza, necessità e proporzionalità dell'atto che si presume discriminatorio rispetto al fine che il soggetto intende perseguire);
- 7) applicare le misure rimediale e sanzionatorie nei confronti dell'atto, del patto o della condotta discriminatoria, misure che – secondo il costante insegnamento della Corte di giustizia – debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Lessico antidiscriminatorio

- Discriminazione multipla: la vittima del trattamento svantaggioso è individuata in base a una pluralità di fattori protetti. Tali fattori restano tra loro separati, aggiungendosi l'uno all'altro e aggravando così la discriminazione
- Discriminazione intersezionale : la vittima del trattamento svantaggioso è individuata in base alla combinazione dei fattori protetti. Le discriminazioni intersezionali si colgono «nelle situazioni in cui non vi sarebbe stata alcuna discriminazione se i fattori fossero stati presi in considerazione separatamente».
- Discriminazione « per associazione »: la vittima della discriminazione non possiede le caratteristiche protette, ma ha uno stretto rapporto con le persone aventi quelle caratteristiche. La Corte di giustizia ha, ad esempio, qualificato come discriminazione diretta il trattamento sfavorevole subito da una lavoratrice normodotata, qualora sia provato che tale trattamento «è causato dalla disabilità del figlio, al quale essa presta la parte essenziale delle cure di cui quest'ultimo ha bisogno » (*Coleman*).
- Discriminazione per *perception*: quando l'autore del trattamento svantaggioso suppone che la vittima (o le vittime) possiedano il fattore protetto.

Discriminazione multipla e intersezionale

Se ne parla molto...

la strategia dell'UE per l'uguaglianza LGBTIQ+ 2020-2025 e la strategia dell'UE per la parità di genere 2020-2025 prevedono entrambe un approccio intersezionale v. art. 1 d. lgs. 215/2003 e art. 1 d. lgs. 216/2003

Ma restano i problemi:

- Frammentazione normativa antidiscriminatoria, ognuna delle quali diverge quanto a: ambito di applicazione, deroghe/ eccezioni; legittimazione ad agire, onere della prova, tribunale competente, rito, rimedi e sanzioni.
- Come si articola il sindacato antidiscriminatorio? Es. come si individua il termine di comparazione?
- Quale organismo a tutela della parità può intervenire?
- Assenza di data intersezionali sull'uguaglianza

Il caso Franchi

- <https://www.rainews.it/video/2022/05/le-parole-di-elisabetta-franchi-sulle-donne-anta-la-stilista-ho-80-di-quote-rosa-c94a80c2-75d5-4ed7-a9a3-a0ec4341eed7.html>
- «**L'80% della mia azienda sono quote rosa**, di cui il 75% giovani donne impiegate, il 5% dirigenti e manager donne. Il restante 20% sono uomini di cui il 5% manager. **C'è stato un grande fraintendimento per quello che sta girando sul web, strumentalizzando le parole dette.** La mia azienda oggi è una realtà quasi completamente al femminile. **L'oggetto di discussione dell'evento a cui ho partecipato è la ricerca di Price *Donne e Moda***, da cui è emerso che nella realtà odierna le donne non ricoprono cariche importanti. Perché? Purtroppo, al contrario di altri Paesi, **è emerso che lo Stato italiano è ancora abbastanza assente**, mancando le strutture e gli aiuti, le donne si trovano a dover affrontare una scelta tra famiglia e carriera. Come ho sottolineato, avere una famiglia è un sacrosanto diritto. **Chi riesce a conciliare famiglia e carriera è comunque sottoposta a enormi sacrifici**, esattamente quello che ho dovuto fare io»

Il caso Yoox

- T. Bologna, decreto n. 7556 del 31.12.2021
- Art. 25 d. lgs. 198/2006 (come modificato dalla l. 162/2021)
- Uso del diritto antidiscriminatorio al fine di sindacare, caso per caso, se la variazione temporale richiesta dal datore di lavoro ha prodotto effetti svantaggiosi per il lavoratore in ragione delle sue esigenze di cura
- Irrilevanza dei controlli dell'ispettorato del lavoro e degli accordi firmati dalle oo.ss.
- Onere della prova; giustificazione (finalità legittima, mezzi adeguati e necessari); risarcimento danno non patrimoniale
- Problemi aperti: i lavoratori padri; l'imputazione a catena della condotta discriminatoria.

Per approfondire ...

- Italian Equality Network

<https://www.italianequalitynetwork.it/>

- Barbera M., Borelli S., Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione, WP Massimo D'Antona 451/2022:

<http://csdle.lex.unict.it/working-papers/wp-csdle-m-dantona-it/principio-di-eguaglianza-e-divieti-di-discriminazione>

- Barbera M., Guariso A., La tutela antidiscriminatoria, Giappichelli, 2019.

SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

15 luglio 2021 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Politica sociale – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Divieto di discriminazioni fondate sulla religione o sulle convinzioni personali – Norma interna di un'impresa che vieta di indossare, sul luogo di lavoro, qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa o di indossare segni politici, filosofici o religiosi vistosi e di grandi dimensioni – Discriminazione diretta o indiretta – Proporzionalità – Bilanciamento della libertà di religione e di altri diritti fondamentali – Validità della politica di neutralità adottata dal datore di lavoro – Necessità di dimostrare l'esistenza di un danno economico subito dal datore di lavoro»

Nelle cause riunite C-804/18 e C-341/19,

aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, rispettivamente, dall'Arbeitsgericht Hamburg (Tribunale del lavoro di Amburgo, Germania) (C-804/18), e dal Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro, Germania) (C-341/19), con decisioni del 21 novembre 2018 e del 30 gennaio 2019, pervenute in cancelleria, rispettivamente, il 20 dicembre 2018 e il 30 aprile 2019, nei procedimenti

IX

contro

WABE eV (C-804/18),

e

MH Müller Handels GmbH

contro

MJ (C-341/19),

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, R. Silva de Lapuerta, vicepresidente, A. Prechal, M. Vilaras, E. Regan, L. Bay Larsen, N. Piçarra e A. Kumin, presidenti di sezione, T. von Danwitz, C. Toader, M. Safjan, F. Biltgen (relatore), P.G. Xuereb, L.S. Rossi e I. Jarukaitis, giudici,

avvocato generale: A. Rantos

cancelliere: D. Dittert, capo unità

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 24 novembre 2020,

considerate le osservazioni presentate:

- per IX, da K. Bertelsmann, Rechtsanwalt;
- per la WABE eV, da C. Hoppe, Rechtsanwalt;
- per la MH Müller Handels GmbH, da F. Werner, Rechtsanwalt;
- per MJ, da G. Sendelbeck, Rechtsanwalt;

- per il governo greco, da E.M. Mamouna e K. Boskovits, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per il governo svedese, da H. Eklinder, C. Meyer-Seitz, H. Shev, J. Lundberg e A. Falk, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da B.-R. Killmann, M. Van Hoof e C. Valero, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 febbraio 2021,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 2, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere a) e b), dell'articolo 4, paragrafo 1, e dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU 2000, L 303, pag. 16), nonché degli articoli 10 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).
- 2 La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta nella causa C-804/18 è stata presentata nell'ambito di una controversia tra IX e il suo datore di lavoro, la WABE eV (in prosieguo: la «WABE»), un'associazione registrata in Germania che gestisce numerosi asili nido, in merito alla sospensione di IX dalle sue funzioni a seguito del suo rifiuto di rispettare il divieto imposto dalla WABE ai suoi dipendenti di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di natura politica, filosofica o religiosa quando sono a contatto con i genitori o i loro figli.
- 3 La domanda di pronuncia pregiudiziale proposta nella causa C-341/19 è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la MH Müller Handels GmbH (in prosieguo: la «MH»), società che gestisce una catena di drogherie nel territorio tedesco, e MJ, una sua dipendente, in merito alla legalità dell'ingiunzione rivolta dalla MH a quest'ultima di astenersi dall'indossare, sul luogo di lavoro, segni vistosi e di grandi dimensioni di natura politica, filosofica o religiosa.

Contesto normativo

Direttiva 2000/78

- 4 I considerando 1, 4, 11 e 12 della direttiva 2000/78 così recitano:

«(1) Conformemente all'articolo 6 [TUE], l'Unione europea si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla [c]onvenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[, firmata a Roma il 4 novembre 1950] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto [dell'Unione].

(...)

- (4) Il diritto di tutti all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione contro le discriminazioni costituisce un diritto universale riconosciuto dalla [d]ichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dai patti delle Nazioni Unite relativamente ai diritti civili e politici e ai diritti economici, sociali e culturali e dalla [c]onvenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali di cui tutti gli Stati membri sono

firmatari. La [c]onvenzione n. 111 dell'Organizzazione internazionale del lavoro proibisce la discriminazione in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

(...)

(11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato [FUE], in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone.

(12) Qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere pertanto proibita in tutta [l'Unione europea]. (...).

5 L'articolo 1 di tale direttiva così dispone:

«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».

6 L'articolo 2 di detta direttiva prevede quanto segue:

«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; (...)

(...)

5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui».

7 L'articolo 3, paragrafo 1, della medesima direttiva così dispone:

«Nei limiti dei poteri conferiti all'[Unione], la presente direttiva si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...).

8 Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78:

«Gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle previste nella presente direttiva».

Diritto tedesco

Il GG

9 L'articolo 4, paragrafi 1 e 2, del Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (legge fondamentale della Repubblica federale di Germania), del 23 maggio 1949 (BGBl. 1949 I, pag. 1; in prosieguo: il «GG») così dispone:

«(1) La libertà di fede e di coscienza e la libertà di confessione religiosa e ideologica sono inviolabili.

(2) È garantito il libero esercizio del culto».

10 L'articolo 6, paragrafo 2, del GG prevede quanto segue:

«La cura e l'educazione dei figli sono un diritto naturale dei genitori e il primo dovere che su di loro incombe. La comunità statale vigila sulla loro attuazione».

11 L'articolo 7, paragrafi da 1 a 3, del GG è del seguente tenore letterale:

«1. L'intero sistema scolastico è soggetto al controllo statale.

2. I titolari della responsabilità genitoriale hanno diritto di decidere sulla partecipazione del figlio alle lezioni di religione.

3. Nelle scuole pubbliche, ad eccezione delle scuole laiche, la religione è materia ordinaria di insegnamento. Salvo il diritto di controllo dello Stato, le lezioni di religione sono impartite in conformità ai principi delle comunità religiose. Nessun insegnante può essere costretto a impartire le lezioni di religione contro la sua volontà».

12 L'articolo 12 del GG prevede quanto segue:

«(1) Tutti i tedeschi hanno il diritto di scegliere liberamente la professione, il luogo e le sedi di lavoro e la formazione. L'esercizio della professione può essere regolato per legge o in base a una legge.

(...))».

L'AGG

13 L'Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (legge generale sulla parità di trattamento), del 14 agosto 2006 (BGBl. 2006 I, pag. 1897; in prosieguo: l'«AGG»), mira a trasporre nel diritto tedesco la direttiva 2000/78.

14 L'articolo 1 dell'AGG, che stabilisce l'obiettivo della legge, così recita:

«L'obiettivo della presente legge è la prevenzione o l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica, il sesso, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

15 L'articolo 2, paragrafo 1, dell'AGG così dispone:

«In virtù della presente legge, le discriminazioni fondate su uno dei motivi indicati all'articolo 1 sono illecite per quanto attiene:

1. alle condizioni di accesso all'occupazione e al lavoro, sia dipendente che autonomo, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione, indipendentemente dal ramo di attività e a tutti i livelli della gerarchia professionale, nonché alle condizioni riguardanti la promozione;

2. alle condizioni di occupazione e di lavoro, comprese la retribuzione e le condizioni di licenziamento, in particolare quelle riportate negli accordi e provvedimenti individuali e collettivi, e alle misure adottate al momento dell'esecuzione e della cessazione di un rapporto di lavoro nonché in caso di promozione;

(...)).

16 L'articolo 3, paragrafi 1 e 2, dell'AGG, prevede quanto segue:

«1. 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. Con riferimento alle ipotesi di cui all'articolo 2, paragrafo 1, numeri da 1 a 4, sussiste discriminazione diretta fondata sul sesso anche quando una donna è trattata meno favorevolmente a causa della gravidanza o della maternità.

2. Sussiste discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio alcune persone rispetto ad altre, sulla base di uno dei motivi indicati all'articolo 1, a meno che 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».

17 L'articolo 7, paragrafi da 1 a 3, dell'AGG così dispone:

«1. I lavoratori non devono essere soggetti a discriminazione per alcuno dei motivi elencati all'articolo 1; ciò vale anche quando l'autore della discriminazione si limiti a supporre la presenza di uno dei motivi di cui all'articolo 1 nell'ambito del fatto discriminatorio.

2. Le disposizioni degli accordi che violano il divieto di discriminazione ai sensi del paragrafo 1 sono inefficaci.

3. Una discriminazione ai sensi del paragrafo 1 da parte del datore di lavoro o del lavoratore costituisce violazione dei doveri contrattuali».

18 Ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, dell'AGG:

«Una differenza di trattamento per uno dei motivi di cui all'articolo 1 è consentita quando tale motivo, a causa della natura dell'attività lavorativa da esercitare o delle condizioni in cui essa viene esercitata, costituisce un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato».

19 L'articolo 15 dell'AGG così dispone:

«1. In caso di violazione del divieto di discriminazione, il datore di lavoro è tenuto a risarcire il danno che ne risulta. Tale norma non si applica qualora il datore di lavoro non sia responsabile della violazione di detto obbligo.

2. Per quanto riguarda il danno non patrimoniale, il lavoratore ha diritto a un adeguato risarcimento pecuniario. In caso di mancata assunzione il risarcimento non può eccedere tre stipendi mensili, qualora il lavoratore o la lavoratrice non sarebbe stato assunto o assunta nemmeno in caso di selezione non discriminatoria.

3. In caso di applicazione dei contratti collettivi, il datore di lavoro è tenuto a risarcire il danno solo in presenza di dolo o colpa grave».

20 Ai sensi dell'articolo 134 del Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile), «[q]ualsiasi negozio giuridico contrario a un divieto di legge è nullo salvo che la legge disponga altrimenti».

Il GewO

21 L'articolo 106 del Gewerbeordnung (codice relativo all'esercizio delle professioni industriali, commerciali e artigianali; in prosieguo: il «GewO»), così dispone:

«Il datore di lavoro può precisare il contenuto, il luogo e l'orario della prestazione lavorativa, a sua ragionevole discrezione, nei limiti in cui tali condizioni di lavoro non siano definite dal contratto di lavoro, dalle disposizioni di un accordo aziendale o di un contratto collettivo oppure dalla legge. Ciò vale anche per quanto riguarda il rispetto dell'ordine interno dell'impresa da parte del lavoratore nonché il comportamento di quest'ultimo nell'impresa. Nell'esercizio di tale discrezione il datore di lavoro deve tenere in considerazione anche eventuali handicap del lavoratore».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

Causa C-804/18

22 La WABE gestisce un notevole numero di asili nido situati in Germania, presso i quali lavorano oltre 600 dipendenti e sono seguiti circa 3 500 bambini. Essa è apartitica e aconfessionale.

23 Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale in tale causa risulta che, nel suo lavoro quotidiano, la WABE segue e condivide senza riserve le raccomandazioni della città di Amburgo (Germania) per l'istruzione e l'educazione dei bambini applicabili nelle strutture giornalieri, pubblicate a marzo 2012 dall'amministrazione del lavoro, degli affari sociali, della famiglia e dell'integrazione della città di Amburgo. Tali raccomandazioni prevedono, in particolare, che «[t]utti i centri giornalieri per l'infanzia hanno il compito di affrontare e spiegare le questioni etiche fondamentali nonché le convinzioni religiose e di altro tipo, quali elementi della vita. Gli asili danno, dunque, la possibilità ai bambini di confrontarsi con le questioni esistenziali relative alla gioia e al dolore, alla salute e alla malattia, alla giustizia e all'ingiustizia, alla colpa e all'insuccesso, alla pace e al conflitto, così come con la questione di Dio. Essi aiutano i bambini a esternare sensibilità e convinzioni su tali questioni. La possibilità di affrontare dette questioni con curiosità e spirito di ricerca conduce a confrontarsi con i contenuti e le tradizioni degli orientamenti religiosi e culturali presenti nel gruppo dei bambini. In questo modo si sviluppano considerazione e rispetto per le altre religioni, culture e convinzioni personali. Tale confronto rafforza l'auto-consapevolezza del bambino e la sua esperienza di una società funzionale. È parte di ciò anche far conoscere ai bambini, nel corso dell'anno, le feste di origine religiosa e far sì che essi le organizzino in modo attivo. Nell'incontro con altre religioni i bambini imparano a conoscere diverse forme di raccoglimento, di fede e di spiritualità».

24 IX è un'educatrice specializzata e lavora per la WABE dal 2014. All'inizio del 2016 ha deciso di indossare un velo islamico. Dal 15 ottobre 2016 al 30 maggio 2018 ha usufruito di un congedo parentale.

25 Nel marzo 2018 la WABE ha adottato l'«Istruzione di servizio per il rispetto del principio di neutralità» al fine di applicarla nelle sue strutture, della quale IX è venuta a conoscenza il 31 maggio dello stesso anno. Tale istruzione dispone, in particolare, che la WABE «è aconfessionale e accoglie espressamente con favore la pluralità religiosa e culturale. Al fine di garantire lo sviluppo individuale e libero dei bambini per quanto riguarda la religione, le convinzioni personali e la politica, i collaboratori (...) sono esortati a rispettare rigorosamente l'obbligo di neutralità vigente nei confronti di genitori, bambini e altri terzi. Rispetto a essi WABE persegue una politica di neutralità politica, ideologica e religiosa. Ad eccezione del personale pedagogico, gli obblighi imposti ai fini del rispetto del principio di neutralità non sono applicabili agli addetti della WABE che lavorano nella sede centrale, poiché essi non hanno contatti né con i bambini né con i genitori. In tale contesto le regole che seguono devono intendersi come «principi per il concreto rispetto dell'obbligo di neutralità sul luogo di lavoro:

- sul luogo di lavoro i collaboratori non possono fare nessuna esternazione di tipo politico, ideologico o religioso nei confronti di genitori, bambini o terzi.

- Sul luogo di lavoro, alla presenza di genitori, bambini o terzi, i collaboratori non possono indossare nessun segno visibile relativo alle loro convinzioni politiche, personali o religiose.
 - Sul luogo di lavoro i collaboratori non possono compiere nessun rito derivante da dette convinzioni alla presenza di genitori, bambini o terzi».
- 26 Nella «Scheda informativa sull'obbligo di neutralità» redatta dalla WABE si legge quanto segue in risposta alla questione se possano essere indossati il crocifisso cristiano, il velo musulmano o la kippah ebraica:
- «No, non è permesso perché i bambini non devono essere influenzati dagli educatori per quanto riguarda la religione. La scelta volontaria di un abbigliamento determinato dalla religione o dalle convinzioni personali è contraria all'obbligo di neutralità».
- 27 Il 1° giugno 2018 IX si è presentata sul suo luogo di lavoro indossando un velo islamico. Essendosi rifiutata di toglierlo, è stata provvisoriamente sospesa dalla direttrice della struttura.
- 28 Il 4 giugno 2018 IX si è presentata di nuovo al lavoro indossando un velo islamico. Le è stato consegnato un'ammonizione scritta nella medesima data, con cui le veniva contestato il fatto di avere indossato il velo il 1° giugno 2018, ed è stata esortata, alla luce del principio di neutralità, a svolgere in futuro il proprio lavoro senza velo. Essendosi nuovamente rifiutata di togliere detto velo, IX è stata mandata a casa e provvisoriamente sospesa. Il medesimo giorno ella ha ricevuto una nuova ammonizione.
- 29 Nel medesimo periodo, la WABE è riuscita a far togliere a una dipendente un ciondolo a forma di croce che ella indossava.
- 30 IX ha adito il giudice del rinvio con un ricorso volto a ottenere che la WABE fosse condannata a eliminare dal suo fascicolo personale le ammonizioni relative all'uso del velo islamico. A sostegno del suo ricorso, essa fa valere, anzitutto, che, nonostante il carattere generale del divieto di indossare in modo visibile segni di natura politica, filosofica o religiosa, tale divieto riguarda direttamente l'uso del velo islamico e costituisce quindi una discriminazione diretta, poi, che tale divieto concerne esclusivamente le donne e deve quindi essere esaminato anche alla luce del divieto di discriminazioni fondate sul sesso e, infine, che tale divieto riguarda soprattutto le donne che provengono da un contesto di immigrazione, sicché esso è tale da costituire anche una discriminazione basata sull'origine etnica. Peraltro, il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale, Germania) avrebbe dichiarato che il divieto di indossare il velo islamico sul lavoro, in una struttura giornaliera per bambini, costituiva un grave pregiudizio alla libertà di fede e di religione e dovrebbe basarsi, per essere ammissibile, su un rischio certo e concreto. Infine, la sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), non consentirebbe di opporsi alla domanda di eliminare dette ammonizioni. Infatti, in tale sentenza, la Corte avrebbe soltanto fissato standard minimi nel diritto dell'Unione, sicché il livello di tutela contro la discriminazione raggiunto in Germania, grazie alla giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) relativa all'articolo 4, paragrafo 1, del GG e all'articolo 8 dell'AGG, non può essere rivisto al ribasso.
- 31 La WABE chiede al giudice del rinvio di rigettare tale ricorso. A sostegno di detta domanda, essa fa valere, tra l'altro, che la norma interna che vieta di indossare in modo visibile segni politici, filosofici o religiosi è conforme all'articolo 106, prima frase, del GewO, letto in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafi da 1 a 3, dell'AGG, e che tali disposizioni nazionali dovrebbero essere interpretate conformemente al diritto dell'Unione. Orbene, dalla sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), risulterebbe che un datore di lavoro privato è autorizzato ad attuare una politica di neutralità all'interno dell'impresa, a condizione di perseguirla in modo coerente e sistematico e di limitarla ai dipendenti che sono a contatto con i clienti. Non sussisterebbe una discriminazione indiretta se la disposizione di cui trattasi è oggettivamente giustificata da una finalità legittima, quale la volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità nell'ambito dei contatti con i clienti, e se i mezzi per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari. Orbene, tale sarebbe l'ipotesi che ricorrerebbe nel caso di specie. Peraltro, IX non può essere assegnata ad un posto che non implichi contatti con i bambini e i loro genitori, in quanto un posto di tal genere non corrisponderebbe alle sue capacità e alle sue qualifiche. Con la sua sentenza del 14 marzo 2017,

G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), la Corte avrebbe definitivamente risolto la questione del bilanciamento dei diritti fondamentali alla luce della Carta nel caso di un obbligo di neutralità imposto dal datore di lavoro. Dato che l'articolo 3, paragrafo 2, dell'AGG sarebbe diretto a trasporre il diritto dell'Unione, i giudici tedeschi non possono procedere a un diverso bilanciamento della libertà di religione, come quello accolto dal Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale), senza violare il primato del diritto dell'Unione e il principio dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione. Peraltro, anche supponendo che occorra dimostrare l'esistenza di un rischio concreto o di un danno economico concreto per limitare la libertà di religione, una tale prova sarebbe del pari fornita nel caso di specie, dal momento che dai post della ricorrente nel procedimento principale pubblicati sul suo profilo personale di un social network risulterebbe che ella, con il suo comportamento, intendeva influenzare i terzi in modo mirato e deliberato.

32 Alla luce di tali argomenti, il giudice del rinvio ritiene che IX potrebbe essere stata oggetto di una discriminazione diretta basata sulla religione, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, a causa del collegamento tra il trattamento sfavorevole da essa subito, vale a dire l'emissione di un'ammonizione, e la caratteristica tutelata costituita dalla religione.

33 Nell'ipotesi di assenza di discriminazione diretta, il giudice del rinvio chiede se una politica di neutralità adottata da un'impresa possa costituire una discriminazione indiretta basata sulla religione, o addirittura, tenuto conto del fatto che il divieto controverso nel procedimento principale concerne nella maggior parte dei casi le donne, una discriminazione indiretta basata sul sesso. In tale contesto, esso si interroga se una differenza di trattamento basata sulla religione e/o sul sesso possa essere giustificata da una politica di neutralità introdotta al fine di tener conto dei desideri dei clienti. Peraltro, nell'ipotesi di una differenza di trattamento indirettamente basata sulla religione, il giudice del rinvio intende stabilire se, ai fini dell'esame dell'adeguatezza di tale differenza di trattamento, possa prendere in considerazione i criteri previsti all'articolo 4, paragrafo 1, del GG in quanto disposizione più favorevole ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

34 In tali circostanze, l'Arbeitsgericht Hamburg (Tribunale del lavoro di Amburgo, Germania) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un'istruzione unilaterale del datore di lavoro che vieti di indossare qualsivoglia segno visibile relativo alle convinzioni politiche, personali o religiose discrimini i lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in ragione di obblighi religiosi di coprirsi, in modo diretto e a causa della loro religione, ai sensi dell'articolo 2, [paragrafo 1 e paragrafo] 2, lettera a), della direttiva [2000/78].

2) Se un'istruzione unilaterale del datore di lavoro che vieti di indossare qualsivoglia segno visibile relativo alle convinzioni politiche, personali o religiose discrimini una lavoratrice che indossa il velo in ragione della sua fede musulmana, in modo indiretto e a causa della religione e/o del sesso, ai sensi dell'articolo 2, [paragrafo 1 e paragrafo] 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

In particolare:

a) Se, ai sensi della direttiva 2000/78, una discriminazione [indiretta] fondata sulla religione e/o sul sesso possa essere giustificata anche dalla volontà soggettiva del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, ideologica e religiosa, qualora in tal modo il datore di lavoro intenda tener conto dei desideri dei suoi clienti e delle sue clienti.

b) Se la direttiva 2000/78 e/o il diritto fondamentale di libertà d'impresa ai sensi dell'articolo 16 della [Carta] ostino, alla luce dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, a una disciplina nazionale secondo la quale, a tutela del diritto fondamentale di libertà di religione, il divieto di indumenti religiosi possa essere giustificato non già in base all'idoneità astratta a mettere a rischio la neutralità del datore di lavoro, bensì solo in ragione di un pericolo sufficientemente concreto, e in particolare di una minaccia concreta di un danno economico per il datore di lavoro o un terzo interessato».

- 35 MJ lavora dal 2002 come consulente di vendita e cassiera presso una delle filiali della MH. Dal 2014 ella indossa un velo islamico. Non essendosi conformata alla richiesta della MH di togliere tale foulard sul suo luogo di lavoro, essa è stata assegnata a un altro posto che le consentiva di portare il detto velo. Nel giugno 2016, la MH le ha nuovamente chiesto di togliere tale velo. A seguito del rifiuto di MJ di conformarsi a tale richiesta, ella è stata mandata a casa. Nel luglio 2016, la MH le ha ingiunto di presentarsi sul suo luogo di lavoro priva di segni vistosi e di grandi dimensioni che esprimessero qualsiasi convinzione di natura religiosa, politica o filosofica.
- 36 MJ ha proposto dinanzi ai giudici nazionali un ricorso volto a far dichiarare l'invalidità di detta ingiunzione e ad ottenere un risarcimento del danno subito. A sostegno del suo ricorso, MJ ha invocato la propria libertà di religione, tutelata dal GG, sostenendo al contempo che la politica di neutralità auspicata dalla MH non gode di un primato incondizionato rispetto alla libertà di religione e deve essere sottoposta a un esame di proporzionalità. La MH ha fatto valere che, dal luglio 2016, una direttiva interna che vietava l'uso, sul luogo di lavoro, di segni vistosi e di grandi dimensioni di natura religiosa, politica o filosofica si applicava in tutte le sue filiali (in prosieguo: la «direttiva interna»). L'obiettivo di tale direttiva sarebbe stato quello di preservare la neutralità all'interno dell'impresa e di prevenire in tal modo conflitti tra i dipendenti. In passato si sarebbero già verificati in diverse occasioni conflitti di tal genere, riconducibili alle diverse religioni e culture presenti in seno all'impresa.
- 37 A seguito dell'accoglimento del ricorso di MJ dinanzi a tali giudici, la MH ha proposto un'impugnazione in *Revision* (cassazione) dinanzi al Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro), facendo altresì valere che dalla sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), risulta che non è necessario dimostrare il verificarsi di un pregiudizio economico concreto o una diminuzione della clientela affinché un divieto di manifestare le proprie convinzioni possa essere validamente applicato. La Corte avrebbe in tal modo attribuito un peso maggiore alla libertà d'impresa tutelata dall'articolo 16 della Carta rispetto alla libertà di religione. Un risultato diverso non può essere giustificato alla luce dei diritti fondamentali tutelati dal diritto nazionale.
- 38 Il giudice del rinvio ritiene che, per poter dirimere la controversia di cui è investito, gli incomba di valutare la validità dell'ingiunzione rivolta a MJ dalla MH nonché della direttiva interna alla luce delle limitazioni apportate al diritto di un datore di lavoro di impartire istruzioni ai sensi dell'articolo 106, prima frase, del GewO. In tal senso, il giudice del rinvio afferma che, in primo luogo, dovrà esaminare se tale ingiunzione e la direttiva interna su cui essa si fonda costituiscano una disparità di trattamento ai sensi dell'articolo 3 dell'AGG e se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione vietata. Nell'ipotesi in cui detta ingiunzione rispetti il contesto normativo esistente, occorrerebbe, in secondo luogo, esaminarla *ex aequo et bono*, esame questo che, ad avviso del giudice del rinvio, richiede un bilanciamento degli interessi contrapposti tenendo conto, in particolare, del contesto costituzionale e legislativo, dei principi generali di proporzionalità e di adeguatezza nonché degli usi. L'insieme delle specifiche circostanze della controversia oggetto del procedimento principale dovrebbe essere preso in considerazione in tale valutazione.
- 39 Nel caso di specie, il giudice del rinvio considera che la direttiva interna della MH, che ha natura di norma generale, costituisce una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, dell'AGG e dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78. Infatti, MJ sarebbe discriminata in modo specifico rispetto agli altri dipendenti in base ad un motivo menzionato all'articolo 1 dell'AGG, dato che gli agnostici esprimerebbero più raramente in pubblico le loro convinzioni tramite indumenti, gioielli o altri segni rispetto alle persone che aderiscono a una determinata religione o convinzione personale. Tuttavia, al fine di accertare se tale disparità di trattamento costituisca una discriminazione indiretta illegale, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, dell'AGG, occorrerebbe ancora rispondere alla questione se solo un divieto completo che includa qualsiasi forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito da una politica di neutralità attuata in seno all'impresa o se, come nel contesto della controversia oggetto del procedimento principale, sia sufficiente a tal fine un divieto limitato ai segni vistosi di grandi dimensioni, purché sia applicato in modo coerente e sistematico. Orbene, la giurisprudenza della Corte, più in particolare le sentenze del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions (C-157/15, EU:C:2017:203), nonché del 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204), non fornirebbe una risposta a tale questione.

- 40 Nell'ipotesi in cui si dovesse giungere alla conclusione che quest'ultimo divieto sia sufficiente, sorgerebbe la questione se il divieto controverso nel procedimento principale, che sembra necessario, sia adeguato ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78. Il giudice del rinvio si interroga a tal riguardo se, nell'ambito dell'esame dell'adeguatezza di tale divieto, occorra ponderare i diritti sanciti all'articolo 16 della Carta, da un lato, e all'articolo 10 della Carta, dall'altro, o se tale bilanciamento debba essere effettuato solo al momento dell'applicazione della norma generale nel caso singolo di cui trattasi, ad esempio quando una istruzione è rivolta a un lavoratore o in occasione di un licenziamento. Nell'ipotesi in cui si dovesse giungere alla conclusione che i diritti contrastanti derivanti dalla Carta e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU») non possono essere presi in considerazione in senso stretto nell'ambito dell'esame dell'adeguatezza del divieto controverso nel procedimento principale, sorgerebbe allora la questione se un diritto, tutelato da una disposizione nazionale di rango costituzionale, segnatamente la libertà di religione e di confessione tutelata dall'articolo 4, paragrafi 1 e 2, del GG, possa essere considerato come una normativa più favorevole ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.
- 41 Infine, occorrerebbe altresì esaminare se il diritto dell'Unione, nel caso di specie l'articolo 16 della Carta, escluda la possibilità di tener conto dei diritti fondamentali tutelati dal diritto nazionale nell'ambito dell'esame della validità di un'istruzione impartita da un datore di lavoro. Orbene, sorgerebbe in particolare la questione se un individuo, come un datore di lavoro, possa invocare l'articolo 16 della Carta nell'ambito di una controversia insorta soltanto tra privati.
- 42 In tali circostanze, il Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se un'accertata disparità di trattamento indiretta fondata sulla religione ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva [2000/78], derivante da una norma interna di un'impresa privata, possa essere considerata ragionevolmente giustificata solo qualora tale norma vieti di indossare qualsiasi segno visibile e non solo segni vistosi e [di grandi dimensioni] di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico.
- 2) In caso di soluzione negativa della prima questione:
- a) Se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che i diritti di cui all'articolo 10 della [Carta] e all'articolo 9 della CEDU possano essere tenuti in considerazione per stabilire se un'accertata disparità di trattamento indiretta, fondata sulla religione, sia ragionevolmente giustificata sulla base di una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e [di grandi dimensioni] di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico.
- b) Se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva [2000/78] debba essere interpretato nel senso che le norme nazionali di rango costituzionale che tutelano la libertà di religione possano essere considerate disposizioni più favorevoli ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva [2000/78], per stabilire se un'accertata disparità di trattamento indiretta, fondata sulla religione, sia ragionevolmente giustificata sulla base di una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e [di grandi dimensioni] di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico.
- 3) In caso di soluzione negativa [della seconda questione, sub a), e della seconda questione, sub b)]:
- Se, quando si esamina un'istruzione basata su una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e [di grandi dimensioni] di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico, le disposizioni nazionali di rango costituzionale che tutelano la libertà di religione debbano essere disapplicate a causa del diritto primario dell'Unione, anche se quest'ultimo, ad esempio l'articolo 16 della Carta, riconosce le leggi e le prassi nazionali».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione nella causa C-804/18

- 43 Con la sua prima questione nella causa C-804/18, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1 e l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che una norma interna di un'impresa, che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile che esprima convinzioni politiche, filosofiche o religiose, costituisca, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in ragione di precetti religiosi, una discriminazione diretta basata sulla religione o sulle convinzioni personali ai sensi di tale direttiva.
- 44 Per rispondere a tale questione occorre ricordare che, conformemente all'articolo 1 della direttiva 2000/78, quest'ultima 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. Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, di tale 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» di quest'ultima. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), di detta direttiva precisa che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 2, paragrafo 1, della stessa, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, tra i quali vi è la religione o le convinzioni personali, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia un'altra in una situazione analoga.
- 45 Per quanto riguarda la nozione di «religione» ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2000/78, la Corte ha già dichiarato che essa deve essere interpretata nel senso che ricomprende sia il forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni religiose, sia il forum externum, ossia la manifestazione in pubblico della fede religiosa (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 28), corrispondendo detta interpretazione a quella di tale medesima nozione utilizzata all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a., C-336/19, EU:C:2020:1031, punto 52).
- 46 Il fatto di indossare segni o indumenti per manifestare la propria religione o le proprie convinzioni personali rientra nella «libertà di pensiero, di coscienza e di religione» tutelata dall'articolo 10 della Carta. Il contenuto stesso dei precetti religiosi si basa su una valutazione che non spetta alla Corte svolgere.
- 47 A tale riguardo si deve aggiungere che l'articolo 1 della direttiva 2000/78 cita allo stesso titolo la religione e le convinzioni personali, al pari dell'articolo 19 TFUE, ai sensi del quale il legislatore dell'Unione può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate, tra l'altro, sulla «religione o le convinzioni personali», o l'articolo 21 della Carta, che, tra i diversi motivi di discriminazione che esso cita, prende in considerazione «la religione o le convinzioni personali». Ne consegue che, ai fini dell'applicazione della direttiva 2000/78, i termini «religione» e «convinzioni personali» vanno trattati come due facce dello stesso e unico motivo di discriminazione. Come risulta dall'articolo 21 della Carta, il motivo di discriminazione fondato sulla religione o sulle convinzioni personali deve essere distinto dal motivo attinente alle «opinioni politiche o [a] qualsiasi altra opinione» e pertanto include tanto le convinzioni religiose quanto le convinzioni filosofiche o spirituali.
- 48 Occorre altresì aggiungere che il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito dall'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, e che costituisce parte integrante del contesto rilevante ai fini dell'interpretazione della direttiva 2000/78, corrisponde al diritto garantito all'articolo 9 della CEDU e che, in forza dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, esso ha lo stesso significato e la stessa portata di quest'ultimo (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 27). Orbene, conformemente alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte EDU»), il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, sancito all'articolo 9 della CEDU, «è uno dei fondamenti di una “società democratica” ai sensi di [tale c]onvenzione» e costituisce, «nella sua dimensione religiosa, uno degli elementi più vitali che contribuiscono alla formazione dell'identità dei credenti e della loro concezione della vita» nonché «un bene prezioso per gli atei, gli agnostici, gli scettici o gli indifferenti», contribuendo al «pluralismo –

duramente conquistato nel corso dei secoli – consustanziale a una tale società» (Corte EDU, 15 febbraio 2001, Dahlab c. Svizzera, CE:ECHR:2001:0215DEC004239398).

- 49 Risulta peraltro dalla giurisprudenza della Corte che, riferendosi, da un lato, alla discriminazione «basata su» uno dei motivi di cui all'articolo 1 della direttiva 2000/78, e, dall'altro, a un trattamento meno favorevole «sulla base» di uno di tali motivi, e impiegando le espressioni «un'altra» e «altre persone», il tenore letterale e il contesto dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della direttiva in parola non consentono di statuire che, nel caso del motivo protetto costituito dalla religione o dalle convinzioni personali, di cui al suddetto articolo 1, il divieto di discriminazione previsto dalla medesima direttiva sarebbe limitato alle sole differenze di trattamento esistenti tra persone che aderiscono a una religione o a determinate convinzioni personali e persone che non aderiscono a una religione o a determinate convinzioni personali. Dalla suddetta espressione «basata su» deriva invece che una discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di questa stessa direttiva, può essere constatata solo qualora il trattamento meno favorevole o il particolare svantaggio di cui trattasi venga patito in funzione della religione o delle convinzioni personali (v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, punti 29 e 30).
- 50 L'obiettivo perseguito dalla direttiva 2000/78 depone d'altronde a favore di un'interpretazione dell'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della medesima nel senso che essa non limita la cerchia delle persone rispetto alle quali può essere effettuato un confronto per l'individuazione di una discriminazione fondata sulla religione o le convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, a quelle che non aderiscono a una data religione o a determinate convinzioni personali (v., in tal senso, sentenza del 26 gennaio 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, punto 31).
- 51 Infatti, come risulta dal punto 44 della presente sentenza, conformemente all'articolo 1 della direttiva 2000/78, e come risulta sia dal titolo e dal preambolo sia dal contesto e dalla finalità della stessa, infatti, detta direttiva mira a stabilire un quadro generale per la lotta contro le discriminazioni fondate, segnatamente, sulla religione o le convinzioni personali per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, al fine di attuare, negli Stati membri, il principio della parità di trattamento, offrendo ad ogni persona una tutela efficace contro le discriminazioni fondate, segnatamente, sul motivo di discriminazione suddetto (sentenza del 26 gennaio 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, paragrafo 32).
- 52 Per quanto riguarda, in particolare, la questione se una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare sul posto di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose costituisca una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, la Corte ha già dichiarato che una tale norma non costituisce una siffatta discriminazione ove riguardi indifferentemente qualsiasi manifestazione di tali convinzioni e tratti in maniera identica tutti i dipendenti dell'impresa, imponendo loro, in maniera generale ed indiscriminata, segnatamente, una neutralità di abbigliamento che osta al fatto di indossare tali segni (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, paragrafi 30 e 32). Infatti, dal momento che ogni persona può avere una religione o convinzioni personali, una norma di tal genere, a condizione che sia applicata in maniera generale e indiscriminata, non istituisce una differenza di trattamento fondata su un criterio inscindibilmente legato alla religione o alle convinzioni personali (v., per analogia, per quanto concerne la discriminazione basata sull'handicap, sentenza del 26 gennaio 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, paragrafo 44 e giurisprudenza citata).
- 53 Tale constatazione non è rimessa in discussione, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 54 delle sue conclusioni, dalla considerazione che taluni lavoratori seguono determinati precetti religiosi che impongono un certo abbigliamento. Se è vero che l'applicazione di una norma interna come quella menzionata al punto 52 della presente sentenza è certamente idonea ad arrecare particolare disagio a tali lavoratori, detta circostanza non incide in alcun modo sulla constatazione, effettuata a tale punto, in base alla quale tale medesima norma, che rispecchia una politica di neutralità politica, filosofica e

religiosa del datore di lavoro, non istituisce in linea di principio una differenza di trattamento tra lavoratori basata su un criterio inscindibilmente legato alla religione o alle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2000/78.

54 Poiché dagli elementi del fascicolo di cui dispone la Corte risulta che la WABE avrebbe del pari chiesto e ottenuto che una lavoratrice che indossava una croce religiosa togliesse tale segno, risulta, prima facie, che l'applicazione nei confronti di IX della norma interna controversa nel procedimento principale sia avvenuta senza alcuna distinzione rispetto agli altri lavoratori della WABE, sicché non si può considerare che IX abbia subito una differenza di trattamento direttamente basata sulle sue convinzioni religiose, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78. Tuttavia, spetta al giudice del rinvio effettuare le valutazioni di fatto necessarie e stabilire se la norma interna adottata dalla WABE sia stata applicata in maniera generale e indiscriminata a tutti i lavoratori di detta impresa.

55 Alla luce di tali considerazioni, si deve rispondere alla prima questione nella causa C-804/18 dichiarando che l'articolo 1 e l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che una norma interna di una impresa, che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, ove tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata.

Sulla seconda questione, sub a), nella causa C-804/18

56 Con la sua seconda questione, sub a), nella causa C-804/18, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che una differenza di trattamento indirettamente basata sulla religione e/o sul sesso, derivante da una norma interna di un'impresa che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, possa essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei suoi clienti o utenti, al fine di tener conto delle legittime aspettative di questi ultimi.

57 Anzitutto, occorre rilevare che tale questione si basa sulla constatazione effettuata dal giudice del rinvio secondo cui la norma interna controversa nel procedimento principale di cui alla causa C-804/18, che vieta di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allorché i dipendenti della WABE sono a contatto con i genitori o i bambini, concerne, in pratica, talune religioni più di altre ed è destinata più alle donne che agli uomini.

58 In via preliminare, per quanto riguarda l'esistenza di una discriminazione indiretta basata sul sesso, menzionata in tale questione, occorre constatare che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 59 delle sue conclusioni, tale motivo di discriminazione non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, che è l'unico atto del diritto dell'Unione preso in considerazione da detta questione. Non occorre, pertanto, esaminare l'esistenza di una siffatta discriminazione.

59 Per quanto riguarda la questione della disparità di trattamento indirettamente basata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, occorre ricordare che una siffatta disparità sussiste quando venga dimostrato che l'obbligo apparentemente neutro che una norma contiene comporta, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono ad una determinata religione o ideologia (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 34). Se è vero che spetta al giudice del rinvio verificare tale punto, si deve rilevare che, in base alle constatazioni di tale giudice, la norma controversa nella causa C-804/18 riguarda, dal punto di vista statistico, quasi esclusivamente le lavoratrici che indossano un velo a causa della loro fede musulmana, sicché la Corte muove dalla premessa secondo cui tale norma costituisce una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione.

60 Per quanto riguarda la questione se una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione possa essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa sul luogo di lavoro, al fine di tener conto delle aspettative dei suoi clienti

o utenti, occorre ricordare che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 prevede che una siffatta differenza di trattamento è vietata, a meno che la disposizione, il criterio o la prassi da cui essa deriva non siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Pertanto, una differenza di trattamento, come quella oggetto della seconda questione, sub a), nella causa C-804/18, non costituisce una discriminazione indiretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, qualora sia oggettivamente giustificata da un obiettivo legittimo e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale obiettivo siano appropriati e necessari (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH, C-188/15, EU:C:2017:204, punto 33).

61 A tal riguardo, per quanto concerne le nozioni di finalità legittima e di carattere appropriato e necessario dei mezzi impiegati per il suo conseguimento, occorre precisare che queste ultime devono essere interpretate restrittivamente (v., in tal senso e per analogia, sentenza del 16 luglio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punto 112).

62 Infatti, la direttiva 2000/78 concretizza, nel settore da essa disciplinato, il principio generale di non discriminazione adesso sancito all'articolo 21 della Carta (sentenza del 26 gennaio 2021, Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie, C-16/19, EU:C:2021:64, punto 33). Il considerando 4 di tale direttiva ricorda che il diritto di tutti all'uguaglianza dinanzi alla legge e alla protezione contro le discriminazioni costituisce un diritto universale riconosciuto da vari accordi internazionali, e dai considerando 11 e 12 di detta direttiva risulta che il legislatore dell'Unione ha inteso considerare, da un lato, che la discriminazione basata, in particolare, su religione o convinzioni personali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato TFUE, segnatamente il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e l'obiettivo di sviluppare l'Unione in quanto spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, dall'altro, che qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali nei settori di cui alla medesima direttiva dovrebbe essere proibita in tutta l'Unione.

63 In proposito, per quanto riguarda il requisito dell'esistenza di una finalità legittima, la volontà di un datore di lavoro di mostrare, nei rapporti con i clienti sia pubblici che privati, una politica di neutralità politica, filosofica o religiosa può essere considerata legittima. Infatti, la volontà di un datore di lavoro di dare ai clienti un'immagine di neutralità rientra nella libertà d'impresa, riconosciuta dall'articolo 16 della Carta, ed ha, in linea di principio, carattere legittimo, in particolare qualora il datore di lavoro coinvolga nel perseguimento di tale obiettivo soltanto i dipendenti che si suppone entrino in contatto con i clienti del medesimo (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punti 37 e 38).

64 Ciò premesso, la semplice volontà di un datore di lavoro di condurre una politica di neutralità, sebbene costituisca, di per sé, una finalità legittima, non è di per sé sufficiente a giustificare in modo oggettivo una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, dato che il carattere oggettivo di una siffatta giustificazione può ravvisarsi solo a fronte di un'esigenza reale di tale datore di lavoro, che spetta a quest'ultimo dimostrare.

65 In tali circostanze, al fine di accertare l'esistenza di una giustificazione oggettiva e, pertanto, di un'esigenza reale del datore di lavoro, si può, in primo luogo, tener conto, in particolare, dei diritti e delle legittime aspettative dei clienti o degli utenti. Ciò vale, ad esempio, per il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche riconosciuto all'articolo 14 della Carta e per il loro desiderio di far educare i loro figli da persone che non manifestino la loro religione o le loro convinzioni personali allorché sono a contatto con i bambini al fine, segnatamente, di «garantire lo sviluppo individuale e libero dei bambini per quanto riguarda la religione, le convinzioni personali e la politica», come previsto dall'istruzione di servizio adottata dalla WABE.

66 Invece, tali situazioni devono essere distinte, tra l'altro, da un lato, dalla causa da cui ha avuto origine la sentenza del 14 marzo 2017, Bougnaoui e ADDH (C-188/15, EU:C:2017:204), in cui un dipendente è stato licenziato a seguito della denuncia di un cliente e in assenza di una norma interna dell'impresa che vietasse di esibire qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, e,

dall'altro, dalla causa da cui ha avuto origine la sentenza del 10 luglio 2008, Feryn (C-54/07, EU:C:2008:397), che concerneva una discriminazione diretta basata sulla razza o sull'origine etnica asseritamente originata da richieste discriminatorie dei clienti.

- 67 In secondo luogo, al fine di valutare la sussistenza di un'esigenza reale del datore di lavoro nel senso richiamato al punto 64 della presente sentenza, è particolarmente rilevante la circostanza che il datore di lavoro abbia fornito la prova del fatto che, in assenza di una tale politica di neutralità politica, filosofica e religiosa, sarebbe violata la sua libertà di impresa, riconosciuta all'articolo 16 della Carta, dal momento che, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui esse si inscrivono, egli subirebbe conseguenze sfavorevoli.
- 68 Occorre poi sottolineare che, come richiamato al punto 60 della presente sentenza, una norma interna come quella controversa nel procedimento principale, per sottrarsi alla qualificazione di discriminazione indiretta, deve altresì essere idonea ad assicurare la corretta applicazione della politica di neutralità perseguita dal datore di lavoro, il che presuppone che tale politica sia realmente perseguita in modo coerente e sistematico, e che il divieto di indossare qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche e religiose, che tale norma comporta, si limiti allo stretto necessario (v., in tal senso, sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punti 40 e 42).
- 69 Quest'ultimo requisito presuppone in particolare di verificare che, trattandosi di una limitazione alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, garantita all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, come quella che comporta il divieto fatto a un lavoratore di conformarsi sul suo luogo di lavoro a un obbligo che gli impone di indossare un segno visibile delle sue convinzioni religiose, una tale limitazione risulti strettamente necessaria alla luce delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un tale divieto.
- 70 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve rispondere alla seconda questione, sub a), nella causa C-804/18 dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o le convinzioni personali, derivante da una norma interna di una impresa che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei clienti o degli utenti, a condizione che, in primo luogo, tale politica risponda ad un'esigenza reale di detto datore di lavoro, circostanza che spetta a quest'ultimo dimostrare prendendo in considerazione segnatamente le aspettative legittime di detti clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si inscrivono; in secondo luogo, che detta differenza di trattamento sia idonea ad assicurare la corretta applicazione di tale politica di neutralità, il che presuppone che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico e, in terzo luogo, che detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto.

Sulla prima questione nella causa C-341/19

- 71 Con la sua prima questione nella causa C-341/19, il giudice del rinvio in tale causa chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che una discriminazione indiretta basata sulla religione o sulle convinzioni personali, che deriva da una norma interna di un'impresa che vieta, sul luogo di lavoro, di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allo scopo di assicurare una politica di neutralità all'interno di tale impresa, possa essere giustificata solo se tale divieto riguardi qualsiasi forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose o se sia sufficiente che tale divieto sia limitato ai segni vistosi di grandi dimensioni ove sia attuato in modo coerente e sistematico.
- 72 A tal riguardo, occorre rilevare anzitutto che, sebbene tale questione si basi sulla premessa dell'esistenza di una discriminazione indiretta, resta il fatto che, come segnatamente fatto valere dalla Commissione europea nelle sue osservazioni presentate nell'ambito della causa C-341/19, una norma interna di un'impresa che, come quella controversa in tale causa, vieta soltanto di indossare segni vistosi di grandi dimensioni è tale da pregiudicare più gravemente le persone che aderiscono a correnti

religiose, filosofiche e non confessionali che prevedono che sia indossato un indumento o un segno di grandi dimensioni, come un copricapo.

- 73 Orbene, come richiamato al punto 52 della presente sentenza, una disparità di trattamento derivante da una disposizione o da una prassi basata su un criterio inscindibilmente legato al motivo protetto, nel caso di specie la religione o le convinzioni personali, deve essere considerata come direttamente basata su tale motivo. Pertanto, nelle ipotesi in cui il criterio dell'uso di segni vistosi di grandi dimensioni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose sia inscindibilmente legato a una o più religioni o convinzioni personali determinate, il divieto imposto da un datore di lavoro ai suoi lavoratori di indossare detti segni in base a un criterio di tal genere avrà come conseguenza che taluni lavoratori saranno trattati in modo meno favorevole rispetto ad altri in base alla loro religione o alle loro convinzioni personali e che una discriminazione diretta, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, potrà, quindi, essere rilevata.
- 74 Nell'ipotesi in cui una tale discriminazione diretta non dovesse tuttavia essere accertata, è importante ricordare che, conformemente all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), di detta direttiva, una differenza di trattamento come quella presa in considerazione dal giudice del rinvio costituirebbe, qualora fosse dimostrato che comportasse, di fatto, un particolare svantaggio per le persone che aderiscono a una religione o a convinzioni personali determinate, una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), di tale direttiva, come già menzionato al punto 60 della presente sentenza, a meno che essa non sia oggettivamente giustificata da una finalità legittima e a condizione che i mezzi per perseguire tale finalità siano appropriati e necessari.
- 75 A tal riguardo, occorre rilevare che dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che la misura in esame ha lo scopo di prevenire conflitti sociali all'interno dell'impresa, in particolare tenuto conto dell'esistenza di tensioni verificatesi in passato riconducibili a convinzioni politiche, filosofiche o religiose.
- 76 Come è già rilevato al punto 63 della presente sentenza, una politica di neutralità può costituire una finalità legittima ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78. Al fine di determinare se tale politica sia idonea a giustificare in maniera oggettiva una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, occorre verificare, come risulta dal punto 64 della presente sentenza, se essa soddisfi un'esigenza reale dell'impresa. In proposito si deve rilevare che tanto la prevenzione dei conflitti sociali quanto la presentazione del datore di lavoro in modo neutrale nei confronti dei clienti possono configurare un'esigenza reale del datore di lavoro, circostanza che incombe a quest'ultimo dimostrare. Occorre tuttavia ancora verificare, conformemente a quanto esposto ai punti 68 e 69 della presente sentenza, se la norma interna che consiste nel vietare di indossare qualsiasi segno vistoso di grandi dimensioni di convinzioni politiche, filosofiche e religiose sia idonea ad assicurare la finalità perseguita e se tale divieto si limiti allo stretto necessario.
- 77 A tal riguardo, occorre precisare che una politica di neutralità in seno all'impresa, come quella oggetto della prima questione nella causa C-341/19, può essere perseguita in modo efficace soltanto se non è ammessa alcuna manifestazione visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose quando i lavoratori sono a contatto con i clienti o tra di loro, poiché il fatto di indossare qualsiasi segno, anche se di piccole dimensioni, compromette l'idoneità della misura a raggiungere l'obiettivo asseritamente perseguito e rimette così in discussione la coerenza stessa di detta politica di neutralità.
- 78 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione sottoposta nella causa C-341/19 dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una discriminazione indiretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali derivante da una norma interna di un'impresa che vieta, sul luogo di lavoro, di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allo scopo di assicurare una politica di neutralità all'interno di tale impresa può essere giustificata solo se detto divieto riguardi qualsiasi forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Un divieto che si limiti all'uso di segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose vistosi e di grandi dimensioni è tale da costituire una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, che non può in ogni caso essere giustificata sulla base di tale medesima disposizione.

Sulla seconda questione, sub b), nella causa C-804/18 e sulla seconda questione, sub b), nella causa C-341/19

- 79 Con la seconda questione, sub b), nella causa C-804/18, che è analoga alla seconda questione, sub b), nella causa C-341/19, l'Arbeitsgericht Hamburg (Tribunale del lavoro di Amburgo) chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che le disposizioni costituzionali nazionali che tutelano la libertà di religione possano essere prese in considerazione in quanto disposizioni più favorevoli ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.
- 80 Tale questione è scaturita da quella, del pari sollevata dal Bundesarbeitsgericht (Corte federale del lavoro) nella causa C-341/19, relativa alla domanda se, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una norma interna di un'impresa, come quella controversa nei procedimenti principali, occorra ponderare i diritti e le libertà contrastanti, più in particolare gli articoli 14 e 16 della Carta, da un lato, e l'articolo 10 della Carta, dall'altro, o se tale bilanciamento debba essere effettuato solo al momento dell'applicazione di detta norma interna a un caso specifico, ad esempio quando un'istruzione è rivolta a un lavoratore o in occasione del suo licenziamento. Nell'ipotesi in cui si dovesse affermare che i diritti contrastanti derivanti dalla Carta non possono essere presi in considerazione nell'ambito di detto esame, si porrebbe allora la questione se una disposizione nazionale di rango costituzionale, come l'articolo 4, paragrafi 1 e 2, del GG, che tutela la libertà di religione e di fede, possa essere considerata come una disposizione più favorevole ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.
- 81 Per quanto riguarda, in primo luogo, la questione se, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78, della restrizione derivante dalla misura introdotta per garantire l'applicazione di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa, si debba tener conto dei diversi diritti e libertà in esame, si deve ricordare, anzitutto, come constatato dalla Corte nell'interpretare la nozione di «religione» ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2000/78, che il legislatore dell'Unione ha fatto riferimento, al considerando 1 di tale direttiva, ai diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU, la quale prevede, al suo articolo 9, che ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, diritto questo che implica, tra l'altro, la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Inoltre, al medesimo considerando il legislatore dell'Unione ha fatto riferimento anche alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione. Orbene, tra i diritti che risultano da tali tradizioni comuni e che sono stati ribaditi nella Carta figura il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta. Conformemente a tale disposizione, detto diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. Come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), il diritto garantito all'articolo 10, paragrafo 1, di quest'ultima corrisponde al diritto garantito all'articolo 9 della CEDU e, conformemente all'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, ha lo stesso significato e la stessa portata di quest'ultimo (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punti 26 e 27).
- 82 Pertanto, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78, della restrizione derivante da una misura destinata ad assicurare l'applicazione di una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa, si deve tener conto dei diversi diritti e libertà in esame.
- 83 La Corte ha poi già dichiarato che, nell'esaminare il carattere necessario di un divieto analogo a quello controverso nei procedimenti principali, spetta ai giudici nazionali, alla luce di tutti gli elementi del fascicolo di cui trattasi, tenere conto degli interessi in gioco e limitare «allo stretto necessario» le restrizioni «alle libertà in questione» (sentenza del 14 marzo 2017, G4S Secure Solutions, C-157/15, EU:C:2017:203, punto 43). Orbene, poiché nel procedimento da cui ha avuto origine tale sentenza era in discussione soltanto la libertà d'impresa, sancita all'articolo 16 della Carta, si deve dichiarare che

l'altra libertà alla quale la Corte faceva riferimento nella medesima sentenza era la libertà di pensiero, di coscienza e di religione, di cui al punto 39 della medesima sentenza.

- 84 Infine, è giocoforza rilevare che l'interpretazione della direttiva 2000/78 in tal modo accolta è conforme alla giurisprudenza della Corte in quanto consente di assicurare che, qualora siano in discussione più diritti fondamentali e principi sanciti dai Trattati, come, nel caso di specie, il principio di non discriminazione sancito all'articolo 21 della Carta e il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione garantito all'articolo 10 della Carta, da un lato, nonché il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche riconosciuto all'articolo 14, paragrafo 3, della Carta e la libertà di impresa sancita all'articolo 16 della Carta, dall'altro lato, la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela dei diversi diritti e principi in discussione e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031, punto 65 e giurisprudenza citata).
- 85 Per quanto riguarda le disposizioni di diritto nazionale controverse nei procedimenti principali, in particolare l'articolo 4, paragrafo 1, del GG, e il requisito che esse comportano, in base al quale, in una situazione come quella oggetto di tali procedimenti, incombe al datore di lavoro non solo dimostrare di perseguire una finalità legittima idonea a giustificare una disparità di trattamento indiretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ma anche dimostrare che al momento dell'introduzione della norma interna controversa esisteva, o che esiste, attualmente, un rischio sufficientemente concreto che tale obiettivo sia compromesso, come il rischio di effettivi problemi all'interno dell'impresa o il rischio reale di perdita di reddito, si deve ritenere che un tale requisito rientri nell'ambito previsto dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 per quanto riguarda la giustificazione di una disparità di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.
- 86 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la questione se una disposizione nazionale relativa alla libertà di religione e di coscienza possa essere considerata come una disposizione nazionale più favorevole alla tutela del principio della parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, occorre ricordare, come risulta dal titolo di tale direttiva, che quest'ultima stabilisce un quadro generale per tale parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che lascia un margine di discrezionalità agli Stati membri, tenuto conto della diversità dei loro approcci quanto al ruolo che essi attribuiscono, al loro interno, alla religione o alle convinzioni personali. Il margine di discrezionalità così riconosciuto agli Stati membri in mancanza di consenso a livello dell'Unione deve tuttavia andare di pari passo con un controllo, che spetta al giudice dell'Unione, consistente, in particolare, nel verificare se le misure adottate a livello nazionale siano giustificate in linea di principio e se siano proporzionate (v., in tal senso, sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031, punto 67).
- 87 Peraltro, dal quadro così introdotto emerge che, nella direttiva 2000/78, il legislatore dell'Unione non ha effettuato esso stesso la necessaria conciliazione tra la libertà di pensiero, di convinzione e di religione, da un lato, e gli obiettivi legittimi che possono essere invocati a giustificazione di una disparità di trattamento, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), di tale direttiva, dall'altro, ma ha lasciato il compito di procedere a tale conciliazione agli Stati membri e ai loro giudici (v., per analogia, sentenza del 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, C-336/19, EU:C:2020:1031, punto 47).
- 88 Di conseguenza, la direttiva 2000/78 consente di tener conto del contesto specifico di ciascuno Stato membro e di riconoscere a ciascuno di essi un margine di discrezionalità nell'ambito della necessaria conciliazione dei diversi diritti e interessi in gioco, al fine di assicurare un giusto equilibrio tra questi ultimi.
- 89 Ne consegue che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di pensiero, di convinzione e di religione, in quanto valore al quale le società democratiche contemporanee attribuiscono un'importanza maggiore da molti anni, possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli, per quanto riguarda la protezione del principio della parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, nell'ambito dell'esame di ciò che costituisce una

differenza di trattamento fondata sulla religione o sulle convinzioni personali. Rientrerebbero così, ad esempio, nella facoltà offerta da tale articolo 8, paragrafo 1, disposizioni nazionali che subordinassero la giustificazione di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali a requisiti più elevati di quanto previsto dall'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78.

90 Alla luce di tali considerazioni, occorre rispondere alla seconda questione, sub b), nella causa C-804/18 e alla seconda questione, sub b), nella causa C-341/19 dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di religione possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.

Sulla seconda questione, sub a), e sulla terza questione nella causa C-341/19

91 Alla luce della risposta fornita alla prima questione nella causa C-341/19, non occorre rispondere né alla seconda questione, sub a), né alla terza questione nella medesima causa.

Sulle spese

92 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 1 e l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che una norma interna di un'impresa, che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose non costituisce, nei confronti dei lavoratori che seguono determinate regole di abbigliamento in applicazione di precetti religiosi, una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, ai sensi di detta direttiva, ove tale norma sia applicata in maniera generale e indiscriminata.**
- 2) **L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, derivante da una norma interna di un'impresa che vieta ai lavoratori di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni politiche, filosofiche o religiose, può essere giustificata dalla volontà del datore di lavoro di perseguire una politica di neutralità politica, filosofica e religiosa nei confronti dei clienti o degli utenti, a condizione che, in primo luogo, tale politica risponda ad un'esigenza reale di detto datore di lavoro, circostanza che spetta a quest'ultimo dimostrare prendendo in considerazione segnatamente le aspettative legittime di detti clienti o utenti nonché le conseguenze sfavorevoli che egli subirebbe in assenza di una tale politica, tenuto conto della natura delle sue attività o del contesto in cui queste ultime si iscrivono; in secondo luogo, che detta differenza di trattamento sia idonea ad assicurare la corretta applicazione di tale politica di neutralità, il che presuppone che tale politica sia perseguita in modo coerente e sistematico e, in terzo luogo, che detto divieto si limiti allo stretto necessario tenuto conto della portata e della gravità effettive delle conseguenze sfavorevoli che il datore di lavoro intende evitare mediante un divieto siffatto.**
- 3) **L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che una discriminazione indiretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali derivante da una norma interna di un'impresa che vieta, sul luogo di lavoro, di indossare segni visibili di convinzioni politiche, filosofiche o religiose allo scopo di assicurare una**

politica di neutralità all'interno di tale impresa può essere giustificata solo se detto divieto riguardi qualsiasi forma visibile di espressione delle convinzioni politiche, filosofiche o religiose. Un divieto che si limiti all'uso di segni di convinzioni politiche, filosofiche o religiose vistosi e di grandi dimensioni è tale da costituire una discriminazione diretta fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, che non può in ogni caso essere giustificata sulla base di tale medesima disposizione.

- 4) L'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che le disposizioni nazionali che tutelano la libertà di religione possono essere prese in considerazione come disposizioni più favorevoli, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, di tale direttiva, nell'ambito dell'esame del carattere appropriato di una differenza di trattamento indirettamente fondata sulla religione o sulle convinzioni personali.**

Firme

* Lingua processuale: il tedesco.

SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione)

24 novembre 2016 (*)

«Rinvio pregiudiziale – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Direttiva 2000/78/CE – Articolo 2 – Divieto di discriminazione fondata sull’orientamento sessuale e sull’età – Regime pensionistico nazionale – Pagamento di una pensione di reversibilità al partner civile – Presupposto – Stipulazione dell’unione civile prima del sessantesimo compleanno dell’affiliato a tale regime – Unione civile – Impossibilità nello Stato membro interessato prima del 2010 – Relazione stabile accertata – Articolo 6, paragrafo 2 – Giustificazione delle differenze di trattamento fondate sull’età»

Nella causa C-443/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Labour Court (tribunale del lavoro, Irlanda), con decisione dell’11 agosto 2015, pervenuta in cancelleria il 13 agosto 2015, nel procedimento

David L. Parris

contro

Trinity College Dublin,

Higher Education Authority,

Department of Public Expenditure and Reform,

Department of Education and Skills,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta (relatore), presidente di sezione, E. Regan, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev e S. Rodin, giudici,

avvocato generale: J. Kokott

cancelliere: L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 28 aprile 2016,

considerate le osservazioni presentate:

- per D.L. Parris, da M. Bolger, SC, E. Barry, BL, nonché da J. Tomkin, solicitor;
- per il Trinity College Dublin, da T. Mallon, barrister, incaricato da K. Langford, solicitor;
- per la Higher Education Authority, il Department of Public Expenditure and Reform e il Department of Education and Skills, da G. Hodge, E. Creedon e A. Joyce, in qualità di agenti, assistiti da A. Kerr, barrister;
- per il governo del Regno Unito, da S. Simmons, in qualità di agente, assistita da J. Coppel, QC;
- per la Commissione europea, da A. Lewis e D. Martin, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 30 giugno 2016,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

- 1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU 2000, L 303, pag. 16).
- 2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, il sig. David L. Parris, e, dall'altro, il Trinity College Dublin, la Higher Education Authority (autorità per l'istruzione superiore, Irlanda), il Department of Public Expenditure and Reform (dipartimento per la spesa pubblica e la riforma dei pubblici servizi, Irlanda) nonché il Department of Education and Skills (dipartimento per l'istruzione e la formazione, Irlanda), avente ad oggetto il diniego, da parte del Trinity College Dublin, di riconoscere al partner del sig. Parris, alla data del decesso di quest'ultimo, il beneficio della pensione di reversibilità prevista dal regime previdenziale professionale cui il sig. Parris è stato affiliato.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

- 3 Il considerando 22 della direttiva 2000/78 enuncia quanto segue:

«La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano».

- 4 L'articolo 1 della direttiva in parola stabilisce quanto segue:

«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».

- 5 Ai sensi dell'articolo 2 di tale direttiva:

«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; (...)

(...))».

- 6 L'articolo 3 della medesima direttiva è formulato nei seguenti termini:

«1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene:

(...)

c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...)

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.

(...))».

7 L'articolo 6 della direttiva 2000/78, intitolato «Giustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età», così statuisce al paragrafo 2:

«Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso».

8 A norma dell'articolo 18, primo comma, della direttiva 2000/78, gli Stati membri erano tenuti, in linea di principio, ad adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a quest'ultima entro il 2 dicembre 2003, oppure potevano affidare alle parti sociali l'attuazione di tale direttiva relativamente alle disposizioni rientranti nella sfera dei contratti collettivi, assicurandosi che questi fossero attuati entro la medesima data.

Il diritto irlandese

9 Il Pensions Act 1990 (la legge sulle pensioni; in prosieguo: la «legge del 1990»), è stato modificato dall'articolo 22 del Social Welfare (Miscellaneous Provisions) Act 2004 (Number 9 of 2004) [legge sulla previdenza sociale (disposizioni varie) del 2004 (n. 9 del 2004)], che ha inserito un nuovo Titolo VII nella legge del 1990, al fine di recepire nell'ordinamento nazionale le disposizioni della direttiva 2000/78 per quanto riguarda il principio della parità di trattamento nei regimi pensionistici professionali.

10 L'articolo 66 della legge del 1990 stabilisce un divieto generale di qualsiasi trattamento meno favorevole, per quanto riguarda i regimi pensionistici professionali, basato, in particolare, sull'età e sull'orientamento sessuale. A differenza della direttiva 2000/78, tale legge vieta anche qualsiasi discriminazione fondata sullo stato civile.

11 L'articolo 72 della legge del 1990, volto a recepire l'articolo 6 della direttiva 2000/78, prevede talune deroghe ed eccezioni al divieto generale di discriminazione nei regimi pensionistici professionali, formulate come segue:

«(1) Non viola il principio della parità di trattamento pensionistico per motivi di età un regime che

a) fissi l'età o l'anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quale condizione o criterio per l'affiliazione al regime,

b) fissi varie età o anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quali condizioni o criteri per l'affiliazione al regime di lavoratori oppure di gruppi o categorie di lavoratori,

- c) fissi l'età o l'anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quale condizione o criterio per il riconoscimento del diritto alle prestazioni previste dal regime,
- d) fissi le varie età o anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quali condizioni o criteri per il riconoscimento del diritto alle prestazioni previste dal regime a lavoratori o a gruppi o categorie di lavoratori,
- e)
 - (i) fissi l'età o l'anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quale condizione o criterio riguardante la maturazione di diritti nell'ambito di un regime, a prestazioni definite o il livello di contributi in favore di un regime a contribuzioni definite, oppure
 - (ii) fissi le varie età o anzianità di servizio che danno diritto a prestazioni, o una combinazione di entrambe, quali condizioni o criteri riguardanti la maturazione di diritti nell'ambito di un regime a prestazioni definite o il livello di contributi in favore di un regime a contribuzioni definite per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori,

se, nell'ambito dell'impiego di cui trattasi, ciò risulti adeguato e necessario in considerazione di un obiettivo legittimo del datore di lavoro, in particolare di politica dell'impiego, del mercato del lavoro e di formazione professionale,

- f) utilizzi criteri di età nei calcoli attuariali,

a condizione che ciò non finisca col determinare una violazione del principio di parità di trattamento in materia di pensioni sulla base del sesso.

(2) Non viola il principio della parità di trattamento pensionistico per motivi di situazione matrimoniale o familiare l'erogazione, da parte di un regime, di prestazioni previdenziali professionali più favorevoli, se tali prestazioni si applicano a qualsiasi persona cui, secondo le norme del regime, è dovuta una prestazione in seguito al decesso dell'affiliato, purché ciò non dia luogo a una violazione di detto principio fondata sul sesso.

(3) Non viola il principio della parità di trattamento pensionistico per motivi di situazione matrimoniale o di orientamento sessuale l'erogazione di prestazioni previdenziali professionali più favorevoli al vedovo o alla vedova di un affiliato deceduto, purché ciò non dia luogo a una violazione di detto principio fondata sul sesso.

(4) Nel presente articolo, qualsiasi riferimento alla fissazione dell'età o delle età che danno diritto a prestazioni comporta un riferimento alla fissazione dell'età o delle età di inizio del pensionamento che danno diritto al beneficio delle prestazioni».

12 Il 19 luglio 2010 è stato adottato il Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 (legge sulle unioni civili e su taluni diritti e obblighi dei conviventi del 2010) (in prosieguo: la «legge sulle unioni civili»), che è entrato in vigore il 1° gennaio 2011, a seguito dell'emanazione dell'ordinanza ministeriale necessaria ai sensi del decreto n. 648/2010. Tale legge escludeva qualsiasi riconoscimento retroattivo delle unioni civili contratte in un altro paese.

13 Dal fascicolo agli atti della Corte risulta che, ai sensi dell'articolo 99 della legge sulle unioni civili, «le prestazioni del regime previdenziale previste per i coniugi si applicano, alle stesse condizioni, al partner registrato dell'affiliato».

14 All'epoca dei fatti oggetto della presente causa, il matrimonio in Irlanda era previsto soltanto fra persone di sesso diverso. Il riconoscimento del matrimonio di persone dello stesso sesso esigeva una modifica costituzionale successiva a un referendum nazionale. Tale referendum si è svolto il 22 maggio 2015 e la proposta di consentire il matrimonio tra due persone senza distinzioni di genere è stata approvata. Tuttavia, per poter rendere efficace la disposizione modificata della Costituzione, era necessaria l'adozione di taluni atti legislativi. A tal riguardo, dalle osservazioni presentate dal Trinity

College Dublin risulta che il diritto irlandese riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso a partire dal 16 novembre 2015.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

- 15 Il sig. Parris, nato il 21 aprile 1946, ha la doppia cittadinanza irlandese e britannica. Da oltre trent'anni vive con il suo partner, del suo stesso sesso, nell'ambito di una relazione stabile.
- 16 Nel 1972, il sig. Parris è stato assunto come docente dal Trinity College Dublin. In forza del suo contratto di lavoro, è stato ammesso, nel mese di ottobre 1972, come affiliato non contribuente, a un regime previdenziale gestito dal Trinity College Dublin. L'accesso a tale regime è stato chiuso ai nuovi entranti il 31 gennaio 2005.
- 17 La regola 5 del regime previdenziale in argomento prevede l'erogazione di una pensione di reversibilità al coniuge o, a partire dal 1° gennaio 2011, al partner registrato dell'affiliato se quest'ultimo deceda prima del suo coniuge o, adesso, del suo partner registrato. In particolare, in forza di tale regime previdenziale, al momento del suo pensionamento, l'affiliato ha diritto di percepire una pensione pari a due terzi del suo ultimo stipendio. In caso di decesso dell'affiliato successivamente al suo pensionamento, il coniuge superstite o, adesso, il partner registrato ha diritto di percepire una pensione vitalizia pari a due terzi dell'importo dovuto all'affiliato prima del suo decesso. Tuttavia, detta pensione di reversibilità può essere erogata solo qualora l'affiliato abbia contratto un matrimonio o un'unione civile prima di compiere sessant'anni.
- 18 Il 21 dicembre 2005, è divenuto possibile stipulare un'unione civile nel Regno Unito ai sensi del Civil Partnership Act 2004 (legge sulle unioni civili). Il 21 aprile 2009, all'età di 63 anni, il sig. Parris ha contratto un'unione civile in tale Stato membro. A quell'epoca, nessuna disposizione di diritto irlandese consentiva di riconoscere in Irlanda l'unione civile del sig. Parris.
- 19 Il 3 dicembre 2009, il fondo pensioni del Trinity College Dublin è stato trasferito alla National Treasury Management Agency (NTMA, Irlanda). La NTMA è un'agenzia statale incaricata di fornire al governo servizi di gestione di attività e passività. A decorrere dal gennaio 2010, tutte le prestazioni dovute da detto regime previdenziale sono coperte da fondi statali.
- 20 Il 25 gennaio 2010, il sig. Parris ha chiesto e ottenuto di avvalersi della facoltà di optare per il pensionamento anticipato, senza alcun costo supplementare per il prestatore, a partire dal 31 dicembre 2010, quando dal punto di vista contrattuale aveva diritto di conservare il suo impiego a fini previdenziali fino al 30 settembre 2013.
- 21 Il 19 luglio 2010, è stata adottata in Irlanda la legge sulle unioni civili.
- 22 Il 17 settembre 2010, il sig. Parris ha presentato al Trinity College Dublin una domanda volta ad ottenere il riconoscimento del diritto del suo partner registrato a percepire una pensione di reversibilità, successivamente al proprio decesso. Detta domanda è stata respinta con decisione del 15 novembre 2010. Avverso tale decisione, il medesimo ha proposto un ricorso in data 20 dicembre 2010 dinanzi all'autorità per l'istruzione superiore.
- 23 Il 31 dicembre 2010, il sig. Parris è andato in pensione.
- 24 La legge sulle unioni civili è entrata in vigore il 1° gennaio 2011.
- 25 Il 12 gennaio 2011, l'unione civile britannica del sig. Parris è stata riconosciuta nell'ordinamento irlandese, in seguito all'emanazione dell'ordinanza ministeriale necessaria ai sensi del decreto n. 649/2010.
- 26 Con decisione del 17 maggio 2011, l'autorità per l'istruzione superiore ha confermato la decisione del Trinity College Dublin. Detta autorità ha constatato, in particolare, che il sig. Parris era andato in pensione prima del riconoscimento della sua unione civile da parte dello Stato irlandese e che, inoltre,

le norme applicate dal Trinity College Dublin escludono il pagamento di una pensione di reversibilità qualora l'affiliato abbia contratto un matrimonio o un'unione civile dopo i 60 anni di età.

- 27 Il sig. Parris ha quindi esperito ricorso contro il Trinity College Dublin, l'autorità per l'istruzione superiore, il dipartimento per la spesa pubblica e la riforma dei pubblici servizi e il dipartimento per l'istruzione e la formazione, dinanzi all'Equality Tribunal (tribunale per le pari opportunità, Irlanda), sostenendo di essere stato direttamente o indirettamente discriminato dalle parti convenute nel procedimento principale a motivo della sua età e del suo orientamento sessuale, in violazione della legge del 1990. Poiché il ricorso è stato respinto dall'Equality Tribunal (tribunale per le pari opportunità, Irlanda), il sig. Parris ha interposto appello dinanzi al Labour Court (tribunale del lavoro, Irlanda).
- 28 Il giudice del rinvio chiede se, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, integri una discriminazione fondata sull'età e/o sull'orientamento sessuale, in violazione della direttiva 2000/78, l'applicazione di una normativa nazionale che stabilisca un'età prima della quale l'affiliato a un regime previdenziale professionale deve contrarre un matrimonio o un'unione civile affinché il suo coniuge o il suo partner possa avere diritto a una pensione di reversibilità.
- 29 In tale contesto, il Labour Court (tribunale del lavoro) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:
- «1) Se costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in contrasto con l'articolo 2 della direttiva 2000/78, l'applicazione, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, di una norma che limita l'erogazione di una prestazione di reversibilità al partner registrato superstite di un affiliato, successivamente al decesso di quest'ultimo, subordinandola alla condizione che l'affiliato e il suo partner registrato superstite abbiano contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni di età dell'affiliato, qualora, anteriormente a tale data, l'affiliato e il suo partner registrato non fossero autorizzati dalla normativa nazionale a contrarre un'unione civile, pur essendo già stabilmente conviventi.
- 2) In caso di risposta negativa alla precedente questione: se costituisca una discriminazione fondata sull'età, in contrasto con il combinato disposto dell'articolo 2 e dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, il fatto che un fornitore di prestazioni nell'ambito di un regime previdenziale professionale limiti il diritto alla pensione di reversibilità del partner registrato superstite di un affiliato, successivamente al decesso di quest'ultimo, subordinandolo alla condizione che l'affiliato e il suo partner registrato abbiano contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni di età dell'affiliato qualora
- (a) la clausola relativa all'età in cui un affiliato deve aver contratto un'unione civile non sia un criterio utilizzato nei calcoli attuariali, e
- (b) anteriormente a tale data, l'affiliato e il suo partner registrato non fossero autorizzati dalla normativa nazionale a contrarre un'unione civile, pur essendo già stabilmente conviventi.
- 3) In caso di risposta negativa alla seconda questione: se costituiscano una discriminazione contraria al combinato disposto dell'articolo 2 e dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 le limitazioni dei diritti, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, descritte nella prima o nella seconda questione nell'ipotesi in cui dette limitazioni risultino dall'effetto combinato dell'età e dell'orientamento sessuale di un affiliato».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

- 30 Con la prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2 della direttiva 2000/78 debba essere interpretato nel senso che integra una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale una normativa nazionale che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordini il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione che

l'unione civile sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.

- 31 Per rispondere a tale questione occorre, anzitutto, esaminare se una normativa nazionale come la regola 5 del regime previdenziale oggetto del procedimento principale, di cui si asserisce il carattere discriminatorio, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.
- 32 A tal riguardo, dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 risulta che essa si applica, nei limiti dei poteri conferiti all'Unione europea, «a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico», per quanto attiene, segnatamente, «all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione» (sentenza del 26 settembre 2013, Dansk Jurist- og Økonomforbund, C-546/11, EU:C:2013:603, punto 24).
- 33 La Corte ha già riconosciuto che una pensione di reversibilità prevista da un regime previdenziale professionale rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 157 TFUE. Essa ha precisato al riguardo che la circostanza che la suddetta pensione, per definizione, sia erogata non al lavoratore, ma al suo superstite, non è tale da inficiare questa interpretazione, in quanto una prestazione di questo tipo è un vantaggio che trae origine dall'affiliazione al regime del coniuge del superstite, di modo che la pensione spetta a quest'ultimo nell'ambito del rapporto di lavoro tra il datore di lavoro e il suddetto coniuge e gli è corrisposta in conseguenza dell'attività lavorativa svolta da questo (v. sentenza del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punto 45 e giurisprudenza ivi citata).
- 34 Peraltro, per valutare se una pensione di vecchiaia, in base alla quale è calcolata se del caso la pensione di reversibilità come nel procedimento principale, rientri nell'ambito di applicazione dell'articolo 157 TFUE, la Corte ha precisato che, fra i criteri da essa adottati a seconda delle situazioni di cui è stata investita per qualificare un regime previdenziale, soltanto il criterio relativo alla constatazione che la pensione di vecchiaia sia corrisposta al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro che lo lega al suo ex datore di lavoro, vale a dire il criterio dell'impiego, desunto dalla formulazione stessa di tale articolo, può avere carattere determinante (sentenza del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).
- 35 In tale contesto, la Corte ha aggiunto che, sebbene a tale criterio non si possa attribuire carattere esclusivo, dato che le pensioni corrisposte dai regimi previdenziali previsti per legge possono, in tutto o in parte, tener conto della retribuzione dell'attività lavorativa, le considerazioni di politica sociale, di organizzazione dello Stato, di etica, o anche le preoccupazioni di bilancio che abbiano avuto o che abbiano potuto avere un ruolo nella determinazione di un regime da parte del legislatore nazionale non possono, tuttavia, considerarsi prevalenti se la pensione interessa soltanto una categoria particolare di lavoratori, se è direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione (v. sentenza del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punti 47 e 48 nonché giurisprudenza ivi citata).
- 36 Per quanto riguarda il regime previdenziale professionale oggetto del procedimento principale, occorre osservare, in primo luogo, che esso non è applicabile a categorie generali di lavoratori, ma riguarda unicamente i lavoratori assunti dal Trinity College o, tutt'al più, a partire dal 2005, i lavoratori assunti dalle università, come risulta dalle spiegazioni fornite durante l'udienza dalle parti convenute nel procedimento principale, così che l'affiliazione al medesimo regime risulta necessariamente dal rapporto di lavoro intercorrente tra tali lavoratori e un determinato datore di lavoro.
- 37 In secondo luogo, il regime in argomento è disciplinato non già da una legge, bensì da una propria disciplina.
- 38 In terzo luogo, risulta che, quanto meno sino al 2005, il regime previdenziale professionale oggetto del procedimento principale era finanziato dal Trinity College, cosicché faceva parte dei vantaggi che il datore di lavoro offriva ai lavoratori.

- 39 In ultimo, per quanto riguarda l'importo della pensione di reversibilità, esso è calcolato sulla base della pensione di vecchiaia, il cui importo è pari ai due terzi dell'ultimo stipendio dell'affiliato.
- 40 Di conseguenza, occorre constatare che la pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale deriva dal rapporto di lavoro tra il sig. Parris e il suo datore di lavoro e che dev'essere qualificata come «retribuzione» ai sensi dell'articolo 157 TFUE.
- 41 Tale conclusione non è rimessa in discussione dal fatto che il fondo pensioni del Trinity College sia stato nel frattempo trasferito in capo a un'autorità nazionale e che, da allora, le prestazioni siano finanziate dallo Stato irlandese, dato che, come evidenziato dall'avvocato generale al paragrafo 35 delle sue conclusioni, la Corte ha già osservato in più occasioni che, al fine di decidere se le prestazioni di un regime previdenziale rientrino nella nozione di «retribuzione», non assumono rilievo determinante le sue modalità di finanziamento e gestione (v., in tal senso, sentenze del 28 settembre 1994, Beune, C-7/93, EU:C:1994:350, punto 38; del 29 novembre 2001, Griesmar, C-366/99, EU:C:2001:648, punto 37; del 12 settembre 2002, Niemi, C-351/00, EU:C:2002:480, punto 43, nonché del 26 marzo 2009, Commissione/Grecia, C-559/07, EU:C:2009:198, punto 46).
- 42 Pertanto, la normativa nazionale oggetto del procedimento principale rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.
- 43 Si deve valutare, poi, se l'applicazione di una siffatta normativa costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, e come tale vietata dalla suddetta direttiva.
- 44 A tal riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2000/78, per «principio della parità di trattamento» s'intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta fondata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, tra i quali figurano, segnatamente, le tendenze sessuali.
- 45 Per quanto concerne, in primo luogo, la sussistenza di una discriminazione diretta, a norma dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, una discriminazione di questo tipo si verifica quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto lo sia un'altra in una situazione paragonabile.
- 46 Per quanto riguarda, segnatamente, il beneficio della pensione di reversibilità, dalla giurisprudenza della Corte risulta che una normativa di uno Stato membro che non riconosca al partner superstite il diritto di beneficiare di una pensione di reversibilità equivalente a quella concessa a un coniuge superstite, quando invece, nel diritto nazionale, l'unione civile collochi le persone dello stesso sesso in una situazione comparabile a quella dei coniugi per quanto riguarda tale pensione di reversibilità, dev'essere considerata costitutiva di una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi dell'articolo 1 e dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 (v., in tal senso, sentenza del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punti 72 e 73).
- 47 Dalla decisione di rinvio risulta che, il 19 luglio 2010, la legge sulle unioni civili è stata adottata in Irlanda e che, a decorrere dall'entrata in vigore di tale legge, cioè dal 1° gennaio 2011, la regola 5 del regime previdenziale oggetto del procedimento principale prevede il beneficio della pensione di reversibilità sia in favore dei coniugi superstiti degli affiliati, sia in favore dei partner registrati superstiti degli affiliati.
- 48 Risulta altresì dalla suddetta decisione che l'erogazione di una tale prestazione è subordinata, tanto per i coniugi quanto per i partner registrati, alla condizione che il matrimonio o l'unione civile siano stati contratti prima del sessantesimo compleanno dell'affiliato.
- 49 Infatti, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 50 delle sue conclusioni, una condizione di affiliazione come quella controversa nel procedimento principale non compie riferimenti diretti all'orientamento sessuale del lavoratore. Al contrario, essa è formulata in termini neutri e riguarda peraltro i lavoratori omosessuali così come quelli eterosessuali, ed esclude, senza distinzioni, i loro partner dal beneficio della pensione di reversibilità qualora il matrimonio o l'unione civile registrata non siano stati contratti prima del compimento del sessantesimo anno di età del lavoratore.

- 50 Ne deriva che i partner registrati superstiti non sono trattati in modo meno favorevole rispetto ai coniugi superstiti, per quanto riguarda la pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale, e che, di conseguenza, la normativa nazionale relativa a detta pensione non costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.
- 51 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la sussistenza di una discriminazione indiretta, l'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), i) della direttiva 2000/78 stabilisce che sussiste una 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 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.
- 52 La normativa nazionale oggetto del procedimento principale subordina il beneficio della pensione di reversibilità per i partner registrati e i coniugi superstiti degli affiliati al regime previdenziale professionale di cui trattasi nel procedimento principale alla condizione che l'unione civile o il matrimonio siano stati contratti prima del sessantesimo anno di età dell'affiliato.
- 53 Dal fascicolo agli atti della Corte risulta che il 1^o gennaio 2011, data di entrata in vigore della legge sulle unioni civili, il sig. Parris aveva 64 anni e che, a tale data, egli era già andato in pensione; di conseguenza, i diritti a pensione da quest'ultimo costituiti per se stesso, così come per un eventuale coniuge o partner superstite, si riferiscono a un periodo di attività professionale che è stato integralmente portato a termine prima dell'entrata in vigore della suddetta legge. Risulta altresì dal fascicolo che l'unione civile contratta dal sig. Parris nel Regno Unito, in data 21 aprile 2009, quando aveva 63 anni, è stata riconosciuta in Irlanda soltanto con effetto a decorrere dal 12 gennaio 2011.
- 54 Non è dunque oggetto di contestazione il fatto che, alla data in cui il sig. Parris è andato in pensione, vale a dire il 31 dicembre 2010, egli non rispondeva ai requisiti previsti dalla normativa nazionale applicabile affinché il suo partner potesse beneficiare del diritto alla pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale, dato che l'unione civile da lui contratta nel Regno Unito non era ancora stata riconosciuta in Irlanda e che, in ogni caso, quand'anche lo fosse stata, una simile unione non avrebbe potuto costituire una base normativa idonea a far sorgere il diritto a una tale pensione, essendo stata contratta successivamente al sessantesimo compleanno dell'affiliato.
- 55 Orbene, il sig. Parris afferma che la condizione enunciata al punto 52 della presente sentenza incide in modo svantaggioso sulla situazione dei lavoratori omosessuali che abbiano già raggiunto l'età di 60 anni alla data di entrata in vigore della legge sulle unioni civili, vale a dire dei lavoratori omosessuali nati prima del 1951, come lo stesso ricorrente nel procedimento principale, e che, pertanto, siffatta condizione costituisce una discriminazione indiretta nei confronti degli omosessuali che versino in simili circostanze, dovute all'impossibilità per questi ultimi di soddisfare tale condizione.
- 56 Tuttavia, è necessario rilevare che l'impossibilità per il sig. Parris di soddisfare una simile condizione è una conseguenza, da un lato, dello stato di diritto esistente in Irlanda alla data del suo sessantesimo compleanno, in particolare dell'assenza, in quel momento, di una legge che riconoscesse una qualsiasi forma di unione civile di una coppia omosessuale, nonché, dall'altro, dell'assenza, nell'ambito della normativa che regola la pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale, di disposizioni transitorie per gli affiliati omosessuali nati prima del 1951.
- 57 A tal riguardo, si deve ricordare che il considerando 22 della direttiva 2000/78 enuncia in modo esplicito che quest'ultima lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.
- 58 In tale contesto, la Corte ha constatato che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano costituiscono materie rientranti nella competenza degli Stati membri e che il diritto dell'Unione non pregiudica tale competenza. Tuttavia, nell'esercizio di detta competenza, gli Stati membri devono rispettare il diritto dell'Unione, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione (v. sentenza del 1^o aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punto 59).

59 Gli Stati membri sono dunque liberi di prevedere o meno il matrimonio per persone del medesimo sesso o una forma alternativa di riconoscimento legale della loro relazione, nonché, eventualmente, di prevedere la data dalla quale decorreranno gli effetti di un tale matrimonio o di una tale forma alternativa.

60 Di conseguenza, il diritto dell'Unione, ed in particolare la direttiva 2000/78, non obbligava l'Irlanda né a prevedere, anteriormente al 1° gennaio 2011, il matrimonio o una forma di unione civile per le coppie omosessuali, né a riconoscere effetti retroattivi alla legge sulle unioni civili e alle disposizioni adottate in applicazione di tale legge, né, ancora, per quanto riguarda la pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale, a prevedere misure transitorie per le coppie dello stesso sesso nelle quali l'affiliato avesse già compiuto i 60 anni di età alla data di entrata in vigore della medesima legge.

61 Ciò posto, si deve affermare che la normativa nazionale oggetto del procedimento principale non comporta discriminazioni indirette fondate sull'orientamento sessuale, nel senso indicato al punto 55 della presente sentenza.

62 In considerazione di quanto precede, alla prima questione occorre rispondere che l'articolo 2 della direttiva 2000/78 dev'essere interpretato nel senso che non integra una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale una normativa nazionale che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordini il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione che l'unione civile sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.

Sulla seconda questione

63 Con la seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che integra una discriminazione basata sull'età una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordini il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione di aver contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.

64 Per rispondere a tale questione, occorre anzitutto verificare se la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale istituisca una differenza di trattamento fondata sull'età.

65 A tal riguardo, si deve ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2000/78, il «principio della parità di trattamento» dev'essere inteso come l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 della medesima direttiva, tra i quali figura l'età. L'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), di quest'ultima precisa che, ai fini dell'applicazione del paragrafo 1 del medesimo articolo, sussiste discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1 della direttiva medesima, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

66 Nel caso di specie, la regola 5 del regime previdenziale oggetto del procedimento principale riconosce il diritto alla pensione di reversibilità soltanto in favore dei coniugi e dei partner registrati superstiti degli affiliati che abbiano contratto il matrimonio o l'unione civile prima del sessantesimo compleanno di questi ultimi.

67 Pertanto, una normativa di questo tipo accorda un trattamento meno favorevole agli affiliati che abbiano contratto un matrimonio o un'unione civile successivamente al loro sessantesimo compleanno rispetto a quelli che lo abbiano fatto prima di raggiungere l'età di 60 anni.

68 Ne consegue che la normativa nazionale in discussione nel procedimento principale istituisce una differenza di trattamento direttamente fondata sul criterio dell'età.

- 69 Occorre poi verificare se tale differenza di trattamento possa nondimeno rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78.
- 70 Ai sensi di tale disposizione, fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, della medesima direttiva, gli Stati membri possono prevedere che «la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso».
- 71 In tale contesto, la Corte ha precisato che l'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 può applicarsi esclusivamente ai regimi professionali di sicurezza sociale i quali assicurino i rischi di vecchiaia e di invalidità e che possono rientrare nell'ambito di applicazione di tale disposizione non già tutti gli elementi che caratterizzano un regime professionale di sicurezza sociale a copertura di rischi di tal genere, bensì unicamente quelli ivi espressamente menzionati (v. sentenza del 16 giugno 2016, Lesar, C-159/15, EU:C:2016:451, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).
- 72 Nel caso di specie, la pensione di reversibilità oggetto del procedimento principale costituisce una forma di pensione di vecchiaia.
- 73 Di conseguenza, occorre verificare se la normativa nazionale oggetto del procedimento principale rientri tra le ipotesi previste alla citata disposizione, vale a dire la «fissazione (...) di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche», ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78.
- 74 A tal riguardo, subordinando l'acquisizione del diritto all'erogazione di una pensione di reversibilità alla condizione che l'affiliato abbia contratto un matrimonio o un'unione civile prima dell'età di 60 anni, la disposizione in argomento non fa altro che stabilire un limite di età ai fini del riconoscimento del diritto a tale prestazione. In altri termini, la normativa nazionale oggetto del procedimento principale fissa un'età per poter accedere alla pensione di reversibilità derivante dal regime previdenziale interessato.
- 75 Ciò posto, si deve considerare che la regola 5 di tale regime previdenziale fissa un'età per poter accedere alle pensioni di vecchiaia e che, pertanto, una siffatta disposizione rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78.
- 76 Ne consegue che la differenza di trattamento a motivo dell'età istituita da una normativa nazionale come quella controversa nel procedimento principale non integra una discriminazione fondata sull'età.
- 77 Il fatto che fosse giuridicamente impossibile per l'affiliato al regime di cui trattasi nel procedimento principale contrarre un'unione civile prima di raggiungere l'età di 60 anni non modifica in alcun modo tale conclusione, dato che, come osservato al punto 56 della presente sentenza, una simile impossibilità risulta dal fatto che, alla data del suo sessantesimo compleanno, il diritto nazionale non prevedeva alcuna forma di unione civile per le coppie omosessuali. Orbene, come risulta dai punti da 57 a 60 della presente sentenza, il diritto dell'Unione non osta a tale stato del diritto nazionale.
- 78 In considerazione di quanto precede, alla seconda questione occorre rispondere che gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che non integra una discriminazione fondata sull'età una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordini il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione di aver contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.

Sulla terza questione

- 79 Con la terza questione, il giudice del rinvio intende essenzialmente sapere se gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale sia tale da istituire una discriminazione fondata su

una combinazione dell'orientamento sessuale e dell'età, qualora detta normativa non costituisca una discriminazione né in base all'orientamento sessuale né in base all'età, separatamente considerati.

80 A tal riguardo, se è vero che una discriminazione può essere fondata su più di uno dei motivi indicati all'articolo 1 della direttiva 2000/78, non esiste, tuttavia, alcuna nuova categoria di discriminazione che risulti dalla combinazione di alcuni di tali motivi, quali l'orientamento sessuale e l'età, e che possa essere constatata quando sia stata esclusa una discriminazione sulla base dei medesimi motivi, considerati in modo separato.

81 Di conseguenza, qualora una disposizione nazionale non costituisca né una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale né una discriminazione fondata sull'età, la medesima disposizione non può istituire una discriminazione fondata sulla combinazione di questi due fattori.

82 In considerazione di quanto precede, alla terza questione occorre rispondere che gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale non è tale da istituire una discriminazione fondata su una combinazione dell'orientamento sessuale e dell'età, qualora detta normativa non costituisca una discriminazione né in base all'orientamento sessuale né in base all'età, separatamente considerati.

Sulle spese

83 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

- 1) **L'articolo 2 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, dev'essere interpretato nel senso che non integra una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale una normativa nazionale che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordina il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione che l'unione civile sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.**
- 2) **Gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che non integra una discriminazione fondata sull'età una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, che, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, subordina il diritto a una pensione di reversibilità per i partner registrati superstiti degli affiliati alla condizione di aver contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni da parte dell'affiliato, mentre il diritto nazionale non consentiva all'affiliato interessato di contrarre un'unione civile prima di raggiungere tale limite di età.**
- 3) **Gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 devono essere interpretati nel senso che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale non è tale da istituire una discriminazione fondata su una combinazione dell'orientamento sessuale e dell'età, qualora detta normativa non costituisca una discriminazione né in base all'orientamento sessuale né in base all'età, separatamente considerati.**

Firme

* Lingua processuale: l'inglese.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE

JULIANE KOKOTT

del 30 giugno 2016 (1)

Causa C-443/15

Dr. David L. Parris

contro

Trinity College Dublin e altri

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Labour Court (Tribunale del lavoro, Irlanda)]

«Diritti fondamentali – Direttiva 2000/78/CE – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Discriminazione in base all'età e all'orientamento sessuale – Discriminazione multipla – Unione civile con partner dello stesso sesso – Pensione professionale – Pensione di reversibilità – Erogazione a favore del coniuge o del partner registrato superstite – Requisito della contrazione di matrimonio o di un'unione civile registrata prima del compimento dei 60 anni – Ostacoli derivanti dal diritto interno»

I – Introduzione

1. I compleanni sono, di norma, una fonte di gioia e un'occasione per festeggiare. Allo stesso tempo, essi possono però spingerci a guardare al passato e risvegliare, non solo ricordi positivi, ma anche sensazioni dolorose per quello che non abbiamo fatto nel corso della nostra vita o per quello che, date le circostanze, non abbiamo potuto realizzare negli anni trascorsi.

2. È quello che, forse, è accaduto al sig. dr. David Parris, quando – poche settimane fa – ha compiuto 70 anni. La sua gioia per il fatto che la sua convivenza pluriennale con un altro uomo è stata riconosciuta come unione civile in Irlanda nel 2011 grazie a una modifica normativa, può essere stata accompagnata da una certa amarezza. Il regime pensionistico professionale cui il sig. Parris è affiliato, quale ex docente del Trinity College Dublin, nega al suo partner il diritto a una pensione di reversibilità. Tale diniego è motivato sulla base del fatto che la coppia avrebbe contratto la sua unione troppo tardi – ossia solo dopo il compimento del 60° anno del sig. Parris. Quest'ultimo replica che, in base al contesto normativo in Irlanda, gli sarebbe stato ivi precluso di contrarre matrimonio o un'unione civile registrata tra persone dello stesso sesso prima di compiere sessant'anni.

3. Partendo dalla situazione del sig. Parris, il presente procedimento offre alla Corte la possibilità di precisare ulteriormente la sua oltremodo articolata giurisprudenza sul principio di parità di trattamento con riferimento all'età e all'orientamento sessuale previsto dal diritto dell'Unione. Come nel caso della parità di trattamento tra uomo e donna, si tratta di uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione, sancito a livello di diritto primario nell'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali (2) e cui la direttiva 2000/78/CE (3) dà espressione concreta (4).

4. Nel caso di specie, occorrerà prestare particolare attenzione al fatto che l'eventuale discriminazione dell'interessato deve essere presumibilmente ricondotta all'interazione di due fattori, l'età e l'orientamento sessuale. La Corte può quindi correttamente considerare la realtà concreta solo ove valutati adeguatamente la combinazione dei suddetti fattori invece di analizzare di volta in volta, separatamente, gli aspetti dell'età e

dell'orientamento sessuale Occorre inoltre considerare che il requisito controverso della contrazione di matrimonio o di un'unione registrata prima del compimento del 60° anno di età ha finito col costituire in Irlanda un ostacolo insuperabile per un'intera fascia di popolazione.

II – Contesto normativo

A – Diritto dell'Unione

5. Il contesto normativo di diritto dell'Unione in cui si colloca il caso di specie è rappresentato dalla direttiva 2000/78 che, in base al suo articolo 20, è entrata in vigore il 2 dicembre 2000, giorno della sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.
6. In base al suo articolo 1, la direttiva in parola 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».
7. Al titolo «Nozione di discriminazione», l'articolo 2 della direttiva 2000/78 prevede quanto segue:
 - «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; (...)
 - (...)
 5. La presente direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui».
8. Il campo d'applicazione della direttiva 2000/78 è individuato nel suo l'articolo 3:
 - «1. Nei limiti dei poteri conferiti alla Comunità, la presente direttiva, si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene

(...)
 - c) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione;

(...)
 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».
9. L'articolo 6 della direttiva 2000/78, il quale tratta della «[g]iustificazione delle disparità di trattamento collegate all'età», così recita per estratto:

«1. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari.

Tali disparità di trattamento possono comprendere in particolare:

(...)

2. Fatto salvo l'articolo 2, paragrafo 2, gli Stati membri possono prevedere che la fissazione per i regimi professionali di sicurezza sociale di un'età per poter accedere o aver titolo alle prestazioni pensionistiche o all'invalidità, compresa la fissazione per tali regimi di età diverse per lavoratori o gruppi o categorie di lavoratori e l'utilizzazione, nell'ambito di detti regimi, di criteri di età nei calcoli attuariali non costituisca una discriminazione fondata sull'età purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso».

10. Occorre da ultimo richiamare il considerando 22 della direttiva 2000/78 dove il Consiglio osserva quanto segue:

«La presente direttiva lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano».

11. A norma del suo articolo 18, primo comma, la direttiva 2000/78 doveva essere recepita nel diritto nazionale degli Stati membri entro il 2 dicembre 2003.

B – *Diritto nazionale*

12. Nel diritto irlandese assume rilievo, in prima battuta, il Pensions Act 1990 (5) nella sua versione modificata nel 2004 (6). L'articolo 66 del Pensions Act contiene un divieto generale di discriminazione nei regimi pensionistici professionali, in particolare, in base all'età, all'orientamento sessuale e allo stato civile.

13. L'articolo 72 del Pensions Act prevede una serie di eccezioni al divieto di discriminazione nei regimi pensionistici professionali e recita, per estratto, come segue:

«1. Non viola il principio della parità di trattamento pensionistico per motivi di età un regime che

(...)

c) fissi l'età o l'anzianità di servizio, o una combinazione di entrambe, quale condizione o criterio per il riconoscimento del diritto a prestazioni nell'ambito del regime (...) purché ciò non dia luogo a una violazione del principio della parità di trattamento pensionistico fondata sul genere.

(...)

3. Non viola il principio della parità di trattamento pensionistico per motivi di situazione matrimoniale o orientamento sessuale l'erogazione di prestazioni previdenziali più favorevoli al vedovo o alla vedova di un affiliato deceduto, purché ciò non dia luogo a una violazione di detto principio fondata sul genere.

(...)».

14. Occorre inoltre ricordare il Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010 (7). Con tale legge è stata prevista, per la prima volta in Irlanda, la possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre, a partire dal 2011, un'unione civile registrata. Un'ordinanza ministeriale emanata, con riferimento a detta legge, nel 2010 (8) permetteva inoltre, a far data dal 1° gennaio 2011, di far riconoscere in Irlanda le unioni civili registrate all'estero con effetti tuttavia solo pro futuro.

15. Infine, con la riforma costituzionale decisa per referendum il 22 maggio 2015, alle coppie omosessuali è stato permesso di contrarre matrimonio in Irlanda. Dal 16 novembre 2015, a seguito dell'entrata in vigore dei necessari adeguamenti normativi, è possibile avvalersi di detta possibilità.

III – Fatti e procedimento principale

16. Dinanzi al Labour Court irlandese (9), il giudice del rinvio, pende una controversia azionata dal sig. Parris con cui il ricorrente cerca di ottenere il riconoscimento di una pensione professionale di reversibilità per il suo partner dello stesso sesso, nell'eventualità che questi dovesse sopravvivergli. Il ricorso del sig. Parris è diretto, da un lato, contro il Trinity College Dublin, il suo ex datore di lavoro, e dall'altro, contro l'Higher Education Authority, il Department of Public Expenditure and Reform e il Department of Education and Skills (questi ultimi tre enti sono indicati, nel prosieguo, come: le «autorità convenute»).

A – Sulla persona del sig. Parris e sul suo stato di famiglia

17. Il sig. Parris è nato il 21 aprile 1946 ed ha la cittadinanza irlandese e britannica. Da oltre trent'anni vive con il suo partner, del suo stesso sesso, a cui è legato da una relazione stabile. Il giudice del rinvio è del parere che il sig. Parris e il suo partner registrato si sarebbero sposati o avrebbero contratto un'unione civile registrata già da molti anni se ciò fosse stato loro giuridicamente possibile.

18. Dato che nel Regno Unito, a partire dal dicembre 2005, è possibile contrarre un'unione civile registrata (10), il 21 aprile 2009, data del 63° compleanno del sig. Parris, quest'ultimo e il suo partner contraevano una siffatta unione in tale paese. All'epoca però non era ancora possibile ottenere il riconoscimento della suddetta unione in Irlanda. Tale riconoscimento è stato invece concesso al sig. Parris solo a decorrere dal 12 gennaio 2011 ed esclusivamente pro futuro, come previsto nell'ordinanza ministeriale del 2010.

19. Quattro anni dopo tale riconoscimento, il 12 gennaio 2015, il sig. Parris e il suo partner registrato hanno inoltre contratto matrimonio nel Regno Unito.

B – Sull'appartenenza del sig. Parris al regime pensionistico professionale del Trinity College

20. Dal 1972 al 2010 il sig. Parris era impiegato presso il Trinity College come docente («Lecturer»). In quanto tale, egli era stato anche ammesso come affiliato, senza obbligo di contribuzione, al regime pensionistico del Trinity College.

21. Il sig. Parris percepisce dal suddetto regime pensionistico, a far data dal suo prepensionamento, in data 31 dicembre 2010, una pensione professionale di vecchiaia. Oltre un anno prima, il 3 dicembre 2009, il fondo pensioni del regime di previdenza era stato trasferito, in ragione di una grave situazione finanziaria (11), a un'autorità statale, la National Treasury Management Agency. Da allora, le prestazioni del regime previdenziale sono erogate con mezzi statali.

22. In base alla condizione n. 5 (la «regola n. 5») delle condizioni di assicurazione del regime previdenziale, al coniuge o al partner in unione registrata di un affiliato è riconosciuta una pensione vitalizia pari a due terzi dell'importo dovuto all'affiliato prima del suo decesso, qualora l'affiliato deceda prima del suo coniuge o partner. Tuttavia, un siffatto diritto sussiste soltanto se l'affiliato ha contratto matrimonio o un'unione civile registrata prima di compiere sessant'anni, o prima del suo pensionamento se esso avviene anteriormente a tale data. Qualora il matrimonio o l'unione civile siano stati contratti in un momento successivo, il coniuge o il partner di un'unione civile registrata superstiti hanno diritto soltanto a una pensione di reversibilità ridotta per un periodo di cinque anni e, inoltre, solo a condizione che il decesso avvenga entro cinque anni dalla data di pensionamento dell'affiliato.

C – Sulla domanda di pensione di reversibilità presentata dal sig. Parris per il suo partner registrato

23. Il 17 settembre 2010 il sig. Parris presentava al Trinity College una richiesta formale per ottenere il riconoscimento del diritto del suo partner registrato a percepire la pensione di reversibilità.

24. La suddetta domanda veniva respinta sulla base della regola n. 5 del regime pensionistico in quanto il sig. Parris non aveva contratto l'unione civile registrata prima di compiere sessant'anni. La Higher Education

Authority confermava la decisione del Trinity College.

25. Il sig. Parris impugnava i provvedimenti di rigetto dinanzi all'Equality Tribunal, un'autorità per la parità di trattamento, eccependo che egli sarebbe stato discriminato, direttamente o indirettamente, in ragione della sua età e del suo orientamento sessuale in violazione del Pensions Act 1990 nella sua versione modificata. Posto che anche tale reclamo aveva esito negativo, il sig. Parris proponeva il ricorso pendente dinanzi al Labour Court.

IV – Domanda di pronuncia pregiudiziale e procedimento dinanzi alla Corte

26. Con ordinanza dell'11 agosto 2015, pervenuta in cancelleria il 13 agosto 2015, il Labour Court ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali ai sensi dell'articolo 267 TFUE:

1) Se costituisca una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in contrasto con l'articolo 2 della direttiva 2000/78/CE, l'applicazione, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, di una norma che limita l'erogazione di una prestazione di reversibilità al partner registrato superstite di un affiliato, successivamente al decesso di quest'ultimo, subordinandola alla condizione che l'affiliato e il suo partner registrato superstite abbiano contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni di età dell'affiliato, qualora, anteriormente a tale data, l'affiliato e il suo partner registrato non fossero autorizzati dalla normativa nazionale a contrarre un'unione civile, pur essendo già stabilmente conviventi.

2) In caso di risposta negativa alla precedente questione:

Se costituisca una discriminazione fondata sull'età, in contrasto con il combinato disposto dell'articolo 2 e dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE, il fatto che un fornitore di prestazioni nell'ambito di un regime previdenziale professionale limiti il diritto alla pensione di reversibilità del partner registrato superstite di un affiliato, successivamente al decesso di quest'ultimo, subordinandolo alla condizione che l'affiliato e il suo partner registrato abbiano contratto l'unione civile prima del compimento dei 60 anni di età dell'affiliato qualora

a) la clausola relativa all'età in cui un affiliato deve aver contratto un'unione civile non sia un criterio utilizzato nei calcoli attuariali, e

b) anteriormente a tale data, l'affiliato e il suo partner registrato non fossero autorizzati dalla normativa nazionale a contrarre un'unione civile, pur essendo già stabilmente conviventi.

3) In caso di risposta negativa alla seconda questione:

Se costituiscano una discriminazione contraria al combinato disposto dell'articolo 2 e dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE le limitazioni dei diritti, nell'ambito di un regime previdenziale professionale, descritte nella prima o nella seconda questione nell'ipotesi in cui dette limitazioni risultino dall'effetto combinato dell'età e dell'orientamento sessuale di un affiliato.

27. Nel procedimento dinanzi alla Corte hanno presentato osservazioni scritte il sig. Parris, il Trinity College e le autorità convenute oltre al governo del Regno Unito e alla Commissione europea. Ad eccezione del governo del Regno Unito, le medesime parti erano anche presenti all'udienza del 28 aprile 2016.

V – Analisi

28. Non è la prima volta che la Corte è chiamata a stabilire se i partner registrati superstiti dei lavoratori, aventi lo stesso sesso, abbiano diritto a una pensione di reversibilità da regimi di previdenza professionali (12). Diversamente da quanto accaduto nei procedimenti precedenti, nel caso di specie non si tratta però più di chiarire se un tale partner registrato debba essere equiparato in proposito alle vedove e ai vedovi di un classico matrimonio. Nella controversia principale è riconosciuto, infatti, che tutti i coniugi o partner registrati superstiti dei lavoratori – a prescindere che si tratti di coppie dello stesso sesso o di sesso diverso – possono beneficiare della pensione professionale di reversibilità. Nel caso di specie è controversa soltanto una clausola delle condizioni di assicurazione in base alla quale il lavoratore di cui trattasi deve aver contratto il matrimonio o l'unione civile registrata prima di aver compiuto 60 anni (in prosieguo anche: il limite di età di sessant'anni o il limite di età controverso).

29. Con la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice del rinvio intende sapere se il suddetto limite di età integri una discriminazione, vietata dal diritto dell'Unione, ai sensi della direttiva 2000/78, ove si consideri che i coniugi dello stesso sesso in Irlanda, sino a pochi anni fa, non avevano accesso né all'istituto del matrimonio, né a quello dell'unione civile registrata. Più precisamente, per i lavoratori omosessuali come il sig. Parris, nati anteriormente al 1° gennaio 1951, era giuridicamente impossibile soddisfare in Irlanda il requisito della contrazione del matrimonio o di un'unione registrata prima del compimento del loro 60° compleanno. È sì vero che il sig. Parris avrebbe potuto contrarre un'unione civile registrata all'estero – in particolare, nel Regno Unito – già prima di compiere i 60 anni, ma tale unione – come sottolinea il giudice del rinvio – non sarebbe stata comunque riconosciuta in Irlanda prima del raggiungimento del limite di età dei 60 anni.

30. La problematica della discriminazione è presentata qui alla Corte, sotto tre diversi profili che costituiscono, di volta in volta, oggetto di una specifica questione pregiudiziale: in primis, dal punto di vista dell'orientamento sessuale del lavoratore interessato (v. *infra*, sezione B); in secondo luogo rispetto alla sua età (v. *infra*, sezione C) e, in terzo luogo, alla luce dell'interazione tra orientamento sessuale ed età (v. *infra*, sezione D).

A – *Ambito di applicazione della direttiva 2000/78 (questione preliminare)*

31. Prima di analizzare nel merito le tre questioni pregiudiziali, si rendono necessarie alcune brevi osservazioni preliminari sull'ambito di applicazione della direttiva 2000/78.

1. Ambito di applicazione *ratione materiae*

32. In base al suo articolo 3, paragrafo 1, lettera c), la direttiva 2000/78 si applica «[n]ei limiti dei poteri conferiti alla Comunità (...) a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene (...) all'occupazione e alle condizioni di lavoro, comprese le condizioni di licenziamento e la retribuzione».

33. Nella nozione di retribuzione prevista dal diritto dell'Unione, come impiegata nell'articolo 157 TFUE e nelle direttive antidiscriminazione (13), rientrano, in base a una giurisprudenza consolidata, anche le pensioni professionali in quanto esse rappresentano una forma di retribuzione differita (14). Specificamente con riferimento all'articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78, la Corte ha inoltre già stabilito che le pensioni di reversibilità erogate da regimi pensionistici professionali ricadono nella nozione di retribuzione (15). Anche il Trinity College e la Commissione hanno riconosciuto in udienza che la pensione di reversibilità controversa costituisce una retribuzione.

34. È vero che, in base all'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2000/78, sono escluse dal suo campo di applicazione i pagamenti effettuati da regimi *statali* di sicurezza sociale (16). La pensione di reversibilità di cui si discute nel procedimento principale è tuttavia parte del regime pensionistico *professionale* del Trinity College, cui il sig. Parris è affiliato in forza del suo contratto di lavoro.

35. Ad una classificazione come regime previdenziale professionale non osta, in particolare, il fatto che il fondo pensioni del Trinity College è stato nel frattempo trasferito in capo a un'autorità nazionale e che, da allora, le prestazioni sono finanziate dallo Stato. La Corte infatti ha già osservato in più occasioni che, ai fini della questione se le prestazioni di un regime pensionistico rientrino nella nozione di retribuzione, non assumono rilievo determinante le sue modalità di finanziamento e gestione (17). Decisiva è soltanto la circostanza che la pensione di reversibilità sia versata in ragione di un precedente rapporto di lavoro, se essa interessi soltanto una categoria particolare di lavoratori, se sia direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati e se il suo importo sia calcolato in base all'ultima retribuzione (18). In base alle informazioni contenute nell'ordinanza di rinvio, tali condizioni sono tutte soddisfatte nel caso di specie.

36. Una pensione di reversibilità come quella di cui, nel caso di specie, il sig. Parris chiede il riconoscimento a favore del suo partner registrato ricade pertanto nel campo di applicazione *ratione materiae* della direttiva 2000/78.

2. Ambito di applicazione *ratione temporis*

37. La direttiva 2000/78 è entrata in vigore il 2 dicembre 2000 (articolo 20 della direttiva). Gli Stati membri dovevano procedere alla sua attuazione nel diritto nazionale entro il 2 dicembre 2003 (articolo 18, primo comma, della direttiva).

38. La domanda proposta dal sig. Parris e diretta a ottenere il riconoscimento del diritto del suo partner registrato alla pensione di reversibilità reca la data del 17 settembre 2010: essa è stata pertanto presentata oltre sei anni dopo la scadenza del termine di attuazione della direttiva 2000/78. La suddetta domanda ricade quindi nell'ambito di applicazione della direttiva, così come una pensione di reversibilità che dovesse in futuro essere erogata a favore del partner registrato del sig. Parris.

39. Il Regno Unito eccepisce che i diritti pensionistici maturati dal sig. Parris si fondavano quasi integralmente su periodi di servizio anteriori all'entrata in vigore della direttiva 2000/78 e non potevano quindi essere soggetti al principio di parità di trattamento di detta direttiva.

40. L'obiezione in parola non è però pertinente. In base a una giurisprudenza costante, infatti, una nuova norma giuridica si applica a partire dall'entrata in vigore dell'atto recante la medesima e, sebbene non si applichi alle situazioni giuridiche sorte e definitivamente acquisite in vigenza della vecchia legge, si applica agli effetti futuri delle medesime, nonché alle situazioni giuridiche nuove, a meno che, fatto salvo il principio di irretroattività degli atti giuridici, la nuova norma sia accompagnata da disposizioni particolari che determinano specificamente le proprie condizioni di applicazione nel tempo (19).

41. I principi succitati valgono anche per l'applicazione *ratione temporis* della direttiva 2000/78. Una restrizione del campo di applicazione temporale della direttiva in deroga ai succitati principi generali avrebbe necessitato di un'espressa disposizione in tal senso dal parte del legislatore dell'Unione. Non esiste però una siffatta disciplina speciale.

42. Pertanto la Corte ha già stabilito, correttamente, che la direttiva 2000/78 si applica a casi di pensioni professionali e pensioni di reversibilità, in cui i diritti acquisiti sottostanti – analogamente a quanto accade nel caso di specie – erano insorti ben prima dell'entrata in vigore della direttiva ed eventuali pagamenti di contributi o periodi di riferimento risalivano anch'essi al periodo anteriore all'entrata in vigore della direttiva (20). La Corte – diversamente ad esempio da quanto accaduto nella causa Barber (21) vertente sull'articolo 119 del Trattato CEE (oggi articolo 157 TFUE) – non ha espressamente previsto una restrizione temporale degli effetti della sua giurisprudenza in materia di pensioni professionali ai sensi della direttiva 2000/78 (22). Aggiungo che non vi era neppure più motivo per una siffatta restrizione temporale posto che, a partire dalla sentenza Barber, per tutti gli interessati era sufficientemente chiaro che le pensioni professionali ricadono nella nozione di retribuzione ai sensi del diritto dell'Unione e che eventuali divieti di discriminazione trovano applicazione ad esse.

43. La Corte ha sì chiarito che il divieto di discriminazione sancito nella direttiva 2000/78 non può fondare alcun diritto *a pagamenti* per periodi *passati* anteriori alla scadenza del suo termine di trasposizione (23). Ciò non rileva tuttavia ai fini del riconoscimento del diritto a una *futura* pensione di reversibilità, controverso nel caso di specie, in quanto esso riguarda soltanto pagamenti del regime previdenziale da erogare in futuro anche se nel suo calcolo ricadono periodi di lavoro o pagamenti di contributi precedenti (24).

44. I fatti oggetto della controversia principale ricadono pertanto nell'ambito di applicazione *ratione temporis* della direttiva 2000/78.

B – *Discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (prima questione pregiudiziale)*

45. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio vuole essenzialmente che si chiarisca se integri una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vietata ai sensi della direttiva 2000/78, il fatto di subordinare, in un regime previdenziale professionale, il diritto a pensione di reversibilità per il partner registrato dello stesso sesso alla condizione che l'unione civile registrata sia stata contratta prima del compimento del 60° anno di età da parte del lavoratore assicurato nel regime, se, allo stesso tempo, agli interessati era giuridicamente precluso di contrarre siffatta unione civile registrata o di unirsi in matrimonio prima del raggiungimento del suddetto limite di età.

46. La *discriminazione* è una disparità di trattamento ingiustificata (25). È vero che nella formulazione della direttiva 2000/78 manca quasi del tutto una netta distinzione tra le nozioni di «disparità di trattamento» e «discriminazione»; tuttavia anche il legislatore dell'Unione parte evidentemente dal presupposto che sia «essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate (...) e le discriminazioni che devono essere vietate» (26).

1. Sulla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta

47. Come si evince dall'articolo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, la direttiva 2000/78 combatte, nell'ambito dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, la discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale sia diretta sia indiretta.

48. La distinzione fra discriminazione diretta e indiretta è importante sotto il profilo giuridico soprattutto in quanto le possibilità di giustificazione possono divergere a seconda che la disparità di trattamento su cui la discriminazione si fonda sia collegata all'orientamento sessuale direttamente o indirettamente. In particolare, i possibili obiettivi che possono essere presi in considerazione per giustificare una disparità di trattamento diretta fondata sull'orientamento sessuale sono meno diversificati rispetto a quelli che possono giustificare una discriminazione indiretta (27).

a) Sulla discriminazione diretta in ragione dell'orientamento sessuale

49. Sussiste *discriminazione diretta* ai sensi della direttiva 2000/78 quando, sulla base dell'orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga [articolo 2, paragrafo 2, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 1]; la disparità di trattamento su cui essa si fonda è dunque direttamente collegata all'orientamento sessuale.

50. Così non è nel caso di specie, contrariamente a quanto ritiene il sig. Parris. Una condizione di assicurazione come quella controversa nel procedimento principale non fa riferimento direttamente all'orientamento sessuale del lavoratore. Essa è invece formulata in termini neutrali e riguarda peraltro allo stesso modo i lavoratori omosessuali e quelli eterosessuali, posto che essa parimenti esclude i partner di questi ultimi dal beneficio della pensione di reversibilità se il matrimonio o l'unione civile registrata non sono stati contratti prima del compimento del 60 anno di età del lavoratore.

51. Nella sua giurisprudenza elaborata fino ad oggi in relazione a diversi divieti di discriminazione previsti dal diritto dell'Unione, la Corte ha di certo interpretato, di regola, in maniera ampia la nozione di discriminazione diretta, ritenendo sussistente quest'ultima ogniqualvolta una misura era indissolubilmente connessa al motivo di disparità di trattamento interessato (28).

52. Tuttavia, nel presente caso non si può neppure parlare di una siffatta connessione indissolubile con l'orientamento sessuale: il mero fatto che un lavoratore, prima del compimento dei 60 anni, non abbia contratto matrimonio o un'unione civile registrata – per ostacoli giuridici o per una sua libera decisione –, non è in alcun modo collegato direttamente al suo orientamento sessuale. Molti possono essere i motivi per non sposarsi o per legarsi solo in età avanzata. Se, ad esempio, compiuti i 60 anni il sig. Parris avesse sposato una donna, quest'ultima - in base alle condizioni di assicurazione - sarebbe stata esclusa dal beneficio della pensione di reversibilità allo stesso modo del suo attuale partner registrato.

53. La causa in esame si differenzia pertanto, ad esempio, dai casi ad oggi noti in materia di gravidanza che, in base alla giurisprudenza, sono così indissolubilmente legati al sesso delle lavoratrici che ogni riferimento a una gravidanza può, per sua natura, riguardare soltanto le donne e può dare così origine a una discriminazione diretta (29).

b) Sulla discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale

54. Resta tuttavia da verificare se una condizione di assicurazione come quella qui controversa possa portare a una *discriminazione indiretta* in ragione dell'orientamento sessuale. Si deve assumere una siffatta discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio o una procedura apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio persone di un determinato orientamento sessuale rispetto ad altre persone [articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78].

55. Indubbiamente, il criterio della contrazione di matrimonio o di un'unione registrata prima del compimento del 60° anno di età del lavoratore costituisce un criterio apparentemente neutro, privo di un collegamento diretto con l'orientamento sessuale del lavoratore, come sopra indicato.

56. Da un esame superficiale, sembrerebbe inoltre che il criterio di cui trattasi incida allo stesso modo su tutti i lavoratori: chi, prima del compimento dei 60 anni, contrae matrimonio o un'unione civile registrata, può garantire in caso di morte al suo partner superstite una pensione di reversibilità dal regime previdenziale professionale, mentre questa possibilità è preclusa a chi ha contratto un vincolo siffatto in età più avanzata.

57. Da un'analisi più approfondita emerge tuttavia che il suddetto limite di età di sessant'anni tocca una molteplicità di lavoratori omosessuali in Irlanda in misura maggiore e più incisiva rispetto ai colleghi eterosessuali.

58. Infatti, mentre per gli eterosessuali il fatto di aver contratto o meno matrimonio prima o dopo il compimento dei 60 anni era ed è soltanto una questione di pianificazione personale della vita e una loro libera scelta, per lungo tempo, in Irlanda, gli omosessuali non hanno potuto scegliere di contrarre, con il rispettivo partner, un legame riconosciuto dallo Stato. In concreto, in Irlanda a tutti gli omosessuali nati prima del 1951 era precluso, in termini generali, di contrarre un vincolo siffatto tempestivamente prima del loro 60° compleanno, posto che in detto Stato membro l'istituto dell'unione civile registrata trova applicazione soltanto dal 2011 e, prima di tale data, per le coppie dello stesso sesso era solo possibile, tutt'al più, convivere «in concubinato». Il suddetto gruppo di persone non poteva pertanto, per motivi giuridici, assicurare al proprio partner registrato una pensione di reversibilità da un regime previdenziale professionale e garantirgli in tal modo una forma di sicurezza sociale che per i colleghi eterosessuali e i loro coniugi era scontata.

59. Il collegamento di una pensione di reversibilità, come quella qui controversa, alla contrazione di matrimonio o di unione civile registrata prima del compimento dei 60 anni da parte del lavoratore, spiega così in Irlanda effetti particolarmente gravi a carico dei lavoratori omosessuali nati prima del 1951.

60. Tale risultato è sufficiente per ravvisare una discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale, che – fatta salva una giustificazione – è vietata a norma dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

61. Il riconoscimento di una discriminazione indiretta non presuppone infatti che tutti i lavoratori omosessuali patiscano uno svantaggio e neppure dipende dal fatto che i lavoratori eterosessuali non siano mai svantaggiati (30). In base alla definizione di discriminazione indiretta di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, è sufficiente anzi che le disposizioni, i criteri o le prassi controversi «poss[ano] mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone (...) di una particolare tendenza sessuale» (qui: i lavoratori omosessuali) «rispetto ad altre persone» (qui: i lavoratori eterosessuali).

62. Ciò è quanto si è verificato nel caso di specie. Infatti, anche se ci possono essere taluni, pochi, lavoratori eterosessuali che non soddisfano a loro volta il limite di età di sessant'anni e possono esservi, di contro, anche alcuni lavoratori omosessuali cui, in base al contesto normativo vigente dal 2010/2011, è concesso di contrarre matrimonio o un'unione civile registrata prima del compimento dei sessant'anni, una normativa come quella qui controversa colpisce in maniera particolarmente forte il gruppo dei lavoratori omosessuali, in quanto a una buona parte di loro è stato precluso, senza loro colpa, di ottenere, prima del loro 60° compleanno, il riconoscimento statale della loro unione e di soddisfare così la condizione essenziale del diritto a una pensione di reversibilità in base al regime previdenziale professionale.

63. Se si volessero prevedere qui requisiti più rigorosi per il riconoscimento di una discriminazione indiretta, ciò non solo contrasterebbe con il tenore letterale dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 («possono mettere in una posizione di particolare svantaggio») e con il principio dell'interpretazione estensiva delle direttive antidiscriminazione (31), ma sarebbe anche difficilmente conciliabile con la pluriennale giurisprudenza della Corte in materia di discriminazione – non da ultimo sulla discriminazione in ragione della cittadinanza (32) o del sesso (33).

64. Alla luce di quanto precede, una disciplina come quella controversa ricade quindi nella categoria della discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

2. Verifica della causa di giustificazione

65. Ove si classifichi, come da me proposto, una disciplina come quella qui controversa come discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale, resta da esaminare se la disparità di trattamento alla sua base sia giustificata ai sensi della direttiva 2000/78 oppure se, in assenza di una siffatta giustificazione, si sia in presenza di una discriminazione vietata.

66. Una disparità indiretta di trattamento in ragione dell'orientamento sessuale può essere oggettivamente giustificata da qualsiasi finalità legittima, purché la misura controversa – nel caso di specie il diniego di una pensione di reversibilità nei casi di matrimonio o contrazione di un'unione registrata *dopo* il compimento dei 60 anni da parte *del lavoratore* – sia appropriata e necessaria al conseguimento di tale finalità [articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i), della direttiva 2000/78].

a) Finalità legittima

67. Le condizioni di assicurazione del regime previdenziale professionale non forniscono, apparentemente, alcuna indicazione in merito alle finalità perseguite con la disciplina controversa. A prima vista, non è dato comprendere perché il partner superstite del lavoratore che abbia contratto matrimonio o un'unione civile registrata solo dopo il compimento dei suoi 60 anni non debba aver diritto a una pensione di reversibilità.

68. Tuttavia ciò non significa di per sé che una disposizione siffatta non possa essere, in nessun caso, giustificata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i), della direttiva 2000/78. In una siffatta situazione è però importante che altri elementi, attinenti al contesto generale della disposizione interessata, consentano l'identificazione dell'obiettivo cui tende quest'ultima ai fini dell'esercizio del controllo giurisdizionale quanto alla sua legittimità e al carattere adeguato e necessario dei mezzi adottati per realizzare detto obiettivo (34).

69. Il solo fatto che il limite di età di sessant'anni fosse «usuale» ai tempi della costituzione del regime previdenziale professionale, nei primi anni '70, non è comunque una base sufficiente per ritenere che sia perseguita una finalità legittima (35).

70. È possibile che, in taluni casi, siffatto limite di età per la contrazione di un matrimonio o di un'unione civile registrata sia diretto a garantire che beneficino di una pensione di reversibilità solo quei coniugi o partner registrati superstiti che si sono «guadagnati» tale assicurazione in quanto sono stati, nella sfera privata, al fianco del lavoratore durante la sua vita professionale attiva e hanno probabilmente rinunciato, a tal fine, a una propria rilevante attività professionale. Tradizionalmente, era la moglie a concentrarsi di frequente sulla gestione della casa e sull'educazione dei figli, nel contesto di un «matrimonio con moglie casalinga» in linea con l'immagine tradizionale del suo ruolo. Nell'ambito di una siffatta impostazione del regime previdenziale, non sarebbe preso in considerazione un coniuge o un partner registrato superstite che il lavoratore abbia accolto al suo fianco solo in età avanzata, verso la fine della sua attività professionale.

71. Così non è però nel nostro caso. Partendo dalle osservazioni del Trinity College, il giudice del rinvio ci riferisce invece, esplicitamente, che con il limite di età di sessant'anni si intendeva evitare una «selezione avversa per motivi di salute a danno del fondo del regime o degli altri affiliati». Come osservato, a integrazione, dal Trinity College nel procedimento dinanzi alla Corte, a monte vi sarebbe la considerazione che la salute degli affiliati del regime previdenziale peggiora con l'età ed essi potrebbero essere tentati di garantire al loro rispettivo partner convivente, mediante un matrimonio di interesse, i vantaggi derivanti dal regime previdenziale.

72. Estremizzando un po', il limite di età di sessant'anni mira quindi, nel caso di specie, a evitare che i lavoratori affiliati al regime previdenziale professionale contraggano praticamente «sul letto di morte» un matrimonio – o, dal 2011, un'unione civile registrata – al solo fine di garantire a una persona a loro vicina e a spese del datore di lavoro o dell'insieme degli assicurati, il beneficio di una pensione di reversibilità (36).

73. Fatto salvo l'esame del giudice del rinvio, la disciplina controversa è diretta quindi, semplificando, a evitare un comportamento abusivo a danno della stabilità finanziaria del regime previdenziale. Nel prosieguo, dedicherò il mio esame di proporzionalità a *tale* obiettivo, che può certamente essere considerato una finalità legittima (37).

b) Esame di proporzionalità

74. Resta da esaminare se la disciplina controversa diretta a evitare abusi fosse «appropriata e necessaria». Con entrambi i suddetti aggettivi di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i), della direttiva 2000/78, si richiama, in definitiva, null'altro che il principio di proporzionalità.

75. Il principio di proporzionalità rientra, in base a una giurisprudenza consolidata, tra i principi generali fondamentali del diritto dell'Unione. Esso esige che le misure per la realizzazione dei legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa in questione siano adeguate e non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi (38). Qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva; inoltre, gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (39).

i) Idoneità

76. In primis occorre analizzare se una disciplina come quella qui controversa sia *appropriata* (40), per realizzare la finalità legittima, ossia la prevenzione di abusi.

77. Indubbiamente, una siffatta disciplina comporta una restrizione delle prestazioni del regime previdenziale professionale e una limitazione delle possibilità di abusi.

78. Occorre tuttavia ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, una normativa può essere considerata appropriata a garantire la realizzazione dell'obiettivo dedotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico (41).

79. Nel caso di specie, dubbi al riguardo possono sorgere, se si considera che singoli lavoratori potrebbero trovarsi, già prima del compimento dei 60 anni, in uno stato di salute tanto grave da essere tentati di contrarre, abusivamente, matrimoni di mero interesse al fine di garantire una sicurezza sociale al rispettivo partner. Di contro, alla luce dell'aumentata aspettativa di vita della popolazione in termini generali e della tendenza a innalzare l'età pensionabile (42), ci si potrebbe chiedere se un rischio generalizzato di abuso sussista già con il compimento dei 60 anni o se un tale pericolo si presenti oggi, eventualmente, solo al compimento dei 65 o dei 70 anni.

80. A tale riguardo, occorre tuttavia osservare, da un lato, che l'idoneità di una misura deve essere sempre valutata alla luce della finalità perseguita. Se una misura è diretta, come nel caso di specie, a escludere un potenziale ricorso abusivo alle prestazioni previdenziali, allora difficilmente l'idoneità della misura in parola può essere fatta dipendere dal fatto che non si verificano più casi di abuso (43).

81. Dall'altro, al datore di lavoro, che introduce volontariamente un regime previdenziale professionale e che è, in linea di principio, legittimato a subordinare la pensione di reversibilità a requisiti aggiuntivi, occorre riconoscere un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle misure per il raggiungimento dei suoi obiettivi. L'esame di idoneità di condizioni di assicurazione come quelle qui controverse dovrebbe quindi limitarsi ad accertare che la disciplina ivi contenuta non sia *manifestamente inadeguata* o *irragionevole* ai fini del raggiungimento dell'obiettivo legittimo perseguito dal datore di lavoro (44).

82. Una disciplina come quella qui in esame non è di certo manifestamente inadeguata a prevenire gli abusi.

ii) Necessità

83. Occorre in secondo luogo chiedersi se una disciplina come quella qui controversa fosse *necessaria* per realizzare la finalità perseguita. Una misura è necessaria se la finalità legittima perseguita non avrebbe potuto essere realizzata mediante uno strumento ugualmente idoneo, ma meno gravoso (45). Occorre quindi verificare se ci fossero mezzi meno incisivi per evitare un ricorso abusivo alle pensioni di reversibilità.

84. Meno invasivo per gli interessati sarebbe, di certo, se il regime previdenziale professionale non prevedesse un limite di età forfettario per la contrazione di un matrimonio o di un'unione civile registrata, ma permettesse di provare, in ogni singolo caso, che non si tratta di un mero matrimonio o unione di interesse e che non vi è quindi in rischio di un ricorso abusivo alla pensione di reversibilità. In

considerazione dell'enorme dispendio di attività amministrativa che un tale approccio comporterebbe, si può però dubitare che esso sia adeguato al raggiungimento della finalità perseguita quanto il limite di età controverso.

85. Al fine di configurare in modo prevedibile e praticabile le condizioni per beneficiare della pensione di reversibilità nell'ambito di un regime previdenziale professionale, deve essere permesso al datore di lavoro di procedere a una tipizzazione secondo criteri generali e di distinguere, a tal fine, categorie di casi(46). Ciò vale tanto più quando il datore di lavoro beneficia, come già osservato, di un ampio margine di discrezionalità nella configurazione del suo regime previdenziale professionale volontario. Non vi è quindi, in linea di principio, motivo di contestare il fatto che le condizioni di assicurazione del regime previdenziale professionale si orientano su dati empirici che fanno apparire verosimile la realizzazione dell'obiettivo perseguito, perlomeno nella maggioranza dei casi.

86. Anche ammettendo che il datore di lavoro possa adottare un siffatto approccio, procedendo a una tipizzazione secondo criteri generali, un rigido limite di età di sessant'anni risulta essere una misura estremamente invasiva. A mio avviso, si potrebbe prendere in considerazione, come strumento meno gravoso ma parimenti idoneo, *un periodo minimo di attesa* tra la contrazione del matrimonio o dell'unione registrata e il perfezionamento del diritto alla pensione di reversibilità.

87. L'obiettivo di evitare che si benefici abusivamente di prestazioni del regime previdenziale potrebbe così essere parimenti raggiunto, o addirittura meglio raggiunto, se, in luogo di un rigoroso limite di età, si stabilisse che il coniuge superstite ha diritto a percepire la pensione di reversibilità solo se tra il momento in cui egli ha contratto matrimonio o un'unione civile registrata con il lavoratore e la data del decesso di quest'ultimo è decorso un periodo minimo di alcuni anni, ad esempio, un periodo di almeno cinque anni. Un siffatto approccio non sarebbe peraltro soltanto semplice e amministrativamente agevole da gestire, ma sarebbe anche conforme al sistema, posto che le condizioni di assicurazione prendono già altrove in considerazione il lasso temporale tra due eventi (47).

88. In tale contesto ritengo che il limite di età controverso di sessant'anni costituisca – anche tenendo conto dell'ampio margine di discrezionalità e delle necessità pratiche della gestione del regime previdenziale – una misura che eccede quanto necessario per il raggiungimento della finalità legittima perseguita dal datore di lavoro.

iii) Pregiudizio eccessivo subito dal lavoratore

89. Anche ove si dovesse ritenere che il limite di età controverso è idoneo e necessario al raggiungimento della finalità con esso perseguita, resta, in terzo luogo, ancora da esaminare la sua proporzionalità in senso stretto.

90. In forza del principio in parola, i provvedimenti adottati, pur se idonei e necessari al conseguimento di obiettivi legittimi, non devono tuttavia causare inconvenienti sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. In altre parole, occorre garantire che una disciplina come quella qui controversa non risulti pregiudizievole oltremisura dei legittimi interessi dei lavoratori (48). In definitiva, si tratta di trovare un giusto equilibrio tra i contrastanti interessi dei lavoratori, come il sig. Parris, e quelli del regime previdenziale professionale.

91. In un caso come quello in esame occorre cercare un giusto equilibrio tra l'interesse legittimo del datore di lavoro a evitare abusi nel ricorso al regime previdenziale professionale e gli interessi, anch'essi legittimi, dei lavoratori a garantire al proprio partner, in caso di sua sopravvivenza, una pensione di reversibilità adeguata.

92. Se si esaminano in primis le conseguenze puramente finanziarie della richiesta del sig. Parris di ottenere una pensione di reversibilità per il suo partner registrato, occorre di certo considerare che ogni prestazione aggiuntiva erogata comporta una pressione ulteriore sul regime previdenziale professionale, che si trova peraltro già in una situazione di forte difficoltà finanziaria. Anche le risorse finanziarie dello Stato irlandese, che dalla fine del 2009 risponde delle obbligazioni del regime previdenziale, sono indubbiamente sottoposte a forte pressione a seguito della crisi economica e finanziaria mondiale scoppiata nel 2008.

93. Occorre però anche considerare che, in base alle informazioni qui disponibili, il regime previdenziale professionale era inteso, sin dall'inizio, a conferire, a ciascun lavoratore ad esso affiliato, in linea di

principio, un diritto alla pensione di reversibilità in favore del coniuge superstite – od ora anche in favore del partner registrato superstite – senza che dovessero essere versati, a tal fine, contributi assicurativi aggiuntivi.

94. Se un lavoratore come il sig. Parris richiede oggi il riconoscimento del diritto del suo partner registrato a ottenere una pensione di reversibilità professionale, non gli si può opporre che, in passato, non sono stati versati per il partner i necessari contributi nel regime previdenziale professionale. Infatti, anche se il sig. Parris avesse contratto matrimonio o un'unione civile registrata ben prima del compimento dei 60 anni, non sarebbero stati versati contributi maggiori e il regime previdenziale non avrebbe dunque disposto di risorse finanziarie maggiori per il pagamento di eventuali pensioni di reversibilità rispetto a quanto accade ora (49).

95. In termini generali, vale inoltre il fatto che considerazioni di carattere puramente finanziario non possono essere un pretesto per operare delle discriminazioni. L'inosservanza del divieto di discriminazione sancito dall'articolo 2 della direttiva 2000/78 non può essere giustificata quindi esclusivamente sulla base di oneri finanziari o di eventuali difficoltà amministrative (50).

96. In un caso come quello in esame, il limite di età controverso comporterebbe inoltre l'esclusione generalizzata di un intero gruppo di lavoratori dall'accesso alle prestazioni del regime previdenziale professionale (51). A tutti i lavoratori omosessuali nati prima del 1951 è infatti precluso, a priori, garantire al proprio partner superstite una protezione sociale sotto forma di pensione di reversibilità nell'ambito del regime previdenziale professionale. Il regime previdenziale impone loro una condizione, ossia la contrazione di matrimonio o di un'unione registrata prima del 60° anno di età, che per essi è impossibile soddisfare, a prescindere dalla loro volontà e dalla loro pianificazione personale della vita.

97. Una siffatta grave lesione degli interessi di un intero gruppo di lavoratori è del tutto sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito con il limite di età controverso che consiste soltanto nel prevenire il comportamento abusivo di singoli.

98. Ciò vale, in ogni modo, in casi come quello in esame in cui, in base agli accertamenti contenuti nell'ordinanza di rinvio, *non* si tratta di un matrimonio (o di un'unione civile registrata) di mero interesse. Il sig. Parris e il suo partner registrato formano, infatti, una coppia da oltre trent'anni e, secondo il giudice del rinvio, si sarebbero sposati già molti anni fa se ciò fosse stato per loro giuridicamente possibile.

99. Alla luce di quanto precede, il limite di età controverso non rappresenta un equo contemperamento degli interessi e danneggia eccessivamente gli interessi legittimi dei lavoratori. Esso non può superare un controllo di proporzionalità. Sussiste quindi una discriminazione indiretta in ragione dell'orientamento sessuale vietata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78.

c) Sull'autonomia degli Stati membri nel disciplinare lo stato di famiglia

100. Il Trinity College, le autorità convenute, il governo del Regno Unito e la Commissione eccepiscono che il riconoscimento di una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale potrebbe portare, nel caso di specie, ad attribuire di fatto efficacia retroattiva all'introduzione, da parte del legislatore irlandese, dell'istituto dell'unione civile registrata, avvenuta soltanto nel 2010 e con effetti solo a decorrere dal 2011. Un tale risultato sarebbe in contrasto con il considerando 22 della direttiva 2000/78.

101. L'eccezione in parola non è però pertinente.

102. Nel suddetto considerando 22 il legislatore dell'Unione ha soltanto chiarito che la direttiva 2000/78 lascia impregiudicate le normative nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano.

103. Un'interpretazione e applicazione della direttiva 2000/78, come da me qui proposta, non obbliga però in alcun modo lo Stato irlandese a modificare retroattivamente lo stato di famiglia di un lavoratore come il sig. Parris. Essa non comporta, in particolare, che il sig. Parris e il suo partner debbano essere considerati, già per il passato, come sposati o parte di un'unione civile registrata. La direttiva 2000/78 non obbliga nemmeno le autorità nazionali a riconoscere agli interessati prestazioni non corrispondenti al loro stato di famiglia.

104. Il sig. Parris e il suo partner vivono *oggi* come coppia riconosciuta dallo Stato irlandese, e chiedono *oggi* – e solo con effetto per il futuro – una prestazione del regime previdenziale professionale che corrisponde al loro stato di famiglia *attuale*. Essi non richiedono affatto un vantaggio cui non hanno diritto in base al loro stato di famiglia. E soprattutto non richiedono un tale vantaggio per il passato. Essi non chiedono neppure una modifica retroattiva del loro stato di famiglia, ma contestano soltanto una condizione assicurativa derivante dal passato, il limite di età di sessant'anni, che, dal punto di vista attuale, li discrimina.

105. Il caso in esame non è quindi diverso da quello oggetto delle cause Maruko e Römer (52), nell'ambito delle quali è stata analogamente richiesta l'erogazione di determinate prestazioni soltanto per il periodo *successivo* al riconoscimento, da parte dello Stato, delle unioni civili registrate tra partner dello stesso sesso, quand'anche gli elementi all'origine di dette prestazioni (versamento di contributi o periodi di servizio pertinenti) risalivano ampiamente al passato e, quindi, a *prima* dell'introduzione dell'istituto dell'unione civile registrata.

106. Nella direttiva 2000/78 non si rinviene alcun elemento indicante che le sue disposizioni apprestano una tutela soltanto con riferimento a rapporti giuridici sorti dopo la sua entrata in vigore o dopo il decorso del termine per la sua attuazione. Se si volesse riconoscere gli effetti giuridici di un principio fondamentale, come quello della parità di trattamento sancito dal diritto dell'Unione, solo rispetto ai rapporti giuridici del tutto nuovi, ci vorrebbero anni – e in un caso come quello in esame addirittura decenni – prima che tutti i cittadini dell'Unione siano tutelati.

107. Come già osservato (53), in virtù di un principio generale, una nuova norma giuridica, come il divieto di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 della direttiva 2000/78, si applica non soltanto a rapporti giuridici del tutto nuovi, ma anche agli effetti attuali e futuri di rapporti sorti nella vigenza del vecchio quadro normativo. Ciò può di certo comportare che disposizioni discriminatorie, risalenti al passato, debbano essere interpretate e applicate d'ora in avanti in senso conforme al diritto dell'Unione o che debbano restare del tutto disapplicate (54).

108. Proprio di questo si discute nel caso di specie. In tal senso anche la Corte si è già pronunciata in più occasioni quando si è trovata ad applicare le disposizioni delle direttive antidiscriminazione ad aspetti attuali o futuri di fattispecie le cui origini risalivano, talvolta, a un passato lontano e comunque a prima dell'entrata in vigore delle suddette direttive (55).

109. Poco indicativa è, dal punto di vista giuridico, anche l'eccezione secondo cui lo Stato irlandese si troverebbe, in un caso come quello in esame, in una posizione migliore, quantomeno dal punto di vista finanziario, se non avesse mai introdotto l'istituto dell'unione civile registrata e se non avesse mai reso accessibile il matrimonio alle coppie dello stesso sesso. È vero, infatti, che il diritto dell'Unione riconosce, attualmente, la competenza degli Stati membri in materia di stato di famiglia e prestazioni ad esso collegate. Gli Stati membri sono tuttavia chiamati a rispettare, nell'esercizio delle loro competenze, il diritto dell'Unione e, in particolare, il principio di parità di trattamento e il divieto di discriminazione (56). Uno Stato membro che riconosce le unioni civili registrate tra coppie dello stesso sesso e attribuisce agli interessati gli stessi diritti e gli stessi obblighi dei coniugi, non può continuare a discriminarli rispetto a questi ultimi (57).

3. Conclusione intermedia

110. Alla luce di tutto quanto precede, occorre quindi rispondere alla prima questione pregiudiziale nel senso che integra una discriminazione indiretta basata sull'orientamento sessuale vietata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, il prevedere, in un regime previdenziale professionale, che il diritto a una pensione di reversibilità per il partner registrato dello stesso sesso sia subordinato alla condizione che l'unione civile registrata sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte del lavoratore assicurato nel regime previdenziale se, allo stesso tempo, per gli interessati era giuridicamente impossibile contrarre una siffatta unione civile registrata o un matrimonio prima del raggiungimento di detto limite di età.

C – Discriminazione basata sull'età (seconda questione pregiudiziale)

111. Con la sua seconda questione pregiudiziale il giudice del rinvio desidera essenzialmente sapere se integri una discriminazione basata sull'età, vietata in base alla direttiva 2000/78, il prevedere, in un regime di

previdenza professionale, che il diritto a una pensione di reversibilità per il partner registrato dello stesso sesso sia subordinato alla condizione di aver contratto l'unione civile registrata prima del compimento dei 60 anni da parte del lavoratore affiliato al regime se, allo stesso tempo, per gli interessati era giuridicamente impossibile contrarre una siffatta unione civile registrata o un matrimonio prima del raggiungimento di detto limite di età.

112. La questione viene sollevata per la sola eventualità di una risposta negativa alla prima questione. Posto che, nell'ambito della prima questione, sussiste, a mio avviso, una discriminazione vietata in base al diritto dell'Unione, non sarebbe più strettamente necessario rispondere alla seconda questione. Per completezza, provvedo tuttavia ad esaminarla.

1. Sulla distinzione tra discriminazione diretta e indiretta

113. Come si evince dall'articolo 1, in combinato disposto con l'articolo 2, paragrafo 1, la direttiva 2000/78 combatte, nell'ambito dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, la discriminazione fondata sull'età, sia diretta che indiretta.

114. Sussiste *discriminazione diretta* basata sull'età, ai sensi della direttiva 2000/78, quando una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga [articolo 2, paragrafo 2, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 1]; la disparità di trattamento su cui essa si fonda è dunque direttamente collegata all'età. Sussiste invece solamente una *discriminazione indiretta basata sull'età* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone di una particolare età rispetto ad altre persone [articolo 2, paragrafo 2, lettera b)].

115. Il limite di età controverso è direttamente collegato all'età, in quanto prevede esplicitamente che il lavoratore affiliato al regime previdenziale professionale si sia sposato o abbia contratto un'unione civile registrata prima del compimento del suo 60° anno d'età affinché il partner a lui sopravvissuto possa beneficiare di una pensione di reversibilità.

116. Sussiste quindi una disparità di trattamento diretta fondata sull'età, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78: i lavoratori che hanno contratto matrimonio o un'unione civile registrata solo dopo il compimento dei 60 anni sono trattati in modo meno vantaggioso rispetto a quelli che hanno già contratto un siffatto vincolo in età più giovane.

117. Contro il riconoscimento di una discriminazione diretta basata sull'età del *lavoratore* – e quindi, nel caso di specie, del sig. Parris – non si può eccepire che lo svantaggio economico vero e proprio collegato al limite di età controverso non colpisce lui ma il suo partner superstite, cui è negata la pensione di reversibilità. Dal punto di vista del diritto dell'Unione, infatti, la pensione di reversibilità costituisce una retribuzione posticipata del lavoratore, anche se tale retribuzione non gli viene liquidata in vita, ma è versata al suo partner sopravvissuto (58). A prescindere da quanto precede, e come mostra con tutta evidenza il presente caso, il limite di età controverso priva un lavoratore come il sig. Parris del personale vantaggio ideale di assicurare al proprio partner, mentre è ancora in vita, una sicurezza sociale, ossia di «lasciare la propria casa in ordine».

118. Anche se si ritenesse che soltanto i *superstiti* di un lavoratore come il sig. Parris – ossia il suo coniuge o il partner registrato a lui sopravvissuto – sono danneggiati dal limite di età controverso, ciò non impedirebbe di riconoscere una discriminazione diretta basata sull'età. La giurisprudenza ha infatti chiarito che si è sempre in presenza di una discriminazione diretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78 quando una persona patisce uno svantaggio collegato direttamente a uno dei motivi di disparità di trattamento indicati nella direttiva (59). In parole povere, una persona può essere vittima di una discriminazione diretta in ragione dell'età anche se non si discute della *sua* età, ma dell'età di un suo parente stretto. La direttiva 2000/78 non tutela infatti soltanto una determinata categoria di persone, ma vieta in generale la discriminazione in ragione *dell'età* senza necessariamente esigere un collegamento all'età *propria* del soggetto di volta in volta svantaggiato (60).

2. Esame della giustificazione

119. Un limite di età come quello qui controverso può però portare a una discriminazione basata sull'età vietata dalla direttiva 2000/78 solo se la disparità diretta di trattamento in base all'età in esso insita non è giustificata. I requisiti posti dal diritto dell'Unione per la giustificazione di una siffatta disparità di trattamento si evincono dagli articoli 2, paragrafo 5, 4, paragrafo 1, e 6 della direttiva 2000/78 (61).

120. Solo quest'ultima disposizione assume rilievo nel caso di specie. Nelle sue questioni pregiudiziali il giudice del rinvio fa riferimento soltanto all'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 [v. sul punto, qui a seguire, sezione a)]. Come risulta tuttavia dal contesto generale dell'ordinanza di rinvio e dalle informazioni esplicative della Labour Court, pertinente è anche l'esame dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva [v. sul punto sub sezione b)].

a) Mancanza di una giustificazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78

121. Nell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 sono disciplinate le condizioni alle quali è possibile, nei regimi professionali di sicurezza sociale, prevedere limiti di età e utilizzare criteri ad essa legati senza che ciò comporti una discriminazione basata sull'età vietata dal diritto dell'Unione.

122. La disposizione si applica espressamente soltanto ai regimi professionali di sicurezza sociale che assicurano i rischi di vecchiaia e di invalidità (62). Nel caso di specie si discute di un regime siffatto, posto che la pensione di reversibilità che il sig. Parris vuole garantire al suo partner registrato è una forma di pensione di vecchiaia.

i) Sulle tre categorie di cui all'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78

123. Dal punto di vista del contenuto, a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva, sono autorizzate solo tre categorie di deroghe al divieto di discriminazione basata sull'età ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, della direttiva: in primo luogo, la fissazione di limiti di età per poter accedere a un regime professionale di previdenza sociale; in secondo luogo la fissazione di limiti di età per avere titolo alle prestazioni pensionistiche o a prestazioni per invalidità e, in terzo luogo, l'applicazione di criteri di età nei calcoli attuariali (63). Diversamente da quanto sembra ritenere il giudice del rinvio, si tratta di tre categorie autonome. La disposizione di cui trattasi può essere giustificata ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva già quando un limite di età ricade in una di dette categorie.

124. Un limite di età come quello qui controverso non può però essere ricondotto direttamente in nessuna delle tre succitate categorie.

125. Anzitutto, i limiti di età controversi non costituiscono una condizione per l'ammissione al regime previdenziale professionale (prima categoria). *Affiliato* al regime previdenziale è, infatti, il sig. Parris, come hanno sottolineato in udienza anche il Trinity College e la Commissione. Il sig. Parris rientra nel regime in ragione del suo rapporto di lavoro in essere con il Trinity College già dal 1972 e tale appartenenza non è mai dipesa dal se o dal quando egli avrebbe contratto matrimonio o un'unione civile registrata.

126. Il suddetto limite di età non costituisce neppure il limite di età necessario per ottenere l'erogazione delle prestazioni (seconda categoria). Il limite di età di sessant'anni qui controverso non fornisce alcuna indicazione quanto al fatto se l'età del partner del sig. Parris lo legittimi a percepire la pensione di reversibilità, posto che il suddetto limite si collega non alla *sua* età ma a quella *del sig. Parris* al momento in cui questi ha contratto l'unione registrata o il matrimonio.

127. Il limite di età di sessant'anni non costituisce da ultimo, in base agli espressi accertamenti del giudice del rinvio, neppure il criterio applicato nel regime previdenziale professionale controverso per i calcoli attuariali (64) (terza categoria).

ii) Sulla questione dell'applicazione analogica dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78

128. È di certo possibile ricorrere a una lettura meno rigida dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 ed equiparare il limite di età di sessant'anni a una condizione per l'adesione al regime previdenziale (prima categoria) o per l'erogazione di una pensione di vecchiaia (seconda categoria). Indubbiamente, infatti, il limite di età controverso costituisce una condizione che deve essere soddisfatta per estendere il regime previdenziale al coniuge o al partner superstite di un lavoratore (analogamente a una «[condizione] per poter

accedere (...) alle prestazioni pensionistiche» ai sensi della prima categoria) e affinché il coniuge o il partner superstite possa beneficiare di una pensione di reversibilità (analogamente a una «[condizione] per poter (...) aver titolo alle prestazioni pensionistiche» ai sensi della seconda categoria).

129. Ad un esame più attento, un'applicazione analogica dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva a un limite di età come quello qui controverso non convince.

130. Da un lato, infatti, l'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 costituisce un'eccezione che deve essere interpretata in maniera restrittiva (65) e che non può essere estesa – in via analogica – a fattispecie diverse da quelle concretamente previste dal legislatore dell'Unione (66). Ciò vale ancora di più per il fatto che le misure ammesse in base all'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva, contrariamente a quelle di cui all'articolo 6, paragrafo 1, costituiscono un'elencazione tassativa e non meramente esemplificativa della disposizione (67).

131. Dall'altro, il limite di età controverso non è finalizzato, nel caso di specie, a raggiungere il medesimo obiettivo dei classici limiti di età per l'accesso o per il diritto a fruire di trattamenti pensionistici considerati dall'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva. Tali limiti garantiscono che sia assicurato un rapporto equilibrato tra la prevista aspettativa di vita dei beneficiari del trattamento – e, così, la prevista durata del godimento delle prestazioni –, da un lato, e i contributi da versare, dall'altro. Un limite di età come quello qui controverso non può però, a priori, soddisfare un obiettivo siffatto. Esso non fornisce infatti nessuna indicazione circa la durata del periodo in cui il *lavoratore* (nel caso di specie, quindi, il sig. Parris) è o è Stato membro del sistema previdenziale professionale e neppure dice alcunché circa l'età – e così indirettamente circa l'aspettativa di vita – *del beneficiario della prestazione* (nel caso di specie, quindi, il partner del sig. Parris).

132. Un limite di età come quello qui controverso non è assistito pertanto da nessuna delle giustificazioni previste nell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva, neppure in caso di applicazione analogica della disposizione in parola.

b) Mancanza di una giustificazione ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78

133. Resta da esaminare se un limite di età di sessant'anni come quello qui controverso possa essere giustificato sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78.

134. L'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva autorizza essenzialmente le disparità di trattamento in ragione dell'età che perseguono una finalità legittima e superino un esame di proporzionalità, fermo restando che nella finalità legittima sono «compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale».

135. Un limite di età come quello qui controverso non persegue però, in tutta evidenza, alcun obiettivo di politica del lavoro, di mercato del lavoro o di formazione professionale. In base alle informazioni disponibili, esso non è neppure diretto al «riconoscimento sociale» di un legame pluriennale a fianco di un lavoratore, il cosiddetto «matrimonio con moglie casalinga» (68). Esso mira invece soltanto a evitare l'abuso del regime previdenziale professionale, cosicché l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva deve essere qui esaminato solo con riferimento all'obiettivo di cui trattasi.

136. Di primo acchito pare di certo non potersi escludere che anche una misura diretta a evitare abusi possa fondarsi sull'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva. L'utilizzo del termine «compresi» nel tenore della disposizione in parola può essere inteso infatti nel senso che i «giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale» indicati espressamente dal legislatore dell'Unione costituiscono soltanto un'elencazione esemplificativa e non esaustiva che lascia impregiudicata la fissazione di limiti di età diretti a perseguire ulteriori finalità legittime.

137. Tuttavia, come già stabilito dalla Corte in più occasioni (69), tutte le «finalità legittime» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva sono accomunate dal fatto di essere di *natura politico-sociale*. L'elencazione di cui all'articolo 6, paragrafo 1, non è tassativa solo nell'ambito della categoria degli obiettivi di *politica sociale*. L'articolo 6, paragrafo 1, *non* fornisce invece *alcun* fondamento giuridico per disparità di trattamento basate sull'età che perseguono obiettivi diversi da quelli di politica sociale.

138. La giurisprudenza in parola appare chiara se si considera la funzione e la posizione sistematica dell'articolo 6, paragrafo 1, nel contesto della direttiva 2000/78. Si tratta di una disposizione speciale che giustifica in prima battuta le disparità *dirette* di trattamento in ragione dell'età ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva.

139. Anche se, in base all'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva, è possibile giustificare sicuramente una pluralità di siffatte disparità di trattamento, la disposizione in parola non può tuttavia essere interpretata in modo talmente ampio da poter giustificare, sulla base di essa, *qualsiasi* finalità legittima. Infatti, l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva diventerebbe altrimenti identico, nel contenuto, all'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), punto i), della direttiva, che giustifica le disparità *indirette* di trattamento. Così facendo, si annullerebbe la differenza tra discriminazione diretta e indiretta in base all'età e le possibili cause di giustificazione sarebbero le medesime per entrambe le categorie, il che sarebbe contrario al sistema.

140. In base alla sistematica della direttiva, infatti, – come anche in generale nel diritto dell'Unione – solo una disparità di trattamento *indiretta* può essere giustificata sulla base di una qualsiasi finalità legittima a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità, mentre per la giustificazione di una disparità di trattamento *diretta* valgono requisiti più rigorosi, con la conseguenza che possono essere perseguiti soltanto gli obiettivi espressamente previsti nel diritto dell'Unione.

141. Il campo di applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva non può pertanto essere esteso, al di là dell'ambito politico sociale ivi espressamente indicato, ad altre finalità legittime di qualsiasi diversa natura.

142. Un limite di età come quello qui controverso – che, in base alle informazioni a nostra disposizione, non persegue alcuna finalità specificamente di natura politico-sociale - non può pertanto essere giustificato sulla base dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva.

c) Considerazione conclusiva sulla seconda questione pregiudiziale

143. Solo nell'eventualità che la Corte non dovesse aderire alla mia posizione ricorrendo a una lettura più estensiva dell'articolo 6, paragrafo 1 o 2, della direttiva 2000/78, osservo che dovrebbe comunque essere rispettato il principio di proporzionalità, un principio generale del diritto dell'Unione (70).

144. Rispetto alla discriminazione in base all'età, l'esame di proporzionalità non può condurre, a mio avviso, a un risultato diverso da quello da me già indicato supra (71) rispetto alla discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale.

145. Non vi sono motivi per ritenere che il limite di età di sessant'anni debba essere valutato in modo più favorevole sotto il profilo della proporzionalità ove si tratti di una discriminazione in base all'età invece che di una discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale. Se mai, nel contesto della discriminazione in base all'età l'esame di proporzionalità dovrebbe essere più rigoroso in quanto si tratta qui di una disparità di trattamento *diretta* ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva, mentre rispetto all'orientamento sessuale si è in presenza soltanto di una disparità di trattamento *indiretta* ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva. A favore di un più rigoroso esame di proporzionalità depone peraltro il fatto che il trattamento sfavorevole subito dai lavoratori come il sig. Parris nel caso di specie non ha soltanto una componente legata all'età, ma è legato anche all'orientamento sessuale degli interessati e risulta, pertanto, in definitiva, aggravato da un secondo fattore ai sensi dell'articolo 1 della direttiva.

3. Conclusione intermedia

146. Tutto considerato, occorre quindi rispondere alla seconda questione pregiudiziale che integra una discriminazione diretta in base all'età, vietata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2000/78, la previsione, in un regime previdenziale professionale, che condiziona il diritto a una pensione di reversibilità per il partner registrato dello stesso sesso al fatto che l'unione civile registrata sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte del lavoratore affiliato al regime previdenziale qualora, allo stesso tempo, per gli interessati fosse giuridicamente impossibile contrarre una siffatta unione civile registrata o un matrimonio prima del raggiungimento di detto limite di età.

D – *Interazione discriminatoria di più fattori (terza questione pregiudiziale)*

147. Con la terza questione il giudice del rinvio intende essenzialmente sapere se ai sensi della direttiva 2000/78 debba essere ravvisata una discriminazione vietata anche quando una misura, pur non risultando svantaggiosa in ragione della *sola* età o del *solo* orientamento sessuale, lo sia tuttavia sulla base di una combinazione di entrambi i motivi di disparità di trattamento.

148. La questione viene sollevata per la sola eventualità di una risposta negativa alla prima e alla seconda questione. Posto che, nell'ambito delle due questioni che precedono, ho già ritenuto che sussista una discriminazione vietata in base al diritto dell'Unione in base, da una parte, all'orientamento sessuale (discriminazione indiretta) (72) e, dall'altra, all'età (discriminazione diretta) (73), non sarebbe più strettamente necessario neppure rispondere alla terza questione. Provvedo però, per completezza, ad analizzarla.

149. Con la presente questione, alla Corte è essenzialmente chiesto di chiarire in che modo debbano essere considerati, con riferimento al divieto di discriminazione sancito dal diritto dell'Unione, trattamenti sfavorevoli subiti da persone a causa dell'*interazione* tra due o più motivi di disparità di trattamento (74). Benché in passato le siano già stati sottoposti casi sul cui sfondo erano rinvenibili diversi di tali fattori (75), a quanto consta la Corte non ha avuto finora occasione concreta di pronunciarsi su detta problematica.

150. La problematica di cui trattasi è nota da molto tempo in dottrina, sia all'interno che al di fuori dell'Unione europea (76). Negli Stati Uniti d'America si è discusso, ad esempio, già a partire dalla fine degli anni '80 di come debbano essere trattati casi in cui determinate misure incidono in particolare sulle donne con un determinato colore della pelle (77).

151. Negli ultimi anni la problematica in esame è stata marginalmente discussa anche dal Parlamento europeo (78) e dalla Commissione (79). È quindi ancor più sorprendente che la Commissione non abbia presentato, nel caso di specie, osservazioni concrete su questo tema.

152. Il legislatore dell'Unione non ha in effetti disciplinato in modo esplicito la problematica qui in esame. Non se ne deve però precipitosamente dedurre che la direttiva 2000/78 non offra alcun appiglio per affrontare l'interazione tra diversi motivi di disparità di trattamento. Da vari punti della direttiva risulta, infatti, che i suoi redattori erano ben consapevoli della problematica in parola e hanno ritenuto che essa potesse essere risolta adeguatamente con gli strumenti offerti dalla direttiva (80).

153. L'interazione di due o più motivi di disparità di trattamento rappresenta una peculiarità che attribuisce, a un caso come quello in esame, una nuova dimensione e che deve essere presa in debita considerazione in sede di esame sulla base del diritto dell'Unione. Non sarebbe quindi corretto, alla luce del significato del divieto di discriminazione sancito nell'articolo 1 in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2000/78, disarticolare una fattispecie come quella in esame esaminandola esclusivamente sotto il profilo isolato di uno o dell'altro motivo della disparità di trattamento. Pertanto, la regola fondamentale della direttiva, secondo cui non può esserci *nessuna* discriminazione in base a uno dei motivi di disparità di trattamento da essa previsti (articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con l'articolo 1 della direttiva), deve valere anche nei casi in cui una possibile discriminazione si fonda su un'interazione tra diversi dei suddetti motivi.

154. Se uno svantaggio non può essere riconosciuto in ragione di *uno soltanto* degli elementi di disparità di trattamento di cui all'articolo 1 della direttiva 2000/78 (religione, convinzioni personali, handicap, età oppure tendenze sessuali), come presuppone il giudice del rinvio quale premessa alla sua terza questione, la fattispecie deve a mio avviso essere esaminata dal punto di vista della *discriminazione indiretta*. In un simile caso occorre quindi verificare, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva se gli interessati possano essere messi in una posizione di particolare svantaggio dalla misura controversa specificamente in ragione dell'interazione di due o più elementi di disparità di trattamento.

155. Se uno svantaggio particolare rispetto a *uno* dei fattori indicati nell'articolo 1 della direttiva 2000/78 è già sufficiente per ricondurre una situazione nella categoria della discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva (81), nulla di diverso può valere nel caso in cui le persone interessate patiscono uno svantaggio particolare, non in base a uno dei fattori citati, ma per

l'interazione di due o più di essi. La portata del divieto di discriminazione di cui alla direttiva 2000/78 non può infatti, alla luce del suo carattere fondamentale, essere definita in modo restrittivo (82).

156. In un caso come quello in esame occorrerebbe quindi riconoscere, in applicazione dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78, un trattamento particolarmente sfavorevole dei lavoratori come il sig. Parris basato sull'interazione tra il loro orientamento sessuale e la loro età e ciò in quanto le condizioni di assicurazione comportano *de facto* che in particolare ai loro partner superstiti sia negata sistematicamente la pensione di reversibilità (83). È vero che per tutti i lavoratori il vantaggio della pensione di reversibilità a favore dei rispettivi partner superstiti dipende dalla condizione (apparentemente neutrale) che essi abbiano contratto matrimonio o un'unione civile registrata prima del compimento dei 60 anni. In tal modo, però, vengono in realtà esclusi in modo sistematico da detta forma di pensione di reversibilità, a differenza di tutte le altre categorie di lavoratori, in particolare i lavoratori omosessuali nati prima del 1951, e ciò in quanto essi non erano mai in grado di soddisfare la suddetta condizione, neppure volendolo.

157. Ma v'è di più: l'interazione di due o più elementi di disparità di trattamento indicati nell'articolo 1 della direttiva 2000/78 può anche comportare che, nell'ambito dell'*esame di proporzionalità*, in sede di ponderazione degli interessi contrastanti, acquisisca maggior peso la posizione del lavoratore svantaggiato, il che accresce la probabilità di un *pregiudizio eccessivo* subito dagli interessati e quindi di una violazione dei requisiti della proporzionalità in senso stretto.

158. Proprio tale ipotesi ricorre nel caso di specie: come sopra indicato (84), il limite di età controverso di sessant'anni è sproporzionato in quanto comporta un pregiudizio eccessivo per i lavoratori interessati come il sig. Parris, omosessuali e nati prima del 1951.

159. Tutto ciò considerato, occorrerebbe quindi riconoscere una discriminazione indiretta vietata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78 quando le condizioni di assicurazione controverse del regime previdenziale professionale, pur non comportando un trattamento sfavorevole in base alla sola età o al solo orientamento sessuale, lo determinano in base a un'interazione tra le due cause di disparità di trattamento.

E – Effetti nel tempo della sentenza della Corte nel presente caso

160. Collegandosi alle osservazioni delle autorità convenute occorre ricordare che la Corte, in linea di principio, in via del tutto eccezionale per motivi imperativi di certezza del diritto, può limitare gli effetti temporali della sua sentenza al futuro, in particolare, quando sono interessati molteplici rapporti giuridici costituiti in buona fede e occorre attendersi gravi conseguenze finanziarie (85).

161. Nel caso di specie non si rinvencono però elementi concreti idonei a giustificare un approccio siffatto. In mancanza di ulteriori elementi occorre infatti ritenere che una disposizione come quella qui in esame, che comporta in particolare uno svantaggio per gli omosessuali nati prima del 1951, riguardi un numero di lavoratori o partner superstiti nettamente minore rispetto a quello colpito nel caso di una discriminazione in base al sesso, oggetto, ad esempio, della sentenza Barber (86). Ne consegue che anche gli eventuali maggiori oneri per il regime previdenziale professionale e per altri analoghi regimi previdenziali potrebbero rimanere nel caso di specie entro limiti tollerabili. Ciò vale ancor di più ove si consideri che il finanziamento di detto regime era pensato a priori tenendo conto che i lavoratori avrebbero contratto matrimonio. Se il sig. Parris avesse sposato una donna, il finanziamento della sua pensione di reversibilità, a quanto consta, sarebbe stato automaticamente contenuto nel calcolo del regime previdenziale.

162. A prescindere da quanto precede, la Corte nega di norma la limitazione temporale degli effetti della sentenza quando non si tratta della sua prima sentenza su una determina problematica giuridica (87). Così è nel caso di specie: l'applicabilità della direttiva 2000/78 alla pensione di reversibilità erogata nell'ambito di regimi pensionistici professionali è chiara a far data dalla sentenza Maruko. Posto che nell'ambito di detta causa una limitazione degli effetti della sentenza è stata espressamente negata (88), un approccio siffatto non può essere preso in considerazione nemmeno nel caso di specie.

163. Qualora la Corte dovesse comunque operare una siffatta limitazione, dovrebbero esserne esclusi quantomeno, in linea con la giurisprudenza consolidata, i diritti di quelle persone che si sono adoperate in tempo utile per salvaguardare i propri diritti, mediante ricorso o rimedi equivalenti (89). Tra di essi rientra, non da ultimo, il sig. Parris.

VI – Conclusione

164. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di rispondere alla domanda di pronuncia pregiudiziale del Labour Court irlandese, partendo dalla prima questione pregiudiziale, come segue:

Integra una discriminazione indiretta in base all'orientamento sessuale vietata ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, in combinato disposto con il paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/78/CE, la previsione, in un regime previdenziale professionale, che condiziona il diritto a una pensione di reversibilità per il partner registrato dello stesso sesso al fatto che l'unione civile registrata sia stata contratta prima del compimento dei 60 anni da parte del lavoratore affiliato al regime previdenziale qualora, allo stesso tempo, per gli interessati fosse giuridicamente impossibile contrarre una siffatta unione registrata o un matrimonio prima del raggiungimento di detto limite di età.

1 – Lingua originale: il tedesco.

2 – V. sentenza Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punto 21) sulla discriminazione in ragione dell'età e sentenza Léger (C-528/13, EU:C:2015:288, punto 48) sull'orientamento sessuale.

3 – Direttiva del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16; in prosieguo anche: la direttiva 2000/78 o semplicemente la direttiva).

4 – Sentenze Küçükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punto 21); Prigge e a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punto 38), e DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punto 22).

5 – Legge del 1990 sulle pensioni.

6 – Le modifiche sono state introdotte con il Social Welfare (Miscellaneous Provisions) Act 2004 [legge del 2004 sulla previdenza sociale (disposizioni varie)], che ha inserito nel Pensions Act 1990 una nuova Parte VII diretta a recepire la direttiva 2000/78.

7 – Legge del 2010 relativa alle unioni civili registrate e a taluni diritti e obblighi dei conviventi.

8 – Civil Partnership (Recognition of Registered Foreign Relationships) Order 2010, pag. I. 649.

9 – Tribunale del lavoro con sede a Dublino.

10 – Nel Regno Unito trova applicazione il Civil Partnership Act 2004 (legge del 2004 relativa alle unioni civili).

11 – In base alle indicazioni del giudice del rinvio, da una revisione attuariale del regime effettuata nel 2008 è emerso che il regime era ancora in grado di corrispondere solo il 37% circa delle prestazioni maturate dai suoi affiliati.

12 – V. già sentenza Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179); analogamente sentenza Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 66).

[13](#) – Sul parallelismo con la nozione di retribuzione di cui all'articolo 157 TFUE (già articolo 119 del Trattato CEE o 141 del Trattato CE); v. considerando 13 della direttiva 2000/78.

[14](#) – Sentenze *Bilka-Kaufhaus* (170/84, EU:C:1986:204, punti 22 e 23); *Barber* (C-262/88, EU:C:1990:209, punti 28 e 30); *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 45); nello stesso senso, sentenza *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, punti da 30 a 33).

[15](#) – Sentenza *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 45); nello stesso senso – sull'odierno articolo 157 TFUE – sentenze *Ten Oever* (C-109/91, EU:C:1993:833, punti 12 e 13); *Coloroll Pension Trustees* (C-200/91, EU:C:1994:348, punto 18), e *Menauer* (C-379/99, EU:C:2001:527, punto 18).

[16](#) – V. anche considerando 13 della direttiva 2000/78.

[17](#) – V. sentenze *Beune* (C-7/93, EU:C:1994:350, punto 38); *Griesmar* (C-366/99, EU:C:2001:648, punto 37); *Niemi* (C-351/00, EU:C:2002:480, punto 43), e *Commissione/Grecia* (C-559/07, EU:C:2009:198, punto 46).

[18](#) – Sentenze *Beune* (C-7/93, EU:C:1994:350, punti 43 e 45); *Griesmar* (C-366/99, EU:C:2001:648, punti 28 e 30); *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, punti 46 e 48), e *Commissione/Grecia* (C-559/07, EU:C:2009:198, punti 47 e 50).

[19](#) – Sentenze *Brock* (68/69, EU:C:1970:24, punto 6); *Licata/WSA* (270/84, EU:C:1986:304, punto 31); *Pokrzepowicz-Meyer* (C-162/00, EU:C:2002:57, punto 50); *Monsanto Technology* (C-428/08, EU:C:2010:402, punto 66), e *Commissione/Moravia Gas Storage* (C-596/13 P, EU:C:2015:203, punto 32).

[20](#) – V. sentenza *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, in particolare, punti 19, 20 e 79); in senso analogo, sentenza *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, in particolare, punti 22 e 66).

[21](#) – Sentenza *Barber* (C-262/88, EU:C:1990:209, punti da 40 a 45).

[22](#) – Sentenze *Maruko* (C-267/06, EU:C:2008:179, punti da 77 a 79), e *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 66).

[23](#) – Sentenza *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, punti da 57 a 64).

[24](#) – Sentenza *Römer* (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 66).

[25](#) – V. le mie conclusioni nella causa *Andersen* (C-499/08, EU:C:2010:248, paragrafo 28).

[26](#) – V. sul punto – benché riferito alla discriminazione in base all'età – l'ultimo periodo del considerando 25 della direttiva 2000/78. V., inoltre, il tenore letterale degli articoli 4, paragrafo 1, e 6 della direttiva in parola, ai sensi dei quali gli Stati membri possono stabilire che, fra i requisiti attinenti alla giustificazione ivi specificati, «una differenza di trattamento (...) non costituisca discriminazione». Analogamente la – non sempre uniforme – giurisprudenza, v. ad esempio, in relazione alla discriminazione fondata sull'età, sentenza *Vital Pérez* (C-416/13, EU:C:2014:2371, punto 27).

[27](#) – In tale senso, già le mie conclusioni nella causa Andersen (C-499/08, EU:C:2010:248, paragrafo 31), e – rispetto alla direttiva 2000/43/CE, ad essa collegata – le mie conclusioni nella causa CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:170, paragrafo 73); v. inoltre la sentenza Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punto 45).

[28](#) – V., ad esempio, sentenze Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, punti 12 e 17); Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, punto 13); Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, punto 39); Kiiski (C-116/06, EU:C:2007:536, punto 55); Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, punto 31); Ingeniørforeningen i Danmark (C-499/08, EU:C:2010:600, punti 23 e 24); Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 72); Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 52), e Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punti 41 e 44); nello stesso senso anche sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punti 76, 91 e 95).

[29](#) – Sulla discriminazione in ragione del sesso con riferimento a una gravidanza, v. sentenze Dekker (C-177/88, EU:C:1990:383, punti 12 e 17); Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund (C-179/88, EU:C:1990:384, punto 13), e Busch (C-320/01, EU:C:2003:114, punto 39).

[30](#) – Poco convincente risulta pertanto l’eccezione sollevata dalle autorità convenute, secondo cui anche i lavoratori eterosessuali nati prima del 1951 potevano, in taluni casi, esse impossibilitati a contrarre tempestivamente matrimonio con il loro partner ideale prima del compimento dei 60 anni in quanto non soddisfacevano i requisiti giuridici. Si tratta, infatti, di eccezioni rare (ad esempio, casi di minore età o di incapacità di agire della persona interessata) o di casi in cui sussisteva ancora, per libera scelta di un lavoratore, un precedente matrimonio – seppur probabilmente fallito – il che gli impediva di contrarre un secondo matrimonio. Una siffatta situazione non è in alcun modo comparabile con quella dei lavoratori omosessuali nati prima del 1951, in quanto a questi ultimi era precluso, non solo in casi eccezionali, ma in termini generali, come categoria di persone, di contrarre un’unione per la vita prima del compimento dei 60 anni.

[31](#) – V., sul punto, sentenze Runevič-Vardyn e Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punto 43), e CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punto 42 e 66); riferite rispettivamente alla collegata direttiva 2000/43.

[32](#) – V., tra le tante, la sentenza O’Flynn (C-237/94, EU:C:1996:206, punto 18) sulla libera circolazione dei lavoratori. In base ad essa, integrano discriminazioni indirette sulla base della cittadinanza non solo quelle condizioni poste dall’ordinamento nazionale le quali riguardino essenzialmente o in gran parte i lavoratori migranti, ma anche condizioni indistintamente applicabili che possono essere soddisfatte più agevolmente dai lavoratori nazionali che dai lavoratori migranti e infine anche le condizioni che rischiano di essere sfavorevoli, in modo particolare, ai lavoratori migranti.

[33](#) – Tale aspetto può essere illustrato chiaramente con riferimento all’esempio ben noto della discriminazione delle lavoratrici a tempo parziale: se una determinata prestazione – ad esempio l’erogazione della retribuzione in caso di malattia nella sentenza Rinner-Kühn (171/88, EU:C:1989:328) – è negata ai lavoratori a tempo parziale, ai fini del riconoscimento di una discriminazione indiretta in ragione del sesso è sufficiente che tale disciplina abbia effetti particolarmente incisivi a danno delle donne. Il fatto che anche taluni uomini possano patire lo stesso svantaggio se lavorano a tempo parziale non osta a mio avviso, al suddetto riconoscimento, come d’altro lato non vi osta il fatto che talune donne possono evitare tale svantaggio lavorando a tempo pieno.

[34](#) – Sentenze Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, punti 56 e 57); Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, punti 44 e 45), e Rosenbladt (C-45/09, EU:C:2010:601, punto 58).

[35](#) – Nello stesso senso, sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punto 83 in combinato disposto con il punto 80), in cui la Corte ha ritenuto che costituisce indizio di una lesione delle finalità delle direttive antidiscriminazione il fatto che un'impresa non sia in grado di fornire indicazioni concrete della necessità di una misura, ma si limiti a sostenere che i motivi sarebbero «pubblicamente notori».

[36](#) – Aggiungo che un limite di età di 60 anni potrebbe, in linea teorica, anche servire a escludere una protezione eccessiva, posto che la maggior parte delle persone ha, a quell'età, di norma, già provveduto altrimenti per la propria vecchiaia. Nel caso di specie non sussistono tuttavia indicatori in tal senso, tanto più che il limite di età qui controverso di 60 anni non si riferisce all'età del partner da assistere, ma soltanto all'età del lavoratore affiliato al sistema previdenziale.

[37](#) – Sull'equilibrio finanziario dei sistemi di sicurezza sociale, v., tra le tante, sentenze Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, punto 41), e Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 77); sul divieto di comportamenti abusivi, v. sentenze Halifax e a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punto 68), e Torresi (C-58/13 e C-59/13, EU:C:2014:2088, punto 42).

[38](#) – Sentenze Maizena e a. (137/85, EU:C:1987:493, punto 15); Regno Unito/Consiglio (C-84/94, EU:C:1996:431, punto 57); British American Tobacco (Investments), e Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, punto 122); Digital Rights Ireland (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, punto 46), e Gauweiler e a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punto 67).

[39](#) – Sentenze Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, punto 21); Jippes e a. (C-189/01, EU:C:2001:420, punto 81), e ERG e a. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, punto 86); nello stesso senso anche sentenza Gauweiler e a. (C-62/14, EU:C:2015:400, punto 91).

[40](#) – L'utilizzo dell'aggettivo «angemessen» nella versione tedesca dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), punto i), della direttiva 2000/78 è inusuale. Come mostra un esame delle altre versioni linguistiche (inglese: «appropriate», francese: «appropriés», italiano: «appropriati», spagnolo: «adecuados», olandese: «passend»); in tedesco sarebbe stato più corretto il termine «geeignet».

[41](#) – Così, in particolare sulla direttiva 2000/78, sentenze Petersen (C-341/08, EU:C:2010:4, punto 53), e HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punto 67); v. inoltre, fondamentali sul requisito della coerenza, le sentenze Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, punto 55), e Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, punto 65).

[42](#) – In Irlanda l'età minima per percepire una pensione di vecchiaia prevista dalla legge è attualmente pari a 66 anni; v. The 2015 Ageing Report, Underlying Assumptions and Projection Methodologies, Joint Report prepared by the European Commission (DG ECFIN) and the Economic Policy Committee (AWG); parte II, pag. 199 (ISSN 0379-0991, reperibile in Internet alla pagina: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2014/pdf/ee8_en.pdf, consultato da ultimo il 19 aprile 2016).

[43](#) – V., sul punto, le mie conclusioni nelle cause CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:170, paragrafo 123), e Belov (C-394/11, EU:C:2012:585, paragrafo 108).

[44](#) – In questo senso – sull'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 – sentenze HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punto 66), e Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 58).

[45](#) – In questo senso ad esempio – con riferimento all’esame di proporzionalità nell’ambito dell’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78 – sentenza Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 69).

[46](#) – In questo senso, sentenze Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 70), e Specht e a. (da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, EU:C:2014:2005, punti 78 e 79); v., inoltre, le mie conclusioni nella causa Hložek (C-19/02, EU:C:2004:204, paragrafo 58).

[47](#) – Si tratta del lasso temporale tra il pensionamento del lavoratore e il suo decesso (v. al riguardo supra, ultima parte del paragrafo 22 delle presenti conclusioni).

[48](#) – In tal senso, sentenze Palacios de la Villa (C-411/05, EU:C:2007:604, punto 73), e Ingeniørforeningen i Danmark (C-499/08, EU:C:2010:600, punto 47), riferite rispettivamente alla problematica della discriminazione in base all’età nel contesto della direttiva 2000/78; v. inoltre sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punto 123) e le mie conclusioni in detta causa (EU:C:2015:170, paragrafo 131), e nella causa Belov (C-394/11, EU:C:2012:585, paragrafo 117), riferite entrambe alla direttiva 2000/43.

[49](#) – Nello stesso senso, sentenza Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 51).

[50](#) – Sentenze Specht e a. (da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, EU:C:2014:2005, punto 77), e Schmitzer (C-530/13, EU:C:2014:2359, punto 41); nello stesso senso – sulla parità di trattamento tra uomini e donne – sentenze Hill e Stapleton (C-243/95, EU:C:1998:298, punto 40); Jørgensen (C-226/98, EU:C:2000:191, punto 39), e Schönheit e Becker (C-4/02 e C-5/02, EU:C:2003:583, punto 85).

[51](#) – Ciò vale solo se, negli anni ‘70, il limite di età controverso fosse stato effettivamente, come accennato nell’ordinanza di rinvio, una forma generale comune di impostazione del regime previdenziale professionale in Irlanda.

[52](#) – V., sul punto, sentenze Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179), e Römer (C-147/08, EU:C:2011:286).

[53](#) – V. sul punto, supra, paragrafo 40 delle presenti conclusioni e nota 19.

[54](#) – Giurisprudenza consolidata; v., da ultimo, sentenza DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punti da 29 a 37 e 43) sul divieto di discriminazione in base all’età contenuto nella direttiva 2000/78.

[55](#) – V., ad esempio, sentenze Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, in particolare, punti 19, 20 e 79), e Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, in particolare, punto 22 e 66) sulla direttiva 2000/78 e sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, in particolare, punto 22) sulla direttiva 2000/43.

[56](#) – Sentenze Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punti da 58 a 60), e Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punti da 34 a 36).

[57](#) – Sentenze Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 73); Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, punto 52), e Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, punto 47).

58 – In questo senso, sentenze Ten Oever (C-109/91, EU:C:1993:833, punto 13); Coloroll Pension Trustees (C-200/91, EU:C:1994:348, punto 18), e Menauer (C-379/99, EU:C:2001:527, punto 18); rispettivamente su problematiche analoghe relativa all'articolo 119 del Trattato CEE (oggi articolo 157 TFUE).

59 – In tal senso, sentenza Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415, in particolare, punti 38, 43, 48, 50 e 51); in cui è stata riconosciuta una discriminazione diretta a danno di una lavoratrice in ragione di una disabilità non della lavoratrice stessa, ma di suo figlio non autosufficiente.

60 – Oltre che dal punto 59 della citata sentenza Coleman (C-303/06, EU:C:2008:415) tale conclusione si ricava anche dalla sentenza CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, in particolare, punti 56, 59 e 60), riguardante la direttiva 2000/43, ad essa collegata, in cui è stato riconosciuto che una persona può essere discriminata per la sua origine etnica anche se essa non appartiene al gruppo etnico discriminato ma viene «co-discriminata».

61 – In tal senso ad esempio sentenza Prigge e a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punti da 52 a 83); v. anche le mie conclusioni nella causa Andersen (C-499/08, EU:C:2010:248, paragrafo 31).

62 – Sentenze HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punto 48), e Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 43).

63 – Sentenza HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punto 49); v. anche le mie conclusioni in detta causa (EU:C:2013:65, paragrafo 36).

64 – In ogni caso, in base alle indicazioni del Labour Court, tale componente attuariale non potrebbe essere qui provata.

65 – Sentenze HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punti 46 e 52), e Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 41).

66 – Come mostra la sentenza HK Danmark (C-476/11, EU:C:2013:590, punti 51 e 52, primo periodo), il divieto di applicazione analogica dell'articolo 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 si applica anche quando si tratta di giustificare «forme meno gravi di discriminazione in ragione dell'età».

67 – Sentenza Dansk Jurist- og Økonomforbund (C-546/11, EU:C:2013:603, punto 39). Non senza motivo, nella formulazione dell'articolo 6, paragrafo 2, manca il termine «compresi», diversamente dall'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 2000/78,.

68 – V. sul punto supra, paragrafi 70 e 71 delle presenti conclusioni.

69 – Sentenze Age Concern England (C-388/07, EU:C:2009:128, punto 46); Hütter (C-88/08, EU:C:2009:381, punto 41), e Prigge e a. (C-447/09, EU:C:2011:573, punti da 80 a 82); v. anche le mie conclusioni nella causa Andersen (C-499/08, EU:C:2010:248, paragrafo 31 con la nota 29).

70 – In tale contesto non è sostenibile l'affermazione delle autorità convenute, a detta delle quali i limiti di età ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 2, non necessitano di «alcuna giustificazione». Anche tali limiti di età devono ovviamente superare l'esame di proporzionalità.

[71](#) – V. supra, paragrafi da 74 a 99 delle presenti conclusioni.

[72](#) – V. supra, paragrafo 110 delle presenti conclusioni.

[73](#) – V. supra, paragrafo 146 delle presenti conclusioni.

[74](#) – Talvolta si ricorre, a tal fine, anche alla nozione di «discriminazione multipla». Tale nozione può tuttavia condurre in errore in quanto suggerisce che sussistono due forme di disparità di trattamento di cui ciascuna – a prescindere dalle altre – dovrebbe essere considerata come discriminazione e sarebbe semmai ulteriormente rafforzata dalla presenza di altri motivi di disparità di trattamento. La problematica qui oggetto di discussione riguarda tuttavia l’interazione tra due o più fattori dei quali ciascuno, preso isolatamente, non porta ancora a una discriminazione degli interessati.

[75](#) – Penso, ad esempio, alle sentenze Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, interazione tra età e sesso); Odar (C-152/11, EU:C:2012:772, interazione tra età e disabilità), e Z (C-363/12, EU:C:2014:159, interazione tra sesso e possibile disabilità) e alla causa pendente Milkova (C-406/15, interazione tra disabilità e status di dipendente pubblico).

[76](#) – Burri/Schiek, «Multiple Discrimination in EU Law – Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?», 2009 a cura della Commissione europea, pagg. 3 e 4; Baer/Bittner/Götsche, «Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse», Berlino 2010, pagg. 10 e segg.; Bamforth/Malik/O’Cinneide, «Discrimination Law: Theory and Context», Londra 2008, pag. 541; v. anche la relazione commissionata dalla Commissione europea e pubblicata nel settembre 2007: «*La lotta alla discriminazione multipla: prassi, politiche e leggi*».

[77](#) – K. Crenshaw, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine», in *The University of Chicago Legal Forum*, 1989, pagg. 139-167.

[78](#) – Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sulla proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale, P6_TA(2009) 0211, pagg. 21 e 22.

[79](#) – Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio – Relazione congiunta sull’applicazione della direttiva [2000/43] e della direttiva [2000/78], presentata il 17 gennaio 2014, COM(2014) 2 final, pag. 11; comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Non discriminazione e pari opportunità: un impegno rinnovato, presentata il 2 luglio 2008, COM(2008) 420 definitivo, pag. 10.

[80](#) – Il legislatore dell’Unione subordina così il particolare motivo di giustificazione per le disparità di trattamento fondate sulla religione o sulle convinzioni personali introdotto a favore delle aziende di tendenza nell’articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 alla condizione espressa che «non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi». In maniera analoga, il legislatore dell’Unione ammette, nell’articolo 6, paragrafo 2, della direttiva, la fissazione di determinati limiti di età e la presa in considerazione di determinati criteri di età «purché ciò non dia luogo a discriminazioni fondate sul sesso». Nel considerando 3 della direttiva si sottolinea, segnatamente, che «le donne sono spesso vittime di numerose discriminazioni». Anche la Commissione sostiene peraltro, a margine della sua relazione del 17 gennaio 2014, che la direttiva 2000/78 consentirebbe già «di affrontare due o più motivi di discriminazione nella stessa situazione»; v. COM(2014) 2 final, pag. 11.

[81](#) – V. supra, paragrafi da 54 a 64 delle presenti conclusioni.

[82](#) – Nello stesso senso, con riferimento alla collegata direttiva 2000/43, sentenze Runevič-Vardyn e Wardyn (C-391/09, EU:C:2011:291, punto 43), e CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480, punti 42 e 66).

[83](#) – Sempre ammettendo che non si riconosca, in linea con quanto da me sostenuto nell’ambito della prima e della seconda questione pregiudiziale, una discriminazione già in base a uno dei due fattori preso singolarmente.

[84](#) – V. al riguardo i paragrafi da 74 a 99 delle presenti conclusioni.

[85](#) – Sentenze Defrenne («Defrenne II», 43/75, EU:C:1976:56, punti 69 e 70); Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, punto 44), e Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punto 144).

[86](#) – Sentenza Barber (C-262/88, EU:C:1990:209).

[87](#) – Sentenze Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, punto 41); Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punto 142); Meilicke e a. (C-292/04, EU:C:2007:132, punto 36), e Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punto 77).

[88](#) – Sentenza Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, punti da 77 a 79).

[89](#) – Sentenze Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, punto 44), e Bosman (C-415/93, EU:C:1995:463, punto 144); analogamente, sentenza UNIS e Beaudout Père et Fils (C-25/14 e C-26/14, EU:C:2015:821, punto 53).

Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics

Kimberle Crenshaw

Kimberle.Crenshaw@chicagounbound.edu

Follow this and additional works at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf>

Recommended Citation

Crenshaw, Kimberle () "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," *University of Chicago Legal Forum*: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8.

Available at: <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

This Article is brought to you for free and open access by Chicago Unbound. It has been accepted for inclusion in University of Chicago Legal Forum by an authorized administrator of Chicago Unbound. For more information, please contact unbound@law.uchicago.edu.

Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics

Kimberle Crenshaw†

One of the very few Black women's studies books is entitled *All the Women Are White, All the Blacks Are Men, But Some of Us are Brave*.¹ I have chosen this title as a point of departure in my efforts to develop a Black feminist criticism² because it sets forth a problematic consequence of the tendency to treat race and gender as mutually exclusive categories of experience and analysis.³ In this talk, I want to examine how this tendency is perpetuated by a single-axis framework that is dominant in antidiscrimination law and that is also reflected in feminist theory and antiracist politics.

I will center Black women in this analysis in order to contrast the multidimensionality of Black women's experience with the single-axis analysis that distorts these experiences. Not only will this juxtaposition reveal how Black women are theoretically erased, it will also illustrate how this framework imports its own theoretical limitations that undermine efforts to broaden feminist and an-

† Acting Professor of Law, University of California, Los Angeles Law School.

¹ Gloria T. Hull, et al, eds (The Feminist Press, 1982).

² For other work setting forth a Black feminist perspective on law, see Judy Scales-Trent, *Black Women and the Constitution: Finding Our Place, Asserting Our Rights (Voices of Experience: New Responses to Gender Discourse)*, 24 Harv CR-CL L Rev 9 (1989); Regina Austin, *Sapphire-Bound!*, forthcoming in *Wisc Women's L J* (1989); Angela Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory* (unpublished manuscript on file with author); and Paulette M. Caldwell, *A Hair Piece* (unpublished manuscript on file with author).

³ The most common linguistic manifestation of this analytical dilemma is represented in the conventional usage of the term "Blacks and women." Although it may be true that some people mean to include Black women in either "Blacks" or "women," the context in which the term is used actually suggests that often Black women are not considered. See, for example, Elizabeth Spelman, *The Inessential Woman* 114-15 (Beacon Press, 1988) (discussing an article on Blacks and women in the military where "the racial identity of those identified as 'women' does not become explicit until reference is made to Black women, at which point it also becomes clear that the category of women excludes Black women"). It seems that if Black women were explicitly included, the preferred term would be either "Blacks and white women" or "Black men and all women."

tiracist analyses. With Black women as the starting point, it becomes more apparent how dominant conceptions of discrimination condition us to think about subordination as disadvantage occurring along a single categorical axis. I want to suggest further that this single-axis framework erases Black women in the conceptualization, identification and remediation of race and sex discrimination by limiting inquiry to the experiences of otherwise-privileged members of the group. In other words, in race discrimination cases, discrimination tends to be viewed in terms of sex- or class-privileged Blacks; in sex discrimination cases, the focus is on race- and class-privileged women.

This focus on the most privileged group members marginalizes those who are multiply-burdened and obscures claims that cannot be understood as resulting from discrete sources of discrimination. I suggest further that this focus on otherwise-privileged group members creates a distorted analysis of racism and sexism because the operative conceptions of race and sex become grounded in experiences that actually represent only a subset of a much more complex phenomenon.

After examining the doctrinal manifestations of this single-axis framework, I will discuss how it contributes to the marginalization of Black women in feminist theory and in antiracist politics. I argue that Black women are sometimes excluded from feminist theory and antiracist policy discourse because both are predicated on a discrete set of experiences that often does not accurately reflect the interaction of race and gender. These problems of exclusion cannot be solved simply by including Black women within an already established analytical structure. Because the intersectional experience is greater than the sum of racism and sexism, any analysis that does not take intersectionality into account cannot sufficiently address the particular manner in which Black women are subordinated. Thus, for feminist theory and antiracist policy discourse to embrace the experiences and concerns of Black women, the entire framework that has been used as a basis for translating "women's experience" or "the Black experience" into concrete policy demands must be rethought and recast.

As examples of theoretical and political developments that miss the mark with respect to Black women because of their failure to consider intersectionality, I will briefly discuss the feminist critique of rape and separate spheres ideology, and the public policy debates concerning female-headed households within the Black community.

I. THE ANTIDISCRIMINATION FRAMEWORK

A. The Experience of Intersectionality and the Doctrinal Response

One way to approach the problem of intersectionality is to examine how courts frame and interpret the stories of Black women plaintiffs. While I cannot claim to know the circumstances underlying the cases that I will discuss, I nevertheless believe that the way courts interpret claims made by Black women is itself part of Black women's experience and, consequently, a cursory review of cases involving Black female plaintiffs is quite revealing. To illustrate the difficulties inherent in judicial treatment of intersectionality, I will consider three Title VII⁴ cases: *DeGraffenreid v General Motors*,⁵ *Moore v Hughes Helicopter*⁶ and *Payne v Travenol*.⁷

1. *DeGraffenreid v General Motors*.

In *DeGraffenreid*, five Black women brought suit against General Motors, alleging that the employer's seniority system perpetuated the effects of past discrimination against Black women. Evidence adduced at trial revealed that General Motors simply did not hire Black women prior to 1964 and that all of the Black women hired after 1970 lost their jobs in a seniority-based layoff during a subsequent recession. The district court granted summary judgment for the defendant, rejecting the plaintiffs' attempt to bring a suit not on behalf of Blacks or women, but specifically on behalf of Black women. The court stated:

[P]laintiffs have failed to cite any decisions which have stated that Black women are a special class to be protected from discrimination. The Court's own research has failed to disclose such a decision. The plaintiffs are clearly entitled to a remedy if they have been discriminated against. However, they should not be allowed to combine statutory remedies to create a new 'super-remedy' which would give them relief beyond what the drafters of the relevant statutes intended. Thus, this lawsuit must be examined to see if it states a cause of action for race discrimination, sex discrimination, or alternatively either, but not a combination of both.⁸

⁴ Civil Rights Act of 1964, 42 USC § 2000e, et seq as amended (1982).

⁵ 413 F Supp 142 (E D Mo 1976).

⁶ 708 F2d 475 (9th Cir 1983).

⁷ 673 F2d 798 (5th Cir 1982).

⁸ *DeGraffenreid*, 413 F Supp at 143.

Although General Motors did not hire Black women prior to 1964, the court noted that "General Motors has hired . . . female employees for a number of years prior to the enactment of the Civil Rights Act of 1964."⁹ Because General Motors did hire women—albeit *white women*—during the period that no Black women were hired, there was, in the court's view, no sex discrimination that the seniority system could conceivably have perpetuated.

After refusing to consider the plaintiffs' sex discrimination claim, the court dismissed the race discrimination complaint and recommended its consolidation with another case alleging race discrimination against the same employer.¹⁰ The plaintiffs responded that such consolidation would defeat the purpose of their suit since theirs was not purely a race claim, but an action brought specifically on behalf of Black women alleging race *and* sex discrimination. The court, however, reasoned:

The legislative history surrounding Title VII does not indicate that the goal of the statute was to create a new classification of 'black women' who would have greater standing than, for example, a black male. The prospect of the creation of new classes of protected minorities, governed only by the mathematical principles of permutation and combination, clearly raises the prospect of opening the hackneyed Pandora's box.¹¹

Thus, the court apparently concluded that Congress either did not contemplate that Black women could be discriminated against as "Black women" or did not intend to protect them when such discrimination occurred.¹² The court's refusal in *DeGraffenreid* to

⁹ Id at 144.

¹⁰ Id at 145. In *Mosley v General Motors*, 497 F Supp 583 (E D Mo 1980), plaintiffs, alleging broad-based racial discrimination at General Motors' St. Louis facility, prevailed in a portion of their Title VII claim. The seniority system challenged in *DeGraffenreid*, however, was not considered in *Mosley*.

¹¹ Id at 145.

¹² Interestingly, no case has been discovered in which a court denied a white male's attempt to bring a reverse discrimination claim on similar grounds—that is, that sex and race claims cannot be combined because Congress did not intend to protect compound classes. White males in a typical reverse discrimination case are in no better position than the frustrated plaintiffs in *DeGraffenreid*: If they are required to make their claims separately, white males cannot prove race discrimination because white women are not discriminated against, and they cannot prove sex discrimination because Black males are not discriminated against. Yet it seems that courts do not acknowledge the compound nature of most reverse discrimination cases. That Black women's claims automatically raise the question of compound discrimination and white males' "reverse discrimination" cases do not suggest

acknowledge that Black women encounter combined race and sex discrimination implies that the boundaries of sex and race discrimination doctrine are defined respectively by white women's and Black men's experiences. Under this view, Black women are protected only to the extent that their experiences coincide with those of either of the two groups.¹³ Where their experiences are distinct, Black women can expect little protection as long as approaches, such as that in *DeGraffenreid*, which completely obscure problems of intersectionality prevail.

2. *Moore v Hughes Helicopter, Inc.*

*Moore v Hughes Helicopters, Inc.*¹⁴ presents a different way in which courts fail to understand or recognize Black women's claims. *Moore* is typical of a number of cases in which courts refused to certify Black females as class representatives in race and sex discrimination actions.¹⁵ In *Moore*, the plaintiff alleged that the employer, Hughes Helicopter, practiced race and sex discrimination in promotions to upper-level craft positions and to supervisory jobs. Moore introduced statistical evidence establishing a significant disparity between men and women, and somewhat less of a disparity between Black and white men in supervisory jobs.¹⁶

that the notion of compoundedness is somehow contingent upon an implicit norm that is not neutral but is white male. Thus, Black women are perceived as a compound class because they are two steps removed from a white male norm, while white males are apparently not perceived to be a compound class because they somehow represent the norm.

¹³ I do not mean to imply that all courts that have grappled with this problem have adopted the *DeGraffenreid* approach. Indeed, other courts have concluded that Black women are protected by Title VII. See, for example, *Jefferies v Harris Community Action Ass'n.*, 615 F2d 1025 (5th Cir 1980). I do mean to suggest that the very fact that the Black women's claims are seen as aberrant suggests that sex discrimination doctrine is centered in the experiences of white women. Even those courts that have held that Black women are protected seem to accept that Black women's claims raise issues that the "standard" sex discrimination claims do not. See Elaine W. Shoben, *Compound Discrimination: The Interaction of Race and Sex in Employment Discrimination*, 55 NYU L Rev 793, 803-04 (1980) (criticizing the *Jefferies* use of a sex-plus analysis to create a subclass of Black women).

¹⁴ 708 F2d 475.

¹⁵ See also *Moore v National Association of Securities Dealers*, 27 EPD (CCH) ¶ 32,238 (D DC 1981); but see *Edmondson v Simon*, 86 FRD 375 (N D Ill 1980) (where the court was unwilling to hold as a matter of law that no Black female could represent without conflict the interests of both Blacks and females).

¹⁶ 708 F2d at 479. Between January 1976 and June 1979, the three years in which Moore claimed that she was passed over for promotion, the percentage of white males occupying first-level supervisory positions ranged from 70.3 to 76.8%; Black males from 8.9 to 10.9%; white women from 1.8 to 3.3%; and Black females from 0 to 2.2%. The overall male/female ratio in the top five labor grades ranged from 100/0% in 1976 to 98/1.8% in 1979. The white/Black ratio was 85/3.3% in 1976 and 79.6/8% in 1979. The overall ratio of men to women in supervisory positions was 98.2 to 1.8% in 1976 to 93.4 to 6.6% in 1979; the Black to white ratio during the same time period was 78.6 to 8.9% and 73.6 to 13.1%

For promotions to the top five labor grades, the percentages were worse. Between 1976

Affirming the district court's refusal to certify Moore as the class representative in the sex discrimination complaint on behalf of all women at Hughes, the Ninth Circuit noted approvingly:

. . . Moore had never claimed before the EEOC that she was discriminated against as a female, *but only* as a Black female [T]his raised serious doubts as to Moore's ability to adequately represent white female employees.¹⁷

The curious logic in *Moore* reveals not only the narrow scope of antidiscrimination doctrine and its failure to embrace intersectionality, but also the centrality of white female experiences in the conceptualization of gender discrimination. One inference that could be drawn from the court's statement that Moore's complaint did not entail a claim of discrimination "against females" is that discrimination against Black females is something less than discrimination against females. More than likely, however, the court meant to imply that Moore did not claim that *all* females were discriminated against *but only* Black females. But even thus recast, the court's rationale is problematic for Black women. The court rejected Moore's bid to represent all females apparently because her attempt to specify her race was seen as being at odds with the standard allegation that the employer simply discriminated "against females."

The court failed to see that the absence of a racial referent does not necessarily mean that the claim being made is a more inclusive one. A white woman claiming discrimination against females may be in no better position to represent all women than a Black woman who claims discrimination as a Black female and wants to represent all females. The court's preferred articulation of "against females" is not necessarily more inclusive—it just appears to be so because the racial contours of the claim are not specified.

The court's preference for "against females" rather than "against Black females" reveals the implicit grounding of white female experiences in the doctrinal conceptualization of sex discrimination. For white women, claiming sex discrimination is simply a statement that but for gender, they would not have been disadvantaged. For them there is no need to specify discrimination as *white*

and 1979, the percentage of white males in these positions ranged from 85.3 to 77.9%; Black males 3.3 to 8%; white females from 0 to 1.4%, and Black females from 0 to 0%. Overall, in 1979, 98.2% of the highest level employees were male; 1.8% were female.

¹⁷ 708 F2d at 480 (emphasis added).

females because their race does not contribute to the disadvantage for which they seek redress. The view of discrimination that is derived from this grounding takes race privilege as a given.

Discrimination against a white female is thus the standard sex discrimination claim; claims that diverge from this standard appear to present some sort of hybrid claim. More significantly, because Black females' claims are seen as hybrid, they sometimes cannot represent those who may have "pure" claims of sex discrimination. The effect of this approach is that even though a challenged policy or practice may clearly discriminate against all females, the fact that it has particularly harsh consequences for Black females places Black female plaintiffs at odds with white females.

Moore illustrates one of the limitations of antidiscrimination law's remedial scope and normative vision. The refusal to allow a multiply-disadvantaged class to represent others who may be singularly-disadvantaged defeats efforts to restructure the distribution of opportunity and limits remedial relief to minor adjustments within an established hierarchy. Consequently, "bottom-up" approaches, those which combine all discriminatees in order to challenge an entire employment system, are foreclosed by the limited view of the wrong and the narrow scope of the available remedy. If such "bottom-up" intersectional representation were routinely permitted, employees might accept the possibility that there is more to gain by collectively challenging the hierarchy rather than by each discriminatee individually seeking to protect her source of privilege within the hierarchy. But as long as antidiscrimination doctrine proceeds from the premise that employment systems need only minor adjustments, opportunities for advancement by disadvantaged employees will be limited. Relatively privileged employees probably are better off guarding their advantage while jockeying against others to gain more. As a result, Black women—the class of employees which, because of its intersectionality, is best able to challenge all forms of discrimination—are essentially isolated and often required to fend for themselves.

In *Moore*, the court's denial of the plaintiff's bid to represent all Blacks and females left *Moore* with the task of supporting her race and sex discrimination claims with statistical evidence of discrimination against Black females alone.¹⁸ Because she was unable to represent white women or Black men, she could not use overall

¹⁸ *Id.* at 484-86.

statistics on sex disparity at Hughes, nor could she use statistics on race. Proving her claim using statistics on Black women alone was no small task, due to the fact that she was bringing the suit under a disparate impact theory of discrimination.¹⁹

The court further limited the relevant statistical pool to include only Black women who it determined were qualified to fill the openings in upper-level labor jobs and in supervisory positions.²⁰ According to the court, Moore had not demonstrated that there were any qualified Black women within her bargaining unit or the general labor pool for either category of jobs.²¹ Finally, the court stated that even if it accepted Moore's contention that the percentage of Black females in supervisory positions should equal the percentage of Black females in the employee pool, it still would not find discriminatory impact.²² Because the promotion of only two Black women into supervisory positions would have achieved the expected mean distribution of Black women within that job category, the court was "unwilling to agree that a prima facie case of disparate impact ha[d] been proven."²³

The court's rulings on Moore's sex and race claim left her with such a small statistical sample that even if she had proved that there were qualified Black women, she could not have shown discrimination under a disparate impact theory. *Moore* illustrates yet another way that antidiscrimination doctrine essentially erases Black women's distinct experiences and, as a result, deems their discrimination complaints groundless.

3. *Payne v Travenol*.

Black female plaintiffs have also encountered difficulty in

¹⁹ Under the disparate impact theory that prevailed at the time, the plaintiff had to introduce statistics suggesting that a policy or procedure disparately affects the members of a protected group. The employer could rebut that evidence by showing that there was a business necessity supporting the rule. The plaintiff then countered the rebuttal by showing that there was a less discriminatory alternative. See, for example, *Griggs v Duke Power*, 401 US 424 (1971); *Connecticut v Teal*, 457 US 440 (1982).

A central issue in a disparate impact case is whether the impact proved is statistically significant. A related issue is how the protected group is defined. In many cases a Black female plaintiff would prefer to use statistics which include white women and/or Black men to indicate that the policy in question does in fact disparately affect the protected class. If, as in *Moore*, the plaintiff may use only statistics involving Black women, there may not be enough Black women employees to create a statistically significant sample.

²⁰ *Id.* at 484.

²¹ The court buttressed its finding with respect to the upper-level labor jobs with statistics for the Los Angeles Metropolitan Area which indicated that there were only 0.2% Black women within comparable job categories. *Id.* at 485 n 9.

²² *Id.* at 486.

²³ *Id.*

their efforts to win certification as class representatives in some race discrimination actions. This problem typically arises in cases where statistics suggest significant disparities between Black and white workers and further disparities between Black men and Black women. Courts in some cases²⁴ have denied certification based on logic that mirrors the rationale in *Moore*: The sex disparities between Black men and Black women created such conflicting interests that Black women could not possibly represent Black men adequately. In one such case, *Payne v Travenol*,²⁵ two Black female plaintiffs alleging race discrimination brought a class action suit on behalf of all Black employees at a pharmaceutical plant.²⁶ The court refused, however, to allow the plaintiffs to represent Black males and granted the defendant's request to narrow the class to Black women only. Ultimately, the district court found that there had been extensive racial discrimination at the plant and awarded back pay and constructive seniority to the class of Black female employees. But, despite its finding of general race discrimination, the court refused to extend the remedy to Black men for fear that their conflicting interests would not be adequately addressed;²⁷ the Fifth Circuit affirmed.²⁸

Notably, the plaintiffs in *Travenol* fared better than the similarly-situated plaintiff in *Moore*: They were not denied use of meaningful statistics showing an overall pattern of race discrimination simply because there were no men in their class. The plaintiffs' bid to represent all Black employees, however, like Moore's attempt to represent all women employees, failed as a consequence

²⁴ See *Strong v Arkansas Blue Cross & Blue Shield, Inc.*, 87 FRD 496 (E D Ark 1980); *Hammons v Folger Coffee Co.*, 87 FRD 600 (W D Mo 1980); *Edmondson v Simon*, 86 FRD 375 (N D Ill 1980); *Vuyanich v Republic National Bank of Dallas*, 82 FRD 420 (N D Tex 1979); *Colston v Maryland Cup Corp.*, 26 Fed Rules Serv 940 (D Md 1978).

²⁵ 416 F Supp 248 (N D Miss 1976).

²⁶ The suit commenced on March 2, 1972, with the filing of a complaint by three employees seeking to represent a class of persons allegedly subjected to racial discrimination at the hands of the defendants. Subsequently, the plaintiffs amended the complaint to add an allegation of sex discrimination. Of the original named plaintiffs, one was a Black male and two were Black females. In the course of the three-year period between the filing of the complaint and the trial, the only named male plaintiff received permission of the court to withdraw for religious reasons. *Id* at 250.

²⁷ As the dissent in *Travenol* pointed out, there was no reason to exclude Black males from the scope of the remedy *after* counsel had presented sufficient evidence to support a finding of discrimination against Black men. If the rationale for excluding Black males was the potential conflict between Black males and Black females, then "[i]n this case, to paraphrase an old adage, the proof of plaintiffs' ability to represent the interests of Black males was in the representation thereof." 673 F2d at 837-38.

²⁸ 673 F2d 798 (5th Cir 1982).

of the court's narrow view of class interest.

Even though *Travenol* was a partial victory for Black women, the case specifically illustrates how antidiscrimination doctrine generally creates a dilemma for Black women. It forces them to choose between specifically articulating the intersectional aspects of their subordination, thereby risking their ability to represent Black men, or ignoring intersectionality in order to state a claim that would not lead to the exclusion of Black men. When one considers the political consequences of this dilemma, there is little wonder that many people within the Black community view the specific articulation of Black women's interests as dangerously divisive.

In sum, several courts have proved unable to deal with intersectionality, although for contrasting reasons. In *DeGraffenreid*, the court refused to recognize the possibility of compound discrimination against Black women and analyzed their claim using the employment of white women as the historical base. As a consequence, the employment experiences of white women obscured the distinct discrimination that Black women experienced.

Conversely, in *Moore*, the court held that a Black woman could not use statistics reflecting the overall sex disparity in supervisory and upper-level labor jobs because she had not claimed discrimination as a woman, but "only" as a Black woman. The court would not entertain the notion that discrimination experienced by Black women is indeed sex discrimination—provable through disparate impact statistics on women.

Finally, courts, such as the one in *Travenol*, have held that Black women cannot represent an entire class of Blacks due to presumed class conflicts in cases where sex additionally disadvantaged Black women. As a result, in the few cases where Black women are allowed to use overall statistics indicating racially disparate treatment Black men may not be able to share in the remedy.

Perhaps it appears to some that I have offered inconsistent criticisms of how Black women are treated in antidiscrimination law: I seem to be saying that in one case, Black women's claims were rejected and their experiences obscured because the court refused to acknowledge that the employment experience of Black women can be distinct from that of white women, while in other cases, the interests of Black women were harmed because Black women's claims were viewed as so distinct from the claims of either white women or Black men that the court denied to Black females representation of the larger class. It seems that I have to say that Black women are the same and harmed by being treated differ-

ently, or that they are different and harmed by being treated the same. But I cannot say both.

This apparent contradiction is but another manifestation of the conceptual limitations of the single-issue analyses that intersectionality challenges. The point is that Black women can experience discrimination in any number of ways and that the contradiction arises from our assumptions that their claims of exclusion must be unidirectional. Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination.

Judicial decisions which premise intersectional relief on a showing that Black women are specifically recognized as a class are analogous to a doctor's decision at the scene of an accident to treat an accident victim only if the injury is recognized by medical insurance. Similarly, providing legal relief only when Black women show that their claims are based on race or on sex is analogous to calling an ambulance for the victim only after the driver responsible for the injuries is identified. But it is not always easy to reconstruct an accident: Sometimes the skid marks and the injuries simply indicate that they occurred simultaneously, frustrating efforts to determine which driver caused the harm. In these cases the tendency seems to be that no driver is held responsible, no treatment is administered, and the involved parties simply get back in their cars and zoom away.

To bring this back to a non-metaphorical level, I am suggesting that Black women can experience discrimination in ways that are both similar to and different from those experienced by white women and Black men. Black women sometimes experience discrimination in ways similar to white women's experiences; sometimes they share very similar experiences with Black men. Yet often they experience double-discrimination—the combined effects of practices which discriminate on the basis of race, and on the basis of sex. And sometimes, they experience discrimination as Black women—not the sum of race and sex discrimination, but as Black women.

Black women's experiences are much broader than the general categories that discrimination discourse provides. Yet the continued insistence that Black women's demands and needs be filtered

through categorical analyses that completely obscure their experiences guarantees that their needs will seldom be addressed.

B. The Significance of Doctrinal Treatment of Intersectionality

DeGraffenreid, *Moore* and *Travenol* are doctrinal manifestations of a common political and theoretical approach to discrimination which operates to marginalize Black women. Unable to grasp the importance of Black women's intersectional experiences, not only courts, but feminist and civil rights thinkers as well have treated Black women in ways that deny both the unique compoundedness of their situation and the centrality of their experiences to the larger classes of women and Blacks. Black women are regarded either as too much like women or Blacks and the compounded nature of their experience is absorbed into the collective experiences of either group or as too different, in which case Black women's Blackness or femaleness sometimes has placed their needs and perspectives at the margin of the feminist and Black liberationist agendas.

While it could be argued that this failure represents an absence of political will to include Black women, I believe that it reflects an uncritical and disturbing acceptance of dominant ways of thinking about discrimination. Consider first the definition of discrimination that seems to be operative in antidiscrimination law: Discrimination which is wrongful proceeds from the identification of a specific class or category; either a discriminator intentionally identifies this category, or a process is adopted which somehow disadvantages all members of this category.²⁹ According to the dominant view, a discriminator treats all people within a race or sex category similarly. Any significant experiential or statistical variation within this group suggests either that the group is not being discriminated against or that conflicting interests exist which de-

²⁹ In much of antidiscrimination doctrine, the presence of intent to discriminate distinguishes unlawful from lawful discrimination. See *Washington v Davis*, 426 US 229, 239-45 (1976) (proof of discriminatory purpose required to substantiate Equal Protection violation). Under Title VII, however, the Court has held that statistical data showing a disproportionate impact can suffice to support a finding of discrimination. See *Griggs*, 401 US at 432. Whether the distinction between the two analyses will survive is an open question. See *Wards Cove Packing Co., Inc. v Atonio*, 109 S Ct 2115, 2122-23 (1989) (plaintiffs must show more than mere disparity to support a prima facie case of disparate impact). For a discussion of the competing normative visions that underlie the intent and effects analyses, see Alan David Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine*, 62 Minn L Rev 1049 (1978).

feat any attempts to bring a common claim.³⁰ Consequently, one generally cannot combine these categories. Race and sex, moreover, become significant only when they operate to explicitly *disadvantage* the victims; because the *privileging* of whiteness or maleness is implicit, it is generally not perceived at all.

Underlying this conception of discrimination is a view that the wrong which antidiscrimination law addresses is the use of race or gender factors to interfere with decisions that would otherwise be fair or neutral. This process-based definition is not grounded in a bottom-up commitment to improve the substantive conditions for those who are victimized by the interplay of numerous factors. Instead, the dominant message of antidiscrimination law is that it will regulate only the limited extent to which race or sex interferes with the process of determining outcomes. This narrow objective is facilitated by the top-down strategy of using a singular “but for” analysis to ascertain the effects of race or sex. Because the scope of antidiscrimination law is so limited, sex and race discrimination have come to be defined in terms of the experiences of those who are privileged *but for* their racial or sexual characteristics. Put differently, the paradigm of sex discrimination tends to be based on the experiences of white women; the model of race discrimination tends to be based on the experiences of the most privileged Blacks. Notions of what constitutes race and sex discrimination are, as a result, narrowly tailored to embrace only a small set of circumstances, none of which include discrimination against Black women.

To the extent that this general description is accurate, the following analogy can be useful in describing how Black women are marginalized in the interface between antidiscrimination law and race and gender hierarchies: Imagine a basement which contains all people who are disadvantaged on the basis of race, sex, class, sexual preference, age and/or physical ability. These people are stacked—feet standing on shoulders—with those on the bottom being disadvantaged by the full array of factors, up to the very top, where the heads of all those disadvantaged by a singular factor brush up against the ceiling. Their ceiling is actually the floor above which only those who are *not* disadvantaged in any way reside. In efforts to correct some aspects of domination, those above the ceiling admit from the basement only those who can say that “but for” the ceiling, they too would be in the upper room. A hatch

³⁰ See, for example, *Moore*, 708 F2d at 479.

is developed through which those placed immediately below can crawl. Yet this hatch is generally available only to those who—due to the singularity of their burden and their otherwise privileged position relative to those below—are in the position to crawl through. Those who are multiply-burdened are generally left below unless they can somehow pull themselves into the groups that are permitted to squeeze through the hatch.

As this analogy translates for Black women, the problem is that they can receive protection only to the extent that their experiences are recognizably similar to those whose experiences tend to be reflected in antidiscrimination doctrine. If Black women cannot conclusively say that “but for” their race or “but for” their gender they would be treated differently, they are not invited to climb through the hatch but told to wait in the unprotected margin until they can be absorbed into the broader, protected categories of race and sex.

Despite the narrow scope of this dominant conception of discrimination and its tendency to marginalize those whose experiences cannot be described within its tightly-drawn parameters, this approach has been regarded as the appropriate framework for addressing a range of problems. In much of feminist theory and, to some extent, in antiracist politics, this framework is reflected in the belief that sexism or racism can be meaningfully discussed without paying attention to the lives of those other than the race-, gender- or class-privileged. As a result, both feminist theory and antiracist politics have been organized, in part, around the equation of racism with what happens to the Black middle-class or to Black men, and the equation of sexism with what happens to white women.

Looking at historical and contemporary issues in both the feminist and the civil rights communities, one can find ample evidence of how both communities’ acceptance of the dominant framework of discrimination has hindered the development of an adequate theory and praxis to address problems of intersectionality. This adoption of a single-issue framework for discrimination not only marginalizes Black women within the very movements that claim them as part of their constituency but it also makes the illusive goal of ending racism and patriarchy even more difficult to attain.

II. FEMINISM AND BLACK WOMEN: “AIN’T WE WOMEN?”

Oddly, despite the relative inability of feminist politics and theory to address Black women substantively, feminist theory and

tradition borrow considerably from Black women's history. For example, "Ain't I a Woman" has come to represent a standard refrain in feminist discourse.³¹ Yet the lesson of this powerful oratory is not fully appreciated because the context of the delivery is seldom examined. I would like to tell part of the story because it establishes some themes that have characterized feminist treatment of race and illustrates the importance of including Black women's experiences as a rich source for the critique of patriarchy.

In 1851, Sojourner Truth declared "Ain't I a Woman?" and challenged the sexist imagery used by male critics to justify the disenfranchisement of women.³² The scene was a Women's Rights Conference in Akron, Ohio; white male hecklers, invoking stereotypical images of "womanhood," argued that women were too frail and delicate to take on the responsibilities of political activity. When Sojourner Truth rose to speak, many white women urged that she be silenced, fearing that she would divert attention from women's suffrage to emancipation. Truth, once permitted to speak, recounted the horrors of slavery, and its particular impact on Black women:

Look at my arm! I have ploughed and planted and gathered into barns, and no man could head me—and ain't I a woman? I could work as much and eat as much as a man—when I could get it—and bear the lash as well! And ain't I a woman? I have born thirteen children, and seen most of 'em sold into slavery, and when I cried out with my mother's grief, none but Jesus heard me—and ain't I a woman?³³

By using her own life to reveal the contradiction between the ideological myths of womanhood and the reality of Black women's experience, Truth's oratory provided a powerful rebuttal to the claim that women were categorically weaker than men. Yet Truth's personal challenge to the coherence of the cult of true womanhood

³¹ See Phyllis Palmer, *The Racial Feminization of Poverty: Women of Color as Portents of the Future for All Women*, *Women's Studies Quarterly* 11:3-4 (Fall 1983) (posing the question of why "white women in the women's movement had not created more effective and continuous alliances with Black women" when "simultaneously . . . Black women [have] become heroines for the women's movement, a position symbolized by the consistent use of Sojourner Truth and her famous words, "Ain't I a Woman?").

³² See Paula Giddings, *When and Where I Enter: The Impact of Black Women on Race and Sex in America* 54 (William Morrow and Co, Inc, 1st ed 1984).

³³ Eleanor Flexner, *Century of Struggle: The Women's Rights Movement in the United States* 91 (Belknap Press of Harvard University Press, 1975). See also Bell Hooks, *Ain't I a Woman* 159-60 (South End Press, 1981).

was useful only to the extent that white women were willing to reject the racist attempts to rationalize the contradiction—that because Black women were something less than real women, their experiences had no bearing on true womanhood. Thus, this 19th-century Black feminist challenged not only patriarchy, but she also challenged white feminists wishing to embrace Black women's history to relinquish their vestedness in whiteness.

Contemporary white feminists inherit not the legacy of Truth's challenge to patriarchy but, instead, Truth's challenge to their forbearers. Even today, the difficulty that white women have traditionally experienced in sacrificing racial privilege to strengthen feminism renders them susceptible to Truth's critical question. When feminist theory and politics that claim to reflect *women's* experience and *women's* aspirations do not include or speak to Black women, Black women must ask: "Ain't We Women?" If this is so, how can the claims that "women are," "women believe" and "women need" be made when such claims are inapplicable or unresponsive to the needs, interests and experiences of Black women?

The value of feminist theory to Black women is diminished because it evolves from a white racial context that is seldom acknowledged. Not only are women of color in fact overlooked, but their exclusion is reinforced when *white* women speak for and as *women*. The authoritative universal voice—usually white male subjectivity masquerading as non-racial, non-gendered objectivity³⁴—is merely transferred to those who, but for gender, share many of the same cultural, economic and social characteristics. When feminist theory attempts to describe women's experiences through analyzing patriarchy, sexuality, or separate spheres ideology, it often overlooks the role of race. Feminists thus ignore how their own race functions to mitigate some aspects of sexism and, moreover, how it often privileges them over and contributes to the domination of other women.³⁵ Consequently, feminist theory remains *white*, and its potential to broaden and deepen its analysis by addressing non-privileged women remains unrealized.

An example of how some feminist theories are narrowly con-

³⁴ "'Objectivity' is itself an example of the reification of white male thought." Hull et al, eds, *But Some of Us Are Brave* at XXV (cited in note 1).

³⁵ For example, many white females were able to gain entry into previously all white male enclaves not through bringing about a fundamental reordering of male versus female work, but in large part by shifting their "female" responsibilities to poor and minority women.

structured around white women's experiences is found in the separate spheres literature. The critique of how separate spheres ideology shapes and limits women's roles in the home and in public life is a central theme in feminist legal thought.³⁶ Feminists have attempted to expose and dismantle separate spheres ideology by identifying and criticizing the stereotypes that traditionally have justified the disparate societal roles assigned to men and women.³⁷ Yet this attempt to debunk ideological justifications for *women's* subordination offers little insight into the domination of *Black* women. Because the experiential base upon which many feminist insights are grounded is white, theoretical statements drawn from them are overgeneralized at best, and often wrong.³⁸ Statements such as "men and women are taught to see men as independent, capable, powerful; men and women are taught to see women as dependent, limited in abilities, and passive,"³⁹ are common within this literature. But this "observation" overlooks the anomalies created by crosscurrents of racism and sexism. Black men and women live in a society that creates sex-based norms and expectations which racism operates simultaneously to deny; Black men are not viewed as powerful, nor are Black women seen as passive. An effort to develop an ideological explanation of gender domination in the Black community should proceed from an understanding of how crosscutting forces establish gender norms and how the conditions

³⁶ Feminists often discuss how gender-based stereotypes and norms reinforce the subordination of women by justifying their exclusion from public life and glorifying their roles within the private sphere. Law has historically played a role in maintaining this subordination by enforcing the exclusion of women from public life and by limiting its reach into the private sphere. See, for example, Deborah L. Rhode, *Association and Assimilation*, 81 *Nw U L Rev* 106 (1986); Frances Olsen, *From False Paternalism to False Equality: Judicial Assaults on Feminist Community, Illinois 1869-95*, 84 *Mich L Rev* 1518 (1986); Martha Minow, *Foreword: Justice Engendered*, 101 *Harv L Rev* 10 (1987); Nadine Taub and Elizabeth M. Schneider, *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law*, in David Kairys, ed., *The Politics of Law* 117-39 (Pantheon Books, 1982).

³⁷ See works cited in note 36.

³⁸ This criticism is a discrete illustration of a more general claim that feminism has been premised on white middle-class women's experience. For example, early feminist texts such as Betty Friedan's *The Feminine Mystique* (W. W. Norton, 1963), placed white middle-class problems at the center of feminism and thus contributed to its rejection within the Black community. See Hooks, *Ain't I a Woman* at 185-96 (cited in note 33) (noting that feminism was eschewed by Black women because its white middle-class agenda ignored Black women's concerns).

³⁹ Richard A. Wasserstrom, *Racism, Sexism and Preferential Treatment: An Approach to the Topics*, 24 *UCLA L Rev* 581, 588 (1977). I chose this phrase not because it is typical of most feminist statements of separate spheres; indeed, most discussions are not as simplistic as the bold statement presented here. See, for example, Taub and Schneider, *Perspectives on Women's Subordination and the Role of Law* at 117-39 (cited in note 36).

of Black subordination wholly frustrate access to these norms. Given this understanding, perhaps we can begin to see why Black women have been dogged by the stereotype of the pathological matriarch⁴⁰ or why there have been those in the Black liberation movement who aspire to create institutions and to build traditions that are intentionally patriarchal.⁴¹

Because ideological and descriptive definitions of patriarchy are usually premised upon white female experiences, feminists and others informed by feminist literature may make the mistake of assuming that since the role of Black women in the family and in other Black institutions does not always resemble the familiar manifestations of patriarchy in the white community, Black women are somehow exempt from patriarchal norms. For example, Black women have traditionally worked outside the home in numbers far exceeding the labor participation rate of white women.⁴² An analysis of patriarchy that highlights the history of white women's exclusion from the workplace might permit the inference that Black women have not been burdened by this particular gender-based expectation. Yet the very fact that Black women must work conflicts with norms that women should not, often creating personal, emotional and relationship problems in Black women's lives. Thus, Black women are burdened not only because they often have to take on responsibilities that are not traditionally feminine but, moreover, their assumption of these roles is sometimes interpreted within the Black community as either Black women's failure to live up to such norms or as another manifestation of racism's scourge upon the Black community.⁴³ This is one of the many aspects of intersectionality that cannot be understood

⁴⁰ For example, Black families have sometimes been cast as pathological largely because Black women's divergence from the white middle-class female norm. The most infamous rendition of this view is found in the Moynihan report which blamed many of the Black community's ills on a supposed pathological family structure. For a discussion of the report and its contemporary reincarnation, see pp 163-165.

⁴¹ See Hooks, *Ain't I a Woman* at 94-99 (cited in note 33) (discussing the elevation of sexist imagery in the Black liberation movement during the 1960s).

⁴² See generally Jacqueline Jones, *Labor of Love, Labor of Sorrow; Black Women, Work, and the Family from Slavery to the Present* (Basic Books, 1985); Angela Davis, *Women, Race and Class* (Random House, 1981).

⁴³ As Elizabeth Higginbotham noted, "women, who often fail to conform to 'appropriate' sex roles, have been pictured as, and made to feel, inadequate—even though as women, they possess traits recognized as positive when held by men in the wider society. Such women are stigmatized because their lack of adherence to expected gender roles is seen as a threat to the value system." Elizabeth Higginbotham, *Two Representative Issues in Contemporary Sociological Work on Black Women*, in Hull, et al, eds, *But Some of Us Are Brave* at 95 (cited in note 1).

through an analysis of patriarchy rooted in white experience.

Another example of how theory emanating from a white context obscures the multidimensionality of Black women's lives is found in feminist discourse on rape. A central political issue on the feminist agenda has been the pervasive problem of rape. Part of the intellectual and political effort to mobilize around this issue has involved the development of a historical critique of the role that law has played in establishing the bounds of normative sexuality and in regulating female sexual behavior.⁴⁴ Early carnal knowledge statutes and rape laws are understood within this discourse to illustrate that the objective of rape statutes traditionally has not been to protect women from coercive intimacy but to protect and maintain a property-like interest in female chastity.⁴⁵ Although feminists quite rightly criticize these objectives, to characterize rape law as reflecting male control over female sexuality is for Black women an oversimplified account and an ultimately inadequate account.

Rape statutes generally do not reflect *male* control over *female* sexuality, but *white* male regulation of *white* female sexuality.⁴⁶ Historically, there has been absolutely no institutional effort to regulate Black female chastity.⁴⁷ Courts in some states had gone so far as to instruct juries that, unlike white women, Black women were not presumed to be chaste.⁴⁸ Also, while it was true that the

⁴⁴ See generally Susan Brownmiller, *Against Our Will* (Simon and Schuster, 1975); Susan Estrich, *Real Rape* (Harvard University Press, 1987).

⁴⁵ See Brownmiller, *Against Our Will* at 17; see generally Estrich, *Real Rape*.

⁴⁶ One of the central theoretical dilemmas of feminism that is largely obscured by universalizing the white female experience is that experiences that are described as a manifestation of male control over females can be instead a manifestation of dominant group control over all subordinates. The significance is that other nondominant men may not share in, participate in or connect with the behavior, beliefs or actions at issue, and may be victimized themselves by "male" power. In other contexts, however, "male authority" might include nonwhite men, particularly in private sphere contexts. Efforts to think more clearly about when Black women are dominated as *women* and when they are dominated as *Black women* are directly related to the question of when power is *male* and when it is *white male*.

⁴⁷ See Note, *Rape, Racism and the Law*, 6 Harv Women's L J 103, 117-23 (1983) (discussing the historical and contemporary evidence suggesting that Black women are generally not thought to be chaste). See also Hooks, *Ain't I a Woman* at 54 (cited in note 33) (stating that stereotypical images of Black womanhood during slavery were based on the myth that "all black women were immoral and sexually loose"); Beverly Smith, *Black Women's Health: Notes for a Course*, in Hull et al, eds, *But Some of Us Are Brave* at 110 (cited in note 1) (noting that ". . . white men for centuries have justified their sexual abuse of Black women by claiming that we are licentious, always 'ready' for any sexual encounter").

⁴⁸ The following statement is probably unusual only in its candor: "What has been said by some of our courts about an unchaste female being a comparatively rare exception is no doubt true where the population is composed largely of the Caucasian race, but we would blind ourselves to actual conditions if we adopted this rule where another race that is largely

attempt to regulate the sexuality of white women placed unchaste women outside the law's protection, racism restored a fallen white woman's chastity where the alleged assailant was a Black man.⁴⁹ No such restoration was available to Black women.

The singular focus on rape as a manifestation of male power over female sexuality tends to eclipse the use of rape as a weapon of racial terror.⁵⁰ When Black women were raped by white males, they were being raped not as women generally, but as Black women specifically: Their femaleness made them sexually vulnerable to racist domination, while their Blackness effectively denied

immoral constitutes an appreciable part of the population." *Dallas v State*, 76 Fla 358, 79 So 690 (1918), quoted in Note, 6 Harv Women's L J at 121 (cited in note 47).

Espousing precisely this view, one commentator stated in 1902: "I sometimes hear of a virtuous Negro woman but the idea is so absolutely inconceivable to me . . . I cannot imagine such a creature as a virtuous Negro woman." *Id* at 82. Such images persist in popular culture. See Paul Grein, *Taking Stock of the Latest Pop Record Surprises*, LA Times § 6 at 1 (July 7, 1988) (recalling the controversy in the late 70s over a Rolling Stones recording which included the line "Black girls just wanna get fucked all night").

Opposition to such negative stereotypes has sometimes taken the form of sexual conservatism. "A desperate reaction to this slanderous myth is the attempt . . . to conform to the strictest versions of patriarchal morality." Smith, *Black Women's Health*, in Hull et al, eds, *But Some of Us Are Brave* at 111 (cited in note 1). Part of this reaction is reflected in the attitudes and policies of Black schools which have been notoriously strict in regulating the behavior of female students. See Gail Elizabeth Wyatt, *The Sexual Experience of Afro-American Women*, in Martha Kirkpatrick, ed, *Women's Sexual Experience: Exploration of the Dark Continent* 24 (Plenum, 1982) (noting "the differences between the predominantly Afro-American universities, where there was far more supervision regarding sexual behavior, and the majority of white colleges, where there were fewer curfews and restrictions placed on the resident"). Any attempt to understand and critique the emphasis on Black virtue without focusing on the racist ideology that places virtue beyond the reach of Black women would be incomplete and probably incorrect.

⁴⁹ Because of the way the legal system viewed chastity, Black women could not be victims of forcible rape. One commentator has noted that "[a]ccording to governing stereotypes [sic], chastity could not be possessed by Black women. Thus, Black women's rape charges were automatically discounted, and the issue of chastity was contested only in cases where the rape complainant was a white woman." Note, 6 Harv Women's L J at 126 (cited in note 47). Black women's claims of rape were not taken seriously regardless of the offender's race. A judge in 1912 said: "This court will never take the word of a nigger against the word of a white man [concerning rape]." *Id* at 120. On the other hand, lynching was considered an effective remedy for a Black man's rape of a white woman. Since rape of a white woman by a Black man was "a crime more horrible than death," the only way to assuage society's rage and to make the woman whole again was to brutally murder the Black man. *Id* at 125.

⁵⁰ See *The Rape of Black Women as a Weapon of Terror*, in Gerda Lerner, ed, *Black Women in White America* 172-93 (Pantheon Books, 1972). See also Brownmiller, *Against Our Will* (cited in note 44). Even where Brownmiller acknowledges the use of rape as racial terrorism, she resists making a "special case" for Black women by offering evidence that white women were raped by the Klan as well. *Id* at 139. Whether or not one considers the racist rape of Black women a "special case," such experiences are probably different. In any case, Brownmiller's treatment of the issue raises serious questions about the ability to sustain an analysis of patriarchy without understanding its multiple intersections with racism.

them any protection.⁵¹ This white male power was reinforced by a judicial system in which the successful conviction of a white man for raping a Black woman was virtually unthinkable.⁵²

In sum, sexist expectations of chastity and racist assumptions of sexual promiscuity combined to create a distinct set of issues confronting Black women.⁵³ These issues have seldom been explored in feminist literature nor are they prominent in antiracist politics. The lynching of Black males, the institutional practice that was legitimized by the regulation of white women's sexuality, has historically and contemporaneously occupied the Black agenda on sexuality and violence. Consequently, Black women are caught between a Black community that, perhaps understandably, views with suspicion attempts to litigate questions of sexual violence, and a feminist community that reinforces those suspicions by focusing on white female sexuality.⁵⁴ The suspicion is compounded

⁵¹ Lerner, *Black Women in White America* at 173.

⁵² See generally, Note, 6 *Harv Women's L J* at 103 (cited in note 47).

⁵³ Paula Giddings notes the combined effect of sexual and racial stereotypes: "Black women were seen having all of the inferior qualities of white women without any of their virtues." Giddings, *When and Where I Enter* at 82 (cited in note 32).

⁵⁴ Susan Brownmiller's treatment of the Emmett Till case illustrates why antirape politicization makes some African Americans uncomfortable. Despite Brownmiller's quite laudable efforts to discuss elsewhere the rape of Black women and the racism involved in much of the hysteria over the Black male threat, her analysis of the Till case places the sexuality of white women, rather than racial terrorism, at center stage. Brownmiller states: "Rarely has one single case exposed so clearly as Till's the underlying group-male antagonisms over access to women, for what began in Bryant's store should not be misconstrued as an innocent flirtation In concrete terms, the accessibility of all white women was on review." Brownmiller, *Against Our Will* at 272 (cited in note 44).

Later, Brownmiller argues:

And what of the wolf whistle, Till's 'gesture of adolescent bravado'? We are rightly aghast that a whistle could be cause for murder but we must also accept that Emmett Till and J. W. Millam shared something in common. They both understood that the whistle was no small tweet of hubba-hubba or melodious approval for a well-turned ankle. Given the deteriorated situation . . . it was a deliberate insult just short of physical assault, a last reminder to Carolyn Bryant that this black boy, Till, had a mind to possess her.

Id. at 273.

While Brownmiller seems to categorize the case as one that evidences a conflict over possession, it is regarded in African American history as a tragic dramatization of the South's pathological hatred and fear of African Americans. Till's body, mutilated beyond recognition, was viewed by thousands so that, in the words of Till's mother, "the world could see what they did to my boy." Juan Williams, *Standing for Justice*, in *Eyes on the Prize* 44 (Viking, 1987). The Till tragedy is also regarded as one of the historical events that bore directly on the emergence of the Civil Rights movement. "[W]ithout question it moved black America in a way the Supreme Court ruling on school desegregation could not match." *Id.* As Williams later observed, "the murder of Emmitt Till had a powerful impact on a generation of blacks. It was this generation, those who were adolescents when Till was killed, that would soon demand justice and freedom in a way unknown in America before."

by the historical fact that the protection of white female sexuality was often the pretext for terrorizing the Black community. Even today some fear that antirape agendas may undermine antiracist objectives. This is the paradigmatic political and theoretical dilemma created by the intersection of race and gender: Black women are caught between ideological and political currents that combine first to create and then to bury Black women's experiences.

III. WHEN AND WHERE I ENTER: INTEGRATING AN ANALYSIS OF SEXISM INTO BLACK LIBERATION POLITICS

Anna Julia Cooper, a 19th-century Black feminist, coined a phrase that has been useful in evaluating the need to incorporate an explicit analysis of patriarchy in any effort to address racial domination.⁵⁵ Cooper often criticized Black leaders and spokespersons for claiming to speak for the race, but failing to speak for Black women. Referring to one of Martin Delaney's public claims that where he was allowed to enter, the race entered with him, Cooper countered: "Only the Black Woman can say, when and where I enter . . . then and there the whole Negro race enters with me."⁵⁶

Cooper's words bring to mind a personal experience involving two Black men with whom I had formed a study group during our first year of law school. One of our group members, a graduate from Harvard College, often told us stories about a prestigious and exclusive men's club that boasted memberships of several past United States presidents and other influential white males. He was one of its very few Black members. To celebrate completing our first-year exams, our friend invited us to join him at the club for drinks. Anxious to see this fabled place, we approached the large door and grasped the brass door ring to announce our arrival. But our grand entrance was cut short when our friend sheepishly slipped from behind the door and whispered that he had forgotten

Id at 57. Thus, while Brownmiller looks at the Till case and sees the vicious struggle over the possession of a white woman, African Americans see the case as a symbol of the insane degree to which whites were willing to suppress the Black race. While patriarchal attitudes toward women's sexuality played a supporting role, to place white women center stage in this tragedy is to manifest such confusion over racism as to make it difficult to imagine that the white antirape movement could be sensitive to more subtle racial tensions regarding Black women's participation in it.

⁵⁵ See Anna Julia Cooper, *A Voice from the South* (Negro Universities Press, 1969 reprint of the Aldine Printing House, Ohio, 1892).

⁵⁶ Id at 31.

a very important detail. My companion and I bristled, our training as Black people having taught us to expect yet another barrier to our inclusion; even an informal one-Black-person quota at the establishment was not unimaginable. The tension broke, however, when we learned that *we* would not be excluded because of our race, but that *I* would have to go around to the back door because I was a female. I entertained the idea of making a scene to dramatize the fact that my humiliation as a female was no less painful and my exclusion no more excusable than had we all been sent to the back door because we were Black. But, sensing no general assent to this proposition, and also being of the mind that due to our race a scene would in some way jeopardize all of us, I failed to stand my ground. After all, the Club was about to entertain its first Black guests—even though one would have to enter through the back door.⁵⁷

Perhaps this story is not the best example of the Black community's failure to address problems related to Black women's intersectionality seriously. The story would be more apt if Black women, and only Black women, had to go around to the back door of the club and if the restriction came from within, and not from the outside of the Black community. Still this story does reflect a markedly decreased political and emotional vigilance toward barriers to Black women's enjoyment of privileges that have been won on the basis of race but continue to be denied on the basis of sex.⁵⁸

The story also illustrates the ambivalence among Black women about the degree of political and social capital that ought to be expended toward challenging gender barriers, particularly when the challenges might conflict with the antiracism agenda. While there are a number of reasons—including antifeminist ones—why gender has not figured directly in analyses of the subordination of Black Americans, a central reason is that race is still seen by many as the primary oppositional force in Black lives.⁵⁹ If

⁵⁷ In all fairness, I must acknowledge that my companion accompanied me to the back door. I remain uncertain, however, as to whether the gesture was an expression of solidarity or an effort to quiet my anger.

⁵⁸ To this one could easily add class.

⁵⁹ An anecdote illustrates this point. A group of female law professors gathered to discuss "Isms in the Classroom." One exercise led by Pat Cain involved each participant listing the three primary factors that described herself. Almost without exception, white women in the room listed their gender either primarily or secondarily; none listed their race. All of the women of color listed their race first, and then their gender. This seems to suggest that identity descriptions seem to begin with the primary source of opposition with whatever the dominant norm is. See Pat Cain, *Feminist Jurisprudence: Grounding the Theories* 19-20 (unpublished manuscript on file with author) (explaining the exercise and noting that "no

one accepts that the social experience of race creates both a primary group identity as well as a shared sense of being under collective assault, some of the reasons that Black feminist theory and politics have not figured prominently in the Black political agenda may be better understood.⁶⁰

The point is not that African Americans are simply involved in a more important struggle. Although some efforts to oppose Black feminism are based on this assumption, a fuller appreciation of the problems of the Black community will reveal that gender subordination does contribute significantly to the destitute conditions of so many African Americans and that it must therefore be addressed. Moreover, the foregoing critique of the single-issue framework renders problematic the claim that the struggle against racism is distinguishable from, much less prioritized over, the struggle against sexism. Yet it is also true that the politics of racial otherness that Black women experience along with Black men prevent Black feminist consciousness from patterning the development of white feminism. For white women, the creation of a consciousness that was distinct from and in opposition to that of white men figured prominently in the development of white feminist politics. Black women, like Black men, live in a community that has been defined and subordinated by color and culture.⁶¹ Although patriarchy clearly operates within the Black community, presenting yet another source of domination to which Black women are vulnerable, the racial context in which Black women find themselves makes the creation of a political consciousness that is oppositional to Black men difficult.

Yet while it is true that the distinct experience of racial otherness militates against the development of an oppositional feminist consciousness, the assertion of racial community sometimes supports defensive priorities that marginalize Black women. Black

white woman ever mentions race, whereas every woman of color does" and that, similarly, "straight women do not include 'heterosexual' . . . whereas lesbians who are open always include 'lesbian' ").

⁶⁰ For a comparative discussion of Third World feminism paralleling this observation, see Kumari Jayawardena, *Feminism and Nationalism in the Third World* 1-24 (Zed Books Ltd, 1986). Jayawardena states that feminism in the Third World has been "accepted" only within the central struggle against international domination. Women's social and political status has improved most when advancement is necessary to the broader struggle against imperialism.

⁶¹ For a discussion of how racial ideology creates a polarizing dynamic which subordinates Blacks and privileges whites, see Kimberle Crenshaw, *Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv L Rev 1331, 1371-76 (1988).

women's particular interests are thus relegated to the periphery in public policy discussions about the presumed needs of the Black community. The controversy over the movie *The Color Purple* is illustrative. The animating fear behind much of the publicized protest was that by portraying domestic abuse in a Black family, the movie confirmed the negative stereotypes of Black men.⁶² The debate over the propriety of presenting such an image on the screen overshadowed the issue of sexism and patriarchy in the Black community. Even though it was sometimes acknowledged that the Black community was not immune from domestic violence and other manifestations of gender subordination, some nevertheless felt that in the absence of positive Black male images in the media, portraying such images merely reinforced racial stereotypes.⁶³ The struggle against racism seemed to compel the subordination of certain aspects of the Black female experience in order to ensure the security of the larger Black community.

The nature of this debate should sound familiar to anyone who recalls Daniel Moynihan's diagnosis of the ills of Black America.⁶⁴ Moynihan's report depicted a deteriorating Black family, foretold the destruction of the Black male householder and lamented the creation of the Black matriarch. His conclusions prompted a massive critique from liberal sociologists⁶⁵ and from civil rights leaders.⁶⁶ Surprisingly, while many critics characterized the report as racist for its blind use of white cultural norms as the standard for evaluating Black families, few pointed out the sexism apparent in Moynihan's labeling Black women as pathological for their "failure" to live up to a white female standard of motherhood.⁶⁷

⁶² Jack Matthews, *Three Color Purple Actresses Talk About Its Impact*, LA Times § 6 at 1 (Jan 31, 1986); Jack Matthews, *Some Blacks Critical of Spielberg's Purple*, LA Times § 6 at 1 (Dec 20, 1985). But see Gene Siskel, *Does Purple Hate Men?*, Chicago Tribune § 13 at 16 (Jan 5, 1986); Clarence Page, *Toward a New Black Cinema*, Chicago Tribune § 5 at 3 (Jan 12, 1986).

⁶³ A consistent problem with any negative portrayal of African Americans is that they are seldom balanced by positive images. On the other hand, most critics overlooked the positive transformation of the primary male character in *The Color Purple*.

⁶⁴ Daniel P. Moynihan, *The Negro Family: The Case for National Action* (Office of Policy Planning and Research, United States Department of Labor, 1965).

⁶⁵ See Lee Rainwater and William L. Yancey, *The Moynihan Report and the Politics of Controversy* 427-29 (MIT Press, 1967) (containing criticisms of the Moynihan Report by, among others, Charles E. Silberman, Christopher Jencks, William Ryan, Laura Carper, Frank Riessman and Herbert Gans).

⁶⁶ Id at 395-97 (critics included Martin Luther King, Jr., Benjamin Payton, James Farmer, Whitney Young, Jr. and Bayard Rustin).

⁶⁷ One of the notable exceptions is Jacquelyne Johnson Jackson, *Black Women in a*

The latest versions of a Moynihanesque analysis can be found in the Moyers televised special, *The Vanishing Black Family*,⁶⁸ and, to a lesser extent, in William Julius Wilson's *The Truly Disadvantaged*.⁶⁹ In *The Vanishing Black Family*, Moyers presented the problem of female-headed households as a problem of irresponsible sexuality, induced in part by government policies that encouraged family breakdown.⁷⁰ The theme of the report was that the welfare state reinforced the deterioration of the Black family by rendering the Black male's role obsolete. As the argument goes, because Black men know that someone will take care of their families, they are free to make babies and leave them. A corollary to the Moyers view is that welfare is also dysfunctional because it allows poor women to leave men upon whom they would otherwise be dependent.

Most commentators criticizing the program failed to pose challenges that might have revealed the patriarchal assumptions underlying much of the Moyers report. They instead focused on the dimension of the problem that was clearly recognizable as racist.⁷¹ White feminists were equally culpable. There was little, if any, published response to the Moyers report from the white feminist community. Perhaps feminists were under the mistaken assumption that since the report focused on the Black community,

Racist Society, in *Racism and Mental Health* 185-86 (University of Pittsburgh Press, 1973).

⁶⁸ *The Vanishing Black Family* (PBS Television Broadcast, January 1986).

⁶⁹ William Julius Wilson, *The Truly Disadvantaged: The Inner City, The Underclass and Public Policy* (The University of Chicago Press, 1987).

⁷⁰ Columnist Mary McGrory, applauding the show, reported that Moyers found that sex was as common in the Black ghetto as a cup of coffee. McGrory, *Moynihan was Right 21 Years Ago*, *The Washington Post* B1 and B4 (Jan 26, 1986). George Will argued that over-sexed Black men were more of a menace than Bull Connor, the Birmingham Police Chief who in 1968 achieved international notoriety by turning fire hoses on protesting school children. George Will, *Voting Rights Won't Fix It*, *The Washington Post* A23 (Jan 23, 1986).

My guess is that the program has influenced the debate about the so-called underclass by providing graphic support to pre-existing tendencies to attribute poverty to individual immorality. During a recent and memorable discussion on the public policy implications of poverty in the Black community, one student remarked that nothing can be done about Black poverty until Black men stop acting like "roving penises," Black women stop having babies "at the drop of a hat," and they all learn middle-class morality. The student cited the Moyers report as her source.

⁷¹ Although the nearly exclusive focus on the racist aspects of the program poses both theoretical and political problems, it was entirely understandable given the racial nature of the subsequent comments that were sympathetic to the Moyers view. As is typical in discussions involving race, the dialogue regarding the Moyers program covered more than just the issue of Black families; some commentators took the opportunity to indict not only the Black underclass, but the Black civil rights leadership, the war on poverty, affirmative action and other race-based remedies. See, for example, Will, *Voting Rights Won't Fix It* at A23 (cited in note 70).

the problems highlighted were racial, not gender based. Whatever the reason, the result was that the ensuing debates over the future direction of welfare and family policy proceeded without significant feminist input. The absence of a strong feminist critique of the Moynihan/Moyers model not only impeded the interests of Black women, but it also compromised the interests of growing numbers of white women heads of household who find it difficult to make ends meet.⁷²

William Julius Wilson's *The Truly Disadvantaged* modified much of the moralistic tone of this debate by reframing the issue in terms of a lack of marriageable Black men.⁷³ According to Wilson, the decline in Black marriages is not attributable to poor motivation, bad work habits or irresponsibility but instead is caused by structural economics which have forced Black unskilled labor out of the work force. Wilson's approach represents a significant move away from that of Moynihan/Moyers in that he rejects their attempt to center the analysis on the morals of the Black community. Yet, he too considers the proliferation of female-headed households as dysfunctional *per se* and fails to explain fully why such households are so much in peril. Because he incorporates no analysis of the way the structure of the economy and the workforce subordinates the interests of women, especially childbearing Black women, Wilson's suggested reform begins with finding ways to put Black men back in the family.⁷⁴ In Wilson's view, we must change the economic structure with an eye toward providing more Black jobs for Black men. Because he offers no critique of sexism, Wilson fails to consider economic or social reorganization that directly empowers and supports these single Black mothers.⁷⁵

⁷² Their difficulties can also be linked to the prevalence of an economic system and family policy that treat the nuclear family as the norm and other family units as aberrant and unworthy of societal accommodation.

⁷³ Wilson, *The Truly Disadvantaged* at 96 (cited in note 69).

⁷⁴ Id at 154 (suggestions include macroeconomic policies which promote balanced economic growth, a nationally-oriented labor market strategy, a child support assurance program, a child care strategy, and a family allowances program which would be both means tested and race specific).

⁷⁵ Nor does Wilson include an analysis of the impact of gender on changes in family patterns. Consequently, little attention is paid to the conflict that may result when gender-based expectations are frustrated by economic and demographic factors. This focus on demographic and structural explanations represent an effort to regain the high ground from the Moyers/Moynihan approach which is more psycho-social. Perhaps because psycho-social explanations have come dangerously close to victim-blaming, their prevalence is thought to threaten efforts to win policy directives that might effectively address deteriorating conditions within the working class and poor Black communities. See Kimberle Crenshaw, *A Comment on Gender, Difference, and Victim Ideology in the Study of the Black Family*, in

My criticism is not that providing Black men with jobs is undesirable; indeed, this is necessary not only for the Black men themselves, but for an entire community, depressed and subject to a host of sociological and economic ills that accompany massive rates of unemployment. But as long as we assume that the massive social reorganization Wilson calls for is possible, why not think about it in ways that maximize the choices of Black women?⁷⁶ A more complete theoretical and political agenda for the Black underclass must take into account the specific and particular concerns of Black women; their families occupy the bottom rung of the economic ladder, and it is only through placing them at the center of the analysis that their needs and the needs of their families will be directly addressed.⁷⁷

IV. EXPANDING FEMINIST THEORY AND ANTIRACIST POLITICS BY EMBRACING THE INTERSECTION

If any real efforts are to be made to free Black people of the constraints and conditions that characterize racial subordination, then theories and strategies purporting to reflect the Black community's needs must include an analysis of sexism and patriarchy. Similarly, feminism must include an analysis of race if it hopes to express the aspirations of non-white women. Neither Black liberationist politics nor feminist theory can ignore the intersectional experiences of those whom the movements claim as their respective constituents. In order to include Black women, both movements must distance themselves from earlier approaches in which experiences are relevant only when they are related to certain clearly identifiable causes (for example, the oppression of Blacks is significant when based on race, of women when based on gender). The praxis of both should be centered on the life chances and life situations of people who should be cared about without regard to the source of their difficulties.

I have stated earlier that the failure to embrace the complexities of compoundedness is not simply a matter of political will, but

The Decline of Marriage Among African Americans: Causes, Consequences and Policy Implications (forthcoming 1989).

⁷⁶ For instance, Wilson only mentions in passing the need for day care and job training for single mothers. Wilson at 153 (cited in note 69). No mention at all is made of other practices and policies that are racist and sexist, and that contribute to the poor conditions under which nearly half of all Black women must live.

⁷⁷ Pauli Murray observes that the operation of sexism is at least the partial cause of social problems affecting Black women. See Murray, *The Liberation of Black Women*, in Jo Freeman, ed, *Women: A Feminist Perspective* 351-62 (Mayfield Publishing Co, 1975).

is also due to the influence of a way of thinking about discrimination which structures politics so that struggles are categorized as singular issues. Moreover, this structure imports a descriptive and normative view of society that reinforces the status quo.

It is somewhat ironic that those concerned with alleviating the ills of racism and sexism should adopt such a top-down approach to discrimination. If their efforts instead began with addressing the needs and problems of those who are most disadvantaged and with restructuring and remaking the world where necessary, then others who are singularly disadvantaged would also benefit. In addition, it seems that placing those who currently are marginalized in the center is the most effective way to resist efforts to compartmentalize experiences and undermine potential collective action.

It is not necessary to believe that a political consensus to focus on the lives of the most disadvantaged will happen tomorrow in order to recenter discrimination discourse at the intersection. It is enough, for now, that such an effort would encourage us to look beneath the prevailing conceptions of discrimination and to challenge the complacency that accompanies belief in the effectiveness of this framework. By so doing, we may develop language which is critical of the dominant view and which provides some basis for unifying activity. The goal of this activity should be to facilitate the inclusion of marginalized groups for whom it can be said: "When they enter, we all enter."

