

CALCIO PROFESSIONISTICO E DISCRIMINAZIONI FONDATE SULLE TENDENZE SESSUALI

di STEFANO BASTIANON*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda decisa dalla Corte di giustizia nella causa C-81/12 *ACCEPT/CNCD*. – 3. La nozione di “discriminazione diretta” ai sensi dell’art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/78. – 4. Il ruolo del Sig. Becali e le differenze rispetto alla vicenda *Feryn*. – 5. Portata e limiti dell’onere probatorio previsto dall’art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78. – 6. Il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicabili in caso di accertate discriminazioni.

1. Premessa.

Da un punto di vista generale si può senz’altro affermare che lo sport rappresenta un settore economico, sociale e culturale caratterizzato ancor oggi da marcate disparità di genere¹. La più evidente ed apertamente riconosciuta di tali disparità è quella relativa alla minor rilevanza generalmente attribuita allo sport femminile rispetto a quello maschile. Seppur con alcune (rilevanti) eccezioni (si pensi, ad esempio, al nuoto sincronizzato e alla ginnastica ritmica, discipline sportive in relazione alle quali la partecipazione ai Giochi olimpici o alle grandi manifestazioni internazionali è riservata soltanto alle donne, oppure a una disciplina come il tennis ove la fama e il successo di atlete del calibro di Martina Navratilova, Chris Evert, Steffi Graff o le sorelle Williams non sono certamente inferiori a quelli di John McEnroe, Bjorn Borg, Ivan Lendl, Roger Federer o Rafael Nadal), lo sport maschile rappresenta nell’immaginario collettivo, e quindi anche in quello degli *sponsor*, dei mezzi di informazione e degli organizzatori di eventi sportivi, il genere di riferimento. Piaccia o no, si deve prendere atto che, ancor oggi, alcuni sport sono appannaggio esclusivo degli uomini (Formula 1, motociclismo), mentre per altri sport la rilevanza delle competizioni femminili è decisamente inferiore rispetto a quella delle analoghe competizioni maschili (calcio, basket, ciclismo, pugilato, rugby).

Non meno rilevante si presenta la maggior attenzione riservata dai mezzi di informazione agli eventi sportivi nei quali gareggiano atleti normodotati, rispetto a quelli riservati agli atleti diversamente abili, nonostante molto spesso, da un punto di vista prettamente atletico, le *performances* di questi ultimi si

* Professore associato di Diritto dell’Unione Europea nell’Università di Bergamo.

¹Anche di recente l’Unione europea ha sottolineato la propria attenzione a tale fenomeno, come dimostra la prima conferenza europea sulla parità di genere nello sport svoltasi a Vilnius il 3 e 4 dicembre 2013. I documenti presentati durante la conferenza possono essere consultati su www.ec.europa.eu/sport/events/2013/20131203-gender_en.htm. Inoltre, si osserva che la parità di genere costituisce una delle aree tematiche individuate come prioritarie dalla Commissione nel proprio programma di lavoro per il triennio 2014-2017. Cfr. la Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 21 maggio 2014, sul piano di lavoro dell’Unione europea per lo sport (2014 - 2017), in *G.U.U.E.* del 14 giugno 2014, C 183, p.12.

rivelino ancor più straordinarie di quelle degli atleti normodotati.

Sotto altro profilo, inoltre, si osserva che il settore sportivo si è sempre caratterizzato storicamente per una forte e marcata separazione tra il genere maschile e quello femminile, tanto che la regola che prevede competizioni separate per gli uomini e per le donne costituisce ancor oggi la chiave di volta dell'intero movimento sportivo.

Non deve stupire, ma certamente far riflettere, il fatto che le istanze relative all'uguaglianza di genere continuino a trovare nel mondo sportivo ostacoli sociali e culturali anche maggiori di quelli che si possono riscontrare in altri settori della vita economica, accompagnati dal persistere di tabù e recondite paure di ciò che viene percepito come "diverso" e come tale "esterno" al mondo sportivo, soprattutto con riferimento alle tendenze sessuali degli atleti. Sebbene, anche nel passato, non siano mancati casi di *coming out* da parte di atleti (si pensi alle tenniste Billie Jean King e a Martina Navratilova o al tuffatore Greg Luganis), ancor oggi il numero di atleti che, ancora in attività, decidono di rivelare le loro tendenze sessuali è assai limitato. Basti pensare che il primo atleta dello sport professionistico a stelle e strisce a dichiararsi omosessuale è stato il cestista NBA Jason Collins (Washington Wizard) nel mese di aprile 2013².

In tale contesto la sentenza della Corte di giustizia del 25 aprile 2013 di seguito esaminata si segnala perlomeno per due motivi: in primo luogo, in quanto tale pronuncia rappresenta la prima applicazione concreta della direttiva 2000/78 in un caso di discriminazione fondata sulle tendenze sessuali; in secondo luogo, in quanto prima di tale pronuncia le problematiche di genere connesse al mondo sportivo non erano mai state portate all'attenzione della Corte di giustizia.

2. La vicenda decisa dalla Corte di giustizia nella causa C-81/12 ACCEPT/CNCD.

I fatti che hanno portato la Corte di giustizia a rendere quella che costituisce la prima pronuncia del supremo organo giurisdizionale europeo in materia di parità di trattamento nell'ambito del settore del calcio professionistico possono essere così riassunti.

Nell'ambito di un'intervista rilasciata dal Sig. Becali, azionista e principale dirigente della società calcistica rumena FC Steaua, in ordine al possibile trasferimento di un giocatore professionista dalle presunte tendenze omosessuali, il Sig. Becali aveva reso dichiarazioni del seguente tenore: «Neppure se dovesse chiudere la [FC Steaua] prenderei in squadra un omosessuale»; «Non c'è posto per un gay nella mia famiglia e la [FC] Steaua è la mia famiglia. Piuttosto che avere un omosessuale in campo, meglio prendere un junior. Non si tratta di discriminazione. Nessuno mi può obbligare a lavorare con qualcuno. Come loro hanno dei diritti, anch'io ho il diritto di lavorare con chi mi pare. Se anche Dio mi dicesse in sogno che al 100% [il giocatore] non è omosessuale, non lo prenderei! Anche se [la squadra attuale del giocatore] me lo desse gratis, non lo prenderei! Potrebbe anche essere il più grande attaccabrighe e il più grande ubriaccone, ma se è omosessuale non voglio più sentirne parlare».

² Cfr. www.sportsillustrated.cnn.com/magazine/news/20130429/jason-collins-gay-nba-player

Di fronte a tali dichiarazioni, l'ACCEPT (organizzazione non governativa che persegue la finalità di promuovere e tutelare i diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali e transessuali – LGBT) decideva di presentare al Consiglio nazionale per la lotta alle discriminazioni (CNCD) una denuncia contro il Sig. Becali e l'FC Steaua sul presupposto che: a) il Sig. Becali aveva posto in essere una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali, così violando il principio di uguaglianza in materia di assunzioni e ledendo la dignità delle persone omosessuali; b) l'FC Steaua non si era mai dissociata dalle dichiarazioni del suo dirigente, ed anzi aveva confermato che la linea seguita dalla società in materia di ingaggio dei calciatori era quella di non ingaggiare atleti omosessuali in quanto «la squadra è come una famiglia e che la presenza in squadra di un omosessuale avrebbe creato tensioni nella squadra e tra gli spettatori»; c) le affermazioni del Sig. Becali avevano condotto al fallimento della stipula di un contratto di lavoro con il giocatore in questione.

Ad avviso del CNDC la vicenda denunciata dall'ACCEPT non poteva essere ricondotta nell'ambito di applicazione di un (eventuale) rapporto di lavoro in considerazione del fatto che le dichiarazioni rese dal Sig. Becali non potevano essere considerate provenienti da un datore di lavoro o da una persona incaricata delle assunzioni da parte dell'FC Steaua; tuttavia, le dichiarazioni del Sig. Becali dovevano essere considerate delle molestie integranti gli estremi della discriminazione in quanto consistenti in un comportamento indesiderato avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Considerato, inoltre, che al momento della decisione del CNDC erano trascorsi più di sei mesi dai fatti, in conformità al diritto rumeno il CNDC aveva inflitto al Sig. Becali la (sola) sanzione dell'ammonimento.

A seguito di impugnazione della decisione del CNDC da parte dell'ACCEPT di fronte alla Corte di appello di Bucarest, quest'ultima decideva di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti quattro questioni pregiudiziali: a) se può ritenersi sussistente una discriminazione diretta ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/78 nel caso in cui un azionista di una società calcistica che si presenta ed è considerato dai *mass media* e nella società come il principale dirigente di tale società calcistica renda dichiarazioni del tenore analogo a quanto riportato dall'ACCEPT nella propria denuncia al CNDC; b) se tali dichiarazioni possono essere considerate come fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta ex art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78; c) se l'inversione dell'onere della prova previsto dall'art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78 che impone alla convenuta di dimostrare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento e di provare che le tendenze sessuali non incidono sull'assunzione può costituire una *probatio diabolica*; d) se l'impossibilità prevista dal diritto rumeno di applicare la sanzione dell'ammenda pecuniaria dopo la scadenza di un termine di prescrizione di sei mesi decorrente dalla data in cui è stato compiuto il fatto si pone in contrasto con l'art. 17 della direttiva 2000/78 che prevede che le sanzioni in caso di discriminazioni siano effettive, proporzionate e dissuasive.

3. *La nozione di “discriminazione diretta” ai sensi dell'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/78.*

In base all'art. 2, par. 2, lett. a) della direttiva 2000/78 «sussiste una discriminazione diretta quando, sulla base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'art. 1 [religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali], una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga»³. A tale riguardo deve segnalarsi che la giurisprudenza della Corte di giustizia, in relazione alla direttiva 2000/43 relativa alla lotta alle discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento⁴, ha avuto modo di precisare che la nozione di discriminazione diretta prescinde dall'esistenza di un denunciante identificabile che asserisca di essere stato vittima di una discriminazione. Secondo la Corte di giustizia, infatti, la circostanza che un datore di lavoro dichiari pubblicamente che non assumerà lavoratori dipendenti aventi una certa origine etnica o razziale configura a tutti gli effetti una discriminazione diretta nella procedura di assunzione, posto che una simile dichiarazione è evidentemente idonea a dissuadere fortemente determinati candidati dal proporre le loro candidature, ostacolandone il loro accesso al mercato del lavoro⁵. Ancora più esplicite si presentano le *Conclusioni* dell'Avvocato generale Poirares Maduro secondo cui un'interpretazione che limitasse la portata della direttiva ai soli casi di denunciati identificabili rischierebbe di compromettere l'effettività stessa del principio della parità di trattamento in materia di lavoro. Secondo l'Avvocato generale, infatti, «in tutte le procedure di assunzione, la principale «selezione» ha luogo tra coloro che si presentano e coloro che non lo fanno. Non ci si può legittimamente aspettare che qualcuno si candidi a un posto di lavoro se sa in anticipo che, a causa della sua origine razziale o etnica, non ha alcuna possibilità di essere assunto. Pertanto, la dichiarazione pubblica di un datore di lavoro, secondo cui le persone di una determinata origine razziale o etnica non devono presentarsi, ha un effetto tutt'altro che ipotetico. Ignorare che ciò costituisce un atto discriminatorio significherebbe ignorare la realtà sociale, in cui siffatte dichiarazioni hanno inevitabilmente un impatto umiliante e demoralizzante sulle persone aventi quell'origine che intendano accedere al mercato del lavoro e, in particolare, su quelle che sarebbero state interessate ad essere assunte presso il datore di lavoro in questione»⁶. Inoltre, secondo l'Avvocato generale il datore di lavoro che manifesta pubblicamente la propria intenzione di non

³ 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, in *G.U.C.E.*, 2 dicembre 2000, L 303, p. 16

⁴ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *G.U.C.E.*, 19 luglio 2000, L 180 p. 22.

⁵ Corte di giustizia, sentenza 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, in *Raccolta*, p. 5187, punto 28. In dottrina, J. CAVALLINI, *Une déclaration publique d'un employeur peut constituer en elle-même une discrimination fondée sur la race ou l'ethnie*, in *La Semaine Juridique – Social*, 2008, n. 1520, p. 25-26; L. FABIANO, *“Le parole come pietre” nel diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 2054; F. SAVINO, *Discriminazione razziale e criteri di selezione del personale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, 1, p. 243.

⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poirares Maduro, presentate il 12 marzo 2008, in *Raccolta*, p. 5187, punto 15

assumere persone di una determinata origine razziale o etnica esclude di fatto tale persone dalla procedura di assunzione e dall'occupazione presso la propria azienda. Egli infatti, «non si limita a parlare di discriminazione, bensì *discrimina*»⁷. E ancora. Secondo l'Avvocato generale «si perverrebbe a risultati imbarazzanti se, per qualche motivo, una discriminazione di questo tipo fosse del tutto esclusa dall'ambito di applicazione della direttiva, in quanto gli Stati membri sarebbero implicitamente autorizzati, in forza della stessa, a consentire ai datori di lavoro di distinguere effettivamente i candidati in ragione dell'origine razziale o etnica, semplicemente rendendo pubblico in anticipo, nel modo più chiaro possibile, il carattere discriminatorio della loro politica di assunzione. In tal modo, la più impudente strategia di assunzione discriminatoria potrebbe anche trasformarsi nella più «premiante». È evidente che ciò comprometterebbe – anziché promuoverle – le condizioni per un mercato del lavoro favorevole all'integrazione sociale. In breve, verrebbe vanificato lo scopo stesso della direttiva se le dichiarazioni rese pubblicamente da un datore di lavoro nell'ambito di una campagna di assunzione, secondo cui non sarebbero accettate le candidature delle persone di una determinata origine etnica, esulassero dalla nozione di discriminazione diretta»⁸.

Tale interpretazione estensiva della nozione di discriminazione diretta sancita nella sentenza *Feryn*, e ribadita dalla Corte di giustizia nella vicenda relativa al sig. Becali, trova ulteriore fondamento nell'art. 13 TCE (ora art. 19 TFUE) che costituisce la base giuridica della direttiva 2000/78. Proprio l'Avvocato generale Poirares Maduro, nelle Conclusioni relative alla causa (C-303/06) *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, ha evidenziato che «l'art. 13 CE è un'espressione dell'impegno dell'ordinamento giuridico comunitario nell'assicurare il principio di parità di trattamento e di non discriminazione. Pertanto, qualunque interpretazione di questo articolo, nonché delle direttive adottate su tale fondamento giuridico, deve essere intrapresa alla luce della giurisprudenza della Corte su tali principi. La direttiva stessa enuncia, all'art. 1, che il suo obiettivo è quello di «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni (...) al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento». La giurisprudenza della Corte è chiara quanto al ruolo della parità di trattamento e del divieto di discriminazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario. L'uguaglianza non è soltanto un ideale politico e un'aspirazione, ma uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Come la Corte ha dichiarato nella sentenza *Mangold*, la direttiva costituisce un aspetto pratico del principio di uguaglianza»⁹.

4. *Il ruolo del Sig. Becali e le differenze rispetto alla vicenda Feryn.*

Nella vicenda *Feryn* le dichiarazioni discriminatorie nei confronti dei lavoratori di origine marocchina erano state fatte pubblicamente dal Sig. Pascal Feryn, uno degli amministratori dell'impresa Firma Feryn NV, vale a dire un soggetto in grado giuridicamente di determinare la politica delle assunzioni di

⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poirares Maduro, cit., punto 16.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poirares Maduro, cit., punto 17.

⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poirares Maduro presentate il 31 gennaio 2008, in *Raccolta*, p. I-5603, punto 8.

tale società. Per contro, nella vicenda ACCEPT/CNCD il ruolo del Sig. Becali risultava ben più controverso. Da un punto di vista strettamente giuridico, infatti, si osserva che nel momento in cui il Sig. Becali rendeva le dichiarazioni oggetto di causa (13 febbraio 2010) lo stesso aveva già ceduto le azioni detenute nella FC Steaua (8 febbraio 201), ma doveva ritenersi a tutti gli effetti ancora azionista, posto che in base al diritto rumeno la vendita di azioni societarie è opponibile ai terzi soltanto a far data dal giorno in cui la vendita è stata resa pubblica mediante iscrizione nel registro del commercio (23 febbraio 2010). Sotto altro profilo, invece, si osserva che il Sig. Becali da tempo era considerato il vero padre e padrone della FC Steaua, a prescindere dai suoi effettivi poteri all'interno della società, tanto da poter essere percepito come il principale dirigente (e finanziatore) della squadra di calcio, pur difettando dei poteri per impegnare giuridicamente la società o rappresentarla in materia di ingaggi dei giocatori.

Sul punto, tuttavia, la Corte di giustizia sottolinea che dalla citata sentenza *Feryn* non traspare che, affinché sia dimostrata, a norma dell'art. 10, par. 1, della direttiva 2007/78, l'esistenza di "fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione", l'autore delle dichiarazioni relative alla politica delle assunzioni di una determinata entità debba per forza giuridicamente disporre della capacità di definire in modo diretto tale politica o di vincolare o rappresentare questa entità in materia di assunzioni. Secondo i giudici europei, infatti, la mera circostanza che dichiarazioni *de quibus* non provengano direttamente da una determinata parte convenuta non necessariamente impedisce che si possa dichiarare, nei confronti di tale parte, l'esistenza di "fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione" nell'accezione dell'art. 10, par. 1, della direttiva 2000/78. Sulla scorta di tali considerazioni, la conclusione cui perviene la Corte di giustizia è *tranchante*: «se ne evince che un datore di lavoro convenuto non può confutare l'esistenza di fatti che consentono di presumere che egli conduca una politica di assunzione discriminatoria limitandosi ad affermare che le dichiarazioni che suggeriscono l'esistenza di una politica di assunzioni omofoba provengono da una persona che, pur affermando di ricoprire un ruolo importante nella gestione di tale soggetto datore di lavoro, e pur sembrando titolare di tale ruolo, non è giuridicamente titolata ad assumere decisioni che lo vincolano in materia di assunzioni»¹⁰.

5. *Portata e limiti dell'onere probatorio previsto dall'art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78.*

Una volta riconosciuto che le dichiarazioni del Sig. Becali potevano essere considerate come "fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste una discriminazione" fondata sulle tendenze sessuali, la Corte di giustizia fornisce la propria interpretazione in ordine alla disposizione di cui all'art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78. In base a tale norma, infatti, il recepimento della direttiva comportava l'obbligo per gli Stati membri di assicurare che, allorché persone che si ritengono lese dalla mancata applicazione nei loro riguardi del principio

¹⁰ Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 2013, causa C-81/12 *Asociatia ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*, consultabile su www.curia.europa.eu, punto 49.

della parità di trattamento espongono, davanti alle competenti autorità nazionali, fatti dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, incomba alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento. Secondo il giudice del rinvio, tuttavia, per effetto di tale disposizione la prova richiesta avrebbe potuto configurarsi come una sorta di *probatio diabolica*, se non addirittura impossibile, posto che per vincere la presunzione a proprio carico la squadra avrebbe dovuto fornire la prova di aver ingaggiato giocatori senza tenere conto delle loro tendenze sessuali, con il concreto rischio, così facendo, di ledere il diritto al rispetto alla vita privata.

Senonché, la Corte di giustizia, al punto 58 della sentenza, fugava ogni dubbio del giudice del rinvio sottolineando che, «nel contesto della valutazione complessiva che il giudice nazionale sarebbe chiamato ad operare, l'apparenza di una discriminazione fondata sulle tendenze sessuali potrebbe essere confutata mediante una serie di indizi concordanti (...). Tra tali indizi potrebbero annoverarsi, tra l'altro, una reazione del convenuto interessato, in forma di netto distanziamento rispetto alle dichiarazioni pubbliche che hanno determinato l'apparenza di discriminazione, nonché l'esistenza di disposizioni espresse in materia di politica delle assunzioni di tale parte dirette a garantire l'osservanza del principio della parità di trattamento ai sensi della direttiva 2000/78»¹¹.

Con riferimento a tale particolare profilo la sentenza della Corte di giustizia sembra seguire una traiettoria (necessariamente) diversa rispetto a quanto affermato a proposito delle discriminazioni fondate sull'origine etnica o sul sesso (e non già sulle tendenze sessuali). Nella sentenza *Feryn*, infatti, il giudice europeo, pur limitandosi a sancire il principio secondo cui spetta al giudice nazionale valutare la portata degli elementi che il datore di lavoro adduce a sostegno delle proprie affermazioni di non aver violato il principio della parità di trattamento, non aveva mancato di sottolineare che, al fine di vincere la presunzione di discriminazione a suo carico, il datore di lavoro ben potrebbe, in particolare, dimostrare che la prassi effettiva di assunzione della propria impresa non corrisponde alle dichiarazioni da cui era stata dedotta la presunzione di una discriminazione. Come riconosciuto dallo stesso Avvocato generale Poiates Maduro nelle *Conclusioni* relative alla causa *Feryn*, l'inversione dell'onere probatorio previsto nei casi di (presunte) discriminazioni fondate sull'origine etnica risulta in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni fondate sul sesso in base alla quale di fronte ad una situazione di discriminazione, è il datore di lavoro che deve provare l'esistenza di motivi obiettivi che giustifichino l'accertata differenza di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile¹².

¹¹ Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 2013, causa C-81/12 *Asociatia ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*, cit., punto 58.

¹² Corte di giustizia, sentenza 30 marzo 2000, causa C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen contro Örebro läns landsting*, in *Raccolta*, p.1-2189. Per un commento v. D. IZZI, *Problemi relativi all'applicazione del principio di parità retributiva tra uomini e donne*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p.1263; D. GOTTARDI, *Trattamenti retributivi differenziati e principio di parità uomo-donna: la Corte CEE restringe il confronto alla sola retribuzione base*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, p.898. Sentenza 10 marzo 2005, causa C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi v Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, in

In entrambi i casi, pertanto, il meccanismo sopra descritto pone a carico dell'autore della presunta condotta discriminatoria l'onere di fornire la prova positiva circa l'assenza di alcuna discriminazione. Sennonché, mentre nel caso di presunte discriminazioni sul sesso o sull'origine etnica tale prova positiva non sembra incontrare particolari ostacoli ben potendo il datore di lavoro fornire la prova che, in passato, erano state assunte persone appartenenti ai gruppi etnici oggetto delle presunte discriminazioni, nel caso delle discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali una simile prova potrebbe effettivamente ledere il diritto al rispetto alla vita privata. Per tale motivo, la Corte di giustizia ritiene che nel caso di discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali il datore di lavoro può assolvere l'onere probatorio a suo carico allegando una serie di indizi concordanti, tra i quali vengono annoverati, a titolo d'esempio, «una reazione del convenuto interessato, in forma di netto distanziamento rispetto alle dichiarazioni pubbliche che hanno determinato l'apparenza di discriminazione, nonché l'esistenza di disposizioni espresse in materia di politica delle assunzioni di tale parte dirette a garantire l'osservanza del principio della parità di trattamento ai sensi della direttiva 2000/78»¹³.

Si tratta, come è facile intuire, della classica soluzione di compromesso la quale, consente alla Corte di giustizia, da un lato, di salvare il meccanismo dell'onere probatorio di cui all'art. 10, par. 1 della direttiva 2000/78 e, dall'altro lato, di conciliare tale meccanismo con il principio al rispetto della vita privata. Sennonché, come tutte le soluzioni di compromesso, anche quella in esame sembra prestare il fianco a facili aggiramenti: in presenza, infatti, di presunte dichiarazioni discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali, sarà sufficiente alla parte interessata prendere formalmente le distanze da tali dichiarazioni e dimostrare che l'azienda si è dotata, anche solo formalmente, di disposizioni dirette a garantire il principio della parità di trattamento per vincere la presunzione a proprio carico, senza peraltro che gli indizi richiamati dalla Corte di giustizia consentano effettivamente di escludere l'esistenza di una politica discriminatoria¹⁴.

Raccolta, p. I-1789. Per un commento v. A. OCCHINO, *La Corte di giustizia torna sulla parità tra uomini e donne: l'astratta giustificabilità della discriminazione diretta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, p. 3.

¹³ Corte di giustizia, sentenza 25 aprile 2013, causa C-81/12 *Asociatia ACCEPT c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*, cit., punto 58.

¹⁴ A tale proposito si osserva che in base all'art. 23 del regolamento UEFA sulle licenze per club e sul fair-play finanziario «the licence applicant must establish and apply a policy to tackle racism and discrimination in football in line with UEFA's 10-point plan on racism as defined in the *UEFA Safety and Security Regulations*». Tali dieci punti contro il razzismo possono essere così indicati: «1. Issue a statement saying that racism or any other kind of discrimination will not be tolerated, spelling out the action that will be taken against those who engage in racist chanting. The statement should be printed in all match programmes and displayed permanently and prominently around the ground. 2. Make public address announcements condemning racist chanting at matches. 3. Make it a condition for season-ticket holders that they do not take part in racist abuse. 4. Take action to prevent the sale of racist literature inside and around the ground. 5. Take disciplinary action against players who engage in racial abuse. 6. Contact other associations or clubs to make sure they understand the association's or club's policy on racism. 7. Encourage a common strategy for stewards and police to deal with racist abuse. 8. Remove all racist graffiti from the ground as a matter of urgency. 9. Adopt an equal opportunities policy in relation to employment and service provision. 10. Work with all other groups and agencies, such as the players' union, supporters, schools, voluntary organisations, youth clubs, sponsors, local

6. *Il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo delle sanzioni applicabili in caso di accertate discriminazioni.*

Nel sistema delineato dalla direttiva 2000/78 spetta agli Stati membri il compito di prevedere all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali un sistema di sanzioni da irrogare nel caso di accertata violazione delle norme di attuazione della direttiva 2000/78. Sotto tale profilo il legislatore europeo ha inteso affidare esclusivamente agli Stati membri l'onere di stabilire le varie tipologie di sanzioni applicabili, fermo restando il fatto che tali sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

Nel caso di specie, il sistema sanzionatorio previsto dal diritto rumeno contemplava tre distinte sanzioni: l'ammonimento (verbale o scritto), l'ammenda e l'obbligo di adempiere una prestazione di pubblica utilità. Sennonché, la possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria (ammenda) risultava fortemente limitata dal fatto che tale sanzione non può essere comminata una volta decorso il termine di sei mesi dalla data in cui si sono verificati i fatti da cui è derivata la denuncia per discriminazione. Poiché nel caso di specie la decisione del CNCD era intervenuta ben oltre tale termine semestrale, l'unica sanzione applicabile in virtù del diritto rumeno era rappresentata dall'ammonimento. Si trattava, pertanto, di stabilire se tale sanzione poteva ritenersi effettiva, proporzionata e dissuasiva e, pertanto, conforme allo spirito della direttiva 2000/78.

Sul punto, la Corte di giustizia, richiamando la sentenza *Feryn*, sottolinea innanzitutto il fatto che la mera circostanza che una determinata sanzione non abbia natura pecuniaria non significa di per sé che tale sanzione rivesta un carattere meramente simbolico. Ciò detto, tuttavia, spetta al giudice nazionale stabilire se una sanzione come l'ammonimento possa ritenersi adeguata rispetto ad una situazione come quella in esame.

Sennonché, dopo tali affermazioni di carattere generale la Corte di giustizia si spinge oltre, fornendo al giudice del rinvio importanti indicazioni sulla soluzione da dare al caso concreto. In primo luogo, la Corte di giustizia evidenzia che, qualora dovesse risultare che in base al diritto rumeno la sanzione dell'ammonimento viene inflitta unicamente in caso di infrazioni marginali, tale circostanza dovrebbe suggerire al giudice nazionale che tale sanzione non possa essere ritenuta adeguata alla gravità di una violazione del principio della parità di trattamento ai sensi della direttiva 2000/78. In altre parole la Corte di giustizia, qualificando una violazione del principio della parità di trattamento come violazione grave (ossia non marginale), finisce quasi automaticamente per escludere che una sanzione (quale l'ammonimento) di regola inflitta per violazioni marginali possa essere ritenuta effettiva, proporzionata e dissuasiva e, quindi, conforme alla direttiva 2000/78. In secondo luogo, la Corte di giustizia ricorda al giudice del rinvio che, in virtù del principio dell'interpretazione conforme, quando una situazione rientra nell'ambito di applicazione di una direttiva, nell'applicare il diritto interno i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato

businesses, police and other public authorities, to develop proactive programmes and make progress to raise awareness of campaigning to eliminate racial abuse and discrimination».

perseguito da quest'ultima, fermo restando il limite invalicabile del divieto dell'interpretazione *contra legem*¹⁵. Per questo motivo, la Corte di giustizia rimette al giudice rumeno il compito di stabilire se, nel caso di specie, la norma interna che prevede in termini generali il termine di prescrizione semestrale per l'irrogazione di sanzioni pecuniaria possa essere interpretato nel senso della sua non applicazione al sistema sanzionatorio previsto dalla normativa di recepimento della direttiva 2000/78.

Sarebbe molto interessante ed utile poter conoscere le future valutazioni del giudice rumeno sullo specifico punto indicato dalla Corte di giustizia. Tuttavia, poiché è noto che molto raramente si ha la possibilità di conoscere le decisioni che i giudici nazionali adottano a definizione dei procedimenti che danno luogo alle richieste di pronunce pregiudiziali, in questa sede ci si può limitare ad ipotizzare i seguenti due possibili scenari: a) il giudice rumeno potrebbe ritenere che ove il legislatore nazionale avesse voluto assoggettare la sanzione dell'ammenda prevista dalla normativa interna di recepimento della direttiva 2000/78 al medesimo termine prescrizione previsto dalla norma di diritto comune rumeno per qualsiasi tipo di ammenda l'avrebbe fatto espressamente, vuoi con una norma *ad hoc* in sede di recepimento della direttiva 2000/78, vuoi mediante richiamo alla normativa di diritto comune. Non avendolo fatto, ciò significa che il termine prescrizione di sei mesi non si applica alle sanzioni pecuniarie previste in materia di discriminazioni ai sensi della direttiva 2000/78, senza che ciò comporti in alcun modo un'interpretazione del diritto interno *contra legem*; b) ove, invece, il giudice nazionale ritenesse di non poter in alcun modo sottrarre il sistema di sanzioni previsto dalla normativa di recepimento della direttiva 2000/78 al termine prescrizione di sei mesi previsto a livello di diritto comune rumeno per qualsiasi tipo di ammenda, pena un'interpretazione *contra legem* del diritto interno, la possibilità per il giudice nazionale di infliggere unicamente la sanzione dell'ammonizione potrebbe sollevare un delicato problema di compatibilità del diritto interno con il diritto UE, da risolvere necessariamente con un intervento del legislatore o del giudice delle leggi.

Abstract: The paper examines the contents and relevance of the judgment of the Court of Justice in the case ACCEPT/CNCD. The Court has ruled that a football club is responsible for the homophobic remarks made by a person closely associated with the club – even if that person does not have legal power to bind the club as regards its recruitment policy (rather than hiring a footballer presented by the media as being homosexual, it is better to hire a player from

¹⁵ Corte di giustizia, sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson e Kamann*, in *Raccolta*, p. 1891, punti 26 e 28; sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Raccolta*, p. I-4135, punto 8; sentenza 10 marzo 2005, causa C-196/02, *Nikoloudi*, in *Raccolta*, p. I-1789, punto 73; sentenza 28 gennaio 2010, causa C-406/08, *Uniplex (UK)*, in *Raccolta*, p. I-817, punti 54 e 46. Tra i manuali di diritto UE, v. G. TESAURO, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2012, p. 183; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea, Parte istituzionale*, Torino, 2011, p. 281; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 245; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 153; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 178; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2008, p. 237; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, p. 282; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, p. 299.

the junior team). The ruling is important for two reasons: first of all, the judgment represents the first practical application of Directive 2000/78 in a case of discrimination based on sexual orientation; secondly, heretofore gender issues related to the sports world had never been brought to the attention of the Court of Justice.