CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE NIILO JÄÄSKINEN presentate il 15 luglio 2010[1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 3596

II — Ambito normativo ..... I - 3597

A — Diritto dell'Unione ..... I - 3597

1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ..... I - 3597

2. Il Trattato CE ..... I - 3597

3. La direttiva 2000/78 ..... I - 3598

B — Diritto nazionale ..... I - 3599

1. La Legge fondamentale ..... I - 3599

2. La legge relativa all'unione solidale registrata ..... I - 3600

3. Le disposizioni applicabili nel Land di Amburgo in materia previdenziale I - 3600

4. L'HmbZVG ..... I - 3601

5. Il primo RGG ..... I - 3602

III — La controversia principale ..... I - 3602

IV — Il rinvio pregiudiziale ..... I - 3604

V — Analisi ..... I - 3607

A — Introduzione ..... I - 3607

B — Sull'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2000/78 ..... I - 3609

1 — Lingua originale: il francese

1. Sull'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 ..... I - 3609

2. Sul ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 ..... I - 3614

C — Sull'esistenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale ai sensi della direttiva 2000/78 ..... I - 3617

1. Sulla discriminazione diretta ..... I - 3617

2. Sulla discriminazione indiretta ..... I - 3622

3. Conclusione intermedia ..... I - 3625

D — Sulla violazione dell'art. 141 CE o di un principio generale del diritto dell'Unione ..... I - 3626

E — Sugli aspetti temporali della causa ..... I - 3631

1. Sugli effetti nel tempo del diritto alla parità di trattamento ..... I - 3631

2. Sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza della Corte ..... I - 3636

F — Sul rapporto tra il principio della parità di trattamento e una finalità del diritto nazionale quale la tutela particolare del matrimonio e della famiglia ..... I - 3638

1. Sulla preminenza del principio del diritto dell'Unione relativo alla parità di trattamento ..... I - 3638

2. Sull'eventuale giustificazione di una discriminazione con una finalità del diritto nazionale ..... I - 3640

VI — Conclusione ..... I - 3642

I — Introduzione

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dei principi generali e delle disposizioni del diritto dell'Unione, sia primario che derivato, riguardo alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che oppone il sig. Römer alla Freie und Hansestadt Hamburg [2] in relazione al rifiuto di quest'ultima di concedergli il beneficio di una pensione complementare per l'importo da lui richiesto, tenendo conto del fatto che la modalità di calcolo adottata dal suo ex datore di lavoro era più favorevole per i pensionati coniugati che non per quelli che, come lui, hanno contratto un'unione solidale registrata conformemente al diritto tedesco.

3. Il rinvio pregiudiziale offre alla Corte l'opportunità di precisare o di completare la posizione assunta nella sentenza Maruko [3], pronunciata dalla Grande Sezione il 1º aprile 2008, che riguardava il rifiuto opposto ad un uomo che aveva contratto un'unione solidale registrata, il cui partner era deceduto, di beneficiare di una pensione versata a titolo delle prestazioni ai sopravissuti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il partner defunto. Inoltre, la Corte ha la possibilità di pronunciarsi sulla portata della sua giurisprudenza in materia di diritto alla parità di trattamento elaborata in particolare con le sentenze Mangold [4] e Kücükdeveci [5], in un settore parallelo alla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, vale a dire quello della discriminazione in base all'età.

4. Nella causa in esame la Corte è invitata in particolare a delimitare l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [6], a precisare gli elementi costitutivi di una discriminazione diretta o indiretta in base all'orientamento sessuale, ai sensi di tale disposizione o di altre norme del diritto dell'Unione, e a definire gli effetti nel tempo delle risposte che verranno fornite. Purtroppo, tale compito è reso più difficile per la Corte, in particolare per quanto riguarda la comprensione della normativa nazionale, dal fatto che la Repubblica federale di Germania si è astenuta dal presentare osservazioni sulle questioni pregiudiziali, mentre il Land di Amburgo si è limitato a produrre agli atti osservazioni scritte molto succinte.

2 — La «libera città anseatica di Amburgo» è sia una città che uno dei 16 Stati federali (Länder) che costituiscono la Germania. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Costituzione di Amburgo (Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg) del 6 giugno 1952, le attività dello Stato e quelle del Comune non sono separate.

3 — Sentenza 1º aprile 2008, causa C-267/06, Maruko (Racc. pag. I-1757).

4 — Sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold (Racc. pag. I-9981).

5 — Sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07, Kücükdeveci (Racc. pag. I-365).

6 — GU L 303, pag. 16.

II — Ambito normativo

A — *Diritto dell'Unione* [7]

1. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

5. L'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [8] così recita: «[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

2. Il Trattato CE

6. Il Trattato di Amsterdam [9] ha inserito nel Trattato CE una nuova formulazione dell'art. 13, n. 1, secondo cui, «[f]atte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

7. L'art. 141 CE dispone:

«1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

2. Per retribuzione si intende, a norma del presente articolo, il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

7 — Poiché la controversia principale verte sull'applicazione di disposizioni di diritto tedesco nella versione anteriore all'entrata in vigore del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, vale a dire il 1º dicembre 2009, si farà riferimento alle disposizioni del Trattato CE nella numerazione applicabile anteriormente a tale data.

8 — La Carta, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1), è stata modificata e munita di valore giuridico vincolante in occasione dell'adozione del Trattato di Lisbona (GU 2007, C 303, pag. 1, in prosieguo: la «Carta dei diritti fondamentali»).

9 — GU 1997, C 340, pag. 1.

La parità di retribuzione, senza discriminazione fondata sul sesso, implica:

a) che la retribuzione corrisposta per uno stesso lavoro pagato a cottimo sia fissata in base a una stessa unità di misura;

b) che la retribuzione corrisposta per un lavoro pagato a tempo sia uguale per uno stesso posto di lavoro. (…)».

3. La direttiva 2000/78

8. Il tredicesimo e il ventiduesimo «considerando» di tale direttiva, che è stata adottata sul fondamento del citato art. 13 CE, enunciano:

«(13) La presente direttiva non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dell'articolo 141 del trattato CE, e nemmeno ai pagamenti di qualsiasi genere effettuati dallo Stato allo scopo di dare accesso al lavoro o di salvaguardare posti di lavoro.

(…)

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

9. L'art. 1 della stessa direttiva 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».

10. Ai sensi dell'art. 2 della detta 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; (…)».

11. L'art. 3 della direttiva è così redatto:

«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. (…)».

12. Conformemente all'art. 18, primo comma, della direttiva 2000/78, in linea di principio gli Stati membri dovevano adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a quest'ultima entro il 2 dicembre 2003 o potevano affidare alle parti sociali il compito di mettere in atto la detta direttiva per quanto riguarda le disposizioni che rientrano nella sfera dei contratti collettivi.

B — *Diritto nazionale*

1. La Legge fondamentale

13. L'art. 6, n. 1, del Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania; in prosieguo: la «Legge fondamentale») [10] dispone: «[i]l matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale».

10 — Legge fondamentale per la Repubblica federale di Germania 23 maggio 1949, BGBl. III 100-1.

2. La legge relativa all'unione solidale registrata

14. L'art. 1 della legge relativa all'unione solidale registrata (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) del 16 febbraio 2001 [11], nella versione modificata dalla legge 15 dicembre 2004 [12] (in prosieguo: l'«LPartG»), dispone quanto segue in relazione alla forma e alle condizioni di costituzione di tale unione:

«(1) Due persone dello stesso sesso costituiscono un'unione solidale quando dichiarano reciprocamente, personalmente e in presenza l'uno dell'altro che intendono fondare insieme un'unione solidale a vita (partner di unione solidale a vita). Le dichiarazioni non possono essere rese a condizione o a termine. Le dichiarazioni producono i loro effetti quando sono rese dinanzi all'autorità competente. (…)».

15. L'art. 2 del LPartG dispone:

«I partner di unione solidale sono tenuti a prestarsi reciproca assistenza e si impegnano reciprocamente ad una comunione di vita. Essi assumono responsabilità l'uno nei confronti dell'altro».

16. Ai sensi dell'art. 5 di detta legge:

«I partner di unione solidale sono reciprocamente tenuti a contribuire adeguatamente ai bisogni di tale comunione con il loro lavoro e il loro patrimonio. Gli artt. 1360, seconda frase, 1360 a e 1360 b del codice civile [Bürgerliches Gesetzbuch, in prosieguo: il "BGB"] nonché l'art. 16, secondo comma, si applicano per analogia».

17. L'art. 11, n. 1, della medesima legge, relativo agli effetti dell'unione solidale, così dispone:

«Salvo disposizione contraria, il partner di unione solidale è considerato come un familiare dell'altro partner».

3. Le disposizioni applicabili nel Land di Amburgo in materia previdenziale

18. La normativa interna applicabile alla controversia principale è costituita da due atti legislativi adottati dal Land di Amburgo [13], vale a dire la legge 7 marzo 1995, relativa

11 — BGBl. 2001 I, pag. 266.

12 — BGBl. 2004 I, pag. 3396. Secondo il giudice del rinvio, tali disposizioni sono quelle pertinenti nel caso di specie.

13 — Le informazioni fornite dal giudice di rinvio e dalla Commissione non sono complete per quanto riguarda il testo esatto delle disposizioni applicabili. Tuttavia, esse mi sembrano sufficienti per esaminare, alla luce del diritto dell'Unione, le prestazioni erogate in base a tali disposizioni.

all'assicurazione complementare (Hamburgisches Zusatzversorgungsgesetz; in prosieguo: l'«HmbZVG») [14], e la legge sul regime previdenziale complementare vecchiaia e superstiti della libera città anseatica di Amburgo (Erstes Ruhegeldgesetz der Freien und Hansestadt Hamburg; in prosieguo: il «primo RGG») [15], nella versione del 30 maggio 1995, modificata da ultimo il 2 luglio 2003.

4. L'HmbZVG

19. L'art. 1 del HmbZVG prevede che quest'ultimo si applica alle persone impiegate presso la Freie und Hansestadt Hamburg e a tutte le persone cui la Freie und Hansestadt Hamburg debba versare una pensione ai sensi dell'art. 2 (titolari di pensioni). Secondo detto articolo la pensione viene erogata sotto forma di una pensione di vecchiaia (artt. 3-10) o di una pensione di reversibilità (artt. 11-19). L'art. 2 bis dispone che i dipendenti partecipano alle spese per le pensioni versando un contributo la cui aliquota di base ammonta all'1,25 %. Secondo l'art. 2 ter, l'obbligo di contribuzione sorge alla data dell'inizio del rapporto di lavoro e termina alla cessazione dello stesso. L'art. 2 quater enuncia che il contributo è calcolato in base alla retribuzione imponibile percepita dal dipendente e viene prelevato mediante trattenuta sulla retribuzione.

20. L'art. 6 del HmbZVG prevede che l'importo mensile della pensione corrisponde, per ogni anno intero del periodo di impiego che dà diritto a una pensione, allo 0,5 % delle retribuzioni rientranti nel calcolo della pensione [16].

21. Le retribuzioni rientranti nel calcolo della pensione sono specificate all'art. 7 del HmbZVG, mentre i periodi di impiego che danno diritto a una pensione e quelli che ne sono esclusi sono definiti all'art. 8.

22. L'art. 29 del HmbZVG riguarda le disposizioni transitorie concernenti i titolari di pensioni che rientravano nell'ambito di applicazione del primo RGG ai sensi dell'art. 1, n. 1, seconda frase. L'art. 29, n. 1, in combinato disposto con il n. 5, enuncia che i titolari di pensioni appartenenti a detta categoria continuano a percepire, in deroga segnatamente all'art. 6, nn. 1 e 2, una pensione pari all'importo di cui beneficiavano nel luglio 2003 o a quella cui avrebbero avuto diritto in virtù dei nn. 2 e 4 dello stesso articolo, nel dicembre 2003.

14 — HmbGVBl. pag. 53.

15 — Gesetz über die zusätzliche Alters und Hinterbliebenenversorgung für Angestellte und Arbeiter der Freien und Hansestadt Hamburg (Erstes Ruhegeldgesetz — 1. RGG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Mai 1995 (GVBl. pag. 108).

16 — La Commissione rileva che «una regola analoga è prevista anche dagli artt. 1, 1 bis, 1 ter, 1 quater, 6, 7 e 8 del primo RGG».

5. Il primo RGG

23. L'art. 10, n. 6, del primo RGG prevede quanto segue:

«6) Il reddito netto da prendere in considerazione ai fini del calcolo della pensione è calcolato previa deduzione delle retribuzioni rientranti nel calcolo della pensione (art. 8)

1. l'importo che avrebbe dovuto essere pagato a titolo dell'imposta sui redditi da lavoro [previa deduzione della quota versata alla Chiesa (Kirchenlohnsteuer)] applicando lo scaglione tributario III/0, nel caso di un pensionato coniugato non stabilmente separato alla data in cui inizia il pagamento della pensione (art. 12, n. 1), o di un pensionato che, alla stessa data, abbia diritto ad assegni familiari o ad una prestazione equivalente,

2. l'importo che avrebbe dovuto essere pagato, alla data in cui inizia il pagamento della pensione, a titolo dell'imposta sui redditi da lavoro (previa deduzione della quota versata alla Chiesa) applicando lo scaglione tributario I, nel caso degli altri pensionati (…)».

24. A norma dell'art. 8, n. 10, ultima frase, del primo RGG, qualora le condizioni di cui all'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG sussistano solo dopo l'inizio dell'erogazione della pensione, a partire da tale data occorre applicare, se l'interessato ne fa domanda, lo scaglione tributario III/0.

25. Si deve aggiungere che l'importo da dedurre a titolo dello scaglione tributario III/0 è nettamente inferiore a quello da dedurre a titolo dello scaglione tributario I.

III — La controversia principale

26. La lite tra le parti verte sull'importo della pensione che il ricorrente nella causa principale, il sig. Römer, può pretendere a partire dal novembre del 2001.

27. Dal 1950 fino al verificarsi della sua incapacità lavorativa il 31 maggio 1990, il sig. Römer era occupato presso la convenuta nella causa principale, la Freie und Hansestadt Hamburg, come impiegato amministrativo. Dal 1969 egli convive ininterrottamente con il sig. U. Il 15 ottobre 2001, il ricorrente nella causa principale e il suo partner contraevano un'unione solidale conformemente al LPartG. Il sig. Römer lo comunicava al suo datore di lavoro con lettera del 16 ottobre 2001. Con un'altra lettera del 28 novembre 2001 egli chiedeva che la pensione concessagli e in corso fosse ricalcolata sulla base della trattenuta sullo stipendio più vantaggiosa ai

sensi dello scaglione tributario III, con effetto a partire dal 1°agosto 2001, secondo le informazioni fornite dal giudice del rinvio, mentre il ricorrente afferma nelle sue osservazioni di avere chiesto tale aumento della propria pensione solo a partire dal 1° novembre 2001.

28. Con lettera 10 dicembre 2001, la Freie und Hansestadt Hamburg informava il sig. Römer che egli non poteva beneficiare dell'applicazione dello scaglione tributario III, anziché dello scaglione tributario I, in quanto ai sensi dell'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG avevano diritto all'applicazione dello scaglione tributario III solo i pensionati coniugati non stabilmente separati e i pensionati aventi diritto ad assegni familiari o ad una prestazione equivalente.

29. Conformemente all'«estratto conto dei diritti a pensione» redatto dalla Freie und Hansestadt Hamburg il 2 settembre 2001, la pensione versata mensilmente al sig. Römer a partire dal settembre 2001 ammontava, applicando lo scaglione tributario I, a DEM 1204,55 (EUR 615,88). Secondo i calcoli dell'interessato, non contestati dal suo ex datore di lavoro, se si fosse applicato lo scaglione tributario III, nel settembre 2001 tale pensione mensile sarebbe stata superiore di DEM 590,87 (EUR 302,11).

30. La controversia è stata portata dinanzi all'Arbeitsgericht Hambourg (Germania). Il sig. Römer ritiene di avere diritto ad essere trattato come un pensionato coniugato non stabilmente separato ai fini del calcolo della sua pensione sul fondamento dell'art. 10, n. 6, del primo RGG. Egli sostiene che il criterio del «pensionato coniugato non stabilmente separato», previsto dalla citata disposizione, deve essere interpretato nel senso che include i pensionati che hanno contratto un'unione solidale registrata conformemente al LPartG.

31. Il sig. Römer afferma che il suo diritto alla parità di trattamento con i pensionati coniugati non stabilmente separati risulta, in ogni caso, dalla direttiva 2000/78. A suo parere, la giustificazione per la disparità di trattamento tra i partner coniugati e quelli che hanno contratto un'unione solidale, basata sulla possibilità dei partner di avere figli, non è convincente, dato che anche nell'ambito delle unioni solidali contratte da persone dello stesso sesso i figli avuti da uno dei partner vengono allevati e possono essere adottati da una coppia formata contraendo un'unione solidale. Egli sostiene inoltre che la citata direttiva, non essendo stata trasposta nel diritto nazionale entro il termine previsto dall'art. 18, vale a dire entro il 2 dicembre 2003, si applica direttamente alla convenuta nella causa principale.

32. La Freie und Hansestadt Hamburg chiede il rigetto del ricorso. Essa fa valere che il

termine «coniugato» ai sensi dell'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG non può essere interpretato come richiesto dal sig. Römer. Essa rileva, in sostanza, che l'art. 6, n. 1, della legge fondamentale pone il matrimonio e la famiglia sotto la particolare protezione dell'ordinamento statale in quanto essi costituirebbero da lungo tempo l'unità di base della comunità nazionale e che, pertanto, il matrimonio senza figli — che sia deliberato o meno — sarebbe parimenti tutelato, in quanto consentirebbe di ottenere l'equilibrio fra i sessi al primo livello della comunità nazionale. Inoltre, a suo parere, il matrimonio sarebbe in generale il presupposto per la creazione di una famiglia, in quanto esso, essendo la forma più diffusa di comunità tra uomo e donna riconosciuta dal diritto, costituirebbe il contesto per la nascita dei figli e quindi per la trasformazione della coppia coniugata in famiglia.

33. Sempre secondo la Freie und Hansestadt Hamburg, esisterebbe un parallelismo tra la questione dell'imposizione comune e quella della possibilità di applicare fittiziamente lo scaglione tributario III al calcolo delle pensioni versate ai sensi del primo RGG. Essa fa valere che le risorse finanziarie di cui gli interessati disporranno mensilmente per soddisfare le esigenze della vita quotidiana sono determinate sia dall'imposizione comune nel periodo di attività professionale sia dall'applicazione fittizia dello scaglione tributario III per il calcolo delle pensioni. Il vantaggio concesso alle persone che hanno costituito una famiglia, o che avrebbero potuto farlo, avrebbe lo scopo di compensare l'onere economico supplementare implicato.

IV — Il rinvio pregiudiziale

34. Con ordinanza depositata il 10 aprile 2008 [17], l'Arbeitsgericht Hamburg ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali [18]:

«1) Se le pensioni complementari per ex impiegati e operai della libera città anseatica di Amburgo nonché per i loro superstiti disciplinate dal [primo RGG] costituiscano "pagamenti effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale" ai sensi dell'art. 3, n. 3, della [direttiva 2000/78], con la conseguenza che la detta direttiva (…) non si applica nell'ambito normativo del primo RGG.

2) In caso di risposta in senso negativo alla questione di cui sopra:

2.1) Se le disposizioni del primo RGG, che per il calcolo dell'importo delle pensioni distinguono fra pensionati

17 — Vale a dire solo alcuni giorni dopo la pronuncia della citata sentenza Maruko.

18 — Dalla domanda di pronuncia pregiudiziale risulta che l'Arbeitsgericht Hamburg ha contemporaneamente sottoposto, ai fini di un controllo di legittimità costituzionale dell'art. 10, n. 6, del primo RGG, da un lato, al Bundesverfassungsgericht (la Corte costituzionale federale) e, dall'altro, all'Hamburgisches Verfassungsgericht (la Corte costituzionale del Land di Amburgo) una questione formulata in termini analoghi alla terza questione sottoposta alla Corte.

coniugati, da un lato, e tutti gli altri pensionati, dall'altro, cioè favoriscono i pensionati coniugati — e ciò anche appunto nei confronti delle persone che abbiano contratto un'unione solidale con una persona dello stesso sesso ai sensi del Lebenspartnerschaftsgesetz (legge tedesca sull'unione solidale) della Repubblica federale di Germania (…) — riguardino "legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano" ai sensi del ventiduesimo "considerando" della direttiva.

2.2) In caso di risposta in senso affermativo alla questione di cui sopra: se ciò comporti che la direttiva non si applica alle menzionate disposizioni del primo RGG, sebbene la direttiva stessa non contenga alcuna limitazione del suo ambito di applicazione corrispondente al ventiduesimo "considerando".

3) In caso di risposta negativa alla questione sub 2.1. o alla questione sub 2.2.: se l'art. 10, n. 6, del primo RGG secondo cui la pensione di pensionati coniugati non stabilmente separati viene calcolata prendendo fittiziamente come base lo scaglione tributario III/0 (più favorevole per i contribuenti), mentre la pensione di tutti gli altri pensionati viene calcolata prendendo fittiziamente come base lo scaglione tributario I (più sfavorevole per i contribuenti), nei confronti di pensionato che sia partner di unione solidale di una persona dello stesso sesso e che da questa persona non viva stabilmente separato, violi l'art. 1, in combinato disposto con l'art. 2 e con l'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78.

4) In caso di risposta affermativa alla questione sub 1), o alla questione sub 2.2), ovvero di risposta negativa alla questione sub 3): se l'art. 10, n. 6, del primo RGG violi l'art. 141 CE o un principio generale di diritto comunitario a seguito della disciplina descritta al n. 3 o delle relative conseguenze giuridiche.

5) In caso di risposta affermativa alle questioni sub 3) o sub 4): se ciò comporti, fintantoché l'art. 10, n. 6, del primo RGG non sia stato modificato nel senso dell'eliminazione della censurata disparità di trattamento, che anche il pensionato partner di unione solidale, che non viva stabilmente separato, possa chiedere ai fini del calcolo della pensione di essere trattato come un pensionato coniugato non stabilmente separato. In caso affermativo, se ciò valga — in caso di

applicabilità della direttiva e di risposta affermativa alla questione sub 3) — anche già prima del decorso del termine di attuazione previsto dall'art. 18, n. 1, della direttiva.

6) In caso di risposta affermativa alla questione sub 5): se, conformemente alla motivazione della sentenza della Corte di giustizia 17 maggio 1990 nella causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889), ciò valga con la limitazione che la parità di trattamento ai fini del calcolo della pensione si deve operare solo con riferimento alle quote di pensione che il pensionato ha maturato a partire dal 17 maggio 1990».

35. Con ordinanza 23 gennaio 2009, l'Arbeitsgericht Hamburg ha deciso di completare la prima domanda di pronuncia pregiudiziale integrandola con una serie di questioni così formulate:

«7) Qualora la Corte di giustizia dovesse concludere per l'esistenza di una discriminazione diretta:

a) quale rilevanza si debba attribuire al fatto che sia la Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania, sia il diritto comunitario impongono, da un lato, di rispettare il principio della parità di trattamento, ma che, dall'altro, il diritto della Repubblica federale di Germania prevede che il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale, in virtù del valore giuridico costituzionale ad essi espressamente riconosciuto dall'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale.

b) Se una norma giuridica direttamente discriminatoria possa essere giustificata, malgrado il tenore letterale della direttiva [2000/78], in quanto persegue un altro scopo previsto dal diritto interno dello Stato membro ma non dal diritto comunitario. In caso di risposta affermativa, se l'altro scopo perseguito dal diritto dello Stato membro possa semplicemente prevalere sul principio della parità di trattamento.

In caso di risposta negativa alla questione precedente:

c) Sulla base di quale criterio giuridico si possa stabilire, in tal caso, come debba essere assicurato l'equilibrio tra il principio comunitario della parità di trattamento e l'altro obiettivo giuridico del diritto interno dello Stato membro. Se valgano anche a tale proposito le condizioni enunciate all'art. 2, n. 2, lett. b) [19], sub i), della direttiva [2000/78] in materia di ammissibilità delle discriminazioni indirette, vale a dire che la normativa discriminatoria deve essere oggettivamente giustificata da una

19 — Tale questione è stata oggetto di una rettifica depositata l'11 marzo 2009, secondo cui la numerazione esatta è «Art. 2 Abs. 2 lit. b, Ziff. i», anziché «Art. 2 Abs. 1 lit. a, Ziff. i».

finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento devono essere appropriati e necessari.

d) Se una disposizione quale l'art. 10, n. 6, del primo RGG risponda ai requisiti di legittimità sanciti dal diritto comunitario, definiti nella risposta alla questione precedente. Se essa soddisfi tali requisiti solo in ragione della specifica disposizione del diritto nazionale che non ha equivalenti in diritto comunitario, vale a dire l'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale».

V — Analisi

A — *Introduzione*

36. Malgrado la loro apparente complessità, dovuta a una formulazione dettagliata e ad un'articolazione a cascata, mi sembra che le varie questioni pregiudiziali sottoposte all'esame della Corte possano essere riassunte, sostanzialmente, in cinque problemi di ordine generale.

37. In primo luogo, il giudice del rinvio chiede se il regime di pensioni complementari erogate dalla Freie und Hansestadt Hamburg rientri nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2000/78, e ciò sotto due diversi aspetti. Esso si interroga, anzitutto, sulla portata dell'esclusione dei pagamenti effettuati dai regimi statali o assimilati prevista da tale direttiva, nonché sulla linea di demarcazione che occorre tracciare fra la competenza degli Stati membri in materia di stato civile e l'attuazione delle norme di diritto dell'Unione relative alla non discriminazione in base all'orientamento sessuale.

38. In secondo luogo, qualora la direttiva 2000/78 fosse effettivamente applicabile in relazione all'art. 10, n. 6, del primo RGG, il giudice del rinvio chiede chiarimenti al fine di valutare l'esistenza di una discriminazione diretta o indiretta alla luce delle disposizioni della citata direttiva.

39. In terzo luogo, in caso contrario, il giudice a quo chiede in subordine un chiarimento riguardo all'incidenza sulla controversia principale dell'art. 141 CE e dei principi generali del diritto dell'Unione.

40. In quarto luogo, il giudice a quo si interroga sugli effetti ratione temporis, da un lato, delle norme del diritto dell'Unione da esso citate, nonché, dall'altro, della sentenza che verrà pronunciata dalla Corte.

41. In quinto luogo, esso invita la Corte a definire i principi che consentano di dirimere

un contrasto fra gli orientamenti forniti da una norma costituzionale esistente nell'ordinamento giuridico nazionale e le esigenze derivanti dal principio della parità di trattamento riguardo all'orientamento sessuale applicabile in virtù del diritto dell'Unione.

42. A mio parere, il terzo di tali quesiti è indubbiamente quello che solleva le maggiori difficoltà di interpretazione, in mancanza di una giurisprudenza consolidata sulla questione se esista un principio generale di diritto dell'Unione nel settore in parola.

43. Nelle conclusioni relative alla citata causa Maruko, l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer ha illustrato in maniera approfondita l'excursus giuridico che ha condotto al riconoscimento del diritto alla parità di trattamento delle persone di orientamento omosessuale ai sensi del diritto dell'Unione [20].

44. Con la sentenza pronunciata in detta causa, la Corte ha dichiarato che il combinato disposto degli artt. 1 e 2 della direttiva 2000/78 ostava ad una normativa come quella controversa nella causa principale, in base alla quale, dopo il decesso del partner con il quale aveva contratto un'unione solidale, il partner superstite non percepiva una prestazione ai superstiti equivalente a quella concessa ad un coniuge superstite, mentre, secondo il diritto nazionale, l'unione solidale avrebbe posto le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi riguardo alla suddetta prestazione ai superstiti, precisando che era compito del giudice a quo verificare se il partner di unione solidale superstite fosse in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione controversa [21].

45. Risulta dagli atti che i giudici tedeschi hanno adottato interpretazioni diverse per quanto riguarda l'applicazione dei criteri di confronto previsti dalla Corte. In particolare, si è posta la questione se occorra cercare un'identità astratta tra gli istituti giuridici o piuttosto un'analogia sufficiente fra le situazioni giuridiche e fattuali in cui si trovano gli interessati.

46. La giurisprudenza elaborata dalla Corte in materia di non discriminazione in base all'età induce quindi a chiedersi se il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale rivesta o meno lo status di principio generale del diritto dell'Unione. Una risposta affermativa a tale questione influirebbe sugli aspetti temporali della presente causa. Una risposta in senso negativo richiederebbe una spiegazione del perché il divieto di discriminazione in base a detto criterio rivesta uno

20 — Paragrafi 83-95.

21 — Sentenza Maruko, cit. (punto 73).

status normativo inferiore a quello degli altri motivi vietati dall'art. 13 CE e dalla Carta dei diritti fondamentali.

B — *Sull'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2000/78*

47. Poiché le prime due questioni pregiudiziali vertono sull'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2000/78, occorre esaminarle congiuntamente. Il giudice del rinvio ricorda che può sussistere una violazione della detta direttiva solo se essa risulta, anzitutto, applicabile al caso di specie, il che, a suo parere, potrebbe essere contestato per due motivi: da un lato, sul fondamento dell'art. 3, n. 3, della direttiva stessa e, dall'altro, sul fondamento del suo ventiduesimo «considerando».

1. Sull'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78

48. Dall'art. 3, n. 1, lett. c), della direttiva risulta che questa si applica a tutte le persone, sia del settore pubblico che del settore privato, compresi gli organismi di diritto pubblico, per quanto attiene, in particolare, alla retribuzione.

49. La prima questione è volta a stabilire se detta direttiva sia applicabile nel settore disciplinato dal primo RGG, che riguarda le pensioni complementari versate agli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg e ai loro superstiti, sebbene l'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 escluda i «pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale o di protezione sociale» [22].

50. Tale esclusione è annunciata in termini analoghi al tredicesimo «considerando» della detta direttiva, il quale enuncia che essa «non si applica ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate ad una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'articolo 141 del trattato CE» [23].

51. La valutazione della portata dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 ha creato

22 — Per confutare un'analisi svolta dal giudice del rinvio in base alla sola versione tedesca del testo, rilevo che nella versione tedesca dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 l'espressione «der staatlichen Systeme» viene utilizzata come equivalente delle parole «les régimes publics» impiegate nella versione francese, mentre nel n. 1 del medesimo articolo viene utilizzato l'aggettivo «öffentlichen» in corrispondenza dell'aggettivo «public» in francese.

23 — Ricordo che per «retribuzione», ai sensi dell'art. 141, n. 2, CE, si deve intendere il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo.

problemi di uniformità di applicazione negli ordinamenti giuridici nazionali, essendosi osservato che i termini impiegati cambiano da una versione linguistica all'altra. In Germania, i giudici nazionali hanno assunto posizioni diverse riguardo all'interpretazione, più o meno restrittiva, della citata disposizione. I giudici tedeschi sono divisi in particolare per quanto attiene all'eventuale esclusione delle pensioni di reversibilità dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 [24].

52. Anzitutto, rilevo che varie sentenze della Corte, in particolare la sentenza Maruko [25], forniscono elementi utili per l'interpretazione dell'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78, e ciò nel senso dell'applicabilità di tale direttiva al caso di specie. Al pari del ricorrente nella causa principale e della Commissione, non dubito affatto che tale disposizione si applichi alle pensioni erogate sulla base del primo RGG agli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg ed ai loro aventi diritto.

53. La Corte ha dichiarato che l'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 deve essere inteso, alla luce dell'art. 3, nn. 1, lett. c), e 3, in combinato disposto con il tredicesimo «considerando» della stessa, nel senso che non include i regimi di sicurezza e di protezione sociale i cui vantaggi non siano equiparabili ad una retribuzione nel senso attribuito a tale termine per l'applicazione dell'art. 141 CE, né ai pagamenti di qualsiasi natura effettuati dallo Stato il cui scopo sia dare accesso al lavoro o salvaguardare posti di lavoro. Se, invece, una prestazione come quella controversa nella causa principale può essere equiparata ad una «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 CE, essa rientra nell'ambito di applicazione delle disposizioni della direttiva 2000/78.

54. Orbene, la nozione di «retribuzione» di cui all'art. 141, n. 2, CE (ex art. 119, n. 2, del Trattato CE) è stata interpretata dalla Corte in senso molto ampio [26]. Tale nozione include, in particolare, le pensioni di qualsiasi tipo versate ad una categoria professionale, in opposizione a quelle risultanti da un regime di origine legale e aventi carattere generale [27].

24 — Sulla giurisprudenza tedesca relativa a tale materia e sulle ripercussioni della citata sentenza Maruko, v. M. Mahlmann, Report on measures to combat discrimination — Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC — Country report 2008 — Germany (in particolare nota 211), relazione accessibile sul sito Internet della Rete europea degli esperti giuridici in materia di non discriminazione: http://www.non-discrimination.net.

25 — Sentenza citata, v. in particolare punti 41 e segg., fermo restando che si tratta di una questione analoga, ma concernente una pensione di reversibilità erogata nell'ambito di un regime previdenziale di categoria.

26 — Tale nozione è stata interpretata nel senso che include «tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo, in forza di un contratto di lavoro, di disposizioni di legge ovvero a titolo volontario». V., in particolare, sentenze 17 maggio 1990, causa C-262/88, Barber (Racc. pag. I-1889, punto 12), nonché 19 novembre 1998, causa C-66/96, Høj Pedersen e a. (Racc. pag. I-7327, punto 32).

27 — Nella sentenza 17 aprile 1997, causa C-147/95, Evrenopoulos (Racc. pag. I-2057), la Corte ha stabilito che un regime pensionistico proprio di un ente pubblico rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 119 del Trattato CE (divenuto art. 141 CE), essendo irrilevante che tale regime fosse stato istituito dal legislatore, dato che, visti i criteri elencati, si poteva ritenere che la pensione fosse versata in ragione del rapporto di lavoro con l'ente in questione.

Secondo una giurisprudenza consolidata [28], la circostanza che talune prestazioni, come le pensioni, vengano erogate dopo la cessazione del rapporto di lavoro non esclude che esse possano avere natura di «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 CE [29].

55. Per stabilire se una pensione sia qualificabile come retribuzione, la Corte ha ritenuto che l'unico criterio che può essere determinante sia quello dell'impiego, criterio desunto dalla lettera stessa dell'art. 119 del Trattato (divenuto art. 141 CE), il che implica la constatazione che la pensione viene corrisposta al lavoratore per il rapporto di lavoro che lo lega al suo ex datore di lavoro [30].

56. Tuttavia, è pacifico che non si può attribuire carattere esclusivo al criterio dell'impiego, dato che le pensioni erogate dai regimi legali di sicurezza sociale possono, in tutto o in parte, tenere conto della retribuzione dell'attività lavorativa [31]. La Corte ha quindi aggiunto altri elementi di cui si deve tenere conto per qualificare come «retribuzione» una pensione prevista da un regime pensionistico professionale. Occorre esaminare, da un lato, se essa riguardi solo una particolare categoria di lavoratori e, dall'altro, se sia direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati, e se il suo importo venga calcolato in base all'ultima [32] retribuzione.

57. Nella specie [33] dall'art. 1 dell'HmbZVG risulta che le prestazioni controverse nella causa principale soddisfano il primo di questi tre criteri, in quanto le pensioni erogate dalla Freie und Hansestadt Hamburg riguardano solo una categoria particolare di lavoratori.

58. Infatti, le suddette pensioni vengono corrisposte ad integrazione delle prestazioni del regime legale generale di sicurezza sociale, che viene qualificato dal giudice del rinvio come «primo pilastro» del sistema pensionistico tedesco, e si differenziano dalle prestazioni derivanti dall'assicurazione privata, che rappresenta il «terzo pilastro».

28 — V., in particolare, sentenza Maruko, cit. (punto 44), e giurisprudenza ivi richiamata.

29 — Per quanto riguarda, ad esempio, le pensioni di vecchiaia erogate dallo Stato finlandese ai funzionari arruolati nelle forze armate di tale paese, v. sentenza 12 settembre 2002, causa C-351/00, Niemi (Racc. pag. I-7007).

30 — V., in particolare, sentenza 28 settembre 1994, causa C-7/93, Beune (Racc. pag. I-4471, punto 43), nonché citate sentenze Evrenopoulos (punto 19) e Maruko (punto 46).

31 — Sentenza Maruko, cit. (punto 47), e giurisprudenza ivi richiamata.

32 — Sentenza Maruko, cit. (punto 48), e giurisprudenza ivi richiamata. A mio parere, la Corte potrebbe utilmente sopprimere l'aggettivo «ultima» della terza condizione, in quanto ciò risulterebbe più conforme allo stato attuale dei sistemi pensionistici, che generalmente tengono conto, ai fini del calcolo, di più retribuzioni o di tutte le retribuzioni, e non solo dell'ultima. Alla luce della giurisprudenza, tale criterio, che mi sembra abbia quindi perduto rilevanza, non può essere interpretato nel senso che riveste carattere assoluto, in quanto prestazioni i cui importi venivano calcolati sulla base di più retribuzioni non sono stati esclusi dall'ambito della nozione di «retribuzione».

33 — V. l'attuazione dei criteri ricordati supra effettuata dalla Corte ai punti 49-57 della citata sentenza Maruko.

59. Secondo il giudice del rinvio, il «secondo pilastro» è costituito dal regime previdenziale di vecchiaia aziendale accordato, direttamente o indirettamente, dall'ex datore di lavoro pubblico o privato. Il regime legale del regime previdenziale di vecchiaia aziendale degli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg rientra in tale categoria. Esso è riservato ai dipendenti che, nel corso della loro vita professionale, sono stati occupati nel settore pubblico senza tuttavia disporre dello status di pubblico dipendente, lavorando per la Freie und Hansestadt Hamburg in base ad un contratto di lavoro di diritto civile.

60. Secondo le informazioni fornite dalla Commissione, detto regime viene finanziato dai lavoratori e dal datore di lavoro, che è certamente un ente pubblico ma che, nella specie, interviene solo in qualità di datore di lavoro di diritto privato.

61. Per quanto attiene al secondo criterio pertinente, secondo cui la pensione deve essere direttamente proporzionale agli anni di servizio prestati, l'art. 6 dell'HmbZVG prevede che la modalità di calcolo dipende dal periodo di impiego. I periodi di impiego che danno diritto alla pensione complementare («Ruhegeldfähige Beschäftigungszeit») sono definiti all'art. 8 di tale legge.

62. Per quanto riguarda il terzo criterio, che consiste nell'accertare se l'importo della pensione venga calcolato in base all'ultima retribuzione, dal medesimo art. 6 dell'HmbZVG risulta che l'importo mensile della pensione non è fissato dalla legge, bensì corrisponde, per ogni anno completo del periodo di impiego che dà diritto a una pensione, allo 0,5 % delle retribuzioni incluse nel calcolo della pensione, conformemente all'art. 7, che determina tali trattamenti («Ruhegäldfähige Bezüge») in maniera molto dettagliata.

63. Ne discende che i tre criteri che caratterizzano il rapporto di lavoro, elemento che la Corte ha ritenuto decisivo ai fini della classificazione come retribuzione ai sensi dell'art. 141 CE, appaiono soddisfatti nel caso delle prestazioni controverse nella causa principale.

64. Il giudice del rinvio sembra preoccupato soprattutto per quanto riguarda l'interpretazione della nozione di «regimi statali o assimilati» di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78. Esso si chiede se, nonostante la qualificazione come «retribuzione» in senso ampio che verrebbe attribuita alle pensioni versate al ricorrente nella causa principale in virtù del primo RGG, la direttiva in parola sia comunque applicabile, dato che tali prestazioni costituirebbero pagamenti effettuati da un regime statale o assimilato ai sensi della citata disposizione. Il giudice del rinvio sottolinea che, qualora la Corte rispondesse in senso affermativo a tale domanda, la prima parte del tredicesimo «considerando» della

direttiva 2000/78 sarebbe chiaramente errata e, sostanzialmente, priva di valore.

65. A mio parere, i «regimi statali o assimilati» diversi da quelli rientranti nell'assicurazione o nella protezione sociale che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 possono essere regimi statali speciali non collegati ad un rapporto di lavoro, quali, ad esempio, le prestazioni fornite dallo Stato alle persone che abbiano contratto una disabilità durante un servizio militare o civile obbligatorio, agli ex militari o agli invalidi di guerra, alle vittime di guerre o di persecuzioni, agli artisti eminenti ecc. Poiché negli Stati membri esistono regimi di questo tipo, di carattere statale o assimilato, la locuzione inclusiva «ivi inclusi» di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78 non è priva di oggetto.

66. La giurisprudenza della Corte consente di ritenere che la qualificazione di tale regime pensionistico professionale non possa essere rimessa in discussione né per il fatto che la Freie und Hansestadt Hamburg riveste lo status di persona giuridica di diritto pubblico, né per il carattere obbligatorio dell'iscrizione al regime che dà diritto alla pensione controversa nella causa principale [34]. Poiché nel caso di specie risulta soddisfatto il triplice criterio esaminato in precedenza, la pensione erogata dal datore di lavoro pubblico non è diversa da quella che un datore di lavoro privato verserebbe ai propri ex dipendenti.

67. La Corte ha dichiarato che la constatazione che un regime pensionistico è previsto dalla legge non è sufficiente di per sé a far rientrare tale regime nelle categorie «sicurezza sociale» o «protezione sociale» e quindi ad escluderlo dall'ambito di applicazione dell'art. 119 del Trattato (divenuto art. 141 CE) [35]. Inoltre, agli elementi strutturali del sistema di prestazioni non viene attribuito un ruolo decisivo, a differenza dell'esistenza di un collegamento tra il rapporto di lavoro e la prestazione di cui trattasi [36].

68. Poiché la pensione complementare in discussione nella causa principale è collegata, sostanzialmente, al rapporto di lavoro tra il sig. Römer e la Freie und Hansestadt Hamburg, essa costituisce una «retribuzione» ai

34 — Sentenza Maruko, cit. (punto 57), e giurisprudenza ivi richiamata. V. anche sentenza Niemi, cit. (punto 42).

35 — Sentenze Evrenopoulos, cit. (punto 16), e Niemi, cit. (punto 41).

36 — Sentenza Niemi, cit. (punto 45). La Corte ha ritenuto che il fatto che il regime pensionistico dei funzionari dello Stato finlandese facesse parte di un sistema armonizzato, cosicché la pensione globale di cui beneficiava un assicurato rifletteva il lavoro svolto durante tutta la sua carriera, indipendentemente dal tipo di lavoro e dal settore di attività interessati, e la circostanza che tale regime fosse stato considerato incluso nella sfera di applicazione del regolamento (CEE) del Consiglio 14 giugno 1971, n. 1408, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità (GU L 149, pag. 2) non potessero di per sé escludere l'applicazione dell'art. 119 del Trattato, in quanto la prestazione pensionistica era collegata al rapporto di lavoro e, di conseguenza, veniva erogata dallo Stato in qualità di datore di lavoro.

sensi dell'art. 141 CE e non rientra nella deroga di cui all'art. 3, n. 3, della direttiva 2000/78.

2. Sul ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78

69. In subordine, nel caso in cui la questione precedente fosse risolta in senso negativo, come da me proposto, l'Arbeitsgericht Hamburg chiede, da un lato, se le disposizioni del primo RGG che, al fine di determinare l'importo delle pensioni, distinguono tra i pensionati coniugati e gli altri, e avvantaggiano i primi, rientrino nella riserva di cui al ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 e, dall'altro, se in tal caso quest'ultima debba essere disapplicata anche se nessuna disposizione del suo articolato prevede una limitazione dell'ambito di applicazione della medesima direttiva che corrisponda esplicitamente al citato «considerando».

70. Si deve ricordare che il ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 precisa che quest'ultima «lascia impregiudicate le legislazioni nazionali in materia di stato civile e le prestazioni che ne derivano».

71. La Commissione condivide il parere del giudice del rinvio secondo cui l'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG non è una legislazione nazionale relativa allo stato civile. Infatti, come rilevano l'una e l'altro, detto articolo non contiene alcuna disposizione relativa al matrimonio in quanto tale, ma esige che lo stato civile del pensionato sia quello di una persona coniugata, facendo così di tale stato un presupposto per poter beneficiare del calcolo più vantaggioso della pensione ivi previsto. Pertanto, l'articolo citato può tutt'al più costituire una disposizione relativa ad una prestazione che dipende dallo stato civile ai sensi del ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78.

72. L'Arbeitsgericht Hamburg precisa di sollevare tale questione in quanto due giudici superiori della Repubblica federale di Germania [37] hanno ritenuto evidente che il ventiduesimo «considerando» debba essere interpretato estensivamente nel senso che esclude dall'ambito di applicazione della direttiva 2000/78 disposizioni che fissano il calcolo di una retribuzione, in senso ampio, in funzione dello stato civile, come nel caso dell'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG.

37 — Il giudice a quo espone (al punto 55 della prima decisione di rinvio) che il Bundesverwaltungsgericht ha seguito tale ragionamento basato sul ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 in relazione alle «prestazioni familiari di primo livello» riservate alle persone coniugate, e che il Bundesgerichtshof ha adottato la medesima posizione per quanto riguarda le pensioni di reversibilità erogate in base allo stesso criterio di distinzione nell'ambito di un regime complementare di pensione di vecchiaia aziendale (quello dei fondi pensionistici del Bund e dei Länder), e riguardo ad una modalità di calcolo più vantaggiosa delle pensioni complementari totalmente identico a quello di cui all'art. 10, n. 6, del primo RGG.

73. Condivido il parere della Commissione secondo cui il ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 si limita a riprendere la limitazione, autonoma, dell'ambito di applicazione prevista all'art. 3, n. 1, in limine, ai sensi del quale la direttiva si applica solo «[n]ei limiti dei poteri conferiti alla Comunità». Infatti, l'Unione europea non ha alcuna competenza a legiferare per quanto riguarda «lo stato civile e [le] prestazioni che ne derivano».

74. Nella sentenza Maruko [38] la Corte ha preso posizione su una questione analoga ammettendo che lo stato civile e le prestazioni che ne derivano, ai sensi del ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78, sono materie che rientrano nella competenza degli Stati membri e il diritto comunitario fa salva tale competenza. Essa ha tuttavia ricordato che, nell'esercizio di questa, gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione.

75. A mio parere, sarebbe utile precisare tale constatazione dichiarando che la competenza lasciata agli Stati membri in materia di stato civile implica che la regolamentazione del matrimonio o di qualsiasi altra forma di unione giuridicamente riconosciuta tra persone dello stesso sesso o di sesso opposto, nonché lo status giuridico dei figli e degli altri familiari in senso ampio, è riservata agli Stati membri.

76. Solo questi ultimi possono decidere se il loro ordinamento giuridico nazionale ammetta o meno una qualsiasi forma di rapporto giuridico accessibile alle coppie omosessuali, o se l'istituzione del matrimonio sia o meno riservata unicamente alle coppie di sesso opposto. A mio avviso, nell'ipotesi in cui uno Stato membro non ammettesse alcuna forma di unione legalmente riconosciuta accessibile alle persone dello stesso sesso, si potrebbe rilevare un caso di discriminazione connessa all'orientamento sessuale, in quanto dal principio di uguaglianza, unitamente all'obbligo di rispettare la dignità umana delle persone omosessuali [39], si può desumere l'obbligo di riconoscere loro la facoltà di vivere una relazione affettiva stabile nell'ambito di un

38 — Sentenza citata (punti 59 e segg.) e giurisprudenza ivi richiamata per analogia.

39 — Osservo che la Corte costituzionale ungherese (Alkotmánybíróság), dopo aver annullato, con la sua decisione 17 dicembre 2008, n. 154, la legge n. CLXXXIVdel 2007 sull'unione solidale registrata per violazione dell'art. 15 della Costituzione che tutela l'istituto del matrimonio, in quanto il legislatore intendeva istituire tale altra forma di vita di coppia non soltanto per gli omosessuali ma anche per gli eterosessuali, ha recentemente stabilito, con la sua decisione 25 marzo 2010, n. 32, che la legge n. XXIX del 2009 è conforme alla Costituzione qualora essa riservi l'unione solidale registrata alla coppie omosessuali. In quest'ultima decisione l'Alkotmánybíróság ha sottolineato che il riconoscimento della possibilità di concludere un'unione solidale registrata tra persone dello stesso sesso era giustificata dal diritto al rispetto della dignità umana (Magyar Közlöny 2010/43).

impegno sancito giuridicamente [40]. Tuttavia, tale problematica, che riguarda la regolamentazione dello stato civile, rimane a mio parere al di fuori della sfera d'intervento del diritto dell'Unione.

77. Per contro, nelle materie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quali l'esercizio delle libertà fondamentali o le condizioni di retribuzione dei lavoratori nel corso della loro vita professionale, uno Stato membro non può giustificare la violazione di tale diritto invocando il contenuto delle norme nazionali in materia di stato civile.

78. Si deve dichiarare, come ha fatto la Corte nella causa Maruko, che, qualora una prestazione come quella controversa nella causa principale sia stata qualificata come «retribuzione» ai sensi dell'art. 141 CE e rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, il ventiduesimo «considerando» non può, per i motivi esposti nell'ambito della risposta alla prima questione sollevata nel caso di specie, rimettere in discussione l'applicazione della citata direttiva.

79. L'interpretazione data dalla Corte al ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 mi sembra atta ad evitare le divergenze rilevate dal giudice del rinvio nella giurisprudenza nazionale e a garantire un'applicazione uniforme della detta direttiva. In ogni caso, il citato «considerando», che è privo di qualsiasi efficacia vincolante autonoma, per i motivi già esposti dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer [41], non deve più essere utilizzato per escludere solo in base ad esso un controllo sulla conformità alla direttiva 2000/78 di disposizioni di diritto interno secondo cui i coniugi godono di vantaggi più ampi rispetto a quelli accordati ai partner di unioni solidali registrate. In effetti, il ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 si limita a ricordare la limitazione, derivante dall'art. 13, n. 1, CE, peraltro evidente, dell'applicazione di quest'ultima ai «poteri conferiti alla Comunità», conformemente ai termini dell'art. 3, n. 1, in limine, della citata direttiva.

80. In ogni caso, ricordo che, quando agiscono nell'ambito dei poteri loro riservati, gli

40 — A tal riguardo, segnalo che con sentenza 24 giugno 2010 (non ancora pubblicata nella *Raccolta delle sentenze e decisioni*), la Corte europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «Corte CEDU») ha statuito nella causa Schalk e Kopf/Austria, nella quale cittadini austriaci dello stesso sesso ufficialmente conviventi invocavano l'art. 12 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo: la «CEDU»), per denunciare il rifiuto delle autorità di autorizzarli a contrarre matrimonio, domanda inedita dinanzi alla Corte di Strasburgo che è stata respinta all'unanimità. Essi si sono lamentati anche di una discriminazione fondata sul loro orientamento sessuale in quanto il diritto di contrarre matrimonio è stato loro rifiutato ed essi non hanno altra possibilità di vedere il loro rapporto riconosciuto legalmente; tuttavia, la Corte CEDU ha affermato che non vi era violazione dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 8 della stessa convenzione. Infine i ricorrenti si avvalevano dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU per affermare che erano posti in una situazione finanziaria svantaggiosa rispetto alle coppie sposate, ma tale capo della domanda è stato dichiarato manifestamente infondato. Aggiungo che la legislazione austriaca riconosce la convivenza ufficiale come una forma di unione accessibile alle persone omosessuali e ampiamente equiparata al matrimonio.

41 — Conclusioni nella causa Maruko, cit. (paragrafo 76). Il valore di un «considerando», come quello qui in esame, consiste solo nel fornire uno strumento interpretativo, in quanto contiene la motivazione delle disposizioni essenziali della direttiva, e non nell'introdurre una norma provvista di efficacia imperativa.

Stati membri non possono esimersi dall'obbligo generale ad essi incombente di rispettare il diritto dell'Unione, che include il rispetto delle norme relative al principio di non discriminazione.

81. Ne discende che, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza nazionale, il ventiduesimo «considerando» della direttiva 2000/78 non può condurre a rimettere in discussione l'applicazione della direttiva stessa a disposizioni come quelle del primo RGG, che riguardano il calcolo di una retribuzione, in senso ampio, e che prevedono quale elemento determinante uno stato civile preciso, cioè quello di persona coniugata.

82. Per concludere, sono del parere che si debba rispondere alla prima e alla seconda questione che le pensioni complementari versate agli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg e ai loro superstiti, disciplinate dal primo RGG, in combinato disposto con l'HmbZVG, rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2000/78 e che tali disposizioni nazionali vanno quindi esaminate alla luce dei criteri ivi stabiliti.

C — *Sull'esistenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale ai sensi della direttiva 2000/78*

83. La terza questione viene posta nell'ipotesi in cui dalle risposte alle questioni precedenti risulti che, come credo, la direttiva 2000/78 sia applicabile all'art. 10, n. 6, del primo RGG, ai termini del quale, sostanzialmente, le pensioni versate ai pensionati coniugati sono più vantaggiose di quelle erogate nel caso di un pensionato che abbia contratto un'unione solidale con una persona dello stesso sesso. Il giudice del rinvio chiede se tale disposizione sia incompatibile con il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78, in quanto discriminerebbe il ricorrente nella causa principale in ragione del suo orientamento sessuale, in modo diretto o anche solo indiretto [42].

1. Sulla discriminazione diretta

84. Il giudice a quo precisa di essere incline a ritenere che l'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG sia direttamente discriminatorio. Esso sottolinea che il matrimonio, per le persone di orientamento eterosessuale, e l'unione solidale, per le persone di orientamento

42 — L'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 prevede che sussiste discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale «quando, sulla base [del suo orientamento sessuale], una persona è trattata meno favorevolmente di (...) un'altra in una situazione analoga». Per contro, l'art. 2, n. 2, lett. b), della medesima direttiva enuncia che sussiste discriminazione indiretta in base all'orientamento sessuale «quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono [nondimeno] mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone [di un determinato orientamento 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».

omosessuale, rappresentano rispettivamente la forma di comunione di vita prevista dal diritto o lo stato civile più comune, sebbene non si possa escludere che, nonostante il suo orientamento omosessuale, una persona decida di sposarsi con una persona dell'altro sesso. Si deve sottolineare che, secondo le informazioni fornite nella decisione di rinvio, il fatto che solo due persone di sesso diverso possano contrarre matrimonio non è espressamente precisato dal codice civile tedesco (BGB), ma viene considerato per prassi una condizione necessaria. Per contro, dall'art. 1, n. 1, dell'LPartG risulta che solo due persone dello stesso sesso possono contrarre un'unione solidale ai sensi di tale legge.

85. La Freie und Hansestadt Hamburg afferma che la disciplina controversa, che prevede un diritto al regime complementare per tutti i partner in base allo scaglione tributario I e non III/0, non comporta una disparità di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale.

86. Il sig. Römer sottolinea che, nella sentenza Maruko, la Corte ha certamente lasciato al giudice del rinvio il compito di verificare se esistesse una «situazione analoga» e tuttavia ha fissato a tale scopo criteri sostanziali chiari. Egli ricorda anzitutto che, conformemente alla direttiva 2000/78, la Corte non esige un'identità di natura nel senso di un'assimilazione assoluta, ma solo un'analogia. Aggiunge che tale analogia deve essere accertata confrontando non gli istituti giuridici, in maniera astratta, bensì le due categorie di persone interessate, e ciò alla luce della prestazione sociale controversa, in maniera concreta. Contrariamente alla giurisprudenza dei giudici superiori tedeschi che, a suo parere, hanno interpretato erroneamente la direttiva 2000/78 e gli elementi di interpretazione forniti nella sentenza Maruko, nella specie si dovrebbero dunque mettere a confronto, da un lato, un ex dipendente della Freie und Hansestadt Hamburg che convive con il proprio partner nell'ambito del regime dell'unione solidale registrata e, dall'altro, un ex dipendente della Freie und Hansestadt Hamburg che convive con il coniuge nell'ambito del regime matrimoniale. Il sig. Römer sostiene principalmente che, per garantire il ricorso effettivo contro la discriminazione che la direttiva è intesa a garantire, la Corte dovrebbe enunciare più esplicitamente i criteri sostanziali che i giudici nazionali devono applicare allorché effettuano il confronto.

87. La Commissione ritiene, al pari dell'Arbeitsgericht Hamburg, che nella specie i partner di unione solidale siano trattati in maniera meno favorevole rispetto ai coniugi in materia di pensioni, senza che un valido motivo possa spiegare tale disparità di trattamento nel caso di specie. Essa sostiene che, in particolare, la circostanza che i coniugi abbiano eventualmente figli a carico non può giustificare tale differenziazione, dato che l'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG avvantaggia tutti i pensionati coniugati non stabilmente separati, a prescindere dall'esistenza di discendenti. La Commissione condivide quindi il parere del giudice del rinvio secondo cui nessuna prova empirica conferma che i

pensionati coniugati necessitino di un sostegno maggiore rispetto ai pensionati che hanno contratto un'unione solidale, tenuto conto della situazione pensionistica dei loro rispettivi partner. Essa aggiunge che, in ogni caso, la disposizione controversa non sarebbe idonea a conseguire l'obiettivo perseguito, in quanto essa non tiene conto dell'esistenza di un figlio nato dalla relazione tra il pensionato e il coniuge, né erige tale elemento a presupposto. La Commissione ritiene che, contrariamente alla posizione espressa nella sentenza Maruko, nella specie sarebbe superfluo lasciare al giudice a quo il compito di stabilire se un coniuge e un partner di unione solidale si trovino in situazioni analoghe per quanto riguarda la prestazione di cui trattasi, dato che il giudice, nella sua ordinanza di rinvio, ha già effettuato le necessarie valutazioni in merito allo status giuridico del secondo e ha tratto le conclusioni utili al riguardo. Essa propone di dichiarare che una disciplina come quella controversa nella causa principale costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale.

88. Dal testo dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78 risulta che l'esistenza di una discriminazione diretta, ai sensi della citata disposizione, dipende dall'analogia tra le situazioni messe a confronto. Sono quindi decisivi i criteri in base ai quali occorre cercare tale analogia. La Corte deve fornire una risposta che concilii vari imperativi, ossia non solo fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi necessari per consentirgli di dirimere la controversia principale, pur prestando attenzione a non interferire con le competenze dei giudici nazionali, ma anche garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione, rispettando al contempo la sfera di competenza esclusiva degli Stati membri, in particolare in materia di stato civile.

89. In limine, rilevo che nella grande maggioranza degli Stati membri il matrimonio è un'unione tra un uomo e una donna. L'accesso ad un'unione solidale registrata o ad una forma di rapporto giuridico analogo può essere riservato alle coppie dello stesso sesso oppure aperto alle coppie di sesso diverso, come nel caso del patto civile di solidarietà di diritto francese. Il nesso tra l'omosessualità e la forma dell'unione tra due persone non è automatico. Infatti, non si può escludere che una persona di orientamento omosessuale faccia la scelta sociale di sposarsi con una persona dell'altro sesso e, inversamente, nulla impedisce a una persona di orientamento eterosessuale di optare per una convivenza in regime di unione solidale registrata con una persona dello stesso sesso. Tuttavia, a mio parere, non ci si deve attenere a tale sofisma nell'ambito dell'analisi giuridica. Sarebbe contrario alla realtà dominante rifiutarsi di ammettere che in un paese, come la Germania, in cui il matrimonio è escluso per le persone dello stesso sesso e in cui l'unione solidale registrata è la forma di unione giuridica che viene loro riservata, una disparità di trattamento a danno

delle persone legate da tale tipo di unione costituisca una fonte di discriminazione in base all'orientamento sessuale [43].

90. Nella citata sentenza Maruko [44] la Corte, pur avendo dichiarato di lasciare la questione all'esame del giudice nazionale, sembra avere implicitamente optato per la comparabilità delle situazioni, definendo criteri molto chiari. Conformemente ai termini impiegati nell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78, la Corte non ha fatto riferimento a situazioni identiche, ma all'esistenza di situazioni sufficientemente analoghe, basandosi sull'analisi del diritto tedesco effettuata dal giudice del rinvio. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha adottato lo stesso approccio [45].

91. Si deve ricordare che, a prescindere dalla sua rilevanza sul piano morale, religioso o sociologico, il matrimonio, sul piano giuridico, è un istituto complesso, il cui contenuto è definito dai diritti e dagli obblighi dei coniugi uno verso l'altro e nei confronti dei terzi e della società nel suo insieme. Inoltre, l'esistenza di un matrimonio può essere un fatto che costituisce un presupposto per vari effetti giuridici, siano essi di diritto sociale, tributario o amministrativo. Analogamente, un'unione solidale registrata, o qualsiasi altra forma di unione legalmente riconosciuta, si caratterizza sia per i diritti e gli obblighi delle parti, sia per le conseguenze giuridiche che l'ordinamento interessato attribuisce all'esistenza di tale unione.

92. La Corte si è preoccupata di precisare che l'analogia deve essere verificata alla luce della prestazione considerata in concreto, vale a dire concentrando l'attenzione sull'elemento di diritto pertinente e non adottando semplicemente un approccio globale alla situazione giuridica. Così, tenendo a mente che la questione pregiudiziale sollevata nella causa Maruko verteva sul versamento di una pensione di reversibilità al partner di un'unione solidale sopravvissuto a un pensionato deceduto, la Corte, dopo avere constatato il «ravvicinamento progressivo del regime istituito per l'unione solidale a quello applicabile al matrimonio» in diritto tedesco, ha sottolineato che «l'unione solidale è equiparata al matrimonio per quanto concerne la pensione di vedova o di vedovo» [46].

93. Il confronto fra le situazioni deve quindi fondarsi su un'analisi mirata, diretta a individuare in particolare i diritti e gli obblighi delle

43 — Condivido quindi la posizione adottata dalla Prima Sezione della Corte costituzionale federale nella sua ordinanza 7 luglio 2009 (BVerfG, 1 BvR 1164/07). Per riconoscere l'esistenza di tale discriminazione, la Corte costituzionale ha sottolineato che esiste uno stretto legame tra l'orientamento sessuale e la scelta fra il matrimonio e l'unione solidale registrata (punto 89) e che il legislatore tedesco ha previsto quest'ultima forma di rapporto giuridico per consentire alle persone omosessuali di unirsi (punto 90).

44 — Sentenza citata (punto 69).

45 — Così, nella sentenza Burden/Regno Unito (non ancora pubblicata nella *Raccolta delle sentenze e decisioni*), pronunciata il 29 aprile 2008, la Grande Sezione di detta Corte ha dichiarato che due sorelle conviventi da oltre trent'anni in una casa indivisa non potevano lamentare una disparità di trattamento fiscale sul fondamento dell'art. 14 della CEDU, in quanto non si trovavano in una situazione analoga a quella dei coniugi o dei partner civili.

46 — Sentenza citata (punti 67-69).

persone sposate enunciati da disposizioni di diritto privato e quelli delle persone legate da un'unione solidale registrata che risultano pertinenti in relazione alla prestazione considerata. A mio parere, l'effetto utile del divieto di discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale non potrebbe essere garantito qualora fosse richiesta un'identità completa tra gli istituti giuridici o se si dovessero prendere in considerazione diritti o obblighi inoperanti rispetto alla specifica fattispecie in esame.

94. In particolare, le normative applicabili in caso di eventuale scioglimento del vincolo che unisce i partner, per decesso o per qualsiasi altra causa, non devono influire sul confronto fra le situazioni esistenti durante il matrimonio e nell'ambito dell'unione registrata per quanto riguarda pagamenti subordinati alla condizione che il pensionato coniugato non sia stabilmente separato. Tali normative possono invece influire sulla valutazione dell'analogia tra le situazioni dei coniugi e dei partner separati.

95. Gli effetti attribuiti al matrimonio da disposizioni di diritto tributario, sociale o amministrativo, in quanto presupposto per la concessione di un vantaggio o di un diritto, non devono incidere nemmeno sul confronto fra le situazioni di persone legate da un matrimonio o da un'unione solidale registrata, in quanto una disparità di trattamento stabilita da tali disposizioni costituisce più un indizio dell'esistenza di una discriminazione che non un elemento atto a definire l'analogia fra le situazioni.

96. Poiché la Corte le ha già descritte nella sentenza Maruko [47], mi sembra inutile riesaminare in questa sede le tappe percorse dal diritto civile tedesco verso l'allineamento del regime applicabile all'unione solidale registrata a quello esistente per il matrimonio.

97. Per quanto riguarda più in particolare la prestazione controversa, vale a dire la pensione complementare versata dalla Freie und Hansestadt Hamburg ad un ex dipendente, essa rientra nell'ambito giuridico degli obblighi patrimoniali fra partner. Rilevo che, secondo le informazioni contenute nella decisione di rinvio, i partner di un'unione solidale hanno l'obbligo reciproco, da un lato, di prestarsi assistenza e, dall'altro, di contribuire adeguatamente alle esigenze della comunità solidale con il proprio lavoro e il proprio patrimonio [48], come avviene nel caso dei coniugi conviventi [49]. Sebbene l'LPartG non abbia sancito la completa parificazione tra i diritti delle coppie sposate e quelli delle coppie che hanno contratto un'unione solidale registrata,

47 — Sentenza citata (punti 67 e segg.).

48 — Artt. 2 e 5 dell'LPartG, introdotti dalla legge 15 dicembre 2004, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, di revisione delle norme sulle unioni civili (Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts).

49 — Così, l'art. 5 del LPartG rinvia espressamente alle disposizioni parallele del BGB, disponendo che «l'art. 1360, seconda frase, e gli artt. 1360a e 1360b del BGB, nonché l'art. 16, n. 2, si applicano per analogia».

esso ha tuttavia creato obblighi molto simili per queste due forme di unione, in particolare sul piano economico.

98. Secondo il giudice a quo, a seguito delle riforme successive dell'LPartG [50], «non esistono più differenze giuridiche di rilievo tra questi due stati personali offerti dall'ordinamento giuridico tedesco, vale a dire il matrimonio e l'unione solidale registrata (…). La differenza, in sostanza, ha solo più natura fattuale: il matrimonio presuppone che i coniugi siano di sesso diverso, mentre l'unione solidale registrata presuppone che i partner siano dello stesso sesso». Non sussiste quindi una differenza tra le situazioni sufficiente a giustificare una disparità di trattamento come quella di cui alla causa principale.

99. Risulta dagli atti che la pensione del sig. Römer sarebbe stata aumentata, in applicazione dell'art. 8, n. 10, ultima frase, del primo RGG, se nell'ottobre del 2001 egli avesse contratto un matrimonio con una donna e non un'unione solidale registrata con un uomo. Tale trattamento più favorevole non sarebbe dipeso né dai redditi delle parti dell'unione, né dall'esistenza di figli, né da altri fattori come quelli relativi alle esigenze economiche del partner. Inoltre, nella sua vita professionale lo stato civile non aveva alcuna incidenza sui contributi dovuti dall'interessato, dato che egli era tenuto a contribuire alle spese per le pensioni versando una quota identica a quella dei colleghi coniugati. La disparità di trattamento rilevata si fonda quindi esclusivamente su un criterio vietato dalla direttiva 2000/78, vale a dire l'orientamento sessuale.

100. Tenuto conto degli elementi esposti dal giudice del rinvio, sembrerebbe che, per quanto riguarda la prestazione controversa nella causa principale, la situazione delle persone che hanno contratto matrimonio e quella delle persone legate da un'unione solidale registrata conformemente alla normativa nazionale applicabile siano analoghe ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a), della direttiva 2000/78. Pertanto, l'aumento di una pensione fondato unicamente sul criterio del matrimonio, come quello previsto all'art. 10, n. 6, del primo RGG, sembra costituire una discriminazione diretta in ragione dell'orientamento sessuale.

2. Sulla discriminazione indiretta

101. La questione relativa all'interpretazione dell'art. 2, n. 2, lett. b), della direttiva 2000/78, concernente la nozione di discriminazione indiretta, si pone solo nell'ipotesi in cui non venga accertata l'esistenza di una discriminazione diretta al termine dell'esame della comparabilità fra le situazioni effettuato dalla Corte stessa, qualora essa ritenesse di poterlo fare, come la Commissione le suggerisce, o al termine dell'analisi della stessa natura lasciata all'apprezzamento del giudice nazionale.

50 — L'Arbeitsgericht Hamburg precisa che, in particolare, la legge 15 dicembre 2004 di revisione delle norme sulle unioni civili ha «ulteriormente ravvicinato lo status di partner di unione solidale registrata a quello di coniuge».

Intendo quindi presentare le seguenti osservazioni solo in via subordinata, per scrupolo di completezza.

102. Il ricorrente nella causa principale invita la Corte ad estendere la giurisprudenza Maruko, rispondendo anche alla questione relativa alla discriminazione indiretta. Per sostenere di essere vittima di una discriminazione indiretta fondata sul proprio orientamento sessuale, il sig. Römer sostiene che il fatto di collegare le prestazioni ad un matrimonio valido esclusivamente fra persone di sesso diverso conduce a tale risultato, senza che ciò sia obiettivamente giustificato conformemente al diritto dell'Unione. Egli fa valere che la Freie und Hansestadt Hamburg non ha spiegato perché la tutela delle coppie sposate richieda che egli debba percepire una pensione meno elevata di quella dei suoi colleghi eterosessuali, sebbene abbia versato gli stessi contributi alla cassa di previdenza professionale per 45 anni.

103. La Commissione, richiamando la giurisprudenza della Corte in materia di non discriminazione in ragione dell'età [51], rileva che gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale nella scelta dei mezzi atti a conseguire gli obiettivi della loro politica sociale, ma che tale potere non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione.

104. Qualora non fosse accertato che i partner di un'unione solidale e i coniugi si trovano in situazioni analoghe per quanto riguarda la prestazione di cui trattasi, il che escluderebbe l'esistenza di una discriminazione diretta nel caso di specie, occorrerebbe interpretare le disposizioni dell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78 per aiutare il giudice del rinvio a stabilire se una normativa come quella controversa nella causa principale possa determinare una discriminazione indiretta in base all'orientamento sessuale.

105. Per quanto è a mia conoscenza, la giurisprudenza non contiene elementi relativi all'interpretazione della nozione di discriminazione indiretta, in particolare fondata sull'orientamento sessuale, ai sensi della direttiva 2000/78.

106. Secondo i termini della detta direttiva, occorre anzitutto interrogarsi sull'esistenza nella specie di «una disposizione [o] un criterio (…) apparentemente neutri [atti a] mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone (…) di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone». Il criterio relativo al vincolo matrimoniale inerente all'art. 10, n. 6, del primo RGG può sembrare

51 — V., in particolare, sentenza 5 marzo 2009, causa C-388/07, Age Concern England (Racc. pag. I-1569, punti 47 e segg.). Si deve sottolineare che la direttiva 2000/78 enuncia regole specifiche riguardo ai motivi che possono legittimare le disparità di trattamento fondate, direttamente o indirettamente, sull'età (v. conclusioni presentate il 6 maggio 2010 dall'avvocato generale Kokott nella causa C-499/08, Andersen, paragrafo 32, pendente dinanzi alla Corte).

a priori un elemento di distinzione neutro. Tuttavia, poiché il matrimonio e i vantaggi che ne derivano sono riservati esclusivamente alle persone di sesso diverso, come avviene in particolare in Germania, l'effetto distintivo di tale criterio non è insignificante. Quest'ultimo risulta particolarmente svantaggioso per le persone omosessuali, in quanto esse non dispongono di mezzi giuridici diversi dall'unione solidale registrata per formalizzare la loro unione e non possono quindi accedere al gruppo favorito, salvo negare il proprio orientamento sessuale.

107. L'approccio, pertanto, non deve essere soggettivo, ma oggettivo. Poco importa se la condizione di un matrimonio effettivo sia o meno diretta ad escludere specificamente le coppie dello stesso sesso, dal momento che detta condizione, di per sé, le sfavorisce nettamente rispetto alle coppie di sesso diverso. Certamente, la disposizione controversa nella causa principale esclude tutti i pensionati non coniugati [52], ma, di fatto, gli omosessuali vengono danneggiati in misura maggiore rispetto, ad esempio, agli eterosessuali conviventi, dato che questi ultimi non vengono definitivamente privati della possibilità di ottenere tale vantaggio, essendo loro offerto l'accesso al matrimonio, qualora un giorno lo desiderino.

108. La constatazione che dall'art. 10, n. 6, del primo RGG potrebbe derivare uno «svantaggio particolare» non è sufficiente di per sé per ravvisare una discriminazione indiretta, in quanto una «finalità legittima» potrebbe giustificarla «oggettivamente» ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78. La spiegazione addotta dalla Freie und Hansestadt Hamburg si basa su preoccupazioni di ordine fiscale, di cui tuttavia non sono state dimostrate né la realtà, né la legittimità, mentre tale onere incombeva alla convenuta nella causa principale. Dal canto suo, il giudice del rinvio fa riferimento alla possibile intenzione del legislatore di tutelare il matrimonio e la famiglia [53].

109. Rilevo subito che considero dubbio il nesso di causalità tra la disparità di trattamento controversa e la tutela del matrimonio e della famiglia, che di per sé potrebbe costituire una «finalità legittima».

110. Anche ammettendo che si possa riconoscere la legittimità di tale scopo, non mi sembra che le disposizioni dell'art. 10, n. 6, del primo RGG possano resistere, in ogni caso, all'esame della fondatezza e della

52 — Ricordo tuttavia che l'art. 10, n. 6, del primo RGG prevede che la modalità di calcolo più vantaggiosa risultante dall'applicazione dello scaglione tributario III/0 viene offerta non solo ai pensionati coniugati, ma anche a quelli non coniugati che abbiano diritto ad assegni familiari o ad una prestazione equivalente.

53 — Vi tornerò nell'ambito della risposta all'ultima serie di questioni relativa all'incidenza dell'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale, che enuncia una finalità di questo tipo.

proporzionalità previsto in tal caso dalla direttiva 2000/78, laddove essa prescrive che «i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari». Ritengo che per promuovere l'istituto del matrimonio esistano mezzi diversi dal nuocere, anche indirettamente, agli interessi finanziari delle coppie omosessuali, che ad ogni modo in Germania non hanno accesso al matrimonio e non rischiano quindi di discostarsene optando per un'unione solidale registrata. In ogni caso, l'istituto del matrimonio può essere tutelato senza che sia né adeguato né indispensabile avvantaggiare una modalità di vita coniugale giuridicamente riconosciuta rispetto ad un'altra [54].

giustificato da uno scopo legittimo e se l'esistenza di un matrimonio attuale quale condizione preliminare per ottenere tale vantaggio sia o meno un mezzo proporzionato per conseguire detto scopo.

3. Conclusione intermedia

111. Alla luce di tali osservazioni, spetta al giudice a quo, che è il solo competente a valutare i fatti della controversia di cui è investito e ad interpretare la normativa nazionale applicabile, accertare, concretamente, se sussista una discriminazione indiretta. Esso dovrà valutare se il fatto che, per effetto dell'art. 10, n. 6, del primo RGG, il sig. Römer percepisca una pensione inferiore a quella di una persona coniugata sia o meno oggettivamente

112. Per concludere sull'insieme delle problematiche sollevate dalla terza questione, propongo alla Corte di rispondere a tal riguardo che il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale, in base alla quale un pensionato che ha contratto un'unione solidale registrata non percepisce una pensione complementare equivalente a quella concessa ad un pensionato coniugato non stabilmente separato, mentre, secondo il diritto nazionale, detta unione porrebbe le persone dello stesso sesso in una situazione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la suddetta pensione. L'analisi dell'analogia deve essere incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner, quali risultano rispettivamente dalle disposizioni applicabili al matrimonio e da quelle applicabili all'unione solidale registrata, che siano pertinenti alla luce delle condizioni cui è subordinata la prestazione

54 — V. citata ordinanza della Bundesverfassungsgericht 7 luglio 2009. La Corte europea del diritti dell'uomo ha inoltre sottolineato che «[q]uando il margine di discrezionalità lasciato agli Stati è limitato, [come nel caso] di una disparità di trattamento basata (…) sull'orientamento sessuale, (…) il principio di proporzionalità esige, di regola, che il provvedimento adottato sia idoneo a conseguire lo scopo perseguito, ma obbliga anche a dimostrare che per conseguire tale scopo occorreva escludere determinate persone — nella specie le persone che vivono una relazione omosessuale — dall'ambito di applicazione del provvedimento di cui trattasi» (sentenza 24 luglio 2003, Karner/Austria, Recueil des arrêts et décisions, 2003-IX, punto 41).

di cui trattasi. È compito del giudice a quo verificare se un partner di un'unione solidale sia in una situazione giuridica e fattuale analoga a quella di un coniuge beneficiario della pensione complementare prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Freie und Hansestadt Hamburg.

113. In subordine, qualora la verifica dell'analogia escludesse l'esistenza di una discriminazione diretta in ragione dell'orientamento sessuale, sussisterebbe quanto meno una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78, in quanto le disposizioni dell'art. 10, n. 6, del primo RGG, che prevedono una modalità di calcolo di una pensione complementare più favorevole per i pensionati coniugati non stabilmente separati, da un lato, comportano uno svantaggio particolare a detrimento dei pensionati che hanno contratto un'unione solidale registrata e, dall'altro, non rispondono oggettivamente ad uno scopo legittimo o non costituiscono un mezzo appropriato e necessario per conseguire tale scopo, cosa che dovrà essere accertata dal giudice del rinvio.

D — *Sulla violazione dell'art. 141 CE o di un principio generale del diritto dell'Unione*

114. Con la quarta questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se, nell'ipotesi in cui non si rilevi che l'art. 10, n. 6, del primo RGG contravviene alla direttiva 2000/78/CE, tale disposizione di diritto interno violi nondimeno l'art. 141 CE o un principio generale del diritto comunitario.

115. Più precisamente, questa questione è suddivisa in tre alternative. A tal riguardo, l'Arbeitsgericht Hamburg ha fornito chiarimenti nella domanda aggiuntiva di pronuncia pregiudiziale.

116. Rilevo che la prima e la seconda ipotesi previste dalla quarta questione sono basate sulla risposta in senso affermativo alle questioni concernenti l'eventuale esclusione dell'applicabilità della direttiva 2000/78. Quanto alla terza parte della quarta questione, essa riguarda l'ipotesi in cui venga dichiarato che l'art. 10, n. 6, del primo RGG non lede, né direttamente né indirettamente, il principio di non discriminazione enunciato dalla direttiva 2000/78. Per i motivi esposti in precedenza, ritengo che le tre parti di tale questione pregiudiziale siano prive di oggetto. Tuttavia, a fini di esaustività, per il caso in cui la Corte non accogliesse i miei suggerimenti, fornirò in subordine i seguenti elementi di soluzione.

117. Per quanto riguarda l'eventuale violazione dell'art. 141 CE, non mi sembra che essa possa configurarsi nella causa principale. Ricordo che detta disposizione sancisce il «principio della parità di retribuzione tra

lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore».

118. Il contenuto normativo dell'art. 10, n. 6, del primo RGG non è atto a violare il principio così enunciato, in quanto la prevista disparità di trattamento nel calcolo delle pensioni a detrimento del ricorrente nella causa principale si fonda su una distinzione non tra uomini e donne, bensì tra i dipendenti coniugati e gli altri. Il giudice del rinvio lo rileva esso stesso, ma suggerisce che tale articolo potrebbe tuttavia essere una disposizione discriminatoria basata sul fatto che il ricorrente nella causa principale è di sesso maschile, dato che il sig. Römer ha potuto costituire, quale rapporto giuridico con un altro uomo, solo un'unione solidale, e non un matrimonio.

119. Rilevo tuttavia, al pari della Commissione, che la disposizione interna controversa reca pregiudizio ai pensionati dello stesso sesso, a prescindere dalla circostanza che l'unione solidale sia stata contratta da due uomini o da due donne. Inoltre, lo svantaggio subito dal sig. Römer non dipende dal suo sesso, né da quello del suo partner, ma deriva solo dall'assenza di un matrimonio. Mi sembra evidente che tale disposizione non può essere in contrasto con l'art. 141 CE, che riguarda le disparità di trattamento basate sul sesso, e non quelle basate sull'orientamento sessuale.

120. È vero che l'argomento dedotto dal giudice a quo è analogo al ragionamento seguito dalla Corte nella sentenza K.B. [55], secondo cui l'art. 141 CE osta, in linea di principio, a una normativa che, in violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (in prosieguo: la «CEDU»), impedisca a una coppia, un membro della quale sia una persona transessuale che ha subito un intervento medico per il cambiamento di sesso ma rimanendo registrata come persona dello stesso sesso dell'altra, di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro ai sensi dell'art. 141 CE, vale a dire una pensione di reversibilità.

121. Benché il sig. Römer e il suo partner si trovino in una situazione analoga a quella degli interessati nella causa K.B., in quanto il matrimonio è riservato alle persone di sesso diverso, tuttavia non credo che nella specie tale impedimento possa essere qualificato come una discriminazione basata sul sesso. In detta causa la Corte ha messo in dubbio la conformità al diritto comunitario della normativa del Regno Unito non nella parte in cui essa non rende accessibile il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ma solo nella parte in cui comporta una disparità di trattamento prevedendo un presupposto indispensabile per la concessione di una pensione di reversibilità, vale a dire la capacità di contrarre matrimonio [56]. Analogamente, l'impossibilità subita dal sig. Römer è una conseguenza

55 — Sentenza 7 gennaio 2004, causa C-117/01, K. B. (Racc. pag. I-541).

56 — Punti 28, 30 e 33.

della scelta fatta dalla Repubblica federale di Germania, nell'esercizio nei suoi poteri in materia di stato civile, di riservare l'istituto del matrimonio alle coppie di sesso opposto. Poiché le persone omosessuali subiscono le conseguenze di tale scelta legislativa in maniera analoga, a prescindere dalla circostanza che si tratti di individui di sesso femminile o di sesso maschile, tale condizione non può essere considerata di per sé discriminatoria in funzione del sesso.

122. Per quanto riguarda l'eventuale violazione di un principio generale del diritto dell'Unione da parte dell'art. 10, n. 6, del primo RGG, in quanto esso svantaggia il ricorrente nella causa principale in ragione del suo orientamento sessuale, il giudice a quo fonda la sua domanda sulla sentenza Mangold [57]. Egli ricorda che, secondo detta sentenza, la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il quale deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario. Nella sua domanda integrativa, il giudice a quo menziona la possibilità di una violazione di un «(altro) principio generale del diritto comunitario», apparentemente distinto dal principio della parità delle retribuzioni tra uomini e donne di cui all'art. 141 CE, ma non precisa quale potrebbe essere tale principio nel caso di specie.

123. Per il caso in cui la Corte ritenesse che tale questione non risulti priva di oggetto per quanto riguarda la combinazione delle ipotesi ivi enunciate a titolo di premessa, rilevo che le sentenze Mangold e Kücükdeveci [58] confermano in maniera certa che la direttiva 2000/78 non ha sancito il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, che trova la propria fonte in vari atti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, come risulta dall'art. 1 e dai «considerando» dal primo al quarto della citata direttiva.

124. In tale contesto, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di un principio di non discriminazione in base all'età che deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione, principio cui la detta direttiva si è limitata a dare espressione concreta, definendo un quadro generale nella materia da essa disciplinata [59]. Inoltre, la Corte ha sottolineato che «[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) [sul]l'età», ai sensi dell'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali, che, secondo l'art. 6, n. 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei trattati [60].

125. Rimane da stabilire se tale giurisprudenza possa essere trasposta nel senso che il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale riveste lo stesso status di principio generale del diritto dell'Unione di

57 — Citata (punti 74 e 75).

58 — Citate sentenze Mangold (punto 74) e Kücükdeveci (punto 20).

59 — Citate sentenze Mangold (punto 75) e Kücükdeveci (punto 21).

60 — Sentenza Kücükdeveci, cit. (punto 22).

cui gode il divieto di discriminazione in base all'età.

126. Come già rilevato, il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1º maggio 1999, ha modificato l'art. 13, n. 1, CE, al fine di conferire alla Comunità, nei limiti delle sue competenze per materia, poteri specifici di lotta contro tutte le forme di discriminazione basate su una delle sei categorie di motivi ivi elencati, che comprendono l'orientamento sessuale [61].

127. All'epoca, non tutti gli Stati membri condannavano le discriminazioni fondate su tale criterio e nemmeno la CEDU lo menzionava. Nella sentenza Grant, pronunciata il 17 febbraio 1998 [62], la Corte ha dichiarato che, allo stato del diritto nella Comunità, le relazioni omosessuali stabili non erano assimilate alle relazioni tra persone sposate o alle relazioni eterosessuali stabili al di fuori del matrimonio. Essa ne ha dedotto che una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale non era vietata in quanto nessuna disposizione comunitaria la vietava espressamente e ha aggiunto che spettava soltanto al legislatore adottare, se del caso, provvedimenti atti a modificare tale situazione.

128. Come ha rilevato l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, l'approccio restrittivo dalla Corte contrastava, ad esempio, con la dottrina in materia di discriminazione a causa della maternità [63]. La giurisprudenza successiva rivela anche una certa reticenza ad attuare il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale [64].

129. A mio parere, sul piano strettamente giuridico, non esiste alcuna giustificazione per applicare il principio della parità di trattamento in maniera meno rigorosa nel caso delle discriminazioni in base all'orientamento sessuale che non in quello delle discriminazioni fondate sugli altri motivi indicati all'art. 13 CE. Ammettere che in tale settore

61 — Sulla base di tale disposizione sono state adottate la direttiva 2000/78, nonché le direttive del Consiglio 29 giugno 2000, 2000/43/CE, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica (GU L 180, pag. 22), e 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura (GU L 373, pag. 3). Per completare questo quadro normativo, il 2 luglio 2008 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva 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, al di fuori del mercato del lavoro [COM(2008) 426 def.].

62 — Sentenza 17 febbraio 1998, causa C-249/96, Grant (Racc. pag. I-621, punti 35 e segg.).

63 — V. paragrafo 92 delle citate conclusioni nella causa Maruko, nonché le numerose sentenze ivi richiamate (alla nota 90).

64 — In particolare sentenze 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, D e Svezia/Consiglio (Racc. pag. I-4319), il cui contenuto è ricordato al paragrafo 94 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa Maruko.

esistano sensibilità particolari giuridicamente rilevanti significherebbe che la Corte attribuisce importanza a pregiudizi ingiustificati, quale che sia la loro origine, e nega una tutela giuridica paritaria a persone di orientamento sessuale minoritario.

130. Infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato, sin dal 1999, che una disparità di trattamento basata sull'orientamento sessuale rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della CEDU, il cui contenuto non è limitativo, e che siffatta discriminazione non può essere tollerata in virtù della Convenzione [65]. Orbene, i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU sono parte integrante delle norme di cui l'Unione europea assicura il rispetto, in quanto principi generali, conformemente all'art. 6, n. 3, TUE. Il divieto di «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare (…), sull'orientamento sessuale» è stato quindi inserito nell'art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il cui scopo era non di creare nuovi diritti, ma di confermare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione [66].

131. Alla luce di tali considerazioni, mi sembra che, al pari di quanto dichiarato dalla Corte in relazione alla discriminazione in base all'età, il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale debba essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione [67].

132. Nell'ipotesi, a mio parere poco probabile, in cui la normativa controversa nella

65 — CEDU, sentenza 21 dicembre 1999, Salgueiro Da Silva Mouta/Portogallo, Raccolta delle sentenze e decisioni, 1999-IX, punti 28 e 36. V. anche sentenza 9 gennaio 2003, S.L./Austria, Raccolta delle sentenze e decisioni, 2003-I, punto 37 («le disparità fondate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da motivi particolarmente gravi»), e la giurisprudenza citata in tal senso, e CEDU, sentenza 2 marzo 2010, Kozak/Polonia, non ancora pubblicata nella *Raccolta delle sentenze e decisioni* (ai punti 98 e 99, la Corte CEDU ammette che la tutela della famiglia, basata sull'unione tra un uomo e una donna, quale prevista dalla Costituzione polacca, costituisce in via di principio un motivo legittimo che consente di giustificare una differenza di trattamento. Aggiunge che, tuttavia, quando si cerca di creare l'equilibrio perseguito fra la tutela della famiglia e i diritti riconosciuti dalla Convenzione alle minoranze sessuali, lo Stato deve tener conto dell'evoluzione della società, in particolare del fatto che non esiste un solo stile per un individuo di condurre la sua vita privata. Non potendo ammettere che sia necessario, ai fini della tutela della famiglia, rifiutare in generale la trasmissione di un contratto di locazione alle persone che vivono una relazione omosessuale, essa conclude, all'unanimità, per la violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8 della CEDU).

66 — Il suo preambolo enuncia che la Carta «riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla [CEDU], dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

67 — Il punto 76 della citata sentenza Mangold inizia con le seguenti parole: «il rispetto del principio generale della parità di trattamento, *in particolare* in ragione dell'età (…)» (il corsivo è mio); ciò consente di ritenere che la Corte non intendesse limitare il suo approccio a quest'unico motivo, tenuto conto del fatto che la direttiva 2000/78 ha lo scopo di lottare contro le discriminazioni fondate «sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali» (art. 1), in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. Analogamente, l'avvocato generale Tizzano aveva osservato, nelle sue conclusioni relative a tale causa, che «anche prima dell'adozione della direttiva 2000/78 e delle specifiche disposizioni in essa contenute, è stata riconosciuta dalla Corte l'esistenza di un *principio generale d'eguaglianza*» (il corsivo è mio) (v. paragrafo 83 e giurisprudenza ivi citata).

causa principale non rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78, non si potrebbe escludere che detta normativa — in concreto, il termine «coniugato» che ne limita la portata — leda il principio generale del diritto dell'Unione relativo al divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.

133. Tuttavia, si deve sottolineare che qualora la Corte fondasse detto controllo su tale principio generale, e non sulla direttiva 2000/78, ciò inciderebbe sulla risposta da dare alla quinta questione sollevata dal giudice del rinvio, vale a dire per quanto riguarda le conseguenze ratione temporis della violazione del diritto dell'Unione.

134. Riassumendo, ritengo in via principale che nella specie non occorra risolvere la quarta questione pregiudiziale. Tuttavia, in caso contrario, suggerisco alla Corte, in subordine, di dichiarare che l'art. 10, n. 6, del primo RGG non può comportare una violazione dell'art. 141 CE, ma potrebbe ledere il principio generale del diritto dell'Unione costituito dal divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, il che dovrà essere accertato dal giudice del rinvio in base agli elementi della controversia di cui è investito.

E — *Sugli aspetti temporali della causa*

135. Occorre esaminare congiuntamente la quinta e la sesta questione, dato che vertono entrambe su problemi di applicazione nel tempo, sotto profili diversi.

1. Sugli effetti nel tempo del diritto alla parità di trattamento

136. Il giudice del rinvio precisa che la quinta questione è diretta a chiarire le conseguenze giuridiche che esso stesso deve trarre dalle risposte date dalla Corte alla prime quattro questioni pregiudiziali per pronunciarsi sul caso di specie.

137. Lo stesso afferma di chiedersi in primo luogo se, nell'ipotesi in cui la Corte ammettesse che lo svantaggio subito dal ricorrente nella causa principale costituisce una violazione del diritto dell'Unione, l'interessato possa esigere che la convenuta nella causa principale lo tratti al pari dei pensionati coniugati non stabilmente separati, anche prima che l'art. 10, n. 6, del primo RGG venga modificato in tal senso.

138. In proposito, il giudice del rinvio rileva che nella specie la Freie und Hansestadt Hamburg non è un datore di lavoro di diritto privato, pur trattandosi di un contratto di lavoro di diritto civile, bensì un ente territoriale pubblico che agisce sia in qualità di datore di lavoro, sia in qualità di legislatore per quanto riguarda la disposizione controversa nella causa principale.

139. Ritengo che, qualora venga ravvisata l'esistenza di una discriminazione, sia essa diretta o indiretta, il diritto alla parità di trattamento possa essere rivendicato dal ricorrente nella causa principale senza dover attendere che la disposizione interna controversa venga riformata dal legislatore tedesco.

140. In secondo luogo, il giudice del rinvio si chiede, sostanzialmente, a partire da quale data dovrebbe intervenire la modifica dell'art. 10, n. 6, del primo RGG. Precisa di essere dell'opinione che, qualora la Corte dovesse ritenere che la citata disposizione contravvenga solo alla direttiva 2000/78, sarebbe logico riconoscere al ricorrente nella causa principale, nei confronti della convenuta, il diritto al pagamento di pensioni di importo identico a quello delle pensioni erogate ai pensionati coniugati quanto meno a decorrere dalla scadenza del termine di attuazione previsto dall'art. 18, n. 1, della direttiva 2000/78, vale a dire dal 3 dicembre 2003.

141. Egli aggiunge che, a suo avviso, il punto di partenza potrebbe essere fissato in una data successiva se la Corte attribuisse un'importanza decisiva al fatto che nel diritto nazionale l'unione solidale contratta da persone dello stesso sesso è stata ravvicinata all'istituto del matrimonio solamente in più fasi. Il giudice a quo suggerisce che, in tal caso, gli effetti giuridici dell'interpretazione fornita dalla Corte potrebbero essere applicabili al ricorrente nella causa principale, ad esempio, solo a partire dall'entrata in vigore della legge 15 dicembre 2004, che riforma il diritto dell'unione solidale, vale a dire il 1° gennaio 2005.

142. Mentre la Commissione condivide la posizione assunta dal giudice del rinvio, il punto di vista del ricorrente nella causa principale è analogo solo per quanto riguarda la prima data proposta dal giudice [68]. Il sig. Römer ammette che la Corte possa dichiarare che gli effetti saranno limitati ai pagamenti della pensione successivi al 2 dicembre 2003. Tuttavia, egli ritiene che i pagamenti della sua pensione dovranno in ogni caso essere calcolati a partire da tale data sulla base di tutti i contributi versati, indipendentemente dalla loro data.

143. Per contro, egli si oppone alla tesi secondo cui il punto di partenza potrebbe essere fissato in una data successiva per tenere conto dell'evoluzione nel diritto tedesco del regime

68 — Rilevo tuttavia che la formulazione impiegata a tale riguardo mi pare ambigua, se non inesatta, dato che esso sostiene che «la decisione [della Corte] chiari[rà] il contenuto della direttiva, quale avrebbe dovuto essere interpretata *il 2 dicembre 2003, data della sua entrata in vigore*» (il corsivo è mio). Orbene, l'art. 20 della direttiva 2000/78 enuncia che quest'ultima è entrata in vigore il giorno della sua pubblicazione nella GUCE, ossia il 2 dicembre 2000, mentre l'art. 18 prevede che gli Stati dovevano recepirla nel diritto interno entro il 2 dicembre 2003.

applicabile all'unione solidale registrata. Per quanto attiene alla discriminazione diretta, sostiene che gli obblighi di mantenimento esistenti tra i partner di un'unione solidale sono identici a quelli dei coniugi, a seguito dell'istituzione dell'unione solidale intervenuta nel 2001 [69]. Ne deduce che gli ex dipendenti della Freie und Hansestadt Hamburg che hanno contratto un'unione solidale si sono sempre trovati nella stessa situazione degli ex dipendenti coniugati per quanto riguarda l'accesso alle pensioni complementari controverse. In subordine, quanto alla discriminazione indiretta, egli afferma di essere stato, fin dall'inizio, vittima di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

144. Per rispondere a tale questione, si potrebbero distinguere diverse ipotesi. Da un lato, qualora la Corte ritenesse che nella specie sussista una discriminazione basata sulla violazione di disposizioni della direttiva 2000/78, si potrebbe ritenere che il ricorrente nella causa principale non possa beneficiare degli stessi diritti alla pensione complementare dei pensionati coniugati ad una data anteriore alla scadenza del termine impartito agli Stati membri per la sua trasposizione, vale a dire il 2 dicembre 2003. Un argomento in tal senso sarebbe che non si può attribuire alla direttiva un effetto retroattivo dichiarandola applicabile prima della scadenza del termine di trasposizione. Dall'altro, nell'ipotesi in cui la Corte rispondesse invece in senso negativo alla terza questione, il giudice del rinvio chiede in subordine se l'art. 10, n. 6, del primo RGG contravvenga all'art. 141 CE o ad un principio generale del diritto dell'Unione. In tal caso, la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2000/78 sarebbe ininfluente ai fini della soluzione della controversia principale.

145. Tuttavia, operare tale distinzione equivarrebbe a dimenticare che, come ricordato, la Corte ha sottolineato che la direttiva n. 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro [70]. La Corte ne ha dedotto che il principio di non discriminazione in base all'età deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario e che il rispetto del principio generale della parità di trattamento non può, di per sé, dipendere dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per recepire una direttiva destinata a costituire un quadro generale per la lotta contro le discriminazioni fondate su tale criterio. Essa ha aggiunto che era compito del giudice nazionale garantire la piena efficacia di tale principio generale disapplicando ogni disposizione contraria della

69 — Il ricorrente nella causa principale sostiene che solo il grado dei crediti alimentari tra coniugi rispetto agli altri crediti alimentari è stato subito concepito in maniera diversa, ma che ciò non ha alcuna incidenza sull'analogia degli obblighi reciproci di mantenimento tra i coniugi e tra i partner di un'unione solidale.

70 — Citate sentenze Mangold (punto 74) e Kücükdeveci (punto 20).

legge nazionale, e ciò anche se non era ancora scaduto il termine di trasposizione previsto dall'art. 18 della citata direttiva.

146. A mio parere, occorre seguire un ragionamento del tutto identico per quanto riguarda il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale. Poiché la direttiva 2000/78 è essenzialmente destinata a facilitare l'applicazione concreta di tale principio generale del diritto dell'Unione, essa non incide sul suo contenuto, né sulla sua portata. Poiché esso non è stato sancito, ma solo declinato, dalla direttiva 2000/78, si può ritenere che la violazione di tale principio, nonché gli effetti giuridici che ne derivano, possano risalire ad una data anteriore al 2 dicembre 2003. Se del caso, le conseguenze che il giudice del rinvio dovrà trarre nella causa principale non dipenderebbero dalla data dell'entrata in vigore della direttiva 2000/78 o dalla scadenza del termine per la sua trasposizione, dato che il principio generale di non discriminazione così riconosciuto andrebbe al di là di tale atto normativo di diritto derivato.

147. Considerata l'evoluzione sopra ricordata, risulta che il principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale non è stato riconosciuto dalla Corte nella sua giurisprudenza degli anni '90. Tuttavia, ricordo che la Corte di Strasburgo si è pronunciata, nel dicembre del 1999 [71], nel senso che tale discriminazione non è conforme alla CEDU. Tenuto conto del fatto che l'Unione europea garantisce, in quanto principi generali, i diritti fondamentali tutelati da detta Convenzione [72] e poiché la Carta dei diritti fondamentali si limita a codificare diritti già garantiti nell'Unione europea [73], mi sembra evidente che il diritto alla parità di trattamento in base all'orientamento sessuale costituiva già un principio giuridico generale riconosciuto dal diritto dell'Unione nel momento in cui il sig. Römer ha registrato l'unione solidale con il proprio partner, vale a dire il 15 ottobre 2001.

148. Qualora la Corte non accogliesse il mio ragionamento su questo punto e intendesse attenersi all'applicazione delle disposizioni della direttiva 2000/78, occorrerebbe distinguere, per quanto riguarda la data di entrata in vigore, in funzione della qualificazione della discriminazione individuata dalla Corte.

149. Infatti, in caso di discriminazione diretta, questa si configurerebbe solo nel momento in cui la situazione dei pensionati che hanno contratto un'unione solidale è divenuta equiparabile a quella dei pensionati coniugati per quanto riguarda la pensione complementare controversa.

150. Potrebbe accadere che, come ha suggerito il giudice a quo e contrariamente a quanto sostiene il ricorrente nella causa principale,

71 — Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Da Silva Mouta/Portogallo, cit.

72 — Art. 6, n. 3, TUE.

73 — Preambolo della Carta.

una concordanza sufficiente tra i diritti e gli obblighi risultanti dal matrimonio e quelli che derivano dall'unione solidale, limitandosi agli elementi rilevanti riguardo alla prestazione di cui trattasi, è intervenuta solo progressivamente, e non al momento dell'adozione della prima legge che disciplina tale unione. Orbene, poiché la determinazione di tale soglia di convergenza dovrà essere effettuata attraverso l'analisi e l'interpretazione del diritto nazionale, essa spetterà al giudice del rinvio.

151. A tal riguardo, si deve sottolineare che dalla decisione di rinvio emerge che lo status giuridico dell'LPartG, nella versione iniziale risultante dalla legge 16 febbraio 2001, era ispirato in parte a quello del matrimonio, ma se ne discostava per il resto [74], e che tale status è stato oggetto di tre riforme, di cui una che, con effetto dal 1º gennaio 2005, ha rafforzato le analogie tra l'unione solidale e l'istituto del matrimonio [75] a un punto tale che non esistono più differenze giuridiche rilevanti tra questi due stati personali offerti dall'ordinamento tedesco. Benché tale argomento relativo ad un ravvicinamento in più fasi sia contestato dal ricorrente nella causa principale, sembra evidente che il giudice a quo terrà conto dell'evoluzione progressiva del diritto nazionale da esso descritta, il che, peraltro, è conforme alla posizione assunta da due Corti federali supreme tedesche nelle decisioni [76] adottate nella scia della sentenza Maruko [77]. Tuttavia, la possibilità per il sig. Römer di pretendere la parità di trattamento in un determinato momento, e non in un altro, dipenderà essenzialmente dai criteri indicati dalla Corte al giudice del rinvio ai fini del confronto fra le due categorie di situazioni.

152. Al contrario, in caso di discriminazione indiretta, non è necessario individuare l'esistenza di situazioni giuridicamente analoghe, ma solo l'esistenza di uno svantaggio particolare non giustificato da una finalità legittima. L'obbligo, incombente al giudice del rinvio, di trarre conseguenze conformi al diritto dell'Unione potrebbe quindi produrre effetti a partire dalla creazione dell'unione solidale registrata da parte del legislatore tedesco, ossia il

74 — Per quanto riguarda le pensioni, il giudice del rinvio riferisce che l'LPartDisBG (Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften) non prevedeva una ripartizione compensatoria dei diritti pensionistici tra i partner di unione solidale in caso di scioglimento dell'unione, e non conteneva alcuna disposizione relativa ai diritti pensionistici in caso di decesso. Tuttavia, a mio parere, l'effetto utile del principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione non potrebbe essere garantito qualora nel confronto delle situazioni si tenesse conto di elementi puramente ipotetici rispetto alla situazione concreta delle parti. Considerate le circostanze del caso di specie, tenendo a mente che il sig. Römer si è limitato a legalizzare una relazione stabile, in quanto esistente di fatto dal 1969, e tenuto conto del fatto che è in discussione una prestazione riservata ai pensionati coniugati non stabilmente separati, mi sembra ingiustificato prendere in considerazione, ai fini di tale confronto, le norme relative allo scioglimento dell'unione.

75 — In proposito, sentenza Maruko, cit., in particolare punti 12 e segg.

76 — V. sentenza del Tribunale federale del lavoro tedesco 14 gennaio 2009 (Bundesarbeitsgericht), in particolare punto 34; ordinanza della Corte costituzionale federale (Bundesverfassungsgericht), cit., in particolare punti 36 e segg.

77 — Le due decisioni sopra menzionate fanno espressamente riferimento alla sentenza pronunciata dalla Corte il 1º aprile 2008 nella causa Maruko, cit.

1º agosto 2001, data di entrata in vigore del LPartG. Per quanto lo riguarda, il ricorrente nella causa principale potrebbe esigere di essere trattato, ai fini della sua pensione complementare, come un pensionato coniugato non stabilmente separato a partire dal mese successivo alla celebrazione della sua unione solidale.

153. Pertanto, propongo di rispondere alla quinta questione che spetta al giudice nazionale garantire la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, disapplicando ogni disposizione di diritto interno, quale l'art. 10, n. 6, del primo RGG, contrastante con tale principio, anche a partire da una data anteriore alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2000/78.

2. Sulla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza della Corte

154. Con la sesta questione il giudice del rinvio chiede, nell'ipotesi in cui la Corte dovesse ritenere che la direttiva 2000/78, l'art. 141 CE, o un principio generale del diritto dell'Unione ostino ad una normativa come quella controversa nella causa principale, se occorra limitare nel tempo il beneficio del diritto a una pensione dello stesso importo di quella erogata ai pensionati coniugati, e in particolare se si debba ritenere che la parità di trattamento ai fini del calcolo delle pensioni si applichi solo ai diritti acquisiti dal pensionato in relazione ai periodi di contribuzione posteriori al 17 maggio 1990, alla luce della sentenza Barber, pronunciata in tale data [78].

155. Il ricorrente nella causa principale e la Commissione concordano nel ritenere che non vi sia alcuna ragione per limitare nel tempo gli effetti della sentenza che sarà pronunciata; la Commissione richiama a tale proposito la sentenza Maruko, in cui è stata esaminata una questione analoga [79].

156. Secondo costante giurisprudenza, l'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto comunitario nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE chiarisce e precisa, se necessario, il significato e la portata della norma stessa, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne deriva che la norma così interpretata può e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti

78 — Sentenza, citata, relativa alla parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile, in cui la Corte ha dichiarato che «l'efficacia diretta dell'art. 119 del Trattato [141 CE] non può essere fatta valere per chiedere il riconoscimento del diritto alla pensione con effetto da una data precedente a quella della presente sentenza, ad eccezione dei lavoratori o dei loro aventi diritto che, prima di questa data, hanno esperito un'azione giurisdizionale o proposto un ricorso equivalente a norma del diritto nazionale» (punto 45).

79 — Citata (punti 77 e segg.).

giuridici sorti e costituiti prima della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione, purché sussistano i presupposti per sottoporre al giudice competente una lite relativa all'applicazione della detta norma [80].

157. In via eccezionale, tenendo conto dei gravi inconvenienti che la sua sentenza potrebbe provocare per il passato, la Corte può decidere di limitare la possibilità degli interessati di avvalersi dell'interpretazione di una disposizione da essa fornita in via pregiudiziale. Siffatta limitazione temporale, in applicazione del principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere ammessa solo dalla Corte, nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta [81].

158. Si deve ricordare che la Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando, da un lato, vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando, dall'altro, risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti ad un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione [82].

159. Qualora la Corte intendesse fornire una risposta riguardo alla limitazione nel tempo degli effetti della sentenza che è chiamata a pronunciare, sebbene né la Repubblica federale tedesca né la Freie und Hansestadt Hamburg l'abbiano chiesto, rilevo che dagli atti del presente procedimento pregiudiziale non risulta affatto che, in assenza di siffatta limitazione, si rischierebbe di alterare retroattivamente l'equilibrio finanziario del regime complementare gestito dalla convenuta nella causa principale.

160. Ricordo che, in virtù dell'art. 8, n. 10, ultima frase, del primo RGG, se i presupposti di cui all'art. 10, n. 6, punto 1, del primo RGG, vale a dire l'esistenza di un vincolo matrimoniale senza separazione stabile, sussistono solo dopo l'inizio del pagamento della pensione, occorre, se l'interessato lo chiede, applicare a partire da tale data lo scaglione tributario III/0, che è più favorevole ai pensionati.

80 — V., in particolare, una sentenza pronunciata recentemente dalla Grande Sezione: sentenza 13 aprile 2010, causa C-73/08, Bressol e a. e Chaverot e a. (Racc. pag. I-2735, punti 90 e segg.), e giurisprudenza ivi citata.

81 — V., in particolare, sentenze 8 aprile 1976, causa 43/75, Defrenne (Racc. pag. 455); 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkavit italiana (Racc. pag. 1205, punto 17); 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke e a. (Racc. pag. I-1835, punti 36 e 37), e Barber, cit. (punti 41 e 44).

82 — V., in particolare, sentenze 27 aprile 2006, causa C-423/04, Richards (Racc. pag. I-3585, punto 42), nonché Bressol e a. e Chaverot e a., cit. (punto 93), e giurisprudenza ivi richiamata.

Nel caso ipotetico in cui il sig. Römer avesse potuto contrarre nell'ottobre del 2001 un matrimonio anziché un'unione solidale, la Freie und Hansestadt Hamburg avrebbe dovuto aumentare la pensione complementare cui egli ha diritto, conformemente alle citate disposizioni. Orbene, il finanziamento del sistema pensionistico in questione deve essere pianificato tenendo conto della possibile sopravvenienza di cambiamenti nello stato civile dei pensionati. Nulla indica che tale possibilità sia aumentata in misura significativa in seguito all'introduzione nel diritto tedesco dell'unione solidale registrata.

161. Peraltro, la convenuta nella causa principale, che si astiene dal prendere posizione su questo punto, non sostiene nemmeno che esista un rischio finanziario. Il giudice del rinvio osserva che, lungi dall'evocare il timore di gravi difficoltà, la Freie und Hansestadt Hamburg ha sottolineato al contrario che solo alcuni casi di pensionati che hanno contratto unioni solidali dovrebbero essere oggetto di decisioni che applicano le nuove modalità di calcolo dei diritti a pensione. Il ricorrente nella causa principale precisa che esistono meno di 15 000 unioni solidali registrate e che il numero di dipendenti pensionati della Freie und Hansestadt Hamburg che hanno un partner dello stesso sesso non è tale da provocare gravi conseguenze finanziarie. Nell'ipotesi in cui la Corte rispondesse in senso affermativo alle questioni poste in precedenza, le ripercussioni economiche di tale decisione sarebbero quindi minime.

162. Pertanto, sono dell'avviso che, qualora occorresse rispondere alla sesta questione, non si dovrebbero limitare nel tempo gli effetti della sentenza che sarà pronunciata.

F — *Sul rapporto tra il principio della parità di trattamento e una finalità del diritto nazionale quale la tutela particolare del matrimonio e della famiglia*

163. Con un'ordinanza integrativa, l'Arbeitsgericht Hamburg ha sollevato una settima serie di questioni con cui chiede, sostanzialmente, se una norma interna di diritto costituzionale, quale il principio secondo cui il matrimonio e la famiglia godono della particolare tutela dell'ordinamento statale, sancito dall'art. 6, n. 1, della legge fondamentale tedesca, possa porre dei limiti al principio comunitario di non discriminazione, diretta o indiretta, quale risulta in particolare dalla direttiva 2000/78.

1. Sulla preminenza del principio del diritto dell'Unione relativo alla parità di trattamento

164. La prima parte della settima questione verte sul valore da attribuire ad una norma costituzionale tedesca, ossia l'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale, nell'ipotesi in cui la Corte concludesse per l'esistenza di una discriminazione diretta.

165. Una risposta negativa si impone alla luce del principio fondamentale del diritto dell'Unione secondo cui le norme di diritto comunitario devono prevalere su tutte le norme di diritto nazionale, a prescindere dal loro livello, comprese quelle di rango costituzionale [83]. Il principio di preminenza ha quindi un valore assoluto. Se così non fosse, verrebbero compromesse l'applicazione uniforme e l'efficacia del diritto dell'Unione.

166. Ne consegue che le disposizioni come quelle della Legge fondamentale, che riguardano la tutela del matrimonio e della famiglia, benché siano di rango costituzionale, non possono pregiudicare la validità o l'applicazione del principio di non discriminazione sancito dal diritto dell'Unione. Qualora il diritto dell'Unione ostasse a disposizioni nazionali, la sua preminenza imporrebbe al giudice nazionale di applicare il diritto dell'Unione e disapplicare le disposizioni nazionali contrarie [84].

167. La Commissione sottolinea che l'esistenza di una violazione della direttiva 2000/78 o di un principio generale del diritto dell'Unione che vieta la discriminazione non può dipendere da valutazioni o da impegni del legislatore nazionale.

168. Tuttavia, tutte queste considerazioni presuppongono che vi sia un conflitto di norme, ipotesi che non mi sembra possa ricorrere nel caso di specie. Infatti, il rischio di contrasto tra l'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale tedesca e il diritto dell'Unione si è notevolmente ridotto dopo che il Bundesverfassungsgericht (Corte costituzionale federale) ha dichiarato che, per quanto riguarda uno status relativo al regime previdenziale di categoria, la distinzione tra il matrimonio e l'unione solidale non era giustificata e che, pertanto, una persona che aveva contratto un'unione solidale aveva diritto, al pari di una persona coniugata, ad una prestazione per i superstiti in caso di decesso del partner [85]. Per decidere in tal senso, il BVerfG ha fondato il suo ragionamento sulle disposizioni del diritto tedesco, e in particolare sull'art. 3, n. 1, della Legge fondamentale, che enuncia il principio dell'uguaglianza fra tutti gli esseri umani davanti alla legge, ma ha anche fatto rinvio alla sentenza Maruko [86] per quanto riguarda l'esistenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale. Il BVerfG si è pronunciato in maniera chiara sull'incidenza che le disposizioni dell'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale possono avere in tale materia, rilevando che il fatto di riferirsi al matrimonio

83 — Per un'applicazione di tale principio riguardo ad una disposizione discriminatoria della Legge fondamentale tedesca, ossia l'art. 12, che escludeva in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi, v. sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, Kreil (Racc. pag. I-69).

84 — V., recentemente, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, Filipiak (Racc. pag. I-11049).

85 — Ordinanza pronunciata dal Bundesverfassungsgericht il 7 luglio 2009 (citata), quindi posteriormente alla decisione con cui l'Arbeitsgericht Hamburg ha sottoposto le questioni pregiudiziali integrative alla Corte di giustizia.

86 — Cit., richiamata al punto 92 della menzionata ordinanza del Bundesverfassungsgericht.

e alla sua tutela in virtù delle disposizioni costituzionali, e segnatamente applicando il citato articolo, non era sufficiente nella specie a giustificare una disparità di trattamento.

169. Dall'insieme delle considerazioni sin qui svolte si evince che l'unico obiettivo tratto dal diritto costituzionale nazionale che il giudice del rinvio menziona espressamente, vale a dire la protezione particolare del matrimonio e della famiglia da parte dell'ordinamento statale, non può ostare al principio generale di uguaglianza sancito dal diritto dell'Unione.

2. Sull'eventuale giustificazione di una discriminazione con una finalità del diritto nazionale

170. Sarà necessario rispondere alla seconda parte della settima questione in caso di soluzione negativa della prima parte, nel senso che il principio della parità di trattamento previsto dal diritto dell'Unione deve prevalere su qualsiasi obiettivo nazionale che possa risultare incompatibile con tale principio.

171. Il giudice del rinvio si interroga in tal caso sulla questione se, e in quali circostanze, una finalità dell'ordinamento giuridico interno di uno Stato membro, quale la tutela del matrimonio, possa nondimeno conciliarsi con detto principio del diritto dell'Unione e fornire una giustificazione ammissibile per una discriminazione in base all'orientamento sessuale che risulterebbe evidente.

172. In limine, preciso che nell'ambito della direttiva 2000/78, a mio parere, una disposizione nazionale che è stata ritenuta costituire una discriminazione di natura diretta, ai sensi della citata direttiva, non può essere sanata a posteriori in quanto persegue una finalità del diritto nazionale, anche ammettendo che tale finalità sia legittima. Infatti, l'art. 2, n. 2, lett. a), della citata direttiva [87] non menziona una giustificazione oggettiva equivalente a quella di cui all'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della stessa direttiva, concernente la discriminazione indiretta.

173. Dall'interpretazione a contrario di queste ultime disposizioni si evince che non si configura una discriminazione indiretta se una misura apparentemente neutra può effettivamente comportare uno svantaggio particolare per persone di un determinato orientamento sessuale e tuttavia, da un lato, essa è oggettivamente giustificata da una finalità legittima e, dall'altro, i mezzi impiegati per il suo conseguimento sono appropriati e necessari. Il concorso di tali criteri giuridici consente di respingere la qualificazione come misura di natura indirettamente discriminatoria.

87 — Pro memoria: «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».

174. È vero che la protezione del matrimonio e della famiglia prevista nel diritto tedesco dall'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale può costituire di per sé una finalità legittima. Tale finalità, peraltro, non è estranea al diritto dell'Unione. Infatti, ai sensi dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, «[i]l diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Tale disposizione è palesemente ispirata all'art. 12 CEDU [88]. Inoltre, l'art. 33, n. 1, della Carta dispone che «[è] garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale».

175. Tuttavia, mi pare evidente che la finalità consistente nella tutela del matrimonio o della famiglia non può legittimare una discriminazione in base all'orientamento sessuale. È difficile immaginare quale rapporto causale possa unire questo tipo di discriminazione, in quanto mezzo, alla tutela del matrimonio, in quanto effetto positivo che ne può derivare.

176. Perché non sussista discriminazione indiretta malgrado l'esistenza di uno «svantaggio particolare» subito dai partner pensionati di unione solidale occorrerebbe altresì, conformemente all'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78, che i mezzi impiegati, nella specie allo scopo di tutelare il matrimonio e la famiglia, siano anche appropriati e necessari. Come ho già rilevato nelle presenti conclusioni, non mi sembra che tale ipotesi ricorra nel caso di specie, dato che la misura controversa non è indispensabile, né tanto meno proporzionata, per conseguire tale scopo.

177. Nella citata decisione 7 luglio 2009 la Corte costituzionale federale ha anch'essa preso posizione in tal senso, avendo ritenuto che la distinzione tra unione solidale e matrimonio non possa essere giustificata dalla protezione particolare del secondo e ha sottolineato che l'istituto del matrimonio può essere tutelato senza che sia necessario svantaggiare l'uno o l'altro stile di vita.

178. Conformemente a costante giurisprudenza, spetterà al giudice nazionale, il solo competente a valutare i fatti della controversia di cui è investito e ad interpretare la normativa nazionale applicabile, determinare se e in che misura la normativa controversa nella causa principale sia atta a garantire il conseguimento di una «finalità legittima» e se detta normativa non vada al di là di quanto necessario per raggiungerla, ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78 [89].

88 — L'art. 12 della CEDU, intitolato «Diritto al matrimonio», è così redatto: «[u]omini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

89 — Per applicazioni recenti, relativamente a discriminazioni basate sull'età, v. sentenze 12 gennaio 2010, causa C-229/08, Wolf (Racc. pag. I-1), e Petersen e Kücükdeveci, cit., e giurisprudenza ivi richiamata.

179. Tutto ciò considerato, lo scopo enunciato dall'art. 6, n. 1, della Legge fondamentale tedesca non dovrebbe avere un'incidenza determinante, e in particolare essere una valida causa di giustificazione, per valutare se l'art. 10, n. 6, del primo RGG comporti una discriminazione, diretta o indiretta, ai sensi del diritto comunitario, il che dovrà essere accertato in definitiva dal giudice nazionale.

VI — Conclusione

180. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, suggerisco alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali poste dall'Arbeitsgericht Hamburg (Germania) dichiarando quanto segue:

«1) Le pensioni di vecchiaia complementari previste da una normativa come quella in discussione nella causa principale rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

2) Il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c), della direttiva 2000/78 osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale, in base alla quale un pensionato che ha contratto un'unione solidale registrata non percepisce

una pensione di vecchiaia complementare equivalente a quella concessa ad un pensionato coniugato non stabilmente separato, mentre, secondo il diritto nazionale, detta unione porrebbe le persone dello stesso sesso in una situazione analoga a quella dei coniugi per quanto riguarda la suddetta pensione. L'analisi dell'analogia deve essere incentrata sui diritti e sugli obblighi dei coniugi e dei partner, quali risultano rispettivamente dalle disposizioni nazionali applicabili al matrimonio e da quelle applicabili all'unione solidale registrata, che appaiono pertinenti alla luce delle condizioni cui è subordinata la prestazione di cui trattasi. È compito del giudice a quo verificare se un partner di un'unione solidale sia in una situazione giuridica e fattuale analoga a quella di un coniuge beneficiario della pensione di vecchiaia complementare prevista dal regime previdenziale di categoria gestito dalla Freie und Hansestadt Hamburg.

In subordine, qualora la verifica dell'analogia escludesse l'esistenza di una discriminazione diretta in ragione dell'orientamento sessuale, sussisterebbe quanto meno una discriminazione indiretta ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. b), sub i), della direttiva 2000/78, in quanto le disposizioni quali quelle della normativa di cui trattasi nella causa principale, che prevedono una modalità di calcolo di una pensione di vecchiaia complementare più favorevole per i pensionati coniugati non stabilmente separati, da un lato, comportano uno svantaggio particolare a detrimento dei pensionati che hanno contratto un'unione solidale registrata e, dall'altro, non rispondono oggettivamente ad uno scopo legittimo o non costituiscono un mezzo appropriato e necessario per conseguire tale scopo, cosa che dovrà essere accertata dal giudice del rinvio.

3) Non occorre risolvere la quarta questione pregiudiziale. In subordine, si risponderà che una normativa come quella in esame nella causa principale non può violare l'art. 141 CE, ma potrebbe ledere il principio generale di diritto dell'Unione costituito dal divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, il che dovrà essere accertato dal giudice del rinvio.

4) Spetta al giudice nazionale garantire la piena efficacia del principio generale di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, disapplicando ogni disposizione di diritto interno, quale quella di cui trattasi nella causa principale, contrastante con tale principio, e, se del caso, anche a partire da una data anteriore alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 2000/78.

5) Una disposizione di diritto interno, anche di rango costituzionale, non può giustificare di per sé una disciplina come quella controversa nella causa principale, che contrasterebbe con il diritto dell'Unione, e in particolare con il principio della parità di trattamento».