

Introduzione

La tipizzazione del fattore età come motivo di discriminazione è una conquista piuttosto recente sia nell'ordinamento comunitario che in quello interno. L'ampliamento delle competenze comunitarie avutosi con l'art. 13 del Trattato di Amsterdam (ora art. 19 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea) ha reso il genere (primo fattore disciplinato) solo uno dei fattori tipizzati a rischio discriminazione. Come noto, si deve proprio al genere, regolato per la prima volta nel lontano 1957, nel Trattato di Roma, il merito di aver aperto la strada alla regolamentazione delle discriminazioni. Tale regolamentazione raggiunge il suo momento di massima espansione con le Direttive cd. di "seconda generazione", la 2000/43/CE e la 2000/78/CE, nelle quali vengono tipizzati gli altri motivi di discriminazione (razza, origine etnica, età, religione, convinzioni personali, *handicap*, orientamento sessuale). L'età assume un rilievo particolare in quanto è uno aspetto che spesso rileva (direttamente e indirettamente) nelle politiche di *workfare* adottate dai legislatori interni e stimolate dall'Unione Europea per il raggiungimento, in particolare, degli obiettivi occupazionali, di protezione sociale e di coesione economica.

Questa consapevolezza è così forte nella Direttiva 2000/78 da essere oggetto di un rigoroso *iter* logico che culmina nella descrizione del divieto di discriminazione per ragioni di età. La discriminazione basata sull'età, come sancisce la Direttiva al considerando n. 11, può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE. Pertanto, qualsiasi discriminazione diretta o indiretta per ragioni di età, nei settori in cui opera la presente direttiva,

dovrebbe essere proibita in tutta la Comunità (considerando n. 12). E ancora, nella specificazione del fattore età, la suddetta Direttiva sancisce al considerando n. 25 che: «il divieto di discriminazione basata sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione delle diversità nell'occupazione».

Dunque, il divieto di discriminazione fondato sull'età è uno strumento essenziale per il raggiungimento di obiettivi strategici dell'Unione Europea in materia di occupazione e, come tale, deve essere non solo oggetto di attenta e precisa affermazione, ma anche di applicazione in tutti i Paesi membri dell'Unione.

Occorre, pertanto, definire non solo la struttura e le peculiarità del divieto di discriminazione in oggetto al fine di tracciare le caratteristiche, ma anche esaminare la tipicità del fattore di discriminazione legato all'età.

Come si vedrà, il fattore anagrafico è una componente di per sé presente nella vita di una persona e, in quanto tale, attraversa tutti gli altri motivi di discriminazione tipizzati dalla legge. Inoltre, è facilmente percepibile, essendo agevolmente riconoscibile la fascia di età di appartenenza.

L'essenzialità del divieto di discriminazione per ragioni di età non esclude, tuttavia, come prescrive il considerando n. 25, che «in talune circostanze, delle disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate e richiedono pertanto disposizioni specifiche che possono variare secondo la situazione degli Stati membri. È quindi essenziale distinguere tra le disparità di trattamento che sono giustificate, in particolare, da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione professionale, e le discriminazioni che devono essere vietate». La Direttiva introduce, in altre parole, un “filtro” attraverso cui osservare tutte le disposizioni che utilizzano l'età come criterio di differenziazione, specificando che possono esservi dei comportamenti che non rientrano nell'area di operatività del divieto di discriminazione per età, la cui conformità è sempre legata alla possibilità di riconoscere in questi requisiti le caratteristiche di legittimità precisate dalla stessa direttiva.

L'interesse per il divieto di discriminazione per età è, quindi, legato allo sforzo normativo compiuto del legislatore comunitario nel predisporre cosa

sta dentro e cosa sta fuori dal campo di applicazione del divieto. Devono, pertanto, essere analizzate con attenzione quelle che si definiscono “fattispecie di legittima differenziazione”, ovvero quelle ipotesi descritte dalla norma la cui realizzazione consente, a un criterio o ad un comportamento, di essere collocati fuori dell’area di operatività del divieto di discriminazione per età.

Come precisato dalla direttiva, la sua attuazione obbliga lo Stato membro in primis a garantire che norme future non si pongano in contrasto con il divieto di discriminazione fondato sull’età, ma anche a verificare che le normative in vigore non dispongano differenziazioni ingiustificate.

A ciò si aggiunga il fondamentale lavoro svolto dalla Corte di Giustizia, che attraverso le sue sentenze è riuscita ad ampliare un semplice divieto di discriminazione di genere in ambito retributivo (con finalità economiche atte a garantire la libera circolazione dei lavoratori ed a evitare il fenomeno di *dumping sociale*), a principio generale di non discriminazione. La stessa sentenza *Mangold* (CGUE, 22/11/2005, C-144/04), prima sentenza in materia di discriminazioni per ragioni di età, ha sancito che il divieto di discriminazione in ragione dell’età deve essere considerato un principio generale del diritto comunitario, che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

La tipizzazione del fattore età come motivo di discriminazione è, pertanto, solo un punto di approdo di un percorso giuridico del legislatore europeo che ha visto prima l’emergere del divieto di discriminazione nell’ambito del genere e, in seguito, l’affermarsi del divieto quale principio dell’ordinamento poi positivizzato nelle sue specifiche causali tra cui, appunto, l’età.

CAPITOLO I

Evoluzione giuridica del diritto antidiscriminatorio

1. La genesi: l'art. 119 del Trattato di Roma

L'esame della genesi e dell'evoluzione del principio di non discriminazione non può prescindere dalla ricostruzione del percorso compiuto dalle istituzioni dell'Unione Europea: la costruzione del corpus normativo, oggi noto come Diritto antidiscriminatorio europeo, ha preso, infatti, avvio durante il processo dell'integrazione europea.

Il principio di non discriminazione trova fondamento nel principio di eguaglianza e, nello specifico, in una sua estrinsecazione: la parità di trattamento. Le finalità del principio di parità di trattamento mirano ad evitare che situazioni identiche o anche analoghe possano essere trattate diversamente e che situazioni differenti vengano regolate in modo eguale¹. Da qui l'esigenza di tutelare quei soggetti che sono costretti, per loro scelta e/o per caratteristiche naturali (come nel caso, appunto, della discriminazione fondata su fattori anagrafici), a subire un'ingiusta differenziazione di trattamento.

Il fine di tutte le democrazie è quello di estendere il principio di eguaglianza nel modo più ampio possibile nei rapporti sociali, giuridici ed economici. Ciò, però, non avviene naturalmente perché bisogna considerare le difficoltà legate alle ineguaglianze personali, sociali ed economiche, che caratterizzano le posizioni di partenza dei singoli individui. Tali posizioni sono inevitabilmente influenzate dalle capacità individuali, che si caratterizzano da una serie di fattori (educazione, istruzione, famiglia, ambiente sociale, impegno o talento) che permettono di accedere a differenti opportunità.

Il concetto generale dal quale bisogna partire è, pertanto, quello dell'eguaglianza, che si traduce nell'esigenza che l'ordinamento preveda una considerazione di base uguale per tutti. Sostenere semplicemente che tutti gli uomini sono uguali davanti alla legge è uno approccio che ignora le diversità umane², componenti fondamentali della stessa idea di uguaglianza.

L'eguaglianza non consiste, pertanto, nell'eliminare le "differenze", che invece riconosce, bensì nell'impedire le "diseguaglianze", basate proprio su quelle differenze.³

Il divieto di discriminazione è una condizione necessaria, ma non sufficiente a garantire il pieno rispetto della dignità delle persone e la concreta possibilità di realizzare il pieno sviluppo della persona umana⁴. Esso si ricollega, per l'appunto, alla tutela dei valori fondamentali della persona, rinvenendo nel

¹ Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XXII.

² Bobbio N., *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, 2009, 20.

³ La Tegola O., *Il divieto di discriminazione per età nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2017, 18.

⁴ Piccone V., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in D&L, 2009, fasc. 1.

rapporto di lavoro un'applicazione specifica⁵, all'interno del quale si configura quale vero e proprio limite ai poteri del datore di lavoro.

Il Diritto antidiscriminatorio trova il suo fondamento nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE) c.d. Trattato di Roma, del 25 marzo 1957, nello specifico all'articolo 119, oggi art.157 TFUE.

La normativa aveva sostanzialmente lo scopo di evitare che ci potessero essere delle distinzioni in ambito retributivo tra lavoratore e lavoratrice. Tale disposizione si è ispirata a sua volta alla Convenzione OIL n. 100 del 1951, che nella sua versione originale si limitava a proteggere la parità di retribuzione fra mano d'opera maschile e mano d'opera femminile per un lavoro uguale.

Una successiva Convenzione OIL del 1958, n. 111 all'art. 1 lett. a) intende per discriminazione «ogni distinzione, esclusione o preferenza basata su razza, colore, sesso, religione, opinioni politiche, origine nazionale o estrazione sociale che abbia l'effetto di annullare o danneggiare l'eguaglianza di opportunità o di trattamento nell'impiego o nell'occupazione». Si tratta della prima definizione di discriminazione che acquisisce autonomo rilievo. Alla Convenzione n. 111 farà seguito una lunga serie di convenzioni e dichiarazioni, che riguardano ambiti (quali l'educazione o il lavoro) o criteri (quali il sesso o la razza) specifici, tra le altre, la Convenzione del 1979, che estende il divieto a tutte le forme di discriminazioni sociali e legali.

Occorre, però, segnalare sin da subito che l'Unione Europea, sin dalla sua istituzione, ha affrontato il problema della tutela dei diritti fondamentali in modo alquanto paradossale. Si evidenziano due punti di vista: da una parte, sotto il profilo politico, ha considerato i diritti fondamentali come un elemento sul quale si basa e si identifica lo sviluppo sociale dell'intera Comunità Europea; dall'altro, sotto il profilo giuridico, la struttura giuridica comunitaria era in pratica orfana di qualcosa che somigliasse ad una dichiarazione di diritti, sia nei Trattati istitutivi, sia nel diritto derivato. Tale

⁵Allocca V., *Parità di trattamenti e discriminazione per Età nella giurisprudenza della corte di giustizia*, in DML, 2015, I, 143.

situazione ha causato non poche contraddizioni nella disciplina dei Diritti fondamentali.⁶

Nella prima fase di sviluppo, che ha seguito l'emanazione dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee, fu assegnato al Consiglio d'Europa il ruolo di vigile e di garante dei diritti fondamentali nell'ambito regionale. La sua operatività è stata garantita attraverso l'approvazione della Convenzione Europea per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 e attraverso l'istituzione della Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU)⁷, con importante riconoscimento dei singoli a farvi ricorso e dell'efficacia diretta delle sue decisioni.

Ancor, più incisiva, in ambito lavoristico, è stata la Carta sociale europea, meglio conosciuta come Carta di Torino del 18 ottobre 1961, la quale ha riconosciuto importanti diritti a tutela dei lavoratori in ambito sindacale e ha consentito il riconoscimento di diritti fondamentali all'interno delle imprese e dei luoghi di lavoro.

Questi brevi cenni fanno capire in quale ottica il divieto di discriminazione sia stato introdotto. Sicuramente, il suo inserimento nei Trattati istitutivi costituisce un elemento di novità e di sviluppo, ma anche di rottura rispetto alle politiche di neo-liberismo, che si diffusero nel periodo post-corporativistico e che avevano determinato un'impostazione del lavoro subordinato di tipo mercantilistico e di libera concorrenza, accantonando in questo periodo storico quelle tutele (norme inderogabili e tutele collettive) necessarie a controbilanciare il rapporto asimmetrico tra datore di lavoro e lavoratore.

A differenza degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, nei quali si è affermato in primis il principio di eguaglianza e successivamente è stato attuato il principio di non discriminazione, nell'ordinamento comunitario, al tempo dell'introduzione dell'art. 119, non esisteva una espressa enunciazione del principio di eguaglianza. A quest'ultimo si è, infatti, arrivati partendo dai

⁶ Cruz-Villalón J., *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 351.

⁷ La suddetta situazione rendeva superfluo il coinvolgimento della Comunità Europea perché in tale ambito era sufficiente che gli stati membri facessero parte del Consiglio d'Europa e avessero sottoscritto e ratificato la Convenzione per far sì che le istituzioni si occupassero della materia. J. Cruz-Villalón, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 352.

divieti di discriminazione per giungere all'affermazione compiuta del principio di uguaglianza. A tal riguardo, va segnalata l'affermazione ricorrente della Corte di Giustizia che i divieti di discriminazione sanciti dai Trattati altro non siano che espressione del principio di eguaglianza.

L'ex art.119 del Trattato di Roma, nella sua versione originaria sancisce, espressamente: "Ciascuno Stato membro assicura durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro. Per retribuzione deve essere inteso, ai sensi 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. [...]”⁸. Dall'esame di tale articolo si evince immediatamente che si tratta di un imperativo, primo principio di non discriminazione ad essere sancito e regolato dal diritto comunitario, che mira ad eliminare le distinzioni di genere in materia di retribuzione. Tale principio ebbe un impatto dirompente, giacché un'iniziativa così diretta in materia sociale costituiva un'eccezione per l'epoca.

La *ratio* dell'art. 119 TCEE, almeno nelle intenzioni originarie dei padri fondatori, è ben lontana dal perseguire l'obiettivo di realizzare una piena parità retributiva tra uomini e donne. Essa era animata da un fine di carattere economico e, in particolare, tendeva ad evitare forme di concorrenza fondate sulla sottoretribuzione del lavoro femminile all'interno della Comunità, il c.d. *dumping sociale*. È comune il rilievo anche in dottrina che un divieto così formulato non avrebbe mai potuto avere degli effetti concreti ed immediati in materia antidiscriminatoria, perché i divieti di discriminazione inizialmente sanciti dal Trattato della Comunità europea avevano una genesi funzionalistica, essendo preordinati ad assicurare il buon funzionamento del mercato comune.⁹

⁸ Dal Trattato di Roma del 25 marzo 1957, entrato in vigore il 1° gennaio del 1958, sottoscritto da Italia, Francia, Germania Ovest, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo.

⁹ Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 404.

Tale punto di vista è ben illustrato dalla Corte di Giustizia che, nel caso *Defrenne c. Sabena* (causa C-43/75), ha chiarito che lo scopo dell'art. 119 consiste nell'evitare che nella competizione intercomunitaria, le aziende degli Stati che hanno dato pratica attuazione al principio sancito nell'art. 119 siano svantaggiate, rispetto alle aziende degli Stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione nei confronti della manodopera femminile.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che nello stesso Trattato di Roma venne inserito anche l'ex art. 7, oggi art.18 TFUE, il quale sanciva il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità e garantiva la libertà di circolazione dei lavoratori comunitari.¹⁰ Si tratta di una norma, chiaramente, orientata a garantire ai lavoratori comunitari la possibilità di muoversi all'interno dello spazio europeo, protetti da una normativa che impediva ai datori di lavoro di utilizzare la nazionalità come strumenti differenziazione. Tale tutela troverà la sua massima espansione nella Direttiva sulla cittadinanza, 2004/58/CE, che ne è uno degli esempi più importanti: nonostante la portata universale riconosciuta in dottrina e giurisprudenza all'istituto, la cittadinanza europea è essenzialmente un elenco di diritti che prendono vita nel momento in cui si verifica il movimento del cittadino da uno stato dell'Unione verso l'altro.

All'art. 119, inserito nel Trattato di Roma, è stata riconosciuta fin dall'inizio efficacia diretta, non solo nei confronti degli Stati aderenti, ma anche nei confronti dei datori di lavoro.

L'efficacia diretta è un principio cardine del Diritto europeo, introdotto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), che consente ai singoli di invocare direttamente il diritto europeo dinanzi ai tribunali, a prescindere dell'esistenza di atti normativi di diritto nazionale.

L'efficacia diretta può essere: verticale e orizzontale. L'efficacia diretta verticale agisce nei rapporti tra i singoli e lo Stato; mentre, l'efficacia diretta orizzontale si manifesta nei rapporti tra singoli, ossia consente a un singolo di invocare una norma europea nei confronti di un altro singolo. L'efficacia riconosciuta all'art.119 TCEE viene definita "piena", in quanto riconosce ai singoli una tutela sia verticale che orizzontale.

¹⁰ Art. 7 TCEE, che al primo comma sancisce espressamente: "*Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.*"

Inoltre, va riconosciuto un ruolo di primo piano anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che fin dalle prime pronunce ha impresso una forte accelerazione nell'affermare l'uguaglianza e la non discriminazione in una dimensione sociale e non esclusivamente economica, riconoscendole quali principi fondanti dell'ordinamento comunitario. Infatti, l'art. 119 del Trattato, in ambito antidiscriminatorio, conferiva in origine rilievo esclusivo e assorbente alla parità di trattamento in materia retributiva, allo scopo di evitare la sottoretribuzione del lavoro femminile. Si deve soprattutto all'intervento della giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'aver dato l'*input* a un numero considerevole di direttive in materia antidiscriminatoria, che hanno poi inciso, con le modifiche del Trattato di Amsterdam, sulla nuova formulazione dell'art. 119 medesimo.

Quindi, la nascita e la specificazione dei divieti di discriminazione sono state caratterizzate da un processo di origine prevalentemente giurisprudenziale, che si sviluppa nella discriminazione di genere per poi estendersi via via agli altri fattori. Come afferma M. Barbera¹¹: “la selezione dei motivi vietati sarebbe stata fortuita, un riflesso della confluenza di intuizioni giudiziali, la quale, a sua volta, sarebbe stata suggerita dal testo costituzionale ma, soprattutto, favorita da un compromesso fra le opinioni dei giudici circa ciò che deve ritenersi giuridicamente illegittimo, che si è realizzato a partire (e nonostante) i loro diversi orientamenti politici e le loro diverse credenze morali”.

Alla luce del dettato normativo esposto, si evidenzia una mancanza di azioni positive che permettessero ai soggetti colpiti da discriminazione di tutelare la propria posizione lesa. Per tale, motivo diventa di fondamentale importanza un indiscusso ampliamento della tutela, che vada oltre gli aspetti meramente economici che sia capace di assicurare: un'effettiva e concreta parità nell'attività lavorativa fra uomini e donne, il riferimento alla parità di lavoro in termini di pari valore e la previsione di misure dirette a garantire vantaggi specifici, atti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale.

¹¹ Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 402.

2. La prima legislazione antidiscriminatoria

Il nucleo originario della dimensione sociale dei Trattati istitutivi della Comunità europea è molto ridotto, al punto che è stato affermato che in questo ambito potevano essere apprezzate solo due «oasi»¹² di socialità, ovvero due «oasi» di tutela antidiscriminatoria: il divieto di discriminazione salariale in ragione del sesso e il divieto di discriminazione per motivi di nazionalità. Questi precetti, in virtù del diritto derivato e degli interventi della Corte di Giustizia della Comunità europea, hanno avuto grande sviluppo a partire degli anni '60 e '70, più di quanto si potesse immaginare alla luce dei testi delle relative disposizioni del Trattato di Roma. Purtroppo, la portata limitata dei precetti, di cui la stessa definizione «oasi» sottolinea sin da subito i limiti, impediva che diventassero il nucleo fondamentale di una tutela generalizzata dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario. Per questa ragione, i diversi tentativi intrapresi negli anni '80 e agli inizi degli anni '90 di procedere al riconoscimento dei diritti in via indiretta, in particolare attraverso il diritto derivato o tramite dichiarazioni programmatiche di intenzioni, erano destinati al fallimento; perlomeno nel caso in cui si volesse fondare sul diritto comunitario l'effettività di tali diritti, attraverso un riconoscimento ed un'effettività simile a quella di un principio della costituzione.

In questo senso, è stato necessario un intervento incisivo, con i Trattati istitutivi di Maastricht e di Amsterdam, che riconobbero la portata di diritti fondamentali a tali principi, al fine di garantire un'applicazione più autentica delle norme comunitarie.

Nel periodo di transizione, che separa l'introduzione dell'art.119 dai Trattati di modifica (Maastricht e Amsterdam), una serie di casi esaminati dalla Corte di Giustizia determinarono un progressivo allontanamento dall'originaria affermazione del principio di non discriminazione in funzione esclusivamente

¹² Cruz-Villalón J., *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 353.

economica. Partendo, infatti, dalla parità retributiva e interpretando in maniera estensiva le disposizioni dell'art. 119 TCEE, la Corte di Giustizia ha, innanzi tutto, incluso nel concetto di retribuzione qualsiasi tipo di vantaggio assegnato ai lavoratori, riconoscendo a questa disposizione efficacia diretta.¹³ Dalla precedente pronuncia *Defrenne*¹⁴, la Corte di Giustizia ha mirato ad un'uguaglianza effettiva (sostanziale) e non meramente formale, sulla premessa che l'eliminazione di ogni discriminazione fosse parte dei principi generali della Comunità europea, di cui dovesse garantire l'osservanza. L'intenso lavoro d'interpretazione e di espansioni della Corte di giustizia spinse il legislatore comunitario ad intervenire per accogliere gli orientamenti della corte.

È opportuno porre l'accento sul fatto che il legislatore comunitario in ambito lavoristico, e specificatamente nel Diritto antidiscriminatorio, non si limita infatti all'affermazione del principio di diritto, ma si è preoccupato di emanare una serie di direttive, che hanno l'obiettivo di estendere la tutela antidiscriminatoria in materia di parità di trattamento tra uomini e donne.

Le prime direttive introdotte dalla Comunità economica europea, nei primi anni '70, seguono la falsa riga dei Trattati istitutivi: infatti, si percepisce immediatamente la finalità di garantire il mercato comune attraverso le limitazioni del principio di non discriminazione all'ambito retributivo, finalità squisitamente economica diretta ad evitare il fenomeno del cd. *dumping sociale*.

Ne è dimostrazione l'approvazione della Direttiva 75/117/CEE del 10 febbraio 1975, che evidenzia lo scopo circoscritto nell'affermare che «l'attuazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, previsto dall'art. 119 del trattato di Roma, è parte integrante dell'instaurazione e del funzionamento del mercato». L'effetto principale raggiunto dalla Corte di Giustizia è stato quello di determinare la diretta applicabilità ai datori di lavoro del divieto di discriminazione in materia retributiva: alla luce dell'interpretazione dei

¹³ Corte di Giustizia, sentenza 9 febbraio 1982, *Garland*, causa 12/81, *E. Garland c. British Rail Engineering Limited*, in Racc. Uff. 1982.

¹⁴ Corte di Giustizia, sentenza 8 aprile 1976, causa 43/75, *Gabrielle Defrenne c. Sa Sabena*, in Racc. Uff. 1976.

giudici di Lussemburgo, la direttiva n. 75/117 acquisisce efficacia «diretta e orizzontale»¹⁵. La direttiva, pur essendo rivolta a imporre l'obbligo di parità retributiva agli stati membri, è reputata *self executing*¹⁶ e conferisce pertanto ai singoli situazioni di vantaggio, direttamente azionabili dinanzi al giudice nazionale in presenza di discriminazioni derivanti da leggi, regolamenti, contratti collettivi e contratti individuali di lavoro.

La Corte di Giustizia, quindi, orienta l'interpretazione verso una valorizzazione dell'aspetto sociale della parità retributiva sotto un profilo d'integrazione comunitaria. Secondo la Corte, la Comunità non si poteva limitare alla realizzazione dell'unità economica, ma doveva garantire il progresso sociale e promuovere costantemente il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come d'altronde sottolineato nel preambolo del trattato CE.¹⁷

Va, dunque, attribuito alla corte il merito della transizione dell'ordinamento comunitario da una visione prettamente economica a una più significativamente lavoristica e sociale.

Successivamente l'emanazione della Direttiva, del 9 settembre 1976 n. 76/207/CEE, ha segnato l'ampliamento del principio di parità di trattamento alle «condizioni di lavoro», conferendo al divieto di discriminazione una portata più ampia e pregnante, in grado di coinvolgere il rapporto di lavoro in ogni suo aspetto, dall'accesso al lavoro fino alla conclusione del rapporto medesimo (parità di trattamento tra uomini e donne nelle condizioni di lavoro).

In particolare, per quanto concerne la fase costitutiva del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 3 comma 1 della direttiva 76/207, viene espresso a chiare lettere il principio della parità di trattamento tra uomo e donna: «L'applicazione del principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda le condizioni di accesso, compresi i criteri di selezione, agli impieghi o posti di lavoro qualunque sia il settore o il ramo di attività, e a tutti i livelli della gerarchia

¹⁵ Piccone V., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in D&L, 2009, 1.

¹⁶ Sul punto, Pocar F., Viarengo I., *diritto comunitario del lavoro*, Cadem, 2001, p. 294.

¹⁷ Nella motivazione della Corte di Giustizia 8 aprile 76, causa 43/75, *Defrenne c. Sabena*.

professionale». Il secondo comma, invece, è rivolto agli Stati membri ed impone di eliminare qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare ed amministrativa, che contrasti con il principio della parità di trattamento; che siano dichiarate nulle o siano modificate le disposizioni contrarie al principio di parità di trattamento contenute nei contratti collettivi e, infine, impone agli Stati membri di adottare misure idonee a scongiurare il pericolo di disparità fra i diversi candidati in relazione al sesso.

Mentre l'art. 4 e 5 della direttiva disciplinano rispettivamente, «L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda l'accesso a tutti i tipi e a tutti i livelli di orientamento, di formazione, di perfezionamento e di aggiornamento professionali» e «L'applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso».

L'importanza di questa Direttiva è dimostrata anche dalla varietà di questioni che la Corte di Giustizia ha dovuto affrontare proprio in relazione all'attuazione dei principi comunitari fra lavoratori e lavoratrici. Altresì, deve constatarsi come oltre al dato quantitativo sia evidente l'aspetto qualitativo di tali pronunce, le quali possono senza dubbio inserirsi nel novero della più significativa giurisprudenza della Corte in questa materia.

La Corte di Giustizia, con riferimento all'esclusione delle donne da alcune attività lavorative, ha ritenuto legittima la normativa irlandese che non consente alle donne attività di polizia comportante l'esposizione a scontri a fuoco, ma ha, al contempo, invitato il legislatore a ridefinire tale materia¹⁸. È, invece, pervenuta una pronuncia di illegittimità in relazione a una legge francese che prevedeva delle esclusioni generali per le donne dalla polizia di Stato, prescindendo qualsivoglia valutazione in riferimento alle mansioni¹⁹.

L'apporto più incisivo, nell'attuazione del principio di parità, è stato quello offerto dal caso *Marshall*²⁰, con il quale i giudici avevano giudicato

¹⁸ Corte di Giustizia, 15 maggio 1986, causa 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the royal ulster constabulary*, in Racc. Uff. 1988.

¹⁹ Corte di Giustizia, 30 giugno 1988, causa 318/86, in Racc. Uff. 1988.

²⁰ Corte di Giustizia, 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall c. Southamton*, in DPL, 1994, 41, XX.

contrastante con il principio di parità in materia di condizioni di licenziamento, fissato all'art. 5 della direttiva del 1976, una legge nazionale, che prevedeva il licenziamento di una lavoratrice solo per il raggiungimento dell'età pensionabile (fissati in tempi diversi per uomini e donne).

Il modello di giustizia sottointeso nella direttiva del 1976 sull'eguaglianza è quello della giustizia individuale. La Direttiva, infatti, è incentrata soprattutto sull'obiettivo di mettere gli individui nelle condizioni di agire in giudizio contro le discriminazioni illegittime. Nella pratica, tuttavia, gli individui incontrano molti ostacoli, fra i quali sono da includere: problemi legati alla raccolta di elementi di prova e alla prova della discriminazione, i costi della causa in termini economici ed emotivi, nonché il timore di ritorsioni e svantaggi nel mercato del lavoro.

Nonostante ciò, nella Direttiva 76/207/CEE, si inizia ad intravedere una "colorazione sociale" del divieto di discriminazione quale obiettivo della Comunità, in quanto funzionale alla promozione della parità tra i sessi nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro. Il principio di non discriminazione, quale estrinsecazione della politica sociale, si imporrà solo negli anni successivi in misura via via crescente, con le sentenze della Corte di Giustizia.

Occorre segnalare una grave lacuna di entrambe le direttive, ovvero la mancanza di una nozione di discriminazione, per la quale si dovrà attendere un recente intervento del legislatore comunitario, con la Direttiva 2002/73/CE, che modifica la direttiva 76/207, e ci fornisce una definizione compiuta della discriminazione di genere.

A seguito di queste direttive, due anni più tardi, venne emanata un'altra Direttiva, la n. 79/7/CEE del 19 dicembre 1978, che mirava alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale e degli altri campi della protezione sociale.

La seguente direttiva a norma dell'art. 2 «si applica alla popolazione attiva - compresi i lavoratori indipendenti, i lavoratori la cui attività si trova interrotta per malattia, infortunio o disoccupazione involontaria e le persone in cerca di lavoro - nonché ai lavoratori pensionati o invalidi».

Agli anni '80 - '90 risalgono due direttive, ancora in materia di discriminazione di genere, la 86/378/CEE (parità di trattamento nei sistemi

pensionistici integrativi e sostitutivi del regime pubblico) e la 97/80/CE (relativa alla parziale inversione dell'onere della prova).

Occorre sottolineare come nella Direttiva 97/80/CE, del 15 dicembre 1997, viene espressamente stabilita la nozione di discriminazione indiretta all'art. 2, comma 2, che «sussiste discriminazione indiretta quando un criterio o una prassi apparentemente neutri colpiscono una quota nettamente più elevata di individui d'uno dei due sessi a meno che tale disposizione, criterio o prassi siano adeguato e necessari e possano essere giustificati da ragioni obiettive non basate sul sesso». Prima di questa definizione, vi erano solo due vaghi accenni, il primo rinvenibile all'interno della direttiva 75/117 e il secondo nella direttiva 76/207, che fa esplicito riferimento alla discriminazione indiretta, affidando alla giurisprudenza il compito di definirne il concetto, il raggio d'azione e le sue ragioni giustificative. È stata, pertanto, la Corte di Giustizia a determinare il contenuto di tale discriminazione, che ha fortemente influenzato la stessa definizione, poi cristallizzatasi nella direttiva 97/80/CE sull'onere della prova e nelle successive direttive.²¹

Nell'attività interpretativa della Corte si segnalano, tuttavia, diverse fasi, alle quali corrispondono nozioni di discriminazione indiretta in parte divergenti. In un primo periodo, è risultata prevalente una nozione restrittiva di discriminazione indiretta, soprattutto con riferimento alle cause di giustificazione. A tal riguardo, nella sentenza *Danfoss*²², la Corte ha precisato i contorni della condotta illecita ed ha considerato discriminatori comportamenti apparentemente neutri, che, nella concreta applicazione, svantaggiavano in modo maggiore le lavoratrici e che non erano giustificabili da ragioni economiche.

Dopo questa prima fase, accompagnata da altre pronunce in questa direzione, la Corte di Giustizia ha progressivamente attuato la rigidità della nozione di discriminazione indiretta, dando spazio ad ulteriori criteri di giustificazione, particolarmente elastici, con riferimento alle esigenze di politica sociale degli stati membri. Soprattutto dopo la fondamentale sentenza *Seymour-Smith*²³,

²¹ Vizioli M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in DML, 2004, 3, 967.

²² Corte di Giustizia 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*, in Racc. Uff, 1989.

²³ Izzi D., *discriminazioni indirette e diritto comunitario: riflessioni dopo Seymour-Smith*, LD, 2000, 305.

non è più sufficiente un mero rinvio ad obiettivi di politica sociale degli stati membri, ma occorre fornire l'ulteriore dimostrazione dell'idoneità degli scopi utilizzati al perseguimento degli obiettivi suddetti.

A completamento del quadro complessivo, nel quale si muove l'evoluzione del diritto comunitario antidiscriminatorio, fino a questo momento limitato al sesso, si ricordano: la direttiva 86/613/CEE, relativa all'applicazione del principio di parità e tutela delle madri nell'ambito del lavoro autonomo; la direttiva 92/85/CEE, sull'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento; le direttive 96/34/CE e 97/75/CE, contenenti l'accordo quadro sul congedo parentale. Successivamente, vennero introdotte altre due direttive: la n. 97/81/CE del 15 dicembre 1997, la quale riguarda l'accordo sul lavoro a tempo parziale, la cui disciplina pone al centro il principio di non discriminazione, al fine di garantire la parità di trattamento e il rispetto del criterio di proporzionalità ai lavoratori a tempo parziale rispetto ai lavoratori a tempo pieno; la direttiva n. 99/70/CE del 28 giugno 1999, sul lavoro a tempo determinato, basandosi sul principio di non discriminazione mira ad evitare che il contratto a tempo determinato sia utilizzato come meccanismo per stabilire condizioni meno favorevoli per il lavoratori a termine rispetto ai lavoratori fissi comparabili. Questo ampio novero di strumenti normativi ha avviato la progressiva espansione della portata del divieto di non discriminazione sulla base del sesso in ambito giuslavoristico, inizialmente previsto per la sola retribuzione: è stato, infatti, successivamente esteso all'accesso, all'occupazione e alle condizioni di lavoro, ai regimi legali e professionali di sicurezza sociale, ai lavoratori indipendenti e agli agricoltori.

L'avvento della legislazione antidiscriminatoria merita attenzione particolare, sia per i contenuti che si spingono ben al di là di quanto non fosse presente nelle ristrette previsioni dell'art. 119 TCE, sia per le modalità con le quali essa viene introdotta.

L'utilizzo della Direttiva sembra, infatti, contribuire all'avvicinamento delle legislazioni degli stati membri, più dei Regolamenti. Mentre questi ultimi entrano negli ordinamenti nazionali automaticamente e senza bisogno di alcun recepimento né adattamento, le direttive, ponendo agli Stati membri

obblighi di risultato, ne riconoscono la competenza circa le forme e i mezzi con quali realizzarli e li individuano come destinatari. È proprio per l'assenza dell'"automatismo" (tipico dei Regolamenti) che le operazioni di trasposizione, necessarie al recepimento delle direttive, impongono agli Stati membri un adattamento del diritto interno preesistente, che finisce per includere, in esso, il diritto comunitario. A loro volta, i diritti nazionali plasmati dalle nozioni e dagli strumenti del diritto derivato comunitario, si avvicinano in maniera progressiva (anche se meno incisiva, rispetto ai regolamenti, che determinano un'automatica identità della legislazione), creando i presupposti per una potenziale influenza ascensionale verso il diritto comunitario.

3. Le modifiche del Trattato di Maastricht e del Trattato di Amsterdam

La corrente di socialità che si diffuse alla fine degli anni '60 e i primi anni '70, determinò un considerevole ampliamento dei contenuti originariamente proposti dal Trattato di Roma.

Il susseguirsi di sentenze da un lato e di direttive dall'altro fece avvertire la necessità di una "base" giuridica più solida, per far fronte all'insorgere di domande in materia discriminatoria, che venivano poste alla Corte di giustizia in modo sempre più diffuso ed articolato.

A livello politico, si assiste a un progressivo distanziarsi dall'originaria vocazione esclusivamente economica del Trattato di Roma: la svolta avviene nel 1992 con la firma del Trattato di Maastricht²⁴, a seguito del quale la denominazione Comunità economica europea perde l'aggettivo "economica", divenendo Comunità/Unione europea.

²⁴ Il Trattato sull'Unione europea (TUE), c.d. Trattato di Maastricht, fu firmato il 7 febbraio 1992 ed entrò in vigore il 1° novembre 1993. Esso fissava le regole politiche e i parametri economici e sociali necessari per l'ingresso dei vari Stati aderenti nella suddetta Unione. Venne sottoscritto da: Italia, Germania, Francia, Paesi Bassi, Portogallo, Lussemburgo, Belgio, Spagna, Danimarca, Grecia, Regno Unito, Irlanda.

Il mutamento di prospettiva decisivo è avvenuto, successivamente, con l'approvazione del Trattato di Amsterdam, sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1999, che va a modificare lo stesso Trattato di Maastricht, marcando un ulteriore passaggio fondamentale. All'art. 3 del TUE, è riconosciuto alla Comunità il compito di promuovere la «parità tra uomini e donne», finalizzando l'azione «ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne». Dunque, è proprio dal Trattato di Amsterdam che il principio di uguaglianza diviene non solo un fine specifico espressamente sancito all'art. 2, ma anche un vincolo conformativo dell'attività degli organi comunitari a tutti i livelli dell'azione europea all'art. 3, comma 2, che si impegnano a «promuovere» la parità di genere.

Questa disposizione consacra il principio del *gender mainstreaming*²⁵ ovvero della centralità della prospettiva di genere, nella valutazione delle politiche pubbliche, economiche e sociali. La consacrazione del *gender mainstreaming*, di cui viene riconosciuto il valore trasversale, rende le politiche di parità di genere parte integrante di tutte le azioni di intervento comunitario, consentendo alle politiche antidiscriminatorie di genere di uscire dai confini del diritto del lavoro.

Tra le altre novità più rilevanti del Trattato di Amsterdam bisogna menzionare: in *primis* l'art. 6 che nel suo 1° comma dichiara: «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, [...]»; mentre il 2° comma sancisce che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Invece, l'art. 7 si occupa di regolare un procedimento che permette di accertare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno stato membro ai diritti fondamentali sopra citati e, allo stesso tempo, consente la sospensione di alcuni diritti di quello stato coinvolto.

²⁵ L'espressione *gender mainstreaming* letteralmente indica la necessità che il genere (concetto che esprime la costruzione socio-culturale dell'essere uomo e donna, in un determinato periodo storico) sia al "centro della corrente".

Il Trattato di Amsterdam, inoltre, traendo ispirazione dai criteri sopra citati, ha inserito nel Trattato sull'Unione europea una nuova clausola antidiscriminatoria, ossia l'art. 13 (oggi art. 19 TFUE), che sancisce: «Fatte salve le disposizioni del presente trattato e nell'ambito della 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». L'art. 13, per la prima volta, rompe i confini tradizionali dei divieti di discriminazione stabiliti dall'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso)²⁶, per sancire quali motivi illeciti la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, le tendenze sessuali, delegando al Consiglio il compito di prendere «i provvedimenti opportuni» per combattere le discriminazioni fondate su tali fattori.

Il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazione, temi molto discussi e dibattuti, hanno assunto un ruolo di spicco nella costruzione dell'ordinamento giuridico sovranazionale con l'introduzione dell'art. 13 nel Trattato di Amsterdam.

Necessita, però, una precisazione secondo cui l'equazione “non discriminazione = parità di trattamento meritevole di tutela”²⁷ secondo l'ordinamento giuridico, non è scontata, in quanto il principio di parità esige un trattamento eguale in situazioni eguali, mentre il divieto di discriminazioni impone di ignorare una differenza, postulando così una regola di parità.

Proprio l'art. 13 sarà il fulcro delle Direttive cd. di “seconda generazione”, sulla quale si basa oggi la disciplina del diritto antidiscriminatorio. Come è facile intuire tutti i fattori di discriminazione tipizzati dall'art. 13 del Trattato TUE sono stati inseriti nelle nuove direttive con la sola esclusione di quelle fondate sul genere, in quanto già regolate in altre Direttive²⁸.

²⁶ Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 399.

²⁷ Vizioli M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in DML, 2004, 3, 953.

²⁸ Chieco P., *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in RIDL, 2002, 1, 78.

Nella stessa occasione, è stato riformulato l'art. 119 (rinumerato in art. 141, e oggi art. 157 TFUE), che, recependo le soluzioni alle quali era pervenuta in sede interpretativa la Corte di Giustizia, amplia il campo di applicazione del principio di eguaglianza di genere della retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro e di occupazione. L'articolo così riformato conferisce espressamente al Consiglio Europeo il potere di adottare misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne, in materia di occupazione ed impiego.²⁹

Il principio della parità di trattamento si estende dalla retribuzione al complesso delle condizioni di lavoro e di occupazione. Viene, inoltre, introdotta una disposizione che assicura una definitiva e inequivocabile legittimazione giuridica delle azioni positive (art. 141, par. 4), allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa. Il principio della parità di trattamento, dunque, non impedisce il mantenimento o l'adozione da parte degli Stati membri di misure che prevedano vantaggi specifici, volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato, ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali. La legittimazione del riscritto art. 141 appare ben più solida di quella rinvenibile nella Direttiva 76/207 (art. 2, co. 4), la quale si limitava a precisare che non pregiudicava «le misure volte a promuovere la pari opportunità» tra uomo e donna, tuttavia, non inquadrando quali deviazioni dall'uguaglianza, le assoggettava alla lettura restrittiva che subiscono le eccezioni rispetto ai principi generali.³⁰

La predisposizione di misure specifiche a favore delle donne pone problemi in ordine alla sua ammissibilità, postulando la soluzione positiva del quesito concernente la legittimità di previsioni intenzionalmente discriminatorie e, quindi, apparentemente contrastanti con il principio di non discriminazione di genere, al fine di incentivare l'occupazione del sesso sottorappresentato³¹.

²⁹ Allocca V., *Parità di trattamenti e discriminazione per Età nella giurisprudenza della corte di giustizia*, DML, 2015, I, 145.

³⁰ Barbera M., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XXXII

³¹ Piccone V., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in D&L, 2009, 1.

L'originario orientamento della Corte di Giustizia³² in merito si evince dall'atteggiamento assunto nei confronti di una disposizione che prevedeva automaticamente, a parità di qualificazioni tra candidati di sesso differente, una preferenza alle donne al momento dell'assunzione in settori in cui fossero insufficientemente rappresentate: la norma in esame è stata ritenuta dalla Corte contrastante con il principio di non discriminazione per ragioni di sesso. È evidente che l'interpretazione rigorosa della Corte poneva in discussione il ricorso agli strumenti di tutela attiva del sesso sottorappresentato e, in particolare, al sistema della "quote", che si andava diffondendo nel panorama comunitario.

In linea con le aspre critiche dottrinali alla Corte, la Commissione è stata indotta all'emanazione di una comunicazione³³ sulle modalità interpretative della pronuncia in esame, nella quale ha affermato che i giudici di Lussemburgo avevano interpretato la legge tedesca nella misura in cui essa prevedeva un'automaticità assoluta e incondizionata nella procedura di assunzione e promozione delle donne.

La Corte di Giustizia, in quest'ottica, sembra successivamente correggere il tiro, pur conservando l'impostazione originaria: afferma, cioè, che le misure in oggetto, per la loro intrinseca connotazione discriminatoria, vadano valutate in termini di eccezioni rispetto al diritto a non essere discriminato in ragione al sesso e, pertanto, siano consentite solo nei ristretti limiti nei quali si presentino indispensabili per la rimozione delle disparità di fatto, compromettendo l'attuazione del diritto.³⁴

La definitiva inversione di tendenza rispetto alla rigorosa impostazione originaria della Corte si riscontra solo in una successiva sentenza (caso *Badeck*)³⁵ che, oltre a richiamare la sentenza *Marshall* nella parte in cui rileva

³² Corte di Giustizia 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt*, in Racc. Uff. 1995.

³³ In documento Com. (96) 88 def.

³⁴ Corte di Giustizia 11 novembre 1997, causa C-409/95, in Racc. Uff. 1997.

³⁵ Corte di Giustizia 28 marzo 2000 in causa C-158/97, *Badeck e altri c. Hassincher Ministerpräsident e Landesanwalt beim Staatgerichtshof des Landes Hessen*; La Corte, pur ammettendo in linea concettuale l'utilizzabilità della direttiva 76/207 per l'adozione di azioni positive, ha ritenuto incompatibile con la parità tra uomo e donna la normativa nazionale che istituisca una preferenza in favore di lavoratori di sesso femminile – a parità di qualificazione – nei settori in cui le donne occupavano meno della metà dei posti in organico rispetto agli uomini.

l'insufficienza dell'equivalenza di qualifiche sulla realizzazione delle pari opportunità di impiego, è giunta a reputare non contrastante con l'ordinamento comunitario, sia la previsione dei criteri di preferenza individuale per i candidati di sesso femminile, che la previsione di quote loro riservate. In quest'ottica la Corte, richiamando espressamente l'art. 141 par. 4 del Trattato di Amsterdam, giunge a pronunciarsi in senso favorevole in ordine all'ammissibilità del criterio della sottorappresentazione femminile, quale fonte di legittimità delle misure preferenziali e anche di meccanismi di quote atti a incidere sui criteri di selezione, in quanto la sua *ratio* giustificatrice è nella finalità di parità sostanziale che persegue.

Da questa pronuncia è derivato il superamento della concezione secondo cui la parità di trattamento e la promuovibilità, una formale e l'altra sostanziale, fossero due diverse estrinsecazioni, fra di loro contrapposte, della nozione di uguaglianza. Essa³⁶, infatti, attesta l'esistenza di una medesima finalità in entrambe le disposizioni, evidenziando la valenza sostanziale del principio nella promuovibilità di misure dirette a correggere situazioni distorte, che non è possibile risolvere mediante il generale rispetto del principio di non discriminazione.

4. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea

La situazione è ulteriormente cambiata dopo l'adozione della Carta di Nizza. Nel dicembre del 2000³⁷, il Consiglio Europeo riunitosi a Nizza ha proclamato - congiuntamente al Parlamento europeo e alla Commissione - la

³⁶ La Corte ha affermato che la direttiva 76/207 non contrasta con una normativa di uno Stato membro che, nei settori del pubblico impiego in cui il sesso femminile è sottorappresentato, riconosca alle stesse una preferenza, qualora ciò sia volto alla promozione dell'accesso al lavoro delle donne e purché non vi siano stati impedimenti di maggior rilievo giuridico. Quindi, ha ritenuto compatibile alla direttiva comunitaria la disposizione di legge nazionale che prevedeva una preferenza per lavoratrici di sesso femminile, reputandola una norma di promozione. Piccone V., *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale*, in D&L, 2009, 1.

³⁷ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea C 364/1, del 18 dicembre 2000

Carta dei Diritti fondamentali, che riunisce in un unico testo i diritti civili, politici, sociali enunciati in fonti diverse, internazionali, europee e nazionali. La Carta racchiude in 54 articoli quello che sarebbe dovuto diventare il nucleo centrale della Costituzione Europea, poi mai ratificata, rispecchiando i valori che costituiscono l'identità degli stati aderenti, anche in vista dell'allargamento dell'unione. La Carta di Nizza, infatti, persegue l'obiettivo di stabilire un catalogo organico dei diritti fondamentali nel quadro dell'Unione Europea: essa riafferma, nel rispetto della competenze della Comunità, dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri, dagli obblighi internazionali in comune, dal Trattato sull'Unione europea e dai Trattati comunitari, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.³⁸

La Carta di Nizza pone come principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea l'uguaglianza (insieme ad altri principi fondamentali come dignità, libertà, solidarietà, cittadinanza e giustizia) e dà atto del riconoscimento di numerosi fattori di discriminazione, con l'intento di rimuovere le disuguaglianze e promuovere le differenze.

Il principio di non discriminazione, come già affermato dal Trattato sull'Unione europea, rappresenta uno dei valori fondamentali dell'Unione europea, contenuto nel capo III della Carta di Nizza, che non a caso è intitolato «uguaglianza». In particolare, l'art. 21 prevede che il divieto di discriminazione si estenda a qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore della pelle, la religione, l'origine etnica o sociale, le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età, le tendenze sessuali, nonché la cittadinanza, salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi. Nell'elenco delle possibili

³⁸ Vizioli M., *Il diritto comunitario tra principio di non discriminazione e tutela delle differenze*, in DML, 2004, 3, 955.

cause che determinano i trattamenti discriminatori, si aggiungono nuovi fattori non presenti finora nell'ordinamento comunitario come: origini sociali, caratteristiche genetiche, lingua, opinioni politiche o di qualunque altro tipo, appartenenza a minoranza nazionale, patrimonio, nascita. Tuttavia, anche se va apprezzata l'estensione della tutela antidiscriminatoria, attraverso la generalizzazione dei diritti fondamentali e la sua ripercussione nei rapporti di lavoro, a livello comunitario rimane un cantiere aperto in cui bisogna fare ancora molto.

In relazione all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali, resta il problema riguardo al grado di vincolatività giuridica rispetto ai Trattati istitutivi. In particolare, al contrasto con l'elenco più ridotto e, soprattutto, chiuso dell'art. 13 TCE rispetto all'ampia previsione dell'art. 21 della Carta. La stessa Carta di Nizza all'articolo 51 stabilisce che si applica alle istituzioni e agli organi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, nonché "agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Tuttavia, per la piena attuazione della Carta, si dovrà attendere l'approvazione del Trattato di Lisbona, che eleverà l'art.21 alla stregua di un principio generale del diritto dell'Unione.³⁹

Le importanti indicazioni della Carta dei Diritti fondamentali non si rinvergono soltanto nel citato art. 21, che tratta del principio di non discriminazione (dunque, inteso come diritto fondamentale della persona ed il cui risvolto positivo è rappresentato dall'uguaglianza e dalla parità di trattamento) in tutta una serie di norme rivolte non tanto a lavoratori e lavoratrici, ma più in generale alla persona, al soggetto, all'individuo⁴⁰. Questo aspetto consentirebbe di allargare la tutela anche al soggetto in quanto tale, e non solo come lavoratore.

In *primis*, occorre segnalare gli articoli 20 e 22, rispettivamente in ambito di uguaglianza davanti alla legge e riconoscimento davanti delle diversità culturali, religiose e linguistiche: essi fanno da contorno all'art. 21 e sono diretta espressione generale del principio di eguaglianza.

³⁹ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, a seguito della stipula del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009, acquista anche formalmente valore giuridico vincolante, pari a quello dei Trattati.

⁴⁰ Amato F., *le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in LD, 2003, 1, 129.

Degno di rilievo è, poi, l'art. 23, che assicura la parità di trattamento tra uomo e donna in tutti i campi e, in particolare, in riferimento ad occupazione, lavoro e retribuzione. Infine, per quel che riguarda il capo dell'uguaglianza, vanno ricordati gli articoli 24, 25 e 26, i quali si occupano della tutela di figure sociali deboli, come i fanciulli, gli anziani e i disabili.

Per capire quanto sia rilevante la posizione assunta dalla Carta dei diritti fondamentali, basta segnalare l'inserimento nella Carta dei diritti dell'art. 34, secondo comma, che apre un ulteriore e finora impensabile spiraglio per l'allargamento di diritti e tutele nei riguardi di soggetti non cittadini dell'Unione, in altri termini i cd. extracomunitari: viene stabilito che i diritti previsti siano patrimonio di «ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione»⁴¹. È chiaro che il riferimento alla «legalità» di residenza e spostamento postula la significativa riduzione della platea dei soggetti fruitori a quelli concretamente «autorizzati» dalle politiche; tuttavia, merita rilievo il coraggioso impegno assunto dalla Carta di Nizza nei confronti dell'individuo indistintamente considerato, che nessun'altra carta costituzionale ha intrapreso nei confronti dei non cittadini.

Occorre menzionare anche l'art. 28 della Carta, il quale riconosce il protagonismo dell'organizzazione sindacale nella contrattazione collettiva, considerando che i sindacati, attraverso i contratti collettivi, hanno la possibilità di costruire un regime di condizioni di lavoro che non incorra in trattamenti discriminatori. Rimane, però, il problema di capire fino a che punto possa spingersi l'azione positiva dei sindacati e quali possano essere i provvedimenti adottati della contrattazione collettiva, se costituiscano o no una limitazione al principio di parità e, pertanto, se debbano essere delimitati da una norma derivante da una legge.

Si mostra, infine, particolarmente rilevante l'attenzione complessiva posta in generale dai redattori della Carta dei diritti alla tutela della dignità della persona e alla previsione di essa contro ogni possibile lesione delle

⁴¹ Non va, dimenticato che, nel nostro ordinamento in ambito lavoristico è tuttora vigente per i lavoratori extracomunitari il principio di generale parità di trattamento, stabilito dall'art.1 della legge n. 943/86, che non è venuto meno neanche dopo l'introduzione delle discipline sull'immigrazione. Amato F., *le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in LD, 2003, 1, 130.

prerogative della persona, anche oltre le dirette previsioni del Capo I⁴², titolato appunto «Dignità».

La forma giuridica «dichiarata» della Carta di Nizza è quella di un atto privo di forza obbligatoria e di valore vincolante, giacché questi caratteri sono stati formalmente esclusi. Tuttavia, è innegabile che la Carta di Nizza, per il modo in cui è stata redatta ed approvata, è sicuramente un documento che era destinato fin dall'inizio ad avere valore e forza giuridica obbligatoria. I motivi che stanno a fondamento di questa affermazione sono vari. In *primis*, non sono indifferenti le modalità dell'adozione della Carte dei diritti: non è, infatti, irrilevante che essa sia stata firmata non solo dalle istituzioni europee, ma anche dai Capi di Stato e di Governo. Pertanto, la Carta dei diritti fondamentali ha un valore che oltrepassa la sua natura giuridica formale.

In secondo luogo, la Carta non solo dichiara dei diritti che in gran parte già esistono e sono precettivi negli ordinamenti degli stati membri, ma è un mezzo per ribadire e rendere effettivi alcuni principi internazionali del diritto, come affermato nello stesso Preambolo della Carta.

L'enunciazione è tale da far ritenere che, così concepiti, i diritti fondamentali vadano a completare o integrare gli "obiettivi" dell'Unione europea enunciati negli articoli iniziali dei Trattati: obiettivi, pertanto, da rendere effettivi e da proteggere.

All'interno della Carta dei diritti fondamentali è stata inserita una delle norme comunitarie più innovative e rilevanti con effetti diretti sul sistema delle fonti nazionali, che precisa all'art. 52, 1° comma: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». Siamo davanti a una regola che costituisce una delle chiavi di volta di qualsiasi sistema costituzionale nazionale: la determinazione delle regole di riserva normativa e, in particolare, i poteri assegnati al Parlamento, con la contestuale restrizione dei margini di attuazione da parte di altri poteri normativi. Questo è senza dubbio uno degli elementi che ha determinato un atteggiamento timoroso da parte degli organi comunitari, al momento di

⁴² Amato F., *le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione. Riflessioni e prospettive per la realizzazione di una società multietnica*, in LD, 2003, 1, 130.

rafforzare l'efficacia giuridica della Carta. Con il suo richiamo al necessario intervento della legge, la Carta si è insinuata in uno spazio nevralgico dei nostri sistemi giuridici su di un aspetto cruciale, com'è quello delle fonti del diritto, evidenziando con ciò l'interdipendenza tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, a livello rilevante come quello costituzionale: sono di solito i testi costituzionali, infatti, a definire i casi sottoposti a riserva di legge e ad affermare il ruolo centrale del Parlamento nazionale. La Carta, dunque, finisce per incidere sulla concezione nazionale di sviluppo del modello di Stato democratico di diritto.⁴³

L'effettiva vincolatività giuridica della carta dei diritti fondamentali e lo sviluppo delle direttive antidiscriminatorie sono sfociate irrimediabilmente nell'ampliamento delle competenze della Corte di Giustizia ad un ambito nel quale finora essa è intervenuta solo con carattere marginale o, quanto meno, secondario. Ciò crea inevitabilmente problemi e possibilità di scontro con le istanze giudiziali nazionali, soprattutto con quelle specializzate nella tutela dei diritti fondamentali e delle libertà: le Corti costituzionali da una parte, le Corti di cassazione dall'altra.

4.1 La ratifica del Trattato di Lisbona

Dopo l'approvazione del Trattato di Nizza, che non ha apportato modifiche alle disposizioni sopra richiamate, si è giunti alla firma del Trattato di Lisbona⁴⁴(cd. Trattato sul funzionamento europeo), entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Rispetto al precedente Trattato (di Nizza), esso abolisce i tre "pilastri" dell'Unione, provvede alla ripartizione di competenze tra Unione e Stati

⁴³ Cruz-Villalón J., *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 360.

⁴⁴ Il Trattato di Lisbona, che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, è stato firmato il 13 dicembre 2007 a Lisbona. Ad esso sono state apportate delle rettifiche: «Verbale di rettifica del trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007».

membri e rafforza il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali. Inoltre, inserisce nel Trattato UE all'art. 3, comma 3: "l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore" e all'art. 6, primo comma, riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta di Nizza), alla quale attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati.

Al Trattato di Lisbona sono seguite la rinumerazione degli articoli, sezioni, capi, titoli anche del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

Per quanto concerne la discriminazione, prevede la rinumerazione dell'art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE, al quale viene aggiunto un nuovo comma. Nella prima disposizione prevede che il Consiglio, fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, possa prendere i provvedimenti opportuni per contrastare le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. Si tratta di una procedura legislativa speciale, per la quale è richiesta l'unanimità degli Stati membri e che, in linea di principio, non permetterebbe al Parlamento di modificare il testo che il Consiglio intende adottare. Inoltre, con l'introduzione del secondo paragrafo viene introdotta una deroga al paragrafo 1, in virtù del quale il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare azioni volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di contrasto alle discriminazioni.

Questo processo di modifica riguarda anche l'ex art. 119 (modificato dal Trattato di Amsterdam, e rinumerato in art.141) rinumerato in art. 157, al quale non apporta alcuna modifica di contenuto.

Tra le più rilevanti novità introdotte nella materia del diritto antidiscriminatorio, il Trattato di Lisbona rafforza, quindi, il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali, e riconosce alla Carta dei

diritti fondamentali (cd. Carta di Nizza) lo stesso valore dei Trattati. Questo fa sì che tutte quelle novità introdotte nella Carta di Nizza assumano efficacia diretta nei confronti degli Stati membri.

5. La nuova legislazione antidiscriminatoria: le cd. direttive di seconda generazione

L'evoluzione giuridica del diritto comunitario, ed in particolare del diritto antidiscriminatorio, di cui si è parlato fino a questo punto, ha stimolato una riforma degli ordinamenti nazionali. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, che erige il principio di non discriminazione a principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario con l'art. 13, ripreso con maggiore ampiezza dall'art. 21 della Carta di Nizza nel titolo consacrato al valore dell'uguaglianza. Successivamente, il Consiglio europeo ha infatti approvato, nell'arco di soli due anni, un primo gruppo di tre direttive, quali strumenti di diritto derivato, volti a dare attuazione al principio di non discriminazione.

La reazione dell'Unione europea, con l'approvazione delle direttive sulla base dell'art. 13 TCE, non è stata tanto la ricerca di approcci all'eguaglianza, quanto piuttosto la correzione ed il miglioramento del modello della giustizia individuale.⁴⁵

Si può parlare, pertanto, di una nuova "età dell'oro" del diritto antidiscriminatorio, che affonda le proprie radici in questioni di ordine politico, giuridico e sociale. Sono soprattutto ragioni di ordine politico che spingono la rapida approvazione della Direttiva n. 2000/43/CE, che pone il divieto di discriminazione per motivo di razza e origine etnica. Essa è stata adottata dal Consiglio il 29 giugno 2000, dopo che gli Stati europei, in occasione della firma del Trattato di Amsterdam, avevano deciso di dare un segnale politico forte a quei paesi che mostravano di non saper arginare la diffusione di idee e di movimenti razzisti e xenofobi, giungendo a minacciare

⁴⁵ Bell M. e Waddington L., *Diversi eppure eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle diverse discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in DLRI, 2003, 3-4, 376.

la sospensione del diritto di voto per detti paesi (potere conferito dall'art. 7 TUE).⁴⁶

Per quanto riguarda gli altri fattori di discriminazione tipizzati dall'art.13, sono stati inseriti all'interno della Direttiva n. 2000/78/CE (c.d. direttiva quadro). Essa è stata introdotta dal Consiglio il 27 novembre 2000 ed è nota anche come direttiva delle "altre discriminazioni": si occupa di garantire un'adeguata tutela contro le discriminazioni derivanti dalla religione, dalle opinioni personali, dall'età, dagli *handicap* e dalle tendenze sessuali. Le ragioni politiche, in questo caso, non sono limpidamente rinvenibili in una specifica minaccia imminente, quanto piuttosto sono da ricercarsi in una nuova sensibilità che si è venuta affermando nel tempo presso le istituzioni europee, nonché nell'esigenza di far fronte a una deliberata strategia giudiziaria della Corte di Giustizia. Quest'ultima, infatti, aveva costruito pazientemente una struttura normativa sul terreno fertile delle discriminazioni di genere.

Ha richiesto, invece, più tempo l'approvazione della terza Direttiva, la n. 2002/73/CE del 23 settembre 2002, di riforma della direttiva n. 76/207, relativa alle discriminazioni di genere nell'accesso al lavoro, nelle condizioni di lavoro e nella formazione professionale. Tale modifica si è resa necessaria per uniformare la nozione di discriminazione a quella introdotta nelle due direttive del 2000 e per incorporare nel testo normativo la più solida base giuridica costituita dall'art. 141 TCE e la copiosa giurisprudenza della Corte europea in materia, in particolare quella concernente la legittimità delle misure di azione positiva.

Negli anni successivi, le spinte verso un ripensamento del significato di uguaglianza di genere e un riassetto generale della legislazione esistente si traducono in due nuovi interventi del legislatore europeo: la Direttiva n. 2004/113/CE del 13 dicembre 2004, che attua il principio di uguaglianza di donne e uomini nell'accesso ai beni e ai servizi e alla loro fornitura, estendendo per la prima volta a campi diversi del lavoro e della sicurezza sociale la portata del principio non discriminazione; e la Direttiva n. 2006/54/CE del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari

⁴⁶ Guariello F., *il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in DLRI, 2003. 3-4, 341.

opportunità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, che riordina e razionalizza la legislazione vigente in materia, rileggendola anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Da ultimo, è stata introdotta la Direttiva n. 2010/41/CE del 7 luglio 2010, sull'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma o che contribuiscono all'esercizio di un'attività autonoma e che abroga la direttiva 86/613/CEE.

Le nuove direttive antidiscriminatorie presentano forti elementi di continuità con l'esperienza giuridica pregressa, ma anche significativi elementi di innovazione. Infatti, esse poggiano sulla nuova base giuridica dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam, ma anche sul consolidamento degli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria nel campo delle discriminazioni di genere, pioniere del principio di discriminazione in generale. Come è stato sottolineato, diversamente del passato, oggi tale tutela è riconducibile al pieno riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, anziché alla *ratio* economica attinente alle garanzie di libera circolazione e di tutela della posizione di concorrenza sul mercato.

I tratti di continuità con il passato sono rinvenibili nel modello storicamente fornito dalla tutela antidiscriminatoria di genere. L'impegnativo lavoro di propulsione svolto dalla Corte di Giustizia e poi recepito in gran parte delle direttive in materia di genere non è stato vano: basti pensare alle nozioni di discriminazione dirette e indiretta, alle cause di giustificazione, al meccanismo di ripartizione dell'onere probatorio, alle azioni positive, al ruolo dei soggetti collettivi e/o istituzionali di interessi di gruppo o generali, che appaiono maturati nell'esperienza normativa e applicativa delle direttive di genere.

Il processo normativo in materia antidiscriminatoria si presenta, quindi, come un processo "circolare" che, partendo dalle discriminazioni di genere, offre una disciplina delle discriminazioni per motivi di razza e origine etnica ed anche di quelle dovute a fattori diversi, per tornare nuovamente alle discriminazioni di genere. Sembra, dunque, un percorso storico inverso rispetto a quello seguito dal sistema Nord-Americano⁴⁷, che per primo aveva

⁴⁷ Guariello F., *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in DLRI, 2003, 3-4, 342.

riconosciuto la valenza del principio antidiscriminatorio a tutela delle minoranze etniche.

Tra le suddette regole, le più rilevanti riguardano, innanzitutto, il superamento dell'analisi formalistica, che si limitava a verificare l'identità del lavoro dei diversi gruppi di riferimento, indagando sulle diverse forme possibili di discriminazioni occulta o indiretta. Dal momento che la società diventa più complessa, è necessario che lo diventino anche gli strumenti giuridici, aumentando le possibilità di ricorrere a formule di ingegneria giuridica, che rendono più complesso portare alla luce trattamenti discriminatori mascherati. Sotto questo profilo, al giudice viene imposto il compito altresì arduo di ricercare la verità materiale, che vada al di là della costruzione formale. In tale contesto, acquista rilievo la definizione di trattamento discriminatorio, relativo tanto alle discriminazioni dirette che a quelle indirette (art. 2, direttive 2000/43 e 2000/78).

In secondo luogo, strettamente connesse con la prima, la fissazione di regole di allargamento di onere della prova (art.8, direttiva 2000/43; art. 10, direttiva 2000/78).⁴⁸

Per quanto attiene la dimostrazione della condotta discriminatoria, essendo il datore di lavoro nella disponibilità dei dati di fatto che danno prova della condotta, alla presunta vittima si richiede esclusivamente un *fumus* della discriminazione, cioè elementi idonei a fondare ragionevoli indizi di trattamenti differenziati ingiustificati. Da questo momento, l'onere della prova dell'inesistenza dei trattamenti spetta al datore di lavoro, che si trova nelle condizioni di fornire gli elementi di giudizio necessari su come si è prodotta la situazione. Non ci troviamo davanti ad una vera inversione dell'onere della prova, giacché non qualunque differenza di trattamento costituisce necessariamente discriminazione.

In ultimo, va segnalato che le tre Direttive riconoscono agli Stati membri la facoltà di adottare misure di azione positiva: nell'art. 5 della direttiva 2000/43/CE, all'art.7 della direttiva 2000/78/CE e all'art.2.8 direttiva 76/207, come modificata dalla direttiva 2002/73/CE. Con questi provvedimenti si

⁴⁸ Cruz-Villalón J., *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 362.

stabiliscono regole di promozione, preferenza o favore per il gruppo sociale tradizionalmente discriminato, con la finalità di accelerare il processo di trasformazione verso una situazione di equiparazione reale ed effettiva e verso un più rapido superamento di radicate differenze ingiustificate. Questo non è solo un obiettivo transitorio, volto ad accelerare il processo di cambiamento, bensì finalizzato a porre condizioni strutturali, che obbligano ad adottare misure di sostegno diretto ai gruppi svantaggiati.

Consapevole che si tratta di una questione controversa e per nulla pacifica, la normativa comunitaria non impone come obbligatorie l'adozione di azioni positive, ma si limita ad ammetterle, di modo che se vengono utilizzate dalle legislazioni nazionali, queste non possono essere annullate, per contrasto con il suddetto principio di non discriminazione⁴⁹.

Per quanto riguarda poi l'attivismo che ha caratterizzato in passato il lavoro dei giudici comunitari su temi che trattano di uguaglianza e di discriminazione. Esso era favorito, ma al tempo stesso limitato da alcune circostanze: 1) divieti di discriminazione erano numerati; 2) si trattava di un giudizio di tipo comparativo: erano i giudici a decidere se i soggetti tutelati erano stati più svantaggiati di altri nella fattispecie in questione; 3) i diritti in questione erano principalmente di contenuto negativo; 4) il concetto di eguaglianza di riferimento era di tipo formale o procedurale: essa infatti poteva essere ristabilita sia innalzando il trattamento più basso al livello più alto, sia livellando verso il basso il trattamento più alto.

Invece, le nuove direttive in materia di trattamento alterano profondamente alcune di queste condizioni e comportano infatti: la tendenza ad un allargamento di tipo universalistico della tutela antidiscriminatoria; l'utilizzo di più concetti di discriminazione; in alcuni casi, attribuiscono esplicitamente diritti di contenuto positivo; uno spostamento dell'ottica di eguaglianza di opportunità, attraverso generalizzazione dello strumento delle azioni positive e preordinando la tutela antidiscriminatoria alla difesa del valore di dignità

⁴⁹ Cruz-Villalón J., *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 369.

umana, con l'impedimento del riallineamento verso il basso di trattamenti diversi.⁵⁰

Quindi, è vero che oggi la giurisprudenza comunitaria può contare su una vera e propria teoria della discriminazione, elaborata nel corso degli anni, ma è anche vero che questa teoria risulterà solo in parte utilizzabile, proprio in ragione delle complessità sulle quali si è costruito il quadro normativo relativo alla discriminazione.

Solo il tempo potrà consentire di valutare l'impatto di questa riforma "tampone" della legislazione di eguaglianza.

⁵⁰ Barbera M., *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in DLRI, 2003, 3-4, 400-401.