

INTRODUZIONE

Il principio di eguaglianza, che da sempre, permea il diritto del lavoro, ne alimenta la sua immanente «funzione correttiva di disparità», e lo rende sensibile alle differenze. Le sue due accezioni di eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, combinate insieme quali facce di un medesimo principio, costituiscono, «l'essenza stessa della razionalità giuridica nel diritto del lavoro». Un diritto del lavoro che, sin dalle sue origini, ha trovato nell'inderogabilità della disciplina legale, presidiata dal meccanismo invalidante/sostitutivo a favore del solo lavoratore, il suo fondamento. È innegabile, infatti, che l'inderogabilità abbia svolto per il diritto del lavoro la funzione di superamento della logica paritaria in senso puramente formale, ponendosi come «una delle tante espressioni di diritto “diseguale”», che prende atto delle differenze e «organizza un modello di intervento nelle relazioni giuridiche che avvantaggia la parte più debole», con l'obiettivo finale di garantire e rendere effettiva l'eguaglianza sostanziale che permea l'impianto costituzionale dello Stato sociale. Tuttavia, il modello di regolazione lavoristica che si va tendenzialmente affermando in ambito europeo e, su pressione di questo, negli ordinamenti nazionali, fa corrispondere al declino dell'inderogabilità – teleologicamente orientata alla tutela del contraente debole – il ridimensionamento assiologico del principio di eguaglianza, così sconvolgendo i paradigmi strutturali del diritto del lavoro. In un diritto del lavoro che cambia, che necessita di essere ripensato, caratterizzato da un affievolimento delle tutele sostanziali e da un progressivo declino della nderogabilità, la tecnica legislativa rappresentata dai divieti di discriminazione, tradizionalmente residuale e accessoria rispetto al diritto del lavoro, assume una centralità cruciale sino a diventare «una delle principali tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro». Il diritto antidiscriminatorio, infatti, riveste oggi un ruolo inedito nel diritto del lavoro italiano ed europeo. Entrambi, ormai da

tempo, sono interessati da un fenomeno sempre più evidente di ridefinizione delle regole sulla produzione normativa, in un quadro di oramai strutturale crisi economico-finanziaria e di globalizzazione e internazionalizzazione dei mercati. Le ragioni di tale “nuova centralità” sono molteplici e saranno indagate nel corso di questa riflessione focalizzando l’attenzione sul ruolo svolto dai giudici, chiamati a offrire risposte sempre più efficaci alle tante “domande di eguaglianza”. Infatti, un ruolo fondamentale nell’interpretazione delle norme antidiscriminatorie e nell’affermazione dei principi di eguaglianza e di non discriminazione lo rivestono le Corti, interne e sovranazionali, le quali contribuiscono a delimitare i confini interni ed esterni del diritto antidiscriminatorio. La Corte di giustizia, in particolare, oltre a svolgere la sua peculiare funzione nomofilattica, ha ricoperto spesso un ruolo creativo nell’orientare e, talvolta, anticipare le scelte del legislatore. Allo stesso tempo le Corti nazionali, consapevoli di operare in un «sistema di diritto integrato», nell’individuare la disciplina applicabile ai singoli casi, hanno agito come «Corti europee decentrate», operando una sintesi dei diversi livelli di tutela. È indubbio, dunque, che il ruolo dei giudici costituisce un tassello imprescindibile della tutela antidiscriminatoria poiché preordinato ad assicurare l’effettività dei suoi precetti, che non dipende esclusivamente dalla produzione normativa e dall’allargamento dell’area di incidenza dei fattori di discriminazione sul piano sostanziale, ma anche e soprattutto dalle tecniche processuali di cui i giudici e le parti dispongono e che consentono in concreto la prova della discriminazione offrendone i relativi rimedi. Il carattere storicamente selettivo della tutela antidiscriminatoria, con particolare riferimento ai divieti di discriminazione, che «protegge da alcune disparità di trattamento ma non da tutte, protegge alcuni gruppi, ma non tutti», è il precipitato della forte influenza che i mutevoli contesti sociali e culturali hanno avuto nelle varie fasi evolutive, contraddistinte da precise «scelte di valore» che, di volta in volta, hanno spinto tanto la giurisprudenza quanto, soprattutto, il legislatore a considerare legittima o illegittima una disparità di trattamento. L’analisi dell’evoluzione normativa e

giurisprudenziale, infatti, permette di fotografare le diseguaglianze, più o meno strutturali, che in un dato momento e contesto storico il diritto antidiscriminatorio prende in considerazione. Vale la pena dar conto, però, di alcune tappe fondamentali di questo processo evolutivo che consentiranno sia di enfatizzare il carattere storicamente selettivo della tutela antidiscriminatoria sia di cogliere meglio il “protagonismo” della giurisprudenza. Il riferimento è all’ampliamento del novero dei fattori di rischio, al ricorso a tecniche definitorie “aperte” ed “elastiche”, all’allargamento del momento comparativo, all’articolato sistema di deroghe alla parità di trattamento e di giustificazioni delle disparità di effetti. Quanto al primo profilo, è indubbio che «l’età dell’oro della legislazione antidiscriminatoria» – grazie anche alle sempre più insistenti richieste per un maggior riconoscimento dei diritti sociali nell’Unione europea che testimoniano quanto il contesto storico incida sulla evoluzione del diritto – è stata inaugurata con l’approvazione del Trattato di Amsterdam e con la successiva adozione di un importante “pacchetto” di direttive (c.d. di seconda generazione), che disvelano la vera *vis expansiva* del diritto antidiscriminatorio. Con tali direttive il raggio di incidenza dei divieti di discriminazione, tradizionalmente circoscritti ai divieti in materia di nazionalità e sesso, viene notevolmente ampliato grazie all’apertura a una molteplicità di nuovi fattori di rischio: alcuni riferiti a dati oggettivi (come la razza o l’origine etnica, l’età, il sesso e l’handicap), altri legati a scelte personali dell’individuo, a modi di vivere e “impersonare” la propria identità personale (come le convinzioni politiche, il credo religioso, l’orientamento sessuale). La connotazione prettamente mercantilistica delle prime disposizioni antidiscriminatorie, già presenti nel Trattato di Roma, funzionali – in quel dato momento storico – al buon funzionamento del mercato e alla libera circolazione di merci e persone, ha poi progressivamente ceduto il passo, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, ma soprattutto a partire dagli anni duemila (con l’approvazione delle direttive c.d. di seconda generazione), alla costruzione di un diritto antidiscriminatorio ancorato alla esigenza di tutelare non solo il mercato, ma

anche i diritti fondamentali della persona umana. Ma non solo. Tale ampliamento del raggio di incidenza dei divieti di discriminazione è stato effettuato con il ricorso a una tecnica definitoria “aperta” ed “elastica”, in grado così di ricomprendere potenzialmente tutte le mutevoli pratiche discriminatorie. Caratteristica, questa, rintracciabile nelle nozioni, comuni a tutti i diversi fattori di rischio, sia di discriminazione diretta sia di discriminazione indiretta. In queste “nuove” nozioni, inoltre, il “momento comparativo” – quale elemento costitutivo della fattispecie discriminatoria, che è ontologicamente un concetto di relazione – viene dilatato al punto da far ritenere sussistente una discriminazione ogniqualvolta un comportamento sia anche solo potenzialmente lesivo del bene protetto dalla norma. Attraverso una mera comparazione ipotetica, senza che sia cioè necessaria la sussistenza di una vittima identificabile o di uno svantaggio concreto derivante dal comportamento discriminatorio, è ora possibile censurare comportamenti che, sulla base di uno dei fattori di rischio presi in considerazione, ledono, di fatto, il principio di eguaglianza. Infine, unitamente all’ampliamento dei fattori di rischio tutelati dall’ordinamento, si è parimenti esteso il campo delle eccezioni e giustificazioni. L’articolato sistema di deroghe alla parità di trattamento e di giustificazioni delle disparità di effetti ha aumentato il peso dell’interpretazione, con la inevitabile attribuzione al giudice di un ruolo cruciale nell’interpretare le disposizioni normative e nel delineare i confini, non sempre nitidi, che separano ciò che costituisce sicuramente discriminazione da ciò che potrebbe non costituire discriminazione.

CAPITOLO I

LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA NELL' ORDINAMENTO EUROPEO ED IN QUELLO ITALIANO

SOMMARIO: 1.1 La nozione di discriminazione nei Trattati Istitutivi dell'Unione Europea - 1.2 L'apporto delle direttive di seconda generazione – 1.3 Le fonti di diritto interno – 1.4 Le tutele contro le discriminazioni.

1.1 La nozione di discriminazione nei Trattati Istitutivi dell'Unione Europea

L'affermarsi del principio di eguaglianza e del divieto di discriminazione nei Trattati e nelle fonti del diritto comunitario segna un traguardo fondamentale lungo il travagliato percorso dell'integrazione europea. E' infatti in questo processo che la costruzione del *corpus* oggi noto con il nome di “*Diritto antidiscriminatorio*” europeo ha preso avvio. La metamorfosi dell'Unione, che da garante del mercato unico diviene ad oggi, tutore dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini, passa attraverso riconoscimenti di quei principi solidaristici e personalistici relegati in precedenza nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri e spesso richiamati nelle sentenze della Corte di Giustizia europea. Solo con il Trattato di Amsterdam del 1998 e la successiva Carta dei diritti fondamentali del 2000, i principi di eguaglianza e di non discriminazione

vengono esplicitamente accolti tra i principi fondamentali dell'ordinamento europeo, insieme ai valori complementari della libertà, solidarietà, cittadinanza, giustizia e dignità. Originariamente, il Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), prevedeva agli artt. 7 (oggi art. 18 TFUE) e 119 (oggi art. 157 TFUE) dei divieti di discriminazione riguardanti la nazionalità, in modo tale da garantire la libera circolazione delle persone all'interno della Comunità e un divieto di discriminazione tra uomo e donna in materia salariale. Sebbene il Trattato sancisse tali divieti, la loro previsione va però, contestualizzata. La CEE, come il suo acronimo rende manifesto, nasce con l'obiettivo di creare un mercato comune europeo. La scelta di fondo era politica. La costruzione di una Europa unita "a piccoli passi" richiedeva di procrastinare a tempo debito la previsione di un principio generale che garantisse l'uguaglianza dei cittadini in tutte le manifestazioni della loro personalità. In quest'ottica squisitamente mercantilistica, il legislatore europeo sarebbe dovuto intervenire unicamente su specifiche distorsioni¹ del mercato del lavoro. Infatti, l'art. 119 del Trattato che introdusse il principio di eguaglianza retributiva tra i sessi, fu il frutto di un compromesso politico tra i Paesi membri, segnatamente la Francia, perché essendo l'unico Stato in quel momento storico ad applicare la parità retributiva tra i sessi subiva la concorrenza sleale ad opera di altri Stati nei quali invece le donne erano inferiormente retribuite e avendo la manodopera femminile un costo minore, negli altri Paesi assumere donne significava avere una maggiore produttività a basso costo. In effetti erano queste, inizialmente, le uniche tipologie di discriminazione considerate dal Trattato. Si trattava di una disciplina che conteneva singoli divieti anziché una clausola "aperta" comprendente vari fattori di differenziazione², e la portata degli stessi era limitata, ai soli operatori economici, unici destinatari in origine, di quelle norme dei Trattati. La *ratio* di

¹ M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Giuffrè, Milano, 1991, p.104.

² J.CRUIZ-VILLALON, *Lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario*, in *DLRI*, 2003, 3-4, p. 351.

tale approccio al principio di non discriminazione è rinvenibile nella peculiarità dell'ordinamento europeo, il quale non ha competenze di carattere generale ma settoriale, e pertanto non può estendere il proprio campo di azione se non autorizzato dagli Stati membri. L'Unione europea, infatti, opera sulla base di diversi principi quali: sussidiarietà, proporzionalità ed attribuzione. In virtù di quest'ultimo, l'Unione agisce poi, esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti ³. Infatti, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri ⁴. Il riconoscimento del principio di non discriminazione è limitato, pertanto, ai settori di competenza dell'Unione europea e per tale ragione i divieti di discriminazione sono pensati essenzialmente come strumenti per la realizzazione degli obiettivi economici dei Trattati. Nonostante tali premesse, lo sviluppo della tutela antidiscriminatoria europea ha senza dubbio incrementato la sua espansione⁵ grazie ad alcune direttive emanate negli anni Settanta, quali la direttiva del Consiglio n. 75/117/CEE del 10 Febbraio 1975 ai fini di riavvicinamento delle legislazioni nazionali per l'applicazione del principio di parità di retribuzione fra lavoratori di sesso maschile e lavoratori di sesso femminile e la direttiva del Consiglio n. 76/207/CEE del 9 Febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento fra uomini e donne per l'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionali e le condizioni di lavoro, ed alla giurisprudenza creativa della Corte di giustizia europea la quale, già con la sentenza *Defrenne* ⁶ ha aperto la strada ad un importante approfondimento in tema di discriminazioni. 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

³ ART. 5 TUE.

⁴ In generale sul riparto delle competenze tra diritto europeo e diritto interno: MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2006, pp. 65 ss.

⁵ F. ALCARO, G. BALDINI, *Profili evolutivi della cittadinanza europea: "verso un diritto privato comunitario?"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2-3, 2002, pp. 445 ss.

⁶ Corte di Giustizia, sentenza 08-04-1976, *Defrenne*, causa 43/75, in *Racc.*, 1976, p. 445.

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. Nel caso di specie, la signora *Defrenne*, assistente di volo presso una compagnia aerea, affermava di essere vittima di una discriminazione diretta fondata sul sesso, in quanto riceveva a parità di qualifica, una retribuzione più bassa rispetto a quella percepita dai colleghi uomini, e ciò in violazione dell'art. 119 del Trattato. La Corte di Giustizia si pronunciò affermando che la questione circa l'efficacia diretta dell' art. 119 andava esaminata alla luce del principio di parità di trattamento, della natura e dello scopo perseguito dalla disposizione e dalla sua collocazione nel Trattato e dichiarando che la ratio dello stesso fosse quella di evitare che nel mercato comunitario, le aziende degli Stati in cui era stata data attuazione al principio di pari retribuzione tra i sessi si trovassero in posizione di svantaggio rispetto a quelle aziende che si trovavano in Stati che non avevano ancora provveduto in tal senso, spingendosi ad affermare che l' art. 119 rientrasse a pieno titolo negli scopi sociali della Comunità dato che questa non si limitava solamente a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, facendo rientrare di fatto il principio della parità di retribuzione tra i principi fondamentali dell'allora Comunità Europea. Nella sentenza *Defrenne*, la Corte ha quindi mirato ad un'uguaglianza effettiva e non meramente formale, affermando che l'eliminazione di ogni discriminazione fosse un principio generale di cui garantire l'osservanza. Sempre alla giurisprudenza si deve

l'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta, recepita poi dalle successive direttive antidiscriminatorie, che viene individuata nella norma o prassi che seppur formulata in termini neutri, pregiudichi una categoria di soggetti, salvo che l'adozione di tali misure non sia giustificata da ragioni obiettive. La corrente di socialità che si diffuse tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, 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 sottoposte all'esame della Corte di giustizia in modo sempre più diffuso ed articolato. Anche a livello politico si assiste ad un progressivo distacco dall'originaria vocazione esclusivamente economica del Trattato di Roma: nel 1992, con la firma del Trattato di Maastricht ⁷, la denominazione "Comunità Economica Europea" perde l'aggettivo "economica", divenendo Comunità/Unione europea", tutta proiettata verso la realizzazione di un'Europa di cittadini⁸, che deve garantire e tutelare non solo i diritti economici, ma anche quelli sociali, civili e politici delle persone. Sono gli anni Novanta ad aver inaugurato una nuova "età dell'oro" ⁹ del diritto antidiscriminatorio. Infatti, nel 1998, il Trattato di Amsterdam con il quale viene introdotta una vera e propria classificazione delle potenziali cause di discriminazione: all'art. 13 del Trattato è disposto che 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. La nuova clausola antidiscriminatoria per la prima volta,

⁷ Il Trattato sull'Unione europea (TUE), c.d. Trattato di Maastricht, fu firmato il 7 febbraio 1992 ed entro 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.

⁸ M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv.dir.ambiente*, 1-2, 2012, p. 8.

⁹ M. BARBERA, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: il quadro comunitario e nazionale*. Giuffrè, Milano, 2007, p. IX.

forza i confini tradizionali dei divieti di discriminazione stabiliti dall'ordinamento comunitario (nazionalità e sesso), per sancire quali motivi illeciti la razza, l'origine etnica, la religione, le convinzioni personali, l'handicap, l'età, le tendenze sessuali, delegando il Consiglio a prendere «i provvedimenti opportuni» per combattere le discriminazioni fondate su tali caratteristiche soggettive. Nella stessa occasione è stato riformulato l'art. 119 del Trattato (ora art. 141), il quale conferisce espressamente al Consiglio 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, impiego e condizioni di lavoro. 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 non impedisce il mantenimento o l'adozione da parte degli Stati membri di misure che prevedono vantaggi specifici volti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato o ad evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali. Questa legittimazione appare ben più solida di quella rinvenibile nella direttiva 76/207 (art. 2, co. 4), che inquadrando quali deviazioni dall'uguaglianza, le assoggettava alla lettura restrittiva che subiscono le eccezioni rispetto ai principi generali. Con il Trattato di Amsterdam, che ha dato una notevole spinta alla legislazione antidiscriminatoria, la non discriminazione è stata annoverata tra gli scopi dell'Unione europea, e la sua importanza è stata ritenuta tale da assurgere ad obiettivo delle politiche comuni¹⁰. Pochi anni dopo, l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, conferma e rafforza il ruolo del divieto di discriminazione, ampliandone significativamente le potenzialità applicative. La Carta dedica infatti un intero Capo, il terzo, al tema dell'uguaglianza sancendo all'art. 20:

¹⁰ G. CHITI, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 5, 2000, pp. 851 ss.

“*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*”) e dunque in questo senso si discorre di uguaglianza formale. L’art. 21 della Carta, intitolato “*Non discriminazione*”, invece, prevede il divieto di 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, gli handicap, l’età o le tendenze sessuali. Rispetto all’impostazione iniziale del Trattato di Roma, in cui il ruolo di primo piano era assunto dalla prospettiva della non discriminazione sulla base della nazionalità nell’ambito del funzionamento del mercato comune, la Carta ha un’impronta prettamente sociale e dal carattere generalizzato. Ciò lo si evince dal modo in cui è stato collocato questo profilo discriminatorio nel secondo comma dell’articolo, in cui si discorre che nell’ambito d’applicazione dei Trattati, è vietata qualsiasi discriminazione in base alla nazionalità. Strettamente connesso alla precedente disposizione è l’art. 22 della Carta di Nizza-Strasburgo, che in termini innovativi affronta la questione della diversità, prevedendo che l’Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica. L’art. 23, invece, è specificamente dedicato alla questione della parità tra uomini e donne. La norma prevede che essa deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell’occupazione, del lavoro e della retribuzione, specificandosi, tuttavia, che il principio della parità non osta al mantenimento o all’adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato. Nella Carta di Nizza, età, sesso, non sono più considerati sinonimi di debolezza ma di diversità, quale concetto in sé privo di qualsiasi giudizio di valore. Sono infatti elementi naturali dell’essere umano, comuni a ogni popolo. Essi orientano in modo rilevante i bisogni e gli interessi degli individui e, conseguentemente, incidono sull’atteggiarsi e la soddisfazione dei loro diritti. E’ qui che il principio di non discriminazione trova la sua esplicazione: in base ad esso, le persone e i gruppi di persone non devono essere trattati in maniera meno favorevole in presenza di