

L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*

Abstract (AiC)

Il saggio si propone di indagare sulla nascita ed evoluzione del principio di uguaglianza di genere nell'Unione europea e di tracciare delle possibili piste di riflessione sulle ricadute di taluni recenti sviluppi della giurisprudenza dell'Unione europea in tema di effetti diretti orizzontali dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sulla tutela multilivello dei diritti.

L'indagine prende avvio dal divieto specifico di discriminazione in base al sesso che insieme a un altro *ground* (quello della nazionalità) ha costituito, come è noto, il primo nucleo del diritto antidiscriminatorio europeo.

A partire dalla tutela della parità retributiva uomo-donna (art. 157 TFUE), la Corte ha via via esteso l'ambito concettuale di applicazione del diritto antidiscriminatorio dalla retribuzione a diversi altri ambiti inaugurando una protezione spinta oltre gli aspetti meramente economici fino a riconoscere efficacia diretta, anche orizzontale, alla stessa parità retributiva.

Si assiste così ad un mutamento del paradigma della funzione della tutela antidiscriminatoria di genere immaginata all'origine in chiave funzionalista rispetto alla realizzazione del mercato unico che si è progressivamente liberato da questa ipoteca di ambito troppo ristretto per intraprendere un articolato cammino durante il quale le ragioni giustificatrici poste alla base del diritto antidiscriminatorio perdono la valenza prettamente economica e il divieto in base al sesso diventa una specifica espressione del più generale principio di uguaglianza. Una parte consistente del lavoro riguarda l'analisi del diritto derivato di prima e seconda generazione e della relativa giurisprudenza della CGUE fino alle più recenti pronunce relative agli effetti diretti orizzontali dell'art. 21 CDFUE che aprono poderose questioni sia sul piano della teoria generale delle fonti europee (uno per tutti i rapporti tra principi generali e diritto derivato), su quello della portata del principio della *primauté* del diritto comunitario e della sua efficacia diretta (verticale e orizzontale), nonché sull'assetto delle competenze dell'UE e degli Stati membri. E' altresì significativo che tali questioni siano venute in rilievo special modo sul terreno dell'uguaglianza e della non discriminazione, principi la cui trasversalità interroga la tenuta di molti dei capisaldi del rapporto tra ordinamenti interni e ordinamento dell'Ue.

The essay aims to investigate the birth and evolution of the principle of gender equality in the European Union and to outline possible avenues for reflection on the impact of some recent developments in EU case law on the direct horizontal effects of Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights on the multi-level protection of rights.

The investigation starts from the specific prohibition of discrimination on the grounds of sex that along with another ground (nationality) has been the first nucleus of European anti-discrimination law.

Starting from the protection of equal pay for men and women (Article 157 TFEU), the Court has gradually extended the conceptual scope of application of anti-discrimination law from pay to several other areas, inaugurating a protection pushed beyond the purely economic aspects to recognize direct effectiveness, even horizontal, to equal pay.

We are thus witnessing a change in the paradigm of the function of gender-based anti-discrimination protection originally imagined in a functionalist key with respect to the completion of the single market, which has progressively freed itself from this too narrow scope to undertake an articulated path during which the justifying reasons underlying anti-discrimination law lose their purely economic value and the prohibition on the basis of gender becomes a specific expression of the more general principle of equality. A substantial part of the work concerns the analysis of the first and second generation of secondary legislation and the related jurisprudence of the CJEU up to the most recent pronouncements on the direct horizontal effects of Article 21 CDFUE that open up powerful questions both in terms of the general theory of European sources (one for all the relations between general principles and secondary legislation), the scope of the principle of *primauté* of Community law and its direct effectiveness (vertical and horizontal), as well as the structure of EU and Member States' competences. It is also significant that these issues have come to the fore especially in the field of equality and non-discrimination, principles whose transversal nature calls into question the maintenance of many of the cornerstones of the relationship between internal systems and EU law.

Sommario: Introduzione al tema. 1. La funzione della tutela antidiscriminatoria: genesi ed evoluzione. I singoli divieti di non discriminazione come espressione specifica del principio generale di uguaglianza che, anche se non espressamente previsto, costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario alimentato dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Il principio di uguaglianza come diritto fondamentale della persona (Defrenne II). Dai singoli divieti di discriminazione al principio generale di non discriminazione nel processo di integrazione europea: il contesto normativo di grado primario e di diritto derivato. 2.- Le direttive di prima generazione: ambito oggettivo ristretto al sesso e alla nazionalità. L'art. 141 TCE e il riconoscimento di effetti diretti. Il principio della parità retributiva uomo-donna come principio fondamentale della Comunità di cui la Corte garantisce l'osservanza (Defrenne III). Le novità introdotte dal Trattato di Amsterdam al diritto antidiscriminatorio: rapporto tra l'art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE) e l'art. 141. Il principio del gender mainstreaming. La struttura del giudizio sulla discriminazione. L'individuazione della situazione di svantaggio e la comparazione. Uguaglianza formale o procedurale: livellamento verso il basso o verso l'alto del trattamento differenziato a seconda dei casi. In particolare, le discriminazioni in base al sesso. Assenza di definizioni delle categorie di discriminazioni nel diritto derivato di prima generazione. Discriminazioni dirette e giudizio sulla discriminazione; gli elementi che lo compongono: il trattamento sfavorevole; il

termine di confronto; il motivo oggetto del divieto di discriminazione; le deroghe al trattamento meno favorevole. Discriminazioni indirette: gli effetti discriminatori su un gruppo protetto e il termine di confronto. Le giustificazioni oggettive alle discriminazioni indirette. Le azioni positive. **2.1.** - Le discriminazioni di genere e le relative categorie giuridiche. Discriminazioni dirette e indirette, molestie, molestie sessuali e ordine di discriminare. Assenza di definizioni delle categorie di discriminazioni nel diritto derivato di prima generazione. La struttura del giudizio sulla discriminazione in base al sesso: le tre fasi del giudizio. Discriminazioni dirette e giudizio sulla discriminazione; gli elementi che lo compongono: l'individuazione della situazione di svantaggio; il termine di confronto; il motivo oggetto del divieto di discriminazione; le deroghe al trattamento meno favorevole. Discriminazioni indirette: gli effetti discriminatori su un gruppo protetto e il termine di confronto. Le giustificazioni oggettive alle discriminazioni indirette. Le azioni positive. Quando manca il termine di confronto: la gravidanza e il caso delle molestie e delle molestie sessuali. L'inversione dell'onere della prova: ratio. **3.** - Le direttive cosiddette di seconda generazione relative alla parità di genere: Direttiva 2002/73/CE (di modifica della Direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne); Direttiva 2004/113 CE che attua il principio di parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e servizi e nella loro fornitura; Direttiva 2006/54/CE (di rifusione in un unico testo delle direttive sulla parità uomo-donna ad eccezione della Direttiva 7/79 in tema di sicurezza sociale); Direttiva 2010/41 (di modifica della Direttiva 86/613 sulla parità tra uomini e donne nel lavoro autonomo); Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell' 8 marzo 2010 , che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale e abroga la direttiva 96/34/CE; Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992 concernente l'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 di seconda generazione e il loro contenuto: le definizioni di discriminazione e delle relative categorie giuridiche; le norme sulla tutela giurisdizionale; istituzione di un organismo indipendente volto a promuovere la parità di trattamento. L'estensione dei divieti di discriminazione (differenze scelte e differenze ascritte o immutabili): implicazioni anche sul versante di una eventuale concorrenza tra loro e di una possibile relazione gerarchica tra i vari divieti di discriminazioni. Rivisitazione della nozione di discriminazione: dai singoli divieti al principio generale di non discriminazione; il principio del gender mainstreaming; il relativo giudizio non più solo di tipo comparativo; uguaglianza sostanziale: le azioni positive perdono il carattere di eccezioni (art. 141.4 TCE); preordinazione della tutela antidiscriminatoria alla garanzia del valore assoluto e universale della dignità umana: non più riallineamento verso il basso di trattamenti differenziati. **4.** - Dal Trattato di Lisbona alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La positivizzazione del principio di uguaglianza e del principio di non discriminazione: la scelta di disciplinarli in due differenti disposizioni. Rapporto tra l'art. 19 TFUE e art. 21 CDFUE: ambito applicativo e finalità diversi. Relazione tra singolo divieto (sesso), principio generale di non discriminazione e direttiva attuativa del relativo principio. Differenza della regola applicabile in concreto a seconda che il divieto provenga da un principio generale o da una direttiva. Art. 52.5 CDFUE: effetti delle disposizioni della Carta a seconda che contengano diritti o principi. La valorizzazione del legame tra divieti di discriminazione e diritti fondamentali. L'applicabilità diretta d'art. 21 della CDFUE: la giurisprudenza della Corte. Problemi ancora aperti. L'art. 23 CDFUE: la parità uomo-donna e la sua centralità nel diritto antidiscriminatorio europeo. L'art. 23.2: le azioni positive. L'efficacia diretta anche orizzontale dell'art. 23 CDFUE. La sentenza Cresco Investigation GmbH: le refluenze sulla tutela multilivello dei diritti.

*Questo scritto costituisce il testo riveduto ampliato e corretto della Relazione tenuta al XXXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Uguaglianza e discriminazione nell'età contemporanea, 15 e 16 novembre 2019, Università degli studi di Bergamo.

**Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo.

Introduzione al tema.

Questo saggio, che ha lo scopo di indagare sulla nascita ed evoluzione del principio di uguaglianza di genere nell'Unione europea, si propone di tracciare possibili piste di

riflessione sulle ricadute circa la tutela multilivello dei diritti di taluni recenti sviluppi della giurisprudenza dell'Unione Europea in tema di effetti diretti orizzontali dell'art. 21 CDFUE. Per farlo è sembrato conducente iniziare le riflessioni dal divieto specifico di discriminazione in base al sesso che insieme ad un altro *ground* (quello della nazionalità) ha costituito, come è noto, il primo nucleo del diritto antidiscriminatorio europeo.

L'uguaglianza, come è intuitivo, non è sovrapponibile dal punto di vista concettuale alla non discriminazione che ha confini teorici, logici ed applicativi in parte diversi pur presentando delle interrelazioni in quanto la declinazione in negativo dello stesso principio di uguaglianza trae alimento dagli specifici divieti di discriminazione.

Ma è anche vero il contrario: la dimensione sostanziale dell'uguaglianza si nutre parimenti di «discriminazioni» o meglio differenziazioni per rimuovere gli ostacoli (mutuando l'espressione contenuta nell'art. 3.2 della Costituzione italiana) che di fatto si frappongono al suo raggiungimento e per assicurare quella parità di punti partenza che lo Stato di democrazia pluralista annovera tra i suoi *topos*.

Alcune precisazioni sul titolo della relazione. Si è preferito il sintagma «uguaglianza» e non quello di «discriminazione» non solo per dare evidenza del processo di integrazione europea che, partendo dallo specifico divieto di discriminazione in base al sesso, ha elaborato il relativo principio generale giungendo poi ad affermare il principio di uguaglianza di genere (e non solo in base al sesso come occorre precisare in ragione anche dell'estensione concettuale operata dalla giurisprudenza europea su cui v. *infra*), ma anche perché il raggiungimento dell'uguaglianza (di genere in questo caso) come aspirazione di qualsiasi ordinamento giuridico non può non tenere conto dell'aspetto negativo dell'uguaglianza (non discriminazione), ma deve prendere in considerazione anche l'aspetto positivo, quello delle «azioni positive» appunto per realizzarla.

Categorie giuridiche e tutele: anche qui una precisazione. Con le prime si è voluto dar conto delle diverse categorie che le discriminazioni possono presentare (dirette, indirette, per molestie, ordine di discriminare a motivo del sesso), con le seconde si è voluto utilizzare il termine «tutele» al plurale per almeno due ragioni. Una è quella che si gioca tutta all'interno del circuito giurisdizionale che ha elaborato diverse tecniche di tutela a seconda della categoria giuridica di cui si tratta. L'altra invece attiene ai profili problematici che emergono dal riconoscimento di effetti diretti orizzontali a talune disposizioni della Carta come è accaduto per l'art. 21 e alle ricadute sulla tutela multilivello dei diritti.

Qui si apre un nutrito catalogo di interrogativi in tema di tutela nazionale e tutela europea dei diritti: si può scegliere il tipo di tutela? Chi può farlo? Quale è la differenza tra questi due tipi di tutele? Hanno contenuti diversi? Come si ricordano?

Il riferimento più recente riguarda l'*affaire Cresco Investigation GmbH* del 22 gennaio 2019 (che sebbene concerna nello specifico il divieto di discriminazione in base alla religione) apre scenari inediti sulla tutela (o meglio: tutele) dei diritti. Comunque si voglia impostare la questione, di certo, con questa pronuncia la visione prospettica sembra cambiare considerevolmente in tema di tutela multilivello dei diritti e delle conseguenti aporie che si possono creare tra i diversi sistemi di protezione.

Dal punto di vista metodologico si è adottato un criterio che muove da un approccio prevalentemente casistico, anche per far risaltare sin dall'inizio del lavoro il ruolo assolutamente centrale svolto dalla Corte di giustizia la quale, in special modo con le sue pronunce «interpretative», ha dato un contributo assai rilevante in termini di tutela del principio di non discriminazione e/o di quello di uguaglianza. La giurisprudenza comunitaria sul punto è esaminata attraverso il giudizio sulla discriminazione (che presenta, secondo le categorie discriminatorie, significative differenze) affinato via via dalla Corte e impostato secondo uno schema ternario di giudizio proprio del sindacato di uguaglianza, ma che utilizza in particolare il test di proporzionalità per verificare eventuali disparità di trattamento.

Tuttavia, solo in linea di massima è corretto parlare di un modello unico con fasi che si ripetono con costanza anche perché, a seconda del modo in cui viene adita, la Corte muta la possibilità di sindacare la violazione¹.

Anche il tipo di divieto di discriminazione ha inciso sulle modalità di svolgimento del relativo giudizio: quello avente ad oggetto discriminazioni di genere nelle primissime pronunce ha evidenziato un carattere «misto», a metà tra la tutela di valori espressione dell'integrazione economica e la protezione di diritti fondamentali da cui scaturiscono diritti per i singoli. In questa direzione vanno le note tre sentenze Defrenne di cui v. *infra*.

Inoltre, lo scrutinio sulla discriminazione di genere ha conosciuto una profonda evoluzione non solo dal punto di vista dell'estensione dell'ambito oggettivo di tutela (dagli angusti confini della parità retributiva al *gender mainstreaming*), ma anche quanto agli schemi del giudizio e agli elementi in questo utilizzati.

Una discriminazione può nascere dal trattamento differenziato di situazioni assimilabili, ma anche dal trattare in modo uguale situazioni diverse: da qui l'elaborazione da parte della Corte di giustizia della nozione «materiale» di discriminazione contrapposta a quella «formale» dove lo scrutinio sulla comparazione viene fatto in modo assai stringente².

Nelle prime sentenze in materia la Corte ha utilizzato un orientamento assai restrittivo per accertare una discriminazione diretta facendo uso solamente di elementi rintracciabili nei Trattati, poi negli sviluppi più recenti ha finanche riconosciuto le discriminazioni dirette per associazione non strettamente connesse con la vittima della discriminazione.

Alcuni tratti emergenti dalla giurisprudenza sul punto:

- a) l'elemento della comparazione (nell'evoluzione più recente non più centrale come inizialmente), supportata talvolta da fattori statistici, che viene preceduta dall'individuazione della situazione di svantaggio da cui derivano ulteriori differenze a seconda che la discriminazione supposta sia diretta o indiretta;
- b) la sussistenza di deroghe o la presenza di eventuali giustificazioni al trattamento meno favorevole rispettivamente nei casi di discriminazione diretta o di quella indiretta;
- c) il ricorso alla tecnica del bilanciamento che, come si sa, implica scelte di ordinazione assiologica per loro natura discrezionali.

Proprio sulla scorta di quest'ultima considerazione può essere rilevato dalla stessa struttura morfologica delle decisioni della Corte di giustizia che, nonostante (in special modo) dall'utilizzo di certe tecniche decisorie sia opportuno apprestare un corredo motivazionale ed argomentativo esaustivo, la parte motiva il più delle volte è estremamente stringata e va rintracciata nei singoli punti in cui viene strutturata la decisione e non all'interno di una narrazione organica. Inoltre, nella giurisprudenza della Corte, almeno limitatamente al giudizio discriminatorio con un *focus* sulla parità di genere, non è rintracciabile uno scrutinio che utilizzi direttamente il criterio della ragionevolezza; a livello europeo le differenze di trattamento vengono valutate per lo più applicando il *test* di proporzionalità dove a valle si colloca il bilanciamento fra più diritti riconosciuti. La comparazione nel nostro ambito rivela anche una lettura «teleologica» della normativa antidiscriminatoria nel senso che la Corte, più che attenersi rigorosamente agli esiti di una valutazione comparativa *stricto sensu*, tende comunque al raggiungimento dell'obiettivo della parità di genere.

¹ Come è noto una causa avente ad oggetto una eventuale discriminazione può giungere alla Corte di giustizia attraverso vari modi: a seguito di un rinvio pregiudiziale, con un ricorso per annullamento di un atto comunitario o per un ricorso per inadempimento a seguito dell'apertura di una procedura di infrazione. Lo strumento con cui viene adita la Corte si riflette anche sul relativo giudizio di discriminazione essendo diversi l'ambito oggettivo e soggettivo del giudizio nonché le varie condizioni di proponibilità.

² V. in senso critico verso questa duplice veste della discriminazione D. MARTIN, *Egalité et non discrimination dans la jurisprudence communautaire. étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pg. 43 e ss. La Corte ha poi abbandonato questa contrapposizione nell'evoluzione della sua giurisprudenza in quanto la discriminazione formale si è rivelata solo apparente.

Attraverso recenti sviluppi del carattere strumentale del *test* di comparazione la Corte ha esteso la tutela antidiscriminatoria ai soggetti che hanno cambiato sesso e alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale: in quest'ultima ipotesi, comparando coppie eterosessuali che hanno contratto matrimonio e coppie *same-sex* iscritte nei registri delle unioni civili, la Corte ha esteso la disciplina di certe agevolazioni e/o sussidi, pensioni di reversibilità ecc. anche a queste ultime con l'intento non certo di porle sullo stesso piano giuridico (non avrebbe neppure potuto farlo rimanendo di competenza degli Stati membri), ma al solo fine di eliminare trattamenti discriminatori. Nelle varie pronunce sul punto viene in evidenza che qui il *test* di comparazione è volto a stabilire somiglianze più che differenze.

Nell'ordinamento comunitario (oggi Unione europea)³ per la positivizzazione del principio di uguaglianza bisognerà attendere il Trattato sull'Unione europea che per la prima volta lo annovera tra i valori sui quali si fonda l'Unione (art. 2 TUE), specificando poi agli articoli 4 e 9 il principio di uguaglianza a seconda dell'ambito soggettivo. Nell'art. 4.2 TUE il principio di uguaglianza ha come destinatari gli Stati membri nei cui confronti l'Unione si obbliga a rispettare il relativo principio davanti ai Trattati e la loro identità nazionale, nell'art. 9 i destinatari sono i cittadini europei con un richiamo poco felice, quanto alla *sedes*, alla cittadinanza europea⁴.

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea già nel titolo II recante «Disposizioni di applicazione generale» all'art. 8 la parità di trattamento uomo-donna e l'eliminazione delle ineguaglianze esce dall'angusto ambito della parità retributiva e dalle condizioni di lavoro in generale per divenire il predicato di qualsiasi azione delle istituzioni europee relativa alla parità di genere, il cosiddetto *gender mainstreaming* (art. 8, ex art. 3.2 TCE), esteso poi dal successivo art. 10 trasversalmente a tutte le politiche dell'UE e ad ogni settore di intervento

³ Come è noto con questa formula espressiva dal Trattato di Maastricht (1992) in poi si indica l'ordinamento giuridico europeo. Dopo il Trattato di Lisbona firmato il 12 dicembre 2007 (ed entrato in vigore il 1° gennaio 2009) scompare la Comunità europea come soggetto giuridico che viene individuato solo ed esclusivamente nell'Unione europea. Il Trattato CE diventa Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) affiancato, con il medesimo valore giuridico, al Trattato sull'Unione europea (TUE). I due Trattati si integrano a vicenda in quanto il primo contiene disposizioni comuni a tutte le politiche, il secondo disposizioni relative ad entrambi i Trattati a meno che non vi siano norme specifiche. A differenza dei Trattati di Amsterdam e di Nizza le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona rimodellano l'intera Unione europea dopo il tentativo fallito di porre in essere la Costituzione europea. La letteratura sul punto è vastissima. Qui è sufficiente rinviare tra gli altri a P. BILANCIA, *La nuova Europa dopo il trattato di Lisbona*. Milano, Giuffrè, 2009; G. CECCHINI, *Trattato v. Costituzione: le aporie giuridiche del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e del Trattato di Lisbona: un vulnus per il futuro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2009; AA. VV., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona: nuovi studi sulla Costituzione europea*, (a cura di) A. LUCARELLI, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2009; G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea: parte istituzionale: dal trattato di Roma al Trattato di Lisbona*, Torino, Giappichelli, 2009; AA. VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) M. PEDRAZZA GORLERO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010; AA.VV., *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione: l'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, (a cura di) A. CANTARO, Torino, Giappichelli, 2010; AA.VV., *Europa: Costituzione o Trattato per suo fondamento?*, (a cura di), M. M. FRACANZANI E S. BARONCELLI. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010; M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona: che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, Giuffrè, 2010; AA.VV., *Le nuove istituzioni europee: commento al Trattato di Lisbona*, (a cura di) F. BASSANINI E G. TIBERI, Bologna, Il Mulino, 2010; AA.VV., *I fondi strutturali e il Mezzogiorno dopo il Trattato di Lisbona*: (12 aprile 2010), Seminario giuridico del 12 aprile 2010, Roma, Svimez, 2010; I trattati dell'integrazione europea con Trattato sull'Unione europea, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, protocolli, testo integrale del Trattato di riforma firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, dichiarazioni allegare all'Atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, tabelle di corrispondenza, carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, (a cura di) P. PERLINGIERI, F. CASUCCI con la collaborazione di M. PORCELLI. Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010; AA.VV., *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Messina, 26-27 giugno 2009, (a cura di) C. ZANGHÌ E L. PANELLA, Torino, Giappichelli, 2010.

⁴ Il riferimento alla cittadinanza europea avrebbe meritato ben altra una collocazione: «L'Unione rispetta in tutte le sue attività, il principio di uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce» (art. 9).

europeo con l'obiettivo di combattere 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.

I riferimenti ai divieti di discriminazione continuano poi nella Parte seconda, che reca come epigrafe «Non discriminazione e cittadinanza dell'Unione», in cui gli articoli 18 e 19 (che con qualche modifica corrispondono agli articoli 12 e 13 TCE) sono dedicati ai divieti di discriminazione.

Con il primo, si è inteso estendere il campo di applicazione e/o operatività del divieto di discriminazione in base alla nazionalità a tutti i settori di attività dell'Unione europea, sganciandosi dall'ottica funzionalista che lo legava solo alla libera circolazione dei cittadini europei. Con il secondo, il *panel* dei divieti di discriminazione si arricchisce prevedendo oltre il sesso «la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale», ambiti nei quali le istituzioni europee competenti possono, con la procedura legislativa speciale e deliberando all'unanimità, prendere gli opportuni provvedimenti per combattere le relative discriminazioni.

Il diritto dell'Unione europea non è costituito, come si sa, solo da norme codificate, ma anche da principi generali, valori, obiettivi alcuni dei quali positivizzati solo in un secondo tempo, ma venuti in rilievo ben prima dell'esito codificatorio sulla spinta anche del contributo giurisprudenziale.

Tra questi il principio di non discriminazione il quale, come peraltro risulterà dalla presente analisi, costituisce un tassello imprescindibile del complesso e variegato mosaico dell'identità costituzionale dell'ordinamento europeo. In questo mosaico si rintracciano tra l'altro i principi fondamentali che nell'art. 6 TUE sono descritti come principi generali dell'UE.

Non so quanto sia utile ai fini di questo lavoro indagare sul fatto se sia nato prima il principio generale di non discriminazione e poi sia stato codificato o se le varie modifiche dei Trattati sul punto non siano il precipitato (penso ad esempio all'art. 13 del Trattato di Amsterdam, giusto per fare un esempio assai significativo per l'argomento che ci occupa) di un processo di integrazione europea sempre più pervasivo.

Dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona e dal riconoscimento della Carta dei diritti fondamentali di Nizza avente il medesimo valore giuridico dei Trattati si aprono per il diritto antidiscriminatorio scenari in parte inediti e dagli esiti non del tutto predicibili. Ci si riferisce al rapporto tra il principio di uguaglianza (a cui è dedicato il Titolo III della Carta) e i singoli divieti di discriminazione, ma non solo. Si pensi alla concreta portata del principio di uguaglianza ex art. 20 della Carta e alle refluenze sugli assetti competenziali tracciati dai Trattati.

Già nella nota sentenza *Defrenne III* la Corte di giustizia aveva affermato che i singoli divieti di discriminazione in base al sesso sono espressione del generale principio di uguaglianza annoverabile tra i principi generali del diritto comunitario.

Successivamente, a partire dalla discussa sentenza *Mangold*, la Corte di giustizia, pur riaffermando il principio di cui sopra, compie una sorta di inversione metodologica sul piano dell'*iter* argomentativo: non più dal singolo divieto al principio, ma (con un processo inverso) la Corte prende avvio dal principio di uguaglianza direttamente applicabile indipendentemente dalla normativa di diritto derivato e da quella attuativa per giungere al fondamento giuridico autonomo dei divieti di discriminazioni fondati sull'età.

Le implicazioni che discendono sul piano della delimitazione degli ambiti competenziali dell'Unione europea e degli Stati membri sono evidenti. Una direttiva non ancora trasposta (perché ancora non scaduti i termini) viene invocata dalla Corte che ne fa discendere un effetto equivalente all'efficacia diretta orizzontale in un giudizio tra privati.

Oggi la giurisprudenza più recente ha aggiunto altre tessere al variegato mosaico dell'effetto diretto della Carta: nel caso *Cresco* «apparentemente» non si afferma nulla di nuovo rispetto agli esiti precedenti relativi all'affermazione dell'efficacia diretta anche nei rapporti tra

privati relativamente all'art. 21 della Carta. In concreto invece apporta una svolta «qualitativamente» diversa e molto importante: nel caso di specie l'effetto diretto orizzontale non si integra disapplicando (*rectius*: non applicando) la normativa interna confliggente, ma estendendo l'applicazione della disposizione nazionale «alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata» (C-193/17, punto 79). In altre parole, un diritto previsto a livello statale in ossequio al principio di uguaglianza e di non discriminazione e per garantire una parità di trattamento viene esteso a tutti e non solo a coloro ai quali la normativa statale lo aveva inizialmente riconosciuto.

Da quanto detto emerge che sono poderose le questioni aperte sia sul piano della teoria generale delle fonti europee (uno per tutti i rapporti tra principi generali e diritto derivato), della portata del principio della *primauté* del diritto dell'UE e della sua efficacia diretta, dell'assetto delle competenze dell'UE e degli Stati membri ed è significativo che siano venute in rilievo proprio sul terreno dell'uguaglianza e della non discriminazione, principi la cui trasversalità interroga la tenuta di molti dei capisaldi dei rapporti tra ordinamenti interni e ordinamento dell'Ue.

1.- La funzione della tutela antidiscriminatoria: genesi ed evoluzione. Gli specifici divieti di non discriminazione come espressione specifica del principio generale di uguaglianza che, anche se non espressamente previsto, costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario alimentato dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Il principio di uguaglianza come diritto fondamentale della persona (Defrenne II). Dai singoli divieti di discriminazione al principio generale di non discriminazione nel processo di integrazione europea: il contesto normativo di grado primario e di diritto derivato.

Originariamente nel Trattato istitutivo della Comunità economica (25 marzo 1957) europea non veniva disciplinato né un generale principio di uguaglianza né il divieto di discriminazione *tout court*, ma solo singoli divieti attinenti all'ambito competenziale comunitario. Le ragioni, facilmente intuibili, erano riconducibili al principio che presidia (tutt'oggi) l'attribuzione delle competenze alle Comunità (oggi Unione europea, art. 1.2 TUE), frutto a sua volta del carattere «particolare» dell'ordinamento giuridico europeo che ai sensi dell'art. 5 TCE (sostituito dall'art. 5 TUE) prevedeva che «la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato».

Se si vanno a leggere le disposizioni del Trattato istitutivo della CEE relative agli specifici divieti di non discriminazione risulta evidente la loro consustanzialità rispetto alla realizzazione delle quattro libertà fondamentali su cui si fondava l'instaurazione di un mercato comune (art. 2 TCE). Più specificatamente si tratta del più generale divieto di discriminazione sulla base della nazionalità (art. 12 TCE, rinumerato art. 18 TFUE), e altri divieti di discriminazione in qualche modo riconducibili all'esercizio di attività lavorative: a) divieto di discriminazione nei rapporti tra produttori e consumatori nell'organizzazione dei mercati agricoli (art. 34.2 TCE, rinumerato art. 40 TFUE); b) divieto di discriminazione in materia di circolazione dei lavoratori (art. 39 TCE, rinumerato art. 45 TFUE); c) obbligo di applicazione dello stesso trattamento per tutti i fornitori di servizi (art. 49 TCE, rinumerato art. 56 TFUE); d) divieto di discriminazione tra merci nazionali e merci importate nell'ambito del sistema fiscale interno (art. 90 TCE, rinumerato 110 TFUE); e) divieto di discriminazione sulla base del sesso in materia di trattamento retributivo (art. 141 TCE, rinumerato 157 TFUE).

I divieti di discriminazione sulla base della nazionalità e sulla base del sesso (peraltro perimetrati in base ad ambiti ben precisi e circoscritti) rappresentano dunque «il nucleo duro» di quel diritto antidiscriminatorio che *ab origine* ha accompagnato la nascita dell'ordinamento comunitario con le disposizioni di diritto primario sopravviste a cui si sono aggiunte quelle di diritto derivato e soprattutto la copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia sul punto alla quale si deve, come si vedrà *infra*, la prima elaborazione del principio generale di non discriminazione.

Ne è conseguito il primo esempio di quella tutela multilivello dei diritti connotata da molte luci, ma anche non poche ombre. Come si sa, l'allora Comunità europea non prevedeva norme esplicite in materia di tutela di diritti fondamentali e di conseguenza l'approccio iniziale della Corte di giustizia fu di chiusura nei confronti della relativa tutela come testimoniano le prime cause (1-58, *Stork*⁵ e le cause riunite 36, 37, 38-59, e 40-59, Uffici di vendita del carbone della *Ruhr*⁶) da cui risultava in buona sostanza che la Corte di giustizia doveva limitarsi all'interpretazione ed applicazione delle norme dei Trattati e non poteva in alcun modo pronunciarsi sulla violazione dei diritti fondamentali (nella specie del diritto tedesco) derivanti dall'applicazione di decisioni comunitarie.

Solo successivamente la Corte di giustizia, a cominciare dalla sentenza *Stauder* del 1969, iniziò un lungo cammino teso ad affermare il principio del rispetto dei diritti fondamentali in quanto ancorati ai principi generali del diritto comunitario e ispirati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (causa 11-70 *Internationale Handelsgesellschaft*) e ai Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti umani, primo fra tutti la CEDU (causa 4-73, *Nold*; causa 36-75, *Rutili*). Inoltre quando la Corte elaborò il principio dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario alcuni tribunali nazionali si posero la questione degli effetti di questa giurisprudenza sulla tutela dei diritti fondamentali atteso che le fonti comunitarie prevalgono sul diritto interno anche di rango costituzionale nelle materie di competenza esclusiva: da qui iniziò a svilupparsi la teoria dei controlimiti i cui esempi iniziali sono contenuti nella sentenza *Frontini* (1974) e *Solange I* (rispettivamente della Corte costituzionale italiana e del Tribunale costituzionale tedesco) su cui v. *infra*.

Singoli divieti di discriminazione, principio di uguaglianza e riconoscimento dei diritti fondamentali negli ordinamenti degli Stati membri hanno generalmente camminato di pari passo; il loro legame ha rappresentato una sorta di *topos* anche negli studi filosofici e costituzionalisti sin dalla nascita dello Stato di diritto. Non lo stesso si può affermare nell'ordinamento europeo dove la peculiarità data dal carattere sovranazionale di queste organizzazioni e dalle diverse tappe del processo di integrazione hanno determinato tempi, modi, forme, e tutele diversi in tema di uguaglianza, non discriminazione e diritti.

Come si è già accennato, tra gli specifici divieti di discriminazione previsti *ab initio* dal TCE (art. 119 inserito nelle Disposizioni sociali) vi era quello della parità di retribuzione tra i lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore: non quindi un generale divieto di discriminazione uomo-donna sul luogo di

⁵ V. causa 1-58, *Stork* (punto 4, A della motivazione) in cui si legge testualmente «L'Alta Autorità', come risulta dall'art. 8 del Trattato, è tenuta ad applicare solo il diritto della Comunità', mentre è incompetente ad applicare i singoli diritti nazionali. Anche la Corte, a norma dell'art. 31 del Trattato, deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Ne consegue che anche la censura relativa al fatto che l'Alta Autorità con la sua decisione avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12) non può essere presa in considerazione dalla Corte».

⁶ V. le cause riunite 36, 37, 38-59, e 40-59, sentenza 15 luglio 1960, Uffici di vendita del carbone della Ruhr in cui si legge che la Corte «non è chiamata a garantire l'osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionale, vigenti nell'uno o nell'altro degli Stati membri; nel sindacare la legittimità di una decisione dell'Alta Autorità essa non può pertanto interpretare nè applicare l'art. 14 della legge fondamentale germanica. D'altronde il diritto comunitario, quale risulta dal Trattato C.E.C.A., non contiene alcun principio generale, esplicito od implicito, che garantisca il mantenimento delle situazioni acquisite» (In diritto, II sulla ricevibilità).

lavoro, ma solo in un perimetro ben delimitato, quello della retribuzione. Questo aveva un preciso significato: dai lavori preparatori emerge, infatti, la preoccupazione di alcuni Stati membri, primo fra tutti la Francia che vantava una legge sulla parità salariale (v. *Loi sur l'égalité de rémunération* dell'11 febbraio 1950) e al contempo un impiego di manodopera femminile nei settori tessile e manifatturiero molto ingente, a non subire maggiori costi di produzione indiretti rispetto ad altri ordinamenti in cui magari il lavoro femminile era retribuito in modo diverso da quello maschile. Tuttavia, la *ratio* della disposizione, si legge sempre dai lavori preparatori, non si limitava solo ad evitare il c.d. *dumping* sociale, ma si legava anche agli scopi sociali della Comunità tesi a promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro come risulta dallo stesso Preambolo del TCE. Questa duplice finalità, economica e sociale⁷, è ben rappresentata nella importante sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne II*, causa 43/75 con cui la Corte di giustizia ha riconosciuto all'art. 119 TCE efficacia diretta, verticale e orizzontale, applicabile quindi sia nei rapporti con il pubblico potere che tra i privati⁸.

Tuttavia, nella sua formulazione originaria all'art. 119 (ora art. 141), coerentemente con la competenza comunitaria, veniva riconosciuto un ambito applicativo limitato al solo fattore della retribuzione con esclusione di altri elementi del rapporto di impiego, come la Corte ebbe modo di precisare qualche anno dopo nella sentenza 15 giugno 1976, *Defrenne III*, causa 149/77⁹. Alla questione se esistesse un principio generale che vietasse le discriminazioni fondate sul sesso in materia di impiego e di lavoro la Corte, nel caso di specie, rispondeva che: «ha già ripetutamente constatato che il rispetto dei diritti fondamentali della persona umana fa parte dei principi generali del diritto comunitario di cui essa deve garantire l'osservanza (punto 26); è indubbio che l'eliminazione delle discriminazioni fondate sul sesso fa parte di tali diritti fondamentali (punto 27)». In questa occasione la Corte non approfondisce la questione se la tutela della parità nel rapporto di lavoro al di là della retribuzione possa fondarsi sul divieto di discriminazione sulla base del sesso, nonostante proprio a partire da quegli anni ('70) venivano poste in essere varie direttive (ma anche altri atti che seppur non vincolanti testimoniano la volontà politica di estendere l'ambito applicativo della parità retributiva uomo-donna) con cui veniva esteso il principio della parità tra uomini e donne a tutte le relazioni di lavoro e di sicurezza sociale confermando la vocazione sociale dell'art. 119 TCE.

2.- Le direttive di prima generazione: ambito oggettivo ristretto al sesso e alla nazionalità. L'art. 141 TCE e il riconoscimento di effetti diretti. Il principio della parità retributiva uomo-donna come principio fondamentale della Comunità di cui la Corte garantisce l'osservanza (Defrenne III). Le novità introdotte dal Trattato di Amsterdam al diritto antidiscriminatorio: rapporto tra l'art. 19 (ex 13 TCE) e l'art. 141. Il principio del gender mainstreaming.

⁷ Così, sentenza 8 aprile 1976, *Defrenne II*, in Raccolta, 1976, pg. 445, punti 7/15 «detta disposizione rientra tra gli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'Unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del Trattato (7/11 omissis ...). Da questo duplice scopo economico e sociale, deriva che il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della Comunità», punti 12/15.

⁸ Così «... il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure i contratti tra i singoli» *Ibidem*, punti 38/39.

⁹ Così in Raccolta 1978, pg. 1365, punto 20: «non si può estendere la portata di questo articolo ad elementi del rapporto di impiego diversi da quelli cui esso espressamente si riferisce».

Questa normativa cosiddetta di prima generazione, inaugurata dalla dir. 75/117/CEE¹⁰ (che dà attuazione alla parità di retribuzione uomo-donna) era ancora legata ad una matrice funzionalista rispetto all'obiettivo dell'instaurazione del mercato comune, come si legge nel primo considerando;¹¹ ad essa segue prima la direttiva 76/207/CEE¹² (sull'accesso al lavoro, alla formazione professionale, alla promozione e alle condizioni di lavoro) dove tale matrice scompare (come risulta dal terzo considerando¹³) e poi quella che estende l'ambito applicativo della parità di trattamento uomo-donna alla sicurezza sociale obbligatoria (dir. 79/7/CEE)¹⁴.

A queste si aggiungono negli anni '80-'90 altre direttive in materia di discriminazione di genere (dir. 86/378/CEE)¹⁵ e sulla parziale inversione dell'onere della prova (dir. 97/80/CE (su cui v. infra).

Un altro gruppo di direttive vengono pensate poi per il miglioramento della salute e della sicurezza sul lavoro delle lavoratrici gestanti e delle puerpere, tutte misure volte ad aiutare a far conciliare la vita familiare con quella professionale¹⁶. Per farlo la Comunità europea dovette far ricorso anche ai poteri impliciti (art. 308 TCE, prima 235 Tr. CEE)¹⁷.

L'apporto della Corte di giustizia in questo ambito fu molto importante sia riconoscendo effetti diretti all'art. 141 TCE (prima 119 Tr. CEE) come già detto a proposito della duplice finalità della disposizione in parola (causa *Defrenne*) sia compiendo un primo passo nello svincolare il principio della parità retributiva dall'alveo economico per riconoscergli la natura di principio fondamentale della Comunità e pertanto direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati

¹⁰ Direttiva 75/117/CEE del Consiglio, del 10 febbraio 1975, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, in Guce L 45 del 19 febbraio 1975, pg. 19 e ss. (non più in vigore; data di fine validità: 14.08.3009).

¹¹ Così: «considerato che l'attuazione del principio di parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e femminile, previsto dall'art. 119 del trattato, è parte integrante dell'instaurazione e del funzionamento del mercato comune».

¹² In GUCE L 39 del 4 febbraio 1976 pg. 40-42 nel cui preambolo si dice che «un'azione della Comunità appare altresì necessaria per attuare il principio della parità di trattamento tra uomini e donne sia per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e promozione professionali, sia per quanto riguarda le altre condizioni di lavoro in quanto la parità di trattamento costituisce uno degli obiettivi della Comunità pur in mancanza di poteri di azione specifici necessari a tale scopo».

¹³ Così: «...la parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile costituisce uno degli obiettivi della Comunità» (terzo considerando pg. 40)

¹⁴ *Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale.*

¹⁵ V. Direttiva 86/378/CEE del Consiglio del 24 luglio 1986 relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale, in GuCE n. L 225 del 12/08/1986, pg. 40 e ss.

¹⁶ v. Direttiva 86/613/CEE del Consiglio dell'11 dicembre 1986 relativa all'applicazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne che esercitano un'attività autonoma, ivi comprese le attività nel settore agricolo, e relativa altresì alla tutela della maternità (non più in vigore dal 04/08/2012) in GUCE n. L 359 del 19/12/1986, pg. 56 e ss.; direttiva 92/85/CEE del consiglio concernente l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, in GUCE N. L 348/1 del 28.11. 1992; direttiva 96/34/CE del consiglio del Consiglio del 3 giugno 1996 concernente l'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, in GUCE n. L 145 del 19/06/1996, pg. 4 e ss. e la successiva direttiva 97/75/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 che modifica ed estende la direttiva 96/34/CE.

¹⁷ Come è noto l'art. 308 TCE può essere utilizzato quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le decisioni del caso. Esso quindi non è attributivo di nuove competenze anzi presuppone che ci siano, ma che non vengano indicati i poteri con cui esercitarle.

membri. Tale percorso si concluse con la sentenza *Defrenne III*¹⁸ con cui fu riconosciuto il valore di principio generale del diritto comunitario di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza.

Questa apertura giurisprudenziale ebbe un riconoscimento nel diritto primario con l'inserimento nel 1998 ad opera del Trattato di Amsterdam dell'art. 13¹⁹ (d'ora innanzi art. 19 TFUE) che ha ampliato il novero dei divieti discriminatori e ha introdotto tra l'altro la parità uomo-donna tra gli obiettivi della comunità attraverso la modifica degli artt. 2²⁰ e 3²¹ TCE.

Con l'art. 3 questo principio è divenuto un obiettivo della Comunità che taglia trasversalmente tutti gli ambiti competenziali comunitari assurgendo a parametro di legittimità dell'azione sia delle istituzioni comunitarie che degli Stati membri quando danno attuazione al diritto comunitario. Si tratta del c.d. principio del *gender mainstreaming* (art. 8 TFUE) a tenore del quale qualsiasi azione comunitaria deve, come postulato, presupporre e garantire la parità uomo-donna. In quella stessa sede venne riformulato l'art. 141²² TCE estendendo l'alveo applicativo della parità retributiva al complesso delle condizioni di lavoro e occupazione conferendo una base giuridica più solida alle azioni positive²³ che la dir. 76/207/CEE aveva ascrivito e confinato in un ambito di eccezione al principio generale (art. 2.4).

L'art. 19, quindi, non solo amplia il novero dei divieti di discriminazione, ma – per quanto a noi interessa – consente alle istituzioni europee competenti di intraprendere le azioni più opportune per attuare la parità uomo-donna al di là dei settori dell'occupazione, della formazione professionale e dei relativi ambiti. L'aver inserito nel *panel* dei divieti, tassativo e non esemplificativo, quello delle discriminazioni in base al sesso rispondeva proprio a questa finalità: non confinarlo al settore occupazionale e della formazione professionale.

In tal senso non è certo sovrapponibile all'art. 141 TCE che peraltro ha effetti diretti²⁴; a differenza di quest'ultimo, l'art. 19 non crea obblighi per gli Stati membri né per i privati e non può essere invocato dai cittadini comunitari dinanzi al giudice per tutelare proprie posizioni. In altre parole, non pone in essere un divieto di discriminazione avente ad oggetto i motivi elencati (sesso, razza, religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali), ma attribuisce alle istituzioni comunitarie i poteri per combattere le discriminazioni per i suelencati motivi.

¹⁸ Corte giust., sent. 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne II*, in Racc., 455, punti 7/15 in cui viene riconosciuto l'effetto diretto orizzontale solo nei casi di discriminazione diretta, solo con la sentenza 15 maggio 1989, *Johnston*, causa 222/84, in Racc., 1986, pg. 1651e ss.

¹⁹ «Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età, o le tendenze sessuali».

²⁰ «La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli artt. 3 e 4... la parità tra uomini e donne...»

²¹ «L'azione della Comunità a norma del presente articolo mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomini e donne».

²² Vennero aggiunti due paragrafi: uno che fornisce la base giuridica per porre in essere atti attuativi del principio in materia di lavoro e un altro relativo alle azioni positive.

²³ «3. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta misure che assicurino l'applicazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, ivi compreso il principio della parità delle retribuzioni per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore. 4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

²⁴ V. sentenza 17 febbraio 1998, *Grant*, C-249/96, in Racc., 1998, pg. I-621, punto 48.

L'*incipit* della disposizione «fatte salve le *altre* disposizioni del Trattato e, nell'ambito delle competenze da esso conferite alle Comunità ...» ne delimita la portata, nel senso che l'art. 19 non può costituire la base giuridica per l'adozione di un atto in presenza di una disposizione specifica del Trattato. Questo consente di chiarire il legame tra l'art. 19 e l'art. 141: il primo sta in un rapporto di *genus a species*, l'art. 141 rientra tra le *altre* disposizioni fatte salve dall'art. 19 e che a questo devono essere preferite. L'art. 19 conferisce al Consiglio i poteri necessari per rimuovere le discriminazioni sulla base del sesso (oltre che degli altri motivi in esso indicati); l'art. 141 gli consente di rimuovere solo quelle legate alla retribuzione²⁵.

La Corte di giustizia ha dato un'interpretazione estensiva dell'art. 141 e delle relative direttive di attuazione a cominciare dalla nozione di sesso sussunta in una dimensione di neutralità. Non si tratta di un ossimoro ma la discriminazione basata sul sesso – sostiene la Corte – benché generalmente serva a tutelare il sesso femminile, deve intendersi a tutela del sesso in quanto tale, a prescindere dalla sua declinazione. Si assiste in giurisprudenza ad un ampliamento della nozione di «sesso»²⁶ fino a comprendere quella di «genere». In quest'ottica il licenziamento discriminatorio di un transessuale²⁷ e il diniego della pensione di reversibilità ad una coppia non sposata perché uno dei due era un transessuale²⁸ sono stati assunti come fattispecie integranti discriminazioni basate sul sesso.

2.1. - Le discriminazioni di genere e le relative categorie giuridiche. Discriminazioni dirette e indirette, molestie e ordine di discriminare. Assenza di definizioni delle categorie di discriminazioni nel diritto derivato di prima generazione. La struttura del giudizio sulla discriminazione in base al sesso; l'individuazione della situazione di svantaggio e la comparazione; eguaglianza formale o procedurale: livellamento verso il basso o verso l'alto del trattamento differenziato a seconda dei casi. Discriminazioni dirette e giudizio sulla discriminazione; gli elementi che lo compongono: il trattamento sfavorevole; il termine di confronto; il motivo oggetto del divieto di discriminazione; le deroghe al trattamento meno favorevole. Discriminazioni indirette: gli effetti discriminatori su un gruppo protetto e il termine di confronto. Le giustificazioni oggettive alle discriminazioni indirette. Le azioni positive. Quando manca il termine di confronto: la gravidanza e il caso delle molestie e delle molestie sessuali. L'inversione dell'onere della prova: ratio.

Le direttive sopravviste (cosiddette di prima generazione) non contenevano alcuna definizione della nozione di discriminazione e delle relative categorie pur contemplandole²⁹: dalla giurisprudenza della Corte di giustizia è stato possibile ricavare i tasselli concettuali che integrano le due diverse declinazioni della nozione di discriminazione, quella diretta e quella

²⁵ Sull'ampliamento della nozione di retribuzione ad opera della giurisprudenza della Corte che vi ha fatto rientrare qualunque beneficio economico riconosciuto al lavoratore v. sentenza 17 maggio 1990, *Barber*, causa 262/88, in Racc., 1989, pg. I-1889; sentenza 7 marzo 1996, *Freers e Speckmann*, C-278/93, in Racc., 1996, pg. I-1165; sentenza 28 settembre 1994, *Corollor Pension Trustee LTD*, C-200/91, in Racc., 1994, pg. I-4389.

²⁶ Come è noto il sesso è una categoria legata alle caratteristiche anatomiche e biologiche di un individuo, un dato naturale, il genere di contro è il risultato di una costruzione sociale e culturale. La giurisprudenza della Corte ha via via riconosciuto anche una protezione dell'identità di genere.

²⁷ Sentenza 30 aprile 1996, *P.c.S.*, C-13/94, in Racc., 1996, pg. I-2143.

²⁸ Sentenza 7 gennaio 2004, *K.B.*, c. *National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01, in Racc., 2004, pg. I-541.

²⁹ V. l'art. 2.1 della dir. 76/207: «Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia».

indiretta, positivizzate poi a partire dagli anni '90. Si integra la prima categoria³⁰ quando una persona riceve un trattamento sfavorevole rispetto a quello che hanno ricevuto (o che riceverebbero) altre persone in una situazione analoga. La ragione del trattamento discriminatorio, dovuto ad una particolare caratteristica della persona, rientra tra i motivi di discriminazione che formano oggetto di protezione.

Gli elementi che si ricavano (trattamento sfavorevole, termine di confronto e motivo della discriminazione) - tutti strettamente correlati tra loro e dei quali tener conto per comprendere se si ricada nella fattispecie in questione - sono utilizzati dalla Corte nel relativo giudizio sulla discriminazione. Il primo elemento (il trattamento differenziato) perché possa essere considerato sfavorevole ha bisogno di essere parametrato ad un termine di confronto e al trattamento riservato ad una persona che si trova in una posizione analoga: un beneficio economico riconosciuto ad un lavoratore e non ad altri impiegati nella stessa azienda non costituisce di per sé un trattamento discriminatorio se non in rapporto ad un termine di confronto e quindi in questo caso ad un lavoratore che si trova in una situazione materialmente paragonabile³¹ che ha ottenuto il medesimo risultato, ma che viene escluso dal beneficio per uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione come l'appartenenza ad un genere piuttosto che ad un altro per rimanere al nostro tema.

L'altra categoria, quella della discriminazione indiretta positivizzata dal legislatore comunitario per la prima volta con la direttiva 97/80/CEE³², ma rintracciabile assai prima in varie pronunce³³ della Corte di giustizia, deriva da un medesimo trattamento riservato a persone che si trovano in situazioni diverse: in questo caso la discriminazione è «indiretta» in quanto la differenza non sta tanto nel trattamento sfavorevole quanto negli effetti che esso produce e che sono percepiti in modo diverso da persone con caratteristiche diverse.

Gli elementi che compongono questa categoria sono rintracciabili in una disposizione o prassi neutra che colpisce in modo significativamente più sfavorevole un gruppo definito da uno dei motivi oggetto del divieto di discriminazione rispetto ad un gruppo di persone che si trovano in una situazione analoga. In altre parole, quando un provvedimento benché formulato in modo neutro colpisce sfavorevolmente un numero più alto di donne che di uomini.

Quanto al primo elemento, la Corte nella causa *Schönheit*³⁴ evidenzia come una disposizione di natura neutra (che in apparenza non avvantaggia o svantaggia nessuno) in realtà produceva un effetto sproporzionatamente sfavorevole sulle donne rispetto agli uomini. Si trattava di quella disposizione che prevedeva un'aliquota diversa per il calcolo delle pensioni a seconda che il lavoratore fosse a tempo pieno o *part time*: applicata tuttavia

³⁰ V. sentenza 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P/S*, in Racc. I-2143, punti 20 e 21; sent. 7/172004, causa C-117/01, *K.B.*, in Racc.; sentenza 8 novembre 1980, causa 177/88, *Dekker*, in Racc., I-3941 e ss. (decisione di non assumere); sentenza 4 ottobre 2001, causa C-207/98, *Mahlburg*, in Racc., I-549 rifiuto di assumere); sentenza 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in Racc., I-3567 (licenziamento); sentenza 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Denmark*, in Racc., I-6993 (licenziamento); sentenza 4 ottobre 2001, causa C-438/99, *Jiménez Melgar*, in Racc., I-6915 (rifiuto di rinnovo di un contratto a tempo indeterminato).

³¹ V. sentenza 13 gennaio 2004, causa C-256/01, *Allonby c. Accrington and Rossendale College*, in Racc. 2004, pg. I-873 e ss. in cui la Corte ha ritenuto non sussistente la discriminazione di genere a danno di una docente che lamentava un trattamento retributivo inferiore rispetto ai suoi colleghi uomini in quanto la situazione in cui si trovava non era analoga a quella dei colleghi. Infatti la ricorrente era dipendente di una società esterna, diversa rispetto a quella dei colleghi che certamente non poteva essere responsabile del livello retributivo praticato dall'istituto in parola.

³² V. la direttiva 97/80/CEE avente ad oggetto l'onere della prova in casi di discriminazioni base al sesso, in GUCE L 14 del 20 gennaio 1998 pg. 6-8 è stata sostituita dalla dir. 2006/54/CE.

³³ V. sentenza 2 ottobre 1997, causa C-100/95, *Kording*, in Racc. I-5289; sentenza 31 marzo 1981, causa 96/80, *Jenkins*, in Racc., 911; sentenza 13 maggio 1986, causa 170/1984, *Bilka*, in Racc., 1607; sentenza *Rinner-Kuhn*, cit.

³⁴ V. sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Hilde SchönheitSchönheit c. Stadt Frankfurtam Main e Silvia Becker c. Land Hessen*, in Racc. 2003, pg. I-12575 e ss.

indistintamente a tutti i lavoratori era in grado di sfavorire le donne che costituivano l'88% dei lavoratori *part time*.

La Corte di giustizia (ma anche la CEDU) hanno evidenziato come nei casi di discriminazione indiretta un ruolo cruciale lo svolge la circostanza che il trattamento sfavorevole lo subisca in modo «significativamente» maggiore un gruppo protetto. A differenza quindi dalla discriminazione diretta, l'attenzione si sposta dal «trattamento sfavorevole» agli «effetti significativamente» più negativi subiti dal gruppo protetto. Per dimostrare la sussistenza di una discriminazione indiretta occorre provare che, a livello di gruppo, coloro che possiedono una determinata caratteristica protetta subiscono effetti diversi rispetto a quelli che ne sono privi. Ciò risulta plasticamente evidente nelle conclusioni dell'Avvocato generale Léger nella causa *Nolte*³⁵ in cui peraltro vengono richiamate varie pronunce³⁶ da cui risulta che la misura deve colpire un numero molto maggiore di donne che di uomini.

Quanto al termine di confronto che il giudice deve individuare come parametro per misurare se l'effetto di una disposizione (o prassi o criterio) sia significativamente più negativo di quello prodotto su altre persone che si trovano in una posizione analoga, la Corte non di rado si discosta dalla scelta operata dall'attore (sul punto v. *infra*).

In caso di discriminazione indiretta vi possono essere dei casi che oggettivamente possono giustificare una misura nazionale che integra un trattamento meno favorevole purché sorretta da «fattori obiettivi ed estranei a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso». La misura in parola deve essere necessaria nel senso che non esistono altri mezzi per conseguire la finalità perseguita, deve rispondere ad una esigenza effettiva e idonea a raggiungere l'obiettivo nel senso che lo svantaggio subito sia il livello minimo necessario per raggiungere lo scopo. Sulla scorta di quanto esposto sono state ritenute ammissibili misure nazionali di salvaguardia dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale nazionale, ma non invece quelle che rispondono a mere considerazioni di bilancio sia di natura generale³⁷ sia relative a singole imprese³⁸.

Come risulta da talune pronunce, il test di proporzionalità cui andrà sottoposta la norma derogatoria della parità di trattamento è stato in genere più severo per le prassi aziendali e a maglie più larghe per salvaguardare esigenze di carattere generale dello Stato. La giustificabilità di una misura derogatoria del principio di parità di trattamento uomo-donna sarà il risultato di una delicata operazione di bilanciamento compiuta dalla Corte di giustizia tra due opposte esigenze sulla base dei principi comunitari.

Nonostante l'approccio della Corte di giustizia sia di natura «casistico» e non «categoriale», questa sembra aver elaborato una sorta di modellino di giudizio sulla discriminazione applicando i divieti previsti dal Trattato. Alcuni elementi del giudizio si ripetono a prescindere dal motivo oggetto di discriminazione anche se dalla relativa giurisprudenza non si può dedurre che il giudizio sia sempre uguale. Infatti, il rilievo assunto dai singoli elementi così come risultanti dall'interpretazione che di volta in volta ne dà la

³⁵ V. conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 31 maggio 1995, punti 57-58, causa C-317/93, *Nolte c. Landesversicherungsanstalt*, in Racc., 1995, pg. I-4625

³⁶ V. tra queste sentenza 13 luglio 1989, causa 171/88, *Rinner-Kuhn c. FWW Spezial-Gebaudereinigung*, in Racc. 1989, pg. 2743 e ss.; sentenza 7 febbraio 1991, causa C-184/89, *Nimz c. Freie und Hansestadt Hamburg*, in Racc., 1991, pg. I-297 e ss.; sentenza 1990, causa C-33/89, *Kowalska c. Freie und Hansestadt Hamburg*, in Racc., 1990, pg. I-2591; sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *M.A. Roks c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, in Racc., 1994, pg. I-571 e ss.

³⁷ sentenza 24 febbraio 1994, causa C-343/92, *Roks*, in Racc., pg. 571, punti 35 e 36; sentenza 1 febbraio 1996, causa C-280/94, *Posthuma-Van Damme*, in Racc., pg. 176, punti 15-17.

³⁸ V. sentenza 17 giugno 1998, causa C-243/95, *Hill and Stapleton*, in Racc., I-3739, punto 40.

Corte, fanno assumere una diversa portata al contenuto sostanziale del divieto a seconda del motivo tutelato³⁹.

Solo per esemplificare, nel giudizio per motivi legati alla nazionalità e nell'assenza di un *corpus* normativo di diritto derivato, è la stessa Corte a definire i singoli elementi del giudizio applicando la relativa disposizione del Trattato. Non lo stesso accade nel caso in cui il motivo oggetto di discriminazione sia il sesso, dove vi è una copiosa normativa di secondo grado che spesso entra nel dettaglio di aspetti contenutistici del divieto riducendo i margini di apprezzamento del giudice.

Lo schema logico adottato dalla Corte nel giudizio sulla discriminazione generalmente prevede tre passaggi argomentativi: il primo è quello della comparabilità delle situazioni vale a dire la verifica della omogeneità o eterogeneità delle situazioni poste a confronto. A tenore del postulato aristotelico secondo cui non si ha discriminazione se situazioni uguali ricevono uno stesso trattamento e se situazioni diverse vengono trattate in modo diverso, la Corte considera discriminatoria la differenza di trattamento applicata a situazioni assimilabili e viceversa. Ma questo non è risolutivo ai fini dell'esito del giudizio se è vero ciò che sosteneva Leibniz (secondo il principio di identità degli indiscernibili) in merito all'identità: una cosa è uguale solo a sé stessa perché non esistono due cose completamente identiche. Si possono stabilire similitudini e/o differenze in rapporto ad un termine di confronto (*tertium comparationis*) confermando la natura relazionale del principio di non discriminazione.

Nella fase della comparabilità delle situazioni la valutazione dell'elemento fattuale da parte della Corte assume una importanza cruciale in grado di incidere sulla stessa individuazione del termine di comparazione, la cui scelta di uno piuttosto che di un altro potrebbe condurre ad esiti opposti. In una causa relativa alla retribuzione delle ore di lavoro straordinario prestate da lavoratori a tempo parziale la Corte opera una comparazione tra la retribuzione corrisposta complessivamente al lavoratore a tempo parziale ivi compresa la retribuzione del lavoro straordinario e quella corrisposta a tempo pieno per lo stesso numero di ore. L'esito di tale comparazione non sembra condurre a risultati soddisfacenti dato che la Corte, valutando che la retribuzione risulterebbe uguale, decide la causa assumendo l'assenza di una disparità di trattamento⁴⁰. Sarebbe stato invece più conducente la scelta di un altro termine di comparazione vale a dire la retribuzione delle ore di straordinario nei rispettivi contratti.

Assumendo a confronto invece il numero complessivo delle ore⁴¹ la Corte non sembra di valutare adeguatamente l'impatto che la normativa produce sul caso concreto dato che il tempo parziale è richiesto da un numero «significativamente» più elevato di lavoratrici donne che uomini.

In varie altre occasioni la Corte si discosta dalla scelta operata dal giudice nazionale o da chi applica la disposizione censurata riguardo il termine di confronto, come nel caso di una ricorrente che si era sottoposta ad un intervento di rettificazione del sesso e chiedeva di poter percepire la pensione al compimento del sessantesimo anno di età come la legge inglese prescriveva per le donne.

³⁹ Il giudizio sulla discriminazione che la Corte di giustizia ha elaborato per i motivi legati alla nazionalità e al sesso è stato razionalizzato e codificato dalla normativa di diritto derivato di seconda generazione.

⁴⁰ V. in tal senso il dispositivo della sent. 15 dicembre 1994, *Helmig*, cause riunite C-399/92, C- 409/92, C-34/93, C-50/93, C-78/93 in Racc., 1994, pg. I- 5727, «L'art. 119 del Trattato CEE e l'art. 1 della direttiva del Consiglio 10 febbraio 1975, 75/117/CEE, per il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative all'applicazione del principio della parità delle retribuzioni tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile, non ostano a che un contratto collettivo preveda il pagamento di maggiorazioni per ore di lavoro straordinario solo in caso di superamento del normale orario di lavoro da esso stabilito per i lavoratori a tempo pieno».

⁴¹ Così, punti 26 e 27, sentenza *Helmig*, ult. cit., «26. Occorre rilevare che c'è disparità di trattamento tutte le volte in cui la retribuzione totale pagata ai lavoratori a tempo pieno sia più elevata, a parità di ore prestate in forza di un sottostante rapporto di lavoro retribuito, di quella versata ai lavoratori a tempo parziale. 27. Ebbene nella presente fattispecie, a parità di ore prestate, i lavoratori a tempo parziale ricevono di certo la medesima retribuzione totale di quella percepita dai lavoratori a tempo pieno».

Il governo inglese tuttavia, ritenendo che il termine di raffronto fosse costituito dagli «uomini» in quanto come tale il soggetto aveva vissuto prima dell'intervento, respingeva la richiesta. Ad esiti opposti giunse invece la Corte sulla scorta del fatto che, prevedendo la legislazione del Regno Unito la possibilità di effettuare la rettificazione di sesso, il termine di confronto doveva essere quello delle «donne» e di conseguenza riconobbe che la ricorrente aveva subito un trattamento discriminatorio rispetto alle altre donne⁴².

Altro caso in cui la Corte ha scelto in autonomia il termine di raffronto è stato quello in cui ha ritenuto discriminatorio in base al sesso un licenziamento ponendo in comparazione la persona dopo il cambiamento del sesso (che aveva subito il trattamento sfavorevole) e prima⁴³. Si potrebbe verificare il caso di una discriminazione che la Corte rileva a prescindere dall'individuazione di un termine di confronto: si pensi al caso di una donna discriminata in ragione del suo stato di gravidanza e, a motivo di tale situazione fattuale, non assunta. Qui non può essere posta una comparazione con i lavoratori di sesso maschile⁴⁴ e quindi la Corte, atteso che in stato di gravidanza si può trovare solo la donna, ritiene la mancata assunzione nella fattispecie come una discriminazione diretta in base al sesso (punto 12)⁴⁵.

Allo stesso modo andranno trattate le patologie connesse alla gravidanza o comunque da questa dipendenti⁴⁶. Le assenze, invece, di una lavoratrice dopo il congedo di maternità vanno trattate alla stregua di qualsiasi assenza e quindi il termine di confronto sarà costituito dalle assenze per malattia del lavoratore di sesso maschile. La seconda fase del giudizio è costituita dall'accertamento della situazione di svantaggio subita, operazione più o meno agevole a seconda che si tratti di discriminazione diretta o indiretta. In quest'ultima ipotesi, infatti, occorre dimostrare che il trattamento sfavorevole abbia colpito un numero «significativamente» maggiore di donne che di uomini.

Non è sempre agevole dimostrare di aver subito una discriminazione di genere e proprio in considerazione di ciò la Corte ha elaborato il principio della ripartizione dell'onere della prova poi disciplinata dalla direttiva 97/80/CEE (modif. dalla dir. 98/52/CEE)⁴⁷ da ultimo modificata dalla direttiva 2006/54/CEE⁴⁸. Non si tratta di vera e completa inversione dell'onere della prova in quanto l'attore non può esimersi dal provare la sussistenza del fatto e la «presunzione di discriminazione», ma sarà poi il convenuto che deve dimostrare la non sussistenza della discriminazione di genere o la presenza di una causa di giustificazione. Irrilevante è invece l'*intentio* dell'autore della discriminazione (la buona o la mala fede), le motivazioni sottese alla disposizione e/o alla prassi (se volte a produrre o meno una differenza di trattamento ingiustificata) in quanto ciò che conta è rappresentato dall'effetto della misura in parola.

⁴² V. sentenza 27 aprile 2006, causa C-423/04, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, in Racc., 2006, pg. I-3585

⁴³ V. sentenza 7 gennaio 2014, K.B., C- 117/01, in Racc., 2004, pg., I-541.

⁴⁴ Ai fini della violazione degli artt. 2 n. 1 e 3 n. 1 della dir. 76/207 sulla parità di trattamento uomo-donna quanto all'accesso al lavoro era irrilevante che non ci fossero candidati di sesso maschile (sentenza 8 novembre 1990, *Dekker*, C-177/88 in Racc., 1990, pg. 3941 punto 15/18).

⁴⁵ V. sentenza 8 novembre 1990, *ult.cit.*, in Racc., 1990, pg. 3941 punto 12; sentenza 14 luglio 1994, *Webb*, C-32/93, in Racc., 1993, pg. I-3567; sentenza 30 aprile 1998, *Thibault*, C-136/95, in Racc., 1998, pg. I-2011, punto 31.

⁴⁶ V. sentenza 30 giugno 1998, *Rentokil Ltd*, C-394/96, in Racc., 1998, pg. 4185 (punto 32).

⁴⁷ V. in tal senso il 18° considerando del preambolo: « la Corte di giustizia delle Comunità europee ha pertanto riconosciuto che occorre modificare le regole concernenti l'onere della prova quando esista una presunta discriminazione e che, ove tale situazione si verifichi, l'applicazione effettiva del principio della parità di trattamento esige che l'onere della prova sia a carico della parte convenuta».

⁴⁸ L'art. 19 della dir. del 2006 prevede che «gli Stati membri secondo i loro sistemi giudiziari adottino i provvedimenti necessari affinché spetti alla parte convenuta provare l'insussistenza della violazione del principio di parità di trattamento ove chi si ritiene leso dalla mancata osservanza nei propri confronti di tale principio abbia prodotto dinanzi ad un organo giurisdizionale, ovvero dinanzi ad un altro organo competente, elementi di fatto in base ai quali si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta».

Un ruolo importante rivestono invece i dati statistici⁴⁹ soprattutto nella «prova» delle discriminazioni indirette, una buona base di partenza – si desume dall’esame giurisprudenziale comunitario⁵⁰ – per far sorgere una presunzione di discriminazione.

Il terzo ed ultimo elemento utilizzato dalla Corte nel giudizio sulla discriminazione è la verifica della sussistenza di una causa esimente ovvero se ci sia una giustificazione oggettiva alla base del trattamento discriminatorio. L’art. 141 TCE non prevede deroghe al divieto, ma la normativa di grado secondario ha espressamente previsto la facoltà per gli Stati membri di introdurre alcune eccezioni: l’art. 14.2 della direttiva 2006/54/CE (che ha modificato l’art. 2.2 dir. 76/207/CEE)⁵¹ consente trattamenti differenziati qualora la natura dell’attività o il contesto in cui viene svolta richiedono come requisito essenziale e determinante⁵² che il lavoratore appartenga ad un genere piuttosto che ad un altro. Tali eccezioni tuttavia sono confinate ad un alveo specifico ed assai limitato e solo se l’obiettivo sia legittimo e proporzionato. La Corte, infatti, tende a interpretare restrittivamente l’ambito di tali esimenti applicando il test di proporzionalità e quindi verificando che:

- a) non esistano altri mezzi per conseguire la finalità perseguita;
- b) che i mezzi non siano sproporzionati rispetto all’obiettivo vale a dire che lo svantaggio subito sia il livello di pregiudizio minimo necessario per conseguire la finalità;
- c) che quest’ultima sia sufficientemente importante da giustificare tale livello di pregiudizio. In questa prospettiva è stata decisa la causa relativa al licenziamento di una donna impegnata nel corpo delle forze armate: non supera il test di proporzionalità la totale esclusione delle donne da quest’ambito, ma solo da quei corpi speciali che prevedono attività specifiche⁵³.

Quella dell’età pensionabile diversa in ragione del sesso del lavoratore è un’altra questione delicata. In un primo tempo la Corte ha ritenuto che il diritto comunitario non ostasse a normative nazionali contenenti una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne purché ciò fosse di stretta interpretazione⁵⁴ e non derivassero a cascata altri trattamenti differenziatori (diversi criteri di calcolo delle rispettive pensioni ecc.). Con la sentenza del 2008 la Corte ha affermato che «come risulta da una costante giurisprudenza, l’art. 141 CE vieta qualsiasi discriminazione in materia di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile, quale che sia il meccanismo che genera questa ineguaglianza. Secondo questa stessa giurisprudenza, la fissazione di un requisito di età che varia secondo il sesso per la concessione di una pensione (che costituisce una retribuzione ai sensi dell’art. 141CE)

⁴⁹ Nella sentenza 9 febbraio, 1999, causa C- 167/97, *Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte causa Seymour- Smith e L. Perez*, in Racc., 1999, I- 623, la ricorrente lamentava che una legge inglese, accordando una speciale protezione alle persone che avevano lavorato per più di 2 anni consecutivi per un particolare datore di lavoro, integrava una discriminazione indiretta basata sul sesso in quanto per donne era più difficile soddisfare il predetto requisito. Qui la corte ha lasciato intendere che anche una differenza quantitativa minore può integrare una discriminazione indiretta se il divario tra lavoratori e lavoratrici è costante nel tempo.

⁵⁰ V. le conclusioni dell’Avvocato generale Léger nella causa *Nolte* e le cause in essa citate (già cit. nota 26) in cui si legge che «Per essere considerata discriminatoria, la misura deve colpire «un numero molto maggiore di donne che di uomini» (causa *Rinner-Kuhn*) o «una percentuale di uomini notevolmente inferiore a quella delle donne» (causa *Nimz*) o «molte più donne che uomini» (causa *Roks*).

⁵¹ Nell’art. 2.2 della dir. 76/207/CEE secondo cui:«la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di escluderne dal campo di applicazione le attività professionali ed eventualmente le relative formazioni, per le quali, in considerazione della loro natura o delle condizioni per il loro esercizio, il sesso rappresenti una condizione determinante» (poi abrogata dalla dir. 2006/54/CE) non vi era alcun riferimento al criterio di proporzionalità introdotto dopo che la Corte ne aveva fatto un largo uso nel giudizio sulle discriminazioni.

⁵² Sulla legittimità delle limitazioni agli uomini dell’accesso al lavoro di ostetricia v. sentenza 8 novembre 1983, causa 165/82, *Commissione c. Regno Unito*, in Racc. 1983, pg. 3431 e ss.; con le medesime motivazioni sono state ritenute ammissibili deroghe alla parità di accesso nell’attività lavorativa delle carceri a seconda se femminili o maschili. In questo senso v. sentenza 30 giugno, causa 318/86, *Commissione c. Francia*, in Racc., 1988, pg. 3559 e ss.

⁵³ V. sentenza 15 maggio 1989, causa 222/84, *Johnston*, in Racc., 1986, pg. 1651 e ss.

⁵⁴

è in contrasto con questa disposizione (v. sentenze *Barber*, cit., punto 32: 14 dicembre 1993, causa C-110/91, Moroni, in Racc., pg. I-6591, punti 10 e 20; 28 settembre 1994, causa C-408/92, *Avdel Systems*, in Racc. I-4435, punto 11, *Niemi*, punto 53⁵⁵). La Corte prosegue affermando: «l'argomento della Repubblica italiana secondo cui la fissazione, ai fini del pensionamento, di una condizione di età diversa a seconda del sesso è giustificata dall'obiettivo di eliminare discriminazioni a danno delle donne non può essere accolto. Anche se l'art.141, n.4, CE autorizza gli Stati membri a mantenere o a adottare misure che prevedano vantaggi specifici, diretti a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali, al fine di assicurare una piena uguaglianza tra uomini e donne nella vita professionale, non se ne può dedurre che questa disposizione consente la fissazione di una tale condizione di età diversa a seconda del sesso. Infatti, i provvedimenti nazionali contemplati da tale disposizione debbono, in ogni caso, contribuire ad aiutare la donna a vivere la propria vita lavorativa su un piano di parità rispetto all'uomo [v., per quanto riguarda l'interpretazione dell'art.6, n.3, dell'accordo sulla politica sociale concluso tra gli Stati della Comunità europea ad eccezione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (GU1992, C191, pag.91), sentenza *Griesmar*, cit., punto64]» punto 57.

Anche nell'ordinamento europeo, come in molti ordinamenti degli Stati membri, sono ammesse delle misure variamente denominate (speciali o specifiche o anche azioni positive) che sembrano derogare al divieto di discriminazione, ma che invece sono volte ad assicurare l'effettiva parità uomo-donna in ambito lavorativo⁵⁶.

Ancor prima della novella⁵⁷ dell'art. 141 TCE ad opera del Trattato di Amsterdam la Corte aveva perimetrato in qualche modo l'ambito applicativo delle azioni positive disegnando un percorso argomentativo espressione di una certa cautela nei confronti di misure nazionali che si spingevano oltre il riequilibrio e concedevano in modo automatico e incondizionato la preferenza. Nella causa *Kalanke*⁵⁸ veniva sottoposta alla Corte la questione relativa

⁵⁵ Così punto 55 sentenza 13 novembre 2008, causa C-46/07, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in Racc. 2009, pg.

⁵⁶ Sulla promozione di azioni positive a favore delle donne v. il terzo considerando della raccomandazione del Consiglio 13 dicembre 1984, 84/635/CEE (in GUCE L 331, pg. 34) «le disposizioni normative esistenti in materia di parità di trattamento, intese a conferire diritti agli individui, sono inadeguate per eliminare tutte le disparità di fatto, a meno che non siano intraprese azioni parallele da parte dei governi, delle parti sociali e degli altri enti interessati, per controbilanciare gli effetti negativi risultanti per le donne, nel campo dell'occupazione, dagli atteggiamenti, comportamenti e strutture sociali». Riferendosi esplicitamente all'art. 2, n. 4, della direttiva, il Consiglio raccomandava agli Stati membri:«1) di adottare una politica di azione positiva intesa ad eliminare le disparità di fatto di cui le donne sono oggetto nella vita lavorativa ed a promuovere l'occupazione mista, la quale comporti misure generali e specifiche adeguate, nel quadro delle politiche e delle prassi nazionali e nel pieno rispetto delle competenze delle parti sociali, nell'intento di: a) eliminare o compensare gli effetti negativi derivanti, per le donne che lavorano o ricercano un lavoro, da atteggiamenti, comportamenti e strutture basati su una divisione tradizionale dei ruoli, all'interno della società, tra uomini e donne; b) incoraggiare la partecipazione delle donne alle varie attività nei settori della vita lavorativa nei quali esse siano attualmente sottorappresentate, in particolare nei settori d'avvenire, e ai livelli superiori di responsabilità, per ottenere una migliore utilizzazione di tutte le risorse umane;(...)». A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, avvenuta il 1 maggio 1999, l'art. 141, nn. 1 e 4, CE dispone quanto segue: «1. Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.(...)».

⁵⁷ Sulla base della versione precedente (alla novella introdotta dal Trattato di Amsterdam) dell'art. 141 TCE l'art. 2.4 della dir. 76/207/CEE prevedeva testualmente che «La presente direttiva non pregiudica le misure volte a promuovere la parità delle opportunità per gli uomini e le donne, in particolare ponendo rimedio alle disparità di fatto che pregiudicano le opportunità delle donne nei settori di cui all'art. 1 paragrafo1». Come si evince dalla lettura di questa disposizione le misure positive erano confinate negli angusti spazi delle eccezioni rispetto al principio della parità di trattamento e quindi soggette alla lettura restrittiva riservata alle eccezioni rispetto ai principi generali.

⁵⁸ V. sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, in Racc. 1995, pg. I-3051 e ss. Questa pronuncia suscitò un dibattito molto intenso a causa dell'incertezza sulla legittimità delle azioni positive tanto che la Commissione europea pose in essere una comunicazione volta a chiarire che la Corte in

all'interpretazione dell'art. 2 (nn.1 e 4) della dir. 76/207/CEE di attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne (per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro): nel caso di specie si chiedeva se una misura che imponga di preferire, a parità di qualificazioni, una candidata di sesso femminile ad uno di sesso maschile, in un settore in cui le donne sono «sottorappresentate» (costituiscono cioè meno del 50% degli effettivi) sia compatibile con le indicazioni della normativa soprarichiamata.

La Corte, trattandosi di una deroga ad un diritto individuale garantito dalla direttiva in parola, assume una lettura restrittiva (punto 21 sentenza *Kalanke*) nel senso di ritenere ammissibili solo quelle misure volte ad eliminare o ridurre le disparità che di fatto vanifichino il principio della parità, ma ritiene illegittime clausole di preferenza assolute e incondizionate⁵⁹. In filigrana la domanda se le misure speciali possano spingersi fino a garantire non solo parità di chances, ma anche parità di risultati. Dalle conclusioni dell'Avv. Gen. Tesauro risulta con nitidezza che *l'égalité des chances* cui mira l'attività promozionale delle azioni positive non è *l'égalité des résultats*, ma il mettere nelle condizioni di ottenere uguaglianza di risultati, cosa ben diversa dalla prefissazione dei «punti di arrivo».

In altre parole, l'azione positiva deve intervenire sui percorsi creando le condizioni che consentano in concreto l'uguale partecipazione dei sessi alla competizione lavorativa. I criteri guida sono quelli della proporzionalità dell'intervento e della sua necessità: nel determinare la portata delle deroghe ad un diritto individuale come quello dell'uguaglianza bisogna rispettare il principio di proporzionalità (che fa parte dei principi cardine dell'ordinamento comunitario) e che impone una equilibrata valutazione dei mezzi utilizzati rispetto ai fini, ma se la preferenza accordata alle donne nell'assunzione è una misura che va oltre quanto sia necessario a consentire l'uguaglianza di opportunità allora si supera l'obiettivo perché va ad assicurare forzatamente un risultato che, negli intenti della direttiva, andrebbe ottenuto ad «armi pari».

In conclusione, la Corte afferma da un lato che le misure atte ad eliminare le disparità di trattamento nei confronti del sesso sottorappresentato siano ammissibili purché non determinino una preferenza incondizionata e assoluta, ma la legittimità di tali misure si arresta se il trattamento preferenziale non supera il test di proporzionalità. Nel caso di specie l'obiettivo della normativa (eliminare la disparità di trattamento in settori di impieghi con scarsa presenza femminile) era legittimo ma il mezzo (una promozione riconosciuta al lavoratore di sesso femminile slegata dal merito) con cui raggiungerlo, sproporzionato in quanto la promozione era riconosciuta in modo assoluto e incondizionato.

questa decisione non ha escluso le misure speciali, ma solo quella specifica contenuta nella legge del Land di Brema che garantisce un diritto assoluto di preferenza alle donne a prescindere dalla considerazione delle circostanze personali e una proposta di emendamento dell'art. 2.4 della direttiva 76/207/CEE per chiarire che i provvedimenti di azione positiva diversi dalle quote rigide sono ammissibili per l'ordinamento comunitario. Qui di seguito il testo dell'articolo emendato: «La presente direttiva non pregiudica le misure volte a promuovere la parità di opportunità per le donne e gli uomini, in particolare allineando le disparità esistenti che influiscono sulle opportunità del sesso insufficientemente rappresentato negli ambiti di cui all'articolo 1, paragrafo 1. Le misure eventuali comprendono il riconoscimento di una preferenza, per quanto concerne l'accesso all'occupazione o alla promozione, a favore di una persona del sesso insufficientemente rappresentato che abbia pari qualificazioni e/o meriti degli altri candidati, a patto che tali misure non precludano la valutazione delle circostanze particolari del singolo caso» in *europa.eu, press-release_IP-96-275_it*

⁵⁹ V. punto 16 causa *Kalanke*, *ult. cit.*, da cui risulta che una norma nazionale che prevede, in caso di promozione, di accordare «automaticamente» ai candidati di sesso femminile aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile la preferenza nei settori di attività in cui le donne sono meno numerose degli uomini al livello del posto considerato, comporta una discriminazione basata sul sesso.

Nella causa *Marschall*⁶⁰, che prospettava un caso simile, si disse che la Corte sembrava avesse mutato parzialmente orientamento ritenendo la misura speciale legittima in quanto la disposizione che la prevedeva aveva margini di discrezionalità che non consentivano di attribuire la preferenza in modo assoluto, ma che il datore di lavoro poteva valutare circostanze individuali.

A parere di chi scrive la Corte decide in modo diverso (rispetto alla causa *Kalanke*) perché di tenore differente sono le misure nazionali impugnate. In questo caso nella disposizione nazionale «di favore» era contenuta una sorta di clausola di riserva secondo cui le donne non devono avere la precedenza nelle promozioni qualora prevalessero motivi inerenti alla persona di un candidato di sesso maschile (punto 24). La Corte quindi decide nel senso che sono ammesse quelle disposizioni nazionali che obblighino a dare la precedenza al sesso femminile nella promozione in settori di lavoro dove le lavoratrici siano in numero inferiore a quelli maschili purché i candidati dei due sessi abbiano pari qualificazioni, competenze e il datore di lavoro possa effettuare una valutazione obiettiva delle candidature «che prenda in considerazione tutti i criteri relativi alla persona dei candidati e non tenga conto della precedenza accordata ai candidati di sesso femminile quando uno o più di tali criteri facciano propendere per il candidato di sesso maschile, e tali criteri non siano discriminatori nei confronti dei candidati di sesso femminile».

Nel ragionamento della Corte una clausola di favore così strutturata non produce l'effetto di preconstituire un risultato, ma consentendo di prendere in considerazione tutti gli elementi di valutazione dei candidati consente di tener conto e di neutralizzare quei pregiudizi che alimentano le disparità di trattamento a scapito delle donne. In vigenza della nuova formulazione dell'art. 141.4 TCE ad opera del Trattato di Amsterdam⁶¹ alla Corte viene sottoposto un caso⁶² che si colloca a metà tra i due precedenti (vale a dire tra la preferenza incondizionata del caso *Kalanke* e il margine di discrezionalità consentito nella causa *Marschall*) con cui veniva chiesto se fosse legittima una disposizione di una legge svedese, in tema di assunzioni nel settore dell'insegnamento, che accordava una preferenza al sesso sottorappresentato purché in possesso di qualifiche sufficienti a ricoprire il posto e se la differenza di qualificazione tra i candidati non fosse tale da violare l'obiettività da osservare nelle assunzioni.

La circostanza che la misura di favore non si applicasse solo nel caso di una differenza notevole tra i titoli dei candidati non è valse, secondo la Corte, a farle superare il test di proporzionalità. Il modello di azioni positive implicitamente ricavabile dalla giurisprudenza della Corte, seppur con i *caveat* espressi in precedenza circa l'approccio casistico e non categoriale dei giudici di Lussemburgo sembra comunque delineare un quadro in cui le azioni positive devono essere tendenzialmente temporanee, non date una volta per tutte proprio perché pensate per colmare svantaggi che in concreto impediscono la realizzazione della parità di *chances*, ma ripensabili secondo l'evoluzione del contesto sociale, l'esigenza di ricorrere a dati oggettivi di tipo statistico per dimostrare la discriminazione a carico di un numero proporzionalmente maggiore di lavoratori di un sesso piuttosto che di un altro, la non ammissibilità di misure che attribuiscano una preferenza assoluta e incondizionata a prescindere dalla valutazione obiettiva delle qualificazioni e competenze che devono essere

⁶⁰ V. sentenza 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, in Racc., 1997, pg. I-6363 e ss.

⁶¹ La nuova formulazione dell'art. 141.4 TCE prevede una sorta di clausola di compatibilità con le azioni positive: «4. Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali».

⁶² v. sentenza 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson c. Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, in Racc. 2000, pg. I-5539 e ss.

parimenti presenti nei due sessi come presupposto. Il margine di discrezionalità in capo alla Corte è considerevole atteso che le disposizioni contenenti azioni positive devono superare il test di proporzionalità dove un ruolo fondamentale viene giocato dal bilanciamento tra interessi talora contrapposti operato dalla Corte tenendo conto del rapporto tra obiettivo e mezzo con cui conseguirlo.

La sistemazione teorica e la qualificazione dogmatica del controllo di proporzionalità⁶³ della normativa comunitaria implica la risoluzione di questioni di non poco conto attinenti in primo luogo al rapporto tra singolo divieto e principio generale di non discriminazione. Come si sa questo principio non era testualmente previsto in origine dai Trattati comunitari anche se la Corte di giustizia lo ha tratto implicitamente dalla previsione dei singoli divieti definendolo uno dei principi generali del diritto comunitario di cui il singolo divieto costituisce una delle specificazioni.

Le implicazioni di tale qualificazione in termini di collocazione nel sistema delle fonti del diritto, dagli effetti e dalla portata complessiva, sono troppo noti per soffermarvisi; vale invece la pena approfondire tutti quei profili che hanno ricadute sull'espansione dell'ambito qualificatorio del singolo divieto e/o alla eventuale *vis* espansiva che il principio potrebbe produrre sulla tutela antidiscriminatoria.

È utile premettere che la Corte di Giustizia, quando trae dagli ordinamenti comuni degli Stati membri e/o dalle disposizioni dei Trattati un principio generale anche se questo dovesse avere un medesimo ambito concettuale nei vari ordinamenti statali (come si verifica nel caso del principio antidiscriminatorio), non opera una sintesi di tutti i caratteri comuni di quel principio presenti in questi ultimi, ma lo forgia secondo le esigenze dell'ordinamento comunitario per renderlo a questo funzionale. Detto in altro modo, il principio generale sussunto dalla Corte potrebbe non solo non essere comune a tutti gli ordinamenti nazionali, ma anche che, una volta calato nel diritto comunitario, sia destinato ad assumere i tratti fisionomici peculiari e funzionali all'ordinamento comunitario.

La funzione più importante dei principi generali (ivi compreso quello che ci occupa) viene dispiegata nell'attività di interpretazione e integrazione della normativa comunitaria: in questo senso la Corte ha esteso i confini dell'efficacia dei principi generali giungendo ad affermare che gli Stati devono rispettarli, così come enucleati dalla Corte, nei settori suscettibili di incidere sull'applicazione di norme comunitarie. In quanto collocati nel sistema delle fonti tra il diritto primario e quello derivato il conseguenziale contesto di impiego risulta essere quello di fungere da parametro interposto di legittimità degli atti comunitari e da criterio interpretativo guida per le autorità nazionali quando si trovano a dare applicazione ed esecuzione alla normativa comunitaria.

La presenza del principio generale permette di valutare le scelte del legislatore spingendosi al di là di quanto previsto espressamente dal singolo divieto purché ci si mantenga nell'alveo della nozione di uguaglianza e nel rispetto dei valori dell'ordinamento comunitario. Il principio, infatti, non radica competenza ma opera in tutto l'ambito applicativo del diritto comunitario e funge da parametro di legittimità delle disposizioni adottate: ciò significa che una normativa che sfugga al divieto specifico dovrà comunque rispettare il principio generale di non discriminazione quando rientra nella sfera di applicazione del diritto comunitario.

Il rapporto che intercorre tra specifico divieto e principio generale di non discriminazione è di autonomia, nel senso che l'esistenza del secondo non genera divieti di discriminazione per

⁶³ Il controllo di proporzionalità e l'applicazione del relativo principio da parte della Corte di giustizia lo si può rintracciare già in una decisione degli anni '70 (causa C-11/1970) prima che venisse positivizzato, come è noto, nell'art. 5.4 del Trattato di Maastricht del 1992 recante «L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato». I giudici di Lussemburgo lo avevano valorizzato assai tempo prima ricavandolo dagli ordinamenti nazionali fino a diventare un criterio guida dell'azione degli organi comunitari che devono limitarsi a quanto strettamente necessario per il raggiungimento degli scopi dell'Unione.

qualsivoglia motivo. È corretto quindi affermare che il singolo divieto costituisce una specificazione del principio di non discriminazione, ma quest'ultimo non copre qualsiasi divieto di discriminazione⁶⁴. Se sussistono entrambi (esempio: divieto di discriminazione in base al sesso in materia di parità retributiva uomo-donna e principio generale di discriminazione in base al sesso) la tutela sarà più ampia: il divieto specifico potrà essere fatto valere direttamente da tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e in ossequio alla presenza del principio generale si potrà godere della *vis* espansiva tipica di quest'ultimo che condiziona tutta la normativa comunitaria e nazionale ricadente nell'alveo applicativo del diritto comunitario⁶⁵.

I principi generali possono avere efficacia diretta orizzontale solo quando siano sufficientemente precisi e incondizionati da poter essere applicati ad un caso concreto. Volendo riannodare i fili di quanto detto i divieti specifici – come ha affermato la Corte di giustizia – sono in grado di produrre effetti verticali e orizzontali che quindi possono essere fatti valere sia nei confronti delle pubbliche autorità che tra i privati. Inoltre, anche nell'ordinamento comunitario il principio generale di non discriminazione è inteso come parametro per controllare l'esercizio del potere legislativo e testare la non arbitrarietà e la razionalità delle differenze consentite e/o giustificate. Spetterà al giudice valutare caso per caso se situazioni analoghe non vengano trattate in maniera diversa e se situazioni diverse non vengano trattate in modo eguale (in assenza di ragioni giustificatrici ammesse): qui il giudice esercita una notevole discrezionalità dovendo stabilire quali elementi siano rilevanti e quali no nella relativa valutazione tenendo conto dei valori perseguiti dal legislatore comunitario.

3. Le direttive cosiddette di seconda generazione relative alla parità di genere: Direttiva 2002/73/CE (di modifica della Direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra uomini e donne); Direttiva 2004/113 CE che attua il principio di parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso ai beni e servizi e nella loro fornitura; Direttiva 2006/54/CE (di rifusione in un unico testo delle direttive sulla parità uomo-donna ad eccezione della Direttiva 7/79 in tema di sicurezza sociale); Direttiva 2010/41 (di modifica della Direttiva 86/613 sulla parità tra uomini e donne nel lavoro autonomo); Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell' 8 marzo 2010 , che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale e abroga la direttiva 96/34/CE; Direttiva 92/85/CEE del Consiglio, del 19 ottobre 1992 concernente l'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 di seconda generazione e il loro contenuto: le definizioni di discriminazione e delle relative categorie giuridiche; le norme sulla tutela giurisdizionale; istituzione di un organismo indipendente volto a promuovere la parità di trattamento. L'estensione dei divieti di discriminazione (differenze scelte e differenze ascritte o immutabili): implicazioni anche sul versante di una eventuale concorrenza tra loro e di una possibile relazione gerarchica tra i vari

⁶⁴ V. le conclusioni dell'Avv. gen. Mazak nella causa del 15 febbraio 2007, C-411/05 che nel ricostruire il rapporto tra singoli divieti espressi e principio generale di non discriminazione afferma che i primi sono peculiari espressioni del principio generale di uguaglianza che è parte dei principi fondamentali della Comunità. Ritiene invece piuttosto azzardato ricavare da quest'ultimo l'esistenza di uno specifico divieto come la Corte avrebbe fatto nella tanto discussa sentenza Mangold. L'Avv. Mazak prosegue sostenendo che la categoria «principio generale» si riconnette ad principi una particolare forma della norma non al suo contenuto in quanto indica una fonte del diritto che può comprendere norme di diverso grado e contenuto (dai criteri interpretativi fino ai diritti fondamentali) ragion per cui non si può invocare un principio generale in sostituzione di specifiche norme comunitarie (punti da 136 a 138).

⁶⁵ Sul punto v. C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, 183 e ss.

divieti di discriminazioni. Rivisitazione della nozione di discriminazione: dai singoli divieti al principio generale di non discriminazione; il principio del gender mainstreaming; il relativo giudizio non più solo di tipo comparativo; uguaglianza sostanziale: le azioni positive perdono il carattere di eccezioni (art. 141.4 TCE); preordinazione della tutela antidiscriminatoria alla garanzia del valore assoluto e universale della dignità umana: non più riallineamento verso il basso di trattamenti differenziati. 3.1- La direttiva 2006/54: gli ambiti applicativi oggettivi e soggettivi; ambito oggettivo: a) accesso al lavoro, promozione e formazione professionale; b) condizioni di lavoro (ivi compresi retribuzione e licenziamento); c) regimi professionali di sicurezza. Ambito soggettivo: lavoratori e lavoratrici (esteso anche a chi ha cambiato sesso).

Con le direttive cosiddette di seconda generazione il diritto antidiscriminatorio comunitario conosce un profondo mutamento di prospettiva anche in ragione della diversa base giuridica su cui poggiano quelle poste in essere a partire dal 2000. Infatti, le novelle introdotte dal Trattato di Amsterdam nel 1998 sia con l'art. 13 sia con la contestuale modifica dell'art. 119 (poi art. 141 TCE e ora art. 157 TFUE) hanno da un lato ampliato il novero dei divieti di discriminazione oltre quelli originariamente contenuti nel Trattato CEE (nazionalità e sesso) e dall'altro hanno esteso la parità di trattamento oltre gli angusti confini della parità retributiva per comprendere tutte le condizioni di lavoro e di occupazione.

La rottura rispetto al passato è rappresentata da vari elementi che, combinati tra loro, hanno fatto acquistare al diritto antidiscriminatorio europeo una latitudine inedita: ogni divieto di discriminazione ha il suo profilo di tutela; nella comparazione con la situazione di svantaggio il livellamento deve avvenire verso l'alto riconoscendo alla categoria sfavorita gli stessi vantaggi di quella favorita, valorizzando in tal modo la vocazione «sociale» della novella dell'art. 119 (ora 157 TFUE).

La stessa giurisprudenza comunitaria affina via via i termini del giudizio sulla discriminazione non limitandosi più alla sola comparazione (che peraltro in taluni casi viene superata come nel caso della gravidanza o delle molestie o delle molestie sessuali), ma facendosi interprete delle istanze provenienti dal tessuto sociale e, filtrandole attraverso gli strumenti giuridici a disposizione, valuta la proporzionalità delle scelte compiute dal decisore politico.

Le stesse azioni positive (esaminate nel paragrafo precedente e, finché basate sulla direttiva 76/207/CEE, restrittivamente interpretate come si conviene in un rapporto tra regola ed eccezione) trovando una nuova base giuridica nell'art. 141.4 TCE, spostano l'asse da una uguaglianza formale ad una di tipo sostanziale in cui il garantire la parità di *chances* diviene la cifra assiologica del nuovo diritto antidiscriminatorio che in ultima istanza significa tutelare la dignità umana come valore assoluto e universale.

La nuova normativa di secondo grado si è potuta alimentare dell'esperienza applicativa dell'unica disposizione cogente in tema di divieto di discriminazioni di genere (art. 119) che ha costituito il primo laboratorio, davvero formidabile, di sperimentazione di tecniche di tutela sempre più articolate e avanzate anche per far fronte alle difficoltà di far rispettare la parità di trattamento all'interno degli Stati membri. In questo senso va per esempio letta la generalizzazione dell'applicazione della parziale inversione dell'onere della prova (già introdotta con la dir. 97/80/CE) al fine di rendere, sul piano probatorio più agevole la prova della discriminazione da parte della ricorrente.

Le prime direttive⁶⁶ poste in essere con le nuove basi giuridiche (art. 13 o art. 141) sono sintomatiche del nuovo modo di affrontare il diritto antidiscriminatorio sia andando nella direzione dell'ampliamento del novero dei divieti di discriminazione (dir. 2000/43⁶⁷ sulla parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) sia allargando il campo applicativo all'occupazione e alle condizioni di lavoro (direttiva quadro del 2000/78)⁶⁸ o come nella direttiva 2002/73⁶⁹ (sulle discriminazioni di genere in ambito lavorativo e nella formazione professionale) che, sulla base della novella dell'art. 141, estende la tutela della parità di trattamento uomo-donna oltre i confini di quella retributiva per comprendere la materia dell'occupazione e delle condizioni di lavoro.

Più in dettaglio quest'ultima direttiva (di modifica della dir. 76/207/Ce) pur introducendo delle novità rispetto alla disciplina precedente in quanto si colloca pur sempre nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario che si alimenta sia delle novelle introdotte dal diritto primario che dalle indicazioni interpretative della Corte di giustizia, tuttavia non si è discostata di molto da un'opera manutentiva del corpus normativo precedente non avendo raccolto lo spirito e le potenzialità del principio del *gender mainstreaming*.

Ci si sarebbe invece attesa una prima valorizzazione della trasversalità del principio in parola e un abbandono della impostazione storica della normativa comunitaria contro le discriminazioni di genere. Altre novità comunque emergono sia sotto il profilo redazionale che sotto quello contenutistico. Quanto al primo la scelta di adottare una tecnica di tipo definitorio assai analitica e capillare può essere spiegata in vario modo.

Primo fra tutti a mio avviso quello di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario in tutti gli Stati membri. Atteso lo statuto tipologico delle direttive che fissano un obiettivo da raggiungere, ma lasciano agli Stati membri la discrezionalità circa i mezzi con cui conseguirlo, l'aver voluto elaborare una nozione unitaria di discriminazione nelle sue varie declinazioni risponde proprio all'esigenza di evitare che ciascuno Stato membro possa ritagliarsi una propria nozione di discriminazione e di conseguenza dar luogo a difformità applicative e attuative in una materia così delicata come quella del diritto antidiscriminatorio. In essa quindi è contenuta la prima definizione di discriminazione diretta e di quella indiretta⁷⁰ sulla scorta di quelle contenute nelle due direttive del 2000 (la n. 43 e la n. 78 sopracitate)⁷¹. Dalla nozione di discriminazione diretta⁷² si ricava che la sua integrazione implica una comparazione tra le due situazioni di lavoratori di sesso diverso non

⁶⁶ Questo primo pacchetto di direttive posto in essere in attuazione dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam è stato approvato in tempi relativamente celeri nonostante fosse prevista l'unanimità. Dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del Trattato una Comunicazione della Commissione del 25 novembre 1999 al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni invitava a porre in essere un pacchetto di proposte per dare attuazione all'art. 13. Venne quindi predisposto un pacchetto con due direttive e un programma di azione modellato sugli unici due divieti (sesso e nazionalità) previsti fino ad allora dal diritto primario.

⁶⁷ In Guce n. L 180 del 19 luglio 2000, pg. 22 e ss.

⁶⁸ In Guce n. L 303 del 2 dicembre 2000, pg. 16 e ss.

⁶⁹ Direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, in GUCE n. L 269 del 05/10/2002, pg. 15 e ss.

⁷⁰ La prima definizione di discriminazione indiretta è stata positivizzata nel diritto derivato dalla direttiva 97/80/sulla parziale inversione dell'onere della prova e ancor prima si ritrova nella giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sent. 12/02/1974, causa 152/73, *Deutsche Bundespost*, in Racc., 153 e ss. in materia di nazionalità.

⁷¹ Nel sesto considerando della dir. del 2002/73 si legge infatti che non essendo contenuta alcuna definizione di discriminazione nella dir. 76/207/CEE ed essendo intervenute le dir. n. 43 e 78 del 2000 che la contengono è opportuna un'opera di omogenizzazione.

⁷² Così art. 1.2 della direttiva «discriminazione diretta: situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga,».

necessariamente attuali e contemporanee, ma proiettate anche in una dimensione ipotetica, vale a dire che il raffronto può avvenire anche con un lavoratore eventuale.

Questo lo si ricava dall'utilizzo di forme verbali del tipo «sia, sia stata o sarebbe» rintracciabile nell'art. 1.2 della dir. (v. nota 63). Se così è, la direttiva aggiungerebbe un *quid pluris* alle risultanze giurisprudenziali in materia di parità retributiva in costanza della vigenza della normativa derivata di prima generazione. Fino a questo momento i giudici di Lussemburgo, per valutare una discriminazione diretta in questa materia, ritenevano che il raffronto dovesse riguardare lavoratori di una medesima impresa o società al fine anche di individuare uno stesso soggetto in grado di ripristinare la parità di trattamento retributivo che peraltro può essere definita se trattasi di uno stesso lavoro o di pari valore come prevede l'art. 141 TCE.

Se si segue la direttiva del 2002 la prova della discriminazione risulterebbe più semplice e la tutela del lavoratore più ampia. Anche sulla nozione della discriminazione indiretta⁷³ si registrano delle novità rispetto a quanto visto in precedenza: pur sussistendo sempre la necessità di un raffronto con una percentuale «significativamente» più elevata di lavoratori di un sesso rispetto a quelli dell'altro, l'elemento quantitativo e/o statistico diminuisce di importanza ed acquista un maggior rilievo la situazione del lavoratore svantaggiato.

Le refluenze sul piano di un ampliamento della tutela sono evidenti. Nell'ottavo considerando la direttiva fa riferimento ad altre «categorie» di discriminazioni come le molestie legate al sesso di una persona e le molestie sessuali annoverandole tra le violazioni del principio di parità di trattamento fra uomini e donne⁷⁴. Dapprima le molestie erano considerate una particolare forma di discriminazione diretta, successivamente con l'acuirsi di fenomeni discriminatori legati a queste fattispecie il legislatore comunitario ha elaborato una autonoma categoria all'interno della quale si distinguono le molestie⁷⁵ *tout court*, quelle sessuali⁷⁶ e l'ordine di discriminare⁷⁷.

Le molestie integrano una discriminazione quando il comportamento indesiderato sia riconducibile ad uno dei motivi rientranti fra quelli oggetto di discriminazione (sesso, razza ecc.) e produce l'effetto di violare la dignità creando un clima degradante, ostile, umiliante e offensivo. Ai sensi della direttiva in parola le molestie e le molestie sessuali sono considerate discriminazioni in base al sesso e quindi vietate (art. 2.3 dr. 2002/73). La molestia (nelle sue varie declinazioni) si integra sia se lede la dignità umana sia se crea un clima intimidatorio.

Il relativo giudizio non necessita del termine di raffronto in quanto la molestia è considerata di per sé pregiudizievole e, ai fini probatori, l'elemento più importante è quello soggettivo nel senso che la normativa comunitaria considera fondamentale la percezione del trattamento

⁷³ Così art. 1.2 della direttiva: «discriminazione indiretta: situazione nella quale una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una situazione di particolare svantaggio le persone di un determinato sesso, rispetto a persone dell'altro sesso, a meno che detta disposizione, criterio o prassi siano oggettivamente giustificati da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari».

⁷⁴ Così v. il considerando 8 della dir. 2002/73: «Le molestie legate al sesso di una persona e le molestie sessuali sono contrarie al principio della parità di trattamento fra uomini e donne; è pertanto opportuno definire siffatte nozioni e vietare siffatte forme di discriminazione. A tal fine va sottolineato che queste forme di discriminazione non si producono soltanto sul posto di lavoro, ma anche nel quadro dell'accesso all'impiego ed alla formazione professionale, durante l'impiego e l'occupazione».

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 2.2 dir. 2002/73: «-molestie: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato connesso al sesso di una persona avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di tale persona e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo».

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 2.2: «- molestie sessuali: situazione nella quale si verifica un comportamento indesiderato a connotazione sessuale, espresso in forma fisica, verbale o non verbale, avente lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona, in particolare creando un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo».

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 2.4 dir. 2002/73: «4. L'ordine di discriminare persone a motivo del sesso è considerato una discriminazione ai sensi della presente direttiva».

molesto da parte della vittima. Gli elementi fattuali posti alla base di un comportamento che integra molestie vengono in prima battuta accertati dal giudice nazionale⁷⁸ prima del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

L'elemento differenziatore tra molestie *tout court* e molestie sessuali sta nel fatto che le prime sono fondate su una motivazione comportamentale che si fonda sulla differenza di genere tra due soggetti (o sulla razza, religione ecc.) e quindi il fattore differenziale serve a individuare le ragioni del comportamento, mentre le seconde sono qualificate tali non in base alle ragioni del comportamento, ma al comportamento stesso finalizzato a ledere un diritto collegato alla sessualità del danneggiato.

Chi vuole agire in giudizio per denunciare una molestia sessuale deve provare solo l'indesideratezza dell'atto in quanto è il comportamento stesso ad avere una caratterizzazione di tipo sessuale⁷⁹.

Il regime delle giustificazioni non muta se si eccettua il fatto che la direttiva del 2002 non fa più riferimento a «misure nazionali» giustificate da fattori obiettivi...ma solo a misure che risultano «oggettivamente giustificate da una finalità legittima e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari» valorizzando in tal modo gli elementi utilizzati dalla Corte di giustizia nel test di proporzionalità. Sul piano delle deroghe la direttiva del 2002 seguendo lo spirito del nuovo diritto antidiscriminatorio restringe i margini della relativa operabilità in primo luogo sostituendo l'espressione «attività professionali» con «attività lavorative» sottolineando in tal modo che la deroga non può riguardare intere professioni, ma solo taluni lavori.

Inoltre, richiedendo che la caratteristica specifica di un sesso sia non più solo «condizione determinante», ma «requisito essenziale e determinante» per lo svolgimento dell'attività lavorativa, si rende più severo il test di ammissibilità della deroga.

Al fine di migliorare e razionalizzare la normativa antidiscriminatoria di genere le istituzioni europee hanno utilizzato la tecnica della rifusione⁸⁰ del contenuto normativo di tutte quelle direttive⁸¹ aventi come elemento comune la parità di trattamento sotto il profilo retributivo. Sono confluite in un unico testo normativo (dir. 2006/54/Ce) sette delle undici direttive sulla parità retributiva escludendo quelle in materia di congedi parentali e quelle ricadenti in materia di sicurezza sociale e salute sul lavoro in quanto non rientranti nel criterio ordinatore sopradetto.

Ne è risultato un testo normativo di più ampio spettro rispetto alla direttiva del 2002 in quanto estende la sua disciplina alle pari opportunità fra i sessi anche se condivide sia la tecnica definitoria che lo stesso contenuto delle nozioni di discriminazione (diretta e indiretta) come anche il medesimo *fil rouge* che attraversa entrambe le direttive rappresentato dalla positivizzazione delle risultanze giurisprudenziali sul punto.

La direttiva del 2006 riformulando sia la dir. 75/117/Ce sia la n. 86/378/Ce introduce, tra l'altro, due importanti novità in tema di parità retributiva e in materia di parità di trattamento nel settore dei regimi professionali e di sicurezza sociale.

⁷⁸ V. a titolo esemplificativo sentenza 11 febbraio 2008, causa I-3562-06 (Corte d'appello Svezia), in *European Antidiscrimination Law Review*, luglio 2009, pg. 69.

⁷⁹ Sul punto cfr. L. LAZZERONI, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, (a cura di), M. Barbera, Milano, Giuffrè, 2007, 388 e ss.

⁸⁰ Come è noto la tecnica della rifusione, diversamente dalla consolidazione e codificazione, consente di raggruppare in un unico testo tutte le disposizioni vigenti in una certa materia omogeneizzando le varie discipline anche modificandole in considerazione dell'evoluzione giurisprudenziale. Sul punto v. *Accordo interistituzionale del 28 novembre 2001, ai fini di un ricorso più strutturato alla tecnica della rifusione degli atti normativi*, in *Guce C 77 del 28 marzo 2002*, pg 1 e ss.

⁸¹ Sono state escluse le dir. nn. 79/7Ce, 86/613/Ce, 92/85/Ce, 96/34/Ce, 97/5/Ce in quanto ricadenti in materie diverse dalla parità retributiva. Si tratta infatti di atti normativi riguardanti i congedi parentali, i diritti delle lavoratrici gestanti e delle puerpere. V. sul punto il *Parere del Comitato economico e sociale europeo, Parere, 2005/C 157/14*, in *Guce del 28/06/2005*, C 157/83.

Quanto al primo aspetto il concetto di retribuzione viene ampliato in modo da far rientrare nel divieto di discriminazione «qualunque aspetto o condizione della retribuzione». Raccogliendo le indicazioni giurisprudenziali⁸² sul punto vi ricomprende tutti quegli elementi che integrano la retribuzione base (straordinari, premi di produttività ecc.).

Quanto alla parità di trattamento nel settore dei regimi professionali di sicurezza sociale l'art. 7.2 della direttiva include nel suo ambito applicativo anche i «regimi pensionistici di una categoria particolare di lavoratori come quella dei dipendenti pubblici, se le relative prestazioni sono versate al beneficiario a motivo del suo rapporto di lavoro con il datore di lavoro pubblico. Tale disposizione si applica anche nell'ipotesi in cui il regime in questione faccia parte di un regime legale generale».

Nelle varie direttive le definizioni delle discriminazioni e delle varie declinazioni possono considerarsi assimilabili, mutano i modi di tutela a seconda degli specifici divieti. La direttiva 2004/113 rappresenta un ulteriore esempio del nuovo diritto antidiscriminatorio in cui si fanno valere diritti al di fuori del settore lavoristico con riguardo al divieto di discriminazioni tra uomini e donne quanto all'accesso di beni e servizi e loro fornitura (servizi assicurativi, sanità, istruzione, con esclusione della vita privata e familiare).

L'art. 5 delle Direttiva 113/04/CE su beni e servizi faceva salvi differenti prestazioni e premi assicurativi dovuti all'uso di calcoli attuariali che tenevano conto del fattore sesso nei contratti in corso e fino al 2007⁸³. L'art. 4.5 della Direttiva prevede anche giustificazioni: «differenze di trattamento sono ammesse se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari».

4. Dal Trattato di Lisbona alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La positivizzazione del principio di uguaglianza e del principio di non discriminazione: la scelta di disciplinarli in due differenti disposizioni. Rapporto tra l'art. 19 TFUE e art. 21 CDFUE: ambito applicativo e finalità diversi. Relazione tra singolo divieto (sesso), principio generale di non discriminazione e direttiva attuativa del relativo principio. Differenza della regola applicabile in concreto a seconda che il divieto provenga da un principio generale o da una direttiva. L'art. 52.5 CDFU: effetti delle disposizioni della Carta a seconda che contengano diritti o principi alla prova con gli artt. 20, 21 e 23. La valorizzazione del legame tra divieti di discriminazione e diritti fondamentali. L'applicabilità diretta dell'art. 21 della CDFUE: la giurisprudenza della Corte. Problemi ancora aperti. L'art. 23 CDFUE: la parità uomo-donna e la sua centralità nel diritto antidiscriminatorio europeo. L'art. 23.2: le azioni positive. L'efficacia diretta anche orizzontale dell'art. 23 CDFUE. Quali possibili scenari in tema di tutela multilivello di diritti fondamentali a partire dall'uguaglianza e dalla non discriminazione.

In questo paragrafo, partendo dal modo in cui il diritto antidiscriminatorio europeo si è evoluto a seguito anche della positivizzazione del principio di uguaglianza e di quello della non discriminazione sia nei Trattati che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora innanzi CDFUE), si intende affrontare il tema relativo all'impatto della tutela multilivello dei diritti a seguito della recente giurisprudenza della CGUE concernente l'effetto diretto dell'art. 21 CDFUE. Sebbene questo *trend* giurisprudenziale riguardi un divieto

⁸² Già nella sentenza del 17 maggio 1990, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, causa C-262/88, in Racc., 1990, pg. 1889 e ss.

⁸³ Tale disposizione è stata dichiarata illegittima dalla sentenza *Tests Achats*, causa C-236/09.

discriminatorio diverso dal sesso, pare possa essere esteso ai vari *ground* contenuti nell'art. 21 CDFUE. Per farlo si è reso necessario in via preliminare indagare su alcuni profili relativi al rango attribuito alla CDFUE nel sistema delle fonti europee, alla qualificazione e/o natura giuridica di alcune delle sue disposizioni e ai rapporti con le altre fonti dell'Unione⁸⁴.

Con le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona e con la CDFUE il diritto antidiscriminatorio europeo conosce una nuova stagione. Come è noto, nei primi due titoli del nuovo Trattato sull'Unione europea (TUE) varie sono le disposizioni in cui sono presenti riferimenti all'uguaglianza, alla non discriminazione e alla parità tra uomo-donna.

La loro centralità è confermata anche dalla collocazione riservata nei Trattati. Nell'*incipit* del TUE l'art. 2 inserito nelle «Disposizioni comuni» annovera tra i valori fondanti l'*uguaglianza* che insieme agli altri citati costituiscono valori comuni a tutti gli Stati membri «*in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*» (art. 2), il successivo art. 3.2 inserisce tra gli obiettivi la lotta all'esclusione sociale e alle *discriminazioni* e ribadisce la promozione della *parità tra uomini e donne*, l'art. 4 ritorna al principio di uguaglianza nella veste di obbligo per l'Unione a rispettarlo nei confronti degli Stati membri davanti ai Trattati e rispetto alla loro identità nazionale. Nelle disposizioni relative ai principi democratici si ritrova il principio di uguaglianza garantito ai soli cittadini dell'Unione (art. 9 TUE).

Ma è nel TFUE che possono leggersi le novità più significative con l'introduzione di una disposizione (art. 10) che estende ciò che era previsto per il *gender* (art. 8) a tutte le politiche definite e attuate dall'Unione che non solo non deve discriminare per i motivi ivi indicati, ma deve porre in essere azioni volte ad eliminare le relative discriminazioni (il cosiddetto *mainstreaming*). Una disposizione di portata diversa rispetto all'art. 19 TFUE (ex art. 13 TCE) attributiva di poteri alle istituzioni europee (come già ampiamente detto sopra).

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) che, come è noto, ha «lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6 TUE) nel titolo III (Uguaglianza) positivizza il principio di uguaglianza (art. 20), il principio di non discriminazione e i singoli divieti (art. 21.1), il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (art. 21.2) e all'art. 23 la parità tra donne e uomini. Le Spiegazioni del *Praesidium* chiariscono che l'art. 21.1 si ispira all'art. 19 TFUE e all'art. 14 CEDU (con i dovuti distinguo). Quest'ultima disposizione della CEDU ha una portata più limitata in quanto correla il divieto di discriminazione al godimento degli altri diritti previsti nella Convenzione e contiene un elenco (seppur non tassativo come quello della Carta) più limitato, anche se ciò non ha impedito alla Corte di Strasburgo di stigmatizzare discriminazioni per motivi non espressamente previsti (nazionalità e orientamento sessuale).

Tra l'art. 19 TFUE e l'art. 21.1 CDFUE, come risulta in modo nitido dalle stesse Spiegazioni, sussiste una sostanziale differenza quanto a finalità e ambito applicativo: il primo è attributivo di poteri alle istituzioni dell'UE quanto all'adozione di provvedimenti atti a combattere le discriminazioni secondo l'elenco tassativo ivi indicato, non radica obblighi negli Stati membri né tanto meno nei rapporti tra privati⁸⁵, di contro l'art. 21.1 CDFUE non attribuisce competenze all'UE né produce effetti ampliativi sulle stesse, ma ha un ruolo assai significativo come confermato anche dalla giurisprudenza della Corte che colloca il principio

⁸⁴ V. L. S. Rossi, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi*, 10/2019. La stessa A. avverte dei pericoli di un ragionamento circolare nei rapporti tra direttive e CDFUE: mentre le direttive possono essere interpretate alla luce delle disposizioni della Carta «quest'ultima non può estenderne l'ambito di applicazione, in particolare quando il suo stesso ambito è definito da tali direttive», *cit.*, pg. 10. In tema di effetti orizzontali della CDFUE v. anche F. FERRARO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di efficacia diretta orizzontale della Carta*, in *Federalismi*, 10/2019; A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali* n. 1/2018, p. 149.

⁸⁵ Su questo profilo v. quanto già detto nel paragrafo 2 del presente scritto.

di non discriminazione ivi contenuto tra i principi generali dell'UE e, i singoli divieti, tra i diritti fondamentali.

Una cornice normativa che, *mutatis mutandis*, ripercorre la stessa traiettoria dei Trattati: quale quindi il suo valore aggiunto, se e in quale misura può arricchire e/o ampliare la latitudine della (e) tutela (e) nel tema in oggetto. Per tentare di abbozzare una risposta occorre preliminarmente indagare sul concreto significato di «stesso valore giuridico dei trattati» riconosciuto alla CDFUE ex art. 6 TUE, sull'applicabilità del primato e degli effetti diretti del diritto dell'UE anche alle disposizioni della Carta per le quali peraltro bisogna tener conto della ambigua e poco convincente distinzione⁸⁶ tra quelle che contengono diritti e quelle che esprimono principi ex art. 52.5 CDFUE. È appena il caso di dire che questi temi, di teoria generale delle fonti europee, in questa sede possono essere solamente lambiti e affrontati in una prospettiva più limitata e conferente al tema che ci occupa.

Paradossalmente la presenza di una Carta che garantisca che le istituzioni europee rispettino i diritti fondamentali e che lo stesso valga per gli Stati membri (limitatamente all'attuazione del diritto dell'Unione) anziché costituire un ulteriore rassicurazione sul punto ha alimentato crescenti preoccupazioni sia sul versante di un temuto colonialismo giuridico sia su quello della preservazione delle identità nazionali. Riserve e timori rappresentati nelle varie disposizioni del titolo VII della Carta non ultimo l'art. 53 sui livelli di protezione dei diritti offerti nei rispettivi campi dal diritto dell'Unione, da quello degli Stati membri e da quello derivante da tutte quelle convenzioni internazionali a cui aderiscono, prima fra tutte la CEDU. D'altra parte, la Corte di giustizia ritiene il primato del diritto dell'Unione irrinunciabile anche relativamente alla Carta per evitare che proprio su un terreno come quello dei diritti fondamentali ogni Stato membro possa ritagliarsi un proprio diritto europeo a scapito dell'unità ed effettività dello stesso. Sin da quando la CGUE si è cominciata ad occupare dei diritti fondamentali definendoli principi generali dell'UE ha affermato di ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla CEDU (che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali ai sensi dell'art. 6.3 TUE), parametri ripetuti anche nell'art. 53 della Carta. Tra i canoni interpretativi da privilegiare nell'applicazione della Carta vi sono proprio le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, limite alla discrezionalità della CGUE e canale attraverso cui gli Stati potrebbero far valere l'*identity review*⁸⁷ (art. 4 TUE).

Dal punto di vista formale, come si sa, la CDFUE, ha lo «stesso valore giuridico dei trattati» pur essendosi operata la scelta di non incorporarla in questi, ma, dal punto di vista sostanziale, prima di poter affermare che gli stessi principi elaborati dalla Corte in tema di *primauté* e di effetti diretti possano applicarsi anche alle disposizioni della CDFUE, occorre verificare quali spazi lascino gli articoli 51⁸⁸ e 52⁸⁹ CDFUE e le Spiegazioni del *Praesidium* quanto all'interpretazione e applicazione della stessa.

⁸⁶ Cfr. D. SARMIENTO, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Rev.*, 2013, 1267.

⁸⁷ Sul punto v. K. LENAERTS, *Some Thoughts on the State of the European Union as a Rights-Based Legal Order*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, 5 e ss.

⁸⁸ L'art. 51 CDFUE si occupa di delimitare l'ambito applicativo della Carta sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. È stato modellato sull'omologo art. 6.2 TFUE che impone all'Unione di rispettare i diritti fondamentali. Nel paragrafo 1 viene posta una differenziazione quanto alla vincolatività della Carta: le disposizioni ivi contenute si applicano alle istituzioni, agli organi e agli organismi europei nel rispetto del principio di sussidiarietà, mentre agli Stati membri solo nella fase attuativa del diritto dell'Unione. Ognuno nell'ambito delle rispettive competenze «rispetta» i diritti e «osserva» i principi: con questa affermazione si è voluto richiamare il principio di attribuzione delle competenze all'Unione e puntualizzare che la Carta non amplia e/o altera in alcun modo la ripartizione competenziale tra Stati membri e Unione. Ne è risultata una disposizione poco organica e a tratti fuorviante in cui si affastellano disposizioni meramente dichiarative insieme a quelle applicative con nocumento alla razionalità giuridica della disposizione nel suo complesso. Le ragioni sono per lo più da ricercarsi nel timore che il *Bill of rights* europeo potesse rompere gli argini entro cui devono stare le competenze dell'Unione attraverso la tutela dei diritti fondamentali e sconfinare in ambiti nazionali anche per l'attivismo della Corte di

Infatti le disposizioni appena citate, dettate da ragioni politiche fin troppo note per ripercorrerle, probabilmente già nell'intenzione dei redattori, erano destinate a produrre nella sostanza una sorta di «depotenziamento» della Carta, nel timore che questa potesse rompere gli argini competenziali dell'Unione vanificando il principio attributivo delle competenze (art. 5 TUE) nonché la portata dei principi di sussidiarietà e proporzionalità che presidiano questo ambito proprio su un terreno – quello dei diritti fondamentali – particolarmente delicato e forse anche insidioso per la salvaguardia delle identità costituzionali degli Stati membri.

Si potrebbe allora dire che la CDFUE in questo senso sconta il peccato originale e i limiti genetici che hanno accompagnato la sua nascita: un catalogo di diritti che prende atto dell'esistente piuttosto che costitutiva di nuovi diritti, dalla natura meramente dichiarativa nell'intenzione della Convenzione che l'ha posta in essere, in altre parole uno strumento per garantire il rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee.⁹⁰ «Stesso valore» significa in concreto che la CDFUE è posta sullo stesso piano gerarchico dei «trattati» e che può fungere da parametro di validità della normativa di diritto derivato⁹¹.

Da ciò consegue che se vi dovessero essere delle sovrapposizioni tra CDFUE e trattati la risoluzione della relative antinomie dovrebbe percorrere i binari propri dei criteri applicabili a fonti di pari rango, ma questo incontra un ostacolo nell'art. 52.2 CDFUE secondo cui «I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti», nella sostanza insomma un affievolimento del pari rango della Carta. Sempre nella stessa disposizione al paragrafo 1⁹² un altro elemento che sembra sospingere la CDFUE in un alveo di *deminutio* rispetto ai trattati è quello relativo alla prevista possibilità di deroga alla Carta da parte di atti legislativi, previsione che non ha la medesima veste generale per i trattati dove le deroghe vengono previste caso per caso. Un limite generale a fungere da parametro di legittimità è rappresentato dagli effetti che il paragrafo 5 dell'art. 52 farebbe discendere dalla ambigua distinzione tra le disposizioni della CDFUE contenenti principi e quelle contenenti diritti. Le prime potrebbero essere invocate solo a fini interpretativi di quegli atti che danno attuazione al principio ivi contenuto.

Quello del primato della CDFUE sul diritto degli Stati membri è un punto delicato che non può essere mutuato negli stessi termini in cui la Corte di giustizia lo ha elaborato sin dalle storiche pronunce⁹³ nei confronti delle norme di diritto primario e derivato anche per via delle clausole orizzontali contenute nel titolo VII della CDFUE⁹⁴ a cui va aggiunto quel *trend*⁹⁵

giustizia. V. in questo senso il commento di J. ZILLER, *Art. 51*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., pg. 1042 e ss.

⁸⁹ V. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *art. 52*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, cit., pg. 1058 e ss.

⁹⁰ In questo la Carta coprirebbe un vuoto giuridico: in assenza di adesione dell'UE alla Cedu e di altri strumenti fungerebbe da parametro di legittimità e validità per gli atti dell'UE.

⁹¹ Cfr. sentenza 1 marzo 2011, C-236/09, *Association Belge des consommateurs Test-achats*, con cui la Grande sezione della CGUE dichiara l'invalidità dell'art. 5 n. 2 della direttiva 113/2004 sulla base dei parametri costituiti dagli artt. 21 e 23 della Carta nella misura in cui «una disposizione siffatta, la quale consente agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex, è contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 ed è incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta», punto 32 sulla scorta della considerazione che il sesso quale fattore attuariale non dovrebbe comportare differenze nei premi e nelle prestazioni individuali (cfr. punto 30).

⁹² V. art. 52.1. CDFUE: «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. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

⁹³ Cfr. *van Gend & Loos* (5 febbraio 1963, causa 26/62) e *Simmenthal* (9 marzo 1978, causa 106/77).

⁹⁴ Sulla questione del possibile indebolimento del primato della Carta ad opera delle clausole di interpretazione e applicazione contenute nel titolo VII v. pure L. S. Rossi, «Stesso valore giuridico dei Trattati»? *Rango, primato ed*

giurisprudenziale che la Corte costituzionale ha inaugurato con la ormai notissima sentenza n. 269 del 2017⁹⁶ che, introducendo la «doppia pregiudizialità» ha eroso l'effetto più peculiare del primato così come elaborato originariamente dalla CGUE, vale a dire la disapplicazione⁹⁷ (o per essere più precisi, la non applicazione).

Dall'altro, il tema del primato si intreccia, nel caso della CDFUE, con quello dei diritti fondamentali che, in vario modo denominati, costituiscono i controlimiti che l'ordinamento statale può opporre come limite alla prevalenza del diritto comunitario contrastante con quel nucleo di diritti inviolabili che nessuna cessione di sovranità potrebbe giustificare. Qui si inserisce il filone della giurisprudenza costituzionale accennato sopra (sentenza 269/2017 seguita dalle sentenze n. 20 e 63 del 2019 e da ultimo dall'ordinanza n. 117/2019). Filone che, per il tema in esame, rileva sotto un doppio profilo: quello della portata del primato del diritto dell'Unione con riferimento anche alla Carta e quello del diritto di cui si lamenta la violazione (principio di uguaglianza) che ha lo stesso *nomen iuris* in ambito nazionale e in quello europeo.

Con una sintesi, che non rende giustizia della complessità dell'argomento e sicuramente troppo semplificante, ma comunque sufficiente per condurre il nostro ragionamento, alla domanda come risolvere l'impasse di una legge statale che si ponga in contrasto sia con una disposizione della CDFUE sia con una della Costituzione italiana, la sentenza n. 269 risponde che il giudice comune deve in primo luogo sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale.

effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Riv. dell'Un. Eur.*, 2/2016, spec. 346 e ss. in cui si sostiene che a dispetto dello «stesso valore giuridico dei trattati» dal punto di vista sostanziale la Carta «risulta per alcuni versi una fonte primaria attenuata dall'interno», così, pg. 353.

⁹⁵ V. le sentt. n. 20 e 63 del 2019 a cui da ultimo si è aggiunta l'ordinanza n. 117 del 2019. Sulle sentenze n. 20 e 63 v. G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10/2019. Sulla sentenza n. 20 v. tra gli altri commenti sulla n. 20 G. BRONZINI, *La sentenza n. 20 della Corte costituzionale: verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in *QG online*, 5.3.2019 e R. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta U.E.: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, *Giustizia insieme online*, 10.3.2019 ed alla bibliografia ivi indicata; sulla sentenza n. 63 v. A. RUGGERI, *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in *Consulta online* 21.3.2019 e bibliografia ivi citata.

⁹⁶ V. fra gli altri, L.S. ROSSI, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in questa Rivista, n. 3, 2018; V. PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post' Corte costituzionale*, in *www.dirittocomparati.it*, 2018, n. 1; ID, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Osservatorio europeo*, 2017; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista Diritti Comparati*, 3/2017, p. 230 ss.; O. POLLICINO, F. RESTA, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in *Agenda Digitale*, 24.2.2019; L.SALVATO, *Quattro interrogativi preliminari al dibattito aperto dalla sentenza n. 269/2017*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 18 dicembre 2017; C.SCHEPISI, *La Corte Costituzionale e il dopo Taricco. Un altro colpo al primato e all'efficacia diretta?*, in *Osservatorio europeo*, 2017; G.SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2017, 2948 ss.; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 6/2017, 2955 e ss., 6/2017, 2955 ss.; A.RUGGERI, *Dopo la sent. N. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta online*, 1/2018, 155 ss.; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, pp. 197 ss.; C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza. Un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta online*, 2/2018, pp. 377 s.

⁹⁷ V. la sentenza 11 settembre 2014, A. contro B., C-112/13 con cui la Corte di giustizia ha esteso l'obbligo di disapplicazione della normativa interna confliggente con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Anche in ragione del fatto che – sia consentito qui evidenziarlo – spetta a quest'ultima il compito di definire il perimetro della disposizione nazionale e il contenuto delle *regolae iuris* evincibili dalla stessa, così come interpretativamente consegnate dal giudice a quo. E ciò anche in una dimensione più generale (che non necessariamente coinvolge la Corte costituzionale), ossia quella che emerge dall'art. 53 CDFUE e dalla relativa Spiegazione⁹⁸, alla cui stregua il maggiore spazio di tutela offerto, in questo caso, dal diritto interno (che non risulta diminuito dalla CDFUE) richiede preliminarmente la sua preventiva <<misurazione>> in vista della successiva comparazione.

La CGUE dal canto suo ha ritenuto che la <<doppia pregiudizialità>> non osta al carattere prioritario della questione di legittimità costituzionale purché siano rispettate tre condizioni: 1) sia data la possibilità al giudice comune di potere utilizzare il rinvio pregiudiziale in qualsiasi fase del procedimento; 2) di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferita dall'ordinamento dell'Unione; 3) e che il giudice possa disapplicare (*rectius*: non applicare) la disposizione nazionale che abbia superato il vaglio di costituzionalità ove per altri profili sia contraria al diritto dell'UE. Di fronte ad atti lesivi di un diritto fondamentale previsto sia nel diritto primario europeo che nella Costituzione, la Corte avoca a sé la competenza.

Tirando le fila di quanto detto e trasposto nell'ambito che qui interessa alla domanda se alcune disposizioni della CDFUE possano dispiegare effetti diretti la risposta, a tenore delle risultanze della giurisprudenza europea, passa attraverso la <<natura>> delle disposizioni stesse. Quando vi è un contrasto tra norma nazionale e quella dell'UE non superabile con una interpretazione conforme alla Carta si può invocare l'effetto diretto di alcune disposizioni che riconoscono diritti. Con una interpretazione *a contrario* ricavabile dall'art. 52.5 CDFUE possono essere riconosciuti effetti diretti verticali a quelle disposizioni che non contengono principi invocabili solo in combinato disposto con la normativa europea o nazionale che la attua. Il tal senso la Corte ha già avuto modo di affermare che a quelle disposizioni che hanno carattere prescrittivo potranno essere riconosciuti effetti diretti verticali: tra queste vanno annoverati gli articoli 20 e 21 CDFUE. Il profilo degli effetti orizzontali è decisamente più complesso e merita un approfondimento. In un primo tempo, infatti, la CGUE si era orientata nel negarlo a meno che non vi fosse una direttiva che concretizzasse quanto contenuto nella disposizione della CDFUE⁹⁹ e vi fosse un ancoraggio nei principi generali dell'UE e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁰⁰. Ciò ha creato delle ambiguità perché si potrebbe dedurre che una direttiva, che concretizzi una disposizione della CDFUE, possa avere effetti diretti anche orizzontali nel caso in cui presenti un contenuto chiaro, preciso e incondizionato. La costante giurisprudenza della Corte dice altro: una direttiva avente un contenuto chiaro, preciso e incondizionato da cui scaturiscono diritti e obblighi non può essere invocata in controversie tra singoli al fine di disapplicare la normativa interna confliggente, ma potrebbe imporre un obbligo di interpretazione conforme per i giudici nazionali.

Diversi sono i casi presentatisi alla Corte: a proposito dell'art. 27 della CDFUE, i giudici di Lussemburgo hanno dovuto constatare che le disposizioni, come quella in parola, che

⁹⁸ <<Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e delle costituzioni degli Stati membri>>; la spiegazione chiarisce come essa miri a <<salvaguardare il livello di protezione attualmente offerto, nei rispettivi campi di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale>>.

⁹⁹ Fa riferimento ad un effetto diretto verticale "derivato" L.S. Rossi, *La relazione fra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *Federalismi* 10/2019, pg. 3.

¹⁰⁰ Lo ha fatto nelle sentenze Mangold e Kucukdeveci già citate.

contengono la formula espressiva <<ai casi e alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali>> non possano avere effetti diretti orizzontali¹⁰¹.

Di recente la CGUE con alcune pronunce ha chiarito i rapporti tra i diritti contenuti nella CDFUE e le direttive che ne definiscono i contenuti normativi e il conseguente problema circa la possibilità di poter invocare alcune disposizioni della CDFUE nelle controversie tra i privati¹⁰². In un *trend* giurisprudenziale sviluppatosi a partire dal 2018 (*IR*¹⁰³, *HEIN*¹⁰⁴, *CRESCO INVESTIGATION*)¹⁰⁵ (e confermato dalle note sentenze sul diritto alle ferie annuali retribuite di cui all'art. 31. par. 2 CDFUE)¹⁰⁶ la Corte ha affermato che da alcune disposizioni della Carta possano ricavarsi effetti diretti orizzontali. E' il caso dell'art. 21 della Carta (per quanto interessa in questa sede). Queste pronunce sembrano aver disegnato un quadro generale per i diritti evocati dalla CDFUE che, *mutatis mutandis*, ripercorrono la teoria dell'effetto diretto elaborata dalla Corte a partire dalla sentenza *Van Gend & Loos*. Le disposizioni della Carta non possiedono un tale carattere in quanto inserite nella CDFUE, ma l'effetto diretto dipende dalla <<qualità>> delle relative disposizioni che devono essere incondizionate e imperative¹⁰⁷. Incondizionate nel senso di autosufficienti, senza alcun bisogno di essere attuate con una normativa nazionale o dell'UE (se non per le condizioni di esercizio o per la durata, v. tra le altre la sent. *Bauer*, già citata, punto 85). Da ciò deriva, a contrario, che tutte quelle disposizioni della Carta in cui si fa riferimento <<alle legislazioni e prassi nazionali>> sono in linea di principio prive di effetti diretti orizzontali (art. 52.6 CDFUE).

A questo quadro bisogna aggiungere i limiti giuridici derivanti dagli articoli 51 e 52 della CDFUE. Il primo nonostante perimetri l'ambito soggettivo di applicazione della stessa limitandola agli Stati membri e alle istituzioni UE – nella lettura che ne ha fatto la Corte - non impedirebbe l'invocabilità nelle controversie tra privati (*Bauer e Egenberger*) della CDFUE.

Con la sentenza resa il 29 gennaio 2019 nella causa *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatz* (C-193/17) il ricorrente lamenta di aver subito una discriminazione in base alla

¹⁰¹ Corte giust., 15 gennaio 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punti 45-49.

¹⁰² Sull'uso combinato delle fonti per superare il divieto di effetto diretto orizzontale v. M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, in *Federalismi* 10/2019.

¹⁰³ Corte giust., 11 settembre 2018, *IR*, C-68/17, EU:C:2018:696.

¹⁰⁴ Corte giust., 13 dicembre 2018, *Hein*, C-385/17, EU:C:2018:1018.

¹⁰⁵ In questo *trend* giurisprudenziale la Corte di giustizia ha affermato la possibilità di invocare diritti contenuti nella CDFUE in controversie tra privati a condizione che tali norme abbiano "carattere imperativo in quanto principi generali del diritto dell'Unione", al pari delle disposizioni dei trattati "che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi" e che sono, secondo la Corte, "di per sé sufficient[i] a conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale nell'ambito di una controversia che li vede opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione". Sul punto v. L.S. Rossi, *Le relazioni fra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e direttive nelle controversie orizzontali*, cit., pg. 5; in particolare sulla concreta applicazione del principio di non discriminazione sul luogo di lavoro v. A. CAPROTTI, *Il ruolo attivo del giudice nazionale con riferimento alla concreta applicazione del principio europeo di non discriminazione sul luogo di lavoro*, in *DPCE on line*, 2019/2 ISSN: 2037-6677 di commento alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (Grande sezione). Sentenza 22 Gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH*.

¹⁰⁶ Corte giust., 6 novembre 2018, *Bauer e Willmeroth*, C-569/16 e C-570/16, EU:C:2018:871, punti 84-86.20; Corte giust., 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, C 684/16, EU:C:2018:874, punti 73-75. Sulle importanti pronunce relative al diritto alle ferie retribuite v. il numero 10 del 22/05/2019 che la Rivista *Federalismi* vi ha dedicato raccogliendo i contributi di un seminario svoltosi presso la Corte di Cassazione, 7 febbraio 2019.

¹⁰⁷ In particolare, "riguardo l'effetto imperativo che esso esplica, l'art. 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati" (causa c- 414/16, *Egenberger*, par. 77). La stessa conclusione è stata raggiunta circa l'efficacia dell'art. 47 della Carta, relativo al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, ritenuto anch'esso "sufficiente di per sé e [tale da non dover] essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale" (par. 78).

religione in quanto secondo la legge austriaca il Venerdì Santo come giorno festivo viene riconosciuto solamente ai fedeli delle Chiese evangeliche e di altre Chiese. In alternativa il ricorrente chiede una retribuzione supplementare nel caso in cui venga svolta la prestazione lavorativa anche a lui che non appartiene a nessuna di queste Chiese. La Corte applicando i criteri propri del giudizio sulle discriminazioni giunge alla conclusione che si tratta di una discriminazione religiosa <<diretta>> non funzionale alla tutela della libertà religiosa in quanto tale né espressione di una azione positiva che presupporrebbe il voler compensare una situazione di svantaggio che in questo caso non sono sussistenti.

Accertata la discriminazione, la Corte suggerisce in primo luogo il tentativo dell'interpretazione conforme¹⁰⁸ che in questo caso non risulterebbe esperibile dato che la legge austriaca in modo non equivocabile riconosce la festività religiosa solo ai fedeli di quelle Chiese, e quindi, come in altre precedenti decisioni tra cui (riguardando lo stesso motivo discriminatorio) la sentenza *Egenberger*, fa leva sull'efficacia diretta dell'art. 21 CDFUE anche nei rapporti orizzontali. Fin qui nulla di nuovo. Infatti, nel caso Cresco <<apparentemente>> non si introducono elementi innovativi rispetto agli esiti precedenti relativi all'affermazione dell'efficacia diretta anche nei rapporti tra privati dell'art. 21 della Carta. In concreto, invece, questa pronuncia apporta una svolta <<qualitativamente>> diversa e molto importante: nel caso di specie l'effetto diretto orizzontale non si integra disapplicando (*rectius*: non applicando) la normativa interna confliggente, ma estendendo l'applicazione della disposizione nazionale <<alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata>> (C-193/17, punto 79). In altre parole, un diritto previsto a livello statale in ossequio al principio di uguaglianza e di non discriminazione e per garantire una parità di trattamento viene esteso a tutti e non solo a coloro ai quali la normativa statale lo aveva inizialmente riconosciuto. Insomma il diritto nazionale contrastante con l'art. 21 CDFUE non si disapplica, ma ne viene proposta l'estensione. Inoltre, in attesa che il legislatore nazionale ripristini la parità di trattamento, il datore di lavoro deve estendere a tutti i lavoratori, che ne facciano richiesta, il riconoscimento del giorno festivo o in subordine una retribuzione supplementare.

Con la sentenza Cresco si compie un salto di qualità nella tutela del diritto antidiscriminatorio che vale anche per il *ground* di cui in oggetto: l'effetto diretto derivante dall'art. 21 CDFUE ha prodotto un ampliamento della tutela nel senso che una norma nazionale integrata dal principio di non discriminazione ex art. 21 CDFUE assume un significato diverso ed è in grado di offrire una tutela molto più ampia¹⁰⁹. Se questa sentenza fosse stata pronunciata dalla Corte costituzionale l'avremmo definita additiva di prestazione a carico del bilancio

¹⁰⁸ In questo senso v. punto 75 della decisione in parola. <<Nel caso in cui, come sembra emergere dalla decisione di rinvio, fosse impossibile al giudice del rinvio procedere a una siffatta interpretazione conforme, occorre precisare, in terzo luogo, che la direttiva 2000/78 non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, il quale trova la sua fonte in diversi atti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma ha il solo obiettivo di stabilire, in queste stesse materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali la religione o le convinzioni personali, come risulta dal titolo e dall'articolo 1 della medesima (sentenze del 17 aprile 2018, *Egenberger*, C)>>.

¹⁰⁹ La rilevanza del principio affermato sta nell'obbligo in capo al giudice nazionale non soltanto di non applicare la normativa interna contrastante con il principio generale di non discriminazione, ma anche di estendere il trattamento previsto alla categoria sfavorita. In sostanza quando una discriminazione contraria al diritto dell'Unione sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio anche in mancanza di disposizioni del diritto interno che attribuiscono al giudice nazionale la competenza al riguardo, all'unica condizione della presenza di un sistema di riferimento valido; tali obblighi si impongono al giudice soltanto finché non siano state adottate dal legislatore nazionale misure che ripristinino la parità di trattamento.

dell'azienda e non dello Stato come nelle tradizionali e conosciute additive di prestazione. E la cosa interessante è che in questo caso la direttiva (2000/78), nel corredo argomentativo della Corte, ha un ruolo assai limitato se non nella misura in cui definisce una discriminazione diretta sulla base di uno dei motivi indicati nell'art. 1 della direttiva in questione. Ad avere rilievo è piuttosto l'art. 21 CDFUE che offre una base giuridica primaria al principio di non discriminazione e con il suo elenco non tassativo secondo taluni Autori¹¹⁰ potrebbe lasciare spazio alla tutela di divieti non espressamente previsti, ma meritevoli di protezione in quanto corrispondenti a valori ricavabili dall'ordinamento.

¹¹⁰ Cfr. C. FAVILLI, *Commento Art. 21 (parte I)*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, (a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA), Milano, Giuffrè, 2017, 416.